

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da Adolfo Scalfati*

2-2017

*Comitato di direzione:*

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

Legittimo impedimento del difensore per grave malattia  
*Barrister serious illness as legitimate impediment*

Abolito criminis e statuizioni civili  
*Abolito criminis and outcome of civil statements*

Impiego della PEC per le notificazioni  
*Certified emails (PEC) as method of service*

La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale  
*The New Law on International Cooperation in Criminal Matters*

Le videoconferenze transnazionali  
*Transnational videoconferences*

Misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari  
*Inmates' new status after the closure of judicial psychiatric hospitals*



G. Giappichelli Editore – Torino

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da* Adolfo Scalfati

2-2017

*Comitato di direzione:*

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



G. Giappichelli Editore – Torino

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

#### COMITATO DI DIREZIONE

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

#### COORDINAMENTO DELLE SEZIONI

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

#### REDAZIONE

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

#### PEER REVIEW

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

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

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

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

#### PEER REVIEWERS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Angelo Pennisi*, professore di procedura penale, Università di Catania

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

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

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

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

*Email per la corrispondenza:* [actis@giappichelli.it](mailto:actis@giappichelli.it)

*Email dell'Editore:* [editoriale@giappichelli.it](mailto:editoriale@giappichelli.it)

## Sommario

### Editoriale | *Editorial*

ADOLFO SCALFATI

- Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento / *Few considerations on cooperation in investigating crime and mutual recognition principle in the European judicial area*** 217

### Scenari | *Overviews*

- Novità legislative interne / *National legislative news* (ADA FAMIGLIETTI) 221
- Novità sovranazionali / *Supranational news* (DANIELA VIGONI) 224
- De jure condendo* (GIOIA SAMBUCCO) 228
- Corti europee / *European Courts* (FRANCESCO TRAPPELLA) 230
- Corte costituzionale (ANGELA PROCACCINO) 235
- Sezioni Unite (ROSA GAIA GRASSIA) 242
- Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI) 246

### Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

#### **Legittimo impedimento del difensore e riti camerali: un passo avanti**

- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 3 ottobre 2016, n. 41432 – Pres. Canzio; Rel. Piercamillo 249
- Le Sezioni Unite sul legittimo impedimento del difensore per grave malattia: un condivisibile, ma ancora limitato, approdo interpretativo / *The Supreme Court definitively delivered on barrister serious illness as legitimate impediment to attend the trial: a shareable, but still limited, interpretation* (AGOSTINO DE CARO) 254

#### **Se l'illecito penale è abrogato il giudice dell'impugnazione non si pronuncia sulla domanda risarcitoria**

- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 novembre 2016, n. 46688 – Pres. Canzio; Rel. Vessichelli 262
- Abolitio criminis, giudizi pendenti e sorte delle statuizioni civili / Abolitio criminis, pending proceedings and outcome of civil statements* (GIUSEPPE BISCARDI) 275

#### **Messa alla prova: dal computo della pena massima vanno escluse le circostanze**

- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 1° settembre 2016, n. 36272 – Pres. Canzio; Rel. Fidelbo 283
- Quello che le norme non dicono: l'art. 168-bis c.p. non menziona le circostanze e quindi le esclude dal computo della pena massima ai fini dell'ammissione alla messa in prova / *What words don't say: art. 168-bis of Penal Code does not mention the circumstances of the offence and therefore excludes them from the calculation of maximum term of penalty in order to request the probation in criminal proceeding* (LORENA PUCCETTI) 289

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

- Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni** / *Communication technology and the criminal trial: the use of certified emails (PEC) as method of service* (ALESSANDRO DIDDI) 299
- La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?** / *The New Law on International Cooperation in Criminal Matters. So much promise, so little delivery?* (FRANCESCA RUGGIERI) 310
- La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace** / *The clause of the Penal code about the trivial nature of the events does not apply to the judiciary matters that falls under the ruling scope of the "Giudice di pace"* (VANIA MAFFEO) 317

## Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

- Le videoconferenze transnazionali** / *Transnational videoconferences* (SILVIA BUZZELLI) 326
- Soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari: quale status?** / *Inmates' new status after the closure of judicial psychiatric hospitals* (EVA MARIUCCI) 336
- L'ordine europeo di indagine penale** / *The European Investigation Order in Criminal Matters* (ÁNGEL TINOCO PASTRANA) 342

## Indici | *Index*

- Autori / *Authors* 359
- Provvedimenti / *Measures* 360
- Materie / *Topics* 361

ADOLFO SCALFATI

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

## Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento

### *Few considerations on cooperation in investigating crime and mutual recognition principle in the European judicial area*

---

La “circolazione” investigativo-probatoria appare una priorità dell’Unione Europea; però, senza una condivisione di regole, il fenomeno si presenta rischioso per i livelli di tutela e potrebbe non riuscire a semplificare davvero le cose.

*Although cooperation on investigating crime is one of the priorities of the EU, there are reasons to believe that this goal – besides the serious problems concerning the levels of protection for right-holders – could turn out to be a weak solution.*

---

#### **ECESSO DI FILIAZIONE NORMATIVA**

Sul piano generale, la disciplina europea “derivata” in materia di cooperazione penale non si sottrae ad una compulsione riformista.

Emerge una notevole effervescenza nella produzione normativa, soprattutto quanto alla progressiva e frastagliata latitudine degli atti di mutuo riconoscimento giudiziario, pietra angolare sulla quale poggia l’intero sistema. Citando esempi più recenti, il fenomeno ha innanzitutto determinato una significativa ricaduta nella decretazione attuativa italiana del primo semestre 2016. Ma non vanno dimenticate le ricorrenti fonti europee in tema di vittima del reato o di sequestro e confisca; né sottaciute le direttive sull’Ordine europeo d’indagine e sulla presunzione di non colpevolezza o il frammentario intervento sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale nella procedura esecutiva del MAE.

Dall’esuberanza legislativa nasce il bisogno di coordinamento, avvertito anche dal produttore di fonti quando è “tornato” di nuovo a limare materie sulle quali era già intervenuto, magari cogliendo l’occasione di ampliarne i contenuti.

Sul terreno della circolazione probatoria, l’obbiettivo della rivisitazione e del raggruppamento delle discipline è stato (quasi) conseguito tramite la direttiva sull’Ordine europeo d’indagine, la quale ingloba e sostituisce gli atti normativi precedentemente varati su temi specifici. Si allude alla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e relativi Protocolli, alla Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, alla Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione, alla decisione quadro in tema di mandato europeo di ricerca della prova, alla decisione quadro relativa all’esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio. Teoricamente, rientrano nell’Ordine europeo d’indagine anche l’attività degli agenti sottocopertura e le videoconferenze, sebbene queste ultime richiedano l’ausilio anche di altre fonti. Eppure qualcosa resta ancora fuori: il regime delle squadre investigative comuni continua ad essere disciplinato dalla Convenzione di Bruxelles.

Dall’esigenza di coordinare al livello europeo ci si sposta alla necessità di sincronizzare la produzio-



ne normativa interna quando “insegue” la fonte sovranazionale. Si corre il rischio di dar luogo a provvedimenti attuativi che perdono rapidamente aderenza al sistema sovranazionale, sovrapposti nei contenuti e bisognevoli di adeguamenti: non occorre una peculiare profondità di pensiero per intuire quanta incertezza produca l’accumulo legislativo in materia. Solo per citare un esempio, la direttiva sull’Ordine europeo d’indagine andrebbe attuata, tramite un’usuale legge delega, nel corso del 2017, coinvolgendo in gran parte le tematiche già oggetto della disciplina attuativa della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione (l. 21 luglio 2016, n. 149); in conformità a quest’ultima, peraltro, è stato approntato – in questi giorni – uno schema di decreto legislativo. È evidente che quando in Italia saranno introdotte le regole dettate dall’Ordine europeo d’indagine, la menzionata trama legislativa in corso di allestimento meriterà una attenta “ritessitura”.

Sarebbe meglio che il legislatore europeo limitasse il metodo atomistico, per orientare i propri sforzi verso la realizzazione di regole processuali comuni alle quali agganciare, poi, i provvedimenti sulle singole materie. Il criterio del mutuo riconoscimento, in assenza di norme generali condivise in tema di prova giudiziaria, per un verso, può non essere sufficiente a superare gli ostacoli frapposti dalle discipline statali nell’attuare le richieste di esecuzione e, per altro, rischia di produrre un fenomeno di “turismo probatorio”, soprattutto nei reati di criminalità transnazionale, proteso ad acquisire il materiale istruttorio nei Paesi la cui disciplina presenta un basso *standard* di legalità.

### TRE BREVI RILIEVI SU SEMPLIFICAZIONE E FLESSIBILITÀ

Al di là dei rilievi circa i singoli strumenti, sul terreno strutturale gli interventi normativi europei in materia di indagini e prove suscita qualche osservazione in ordine sparso.

Emerge, in primo luogo, una flessibilità di fondo dei contenuti prescrittivi, evidente anche nel carattere (volutamente) generico delle formule letterali prescelte dal compilatore, in modo da risultare quasi sempre compatibili con la sopravvivenza degli istituti processuali di ciascun Paese membro; propensione che, *en pendant*, al momento di impiego di un atto probatorio acquisito all’estero, umilia i modelli istruttori a più alto tasso di legalità, dissolvendo nomenclature e classificazioni fino, anzi, a determinarne ripensamenti, in forza di spinte *ab externo*.

All’orizzonte s’intravede un sistema integrato che, tuttavia, può determinare un distinto gradiente di qualità secondo che l’acquisizione investigativo-probatoria avvenga all’estero o nel territorio nazionale; una variabile che dipende dagli attori giudiziari, dalle forme, dai limiti dell’intervento e dal ruolo delle parti.

L’Europa indulge alla semplificazione delle procedure; tale fenomeno, giustificato sul postulato del mutuo riconoscimento, non è guidato da una *communis opinio* circa le fisionomie di “indagine” e di “prova”. Ed ecco, dunque, l’esigenza di prediligere un approccio pragmatico nel momento attuativo delle richieste cooperative, abbandonando l’affezione verso le modellistiche nazionali e puntando, invece, sulla concreta morfologia adottata nell’adoperare gli strumenti investigativo-probatori. La questione di presenta, in particolare, quando si tratta di valutare l’impiego di elementi istruttori che provengono dall’estero: qui occorre scandagliare l’*an* e *quomodo* acquisitivo per capirne la sorte nel giudizio nazionale.

Sulla circolazione probatoria in materia di DNA, per esempio, ci si potrebbe accontentare di elementi provenienti da banche dati di Paesi che utilizzano “screening di massa”, capaci di ignorare ogni principio di proporzionalità dello strumento rispetto al grado di intrusione nella *suitas* più intima dell’individuo? Ci si potrebbe appagare, ancora, dei risultati di un esame avvenuto tramite videoconferenza effettuata in collegamento con l’estero se le sue modalità, di fatto, minassero il diritto ad esaminare un collaborante accusatore?

Ed ecco il secondo rilievo, che assume natura di corollario: semplificazione e flessibilità nell’intervento cooperativo rischiano di dissolvere le soglie di tutela individuale contemplate dalla disciplina nazionale. Uno speculare accorgimento sta nel valorizzare principi prescritti o desunti dalle Carte sovranazionali: diritti di libertà (anche morale), caratteri della giurisdizione, contraddittorio e difesa dovrebbero costituire parametri inossidabili di esecuzione delle richieste probatorie; in ogni caso, pur assecondando tale prospettiva, non mancherebbero incertezze sui livelli di garanzia, stando a talune letture della Cedu o della Carta UE propugnate talvolta dalle Corti europee.

Infine, un’ultima considerazione: dall’Ordine europeo d’indagine emerge la tendenza ad adottare la

*lex fori* (quella del Paese che chiede l'acquisizione all'estero); perlomeno così sembra dalla lettura dell'art. 9 § 2 della direttiva n. 41/2014/UE, laddove preferisce – di regola – che l'atto probatorio sia assunto secondo le modalità dello Stato richiedente. È evidente la finalità pratica: abbassare il livello di rischio circa il mancato uso del risultato istruttorio approvvigionato con modalità incompatibili con la disciplina nazionale. Ma occorre insistere sull'*effettività* di tale aspetto. Non bastano nomi e formule; la scelta del giudice sull'impiego del materiale assunto all'estero richiede un'accurata e previa analisi del procedimento probatorio empiricamente adottato; per esempio, in materia di agenti infiltrati nelle organizzazioni criminali, non ci si potrebbe fidare di una procedura che ha consentito l'induzione o la provocazione al delitto da parte dell'operante, né di un'audizione all'estero in difformità dai ruoli processuali che egli sarebbe destinato ad assumere in Italia.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2017

# Scenari

## *Overviews*

# NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

## NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

### MODIFICHE AL CODICE PENALE E ALLA LEGGE 1° APRILE 1999, N. 91, IN MATERIA DI TRAFFICO DI ORGANI DESTINATI AL TRAPIANTO E ALLA LEGGE 26 GIUGNO 1967, N. 458, IN MATERIA DI TRAPIANTO DEL RENE TRA PERSONE VIVENTI

(L. 11 dicembre 2016, n. 236)

La legge 11 dicembre 2016, n. 236 (G.U., Sr. gen., 23 dicembre 2016, n. 299) introduce nel codice penale la fattispecie di «Traffico di organi prelevati da persona vivente». La nuova norma, disciplinata dall'art. 601-*bis* c.p., è inserita fra i delitti contro la personalità individuale e punisce, con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000: chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente. Qualora il fatto sia commesso da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna segue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

Il presupposto per l'operatività della disposizione è che gli organi siano trattati illecitamente, ossia in violazione della disciplina del trapianto di organi e tessuti prelevati da persona vivente.

Sono punite, inoltre, dall'art. 601-*bis*, comma 2, c.p. con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000, due differenti condotte: l'organizzazione o la propaganda di viaggi finalizzati al traffico di organi, ovvero la pubblicizzazione o diffusione, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, di annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi.

Si interviene anche sul reato di associazione a delinquere, prevedendo l'ampliamento della circostanza aggravante prevista dall'art. 416, comma 6, c.p. all'ipotesi in cui l'associazione sia diretta a commettere il nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persona vivente, ovvero uno dei reati previsti dagli artt. 22, commi 3 e 4, e 22-*bis*, l. 1 aprile 1999, n. 91, in materia di prelievi e trapianti di organi.

Infine, il provvedimento aggrava il trattamento sanzionatorio previsto dal citato art. 22-*bis*, comma 1, l. n. 91 del 1999 per chi svolge a scopo di lucro opera di mediazione nella donazione di organi da vivente, elevando il tetto massimo della pena a otto anni di reclusione.

### DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTRASTO AI FENOMENI DEL LAVORO NERO, DELLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO IN AGRICOLTURA E DI RIALLINEAMENTO RETRIBUTIVO NEL SETTORE AGRICOLO

(L. 29 ottobre 2016, n. 199)

La l. 29 ottobre 2016, n. 199 (G.U., Serie gen., 3 novembre 2016, n. 257), reca le disposizioni per l'intensificazione del contrasto al fenomeno del caporalato e del lavoro nero.

In materia penale, i segmenti principali di intervento sono: la riformulazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, il rafforzamento dell'istituto della confisca dei patrimoni, la previsione del controllo giudiziario dell'azienda in cui viene commesso il reato di caporalato, la concessione di attenuanti nell'ipotesi di collaborazione con le autorità, l'arresto obbligatorio nei casi di flagranza del reato e l'estensione della responsabilità amministrativa dell'ente per il delitto di caporalato.

Punto centrale del provvedimento è la rimodulazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, disciplinato dall'art. 603-*bis* c.p., con la previsione della sanzionabilità anche del datore di lavoro. La norma novellata punisce con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 500 a euro 1000 per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di desti-

narla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento; 2) assuma o impieghi manodopera in condizioni di sfruttamento, anche attraverso intermediari, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori.

Costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni: reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque in maniera sproporzionata rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

Viene introdotta, con la previsione dell'art. 603-bis.1 c.p., l'ipotesi di circostanza attenuante specifica per il reato di caporalato, con la diminuzione della pena da un terzo a due terzi nei confronti dei soggetti che si siano adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiutino concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. La disposizione rinvia all'art. 16-septies d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, prevedendo la revisione della sentenza nel caso in cui le circostanze attenuanti siano state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti.

In caso di condanna o di applicazione della pena richiesta dalle parti, è sempre obbligatoria – anziché essere un'ipotesi valutata dal giudice – e salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato.

L'art. 603-bis.2 c.p. contempla, altresì, la confisca obbligatoria delle cose che furono il prezzo, il prodotto o il profitto del reato, ovvero, in caso d'impossibilità, dei beni di cui il reo abbia la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona, per un valore corrispondente al prodotto, al prezzo o al profitto (confisca per equivalente). In ogni caso, è esclusa la confisca delle cose che appartengano a persona estranea al reato.

Si interviene anche sull'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, aggiungendo il caporalato tra i reati per i quali, in caso di condanna o di applicazione della pena tra le parti, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o di altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità in valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o alla propria attività economica.

Altro aspetto peculiare della l. n. 199 del 2016 è rappresentato dal controllo giudiziario dell'azienda nel corso del procedimento penale per il reato di caporalato.

Si stabilisce, infatti, che nei procedimenti per i reati previsti dall'art. 603-bis c.p., qualora ricorrano i presupposti indicati nell'art. 321, comma 1, c.p.p., il giudice dispone, in luogo del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato, qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. Con il decreto con cui dispone il controllo giudiziario dell'azienda, il giudice nomina uno o più amministratori, scelti tra gli esperti in gestione aziendale iscritti all'Albo degli amministratori giudiziari di cui al d.lgs. 4 febbraio 2010, n. 14.

L'amministratore giudiziario affianca l'imprenditore nella gestione dell'azienda ed autorizza lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, riferendo al giudice ogni tre mesi, e comunque tutte le volte in cui emergano irregolarità circa l'andamento dell'attività aziendale. Al fine di impedire che si verificano situazioni di grave sfruttamento lavorativo, l'amministratore giudiziario controlla il rispetto delle norme e delle condizioni lavorative la cui violazione costituisce, ai sensi dell'art. 603-bis c.p., indice di sfruttamento, procede alla regolarizzazione dei lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento per il reato di caporalato prestavano la propria attività in assenza di un regolare contratto e, al fine di impedire che le violazioni si ripetano, adotta adeguate misure anche in difformità da quelle proposte dall'imprenditore o dal gestore.

Viene altresì stabilito che, nell'ipotesi di sequestro dei beni di cui è consentita la confisca, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. (indipendentemente dalle condizioni di applicazione del sequestro preventivo di cui al comma 1) e nei casi di confisca obbligatoria disposta ai sensi dell'art. 603-bis.2 c.p. operano le disposizioni dell'art. 12-sexies, comma 4-bis, d.l. n. 306 del 1992. Ciò comporta l'applicazione della disciplina del Codice antimafia a norma del quale, nell'amministrazione dei beni, il giudice è coadiu-

vato dall'Agenzia nazionale per l'amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Una significativa innovazione interessa l'art. 380, comma 2, c.p.p. a norma del quale i delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, commessi con violenza e minaccia, sono inseriti fra l'elenco dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Altra importante modifica concerne l'estensione della responsabilità amministrativa, di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 all'ente per il reato di caporalato. La sanzione pecuniaria nei confronti dell'ente responsabile è fissata tra 400 quote e 1.000 quote, laddove l'importo di una quota va da un minimo di 258 a un massimo di 1.549 euro.

È prevista, inoltre, l'assegnazione al fondo anti-tratta dei proventi delle confische disposte a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; le risorse del fondo vengono anche destinate all'indennizzo delle vittime del reato.

# NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Daniela Vigoni

## LA DIRETTIVA (UE) 2016/1919 IN MATERIA DI PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Il diritto dell'imputato all'assistenza legale gratuita – considerato negli artt. 6, par. 3, lett. c) della Cedu, 14, par. 3, lett. d) del PIDCP, e 47, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE – trova nella Direttiva 2016/1919 del 26 ottobre 2016 (G.U.U.E., 4 novembre 2016, L 297/1) «norme minime comuni» finalizzate a garantirne «l'effettività».

Questa Direttiva costituisce un'ultima frazione del percorso segnato dalla Tabella di marcia, per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali, oggetto della *Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009* (G.U.U.E., C 295, 4 dicembre 2009) e poi integrata nel *Programma di Stoccolma* adottato il 10 dicembre 2009, relativo alle priorità dell'UE per la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel periodo 2010-2014 (G.U.U.E., C 115, 4 maggio 2010).

Quella *Road map* considera alcuni diritti processuali fondamentali in relazione ai quali risulta prioritario l'impegno di azione per rafforzare la fiducia degli Stati membri nei rispettivi sistemi e per facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni penali. Eccone l'elenco, accompagnato dalle Direttive e dagli atti di recepimento interni finora intervenuti:

– (Misura A) *traduzione e interpretazione*: Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (v. M. Gialuz, in *questa Rivista*, 2011, n. 2, 9), recepita con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 (v. A. Famiglietti, in *questa Rivista*, 2014, n. 3, 12) integrato e corretto dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129 (v. sempre A. Famiglietti, in *questa Rivista*, 2016, n. 5, 9);

– (Misura B) *informazioni relative ai diritti e all'accusa*: Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (v. L. Camaldo, in *questa Rivista*, 2012, n. 5, 16), recepita con il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101 (v. C. Pansini, in *questa Rivista*, 2014, n. 6, 12);

– (Misura C) *consulenza legale e assistenza legale gratuita* e (Misura D) *comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari*: Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (v. D. Vigoni, in *questa Rivista*, 2014, n. 2, 14), attuata con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184 (v. C. Pansini, in *questa Rivista*, 2016, n. 6, 12);

– (Misura E) *garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili*: Direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali (v. F. Manfredini, in *questa Rivista*, 2016, n. 6, 15).

Alle Direttive sopra citate va ad aggiungersi – su invito del Consiglio europeo, dato il «carattere non esaustivo» delle misure previste dalla Tabella di marcia, e nella prospettiva di fissare ulteriori, generali parametri minimi comuni relativi ai diritti di indagati e imputati – la Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (v. C. Valentini, in *questa Rivista*, 2016, n. 6, 193).

Se i profili inerenti all'assistenza tecnica assumono rilievo in tutte le Direttive citate, con particolare riguardo al gratuito patrocinio la Direttiva 2013/48/UE (art. 11) si limitava a far salva la legislazione interna in materia, da applicarsi conformemente alla Carta europea e alla Cedu e la Direttiva (UE) 2016/800 (art. 18) ribadiva la necessità che gli Stati provvedano affinché la legislazione nazionale in materia di gratuito patrocinio garantisca l'effettivo esercizio del diritto all'assistenza tecnica.

A completamento della seconda parte della Misura (C), e integrando le due Direttive appena citate, interviene appunto la Direttiva 2016/1919. Quest'ultima si compone di 14 articoli, preceduti da 33 "*considerando*": per gli Stati membri – ad eccezione del Regno Unito, dell'Irlanda e della Danimarca che non partecipano all'adozione della direttiva e non sono ad essa vincolati né soggetti alla sua applicazione (v. *considerando* nn. 32 e 33) – il termine ultimo per recepire la Direttiva è il 25 maggio 2019.

In base all'art. 3, per «patrocinio a spese dello Stato» si intende «il finanziamento da parte di uno Stato membro dell'assistenza di un difensore» che consenta l'esercizio del diritto alla difesa tecnica.

L'assistenza legale gratuita è prevista per l'indagato e l'imputato (artt. 1, par. 1, lett. a e 4, par. 6) e per la persona ricercata in esecuzione di un mandato d'arresto europeo (art. 1, par. 1, lett. b).

Più precisamente, sul piano soggettivo, l'ambito di applicazione della direttiva comprende, innanzitutto, gli indagati/imputati che – conformemente alla direttiva 2013/48 – abbiano il diritto di avvalersi di un difensore e che: siano privati della libertà personale (art. 1, lett. a); siano tenuti ad avere l'assistenza tecnica in base al diritto dell'Unione europea o alla legislazione nazionale (art. 1, lett. b); debbano o possano partecipare ad atti investigativi o ad altri atti di carattere probatorio, che comprendono quantomeno le ricognizioni di persone, i confronti e le ricostruzioni della scena del crimine (art. 2, par. 1, lett. c).

La Direttiva si applica anche alla persona non indagata o imputata che però diventi tale nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto (art. 2, par. 3) E, in proposito, nel *considerando* n. 10 si ricorda che la persona che non sia indagata né imputata ha il diritto a non autoincriminarsi e la facoltà di non rispondere, in conformità con il diritto dell'Unione e della Cedu, secondo l'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; in rapporto alle dichiarazioni indizianti si menziona altresì la necessità di sospendere immediatamente l'interrogatorio per informare l'interessato dei suoi diritti. Quanto ai procedimenti di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, nell'art. 1, par. 2 si puntualizza che la direttiva si applica, in seguito ad arresto nello Stato membro di esecuzione, alla persona ricercata che abbia diritto di avvalersi di un difensore, secondo quanto previsto dalla Direttiva 2013/48/UE.

Posto che, come si sottolinea nel *considerando* n. 29, la Direttiva deve potersi applicare senza alcuna forma di discriminazione, nell'attuare gli Stati s'impegnano anche a tener conto delle particolari esigenze delle persone indagate, imputate, ricercate che siano in condizioni di vulnerabilità (art. 9).

Sul piano oggettivo, come in altre precedenti direttive (v. art. 1, par. 3 Direttiva 2010/64/UE e art. 2, par. 2 Direttiva 2012/13/UE), si rinviene una clausola (art. 2, par. 4) che limita l'operatività delle previsioni, fermo restando il diritto a un equo processo, in relazione ai c.d. reati minori: è il caso, ad esempio, di specifiche infrazioni, quali sono quelle in materia di circolazione stradale, relative ai regolamenti comunali e all'ordine pubblico, che assumano rilievo penale (*considerando* n. 11 e n. 12). Per queste ipotesi, qualora la legislazione nazionale preveda la competenza a provvedervi in capo a un'autorità diversa da quella penale o non possa essere imposta come sanzione la privazione della libertà personale, si può prescindere dalle garanzie previste dalla Direttiva, che si applica soltanto quando si tratti di procedimenti davanti a un'autorità giudiziaria competente in materia penale. Comunque, la Direttiva si applica quando si debba decidere in merito alla detenzione e, durante la detenzione, in qualunque fase del procedimento fino alla sua conclusione. Nel *considerando* n. 15 si viene ad escludere che comportino privazione della libertà personale, ai fini della Direttiva *de qua*, una serie di atti: l'identificazione dell'indagato/imputato; la determinazione circa l'avvio dell'indagine, la verifica del possesso di armi o altri controlli finalizzati a garantire la sicurezza; gli atti investigativi o di carattere probatorio diversi da quelli menzionati nella Direttiva, come l'ispezione personale o corporale, l'analisi del sangue, test alcolici o prove analoghe, i rilievi fotografici e dattiloscopici, l'accompagnamento dell'indagato/imputato davanti all'autorità giudiziaria.

Il patrocinio a spese dello Stato deve essere accordato agli indagati/imputati «privi di risorse sufficienti a coprire i costi dell'assistenza di un difensore» «quando sia necessario nell'interesse della giustizia» (art. 4, par. 1). La previsione tiene conto che ai sensi dell'art. 47, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (e in base all'art. 6, par. 3, lett. c, Cedu) solo se ricorrono le due condizioni sopra citate deve essere garantita l'assistenza legale gratuita (v., invece, nel senso di distinguere fra difesa d'ufficio e gratuito patrocinio, l'art. 14, par. 3, lett. d del PIDCP che prevede il diritto «ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti a compensarlo»).

La Direttiva muove, perciò, da un'impostazione differente da quella fatta propria dalla disciplina italiana (v. Parte III t.u. in materia di spese di giustizia), dove, com'è noto: il difensore d'ufficio (che de-



ve essere retribuito, a meno che non sussistono le condizioni per l'ammissione al patrocinio gratuito) è nominato quando l'imputato non abbia nominato il difensore di fiducia o ne sia rimasto privo; il gratuito patrocinio nel processo penale è assicurato «per la difesa del cittadino non abbiente» (e non solo all'indagato/imputato e al condannato, ma anche ad altri soggetti: v. art. 74 (L) t.u. in materia di spese di giustizia); in rapporto all'imputato, il gratuito patrocinio può riguardare la difesa tecnica d'ufficio o di fiducia.

Al fine di stabilire se accordare o no il gratuito patrocinio, la Direttiva fa riferimento a due parametri, che possono cumularsi o essere alternativi: gli Stati possono prevedere una «valutazione delle risorse e/o del merito» (art. 4, par. 2).

Riguardo alla «valutazione delle risorse», va considerato ogni elemento oggettivamente significativo («tutti i fattori pertinenti e obiettivi»), come il reddito, il patrimonio e la situazione familiare dell'interessato, ed anche il costo dell'assistenza di un difensore nonché il livello di vita nello Stato per determinare se l'indagato/l'imputato sia privo di risorse sufficienti a coprire i costi dell'assistenza tecnica (art. 4, par. 3).

Circa la «valutazione del merito» [la versione italiana ripete erroneamente nel par. 4 dell'art. 4 sempre il riferimento alla «valutazione delle risorse», mentre invece si fa correttamente riferimento, nella versione francese, non a «*critère de ressources*», ma a «*critère de bien-fondé*» e, analogamente, anche nella versione inglese non a «*means test*», ma a «*merits test*»] al fine di determinare se la concessione del patrocinio gratuito «sia necessaria nell'interesse della giustizia», rilevano la gravità del reato, la complessità del caso e la severità della sanzione. Comunque, la verifica di merito può ritenersi soddisfatta quando l'indagato/imputato sia condotto davanti all'autorità giudiziaria competente a decidere sulla detenzione, in qualunque fase del procedimento che rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva, e durante la detenzione (art. 4, par. 4).

La possibilità di procedere alle riferite valutazioni non dovrebbe però introdurre limiti o derogare a diritti e garanzie previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dalla CEDU (*considerando* n. 17), e, a tal fine, occorre tener conto, come sempre, delle linee interpretative espresse dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Specifiche disposizioni riguardano il patrocinio gratuito nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, nella duplice prospettiva dei due Stati, di esecuzione e di emissione.

Da un lato, lo Stato di esecuzione deve garantire alla persona ricercata il diritto al gratuito patrocinio dal momento dell'arresto eseguito in base al mandato d'arresto europeo fino alla consegna o fino a quando la decisione di rifiuto della consegna non diventi definitiva (art. 5, par. 1).

Dall'altro lato, lo Stato di emissione deve assicurare alla persona ricercata nell'ambito di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto – la quale abbia nominato un difensore in quello Stato affinché assista il difensore nello Stato di esecuzione (in base all'art. 10, par. 4 e 5 della Direttiva 2013/48/UE) – il diritto al gratuito patrocinio nello Stato di emissione nell'ambito di tale procedimento nello Stato di esecuzione «nella misura in cui» il patrocinio gratuito «sia necessario ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia» (art. 5, par. 2). È, questo, il caso in cui il difensore nello Stato di esecuzione non sia in grado di svolgere il proprio incarico in modo adeguato ed effettivo, senza l'assistenza di un difensore nello Stato di emissione (*considerando* n. 21). Nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, il diritto al patrocinio gratuito può essere subordinato alla (sola) valutazione delle risorse, secondo quanto previsto dall'art. 4, par. 3 che si applica *mutatis mutandis*.

A proposito delle modalità pratiche, nel *considerando* n. 18 si fa riferimento al fatto che gli Stati possono subordinare il gratuito patrocinio a una specifica richiesta da parte dell'interessato, la quale però non dovrebbe costituire una condizione necessaria per l'ammissione. L'art. 4, par. 5 prevede che, se risultano i presupposti per beneficiare dell'assistenza legale gratuita, essa vada assicurata «senza indebito ritardo e, al più tardi», «prima che sia svolto l'interrogatorio dell'interessato» (da parte della polizia, di altra autorità di contrasto o di un'autorità giudiziaria), «oppure prima» che siano svolti gli atti investigativi o gli altri atti probatori a cui fa riferimento l'art. 2, par. 1, lett. c). Al riguardo, nel *considerando* n. 19 si invitano gli Stati, quando non siano in grado di provvedere in tale modo, almeno a concedere il patrocinio quale «misura provvisoria o di emergenza» prima che si svolgano gli atti sopra menzionati.

Le decisioni sulla concessione del patrocinio gratuito e sulla nomina dei difensori devono essere adottate da un'autorità competente «senza indebito ritardo», «con diligenza, nel rispetto dei diritti della difesa» (art. 6, par. 1). Tale autorità, secondo il *considerando* n. 24, dovrebbe essere un apposito organo indipendente o un organo giurisdizionale, anche monocratico; nei casi di urgenza, però, e per garantire

la concessione tempestiva del patrocinio, dovrebbe essere ammessa la possibilità che vi provveda in via temporanea la polizia e il pubblico ministero.

Occorre altresì assicurare che l'interessato venga informato per iscritto circa l'esito della richiesta di patrocinio: in particolare, egli dovrà sapere se la richiesta è stata respinta del tutto o in parte (art. 6, par. 2).

Gli Stati dovranno adottare le misure necessarie, anche sul piano del finanziamento, affinché vi sia un sistema di assistenza legale gratuita «efficace e di qualità adeguata» e i servizi di patrocinio a spese dello Stato siano pure di «qualità adeguata» per garantire «l'equità del procedimento, nel dovuto rispetto dell'indipendenza della professione forense» (art. 7, par. 1). A tal fine, gli Stati devono assicurare che abbiano una «formazione adeguata» sia coloro che debbano decidere sull'ammissione all'assistenza legale gratuita (art. 7, par. 2), sia gli avvocati che prestino il servizio di patrocinio a spese dello Stato, impegnandosi nel promuovere l'offerta formativa dei difensori, nel dovuto rispetto per l'indipendenza della professione forense e per il ruolo dei responsabili della formazione (art. 7, par. 3).

Sempre al fine di garantire un'assistenza legale effettiva ed adeguata viene, da un lato, nel *considerando* n. 25 rappresentata l'esigenza di agevolare la continuità della rappresentanza in giudizio per l'intera durata del procedimento penale e del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, e, dall'altro lato, nell'art. 7, par. 4 riconosciuto il diritto all'interessato che lo richieda di far sostituire il difensore che presti il servizio di patrocinio a spese dello Stato, quando vi siano «specifiche circostanze» che giustificano tale sostituzione.

Agli Stati è altresì imposto di predisporre mezzi di ricorso effettivi in base alla legislazione nazionale, nel caso di violazione dei diritti previsti dalla Direttiva (art. 8): in particolar modo quando il diritto all'assistenza legale gratuita sia compromesso, o la prestazione del patrocinio a spese dello Stato sia ritardata oppure negata in tutto o in parte (*considerando* n. 27).

La "clausola di non regressione", come di consueto enunciata, esclude interpretazioni delle disposizioni della Direttiva che comportino limiti o deroghe ai diritti e alle garanzie processuali riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dalla Cedu, da altre pertinenti fonti internazionali o dalla disciplina interna degli Stati che assicurino «un livello di protezione più elevato» (art. 11). E, in proposito, nel *considerando* n. 30 si auspica che tale livello più elevato di tutela non venga comunque a costituire un ostacolo al riconoscimento reciproco delle decisioni che, invece, la Direttiva, con le sue "regole minime", mira a favorire.

La raccolta dei dati e le relazioni sull'attuazione della Direttiva (art. 10) ne consentono il monitoraggio: nel *considerando* n. 28 si specifica che i dati dovrebbero riguardare sia il numero delle domande di ammissione al gratuito patrocinio nell'ambito di procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, nonché il numero dei casi in cui la domanda di ammissione è stata concessa e quelli in cui, invece, è stata respinta, sia i costi dell'assistenza legale a spese dello Stato.

## DE JURE CONDENDO

di Gioia Sambuco

### TRUFFA E CIRCONVENZIONE DI INCAPACE IN DANNO DI ULTRASESSANTACINQUENNI

Il 6 dicembre 2016 è stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 4130 – «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni*», d’iniziativa dell’on. Ermini David e altri.

Come emerge dalla Relazione di accompagnamento, l’obiettivo della proposta, presentata alla Camera il 2 novembre 2016, muove dalla sempre più sentita esigenza di arginare il dilagante e allarmante fenomeno criminale delle truffe in danno di persone anziane.

Il d.d.l. in esame si compone di quattro articoli ed introduce al secondo comma dell’art. 640 c.p., il numero 2-ter; in particolare, la novella prevede una (nuova) circostanza aggravante ad effetto speciale del reato di truffa: la condotta perpetrata nei confronti di persona ultrasessantacinquenne comporta un aggravamento di pena (e risulta punita con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 309 a euro 1.549) rispetto alla fattispecie base del reato di truffa (punita, invece, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.031).

L’operatività della circostanza *de qua*, chiaramente, non si estende nei confronti di tutti quei soggetti in stato d’incapacità a causa di patologie di decadimento ovvero di indebolimento delle facoltà mentali, ipotesi, queste, per le quali trova invero applicazione la diversa fattispecie criminosa di circonvenzione di persone incapaci di cui all’art. 643 c.p.

All’aumento di pena massima a cinque anni di reclusione cristallizzato nella nuova disposizione di cui al comma 2-ter consegue l’applicabilità della misura cautelare della custodia in carcere. Per tale ragione, coerentemente, il d.d.l. in commento prevede altresì, all’art. 3, per la suddetta circostanza aggravante ad effetto speciale, una vera e propria deroga al principio generale sancito *sub* art. 275, comma 2-bis, c.p.p. (secondo cui il giudice non deve applicare la misura della custodia cautelare in carcere qualora ritenga che, all’esito del giudizio, la pena irrogata non sarà superiore a tre anni di reclusione).

Per effetto dell’art. 4 del d.d.l. in commento, inoltre, è prevista una modifica all’art. 380 c.p.p., inserendo, nel novero dei reati per i quali è consentito l’arresto in flagranza obbligatorio anche quello di truffa in danno di anziani e di circonvenzione di persone incapaci.

Infine, l’art. 2 del disposto normativo *de quo*, prevede che la sospensione condizionale della pena debba essere condizionata alle restituzioni e al risarcimento del danno, oltre che all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, rendendo così obbligatorio quel meccanismo attualmente previsto soltanto come discrezionale dall’art. 165 c.p.

\* \* \*

### DEMOLIZIONI A SEGUITO DI PROCEDIMENTO PENALE

Dal 9 novembre 2016 è all’esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la proposta di legge S. 2592 d’iniziativa dell’on. Doris Lo Moro, che comporta «*Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in materia di demolizioni a seguito di procedimento penale*».

Il d.d.l., assegnato alle commissioni riunite 2<sup>a</sup> (Giustizia) e 13<sup>a</sup> (Territorio, ambiente, beni ambientali) in sede referente lo scorso 20 dicembre 2016, si propone di chiarire in via legislativa, in linea con la giurisprudenza prevalente, la titolarità della competenza in sede di esecuzione in ordine alla demolizione di edifici abusivi in ottemperanza a sentenze di condanna penale.

La legislazione vigente prevede in particolare, con riguardo all’immediata repressione degli abusi edilizi e quindi all’esecuzione delle demolizioni, un sistema a doppio binario che vede la competenza

delle autorità amministrative (comuni, regioni e prefetture) e dell'autorità giudiziaria, in presenza della condanna definitiva del giudice penale per i reati di abusivismo edilizio.

La proposta di legge in commento si inserisce nel solco dell'orientamento giurisprudenziale prevalente consolidatosi in argomento e prevede un intervento normativo finalizzato ad escludere che tale competenza possa spettare ai comuni, sia in ragione delle indubbie difficoltà di natura economica e finanziaria incontrate dagli enti locali per farvi fronte, sia per i numerosi episodi intimidatori nei confronti dei sindaci coinvolti (per come emersi, peraltro, nel corso di un'apposita inchiesta, svolta in sede parlamentare, sul fenomeno delle intimidazioni agli amministratori locali, con riferimento all'esecuzione degli ordini di demolizione di immobili abusivi).

L'articolo unico del provvedimento in esame, dunque, aggiunge all'art. 98 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, un ulteriore comma (3-bis), nel quale si rinvia per l'esecuzione degli ordini di demolizione di immobili abusivi impartiti con decisione del giudice penale a quanto previsto dai titoli II e III del libro X del codice di rito relativamente all'esecuzione delle sentenze penali, riconoscendo così esplicitamente al pubblico ministero l'iniziativa dell'esecuzione e la (sola ed unica) competenza al giudice dell'esecuzione penale.

\* \* \*

### PROCEDIBILITÀ D'UFFICIO NEI DELITTI SESSUALI CONTRO I MINORI

È già da tempo assegnato alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (e precisamente dal 16 dicembre 2015) il d.d.l. S. 2519, d'iniziativa dell'on. Padua ed altri, recante «*Disposizioni in materia di procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori*».

La proposta di legge, che si compone di un solo disposto normativo, prospetta un intervento legislativo finalizzato ad estendere la procedibilità d'ufficio a reati che, nella disciplina vigente, prevedono, invece, la querela di parte. In particolare, il d.d.l. in esame apporta modifiche *in primis* all'art. 609-septies c.p. al fine di estendere la procedibilità d'ufficio nei casi di alcune delle circostanze aggravanti (art. 609-ter, numeri 1, 5 e 5-sexies c.p.) che riguardano i minori per fatti relativi al delitto di violenza sessuale (articolo 609-bis c.p.); inoltre la novella in commento allargherebbe altresì il perimetro delle ipotesi delittuose previste dall'art. 609-quater c.p. (atti sessuali con minorenni), includendo, oltre al numero 5 (già inserito), anche i numeri 1 e 2, in modo da ricomprendere la fascia d'età tra i 10 e i 14 anni, ritenuta maggiormente vulnerabile.

Come esplicitato altresì nella Relazione di accompagnamento, la suddetta proposta di modifica intenderebbe assicurare la punibilità dell'odioso reato previsto e punito dall'art. 609-quater c.p. in tutte quelle ipotesi nelle quali ottenere la querela della parte offesa, per una ragione o per l'altra, potrebbe essere particolarmente difficoltoso.

L'apprezzabile proposta dunque, compirebbe un ulteriore passo in avanti rispetto alla normativa vigente per reprimere reati di così grave allarme sociale e, peraltro, attuerebbe quanto delineato, a livello generale, nella Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176 che sancisce, per gli Stati membri, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari.

# CORTI EUROPEE

## EUROPEAN COURTS

di Francesco Trapella

### IMMIGRAZIONE, TRATTENIMENTI E RESPINGIMENTI

(Corte e.d.u., Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*)

L'ondata migratoria successiva alla c.d. "primavera araba" ha portato migliaia di persone dai Paesi del nord Africa a quelli dell'Europa meridionale, imponendo anche all'Italia di adottare misure idonee all'accoglimento e all'identificazione dei tanti che cercavano rifugio nel nostro territorio.

La vicenda ora in commento aveva luogo nel 2011: tra il 16 e il 17 settembre di quell'anno i tre ricorrenti lasciavano la Tunisia su imbarcazioni di fortuna, approdando a Lampedusa dopo un giorno di mare. Essi erano, così, collocati al Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Contrada Imbriacola e, dopo i necessari interventi di primo soccorso, venivano identificati.

Una rivolta occorsa tra i migranti cagionava l'incendio del Centro: ciò imponeva il trasferimento degli ospiti – tra cui v'erano i tre odierni ricorrenti – dapprima al Palazzetto dello Sport di Lampedusa (20 settembre 2011) e, poi, a Palermo, a bordo di alcune navi attraccate al porto (22 settembre 2011): in particolare, il primo attuale istante veniva collocato su una nave con altre 190 persone; l'imbarcazione cui erano indirizzati gli altri due ricorrenti ospitava, invece, 150 individui.

Tra il 27 e il 29 settembre 2011 i tre odierni reclamanti furono rimpatriati in Tunisia, previa loro identificazione e una volta emessi altrettanti decreti di respingimento, resi ai sensi dell'art. 10, comma 2 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

A mente della norma appena citata, l'atto operato nei riguardi dei tre ricorrenti è da considerarsi non tanto come espulsione, quanto nei termini di un respingimento alla frontiera, essendo gli interessati entrati nel territorio italiano – ed avendo potuto rimanervi – solo per ragioni di pubblico soccorso e nel limitato periodo ad esso necessario. Si tratta, insomma, della fattispecie definibile come *respingimento differito*.

L'ora descritta situazione portava i tre ricorrenti ad adire la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione degli artt. 3, 5 §§ 1, 2 e 4 e 13 Cedu e dell'art. 4 del quarto protocollo addizionale alla Cedu.

Sotto il profilo dell'art. 3 Cedu si censuravano le condizioni del Centro di Soccorso di Lampedusa e delle navi al porto di Palermo: si sarebbe, infatti, trattato di sistemazioni connotate da carenze igieniche e da un notevole sovraffollamento, oltre che da un endemico stato di sofferenza cagionato dall'incertezza negli ospiti circa le loro sorti e dalla scarsità di indicazioni in ordine al proprio *status*.

Sull'art. 5 Cedu veniva lamentato: *a)* il fatto che i tre istanti sarebbero stati trattenuti, sia a Lampedusa, sia a Palermo, in maniera incompatibile con i presupposti in relazione ai quali la Convenzione di Strasburgo ammette ogni limitazione della libertà personale; *b)* la circostanza che alcuna informazione circa le ragioni del trattenimento sarebbe stata fornita agli interessati; *c)* l'impossibilità di contestare, mediante difensore, la legittimità dell'agire dell'autorità italiana.

L'ultima delle censure appena rammentate realizzava, poi, nella prospettazione dei ricorrenti, l'infrazione dell'art. 13 Cedu.

L'art. 4 del quarto protocollo addizionale, infine, appariva violato, atteso che la norma impedisce le c.d. "espulsioni collettive" e visto che, nel caso di specie, alcuna informazione circa le situazioni individualmente vissute da ognuno dei ricorrenti sarebbe stata richiesta ed acquisita al momento del loro ingresso al Centro di Soccorso lampedusano o sulle navi al porto di Palermo. Ne sarebbe derivato l'indiscriminato respingimento dei migranti dal nostro territorio, dopo il primo soccorso e la successiva identificazione.

Con sentenza del 1° settembre 2015, la Seconda Sezione della Corte di Strasburgo accoglieva il ricorso in parola.

Più in particolare, per i giudici europei, il trattenimento nel Centro di Soccorso di Lampedusa, contrario alla volontà dei migranti, sostanzialmente violava l'art. 3 Cedu: difatti, il sovraffollamento e le obiettive carenze igieniche infrangevano gli *standard* minimi richiesti dalla giurisprudenza strasburghese. Diverso discorso andava fatto per il soggiorno sulle navi a Palermo: la ricostruzione offerta dai ricorrenti era smentita da una decisione del g.i.p. del capoluogo siciliano, a sua volta fondata sul rapporto di un parlamentare italiano che personalmente si era recato sulle imbarcazioni, in visita ai migranti ospitati. Dal materiale in argomento, la Corte europea evinceva il rispetto dei *dicta* strasburghesi in punto di trattamenti umani, con ciò disattendendo ogni censura sulla violazione dell'art. 3 Cedu.

Quanto all'art. 5 Cedu, la Corte di Strasburgo rilevava come l'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998, ammettendo i respingimenti differiti, non legittima alcuna forma di trattenimento legale dei migranti, non potendosi sovrapporre la previsione ora rammentata a quella dell'art. 14 d.lgs. n. 286 del 1998 che, in situazioni diverse da quella testé esaminata, ammette l'ingresso e la coattiva permanenza dei migranti nei Centri di identificazione ed espulsione: entità – ribadivano i giudici europei – diverse da quella di Contrada Imbriacola in cui erano ospitati i tre odierni ricorrenti.

Ancora, il fatto che i migranti siano stati verbalmente notiziati del loro *status* di irregolari, come sostenuto dal governo italiano, non bastava – dice la Corte – a garantire lo *standard* di informazione propeedeutico all'esercizio del diritto di difesa, previsto dall'art. 5, § 2 Cedu.

La sostanziale incapacità di difendersi e l'obiettiva possibilità di qualificare l'episodio ora in esame come espulsione collettiva – con conseguente violazione dell'art. 4 del quarto protocollo addizionale – induceva la Corte ad attestare pure la lesione dell'art. 13 Cedu: e, difatti, se pure teoricamente i ricorrenti avrebbero potuto rivolgersi al giudice di pace e lamentare la situazione che li interessava, di certo non sarebbe stata loro garantita la sospensione dell'ordine di respingimento, in attesa di un più approfondito – ed idoneo, in base agli *standard* europei – esame delle loro condizioni. Tanto basta ad acclarare l'impossibilità di giovare di efficaci rimedi giurisdizionali contro la lesione di diritti individuali, così come, invece, previsto dall'art. 13 Cedu.

A seguito della richiesta di rinvio del governo italiano, lo scorso 16 dicembre la Grande Camera ha reso sentenza di parziale riforma di quella appena rammentata.

Se viene riconosciuta la violazione degli artt. 5 e 13, in rapporto all'art. 3 Cedu, non è così per l'art. 4 del quarto protocollo addizionale.

Secondo la Grande Camera, il divieto di espulsioni collettive è mirato ad evitare che i migranti vengano portati oltre frontiera senza che agli stessi venga data la possibilità di sottoporre all'autorità le proprie posizioni individuali: nel caso di specie, i giudici europei ritengono sufficientemente provato che i tre ricorrenti abbiano potuto esprimersi in almeno due occasioni, *in primis* all'ingresso nel Centro di Soccorso e, in un secondo momento, all'atto del rimpatrio, nei colloqui individuali con il console tunisino.

A ben vedere, l'art. 4 del quarto protocollo addizionale non impone allo Stato l'organizzazione di colloqui individuali, di talché si rivela inutile il tentativo di dimostrare l'irreperibilità dei verbali degli incontri occorsi all'ingresso nel Centro lampedusano tra gli ospiti e gli operatori della struttura. Pur ritenendo plausibile la versione offerta dal governo italiano – che, cioè, i verbali sarebbero andati distrutti nell'incendio del 20 settembre 2011 –, è certo che i tre ricorrenti hanno avuto la possibilità di esporre ognuno il proprio vissuto, almeno nell'incontro con il console tunisino.

Non può, quindi, affermarsi che abbia avuto luogo un'espulsione collettiva nel senso di indiscriminata e, quindi, incurante delle ragioni per le quali i migranti lasciavano il proprio Paese, facendo ingresso nel nostro.

Altro punto sul quale la Grande Camera si pone il disaccordo rispetto alla seconda sezione della Corte strasburghese riguarda la permanenza dei ricorrenti presso il Centro di Soccorso a Lampedusa.

La Grande Camera valorizza, infatti, l'assenza di violenze e la brevissima permanenza dei ricorrenti nel Centro, oltre all'assenza di dati certi circa la capienza della struttura e il numero di ospiti nello specifico momento in cui vi si trovavano i tre istanti; mancava, inoltre, prova che i promotori dell'azione davanti ai giudici europei appartenessero a categorie di particolare vulnerabilità per età, condizioni di salute o sesso. Tutto ciò impedisce di dichiarare violato l'art. 3 Cedu.

Per ciò che riguarda la permanenza sulle navi a Palermo, la Grande Camera richiama integralmente le considerazioni svolte dalla seconda sezione, rigettando, anche qui, le doglianze dei ricorrenti in punto di lesione dell'art. 3 Cedu.

Meritano attenzione, infine, le opinioni dissenzienti dei giudici Dedov e Serghides.

Il primo sottolinea la situazione di particolare emergenza in cui versava l'Italia in relazione agli sbarchi successivi alla c.d. primavera araba; in ragione di ciò, avrebbe dovuto concedersi maggiore margine allo Stato per organizzare l'accoglienza dei migranti, così indulgendo circa eventuali – e limitate – infrazioni degli *standard* imposti dall'art. 5 Cedu. In sostanza, avrebbe potuto scusarsi lo Stato italiano, trovandosi esso in una sorta di stato di necessità, determinato dall'arrivo, massivo e straordinario, di migranti sulle proprie coste meridionali.

Il giudice Serghides ricorda, invece, come l'Italia avesse concluso con la Tunisia un preciso accordo volto alla semplificazione delle attività di identificazione e di respingimento dei migranti da là provenienti, di talché può dirsi violato il divieto di espulsioni collettive. Il modulo di sommario accertamento delle condizioni dei migranti concordato tra Italia e Tunisia impedisce, infatti, di chiarire le ragioni del suo ingresso in Paese diverso da quello di provenienza: obiettivo – dice il giudice – raggiungibile solo con colloqui individuali, finalizzati ad esplorare *funditus* la situazione di ciascuno dei potenziali interessati al respingimento.

La vicenda appena sintetizzata (ri)porta all'attenzione il tema delle migrazioni da oltre Mediterraneo: argomento di grande attualità, esso svela le carenze di un sistema di accoglimento dei migranti che è ancora oggi inadeguato alle dimensioni del fenomeno e che espone il nostro Paese al rischio di censure da parte dei giudici europei. Le incertezze in ordine al concetto di espulsione collettiva, l'insufficienza delle strutture e una disciplina di diritto interno inadeguata, quando non contraddittoria rispetto ai moniti strasburghesi, non aiutano a fare luce sulla complessità dell'argomento che, troppo spesso, è abbandonato a considerazioni sensazionalistiche di *media* poco informati, piuttosto che alla ponderata riflessione dei giuristi: presupposto essenziale per la creazione di un'auspicata regolamentazione del fenomeno migratorio rispettosa dei fondamentali diritti di ciascun individuo.

#### “DEPENALIZZAZIONE” E DIRITTI DELLA VITTIMA

(C. giust. UE, ord. 13 dicembre 2016, causa C-484/16)

Il caso da cui trae origine la vicenda che ora ci occupa è di particolare semplicità e di notevole frequenza nelle aule giudiziarie nostrane: un cittadino italiano, durante una partita di calcio, veniva aggredito con parole ingiuriose dalla tifoseria avversaria; sporta querela, la vicenda giungeva davanti al giudice di pace di Taranto. Questi, preso atto dell'abrogazione dell'art. 594 c.p., occorsa con d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, ha ritenuto che lo Stato italiano sia venuto meno agli obblighi su di esso derivanti dall'art. 83 TFUE e dalla direttiva 2012/29/UE: difatti, secondo il giudice di pace, a causa della novella del 2016, il procedimento penale avrebbe dovuto concludersi con assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato; vi sarebbe una disparità di trattamento tra il delitto un tempo regolato dall'art. 594 c.p. e quello disciplinato dall'ancora vigente art. 595 c.p., trattandosi di reati simili, che si distinguono solamente per la presenza o per l'assenza della persona offesa. L'irrazionalità della scelta operata dal legislatore – diceva, ancora, il giudice di pace – viola il principio di legalità sancito, a livello interno, dall'art. 25, comma 2, Cost. e, a livello europeo, dagli artt. 49, 51, 53 e 54 della Carta di Nizza. Si giungerebbe, insomma, a trattare in modo diverso due fattispecie, invece assimilabili, con successiva impossibilità, per la vittima di ingiuria, di trovare ristoro negli strumenti della giustizia penale. E, difatti, – chiosa il giudice di pace – la persona offesa potrebbe esperire l'azione civile *ex art. 4 del d.lgs. n. 7 del 2016*, finalizzata ad ottenere ristoro del danno non patrimoniale: si tratterebbe di rimedio *ex post*, privo di quei connotati tipici della repressione e della prevenzione che caratterizzano la sanzione penale; l'esercizio della predetta azione, infine, potrebbe persino rivelarsi inutile, stante l'incapacità economica dell'accusato.

A fronte di una simile prospettazione, la Corte di giustizia si dichiara incompetente a trattare il caso.

Quella costruita dal giudice del rinvio è un'argomentazione che si fonda su scelte del legislatore italiano, che portano a definire taluni comportamenti come reati e talaltri, invece, come penalmente irrilevanti.

Le fonti europee citate dal giudice nazionale – e, quindi, *in primis*, la Direttiva 2012/29/UE – riferiscono della vittima di un fatto che sia già qualificato, in base al diritto interno, come reato. Altrimenti detto, nulla, tra quanto menzionato dal rimettente, induce a ritenere l'ingiuria come un comportamento che, per monito euro-unitario, debba essere dichiarato di rilievo penale.

Con l'ordinanza che si annota, dunque, la Corte di giustizia conferma l'impossibilità per le istituzioni europee di entrare nelle scelte di politica legislativa interna, relative alla qualificazione di fatti umani come reati e, se del caso, al relativo trattamento sanzionatorio. Per quanto lo studioso di diritto penale italiano sia probabilmente indotto ad aderire alla posizione del giudice del rinvio circa le non sempre chiare ragioni che hanno indotto ad abrogare le norme che regolavano alcuni reati, mantenendone altre in vigore, o in ordine all'abnormità del concetto di "sanzione civile" che compare a più riprese proprio nel d.lgs. n. 7 del 2016, quella testé analizzata è questione giuridica interna che, in quanto tale, non può interessare il giudice europeo.

Si conferma, insomma, il limite del cd. "diritto penale europeo", ancora oggi incapace di definire finzione e conseguenze dei reati e disposto, quindi, a lasciare agli Stati il compito di indicare quali illeciti posseggano il connotato della penale rilevanza.

#### LAVORI FORZATI E DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

(Corte e.d.u., 17 gennaio 2017, J. e altri c. Austria)

Il caso concerne un'inchiesta condotta dalle autorità austriache su un caso di tratta di esseri umani. Le ricorrenti, tre cittadine filippine, partivano, tra il 2006 e il 2009, alla volta di Dubai, alla ricerca di uno stabile impiego come ragazze alla pari. Tra il 2009 e il 2010, i datori di lavoro ritiravano loro i passaporti, infliggendo maltrattamenti fisici e minacce, ed obbligandole ad un lavoro eccessivamente lungo, senza versare la paga concordata.

Nel luglio 2010, le ricorrenti furono mandate a Vienna per qualche giorno: anche lì, venivano loro ritirati i passaporti, con l'obbligo di lavorare dall'alba alla mezzanotte e, talora, pure oltre. Le odierne istanti hanno dovuto occuparsi dei figli dei loro datori di lavoro, subendo periodicamente insulti e minacce. In particolare, la situazione si aggravava allorché uno dei minori alla cui assistenza le tre ragazze filippine erano preposte scomparve allo zoo di Vienna: in quella circostanza, le predette furono sottoposte a violenze, verbali e non, tanto da costringerle a cercare aiuto presso la comunità filippina di Vienna.

Circa nove mesi più tardi, le ricorrenti contattavano un'organizzazione locale attiva nel campo della lotta contro la tratta di esseri umani, e nel luglio 2011 esse depositavano una denuncia contro i loro datori di lavoro con l'aiuto dell'anzidetto ente.

La procura di Vienna apriva, così, un'indagine per il reato previsto dall'art. 104/a del codice penale austriaco, relativo, appunto, alla tratta di esseri umani; ciononostante, l'inchiesta si chiudeva con una decisione che sanciva l'incompetenza delle autorità austriache a conoscere il reato denunciato. La stessa autorità d'oltralpe specificava che gli elementi apportati dalle odierne istanti non erano sufficienti a definire i tratti essenziali del reato contestato, di talché ben si giustificava una decisione archiviativa.

Nel marzo 2012, il tribunale regionale di Vienna confermava l'archiviazione, ritenendo improbabile una condanna dei soggetti denunciati, sulla scorta degli elementi addotti dalle tre attuali ricorrenti.

Le tre cittadine filippine hanno, così, adito la Corte di Strasburgo, invocando gli artt. 3 e 4 della Convenzione edu e, cioè, il divieto di trattamenti inumani e degradanti, e l'interdizione al lavoro forzato: sotto quest'ultimo profilo, esse rimarcavano la propria condizione di immigrate, costrette a lavorare presso i datori di lavoro, senza che alcuno conoscesse la loro posizione.

Nella sentenza che si annota, la Corte strasburghese sottolinea come in capo all'autorità austriaca non possa certo contestarsi la violazione del divieto di lavori forzati e, per quella via, la posizione di una condotta di tratta di esseri umani. È sicuro – dicono i giudici europei – che siano stati soggetti privati ad avere condotto le ricorrenti, dapprima a Dubai e poi in Austria, obbligandole ad interrompere ogni rapporto con le famiglie e costringendole ad un regime di lavoro senz'altro esorbitante il limite ammissibile in base alle normative sul lavoro vigenti nei Paesi europei.

Ciò che si domanda alle autorità d'oltralpe è lo svolgimento di un'indagine compatibile con gli *standard* strasburghesi di completezza, idonea a vagliare la sussistenza del possibile massimo sforzo in capo agli inquirenti verso l'accertamento di un fatto incompatibile con gli invocati parametri convenzionali, segnatamente con gli artt. 3 e 4 Cedu.

Nel caso che ora ci occupa, la Corte europea scinde la porzione di condotta occorsa fuori dal territorio austriaco e quella posta in essere a Vienna, giungendo alla conclusione che di sicuro gli inquirenti



d'oltralpe non sono abilitati a decidere in ordine a violazioni compiute a Dubai o entro i confini filippini; dovendosi, quindi, concentrare sui fatti austriaci, la procura viennese – dicono i giudici di Strasburgo – ha operato bene, proteggendo le (potenziali) vittime del reato di tratta di esseri umani. Per tal ragione, non si riscontra l'infrazione degli artt. 3 e 4 Cedu.

Il caso testé esaminato induce a riflettere sui limiti dell'azione di giudici ed inquirenti interni: essi agiscono, ovviamente, nei limiti imposti dai confini nazionali, non essendo abilitati, nemmeno nel nome del principio di completezza dell'accertamento penale, ad acclarare violazioni occorse fuori da quegli spazi. Ne deriva l'incompetenza della Corte strasburghese ad accertare lesioni ai diritti sanciti in Convenzione, allorquando esse si siano verificate al di fuori del territorio dei Paesi che la hanno sottoscritta.

## CORTE COSTITUZIONALE

di Angela Procaccino

### INTRUSIONI INVESTIGATIVE SULLA CORRISPONDENZA POSTALE E POSSIBILITÀ DI UTILIZZARE FORME DIVERSE DAL SEQUESTRO O, PER I DETENUTI, DALLA PROCEDURA MEDIANTE VISTO DI CONTROLLO.

(C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20)

Sebbene dichiarati la non fondatezza delle questioni sollevate, la decisione va segnalata poiché rende importanti chiarimenti su temi che hanno un forte impatto sulla prassi e che, peraltro, avevano già visto impegnate le Sezioni Unite della Suprema corte.

Il giudice rimettente – la Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria – sollevava, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 266 c.p.p. e degli artt. 18 (nel testo previgente le modifiche introdotte dall'art. 3, commi 2 e 3, l. 8 aprile 2004, n. 95, recante «*Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*») e 18-ter della l. 26 luglio 1975, n. 354 («*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*»).

Il processo penale di cui la Corte rimettente era stata investita si fondava, difatti, su una serie di intercettazioni telefoniche e ambientali, nonché di missive spedite e ricevute in carcere dall'imputato, dalle quali il giudice di primo grado aveva inferito l'esistenza di un progetto criminoso volto a consolidare il potere della famiglia dello stesso imputato sul territorio e a consumare una serie di specifici fatti delittuosi. Tale corrispondenza era stata copiata all'insaputa del mittente e dei destinatari sulla base di un provvedimento di autorizzazione emesso dal giudice precedente, senza essere sottoposta a sequestro ai sensi dell'art. 254 c.p.p., né a visto di controllo ai sensi degli artt. 18 e 18-ter dell'ordinamento penitenziario.

Ai fini della condanna erano poi state utilizzate, invece, le sole dichiarazioni rese dai coimputati sul contenuto di alcune di tali missive, di cui era stata data lettura in dibattimento, per le contestazioni nel contraddittorio delle parti. Il primo giudice di appello aveva, poi, condannato gli imputati per i delitti di tentata estorsione aggravata, associazione mafiosa, associazione finalizzata al narcotraffico, omicidio volontario aggravato e connessi reati in materia di armi. Successivamente, la sentenza di condanna, limitatamente al delitto di omicidio volontario e ai reati in materia di armi, era stata annullata e il giudizio rinviato proprio dinanzi alla Corte di assise d'appello di Reggio Calabria. Quest'ultima, aveva dunque precisato alla Corte costituzionale che, per valutare adeguatamente la responsabilità dell'imputato nel giudizio di rinvio, riteneva necessario l'integrale esame del contenuto della corrispondenza postale inviata e ricevuta dall'imputato in carcere, e si trovava, tuttavia, a non poter utilizzare tale corrispondenza epistolare, per l'impossibilità di applicare analogicamente alle missive postali, le disposizioni dettate dal codice di rito in materia di intercettazioni telefoniche. Tale impossibilità, come noto, è definitivamente acquisita al "diritto vivente": a questo proposito occorre, difatti, ricordare come la Corte di cassazione (sent. 18 ottobre 2007-23 gennaio 2008, n. 3579) pur essendosi dapprima espressa per l'utilizzabilità dei risultati di tali indagini, in base alla considerazione che l'autorizzazione a visionare e copiare la corrispondenza potesse considerarsi istituto parificabile a quello, di cui agli artt. 266 ss. c.p.p.; successivamente, tuttavia, a Sezioni Unite, (Cass., sez. un., 19 aprile-18 luglio 2012, n. 28997) aveva invece ritenuto inapplicabile in via analogica quest'ultima disciplina alle operazioni di intercettazione della corrispondenza affermando, di conseguenza, l'inutilizzabilità, ex art. 191 del codice di rito, delle missive illegittimamente intercettate. Riguardo alla corrispondenza, argomentava il giudice *a quo*, è dunque possibile provvedere solo mediante sequestro ai sensi degli artt. 254 e 353 c.p.p., ma non all'intercettazione all'insaputa del mittente e del destinatario, consentita invece dagli artt. 266 ss. del medesimo codice solo per le comunicazioni telefoniche e le altre telecomunicazioni. Proprio su tale difformità di disciplina, si fondava l'eccezione di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, e del principio di completezza investigativa quale «precipitato natu-

rale» del principio di obbligatorietà dell'azione penale ai sensi dell'art. 112 Cost.

Ciò che in primo luogo va segnalato, della motivazione della sentenza in epigrafe riguarda, innanzitutto l'approvazione dell'intero inquadramento normativo effettuato del rimettente, che viene reputato conforme ai parametri ermeneutici anche di ordine costituzionale: la disciplina vigente e il "diritto vivente" – secondo la Corte – risultano compiuti ed effettivamente non esiste alcuna possibilità di utilizzare forme di captazione (e dunque anche di copiatura) della corrispondenza postale diverse dal sequestro *ex art. 254 c.p.p.* o, per i detenuti, dalla procedura mediante visto di controllo per i detenuti, neanche ricorrendo alla categoria della prova atipica *ex art. 189 c.p.p.*, che presuppone, invece, che la prova si formi in modo lecito, (viene a proposito richiamata Cass., sez. un., 28 marzo-28 luglio 2006, n. 26795, in tema di riprese visive).

Ora, se da un lato è vero che all'interno dell'art. 15 Cost., il diritto di comunicare è inteso in senso ampio ed unitario tanto da comprendere sia la «corrispondenza» sia le «altre forme di comunicazione», incluse quelle telefoniche, elettroniche, informatiche, tra presenti o effettuate con gli altri mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia, dall'altro lato è altrettanto vero che la protezione della libertà di comunicare liberamente e riservatamente, non esige, di per sé e automaticamente, l'uniformità della disciplina degli eventuali limiti, ben potendo, invece, permettersi, che la limitazione del diritto sia architettata sulla base della diversità dei canali attraverso i quali si esprime. L'unico (come rivendicato dalla Corte) compito del controllo di costituzionalità è quello di appurare che le disposizioni limitative della libertà di comunicazione siano rispettose della riserva assoluta di legge e di giurisdizione e siano volte alla tutela di un altro diritto o al perseguimento di un altro interesse costituzionalmente rilevante, in ossequio ai principi di idoneità, necessità e proporzionalità. E così, la scelta del legislatore di orientarsi verso differenti modalità di ricerca della prova, prevedendo il sequestro per la comunicazione realizzata attraverso un mezzo cartaceo – in linea con gli strumenti tradizionali per l'acquisizione di cose pertinenti al reato (art. 253 c.p.p. e, con specifico riguardo alla corrispondenza postale, art. 254 c.p.p.) – e l'intercettazione, invece, per la comunicazione realizzata attraverso mezzi visivi, acustici o elettronici, risulta costituzionalmente compatibile.

Quanto, più specificamente, alla corrispondenza epistolare del detenuto, come noto, nel contesto legislativo assai limitativo della libertà di comunicare riservatamente, si è inserito l'art. 18-ter, introdotto con la l. n. 95 del 2004, con la previsione di alcune ulteriori precisazioni: «Per esigenze attinenti le indagini o investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, possono essere disposti, nei confronti dei singoli detenuti o internati, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi: a) limitazioni nella corrispondenza epistolare e telegrafica e nella ricezione della stampa; b) la sottoposizione della corrispondenza a visto di controllo; c) il controllo del contenuto delle buste che racchiudono la corrispondenza, senza lettura della medesima». Anche tali strumenti, e per quel che riguarda il caso di specie, l'apposizione del visto di controllo sulla corrispondenza, costituiscono, secondo il giudice delle leggi, proprio il frutto di un bilanciamento tra le esigenze investigative legate alla prevenzione o alla repressione dei reati e i diritti dei detenuti, tra i quali, la possibilità di intrattenere rapporti con soggetti esterni, riveste una particolare importanza affinché le modalità di esecuzione della pena siano rispettose dei principi costituzionali e, segnatamente, dell'art. 27 Cost. In definitiva, la normativa impugnata, ad avviso della Corte, rientra in un ambito, quello dei mezzi di ricerca della prova – a cui deve essere riservato un adeguato margine di discrezionalità legislativa, soggetto solo a controllo di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà (come già affermato, da ultimo, nelle sentt. n. 152 del 2016, n. 138 del 2012 e n. 141 del 2011), che tuttavia non sembrano potersi rilevare nel caso scrutinato. Probabilmente, una delle affermazioni più rilevanti della pronuncia è contenuta (cfr. punto 6, ult. par.) nel passaggio in cui si ribadisce la fondamentale differenza tra ciò che è soltanto costituzionalmente compatibile e ciò che potrebbe, invece, essere legislativamente realizzato. La Corte afferma, difatti: "ciò non vuol dire che lo stesso legislatore, nel rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione previste dall'art. 15 Cost. e, in osservanza dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità, non possa prevedere forme di captazione occulta dei contenuti che non interrompano il flusso comunicativo, come già accaduto per le comunicazioni telematiche e informatiche, introdotte attraverso gli artt. 11 e 12 della l. 23 dicembre 1993, n. 547 («Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica»)".

A tal proposito, del resto, è il caso di ricordare che, proprio al fine di includere nella disciplina delle intercettazioni anche la corrispondenza, nel corso della XV legislatura è stato presentato un apposito disegno di legge, mai approvato dal Parlamento. In ultima analisi, dunque, ciò che sarebbe davvero ne-

cessario comprendere è se quella attuale possa ancora considerarsi un'architettura normativa frutto di una scelta ancora ben ponderata e consapevole, anziché una inerzia ormai obsoleta.

#### CONTESTAZIONE DEL FATTO DIVERSO IN UDIENZA PRELIMINARE, INVITO A MODIFICARE L'IMPUTAZIONE E INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

(C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 18)

La decisione dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, posta dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Napoli, dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità con la funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il pubblico ministero a procedere alla modifica dell'imputazione, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, invito al quale il pubblico ministero abbia aderito.

Diciamo subito che la Corte ha ammesso che la sollecitazione al pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, costituisce un'esternazione del giudice su un convincimento sul merito della regiudicanda. Tuttavia tale esternazione, argomenta sempre la Corte, avviene innanzitutto di regola in un momento immediatamente prodromico alla decisione – al termine del confronto tra le parti e dell'eventuale integrazione probatoria che si sia già svolta – e, in secondo luogo, ha proprio la funzione di consentire che il giudice non si pronunci su una imputazione che ritiene non conforme a quanto emerso dagli atti processuali.

In questa prospettiva dunque, il giudice delle leggi, continuando ad analizzare l'atto rappresentato dall'"invito" del g.u.p. a modificare l'imputazione, ritiene di poterlo differenziare in maniera radicale dall'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero: soltanto quest'ultima determina la chiusura della fase pendente dinanzi al giudice che la ha emessa e la regressione del procedimento, poiché il pubblico ministero si troverà ad operare in una fase distinta (per quanto omologa), a seguito della quale dovrà esercitare, ove ritenga sussistano i presupposti, l'azione penale, ed è proprio nella valutazione di merito insita nel precedente provvedimento che si materializza la decisione "pregiudicante".

Il Giudice delle leggi ha, dunque, ribadito (come da sua costante giurisprudenza del resto) che la situazione di incompatibilità prende consistenza solo allorché la valutazione "contenutistica" sulla regiudicanda si collochi in una fase precedente e distinta del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito. Qualora, invece, ci si trovi all'interno di ciascuna delle fasi – cioè all'interno di una sequenza ordinata di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, prodromici alla decisione conclusiva – deve ritenersi del tutto ragionevole che venga preservata l'esigenza di continuità e di globalità, che, al contrario, sarebbe compromessa dalla necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere (*ex plurimis*, sentt. n. 153 del 2012, n. 177 e n. 131 del 1996; ord. n. 76 del 2007, n. 123 e n. 90 del 2004, n. 370 del 2000, n. 232 del 1999).

#### OBBLIGO DI APPLICAZIONE DELLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE E DEROGA CONNESSA ALL'ETÀ DELLA PROLE.

(C. cost., sent. 24 gennaio, 2017, n. 17)

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 4, c.p.p., nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 13, 24, 31 e 111 Cost., dal Tribunale ordinario di Roma.

L'ufficio del pubblico ministero, difatti, sul presupposto del compimento dei sei anni di età da parte della figlia minore, aveva chiesto per l'imputata il ripristino della custodia cautelare in carcere (mentre l'altro genitore rimaneva, peraltro, detenuto in custodia cautelare in carcere). Secondo il giudice rimettente, l'automatismo presente nella disposizione censurata, impedirebbe al giudice di apprezzare la particolare condizione della minore, la quale, nel caso di specie, era rimasta priva di entrambi i genitori, detenuti per gravi reati nei medesimi procedimenti.

Alle argomentazioni del giudice rimettente la Corte risponde, innanzitutto chiarendo come l'automatismo applicativo contenuto nell'art. 275 c.p.p., è in realtà, quello contenuto nel comma terzo della disposizione, mentre il contestato comma quarto, contiene un divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere riferito ad alcune categorie di imputati (tra i quali la madre di figli minori infra-seienni con lei conviventi); un divieto che è di carattere generale e che cioè prescinde dal titolo di reato e non è dunque riferibile alle sole ipotesi considerate all'art. 275, comma 3, c.p.p. Soprattutto, non si è in presenza di una «situazione di automatismo», ma, al contrario, di una deroga (sia pur soggetta a condizioni e limiti) ai criteri che i commi precedenti del medesimo articolo dettano in tema di applicazione delle misure cautelari e, quindi, anche alla presunzione legale stabilita al comma precedente (in questo senso la Corte richiama la giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. VI, 30 aprile-4 luglio 2014, n. 29355; Cass. sez. II, 16-28 marzo 2012, n. 11714; Cass., sez. I, 16 gennaio-6 febbraio 2008, n. 5840).

In sede applicativa, la Corte di cassazione ha rintracciato la *ratio* del divieto legislativo di applicazione della misura cautelare carceraria, in presenza di minori di età inferiore ai sei anni, nella necessità di salvaguardare la loro integrità psicofisica, dando prevalenza alle esigenze genitoriali ed educative su quelle cautelari (entro i limiti precisati), garantendo così ai figli l'assistenza della madre, in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro crescita e formazione (Cass., sez. VI, 23 giugno-1 settembre 2015, n. 35806; Cass. sez. VI, 30 aprile-4 luglio 2014, n. 29355; Cass. sez. I, 12 dicembre 2013-31 gennaio 2014, n. 4748; Cass., sez. V, 15-27 gennaio 2008, n. 8636).

Anche il giudice di legittimità, ha, naturalmente, ritenuto che il divieto di applicazione della custodia cautelare sia il frutto di un bilanciamento di valori già operato dal legislatore, il quale stabilisce che sulla esigenza processuale e sociale della coercizione, debba prevalere la tutela di un interesse di rango altrettanto degno poiché legato alla protezione costituzionale dell'infanzia, garantita dall'art. 31 Cost. (sentt. n. 239 del 2014 e n. 177 del 2009; ord. n. 145 del 2009). Tale bilanciamento, peraltro, è andato mutando negli ultimi due decenni: difatti, se inizialmente, l'art. 275, comma 4, c.p.p., prevedeva non potersi disporre la custodia cautelare in carcere, salva la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputata fosse «una persona incinta o che allatta la propria prole», già qualche anno dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli, con l'art. 5, comma 2, l. 8 agosto 1995, n. 332 («*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*»), il peso dell'interesse del minore in tenera età al mantenimento di un rapporto continuativo con una figura genitoriale crebbe e il citato comma 4 venne modificato nel senso che, non potesse disporsi la custodia cautelare in carcere quando imputati fossero stati una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Più di recente, con la l. 21 aprile 2011, n. 62 («*Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*»), si è avuto l'ulteriore ampliamento della tutela, posto che, attualmente, la custodia cautelare in carcere non può essere né disposta, né mantenuta, quando imputati siano una donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Di certo la rilevanza dell'interesse del fanciullo, che assume peraltro anche un profilo internazionale (sono richiamate le previsioni dell'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo e dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo) è tale per cui, la Corte aveva già avuto modo di affermare che in tutte le decisioni adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, tale interesse «deve essere considerato "preminente": precetto che assume evidentemente una pregnanza particolare quando si discute dell'interesse del bambino in tenera età a godere dell'affetto e delle cure materne» (così, in particolare, C. cost., sent. n. 239 del 2014). Pur con tali importanti ed impegnative premesse, tuttavia, la Corte ritiene, alla luce dello scrutinio effettuato, anche sulla scorta dei dati di esperienza, tenuti in conto nei lavori preparatori della l. n. 62 del 2011 (Senato della Repubblica – Commissione II – giustizia, seduta n. 226 del 22 marzo 2011), che il bilanciamento degli interessi compiuto dal legislatore, nell'aver limitato l'applicazione del divieto di custodia cautelare entro la fascia dei sei anni d'età del figlio, appaia non irragionevolmente giustificata alla luce della considerazione che proprio detta età, coincida con l'assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, con l'inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre.

## APPLICAZIONE RETROATTIVA DELLA *LEX MITIOR* AMMINISTRATIVA IN TEMA DI OMESSA COMUNICAZIONE DI CONTRATTI DI LAVORO *PART-TIME*

(C. cost., ord. 5 gennaio 2017, n. 2)

Pur essendo dichiarativa di manifesta inammissibilità, la pronuncia in epigrafe rappresenta un esempio clamoroso della necessità di metabolizzare le fonti “eurounitarie” al fine di operare in un ordinamento ormai compiutamente “multilivello”.

Era stata sollevata, difatti, dal Tribunale di Cassino, questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, l. 24 novembre 1981, n. 689 («*Modifiche al sistema penale*»), in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 7 Cedu e all’art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881, nonché all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Il procedimento *a quo* traeva origine da un’opposizione, proposta ai sensi dell’art. 22, l. 689 del 1981, avverso l’ordinanza-ingiunzione con cui era stata contestata alle parti opponenti la violazione dell’obbligo – previsto dall’art. 2, comma 1, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 («*Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all’accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall’UNICE, dal CEEP e dalla CES*») – di notificare alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio l’assunzione di lavoratori a tempo parziale (nel caso in esame, la sanzione per tale condotta omissiva era stata determinata, ai sensi dell’art. 8, comma 4, dello stesso d.lgs. n. 61 del 2000, nella misura di circa 129.000 euro). Successivamente, l’art. 85 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («*Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*») aveva abrogato la previsione dell’obbligo del datore di lavoro di dare comunicazione dell’assunzione del lavoratore a tempo parziale, eliminando così anche la relativa disciplina sanzionatoria. Dunque, in base alla normativa più favorevole sopravvenuta, non era più prevista alcuna sanzione, in quanto la condotta addebitata agli opponenti non era più considerata illecito amministrativo e, ciononostante, affermava il giudice rimettente, l’applicabilità della nuova disciplina nel caso in esame sarebbe stata preclusa dall’art. 1, della l. 689 del 1981, il quale non contempla la retroattività del trattamento sanzionatorio più favorevole prevista, invece, per le sanzioni penali, dall’art. 2, comma 2, c.p.

Il giudice *a quo* aveva puntato, nel proprio provvedimento di rimessione, a superare tale irretroattività insistendo sul fatto che i tradizionali corollari del principio di legalità, sinora riferiti alla sola materia penale, dovessero essere riferiti anche ai poteri punitivi dello Stato più generalmente considerati. Per un verso l’omogeneità tra illecito penale e amministrativo sotto il profilo delle garanzie minime, veniva rintracciata, in particolare, nella nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sull’art. 7 della Cedu, che ha elaborato, come noto, una nozione autonoma di materia penale, legata a parametri sostanziali, tra i quali rientrano la natura del precetto violato, la gravità della sanzione e il suo carattere afflittivo (Corte edu, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel ed altri contro Paesi Bassi). Per altro verso, ancora, si richiamavano tutti quei settori specifici in cui era stata *ad hoc* prevista la retroattività della *lex mitior*: l’art. 23-bis, d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148 («*Approvazione del Testo unico delle norme di legge in materia valutaria*»), inserito dall’art. 1, comma 2, l. 7 novembre 2000, n. 326 («*Modifiche al testo unico approvato con d.P.R. 31 marzo 1988, n. 148, in materia di sanzioni per le violazioni valutarie*»); l’art. 3, d.l. 18 dicembre 1997, n. 472 («*Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, a norma dell’articolo 3, comma 133, l. 23 dicembre 1996, n. 662*»); l’art. 46, d.l. 13 aprile 1999, n. 112 («*Riordino del servizio nazionale della riscossione, in attuazione della delega prevista dalla legge 28 settembre 1998, n. 337*»); infine, l’art. 3, d.l. 8 giugno 2001, n. 231 («*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’articolo 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300*»); pur trattandosi di settori speciali, affermava il rimettente, non sussisterebbe una differenza ontologica tra gli illeciti amministrativi oggetto di tali disposizioni e la disciplina generale della l. n. 689 del 1981, né sarebbero rinvenibili motivi di interesse generale, tali da giustificare il diverso trattamento.

A tale prospettiva l’avvocatura dello Stato contrapponeva che, con riferimento alla denunciata violazione dell’art. 117, comma 1, Cost., (in relazione all’art. 7 Cedu), la difesa statale osserva che, sebbene la Corte di Strasburgo abbia elaborato i suddetti criteri idonei ad individuare di volta in volta le caratteristiche “intrinsecamente punitive”, per estendere la portata applicativa dell’art. 7 Cedu anche a fattispecie cui l’ordinamento interno attribuisce natura diversa da quella criminale (citati criteri “Engels”); a

questi fini, il criterio seguito per identificare l'ambito di operatività dell'art. 7 Cedu sarebbe riconducibile al fatto che si tratti di sanzioni amministrative, originariamente rilevanti sul piano penale, ovvero di sanzioni che possano in qualche modo evolvere nella limitazione della libertà personale del soggetto sanzionato; che viceversa, nel caso in esame, si tratterebbe di illeciti amministrativi che sfuggono a tali qualificazioni e che vengono colpiti con sanzioni di natura esclusivamente pecuniaria; che, pertanto, non sarebbe ravvisabile il contrasto con l'art. 7 Cedu, né con l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, né con l'art. 49 della Carta di Nizza, di identico contenuto, e la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 117 Cost., sarebbe stata, pertanto, da ritenere infondata.

Sempre secondo l'avvocatura, peraltro, si sarebbe dovuto seguire il consolidato orientamento costituzionale, secondo il quale rientra nella discrezionalità del legislatore nazionale «modulare le proprie scelte secondo criteri di maggiore o minore rigore a seconda delle materia oggetto di disciplina» (ord. n. 245 del 2003; come pure, ord. n. 501 e n. 140 del 2002).

Superando completamente la necessità di effettuare una scelta tra l'una tesi e l'altra, la Corte delle leggi, individua l'argomento dirimente segnalando come, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, in data 24 aprile 2008 – chiamata a decidere su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE – avesse affermato l'incompatibilità della disposizione, in tal caso censurata, con la Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES. In detta pronuncia, difatti, la CGUE aveva ritenuto che l'imposizione dell'obbligo di notificare una copia di ogni contratto a tempo parziale (nonché della sanzione per la sua violazione) avesse introdotto un ostacolo amministrativo, suscettibile di limitare la diffusione del contratto di lavoro *part-time*. Successivamente, sulla scorta di tale decisione, la Corte di cassazione aveva affermato che la disposizione in esame doveva essere disapplicata (Cass., sez. lav., 15 luglio 2009, n. 16502). Tale quadro – prospettando il venir meno, sia dell'obbligo *de quo*, sia della relativa sanzione – escludeva, ad avviso del giudice di legittimità delle leggi, la necessità di fare applicazione nel giudizio *a quo* della disposizione censurata, riverberandosi nella manifesta inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale sollevata.

#### MANCATA PREVISIONE DELLA NOTIFICA DELLA SENTENZA ALL'ASSENTE: LA MANIFESTA INAMMISSIBILITÀ DELLA QUESTIONE.

(C. cost., ord. 5 dicembre 2016, n. 259)

Il tribunale di Prato aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 548, comma 3, e 585, comma 2, lett. d), c.p.p., nonché degli artt. 10, comma 5, e 11, comma 1, l. 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*»), per l'omessa previsione, in favore dell'imputato dichiarato assente, della notificazione dell'estratto della sentenza, in passato invece prevista per l'imputato dichiarato contumace, a fronte della comunicazione oggi contemplata solo in favore del procuratore generale presso la corte d'appello; solo per tale ultimo soggetto, infatti, il termine per proporre impugnazione decorre dal momento della comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza, mentre per l'imputato detto termine decorrerà così come ordinariamente previsto dal codice. Ciò, ad avviso del giudice remittente, comporterebbe un peggioramento della posizione dell'imputato assente rispetto alla posizione del precedente imputato contumace nonché a quella del Procuratore generale, poiché l'imputato medesimo sarebbe tenuto ad informarsi costantemente onde non essere pregiudicato nei tempi per l'appello, che, comunque, sulla base di tali dinamiche, sarebbero quasi certamente inferiori rispetto a quelli concessi al procuratore.

La Corte pronuncia la manifesta inammissibilità, rilevando come le questioni proposte si caratterizzano come meramente eventuali e irrilevanti, in quanto premature: in primo luogo le norme denunciate di illegittimità, nel disciplinare adempimenti successivi alla pubblicazione della sentenza, rientrando nel sistema delle impugnazioni, avrebbero dovuto, dunque, esser valutate dal giudice dell'impugnazione al fine di apprezzarne gli effetti sull'esercizio del diritto di impugnare la sentenza (che, peraltro, nel momento i cui veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale, era solo ipoteticamente sfavorevole). Peraltro, l'ordinanza di rimessione era stata emessa in una fase processuale in cui la lettura del

dispositivo in assenza dell'imputato risultava ancora una mera eventualità, poiché fino alla chiusura della discussione per il momento della deliberazione, vi è sempre l'ipotetica possibilità che l'imputato compaia personalmente all'udienza – con conseguente revoca, anche d'ufficio, dell'ordinanza che abbia disposto di procedere in sua assenza – come espressamente prevede il comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p., novellato dalla l. n. 67 del 2014.



## SEZIONI UNITE

di Rosa Gaia Grassia

**ACCESSO A UN RITO ALTERNATIVO IN CASO DI RESTITUZIONE NEL TERMINE PER APPELLARE LA SENTENZA CONTUMACIALE DI PRIMO GRADO: È AMMESSA LA RICHIESTA NEI PROCEDIMENTI IN CORSO ALLA DATA DI ENTRATA IN VIGORE DELLA L. 28 APRILE 2014, N. 67**

(Cass., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 52274)

Chiamate a pronunciarsi su una questione attinente alla restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale di primo grado ai sensi dell'art. 175, comma 2, c.p.p. (nel testo antecedente alla novella di cui alla l. n. 67 del 2014), e, nello specifico, su se essa legittimi la richiesta al giudice di appello di rimessione nel termine per l'ammissione ad un rito alternativo, le Sezioni Unite, con la sentenza in oggetto, hanno dato responso affermativo.

Invero, secondo il principio di diritto affermato dalla Suprema corte, l'imputato, il quale non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento, può chiedere al giudice di appello di essere ammesso a un rito alternativo (nella specie: giudizio abbreviato), a seguito della restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale di primo grado, in virtù dell'applicazione del summenzionato articolo nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, applicabile ai procedimenti in corso a norma dell'art. 15-bis della stessa legge.

Orbene, in proposito, la Seconda sezione penale, assegnataria del procedimento, individuato il duplice orientamento espresso in merito dalla Corte di cassazione, ed il contrasto giurisprudenziale derivatone, aveva disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite.

Tanto premesso, per meglio comprendere le ragioni poste alla base dei diversi indirizzi della Suprema corte, quest'ultima, nella sentenza in oggetto, prima di esaminare la questione controversa, procede, anzitutto, ad una breve ricostruzione dell'istituto della rimessione in termini, introdotto, in previgenza del codice Rocco, con la l. 18 giugno 1955, n. 517, la quale aveva appositamente inserito l'art. 183-bis, rubricato "*Restituzione in termini. Effetti della restituzione*", rilevante dal punto di vista del diritto di difesa, seppur limitato all'ipotesi in cui il termine stabilito a pena di decadenza non fosse stato osservato per caso fortuito o forza maggiore, e benché ponesse a carico della parte l'onere della prova, con il limite della concedibilità per una sola volta nel corso del procedimento.

Nondimeno, la l. 23 gennaio 1989, n. 22, contenente modifiche in tema di contumacia e di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, riscrisse l'articolo in parola, riposizionato nell'odierno 175 c.p.p., apportandovi comunque solo l'estensione alla mancata conoscenza effettiva del provvedimento da impugnare, e dunque lasciando inalterata la struttura dell'istituto, mentre il d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2005, n. 60, ha eliminato ogni onere a carico dell'imputato e ha attribuito al giudice il dovere di accertare che questi abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire, ovvero a proporre impugnazione od opposizione.

Da ultimo è poi intervenuta la l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha risistemato l'intera materia, con l'introduzione di interventi del giudice sia preventivi, in merito alla verifica dell'effettiva conoscenza (art. 420-ter c.p.p.), che successivi (art. 625-ter c.p.p.), e con l'abrogazione dell'art. 175, comma 2, e dell'art. 603, comma 4, c.p.p.

Ciò nonostante, nel caso di specie, poiché il dispositivo della sentenza di primo grado è stato pronunciato prima dell'entrata in vigore dell'ultima legge citata, proprio ai sensi dell'art. art. 15-bis della stessa, ad applicarsi, per effetto della norma transitoria, è la disciplina precedente.

E però, pur non sussistendo problematiche in merito alla normativa cui far riferimento, su due oposti orientamenti si sono nel tempo attestate le diverse pronunce della Corte di cassazione sul punto.

Nello specifico, un consolidato orientamento della Corte esclude la sussistenza della facoltà di ri-

chiedere riti alternativi per l'imputato rimesso in termini, ai fini dell'impugnazione della sentenza contumaciale, atteso il tenore letterale dell'art. 175, comma 2, c.p.p., che si fonda su una presunzione *iuris tantum* di non conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, sicché appare irrilevante e manifestamente infondata la questione di costituzionalità del medesimo comma per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che l'imputato possa avanzare richiesta di giudizio abbreviato, dopo essere stato restituito nel termine per impugnare la sentenza di primo grado per non avere avuto conoscenza dell'intero procedimento fin dall'udienza preliminare (Cass., sez. I, 23 ottobre 2012, n. 29479). Al riguardo, si ribadisce infatti che se, ai sensi della stessa norma così come riformulata dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2005, n. 60, compete al giudice l'accertamento dell'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato e la sua eventuale volontaria rinuncia a comparire o a proporre impugnazione, è quest'ultimo, ai sensi invece dell'art. 175, comma 1, c.p.p., a dover dimostrare di non aver potuto osservare il termine di ammissione ai riti alternativi, per caso fortuito o forza maggiore, avanzando richiesta di restituzione nel più breve termine di dieci giorni (Cass., sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 11141).

Diversamente, un secondo orientamento della Suprema corte sostiene la necessità di una risoluzione in via interpretativa del mancato coordinamento tra la formulazione dell'art. 175 c.p.p., introdotto dal d.l. n. 17 del 2005, convertito dalla l. n. 60 del 2005, e la formulazione dell'art. 603, comma 4, c.p.p., adducendo che, nel caso di restituzione nel termine, la mera possibilità di appellare è insufficiente, se non accompagnata da una piena reintegrazione dell'imputato nei diritti e nelle facoltà non esercitate in primo grado, in conformità anche con gli artt. 24 e 111 Cost., nonché con l'art. 6 Cedu (Cass., sez. III, 3 dicembre 2014, n. 14956).

Ebbene, di quest'ultimo avviso sono le Sezioni Unite nel caso in oggetto, le quali affermano che il meccanismo apprestato con il d.l. n. 17 del 2005, convertito dalla l. n. 60 del 2005, debba essere interpretato in modo da consentire all'imputato, giudicato in primo grado senza aver avuto effettiva conoscenza del procedimento, di esercitare, tramite l'impugnazione della sentenza, i diritti di difesa che gli erano stati preclusi, e ciò anche in relazione all'individuazione delle facoltà che possono essere esercitate nel giudizio di appello a seguito dell'intervenuta restituzione nel termine per impugnare la sentenza di primo grado.

Peraltro, come sostenuto dalla Suprema corte nella propria pronuncia, affinché detto art. 175 c.p.p. sia conforme all'art. 6 Cedu, è necessario darvi un'interpretazione che permetta all'imputato di esercitare tutti i diritti di difesa di cui non ha potuto avvalersi per la mancata conoscenza incolpevole del procedimento a suo carico, purché tale esercizio non stravolga né sia incompatibile con la fase processuale (giudizio di appello) instaurata a seguito della restituzione nel termine, la quale sarebbe inefficace se non si consentisse allo stesso l'esercizio del diritto di difesa, di cui la facoltà di accedere ai riti alternativi costituisce un'espressione.

In altri termini, quindi, il nuovo giudizio di merito deve comunque consentire all'imputato di esercitare i propri diritti ed apprestare la propria strategia difensiva, valutando soprattutto se, in base al materiale probatorio raccolto, gli convenga maggiormente fare ricorso a riti alternativi, con la conseguente riduzione di pena prevista dal legislatore.

A parere della Corte, infatti, una simile interpretazione della norma, orientata verso una massima espansione delle garanzie difensive, appare conforme non solo all'art. 24, comma 2, Cost., ed all'art. 117, comma 1, Cost., ma anche all'art. 3 Cost., giacché previene una disparità di trattamento rispetto all'imputato che abbia avuto conoscenza del procedimento a suo carico ed abbia pertanto potuto valutare liberamente la possibilità di accesso ai riti alternativi.

#### SENTENZA DI APPELLO E RICHIESTA DI PROVVISORIALE PROPOSTA PER LA PRIMA VOLTA NEL GIUDIZIO DA PARTE CIVILE NON APPELLANTE: IL PRINCIPIO DEVOLUTIVO E IL DIVIETO DI *REFORMATIO IN PEIUS* NON SONO VIOLATI

(Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 53153)

Con la sentenza in esame, la Suprema corte si è pronunciata in merito all'eventuale violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius* nella sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisoriale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante, sostenendone l'insussistenza.

Nello specifico, il caso di specie ha ad oggetto l'ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia pronunciato condanna a favore della parte civile ex art. 539, comma 1, c.p.p., la sentenza di condanna sia stata appellata solo dall'imputato, e la parte civile ottenga, su sua richiesta avanzata per la prima volta in appello, dal giudice di tale grado di giudizio, la condanna dell'imputato stesso al pagamento di una provvisionale immediatamente esecutiva, pur tuttavia non avendo appellato.

Ebbene, nella giurisprudenza di legittimità non sussistevano contrasti su detta specifica questione, quanto invece su aspetti marginali della stessa, come la concedibilità della provvisionale in mancanza della richiesta della parte civile, e la modificabilità della somma liquidata a titolo di provvisionale in favore della parte civile non impugnante da parte del giudice di appello.

In particolare, in plurime sentenze, diverse Sezioni della Corte di cassazione sostengono la legittimità della sentenza di secondo grado che accoglie la domanda di provvisionale della parte civile non impugnante, formulata per la prima volta in appello, in quanto non posta in violazione del divieto di *reformatio in peius*. Invero, alla base di tale indirizzo esegetico, vi è la considerazione che la richiesta di pagamento di provvisionale effettuata dalla parte civile per la prima volta in appello, a seguito di una condanna generica di primo grado al risarcimento del danno, non costituisca una domanda nuova, sicché il giudice del gravame ha il dovere di pronunciarsi sulla domanda, utilizzando gli stessi criteri di giudizio previsti dall'art. 539, comma 2, c.p.p. per il giudice di prime cure (Cass., sez. III, 7 maggio 2015, n. 42684). Ovviamente, condizione necessaria è quindi che il risarcimento del danno non sia stato espressamente negato dal giudice di primo grado, né contestato, nell'*an* e nel *quantum*, da parte dell'imputato.

Al riguardo, la Suprema corte ha inoltre affermato che non viola il divieto di *reformatio in peius* neanche la sentenza di secondo grado che, in assenza di appello della parte civile sulla mancata liquidazione da parte del primo giudice di una somma a titolo di provvisionale, riconosca il diritto di tale parte, negato nella precedente fase, giacché il divieto sancito dall'art. 597 c.p.p. riguarda esclusivamente le disposizioni di natura penale e non va esteso alle statuizioni civili della sentenza (Cass., sez. V, 18 maggio 2015, n. 25520 e Cass., sez. VI, 23 settembre 2009, n. 38976). La stessa ha infatti precisato che il principio del divieto della *reformatio in peius*, nel caso di appello della sentenza da parte del solo imputato, "*trova la propria fonte normativa, con riferimento al processo penale, nel precetto dell'art. 597 c.p.p., comma 3, che lo modula con riferimento alla pena, a eventuali misure di sicurezza o alla causa di proscioglimento, ossia alle statuizioni che concernono l'esito della azione penale e senza che il limite devolutivo della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c., possa considerarsi regola automaticamente applicabile nel processo penale: ciò che si desume anche dagli approdi giurisprudenziali che hanno ammesso il dovere del giudice di pronunciarsi sugli effetti civili quando riformi la sentenza assolutoria di primo grado su appello del PM e non anche della stessa parte civile*" (Cass., sez. V, 18 ottobre 2012-20 febbraio 2013, n. 8339 e Cass., sez. I, 2 febbraio 2011, n. 17240).

Di opposto avviso è, tuttavia, altra parte della giurisprudenza, che ritiene illegittima la sentenza di secondo grado che accoglie la richiesta di provvisionale avanzata per la prima volta in appello dalla parte civile non impugnante, in quanto posta in violazione del principio devolutivo, di quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e, soprattutto, del divieto della *reformatio in peius*. Alla base di tale orientamento difforme vi è la considerazione che è proprio alla richiesta della parte civile che l'art. 539 c.p.p. subordina la statuizione in merito all'assegnazione della provvisionale (Cass., sez. II, 7 novembre 2014, n. 47723), e che, peraltro, il giudice d'appello non può pronunciarsi *ultra petita*, esorbitando dai compiti assegnatigli dalle disposizioni codicistiche (Cass., sez. V, 15 febbraio 2006, n. 9779), né disporre a carico dell'imputato, che da solo ha impugnato la sentenza di condanna, il pagamento di una provvisionale in favore della costituita parte civile, quando la relativa domanda sia stata respinta dal giudice di primo grado, poiché il principio devolutivo impedisce una *reformatio in peius* della sentenza in assenza di specifico gravame sul punto (Cass., sez. IV, 7 maggio 2003, n. 35584).

Nella medesima ottica, e dunque in senso contrario rispetto all'indirizzo esposto precedentemente, la Suprema corte ha ritenuto illegittima la decisione con cui il giudice di appello – in assenza di impugnazione del pubblico ministero e della parte civile, nonché della richiesta di quest'ultima nel corso del giudizio – aumenti l'importo della somma disposta, a titolo di provvisionale, con la condanna in primo grado, in quanto il divieto di *reformatio in peius* attiene non solo alle statuizioni penali della sentenza, ma anche a quelle civili (Cass., sez. IV, 1° ottobre 2008, n. 42134).

Degna di menzione è, però, anche una posizione intermedia affermatasi sul punto, la quale ha sostenuto la possibilità di concedere la provvisionale anche senza apposita istanza della parte civile, sia dal giudice di primo grado che dal giudice d'appello, purché la relativa questione non sia stata prospettata

al primo giudice né abbia costituito oggetto di pronuncia esplicita o implicita, giacché, in tal caso, non potrebbe più essere legittimamente valutata in assenza di specifica impugnazione, atteso il limite posto dal principio devolutivo (Cass., sez. V, 19 giugno 2007, n. 36062; Cass., sez. VI, 21 giugno 2000, n. 8480 e Cass., sez. I, 4 novembre 1999, n. 14583).

Orbene, tra i tre disaminati orientamenti, nel caso di specie, le Sezioni Unite si sono pronunciate in maniera conforme al primo illustrato indirizzo, ossia ritenendo legittima la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante.

Nello specifico, a tale conclusione le stesse sono giunte mediante un articolato percorso di interpretazione sistematica, che ha ritenuto la formulazione della richiesta di provvisionale non violativa del canone di corrispondenza tra chiesto e pronunciato previsto dall'art. 112 c.p.c., né costitutiva di nuova domanda rispetto a quella originaria spiegata dalla parte civile nel processo penale in funzione risarcitoria. Invero, a parere della Corte, la provvisionale è ontologicamente funzionale a soddisfare soltanto esigenze di anticipazione della liquidazione del danno in favore della parte civile a causa della durata del processo, sicché essa non è una statuizione parziale, ma definitiva *in parte qua*, e quindi non si pone in contrasto con i principi che regolano l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, né tantomeno lede il diritto di interlocuzione dell'imputato.

Pertanto, sussisterebbe una *reformatio in peius* solo qualora la domanda di provvisionale fosse stata respinta in primo grado ed accolta in secondo grado – caso diverso da quello disaminato –, giacché non si può estendere il divieto di *reformatio* ad ipotesi diverse da quelle disciplinate.

## DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

**NEL CASO DI RIFORMA IN PEIUS DELLA SENTENZA DI ASSOLUZIONE DI PRIMO GRADO, BASATA SULLA RIVALUTAZIONE DI PERIZIE E CONSULENZE TECNICHE, OCCORRE PROCEDERE ALLA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO?**

(Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691)

Nella giurisprudenza di legittimità si è venuto a consolidare l'orientamento secondo cui il giudice di appello non può pervenire a condanna, a riforma della sentenza di assoluzione di primo grado, basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative senza aver proceduto, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. Tale orientamento si fonda sulla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, consacrata nella decisione *Dan. c. Moldavia* del 5 luglio 2011, ma espressa anche in precedenti pronunce, secondo cui l'affermazione della responsabilità penale nel giudizio di appello dell'imputato, prosciolto in primo grado sulla base di prove dichiarative, è consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, violandosi diversamente l'art. 6, par. 3, lett. d) della Cedu, che assicura il diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico.

L'obbligo del giudice di appello, che intenda riformare in *peius* la pronuncia assolutoria di primo grado, di disporre la rinnovazione delle prove dichiarative è stato affermato con riguardo all'esame dei testi, ritenuti inattendibili (*ex plurimis* Cass., sez. V, 17 giugno 2015, n. 25475; Cass., sez. V, 16 dicembre 2014, n. 52208; Cass., sez. F, 23 dicembre 2014, n. 53562) e all'esame dei chiamanti in reità o in correità (quando la diversa valutazione delle dichiarazioni attenga alla credibilità del dichiarante e/o al profilo dell'attendibilità intrinseca, Cass., sez. VI, 2 dicembre 2015, n. 47722), nonché con riguardo all'esame dei periti e dei consulenti tecnici (Cass., sez. II, 12 agosto 2015, n. 34843). Di recente le Sezioni Unite hanno affermato che la necessità per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva, non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante e vale per il testimone "puro", per quello c.d. assistito, per il coimputato in procedimento connesso e per il coimputato nello stesso procedimento, nonché per il soggetto "vulnerabile" e per l'imputato che abbia reso dichiarazioni "in causa propria" (Cass., sez. un., 6 luglio 2016, n. 27620).

Residuano dubbi tuttavia sulla necessità di procedere a rinnovazione dibattimentale, nell'ipotesi in cui il giudizio di condanna in appello, in riforma dell'assoluzione pronunciata in primo grado, si fondi su un diverso apprezzamento di perizie e consulenze.

Come si è detto, nel caso di *reformatio in peius* di una sentenza di assoluzione fondata su documenti concernenti esami e valutazioni medico legali, redatti da esperti, sentiti come testi nel giudizio di primo grado sul contenuto dei loro elaborati, la Corte di cassazione ha escluso che possa essere sufficiente la mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze in atti, richiedendo che tale rivalutazione sia preceduta dal riascolto del teste. Secondo questo orientamento, tale conclusione è imposta dalla funzione svolta dal perito nel processo e dalle modalità di acquisizione dei risultati a cui l'esperto è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale, vale a dire l'esame in dibattimento secondo le disposizioni sull'esame dei testimoni ai sensi dell'art. 501 c.p.p. L'opinione secondo la quale la rivalutazione delle prove integrate da consulenze e perizie possa prescindere dal nuovo esame degli autori delle stesse è determinata da un errore sulla natura della prova, che a sua volta comporta un errore metodologico – la valutazione della prova in assenza di rinnovazione istruttoria – che implica la violazione dell'art. 6 Cedu (Cass., sez. II, 12 agosto 2015, n. 34843).

A questo indirizzo si contrappone la sentenza in esame in cui si afferma che la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico non costituisce prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello ha la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa. Pur riconoscendo che periti e consulenti sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni, la Quinta Sezione sottolinea come la loro relazione formi parte integrante della deposizione e come il parere tecnico che sono chiamati a formulare possa essere disatteso dal giudice che può discostarsi da esso purché argomenti congruamente la propria diversa opinione. Per questo motivo, la posizione dei periti e consulenti tecnici non sarebbe, secondo questo orientamento, assimilabile al concetto di prova dichiarativa, come enucleato nella citata sentenza delle Sezioni Unite del 2016, nella quale infatti non sono indicati i periti e i consulenti tra i soggetti rispetto ai quali è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2017

# Avanguardie in giurisprudenza

## *Cutting Edge Case Law*

## Legittimo impedimento del difensore e riti camerali: un passo avanti

---

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 3 OTTOBRE 2016, N. 41432 – PRES. CANZIO; REL. PIER-CAMILLO**

È illegittimo il provvedimento di rigetto dell'istanza di rinvio dell'udienza per impedimento del difensore, dovuto a serie ragioni di salute o ad altro evento non prevedibile, né evitabile, se motivato con esclusivo riguardo alla mancata nomina di un sostituto processuale o all'omessa indicazione delle ragioni dell'impossibilità di procedervi.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. In data 19 luglio 2012, il Giudice della udienza preliminare del Tribunale di Isernia, all'esito di giudizio abbreviato, condannava (*Omissis*), (*Omissis*) e (*Omissis*) per i reati di cui agli artt. 455 e 640 cod. pen., previa concessione delle attenuanti generiche, ritenuta la continuazione e con la diminvente per il rito abbreviato, a due anni, otto mesi di reclusione e 200 euro di multa ciascuno.

2. Contro il predetto provvedimento proponeva appello il difensore degli imputati. La Corte di appello di Campobasso, con sentenza del 7 aprile 2015, in parziale riforma della decisione di primo grado, ribadito il giudizio di penale responsabilità, riconosceva agli imputati le circostanze attenuanti generiche e, con la già ritenuta continuazione e con la diminvente per il rito, rideterminava in un anno di reclusione e 600 euro di multa la pena inflitta a ciascuno di essi.

3. Gli imputati, tramite il difensore di fiducia, hanno proposto ricorso per cassazione.

3.1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano la violazione del diritto di difesa conseguente alla erronea applicazione dell'art. 484 cod. proc. pen., in relazione all'art. 420-ter cod. proc. pen., per avere la Corte di appello rigettato l'istanza di rinvio dell'udienza, avanzata dal difensore di fiducia, a causa dell'impedimento a parteciparvi, tempestivamente comunicato, dovuto a malattia, sull'assunto che non erano state indicate le ragioni determinanti l'impossibilità di nominare un sostituto processuale, considerato un obbligo per il difensore. Chiedono pertanto l'annullamento dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di rinvio e, di conseguenza, della sentenza impugnata.

3.2. Con il secondo motivo i ricorrenti deducono violazione di legge e vizio di motivazione della sentenza impugnata in ordine alla mancata derubricazione del reato previsto e punito dall'art. 455 cod. pen., per il quale era intervenuta condanna, in quello di cui all'art. 457 cod. pen., avendo gli imputati ricevuto in buona fede le banconote spacciate.

3.3. Con il terzo ed ultimo motivo deducono vizio di motivazione della sentenza per manifesta illogicità in considerazione dell'incertezza circa l'effettiva esistenza della banconota ritenuta falsa.

4. La Quinta Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato, con ordinanza del 17 dicembre 2015, depositata il 15 febbraio 2016, lo rimetteva alle Sezioni Unite sul presupposto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, illustrando le differenti tesi interpretative con riguardo al primo motivo di impugnazione, avente carattere processuale, in quanto attinente al rispetto del diritto di difesa, e pregiudiziale all'esame delle altre ragioni esposte nel ricorso.

4.1. Secondo un primo indirizzo, l'obbligo di nominare un sostituto processuale, da parte del difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen., sussiste anche quando l'impedimento dedotto sia



costituito da serie ragioni di salute (Sez. 4, n. 49733 del 13/11/2014, Pezzetta, Rv. 261182; Sez. 4, n. 35263 del 22/07/2014, Gaggiano, Rv. 260152).

4.2. Secondo un diverso orientamento, l'onere di fornire specifica ragione circa l'impossibilità di nominare un sostituto, ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen., non sussiste quando l'impedimento dedotto sia costituito da serie ragioni di salute del difensore, comunicato al giudice e debitamente documentato, a meno che si tratti di impedimento, ancorché non evitabile, prevedibile (Sez. 5, n. 29914 del 01/07/2008, Trubia, Rv. 240453; Sez. 6, n. 32699 del 11/04/2014, R., Rv. 262074; Sez. 6, n. 7997 del 17/06/2014, dep. 2015, Seck, Rv. 262389; Sez. 1, n. 47753 del 09/12/2008, Fettah, Rv. 242489). Secondo tale indirizzo, l'onere del difensore di nominare un sostituto, non sussiste in caso di forza maggiore ma solo nell'ipotesi in cui egli compia una scelta tra un due impegni professionali, mentre nei casi di forza maggiore una simile pretesa non avrebbe senso e ragione, a meno che l'impedimento, per quanto non evitabile, abbia avuto i caratteri della prevedibilità.

5. Il Primo Presidente, con decreto del 23 febbraio 2016, ha assegnato i ricorsi alle Sezioni Unite, destinando, inizialmente, per la loro trattazione, la data del 25 maggio 2016, rinviata, a causa del decesso del difensore di fiducia, al 21 luglio 2016.

6. Il Procuratore generale, nella requisitoria scritta, ha concluso sulla questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite affermando che, nella specie, il difensore ammalato non ha l'obbligo di nominare un sostituto, ex art. 102 cod. proc. pen., né di indicare le ragioni che non hanno consentito tale nomina. Alla luce di un'interpretazione letterale, il Procuratore generale afferma che il legislatore ha ancorato il diritto di rinvio dell'udienza, per malattia del difensore, ad un dato, l'esistenza comprovata, da una adeguata certificazione, di una patologia in atto inabilitante alla presenza in udienza, e ad un onere, quello di fornire al giudice tempestiva informazione della malattia. Inoltre, ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen., la nomina di un sostituto è una facoltà del difensore di fiducia, frutto di una libera scelta. Infine, il Procuratore generale sostiene la erroneità dell'orientamento giurisprudenziale che parifica l'impegno professionale all'impedimento per malattia, trattandosi di fattispecie differenti.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso va accolto per la fondatezza della censura dedotta con il primo motivo, avente natura processuale e, come tale, assorbente i rilievi enunciati con il secondo e terzo motivo di impugnazione.

2. Nel caso in esame la Corte di Campobasso aveva proceduto in udienza camerale a norma del combinato disposto degli artt. 443, comma 4, e 599 cod. proc. pen. (atteso che, in primo grado, il processo si era svolto col rito abbreviato), il quale a sua volta rinvia alle forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen. Il difensore di fiducia non era intervenuto all'udienza, deducendo un legittimo impedimento dovuto ad una grave malattia. L'istanza di rinvio, poiché non accompagnata dalla nomina o dall'indicazione dei motivi della mancata nomina di un sostituto processuale, considerato un onere dall'organo giudicante, era stata rigettata.

3. Le questioni che le Sezioni Unite devono affrontare sono due.

3.1. In primo luogo si deve esaminare "se, ai fini del rinvio dell'udienza, il difensore abbia l'onere di nominare un sostituto quando l'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, prontamente comunicato al giudice e documentato, derivi da serie ragioni di salute o da altre cause di forza maggiore".

3.2. In secondo luogo si deve valutare "se il suddetto principio di diritto si applichi anche nel giudizio camerale di appello di cui all'art. 599, comma 1, cod. proc. pen.".

4. Innanzitutto, si deve precisare che l'impedimento ai sensi dell'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen. viene qualificato come "legittimo", cioè conforme alla legge o da questa costituito. Nonostante tale precisazione, il legislatore non ha concretamente individuato le cause idonee ad integrare il legittimo impedimento, necessitando l'intervento suppletivo della giurisprudenza di legittimità. La Corte di cassazione, al fine di riempire di contenuto il dettato normativo e dirimere le controversie ad essa sottoposte, ha ricercato nei parametri costituzionali le linee guida a cui ispirarsi. Alcune tra le principali cause giustificatrici della legittima impossibilità di comparire sono costituite o da un precedente e concomitante impegno professionale ovvero da altra causa che impedisce la presenza del difensore dovuta ad ostacoli di carattere fisico o sanitario o eventi imprevedibili. Nel caso di specie l'impedimento a comparire del difensore in udienza era stato indicato nella situazione di malattia in cui quest'ultimo versava.

5. Sul tema della nomina di un sostituto processuale ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen., in caso di impossibilità a comparire del difensore per legittimo impedimento, si contrappongono due differenti filoni giurisprudenziali.

6. La giurisprudenza prevalente, in tema di impedimento a comparire del difensore (art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen.), afferma che, ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen., l'onere di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni dell'omessa nomina, ricade sul difensore solo nel caso in cui quest'ultimo deduca un impedimento dovuto a concomitanza con altro impegno professionale, non sussistendo invece, in quanto non previsto da alcuna disposizione di legge, quando l'impedimento, non prevedibile e non evitabile, sia costituito da serie ragioni di salute, comunicate all'organo giudicante e debitamente documentate (Sez. 6, n. 7997 del 17/06/2014, dep. 2015, Seck, Rv. 262389; Sez. 5, n. 29914 del 01/07/2008, Trubia, Rv. 240453; Sez. 6, n. 32699 del 11/04/2014, R., Rv. 262074; Sez. 1, n. 47753, del 09/12/2008, Fettah, Rv. 242489).

7. Solo recentemente si è affermato che l'obbligo di nominare un sostituto ex art. 102 cod. proc. pen. sussiste anche quando l'impedimento dedotto sia costituito da serie ragioni di salute dello stesso difensore (Sez. F, n. 35263 del 22/07/2014, Gaggiano, Rv. 260152; Sez. 4, n. 49733 del 13/11/2014, Pezzetta, Rv. 261182), così assimilando l'impedimento per concomitante impegno professionale a quello per malattia ed estendendo correlativamente la disciplina del primo al secondo.

8. La Corte di appello di Campobasso, aderendo a questo secondo orientamento, ha rigettato l'istanza del difensore di fiducia non motivando circa la natura dell'impedimento, serio e tempestivamente dedotto, ma in ragione della mancata indicazione, da parte del difensore di fiducia affetto da grave malattia, dei motivi determinanti l'impossibilità di nominare un sostituto processuale.

9. Nel vigente codice di rito è prevista la partecipazione dell'accusa e della difesa, su un piano di parità e in ogni stato e grado, al fine di garantire un "processo di parti". L'intervento del difensore costituisce una attività di "partecipazione" e non di mera "assistenza", essendo egli impegnato, al pari del pubblico ministero, nella ricerca, individuazione, proposizione e valutazione di tutti gli elementi probatori e nell'analisi della fattispecie legale. L'effettività della difesa non può essere pertanto ridotta ad una mera formale presenza di un tecnico del diritto che, per mancanza di significativi rapporti con le parti o per il ridotto tempo a disposizione, non sia in grado di padroneggiare adeguatamente il materiale di causa.

10. Ditalché, la Corte di cassazione, stimando necessario garantire all'imputato il diritto alla difesa e all'effettivo contraddittorio, ha più volte precisato che, quanto al diniego dell'istanza di rinvio, solo in relazione ai casi di impedimento del difensore, ex art. 420-ter cod. proc. pen., determinati da concomitanti impegni professionali si rende necessaria l'indicazione della impossibilità, assoluta o relativa, della nomina di eventuali sostituti processuali. Le Sezioni Unite condividono questo orientamento e, conformemente a quanto sostenuto dal Procuratore generale, ritengono che la disciplina del concomitante impegno professionale non possa essere trasposta nel diverso ambito di impedimento per malattia, salvo che lo stato patologico sia prevedibile. D'altra parte, tale garanzia viene sottoposta a rigorosi criteri di controllo affinché la tutela del diritto alla salute del difensore non venga strumentalizzata per finalità dilatorie.

11. A sostegno dell'istanza di rinvio per legittimo impedimento, dovuto a malattia, o altro evento imprevedibile, il difensore deve provare con idonea documentazione la sussistenza dell'impedimento, indicandone la patologia ed i profili ostativi alla personale comparizione. L'impedimento deve essere giustificato da circostanze improvvise e assolutamente imprevedibili, tali da impedire anche la tempestiva nomina di un sostituto che possa essere sufficientemente edotto circa la vicenda in questione. Resta fermo, ai fini del differimento dell'udienza, l'apprezzamento riservato al giudice di merito circa la serietà, l'imprevedibilità e l'attualità del dedotto impedimento, e la relativa valutazione deve essere sorretta da una motivazione adeguata, logica e corretta.

12. Va dunque affermato il seguente principio di diritto: "Il difensore impedito a causa di serie ragioni di salute o da altro evento non prevedibile o evitabile non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina". È quindi illegittimo il provvedimento di rigetto dell'istanza di differimento dell'udienza, presentata per l'impedimento del difensore di fiducia a parteciparvi a causa di grave malattia o altro impedimento non prevedibile, dovuto a forza maggiore, se motivato con esclusivo riguardo alla mancata nomina da parte del difensore impedito di un sostituto processuale o dell'omessa indicazione delle ragioni dell'impossibilità di procedervi.

13. Rilevante nel caso in esame è poi la questione circa l'applicabilità o meno del legittimo impedi-

mento di cui all'art. 420-ter cod. proc. pen. nei procedimenti camerati disciplinati dall'art. 127 cod. proc. pen., compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria. Nel caso in esame, infatti, la Corte di appello ha proceduto in udienza camerale, ex art. 443, comma 4, cod. proc. pen., che rinvia, per le forme dell'appello relativo a giudizio abbreviato, all'art. 599, cod. proc. pen., il quale a sua volta rinvia a quelle previste dall'art. 127 cod. proc. pen.

14. L'art. 420-ter cod. proc. pen., introdotto dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, la quale ha abrogato l'art. 486 cod. proc. pen., sull'impedimento a comparire dell'imputato o del difensore all'udienza dibattimentale, estende la regola del rinvio per assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento del difensore, purché prontamente comunicato, anche alla fase dell'udienza preliminare. L'art. 486 cod. proc. pen., abrogato, era inserito nel Libro VII "Giudizio", Titolo II "Dibattimento". L'art. 420-ter cod. proc. pen. è collocato invece nel Libro V "Indagini Preliminari e udienza preliminare", Titolo IX "Udienza preliminare". Con tale modifica, il legislatore ha inteso assicurare, sia nel procedimento camerato che nella fase dibattimentale, l'effettività del contraddittorio e il diritto di difesa dell'imputato, in coerenza con il novellato art. 111 Cost.

15. La giurisprudenza maggioritaria di legittimità è orientata nell'escludere l'applicazione della disciplina del legittimo impedimento nei procedimenti camerati diversi dall'udienza preliminare, anche ove si tratti di procedimenti a contraddittorio necessario, risultando quest'ultimo regolato secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, appositamente predisposta dal legislatore. Si è affermato, con riferimento ai riti alternativi, che il contraddittorio, che in sede di gravame si svolge in forma meramente cartolare, non vanifica l'esercizio di difesa o lede il principio di eguaglianza, allorché tale possibilità consegua all'opzione, liberamente privilegiata dallo stesso imputato, di consentire l'accelerazione del procedimento in cambio di consistenti benefici sostanziali (Sez. 5, n. 9249 del 15/10/2014, dep. 2015, Motta, Rv. 263029; Sez. 5, n. 16555 del 06/04/2006, Verbi, Rv. 234451). Sicché si è ritenuta l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen. ai procedimenti camerati – che si svolgono con le forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen. – ivi compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria (Sez. U, n. 7551 del 08/04/1998, Cerroni, Rv. 210796; Sez. U, n. 15232 del 30/10/2014, Tibo, Rv. 263022). L'art. 443, comma 4, cod. proc. pen. dispone che il giudizio di appello si svolge con le forme previste dall'art. 599 cod. proc. pen., il quale a sua volta richiama l'art. 127 cod. proc. pen. che disciplina il procedimento in camera di consiglio, per il quale il p.m., gli altri destinatari dell'avviso di udienza nonché il difensore sono sentiti solo se compaiono. Sicché, come affermato da recenti decisioni (Sez. 5, n. 25501 del 12/05/2015, Corona, Rv. 264066; Sez. 4, n. 25143 del 18/12/2014, dep. 2015, Piperi, Rv. 263852; Sez. 5, n. 9249 del 15/10/2014, dep. 2015, Motta, Rv. 263029; Sez. 1, n. 6907 del 24/11/2011, dep. 2012, Ganceanu, Rv. 252401), una volta espletate le rituali comunicazioni e notifiche, non è prevista, per ragioni di speditezza e concentrazione intrinseche alla natura del procedimento, la partecipazione necessaria del p.m. e del difensore; con la conseguenza che l'eventuale impedimento di quest'ultimo non costituisce motivo di rinvio, sempre che non si debba procedere a rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In appello, seguito da giudizio di primo grado svoltosi nelle forme del rito abbreviato, ciò che rileva sarebbe esclusivamente il legittimo impedimento dell'imputato e non quello del difensore il quale viene ascoltato solo se compare.

16. In contrasto con la giurisprudenza largamente maggioritaria, poc'anzi delineata, una recentissima pronuncia della Sesta Sezione penale (Sez. 6, n. 10157 del 21/10/2015, dep. 2016, Caramia, 266531) afferma l'operatività dell'istituto del legittimo impedimento del difensore, di cui all'art. 420-ter cod. proc. pen., anche nei procedimenti in camera di consiglio e, in particolare, nel giudizio camerale di appello ex art. 599 cod. proc. pen., a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado, pena la concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa. Trattandosi di fase decisoria in cui si discute del merito e della fondatezza dell'imputazione, appare necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata che estenda la disciplina del legittimo impedimento, già prevista per l'udienza preliminare, anche al procedimento camerale, ex art. 599 cod. proc. pen., a seguito di giudizio di primo grado svoltosi con il rito abbreviato. D'altra parte la Corte europea dei diritti umani ha, più volte, sottolineato la necessità di assicurare all'imputato, nell'ottica delineata dall'art. 6 CEDU, un processo equo e di garantire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, indipendentemente dal modulo procedimentale prescelto e dalla fase processuale, e, in particolare, nella fase del giudizio, in cui si discute della fondatezza dell'imputazione; e, pertanto, anche nel giudizio abbreviato nel quale si attribuisce al giudice, sia in primo grado che in appello, la piena cognizione del merito dell'accusa, con conseguente necessità di esaminare approfonditamente, sottoponendole ad adeguato vaglio dialettico, nel contraddittorio tra le

parti, le risultanze acquisite. Sarebbe altrimenti palese la contraddizione con la disciplina prevista per l'udienza preliminare, la quale, pur avendo natura camerale ed essendo preordinata ad una decisione in rito, è garantita con la partecipazione necessaria del difensore (ex art. 420, comma 1, cod. proc. pen.). Il richiamo effettuato dall'art. 599, comma 1, cod. proc. pen. all'art. 127, comma 3, cod. proc. pen., a norma del quale i difensori sono sentiti "se compaiono", riconosce il diritto del difensore di perseguire la propria strategia difensiva, favorendo l'interpretazione secondo la quale la partecipazione all'udienza del difensore, pur facoltativa, lascia comunque possibilità di scelta se comparire o non. Orbene, la scelta del difensore di comparire all'udienza camerale, aderendo ad una specifica linea difensiva, non può essere vanificata da un evento imprevisto e imprevedibile o da forza maggiore che gli impedisca concretamente di partecipare all'udienza. In questo caso si avrebbe una limitazione del diritto di difesa e delle garanzie fondamentali dell'imputato, del tutto indipendenti dalla strategia processuale perseguita, non giustificabile con riferimento alle subvalenti esigenze di celerità e snellezza proprie del rito camerale.

17. Le Sezioni Unite, mutando così il precedente orientamento, ritengono che il combinato disposto degli artt. 127, comma 3, 443, comma 4, e 599 cod. proc. pen. implichi, anche nei procedimenti di appello in camera di consiglio (a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado), la rilevanza del legittimo impedimento del difensore di fiducia, che abbia deciso di parteciparvi ma sia stato impossibilitato a comparire per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisti e imprevedibili.

18. Va dunque enunciato il seguente ulteriore principio di diritto: "È rilevante nel giudizio camerale di appello (conseguente a processo di primo grado celebrato con rito abbreviato) l'impedimento del difensore determinato da non prevedibili ragioni di salute".

19. Nel caso in esame la Corte di appello non ha affatto esaminato la serietà, l'imprevedibilità e l'attualità dell'impedimento per ragioni di salute dedotto dal difensore. Ne consegue che la sentenza impugnata deve essere annullata per nuovo giudizio, con rinvio alla Corte di appello di Salerno, la quale si atterrà ai principi di diritto enunciati.

20. Resta assorbito l'esame degli ulteriori motivi di ricorso.

AGOSTINO DE CARO

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

## Le Sezioni Unite sul legittimo impedimento del difensore per grave malattia: un condivisibile, ma ancora limitato, approdo interpretativo

*The Supreme Court definitively delivered on barrister serious illness as legitimate impediment to attend the trial: a shareable, but still limited, interpretation*

---

Le Sezioni Unite hanno affrontato il tema del legittimo impedimento del difensore di fiducia affetto da una seria patologia nell'ambito del giudizio camerale di appello a seguito di rito abbreviato, affermando, per un verso, che non è necessaria l'indicazione delle ragioni per le quali non è possibile la nomina di un sostituto processuale e, per altro verso, la piena rilevanza del legittimo impedimento del difensore nel giudizio camerale di appello.

Resta, però, ancora qualche perplessità, nonostante il favorevole accoglimento dei principi di diritto espressi dalla Corte di legittimità, laddove le Sezioni Unite hanno, sia pure indirettamente, ribadito la necessità di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni per le quali ciò non è possibile nel caso di concomitante impegno professionale o comunque di impedimento prevedibile.

*The Supreme Court, exciding all previous law cases on the same matter, delivered the final judgement on barrister serious illness as legitimate impediment to attend the Court of Appeal summary procedure.*

*The judgement stated that it is not necessary to show up all the reasons for which is not possible the appointment of a procedural substitute. At the same time, a barrister serious illness has specific significance in the Court of Appeal summary procedure.*

*What has to be remarked, however, is the reference provided by the Supreme Court to the need for the barrister who can not attend the trial to appoint his substitute procedural or to indicate the reasons why it is not possible in case of concomitant professional engagement or otherwise predictable impediment.*

---

### LA QUESTIONE POSTA ALL'ATTENZIONE DELLE SEZIONI UNITE

Le Sezioni Unite<sup>1</sup> sono nuovamente intervenute sul tema relativo al legittimo impedimento del difensore nel giudizio camerale (questa volta di appello, svolto a seguito di giudizio abbreviato) ed hanno affrontato, in questo ambito, anche l'ulteriore quesito riguardante la necessità di nominare un sostituto processuale allorché l'assenza sia riconducibile ad una malattia del professionista<sup>2</sup>.

Gli argomenti trattati, pur coinvolgendo singoli aspetti della tutela difensiva, al fondo travalicano le specifiche questioni procedurali, per approdare al più generale ambito dell'effettività della difesa tecnica, alla quale, nonostante possa essere declinata in vario modo a seconda delle scansioni procedurali, va riconosciuta un'ampia valenza dal momento che essa contribuisce in modo essenziale anche (e forse soprattutto) alla realizzazione del contraddittorio.

Il caso specifico sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite riguarda un giudizio di appello avanti alla Corte di Appello di Campobasso, celebrato ai sensi degli artt. 443, comma 4, e 599 c.p.p. a seguito di rito abbreviato per i reati di cui agli artt. 455 e 640 c.p. (concluso con la condanna dell'imputato), nel-

---

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>2</sup> Sulla questione specifica cfr. A. Pignatelli, *Il difensore che risulta impedito a causa di serie ragioni di salute non ha l'onere di designare un sostituto processuale né di indicare le ragioni dell'omessa nomina*, in *Gazzetta forense*, n. 5, 2016, Napoli, p. 1125 ss.

l'ambito del quale il difensore dell'imputato appellante aveva depositato un'istanza, chiedendo il rinvio dell'udienza motivato da una sua grave malattia.

La Corte di appello territoriale aveva disatteso la richiesta, rilevando la mancata indicazione dell'impossibilità di nominare un sostituto processuale per l'udienza camerale, con ciò equiparando, in sostanza, il legittimo impedimento dovuto a concomitante impegno professionale con l'impedimento derivante da grave malattia del difensore.

L'opzione alla quale ha aderito la Corte territoriale è ancorata all'orientamento espresso da una parte minoritaria della giurisprudenza che ritiene, anche nel caso di malattia del professionista, necessaria la nomina del sostituto processuale ovvero, in alternativa, l'indicazione delle ragioni per le quali detta nomina non è ritenuta possibile<sup>3</sup>.

I quesiti derivanti dal caso concreto, posti all'attenzione della Corte di legittimità, sono, quindi, due: si chiede, innanzitutto, di stabilire "se, ai fini del rinvio dell'udienza, il difensore abbia l'onere di nominare un sostituto quando l'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, prontamente comunicato al giudice e documentato, derivi da serie ragioni di salute o da altra causa di forza maggiore"; e successivamente di verificare "se il suddetto principio di diritto si applichi anche nel giudizio camerale di appello di cui all'art. 599 comma 1".

#### LA NECESSARIA PREMESSA DALLA QUALE PARTIRE: L'AMPIA LATITUDINE DEL DIRITTO DI DIFESA

I punti di diritto proposti, hanno offerto alle Sezioni Unite l'opportunità di chiarire alcuni fondamentali concetti che coinvolgono il diritto di difesa tecnica nella sua accezione ampia e rigorosa.

Vale la pena di ricordare che l'art. 24, comma 2, Cost., nel prevedere l'inviolabile diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, ricomprende i due coesenziali versanti della difesa materiale (o autodifesa) e di quella tecnica ancorata alla presenza indispensabile dell'avvocato che, al fianco dell'imputato, consente di realizzare la parità delle armi e il contraddittorio<sup>4</sup>.

L'ampiezza delle garanzie è un'acquisizione relativamente recente, ancorata alla logica probatoria come premessa di una difesa effettiva, divenuta definitivamente patrimonio della cultura giuridica solo con l'avvento del codice di procedura penale del 1988. Anche se, prima di questa data, la dottrina aveva già avvertito come l'essenza del diritto doveva essere ravvisata non solo nella presenza fisica del difensore (profilo statico), quanto piuttosto nella possibilità concreta di "difendersi provando"<sup>5</sup> (profilo dinamico). La interrelazione tra versante probatorio e difesa hanno scandito un percorso virtuoso, man mano compiuto fino a raggiungere la diffusa convinzione che i due segmenti esprimono la medesima esigenza e partecipano ugualmente alla realizzazione del giusto processo<sup>6</sup>.

Col passare del tempo, infatti, il principio costituzionale di difesa veniva collegato, in modo sempre più aderente, alle esigenze probatorie e gli si riconosceva un significato connesso a comportamenti significativamente attivi in tale ambito. Senza ovviamente rinunciare ai presidi garantisti espressi dalla presenza costante del difensore tecnico ed alla partecipazione concreta dell'imputato. Ma il solo versan-

<sup>3</sup> Cfr., sul punto, le sentenze richiamate nella decisione commentata: Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, n. 49733, in *CED Cass.* n. 261182; Cass., sez. fer., 22 luglio 2014, n. 35263, in *CED Cass.* n. 260152 secondo le quali l'obbligo di nominare un sostituto processuale ex art. 102 c.p.p., nel caso di impedimento del difensore, sussiste anche quando l'impedimento sia costituito da serie ragioni di salute dello stesso difensore.

<sup>4</sup> Sul diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., cfr. in generale, per tutti, M. Chiavario, *Il diritto alla difesa tecnica e l'autodifesa*, in M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1984, p. 135 ss.; G. Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003, p. 267 ss.; G. Riccio-A. De Caro-S. Marotta, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 117 ss.; per una visione rivolta alla giurisprudenza della Corte europea cfr. V. Maffeo, *Sugli ambiti operativi di autodifesa e difesa tecnica*, in *Quaderni di scienze penali*, Università degli studi di Napoli Federico II, Napoli, 2005, p. 215 ss.; per una disamina più generale del principio e delle sue interrelazioni col diritto di azione cfr. L. P. Camoglio, *Commento all'art. 24 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1981, p. 63 ss.; M. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, pp. 75 e 77; L. Tosi, *Commento all'art. 24 Cost.*, in V. Crisafulli-L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 175.

<sup>5</sup> L'espressione è riconducibile notoriamente a G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 ss.

<sup>6</sup> Una mirabile ricostruzione delle ragioni storiche e politiche dell'evoluzione della procedura penale è rintracciabile in G. Riccio, *Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, *passim*.

te statico non era ritenuto sufficiente ad esaurire le potenzialità che la garanzia esprimeva nella sua proiezione dinamica.

Era assodato che la funzione di mera critica della prova, tipica del codice di procedura penale del 1930 e più in generale dei modelli ispirati alla cultura inquisitoria<sup>7</sup>, non potesse esaurire la valenza del diritto di difesa, naturalmente proiettato verso un reale contraddittorio per la prova (diremo oggi), sperimentalmente distante e diverso dalla prima. Non più solo “presenza del difensore” in funzione di garanzia ma «*pregnanti poteri probatori inseriti in uno scenario procedimentale sufficientemente utile a dare concretezza alla funzione difensiva*»<sup>8</sup>.

Per lunghi anni, infatti, le prospettive concrete del diritto di difesa sono state sempre tutte concentrate sull'aumento degli spazi di intervento del difensore tecnico, strada attraverso la quale si è sviluppato il tentativo di “recuperare il principio di parità delle armi interpretato solo – ma si faceva di necessità virtù – come ‘pari qualificazione dei contendenti’, con esclusivo riferimento al riequilibrio delle ‘qualità’ tecniche delle parti”. Nessuna attenzione veniva posta al versante funzionale delle ‘pari opportunità probatorie’. «*Il sistema, imperniato sull'istruzione, che concepiva appena l'idea di un possibile contributo probatorio dell'imputato o del suo difensore, non poteva spingersi fino ad ipotizzare l'esigenza di un vero contraddittorio per la prova*»<sup>9</sup>.

La riprova di questa visione può essere riscontrata nel fatto che la Corte costituzionale, fino al 1988, ha sempre assegnato un'assoluta prevalenza alla difesa tecnica rispetto a quella materiale ed in questa direzione ha tentato di ampliare gli spazi di intervento del difensore tecnico<sup>10</sup>, ponendo solo una parziale attenzione alle esigenze della difesa materiale, senza riconoscere le interrelazioni esistenti tra la funzione difensiva e le modalità (o le esigenze) di formazione della prova<sup>11</sup>.

Le successive vicende legislative, dall'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 fino alla legge costituzionale di modifica dell'art. 111 Cost., hanno assestato il sistema normativo, tentando di equilibrare la presenza delle parti nell'ottica della piena realizzazione del contraddittorio, principio fondamentale della giurisdizione. Si è così compreso che è quest'ultimo a dare concretezza al diritto di difesa ed alla parità delle armi, versanti dotati di autonomia (ad esempio, nella prospettiva della realizzazione della presunzione di innocenza) ma anche funzionali ad esso nella misura in cui ne consentono la effettività.

L'attenzione si è dunque correttamente spostata su entrambi i versanti del diritto di difesa (tecnica e materiale) riconoscendo la coesistenzialità dei due ambiti, esplicativi di due garanzie connesse nella prospettiva del giusto ed equo processo<sup>12</sup>. Mentre l'imputato può anche rinunciare a partecipare al processo, la presenza del difensore tecnico è irrinunciabile proprio per la sua vocazione a rappresentare un ambito pubblico (la realizzazione della giurisdizione) più che un mero interesse privato. Questa peculiarità, pur non connotando in modo differente i due segmenti che compongono il diritto di difesa, ri-

<sup>7</sup> Sulla differenza tra procedimento accusatorio e inquisitorio cfr. G. Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 337; G. Illuminati, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1991, p. 1 ss.; G. Pierro, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. pen.*, XIII, Torino, Utet, 1997, p. 320 ss.; sul punto cfr. anche G. Riccio, *Ragioni del processo e resistenze eversive*, in G. Riccio, *Ideologie e Modelli*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

<sup>8</sup> Così, A. De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3196.

<sup>9</sup> Sempre, A. De Caro, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 112.

<sup>10</sup> Su tale specifico tema molte sono le pronunzie della Corte costituzionale: cfr., ad esempio, sentt. 18 marzo 1957, n. 46, 1° dicembre 1959, n. 59, 11 luglio 1961, n. 39, 11 agosto 1961, n. 56, 27 marzo 1962, n. 29, 3 maggio 1963, nn. 50 e 59, 18 giugno 1963, n. 90, 22 giugno 1963, n. 110, 23 dicembre 1963, n. 170, 22 dicembre 1964, n. 114, 19 febbraio 1965, nn. 5 e 11, 31 maggio 1965, n. 41, 26 giugno 1965, n. 52, 6 luglio 1965, n. 57, 23 marzo 1966, n. 27, 28 aprile 1966, n. 33, 29 dicembre 1966, n. 127, tutte in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>11</sup> Una ricostruzione del pensiero della Corte costituzionale sotto la vigenza del c.p.p. del 1930 è rintracciabile in G. Riccio-A. De Caro-S. Marotta, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, cit., *passim*.

<sup>12</sup> Sul giusto processo la letteratura è amplissima: cfr., per tutti e per una impostazione generale, S. Buzzelli, *Giusto processo*, in *Dig. pen.*, Agg. II, Torino, Utet, 2004, p. 357 ss.; M. Chiavario, *Giusto processo, II) Processo penale*, in *Enc. giur.*, Agg. X, Roma, 2001, p. 8 ss.; C. Conti, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, 637 ss.; A. De Caro, *Giusto processo*, in *Il diritto. Enc. Giur. del Sole 24 ore*, Milano, VII, 2007; P. Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli, 2012, *passim*; F. Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in A. Gaito (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, Utet, 2006, p. 15 ss.; G. Spangher, *Il giusto processo penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 256; sull'evoluzione del giusto processo europeo cfr. G. Uberris, *Sistema di procedura penale, Principi generali*, I, Torino, Utet, 2004, p. 99 ss.

conosce la loro piena autonomia e la necessità di assicurare ad entrambi la massima tutela.

La piena espansione del diritto, però, pur travalicando la mera presenza del difensore, la presuppone come presidio ineludibile. In questa ottica, deve iscriversi il riconoscimento, ad opera del codice di rito del 1988, della possibilità di far valere, quale causa di rinvio dell'udienza, il legittimo impedimento dell'avvocato. Se, cioè, non si assicura la effettiva presenza dell'Avvocato non è possibile affrontare il tema delle declinazioni probatorie della garanzia.

In questa prospettiva, le Sezioni Unite hanno sottolineato come nel codice di procedura penale sia «prevista la partecipazione dell'accusa e della difesa su un piano di parità» funzionale alla realizzazione di un "processo di parti" ove l'attività del difensore è, al pari di quella del pubblico ministero, diretta alla «ricerca, individuazione, proposizione e valutazione di tutti gli elementi probatori e nell'analisi della fattispecie legale». Sul profilo dinamico la Corte di legittimità differenzia la mera assistenza dalla più pregnante partecipazione.

Dal punto di vista generale, quindi, la difesa non può ridursi «ad una mera formale presenza di un tecnico del diritto» che non «sia in grado di padroneggiare adeguatamente il materiale di causa»<sup>13</sup>.

Al condivisibile approccio, andrebbe aggiunto il richiamo all'essenziale funzione del difensore tecnico (mai disgiunta dalla partecipazione dell'interessato) nella attuazione del contraddittorio, quale modo dialettico della giurisdizione e quale metodo dialogico di formazione della prova.

La premessa consente di affrontare i temi di diritto specifici con la convinzione che essi sono strumentali alla realizzazione di una effettiva difesa e vanno, dunque, valutati in questa prospettiva ontologica.

#### IL LEGITTIMO IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE E L'OBBLIGO DI NOMINARE UN SOSTITUTO PROCESSUALE: SOLO UN PICCOLO PASSO AVANTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

La Corte di legittimità, dopo aver ricordato che la nozione di impedimento del difensore ha un richiamo normativo nel comma 5 dell'art. 420-ter c.p.p. ove è declinato solo come "legittimo" senza ulteriori specificazioni e che il termine deve essere inteso come legale cioè "conforme alla legge", prende atto che la locuzione è stata riempita di significato solo dalla giurisprudenza che lo ritiene ancorabile, per un verso, ad un precedente e concomitante impegno professionale o ad altra causa, e, per altro verso, ad ostacoli di caratteri fisico o sanitario.

Successivamente, richiama i due orientamenti che si contendono l'arena interpretativa circa la necessità di nomina di un sostituto processuale ex art. 102 c.p.p. nel caso di legittimo impedimento del difensore.

Da un lato, la parte prevalente della giurisprudenza, pur sottolineando, nel caso di impedimento del difensore, l'onere di nominare un sostituto processuale ovvero di indicare le ragioni per le quali non è possibile adempiere, lo riconduce solo all'ipotesi di concomitante impegno professionale<sup>14</sup>; d'altro lato, invece, una giurisprudenza minoritaria sostiene che l'obbligo sussista anche nel caso in cui l'impedimento è motivato da serie ragioni di salute<sup>15</sup>.

Tra i due orientamenti, le Sezioni Unite scelgono il primo, ritenendo che la disciplina del concomitante impegno professionale non possa essere estesa automaticamente all'impedimento dovuto a ragioni di salute tranne nel caso in cui la condizione patologica sia ampiamente prevedibile.

L'opzione interpretativa fonda anche sulla necessaria rigidità dei "criteri di controllo" finalizzati ad evitare che la tutela del diritto sia strumentalizzabile a fini dilatori. Si ritiene, infatti, necessaria, per un verso, l'allegazione di idonea documentazione circa la serietà, gravità, imprevedibilità e attualità della patologia o dell'impedimento e, per altro verso, la valutazione giurisdizionale dell'impedimento sorretta da congrua motivazione.

L'impostazione, giusta nelle conclusioni rispetto al primo quesito proposto, dà per scontato alcuni dati che, in verità, non sembrano pacifici, anzi si scontrano con il dettato normativo.

<sup>13</sup> Le parti riportate tra virgolette sono estrapolate dalla sentenza in commento (Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, cit.)

<sup>14</sup> Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 7997, in *CED Cass.* n. 262389; Cass., sez. I, 9 dicembre 2008, n. 47753, in *CED Cass.* n. 242489; Cass., sez. V, 1° luglio 2008, n. 29914, in *CED Cass.* n. 240453.

<sup>15</sup> Cass., sez. fer., 22 luglio 2014, n. 35263, in *CED Cass.* n. 260152; Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, n. 49733, in *CED Cass.* n. 261182.



La prima riflessione, prende spunto dalla necessaria specificazione delle ragioni che differenziano l'impedimento per ragioni di salute da quello per concomitante impegno professionale (che rende impossibile o estremamente difficile adempiere ad entrambi i mandati).

Se può essere indiscutibile la diversità ontologica del concetto di "prevedibilità", e quindi la possibilità concreta di individuare un sostituto processuale informato e adeguatamente preparato a ricoprire il ruolo di difensore tecnico nel processo nel quale viene dedotto l'impedimento, tra il caso di concomitante impegno professionale (normalmente precedente o comunque noto tempo prima al professionista) e quello di serie ragioni di salute (normalmente improvvisi e non prevedibili), al pari appare comunque possibile la selezione di ipotesi nelle quali la ragione dell'impedimento è improvvisa nel primo caso (convalida di arresto in flagranza o interrogatorio cautelare, ad esempio) ovvero prevedibile nel secondo (patologia cronica che si aggrava progressivamente).

Ciò rende la materia non diversificabile in astratto e in linea teorica, posto che il concetto di prevedibilità non è utile a distinguere in modo dirimente le due situazioni.

Dal punto della concreta valenza del diritto di difesa, invece, va sottolineato come, in entrambi i casi – e in tutti gli altri nei quali si manifesta un impedimento oggettivo ad esercitare il mandato –, si realizza un'impossibilità oggettiva all'esplicazione dell'attività difensiva, senza differenze di sorta, non rimovibile se non attraverso la scelta di rinunciare alla difesa. L'unica differenza che distingue, sul piano logico, i due impedimenti, è ravvisabile nella prevedibilità (possibile ma non assoluta) dell'ostacolo all'esercizio della difesa nello specifico processo penale.

Quello che non appare, invece, scontato è "l'obbligo", di derivazione esclusivamente giurisprudenziale, di nominare un sostituto processuale nel caso in cui l'impedimento sia prevedibile.

L'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., contempla il diritto al differimento dell'udienza del difensore impedito, sottoponendolo a due condizioni: che sia legittimo e che venga "prontamente comunicato". La stessa disposizione, escludendo la possibilità del rinvio nel caso di nomina di un sostituto processuale, la rappresenta come una situazione procedurale incompatibile con lo "spostamento" dell'udienza. Ciò non significa, evidentemente, che il difensore sia obbligato a nominare un sostituto, ma solo che la sua individuazione (eventuale e non necessaria) si oppone, sul piano anche logico, al rinvio dell'udienza.

La giurisprudenza è intervenuta più volte<sup>16</sup> per perimetrare il diritto e sottoporlo a numerose condizioni, alcune logiche, altre francamente poco condivisibili e comunque non direttamente ricavabili dalla lettera della legge, né dalla logica del sistema.

Nessuna disposizione, infatti, trasforma la possibilità di nominare un sostituto processuale nel dovere di nominarlo anche quando la natura del processo, la sua complessità e la necessità di un intervento diretto del difensore di fiducia, lo impediscono, lo rendono inopportuno o addirittura si oppongono in modo deciso. Ciò a prescindere dalla prevedibilità dell'impedimento.

È il difensore, dunque, ad effettuare la scelta sulla scorta di valutazioni rientranti nella sua sfera discrezionale.

Non a caso il richiamato art. 420-ter c.p.p., al comma 5, esclude il rinvio proprio nell'ipotesi in cui venga nominato un sostituto del difensore: lettera che non equivale ad imporre al professionista un comportamento attivo in tale ambito.

Un ulteriore problema, poi, si pone in relazione alla selezione delle ragioni spendibili per dimostrare di non poter nominare un sostituto: a quale gruppo di professionisti attingere per affermare che essi non sono disponibili? ai colleghi dello studio professionale ovvero a tutti gli avvocati di un dato foro? e possono essere individuati anche impedimenti di tipo tecnico, come la complessità del processo o la inopportunità che altro professionista ne tratti una parte rilevante? Questi interrogativi dimostrano, invero, come la stessa matrice argomentativa alla base della individuazione delle ragioni per le quali non è possibile farsi sostituire finisca per essere davvero evanescente.

La nomina del sostituto è declinata, dall'art. 102 c.p.p., come una scelta del difensore, che mai può essere interpretata o intesa come un obbligo. In questo ambito, deve, poi, distinguersi tra difesa di fiducia e difesa di ufficio nella misura in cui nel primo caso esiste una peculiarità determinata dalla natura fiduciaria del mandato difensivo che impedisce di confondere i due versanti, posta la oggettiva e laterale differenza ontologica delle coordinate che muovono le due fattispecie. Il difensore di fiducia deve adempiere al mandato personalmente e può, ove lo ritenga possibile, nominare un sostituto processuale, senza essere obbligato da contingenze di vario tipo.

<sup>16</sup> Da ultimo, Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, in *CED Cass.* n. 262912.

Se è dunque condivisibile la selezione e la comparazione degli impegni concomitanti effettuata dalla giurisprudenza<sup>17</sup>, finalizzata a dare un contenuto all'aggettivo qualificativo "legittimo", onde evitare che si instauri la prassi del diritto al rinvio per la sola sussistenza di una pluralità di impegni (cosa assolutamente normale in ogni studio professionale), diventa difficile comprendere le ragioni per le quali la richiesta di rinvio debba comunque (cioè: in ogni caso) essere sottoposta alla ulteriore condizione "della indicazione dei motivi" per i quali non è stato possibile individuare un sostituto processuale, trasformando, in modo veramente poco convincente, la facoltà in un obbligo, imposto, peraltro, dalla giurisprudenza in aperto contrasto con la lettera della legge.

È anche questa espressione del modo col quale la Corte di cassazione svolge un ruolo sostanzialmente legislativo, creando, per ragioni di politica giudiziaria anche nobili, fattispecie procedurali in contrasto con l'art. 111, comma 2, Cost., che ancora la giurisdizione al giusto processo regolato dalla legge. L'introduzione, attraverso questa disposizione fondamentale, della riserva di legge in materia processuale penale, si oppone decisamente all'espansione del diritto giurisprudenziale.

A ciò bisogna aggiungere che la previsione normativa della sospensione del decorso della prescrizione per 60 giorni, anche nel caso di rinvio dell'udienza per concomitante impegno professionale, risolve, in modo radicale, anche le preoccupazioni di tipo pragmatico circa la possibile strumentalità dilatoria della richiesta difensiva.

Il giudice deve sempre valutare, in modo rigoroso, la legittimità dell'impedimento sulla scorta dei parametri individuati più volte dalla giurisprudenza, ma non può pretendere l'indicazione delle ragioni per le quali non è possibile la nomina di un sostituto processuale, rimesse, invece, alla scelta, discrezionale, del titolare del mandato difensivo.

Se, allora, possono ritenersi condivisibili le conclusioni alle quali sono giunte, nel caso di specie, le Sezioni Unite, ad esse, sostanzialmente, va addebitato il limite di aver ancora una volta, sia pure indirettamente, posto l'accento su un dovere non previsto dalla norma.

In particolare, non è stata colta l'occasione per approfondire il tema del presunto obbligo di nomina del sostituto processuale ex artt. 102 e 420-ter c.p.p., che avrebbe potuto anche condurre la Corte di legittimità ad individuare il limite giuridico di un orientamento nato per evitare rinvii strumentali e divenuto, come spesso, accade, il contenitore di un principio procedurale inesistente.

#### L'IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE NEL GIUDIZIO CAMERALE: LE SEZIONI UNITE FANNO PROPRIO UN ORIENTAMENTO DECISAMENTE GARANTISTA MA ANCORA LIMITATO

Il secondo quesito posto all'attenzione delle Sezioni Unite riguardava la possibilità di riconoscere il legittimo impedimento del difensore nei procedimenti camerale disciplinati dall'art. 127 c.p.p., anche quando la presenza del difensore è prevista come necessaria.

Il caso giudiziario dal quale proveniva il punto di diritto posto all'attenzione della Corte di legittimità aveva ad oggetto, infatti, un giudizio di appello celebrato, a seguito di rito abbreviato, in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 443, comma 4, e 599 c.p.p. L'ultima norma richiamata rinvia, in particolare, alle forme previste dall'art. 127 c.p.p., disposizione che regola, in via generale, le udienze camerale partecipate, prevedendo, tra i segmenti peculiari l'eventuale presenza delle parti: «*udite se compaiono*».

La Corte di legittimità ha sottolineato, in premessa, come l'introduzione dell'art. 420-ter c.p.p. ad opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479 ha determinato, tra l'altro, la possibilità di far valere il legittimo impedimento del difensore all'udienza preliminare, dimostrando l'intenzione del legislatore di assicurare l'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa, in coerenza con le modifiche dell'art. 111 Cost., nel procedimento camerale, oltre che nella fase del dibattimento.

In coerenza con questa premessa, pur prendendo atto del prevalente orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità, proteso a negare rilevanza al legittimo impedimento del difensore nei giudizi camerale differenti dall'udienza preliminare, ha espresso il diverso convincimento, ritenendolo, invece, spendibile anche nel giudizio camerale di appello conseguente alla celebrazione del rito abbreviato in primo grado.

<sup>17</sup> Sulla scorta della precedenza dell'impegno individuata dalla data di conferimento dell'incarico o dalla fissazione dell'udienza; ovvero in base alla natura del processo (distinguendo, ad esempio, tra processo con detenuti e processo con imputato libero); o, ancora, in base al tipo di processo, al numero di imputati ed alla concreta possibilità di chiedere il rinvio nell'altro procedimento.

L'opzione rappresenta una decisa svolta delle Sezioni Unite, da considerare con estremo favore per la correttezza della soluzione adottata e per la sensibilità alle dinamiche del processo equo delineate dall'art. 6 CEDU<sup>18</sup>.

In precedenza, anche di recente, la giurisprudenza era attestata su un versante che, nella sostanza, negava valore alla partecipazione del difensore ai giudizi camerale disciplinati dall'art.127 c.p.p. anche nel caso in cui la presenza del difensore fosse richiesta come necessaria<sup>19</sup> ed in particolare lo negava nei giudizi celebrati in appello a seguito di rito abbreviato, ritenendo che, una volta espletate le comunicazioni e le notifiche, non fosse necessaria e dunque non prevista la partecipazione del pubblico ministero e del difensore per ragioni di speditezza e concentrazione intrinseche alla natura del procedimento; ragione per cui l'impedimento del difensore non integra una ragione di rinvio dell'udienza<sup>20</sup>.

La Corte di cassazione ha, invece, rivalutato un orientamento minoritario<sup>21</sup> che, all'opposto, rivendicava la coerenza e praticabilità dell'istituto del legittimo impedimento del difensore all'interno del rito camerale, onde evitare «*la concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa*»<sup>22</sup>.

Gli argomenti utilizzati per aderire a questo orientamento sono tre: la peculiarità della fase decisoria ove si discute del merito e della fondatezza della imputazione e che richiede la massima espansione della difesa; la necessità di assicurare e garantire il diritto in ogni stato e grado del procedimento, prerogativa costituzionale e struttura essenziale dell'equo processo previsto dall'art. 6 CEDU «*indipendentemente dal modulo procedurale prescelto*»<sup>23</sup>; l'incongrua disparità con la disciplina dell'udienza preliminare ove, invece, il legittimo impedimento del difensore è espressamente contemplato nonostante la funzione dell'udienza preliminare sia meno pregnante e comunque orientata ad una mera verifica procedurale sulla correttezza dell'esercizio dell'azione penale (*rectius*: preordinata ad una decisione in rito e non di merito).

Sulla scorta di questo complesso argomentativo, la Corte ha radicalmente mutato orientamento affermando che il legittimo impedimento rilevi anche nell'udienza camerale quando il difensore che aveva «*deciso di parteciparvi*» sia «*stato impossibilitato a comparire per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisi e imprevedibili*».

Le conclusioni, sicuramente dirimpenti nella misura in cui recidono decisamente una linea interpretativa non condivisibile, sono coerenti col quesito sottoposto alle Sezioni Unite ma risentono, naturalmente, dell'impostazione dell'intera problematica ancorata alla differenza tra legittimo impedimento per concomitante impegno professionale dall'impedimento per ragioni di salute del difensore.

Se, invece, si ritiene che tale contrapposizione non abbia alcun rilievo giuridico e che la distinzione astratta vada rapportata alla diversa matrice della prevedibilità o meno dell'impedimento (di qualunque natura esso sia) si può giungere, attraverso la medesima via interpretativa e senza forzare il principio di diritto in esame, a ritenere che il legittimo impedimento del difensore può sempre essere fatto valere nelle udienze camerale partecipate e che, solo se prevedibile, possa essere sottoposto alla condizione della necessaria indicazione delle ragioni per le quali non sia stato possibile nominare un sostituto processuale.

Seguendo l'impostazione fondata sulla incongruenza e sulla irrilevanza giuridica di richiedere al difensore l'indicazione della nomina di un sostituto processuale o delle ragioni per le quali l'adempimento di tale obbligo non viene ritenuto realizzabile, si dovrebbe giungere ad affermare che una volta valutato come legittimo l'impedimento del difensore (per concomitante impegno professiona-

<sup>18</sup> Sensibilità più volte dimostrata dalle Sezioni Unite nell'ultimo periodo: cfr. da ultima la sent. 6 luglio 2016, n. 27620, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), sulla necessità della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello nel caso di appello del Pm avverso una sentenza di proscioglimento fondata su prove dichiarative.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2014, n. 15232, in *CED Cass.* n. 263022; Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *CED Cass.* n. 210796.

<sup>20</sup> Cass., sez. V, 12 maggio 2015 n. 25501, in *CED Cass.*, n. 264066; Cass., sez. IV, 18 dicembre 2014, n. 25143, in *CED Cass.* n. 263852; Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249, in *CED Cass.* n. 263029.

<sup>21</sup> Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 10157, in *CED Cass.*, n. 266531 ove è ricordato che secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale (sentt. n. 321 del 2004 e n. 106 del 2015) le forme del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento purché di tale diritto siano assicurati lo scopo e la funzione.

<sup>22</sup> Testualmente Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, cit., p. 9.

<sup>23</sup> La Corte EDU ha sempre sottolineato l'obbligo di assicurare ad ogni imputato un processo equo: cfr. Corte e.d.u., 6 novembre 2007, *Henry c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, *ivi*.

le, malattia o altra causa) viene integrato il diritto al rinvio dell'udienza a prescindere dalla possibilità di nominare un sostituto processuale *ex art. 102 c.p.p.*

Quest'ultima linea argomentativa rappresenta l'auspicabile evoluzione interpretativa che consente di giungere ad una sistemazione del profilo coerente con l'architettura costituzionale e convenzionale che presidia il giusto ed equo processo.

## Se l'illecito penale è abrogato il giudice dell'impugnazione non si pronuncia sulla domanda risarcitoria

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 7 NOVEMBRE 2016, N. 46688 –PRES. CANZIO; REL. VESSICHELLI

In caso di sentenza di condanna relativa a un reato successivamente abrogato e sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. Hanno proposto ricorso per cassazione S.G. e Si. St. avverso la sentenza in data 3 novembre 2014 con la quale il Tribunale di Cagliari ha rigettato l'appello contro la sentenza del Giudice di pace di Iglesias che li aveva dichiarati responsabili del reato di danneggiamento continuato.

Gli imputati sono stati condannati al pagamento della multa e, in solido, al risarcimento dei danni da liquidare in separato giudizio, al pagamento della provvisoria provvisoriamente esecutiva di 100 Euro e alla rifusione delle spese della parte civile.

2. Il difensore ha dedotto i seguenti motivi.

2.1. Manifesta illogicità della valutazione di attendibilità delle dichiarazioni accusatorie della persona offesa e degli altri testi dell'accusa.

2.2. Vizio di motivazione concernente le dichiarazioni dei testi a difesa, i quali avevano concordemente affermato che gli imputati erano assenti nel tempo al quale si fanno risalire i fatti.

2.3. Vizio della motivazione con riferimento al dolo del reato.

2.4. Inutilizzabilità di un filmato e di una consulenza stragiudiziale prodotti in giudizio, deduzione formulata in primo grado ma del tutto ignorata in appello.

2.5. Travisamento della prova, con riferimento al contenuto delle deposizioni della persona offesa e del teste Massa i quali avevano attribuito al solo S. la denuncia agli uffici comunali.

2.6. Assenza di motivazione riguardo alle statuizioni civili, e in special modo riguardo alla provvisoria, nonostante articolati motivi di appello con i quali era stata contestata la sussistenza del danno.

3. Il difensore, con motivi nuovi, ha dedotto – in via gradata rispetto alla richiesta principale di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché il fatto non costituisce reato – la sopravvenuta *abolitio criminis* del reato in contestazione, per effetto del d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, il quale ha anche previsto, per la fattispecie dell'art. 635, primo comma, cod. pen., la sola sanzione pecuniaria civile: disciplina che, in base alla norma transitoria, si applica anche ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, salvo che il procedimento sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili. L'abrogazione del reato è destinata altresì a porre nel nulla le statuizioni civili, non rilevando le pronunce di condanna del giudice di merito già intervenute.

Non ha mancato, tuttavia, lo stesso difensore di evidenziare il contrasto giurisprudenziale venutosi a determinare sull'argomento, richiedendo, in via subordinata, la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite.

4. Con ordinanza del 15 giugno 2016 la Seconda sezione penale ha preso atto del contrasto giurisprudenziale e ha disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite.

5. Con decreto del 5 luglio 2016 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissandone la trattazione per la odierna udienza pubblica.

6. Il 14 settembre 2016 è stata depositata una nuova memoria da parte del difensore degli imputati, il quale ha insistito sulla domanda di revoca delle statuizioni civili.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

1.1. Novità rilevante e decisiva ai fini della trattazione del ricorso in esame è costituita dall'essere sopravvenuto, nelle more, il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, entrato in vigore il 6 febbraio successivo, recante "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma della L. 28 aprile 2014, n. 67, art. 2, comma 3".

Nell'art. 1 di tale decreto sono elencati gli articoli del codice penale relativi ai reati abrogati, mentre nell'art. 2, sono precisate le rimodulazioni degli articoli del codice dipendenti dalle suddette abrogazioni e allo stesso art. 2, comma 1, lett. l), è disposta la modifica dell'art. 635 c.p., con una "sostituzione" della relativa disciplina, dalla quale scaturisce, di fatto, l'abrogazione dell'art. 635, previgente comma 1, con evidenti ricadute sul presente processo.

1.2. Occorre osservare in via preliminare che la richiesta difensiva di valutare con priorità le questioni riguardanti i difetti di motivazione non può trovare accoglimento.

Se è indubbio che, tra le diverse cause di non punibilità di cui all'art. 129 c.p.p., la formula "perché il fatto non sussiste" deve prevalere su qualsiasi altra formula, il principio così enunciato riguarda il caso della *abolitio criminis* intervenuta dopo la sentenza assolutoria di primo grado per insussistenza del fatto, gravata da impugnazione di cui non si motivi la astratta fondatezza (Sez. 4, n. 22334 del 16/05/2002, dep. 2003, Giannangeli, Rv. 224836): caso nel quale la presunzione di non colpevolezza, rafforzata dalla sentenza assolutoria con la formula detta, viene giudicata meritevole di tutela anche ai fini extra-penali e destinata a mantenere la posizione preferenziale accordatagli dalla formulazione dell'art. 129 cod. proc. pen.

Diverso è il caso di specie, nel quale la abrogazione è sopravvenuta ad una "doppia conforme" di condanna e anche l'astratta non infondatezza dei motivi di ricorso starebbe a configurare un vizio di motivazione senza possibilità di seguito processuale, che presupporrebbe la permanenza di una *res iudicanda*, mentre, in assenza, resta paralizzato dal dovere di immediata rilevazione della causa di non punibilità di cui all'art. 129, comma 1, cod. proc. pen.

Nel caso appena descritto, come già sottolineato reiteratamente dalla giurisprudenza di legittimità, l'*abolitio criminis* fa venire meno l'esistenza stessa della norma penale incriminatrice nell'ordinamento, come stabilito dal legislatore nell'art. 2, secondo comma, cod. pen., per il quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato, e tale circostanza processuale deve essere immediatamente dichiarata dal giudice.

1.3. Il danneggiato dal reato ha, piuttosto, libertà di adire il giudice civile, dal momento che, come sottolineato da Corte cost., ord. n. 273 del 2002, la formula assolutoria per l'ipotesi di sopravvenuta abrogazione della norma incriminatrice ("il fatto non è previsto dalla legge come reato") non è fra quelle alle quali l'art. 652 cod. proc. pen. attribuisce efficacia nel giudizio civile.

2. Ciò premesso, se non è dunque in discussione, salvo il caso sopra descritto, il dovere del giudice penale, in qualsiasi fase o grado del giudizio, di concludere il processo pendente per uno dei reati sopra citati, dichiarando che il fatto non è più previsto dalla legge come reato (con la formula appropriata del non luogo a procedere, della assoluzione o dell'annullamento senza rinvio), dubbi e contrapposizioni si sono venuti a determinare, nella giurisprudenza di legittimità, non meno che nella dottrina, sulla sorte dei capi della sentenza di condanna, già eventualmente pronunciata, contenenti statuizioni civili.

La questione, che è destinata a trovare soluzione nei principi generali in tema di attivazione dell'azione civile nel processo penale, trae origine dalla peculiare conformazione del d.lgs. n. 7 del 2016, che, nel disporre l'abrogazione di taluni reati, ha contestualmente riformulato i fatti in essi descritti quali fonte, nella sola forma dolosa, di sanzioni pecuniarie civili espressamente determinate, ulteriori rispetto all'eventuale condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno.

Essa viene così posta: "Se, in caso di sentenza di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice della impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla

legge come reato, debba revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili”.

3. Nella giurisprudenza di legittimità si è formato un primo indirizzo interpretativo, favorevole al mantenimento, in capo al giudice penale della impugnazione contro sentenza di condanna, del potere di decidere il ricorso agli effetti civili.

3.1. Esso è stato prospettato per la prima volta da Sez. 5, n. 7124 del 09/02/2016, Portera, non mass., seguita da altre sentenze della stessa Sez. 5 (la n. 14041 del 15/02/2016, Carbone, Rv. 266317-8, e altre non massimate, emesse il 03/03/2016, n. 28643, Gianfreda, n. 25062, Arona e n. 24029, Mancuso), le quali fanno leva, in primo luogo, sul testo dell’art. 2, secondo comma, ultima parte, cod. pen.: norma diretta a disciplinare il fenomeno della abrogazione sopravvenuta a sentenza definitiva di condanna e ritenuta principio-guida laddove statuisce, in caso di *abolitio criminis* intervenuta dopo la sentenza di condanna, la cessazione dell’esecuzione di questa e dei relativi effetti penali, desumendosi da tale formulazione, a contrario, che gli eventuali effetti civili non vengono travolti dall’abrogazione.

Una parte minoritaria della giurisprudenza in questione (in particolare la sentenza Arona), nel citare le sentenze Sez. 5, n. 4266 del 20/12/2005, Colacito, Rv. 233598 e Sez. 5, n. 28701 del 24/05/2005, Romiti, Rv. 231866, attribuisce valenza precettiva generale al citato disposto dell’art. 2, secondo comma, cod. pen., riferendolo anche alla ipotesi di *abolitio criminis* sopravvenuta a sentenza non definitiva di condanna.

Un secondo argomento è dato dalla evocazione dell’art. 11 delle preleggi, che, nello statuire che “la legge non dispone che per l’avvenire”, farebbe salvo il diritto acquisito dalla parte civile a vedere esaminata la propria azione già incardinata nel processo penale, fatta eccezione per il caso, non messo in discussione, in cui l’abrogazione sopravvenga alla instaurazione del giudizio di primo grado ma sia antecedente alla pronuncia conclusiva del grado stesso: in tal caso la pronuncia della abrogazione travolgerebbe il diritto pure già esercitato dalla parte civile costituita.

Alle suddette conclusioni la giurisprudenza in questione perviene sia richiamando l’analogo “meccanismo” procedurale creato dal coevo d.lgs. n. 8 del 2016, in tema di depenalizzazione, sia proponendo un’applicazione analogica, a tali limitati fini, dell’art. 578 cod. proc. pen. che, in tema di cause di estinzione del reato sopravvenute a sentenza di condanna, attribuisce al giudice della “sola” impugnazione il potere di decidere agli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili.

Lo stesso orientamento afferma che, nel caso descritto, la sanzione pecuniaria civile è destinata a non essere applicata perché l’esercizio dell’azione civile nella sede propria, che ne costituirebbe il presupposto, sarebbe stato “consumato”.

3.2. Allo stesso filone si ascrivono le sentenze della Sezione 2, n. 14529 del 23/03/2016, Bosco, Rv. 266467 e n. 29603 del 27/04/2016, De Mauri, Rv. 267166; inoltre le sentenze, non massimate, rispettivamente del 03/05/2016, n. 33058, Competiello e n. 33544, Rizzuti, nonché quella n. 21598, del 24/05/2016, Panizzo e n. 24299 del 27/05/2016, Cascarano.

Si tratta di un compendio giurisprudenziale organizzato attorno alla comune elaborazione del rilievo secondo cui tra i reati oggetto del decreto di abrogazione e quelli oggetto del decreto di depenalizzazione non vi è alcuna differenza ontologica, tale da giustificare la diversità della disciplina sulla sorte dei capi concernenti le statuizioni civili.

Il principale argomento logico-sistematico è quello secondo cui la legge-delega n. 67 del 2014 ha dato luogo, con i decreti legislativi nn. 7 e 8, a provvedimenti, in entrambi i casi, di depenalizzazione, sicché la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 8 ha “valenza generale” e il relativo art. 9, comma 3, facendo riferimento generico a tutte le ipotesi in cui il giudice dell’impugnazione dà atto dell’intervenuta depenalizzazione con il dovere aggiunto di decidere sulla domanda civile proposta nello stesso procedimento, si applica anche alla materia regolata dal d.lgs. n. 7.

A sostegno di tale ricostruzione ermeneutica, si rappresenta che le nuove forme di illecito civile, con sanzioni non paramtrate all’entità del pregiudizio subito dall’attore, si porrebbero in “continuità normativa” con i reati abrogati; sicché la formale abrogazione nasconderebbe una sostanziale “depenalizzazione diversa” dalla quale discenderebbe la necessità di far operare allo stesso modo, in relazione ad entrambe le normative delegate, la disciplina sui poteri del giudice dell’impugnazione in tema di risarcimento del danno.

Oltre all’argomento dato dalla ricognizione del principio posto dall’art. 2, secondo comma, ultima parte, cod. pen., il terzo pilastro del ragionamento delle dette sentenze è costituito dalla necessità di una interpretazione costituzionalmente conforme, posto che una diversa lettura darebbe luogo alla viola-

zione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), obbligando la parte civile ad adire il giudice civile nonostante che il fatto sia già stato acclarato, con problemi di diseconomia processuale e di pericolo di contrasto di giudicati, poiché il giudice civile sarebbe chiamato ad una completa rivalutazione del medesimo fatto.

Secondo tali sentenze, argomenti utili possono trarsi dalla disposizione transitoria del d.lgs. n. 7 del 2016, ossia dall'art. 12, comma 1, che, nello stabilire, per i procedimenti in corso, la soggezione alle disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili, letto in combinato disposto con l'art. 3 dello stesso decreto – che configura la soggezione al pagamento della sanzione pecuniaria civile, per i fatti dolosi descritti nell'art. 4, come aggiuntiva alla capacità dei fatti stessi di dare luogo alle restituzioni e al risarcimento del danno –, starebbe a dimostrare che anche nel d.lgs. n. 7 è contemplato in via transitoria il potere del giudice dell'impugnazione di decidere sui capi concernenti le disposizioni civili.

4. Il contrasto giurisprudenziale si è prodotto per effetto di sentenze, di tenore opposto, emesse dalla Sezione Seconda e dalla Sezione Quinta.

Invero, dopo la sentenza capofila dell'indirizzo interpretativo in questione – Sez. 5, n. 15634 del 19/02/2016, Guerzoni, Rv. 266502 – si registra, accanto ad altre decisioni allineate alla prima (n. 14044 del 09/03/2016, Di Bonaventura, Rv. 266297, n. 16147 del 01/04/2016, Favalaro, Rv. 266503 e n. 32198, del 10/05/2016, Marini, Rv. 267002), un nutrito gruppo di pronunce della stessa Sez. 5 non mass. (Sez. 5, n. 26862, del 01/06/2016, Raiti; Sez. 5, n. 31643, del 01/06/2016, Lombardo; Sez. 5, n. 31646, del 01/06/2016, Lana; Sez. 5, n. 26840, del 20/05/2016, De Mercato; Sez. 5, n. 19516, del 15/04/2016, Pianta; Sez. 5, n. 31617 del 01/04/2016, Bonzano) e quelle massimate della Sez. 2, n. 26091, del 10/06/2016, Tesi, Rv. 267004 e n. 26071, del 09/06/2016, Rossi, Rv. 267003.

4.1. Tale filone interpretativo ha preso le mosse dal recente intervento della Corte costituzionale (sent. n. 12 del 2016), volto ad affrontare i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 538 cod. proc. pen. nella parte in cui, al comma 1, collega in via esclusiva la decisione sulla domanda della parte civile alla condanna dell'imputato.

Il Giudice delle leggi ha ritenuto tale impostazione codicistica in linea con la scelta di rendere tendenzialmente autonomo il giudizio penale da quello civile sullo stesso fatto, sicché la evenienza della costituzione di parte civile nel processo penale ha natura accessoria e subordinata alla finalità del processo, che è quella dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Eccezioni a tale regola possono essere poste ed esse sono ravvisabili negli artt. 578 e 576 cod. proc. pen.

4.2. L'orientamento in questione sottolinea la non conferenza dell'art. 2, secondo comma, ultima parte, cod. pen. – e della giurisprudenza che su tale norma si è espressa –, riferibile al caso, diverso da quello in oggetto, della cessazione dei soli effetti penali in caso di abrogazione sopravvenuta ad una sentenza di condanna definitiva.

4.3. Rileva, altresì, che l'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 8 del 2016, che prevede, in materia di depenalizzazione, il potere del giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sui capi relativi alle statuizioni civili, non trova applicazione nella materia del d.lgs. n. 7 – caratterizzata da una diversa *ratio* –, poiché si tratterebbe di applicazione analogica di norma eccezionale, come tale vietata in base agli stessi principi già enunciati in relazione all'art. 578 cod. proc. pen. dalla giurisprudenza di legittimità.

L'assenza di *eadem ratio* con riferimento ai due decreti impone di valorizzare come differenziale, e non come frutto di una "svista", la circostanza che solo nel d.lgs. n. 8, a differenza che in quello n. 7, il legislatore delegato ha positivamente disciplinato, in via transitoria, la sorte dei capi concernenti le statuizioni civili.

4.4. In quarto luogo, si è osservato che il meccanismo processuale delineato nel d.lgs. n. 7 prevede che il giudice del risarcimento del danno sia lo stesso che irroga la sanzione pecuniaria civile, e ciò anche con riferimento ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, salvo il caso che la sentenza sia divenuta irrevocabile. Sottrarre al giudice civile il giudizio sul risarcimento del danno significherebbe mandare esente il responsabile del fatto doloso, configurato come reato abrogato, dalla sanzione civile prevista anche in via transitoria. L'ipotesi alternativa, dell'attribuire al giudice della impugnazione penale il potere di decidere, assieme alla domanda relativa alle statuizioni civili, anche sulla sanzione pecuniaria civile, eventualmente disponendola, significherebbe consentire un procedimento che, quando l'impugnazione è il giudizio di legittimità, finirebbe per attribuire alla Corte di cassazione valutazioni di merito, peraltro in assenza di un contraddittorio sulla formazione delle prove rilevanti.



4.5. Si aggiungono considerazioni sulla impossibilità di applicare analogicamente il disposto dell'art. 578 cod. proc. pen., dato il carattere eccezionale della norma, e si richiama il principio, dettato nel codice penale (art. 198 cod. pen.) per cui la estinzione del reato o della pena non importa la estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

5. Quest'ultimo è l'orientamento che le Sezioni Unite ritengono corretto, alla luce, in primo luogo, della lettera della normativa che ha dato luogo al contrasto.

L'interpretazione letterale della legge, infatti, è il canone ermeneutico prioritario per l'interprete, pur ricavandosi dall'art. 12 delle preleggi che l'ulteriore canone dato dall'interpretazione logica e sistematica soccorre e integra il significato proprio delle parole, arricchendole della *ratio* della norma e del suo coordinamento nel sistema nel quale va ad inserirsi.

Ma tale criterio non può servire ad andare oltre quello letterale quando la disposizione idonea a decidere la controversia è chiara e precisa.

Viceversa, solo se si riscontri un ingiustificato vuoto di disciplina capace di menomare la precisione della disposizione, l'interprete ha agio di ricorrere all'interpretazione analogica, tranne che nel caso (art. 14 preleggi) in cui siffatta operazione ermeneutica miri alla "attrazione" di disposizioni di leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi.

5.1. Ebbene, il primo dato letterale nel quale ci si imbatte esaminando il d.lgs. n. 7 del 2016 è quello della presenza di una disciplina transitoria (art. 12) ma, anche, della mancanza, in questa, di qualsiasi cenno all'eventuale potere del giudice dell'impugnazione di decidere l'appello o il ricorso con riferimento ai capi concernenti le statuizioni civili.

Il secondo dato letterale è che con la novella sono state introdotte inedite sanzioni pecuniarie civili (art. 3 e segg.) con riferimento ai fatti che hanno preso il posto dei reati abrogati, prevedendosene l'applicazione retroattiva anche a quelli già commessi (art. 12), per i quali il giudice penale deve dichiarare la intervenuta abrogazione, e stabilendo, con norma che riguarda il procedimento in generale (art. 8), che il potere di irrogarle spetta al giudice competente a conoscere della azione di risarcimento del danno che, di regola, è il giudice civile.

Quest'ultima disposizione, in particolare, si pone in linea di stretta correlazione col silenzio normativo precedentemente evidenziato, potenziandone la eloquenza nella direzione del brocardo *ubi noluit non dixit*, atteso che se si riconoscesse in capo al giudice della impugnazione penale – in sede di declaratoria di abrogazione – il potere di pronunciarsi anche sugli interessi civili, si dovrebbe ammettere che gli è conferito anche il potere-dovere di irrogare, al responsabile del danno, la sanzione pecuniaria civile, la quale soggiace a criteri di commisurazione (art. 5) involgenti accertamenti e giudizi di fatto che sono assolutamente impropri nella sede della legittimità.

6. Ciò posto, appare utile effettuare una verifica controfattuale del silenzio del legislatore e del modo col quale viene qui inteso, accertando se possano essere individuati dati normativi o indicatori di altro genere capaci di "falsificare" la tesi qui accreditata.

Giova cioè procedere alla analisi sistematica che deve tenere in conto, tra l'altro, il fatto che, nel coevo d.lgs. n. 8 – originato al pari del d.lgs. n. 7 del 2016 da una comune finalità di deflazione del sistema penale, sostanziale e processuale, espressa nella comune legge-delega di riferimento – esiste la disposizione (pur non qualificata formalmente come transitoria) che mantiene, in capo al giudice che dichiara la depenalizzazione, il potere di decidere sulla impugnazione penale ai soli effetti civili (art. 9, comma 3).

In tale prospettiva, la differenza delle discipline transitorie rispecchia la più generale scelta di congegnare due sistemi con opzioni tecnico-normative differenziate ed autonome, l'uno per realizzare le abrogazioni con introduzione delle sanzioni civili e l'altro per le depenalizzazioni, con seguito nella sede di applicazione delle sanzioni amministrative: scelta resa palese dal fatto di avere, il Governo, fatto ricorso a due strumenti legislativi diversi anche per estremi formali di identificazione.

6.1. Si nota che, come evidenziato nella Relazione illustrativa del relativo Schema, con le norme confluite nel d.lgs. n. 7 il legislatore delegante ha inteso eliminare dall'ambito della rilevanza penale alcune ipotesi delittuose che hanno la caratteristica di incidere su interessi di natura privata e di essere procedibili a querela, ricollocandone il disvalore sul piano delle relazioni private; al contempo, ha voluto riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile, affiancando alle sanzioni punitive di natura amministrativa un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale.

6.2. Per proseguire nella trattazione del tema della autonoma fisionomia del d.lgs. n. 7, va notato che il legislatore delegato ha provveduto ad indicare i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie e ha indicato la competenza a provvedere su di esse, a regime, in capo al giudice civile adito per la domanda di risarcimento del danno e titolato a decidere in base alle norme del codice di procedura civile (art. 8).

6.3. L'art. 12, nel silenzio della legge-delega, ha poi dettato disposizioni transitorie con le quali, in deroga alla regola generale sull'efficacia della legge nel tempo indicata dall'art. 11 preleggi, è stata assunta la determinazione di disporre la retroattività delle norme in tema di sanzioni civili, anche rispetto ai fatti commessi antecedentemente alla entrata in vigore del decreto, salvo che si sia formato il giudicato.

Per questa ultima ipotesi si è previsto, a cura del giudice della esecuzione, "la revoca della sentenza o del decreto" col procedimento semplificato di cui all'art. 667, comma 4, cod. proc. pen.

In tema di competenza a provvedere in via transitoria, la Relazione illustrativa dello Schema di decreto legislativo, valorizzando la disposizione dell'art. 8, comma 1, ribadisce che la disciplina per i fatti commessi in epoca anteriore alla data di entrata in vigore del presente decreto, per i quali non sia già intervenuta una pronuncia irrevocabile, "prevede l'applicazione della sanzione pecuniaria civile quando la parte danneggiata decida di agire in sede civile per ottenere il risarcimento del danno".

Nella stessa Relazione, per quanto concerne i poteri del giudice della esecuzione, è anche evidenziato che "all'art. 12, si è inserito un comma aggiuntivo al fine di evitare dubbi ermeneutici e per esigenze di coerenza sistematica, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, del codice penale, dall'articolo 673 del codice di procedura penale e da un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nonché avendo rilevato l'assenza di una diversa indicazione sul punto da parte della legge di delega. Il suddetto comma presenta una formulazione analoga a quanto previsto dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo in materia di depenalizzazione, nonché dall'articolo 101, comma 1, del decreto legislativo n. 507 del 1999, in materia di depenalizzazione dei reati minori".

6.4. Il complesso normativo può dunque dirsi frutto di una coerente valutazione degli effetti della novella sui fatti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore, destinati ad un esito processuale certo ed immediato, nella sede penale, per quanto riguarda la rilevazione della abrogazione, ai sensi dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., nonché ai sensi dell'art. 667, comma 4, stesso codice, per quanto concerne le condanne passate in giudicato, e ad un futuro solo eventuale per quanto riguarda l'accertamento del diritto al risarcimento e l'applicazione della sanzione pecuniaria civile, strettamente correlati sul piano della competenza ed entrambi subordinati alla investitura del giudice civile ad opera della parte interessata alla riassunzione.

Può confermarsi, in altri termini, che la mancata previsione del potere del giudice della impugnazione, avverso sentenza di condanna dell'imputato, di pronunciarsi sulla impugnazione di questo agli effetti civili, dopo avere dichiarato la abrogazione, sia l'ordinario sviluppo dello scenario processuale delineato.

7. È incontestato, d'altra parte, che il sopravvenire della abrogazione del reato prima della sentenza di primo grado comporti automaticamente la impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi sulla domanda della parte civile costituita, perché vi osta il disposto dell'art. 538 cod. proc. pen.: e cioè la norma del codice di rito che, in via generale, pone la regola della subordinazione del potere del giudice penale di decidere sulle restituzioni e il risarcimento alla pronuncia di sentenza di condanna.

Il principio ha trovato plastica esemplificazione nelle sentenze di questa Corte che hanno posto in evidenza il dovere del giudice dell'appello, laddove, nel pronunciare declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, accerti che la causa estintiva è maturata prima della sentenza di primo grado, di revocare contestualmente le statuizioni civili in essa contenute (Sez. 3, n. 15245 del 10/03/2015, C., Rv. 263018; conformi, Sez. 6, n. 33398 del 19/09/2002, Rusciano, Rv. 222426; Sez. 2, n. 5705 del 29/01/2009, Somma, Rv. 243290; Sez. 6, n. 9081 del 21/02/2013, Colucci, Rv. 255054; Sez. 5, n. 44826 del 28/05/2014, Regoli, Rv. 261815).

Si tratta di un precetto che, come posto in evidenza nella sentenza della Corte costituzionale n.12 del 2016 – emessa sul sospetto di illegittimità dell'articolo 538 – è strutturalmente e volutamente diverso anche dalla norma (art. 510) del Progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978 (sulla base di delega conferita con la legge n. 108 del 1974, rimasta inattuata), norma che proponeva di sperimentare una maggiore tutela della azione civile incardinata nel processo penale.

Sicché la regola generale oggi configurata è quella del collegamento in via esclusiva della decisione sulla domanda della parte civile alla formale condanna dell'imputato, espressamente richiesta dall'art. 538 cod. proc. pen.

Si tratta di una soluzione che dà attuazione al combinato disposto dell'articolo 538 con l'articolo 74 dello stesso codice di rito e con l'articolo 185 del codice penale – imposta, oltre che dalla sistematica, anche dal testuale rimando della prima alla seconda e della seconda alla terza –, norme dalle quali si desume che la domanda della parte civile nel processo penale è legittimata con riferimento ai danni e alle restituzioni cagionati da un fatto integrante reato, e che la risposta ad essa viene fatta dipendere da una sentenza che formalmente dichiara la responsabilità, non essendo sufficiente, di regola, una sentenza di proscioglimento, pur se includente l'accertamento del fatto reato.

Diversamente ragionando, come ribadito anche nella sentenza n. 12 della Corte costituzionale citata, il risarcimento del danno verrebbe ancorato non già alla fattispecie prevista dall'art. 185 cod. pen., ma a quella prevista dall'art. 2043 cod. civ., in ordine alla quale manca la competenza del giudice penale.

Ciò ovviamente non significa mancanza di tutela del diritto della parte civile nel processo penale ma soltanto, nel caso di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato ai sensi dell'art. 530, comma 1, cod. proc. pen. (formula diversa da quelle indicate dall'art. 652 cod. proc. pen.), la individuazione, per la parte civile costituita, della successiva competenza del giudice civile e, nel caso di instaurazione della domanda direttamente in sede civile, la mancanza di efficacia del giudicato penale di assoluzione.

8. Tanto rilevato, non vi è ragione per negare che il principio posto dall'articolo 538 cod. proc. pen., debba valere anche per il giudizio dell'impugnazione, considerato che per il giudizio di appello l'articolo 598 cod. proc. pen. pone un principio generale di estensione delle regole del grado precedente.

Certamente, si tratta di un'impostazione di carattere generale derogabile dal legislatore ordinario (in tal senso v. anche sent. Corte cost. n. 12 del 2016), con norma della quale, però, non potrebbe non riconoscersi il carattere eccezionale per il fatto di costituire una deroga.

8.1. In tale ottica si è assistito alla creazione di una eccezione al sistema con la formulazione dell'art. 578 cod. proc. pen. riguardante il giudizio di impugnazione: norma che, riproduttiva ed estensiva della disposizione introdotta dall'art. 12, primo comma, legge 3 agosto 1978, n. 405 ("Delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia e di indulto, e disposizioni sull'azione civile in seguito ad amnistia") e attuativa del criterio direttivo di cui all'art. 2, n. 28 della legge-delega per l'emanazione del codice di procedura penale (legge 16 febbraio 1987, n. 81), prevede in capo al giudice dell'impugnazione il potere di pronunciarsi, a margine della declaratoria della causa di estinzione del reato per amnistia e per prescrizione, anche agli effetti civili.

Il carattere del precetto, che "fa eccezione a regole generali o ad altra legge", rende evidente, nel rispetto dell'articolo 14 delle preleggi, che non si applica oltre i casi e i tempi in esso considerati. Senza considerare che, comunque, la norma dell'art. 578 cod. proc. pen. abilita il giudice a tanto, sul presupposto non di una pronuncia di assoluzione dal reato (come nel caso della abrogazione) ma di riconoscimento di causa di estinzione di un fatto reato dopo condanna.

In linea con quanto sopra rilevato intorno all'art. 538, il precetto dell'art. 578 non viene, viceversa, ritenuto idoneo a legittimare la condanna dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile se quella fosse pronunciata come effetto della declaratoria di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, a sua volta derivante dalla riforma, ad opera del giudice di secondo grado, su impugnazione del p.m., della sentenza di assoluzione di primo grado. E ciò, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, in quanto, nel caso descritto, la decisione sulle restituzioni e sul risarcimento del danno verrebbe adottata senza che, nel precedente grado di giudizio, sia stata affermata, con sentenza di condanna, la responsabilità dell'imputato (Sez. 4, n. 14014 del 04/03/2015, Bellucci, Rv. 263015; Sez. 5, n. 27652 del 17/06/2010, Giacché, Rv. 248389), fatto salvo il caso specificamente regolato dall'art. 576 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918).

E, sul detto connotato dell'eccezionalità, può essere utile sottolineare che l'art. 578 non è stato ritenuto applicabile neppure al caso di estinzione del reato per oblazione o per morte dell'imputato (Sez. 6, n. 12537 del 05/10/1999, Nicolosi, Rv. 216394; Sez. 4, n. 31314 del 23/06/2005, Zelli, Rv. 231745) e comunque non suscettibile di essere esteso analogicamente ad altre cause estintive (Sez. 3, n. 22038 del 12/02/2003, Pludwinski, Rv. 225321), come la remissione di querela (Sez. 2, n. 37688 del 08/07/2014, Gustinetti, Rv. 259989) o la sanatoria edilizia (Sez. 3, n. 3593 del 25/11/2008, dep. 2009, Orrù, Rv. 242739).

8.2. Altra norma, di carattere eccezionale, che ammette il meccanismo decisorio plasmato dall'art.

578 cod. proc. pen., è quella posta dall'art. 448, comma 3, che abilita alla pronuncia sulle statuizioni civili il giudice della impugnazione avverso sentenza di condanna, quando ritenga ingiustamente non riconosciute, dal giudice di primo grado, le condizioni per accogliere la richiesta di patteggiamento cui il p.m. non aveva prestato il consenso.

9. Il divieto di applicazione analogica posto dalle preleggi, nel limite sopra indicato, è destinato ad operare anche con riferimento alla proposta (dall'indirizzo giurisprudenziale che qui si disattende) applicazione del disposto dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 8 del 15 gennaio 2016, al sistema delineato dal d.lgs. n. 7.

9.1. Si tratta della disposizione di natura transitoria per effetto della quale il giudice che dichiara la intervenuta depenalizzazione, in sede di appello dopo sentenza di condanna, è onerato del dovere di decidere sulla impugnazione ai soli effetti civili.

Tale norma è inserita nel decreto che può definirsi "gemello diverso" di quello, in pari data, n. 7 fin qui esaminato, e che ha costituito l'ulteriore modalità con la quale è stata esercitata la delega conferita con la legge n. 67 del 2014, con lo strumento, però, della degradazione di una lunga lista di reati in altrettanti illeciti amministrativi.

Nonostante la strumentalità di entrambi i decreti rispetto al fine unico della legge-delega, che si riconosce in quello di riforma della disciplina sanzionatoria in ossequio ai principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione criminale, i mezzi tecnico-normativi utilizzati in ciascuno dei decreti sono profondamente diversi e rendono ognuno di quelli un sistema compiuto di precetti che mira a soluzioni ed effetti giuridici autonomi. A partire dal rilievo che la diversità di intervento è in relazione alla diversità dell'oggetto, atteso che, nel caso della depenalizzazione, sono stati considerati reati generalmente procedibili d'ufficio, che tutelano interessi pubblici, rispetto ai quali è interesse dello Stato irrogare d'ufficio una sanzione amministrativa, senza (necessità di) alcun impulso di parte.

9.2. Invero, non può distogliere da tale conclusione il rilievo che lo strumento della depenalizzazione riconduce, al pari dell'abrogazione, al concetto di *abolitio criminis*, pur comportando la contestuale previsione di una figura di illecito amministrativo; e che per la detta ragione viene inquadrato anche dalla costante giurisprudenza nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 2 cod. pen..

Il fatto è che la sequenza procedimentale delineata nel decreto legislativo n. 8 è differente da quella del d.lgs. n. 7 avendo dato vita ad un sistema che prevede l'articolazione del potere del giudice penale come esaurimento, dinanzi ad esso, tanto del procedimento penale con la dichiarazione che il fatto non è più previsto come reato, quanto della accessoria domanda della parte civile quando il fatto-reato sia stato accertato con condanna in primo grado (e salva la declaratoria della sopravvenuta prescrizione o estinzione per altra causa alla medesima data: così art. 9, comma 1): un potere aggiuntivo che ben può ritenersi mantenuto riproponendo – con disposizione normativa ad hoc – il sistema già collaudato con l'art. 578 cod. proc. pen. per ragioni di economia processuale, ma che proprio con questo condivide la natura di norma che pone una eccezione alla regola dell'art. 538 cod. proc. pen. e che dunque non è suscettibile di applicazione analogica.

Inoltre, l'autonomia del sistema normativo posto dal decreto n. 8 sta nel doveroso proseguimento della procedura mediante investitura, ex officio, della autorità competente per la applicazione delle nuove sanzioni.

9.3. Di queste è stata prevista – al fine di evitare disparità di trattamento – la retroattività rispetto ai fatti commessi antecedentemente la data di entrata in vigore della depenalizzazione e il dato è, invero, speculare alla omologa disposizione di retroattività posta nel d.lgs. n. 7 quanto alle sanzioni pecuniarie civili.

Ma si tratta di discipline rispondenti a criteri strutturali non sovrapponibili.

Il d.lgs. n. 8 ha così statuito superando il principio generale della irretroattività posto dall'art. 1 legge 24 novembre 1981, n. 689, che è la normativa richiamata, in via generale, dall'art. 6 del decreto stesso, quanto al procedimento per la applicazione delle sanzioni amministrative. E la ragione della scelta di derogare al principio di irretroattività è stata indicata, nella Relazione governativa allo Schema di decreto, non solo nella necessità, derivante da considerazioni di politica criminale, di evitare una vistosa sperequazione tra chi ha commesso il fatto essendo vigente la legge penale e chi, invece, commette lo stesso fatto dopo la depenalizzazione. Il secondo punto della Relazione si fa carico della concreta possibilità che alle sanzioni amministrative oggetto della novella venga riconosciuto, in via interpretativa, carattere punitivo-afflittivo, tale da renderle omogenee, al pari dei fatti già dotati di rilievo penale, alla "materia penale" cui, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale (sent. n. 104 del 2014 e n. 196

del 2010) dovrebbe applicarsi il principio di irretroattività, nel rispetto sia della ampia portata dell'art. 25, secondo comma, Cost., sia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU.

Ebbene, tale prospettazione comporterebbe, comunque l'inverarsi di una vicenda sostanzialmente di successione di leggi in continuità normativa, nella quale dovrebbe trovare attuazione il principio di retroattività *in mitius*, realizzata anche formalmente con la novella.

Al contrario, il principio di continuità normativa non sembra in alcun modo riguardare il d.lgs. n. 7, pur connotato dal succedere della sanzione civile a quella penale riguardo a fatti sostanzialmente sovrapponibili, posto che la sanzione irrogata dal giudice civile, oltre che subordinata ad una iniziativa della parte privata, è connotata anche da requisiti di tipo compensativo, sicché rimane ontologicamente fuori del perimetro della "accusa in materia penale".

Giova perciò sottolineare che il principio della continuità normativa, che ha la valenza sopra indicata, risulta evocato in modo improprio dall'orientamento giurisprudenziale che qui si disattende, con riferimento alla disciplina transitoria del d.lgs. n. 7 del 2016. Ed anche in termini improduttivi, posto che il suo effetto è quello della applicazione retroattiva della legge più favorevole sopravvenuta, secondo lo schema dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., mentre non potrebbe essere richiamato, al contrario, per far valere la disciplina antecedente e meno favorevole, considerata anche soltanto in una sua articolazione (quella della tutela della azione civile nel processo penale).

10. Resta da esaminare se l'interpretazione qui accreditata possa reputarsi sospettabile di contrasto con principi costituzionali, con particolare riferimento a quelli di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.

La questione è stata ipotizzata dall'indirizzo giurisprudenziale che qui non si avalla il quale ha optato per l'assunto poi propugnato al fine di evitare una interpretazione del d.lgs. n. 7 sfavorevole all'esame dei diritti della parte civile, che si riveli perciò incostituzionale nella parte in cui finisce per obbligare la stessa ad adire il giudice civile nonostante che il fatto sia già stato acclarato: generando, così, problemi di diseconomia processuale oltre che di pericolo di contrasto di giudicati, derivante dal fatto che il giudice civile sarebbe chiamato ad una completa rivalutazione del medesimo fatto, ed inoltre violazione del principio di uguaglianza perché si verrebbe a determinare una ingiustificata disparità di trattamento tra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo che si concluda con l'assoluzione per abrogazione e quello costituitosi in un processo che si concluda con la stessa formula ma per depenalizzazione o, ancora, con quello che si costituisca in un processo che si concluda con condanna.

10.1. La Corte costituzionale ha dato già risposta sotto molteplici profili al tema della compatibilità costituzionale di precetti in rito che determinino limitazioni o pesi per la parte civile costituita nel processo penale.

I principi declinati dal Giudice delle leggi nella più recente pronuncia n. 12 del 2016 valgono anche per il caso che direttamente ci occupa, poiché abbracciano in radice la questione dei rapporti fra l'azione civile incardinata nel processo penale e quest'ultimo e ne indicano le ragioni ispiratrici.

L'impostazione generale del nuovo processo penale si basa sul concetto di separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente nel disegno del codice l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo, rispetto all'interesse del danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo (sentt. n. 168 del 2006 e n. 23 del 2015).

La Corte costituzionale ha osservato, richiamando le numerose decisioni già emesse sullo stesso tema (sentenze n. 217 del 2009, n. 353 del 1994, n. 443 del 1990; ordinanze n. 424 del 1998 e n. 185 del 1994, quest'ultima riguardante la preclusione alla pronuncia sul capo civile, posta nel caso di sentenza di applicazione della pena emessa, ricorrendone i presupposti, dopo la chiusura del dibattimento di primo grado) che nel sistema vigente l'inserimento dell'azione civile nel processo penale dà vita ad una situazione processuale sostanzialmente diversa da quella determinata dall'esercizio dell'azione civile nella sede civile. E ciò in quanto quella azione assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale ed è perciò destinata a subire "tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi".

Si tratta peraltro di un approdo anche della Corte di cassazione nel suo massimo consesso, trovandosi l'affermazione del medesimo principio anche in Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087 e, ancor più di recente, in Sez. U, n. 33864 del 23/04/2015, Sbaiz, Rv. 264238.

Il Giudice delle leggi ha anche valutato la insussistenza di profili di irrazionalità nella impostazione codicistica in ragione della preminenza delle predette esigenze rispetto a quelle collegate alla risoluzione delle liti civili (ord. n. 115 del 1992; sent. 532 del 1995), sicché, una volta che il danneggiato, previa valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi insiti nella opzione concessagli, scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale anziché nella sede propria, non gli è dato sfuggire agli effetti che da tale inserimento conseguono (sent. n. 94 del 1996).

La ragionevolezza di siffatta scelta legislativa si lega ad un sistema processuale, qual è quello vigente, che ha fatto cadere la regola – stabilita dal codice di procedura penale abrogato – della sospensione obbligatoria del processo civile in pendenza del processo penale sul medesimo fatto, sicché non vi sono ostacoli processuali o condizionamenti alla attivazione della pretesa risarcitoria nella sede propria.

Si è aggiunto, da parte della Corte costituzionale, che la eventuale impossibilità, per il danneggiato, di vedere esaminata la propria domanda di risarcimento non incide neppure in modo apprezzabile sul diritto di difesa e prima ancora sul diritto di agire in giudizio, poiché resta intatta la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno nella sede civile.

“Ogni separazione dell'azione civile dall'ambito del processo penale non può essere considerata una menomazione o una esclusione del diritto alla tutela giurisdizionale giacché la configurazione di quest'ultima, in vista delle esigenze proprie del processo penale, è affidata al legislatore” (sent. n. 12 del 2016 e, in termini analoghi, n. 443 del 1997 e 192 del 1991; ord. n. 124 del 1999).

10.2. Detti principi appaiono idonei anche a superare il profilo del dubbio di costituzionalità ai sensi dell'art. 3 Cost., prospettato per la diversità del trattamento riservato alla parte civile nel decreto legislativo n.7, da un lato, e in quello n. 8, dall'altro, dovendosi tener conto di tutti gli argomenti sopra svolti per dimostrare che di decreti e sistemi normativi diversi si tratta, sicché la diversità di trattamento non risulta ingiustificata dalla omogeneità delle situazioni coinvolte.

10.3. Con specifico riguardo all'asserita violazione del principio di ragionevole durata del processo, la Corte costituzionale, nella sentenza citata del 2016 e nelle sentenze n. 23 del 2015 e nn. 63 e 56 del 2009, nonché in quella n. 148 del 2005, ha rilevato che “alla luce dello stesso richiamo al connotato di ragionevolezza, che compare nella formula costituzionale, possono arrecare un vulnus a quel principio solamente le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza”.

Nel caso che ci occupa, se è vero che la preclusione della decisione sulle questioni civili comporta il procrastinare la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, costringendolo ad instaurare un autonomo giudizio civile, si rinviene la quadratura della impostazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale rispetto alle finalità di quest'ultimo, che sono date dal preminente interesse pubblico alla sollecita definizione del processo penale, destinato a non concludersi con un accertamento di responsabilità “riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei confronti dell'imputato”.

10.4. Con riguardo al dubbio, sollevato dall'orientamento disatteso, che l'indirizzo opposto possa porsi in conflitto con le norme sovranazionali ed in particolare con le direttive dell'Unione Europea in tema di protezione della vittima del reato, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 12 del 2016 non ha mancato di fornire argomenti in senso contrario che vanno pienamente recepiti.

In particolare, la direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato, ma nell'art. 16, par. 1, è precisato che l'obbligo degli Stati membri di garantire alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato, nell'ambito del procedimento penale, entro un ragionevole lasso di tempo, risulta subordinato alla condizione che il diritto nazionale non preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario: ciò che, per l'appunto, è previsto nell'ordinamento nazionale vigente.

10.5. Neanche la giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU lascia ipotizzare scenari che chiamino in causa la violazione dell'art. 117 Cost. quale parametro interposto, dovendosi considerare che, sebbene l'art. 6, § 1, della Convenzione sia stato interpretato reiteratamente come fonte di “un diritto di carattere civile” della vittima del reato a vedersi riconosciuta la possibilità di intervenire nel processo penale per difendere i propri interessi tramite la costituzione di parte civile (v. fra le molte, Corte EDU, 20/03/2009, Gorou c. Grecia), tuttavia, con riferimento al caso della mancata valutazione della domanda della parte civile per essersi il processo penale chiuso con provvedimento diverso dalla condanna

dell'imputato, la Corte EDU non ha individuato violazione del diritto di accesso ad un tribunale: violazione che, invece, viene ritenuta ravvisabile solo quando la vittima del reato non disponga di rimedi alternativi concreti ed efficaci per far valere le sue pretese (Corte EDU, Sez. 3, 25/06/2013, Associazione delle persone vittime del sistema S.C. Rompetrol S.A. e S.C. Geomin S.A. e altri contro Romania). E nel caso in esame si tratta di rimedi che sono invece previsti nella possibilità di rivolgersi al giudice civile.

11. È appena il caso di sottolineare che la revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis*, conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto, non comporta il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata.

Si tratta infatti del diverso caso della sopravvenienza della abrogazione alla sentenza di condanna come intesa dall'art. 2, comma 3, ultima parte, cod. proc. pen., e cioè avente carattere definitivo (v. Corte cost., n. 273 del 2002): precetto il quale sancisce, per tale sola ipotesi, il dovere del giudice dell'esecuzione di disporre la cessazione della esecuzione della condanna stessa e dei suoi effetti penali, fatte salve dunque le statuizioni civili.

Ciò in quanto, nella situazione descritta, il riconoscimento del risarcimento del danno o alla riparazione è avvenuto con riferimento ad un fatto-reato che, al momento della pronuncia stessa, era stato accertato come tale con relativa condanna penale e il successivo venir meno di questa per effetto dell'abrogazione non può incidere sulla cristallizzazione del giudicato riguardo ai capi civili della sentenza.

La disposizione costituisce, del resto, un principio di carattere generale nel quale deve essere inquadrato il disposto dell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016, nella parte in cui ribadisce il potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza o il decreto di condanna, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato, nella ipotesi in cui il procedimento penale per il reato abrogato dal detto decreto sia stato definito prima della sua entrata in vigore con sentenza di condanna o decreto irrevocabili.

Principio che va a legarsi anche al disposto dell'art. 673 del codice di rito, il quale prevede un identico potere di revoca della sentenza di condanna o del decreto penale, da intendere nei limiti anzidetti, quando il giudice dell'esecuzione sia chiamato a revocare il titolo definitivo di condanna per abrogazione del reato.

12. Il diritto della parte civile già costituita nel processo penale che si conclude con la revoca dei capi della sentenza concernenti i suoi interessi non rimane, peraltro, menomato al punto da dovere – quella – espletare il proprio onere probatorio come se l'istruttoria già compiuta nella sede penale fosse rimasta totalmente azzerata.

12.1. Cospicua e costante è, infatti, la giurisprudenza civile di legittimità che riconosce, in capo al giudice civile, adito per il risarcimento del danno, l'onere del riesame dei fatti emersi nel procedimento penale, pure conclusosi con sentenza assolutoria.

Vale la pena citare, al riguardo, fra le più recenti, Sez. 3 civ., n. 24475 del 18/11/2014, Rv. 633452, secondo cui sebbene la sentenza penale di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale nei confronti di imputato minorenne non abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio, perché esula dalle ipotesi previste negli artt. 651 e 652 cod. proc. pen., tuttavia, nel giudizio civile, ove pure si deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione, il giudice può, nel rispetto del contraddittorio, tener conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale, al fine di ritenere provato il nesso causale fra la condotta del minore e la lesione subita dall'attore.

Si tratta di un orientamento ormai consolidato, tenuto conto dell'omologo contributo proveniente dalle Sezioni Unite civili che, con sentenza n. 1768 del 26/01/2011, Rv. 616366, hanno ammesso il potere del giudice civile, che pure debba interamente rivalutare il fatto in contestazione dopo che su di esso sia stata pronunciata in sede penale di assoluzione con una delle formule indicate dall'art. 652 cod. proc. pen., di tenere conto degli elementi di prova acquisiti in tale sede.

Ma anche da Sez. 3 civ., n. 1665 del 29/01/2016, Rv. 638323, si ricava, più in generale, che il principio di autonomia e separazione dei giudizi penale e civile, operante al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 651, 651-bis e 654 cod. proc. pen., esclude l'obbligo per il giudice civile di esaminare e valutare le prove e le risultanze acquisite nel processo penale, ma non giustifica, da parte di questi, la totale omessa considerazione delle argomentazioni difensive, che si fondino sulle prove assunte nel processo penale o sulla motivazione della sentenza penale attinente alla stessa vicenda oggetto di cognizione nel processo civile, potendo egli procedere (così Sez. L, n. 287 del 12/01/2016, Rv. 638396, che richiama i principi

espressi da Sez. 3 civ., n. 15112 del 17/06/2013, Rv. 626948), al diretto esame del contenuto del materiale probatorio, ovvero ricavando tali elementi e circostanze dalla sentenza o, se necessario, dagli atti del relativo processo.

12.2. A ciò va aggiunto che nella riedizione dell'azione civile nella sede propria, dopo la revoca dei capi concernenti le statuizioni civili conseguenti ad abrogazione, il danneggiato ha titolo di richiedere la liquidazione delle somme già riconosciutegli per le spese legali inerenti la partecipazione vittoriosa al processo penale, corrispondenti ad un diritto maturato in relazione all'attività defensionale concretamente svolta.

13. Viene da ultimo in considerazione, pure se non direttamente inclusa nel quesito sottoposto alle Sezioni Unite, la questione, strettamente legata alla precedente dal punto di vista sistematico, della sorte del ricorso proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso sentenza (non di condanna, ma) di assoluzione da uno dei reati in ordine ai quali, nelle more del giudizio di impugnazione, si è prodotto l'effetto abrogativo.

Ed invero la finalità della suddetta impugnazione, legittimata dall'art. 576 cod. proc. pen. contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio, ad opera della parte civile, appare a prima vista, con riferimento al tema che qui ci occupa, quella di non vedersi opporre, così come previsto dall'art. 652 cod. proc. pen., l'efficacia della sentenza penale di assoluzione, nel giudizio civile o amministrativo di danno, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà di legittima.

Su tale questione si registra invero un contrasto fra l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che sostiene l'inammissibilità per carenza di interesse del suddetto ricorso e l'orientamento che conclude invece nel senso della piena ammissibilità.

In particolare Sez. 2, n. 20206 del 27/04/2016, Were, Rv. 266680 ha sostenuto che è inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso per cassazione proposto dalla parte civile avverso la sentenza di assoluzione dal reato di danneggiamento "semplice", trasformato in illecito civile dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, in quanto nel giudizio penale, l'affermazione della responsabilità dell'imputato, pur se ai soli effetti civili, presuppone che il fatto oggetto del giudizio sia considerato dalla legge come reato.

In senso opposto, Sez. 5, n. 16131 del 24/02/2016, Aureli, Rv. 267001, e n. 35341 del 09/03/2016, Frattina, non mass., hanno ritenuto ammissibile l'impugnazione proposta dalla parte civile, alla luce sia del disposto dell'art. 576 sia della necessità di evitare l'effetto preclusivo dell'art. 652 cod. proc. pen.. Analogamente si era espressa, con riferimento alla questione della ammissibilità della impugnazione della parte civile contro sentenza di assoluzione da reato successivamente abrogato, ma in relazione a vicenda ricadente nella vigenza del precedente codice di rito, Sez. 6, n. 2521 del 21/01/1992, Dalla Bona, Rv. 190006.

Orbene, ritengono le Sezioni Unite che la questione debba essere risolta nel senso della inammissibilità della impugnazione per carenza di interesse.

Appare in primo luogo evidente che i limiti stessi di operatività del giudicato di assoluzione nei giudizi di danno, come delineati dall'art. 652 cod. proc. pen., restringono di molto la portata della questione.

In tutti i casi nei quali la sentenza di assoluzione ha avuto una formula terminativa diversa da quella "perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima", essa non spiegherebbe efficacia vincolante in un successivo giudizio in sede civile (Sez. U civ., n. 1768 del 26/01/2011, Rv. 616366; conforme Sez. 3 civ., n. 22883 del 30/10/2007, Rv. 600388). Analoghe conclusioni valgono nel caso di sentenza di assoluzione comunque non emessa a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato, oppure determinata da insufficienti elementi di prova (Sez. L, n. 3376 del 11/02/2011, Rv. 615991), con la conseguenza che in questi, come nel caso che precede, non potrebbe ravvisarsi, nell'ottica di impedire l'operatività dell'art. 652 cod. proc. pen., l'interesse della parte civile alla relativa impugnazione.

Ma anche con riferimento ai casi di efficacia vincolante, il giudice adito dalla parte civile contro la sentenza di proscioglimento ha, nei limiti del devoluto, i poteri che avrebbe dovuto esercitare il giudice che ha prosciolto; pertanto, può affermare la responsabilità del prosciolto agli effetti civili (come indirettamente conferma il disposto dell'art. 622 cod. proc. pen.) e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale, virtualmente, alla condanna di cui all'art. 538 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 17321 del 26/04/2007, Viviano, Rv. 236599).



In modo finalisticamente simile, seppure con diversità di accenti, la previsione di cui all'art. 576 cod. proc. pen., nell'introdurre una deroga all'art. 538 cod. proc. pen., legittima la parte civile che proponga impugnazione contro la sentenza di proscioglimento, a chiedere al giudice dell'impugnazione, ai fini dell'accoglimento della propria domanda di risarcimento, di affermare, sia pure incidentalmente, la responsabilità penale dell'imputato ai soli effetti civili, statuendo in modo difforme, rispetto al precedente giudizio, sul medesimo fatto oggetto dell'imputazione e sulla sua attribuzione al soggetto prosciolto (Sez. 5, n. 3670 del 27/10/2010, dep. 2011, Pace, Rv. 249698).

Può dunque riconoscersi, sulla stessa linea di Sez. U, n. 25083 del 11/07/2006, Negri, Rv. 233918, che il giudizio richiesto dalla parte civile al giudice penale, nella ipotesi descritta, implichi un percorso di accertamento e valutazione strettamente connesso alla conformazione del reato, nelle more abrogato: accertamento che, perciò, deve ritenersi, non diversamente da quello penale, minato nelle sue fondamenta e impedito dalla espunzione della figura del reato dall'ordinamento penale in virtù del fenomeno abolitivo.

Non riconoscendosi tale potestà accertativa al giudice penale, neppure ai fini civili, e conseguentemente negandosi l'accesso della parte civile nel processo penale a tutela di detti interessi, deve contestualmente escludersi che si perfezioni, nel giudizio instaurato per dare completezza alla verifica delle censure della parte civile, l'accertamento destinato a produrre efficacia di giudicato nel giudizio civile ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen.

La già costituita parte civile potrà, dunque, adire ex novo il giudice nella sede naturale per la tutela degli interessi risarcitori senza incontrare preclusioni.

14. Tutto ciò premesso, i principi sopra illustrati possono essere così riassunti:

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

15. Con riferimento al caso di specie, il ricorso deve trovare soluzione nell'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, di condanna per il reato di danneggiamento non aggravato, perché tale fatto non è più previsto dalla legge come reato, con conseguente revoca anche dei capi della sentenza concernenti gli interessi della parte civile.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato e ne revoca anche i capi che concernono gli interessi civili.

Così deciso il 29 settembre 2016

[*Omissis*]

GIUSEPPE BISCARDI

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

## *Abolitio criminis, giudizi pendenti e sorte delle statuizioni civili*

### *Abolitio criminis, pending proceedings and outcome of civil statements*

L'ultimo intervento di abrogazione/depenalizzazione “sostituisce” la pena, rispettivamente, con la sanzione pecuniaria civile (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7), e con la sanzione amministrativa (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8). Solo in quest'ultimo caso è espressamente previsto che il giudice penale debba decidere sulla domanda di danni pur a fronte dell'assoluzione perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato. Sulla base di considerazioni letterali e sistematiche – condivisibili sebbene integrabili – le Sezioni Unite negano che tale potere-dovere sia esercitabile nei casi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016.

*The last repeal/decriminalization reform replaces punishment with a corresponding pecuniary penalty (legislative decree n. 7 of Jan 15<sup>th</sup>, 2016) or administrative penalty (legislative decree n. 8 of Jan 15<sup>th</sup>, 2016). In the latter case only it is openly said that the criminal judge must decide on the damages petition even though an acquittal decision has taken place based on the decriminalization intervened. The joint sitting of the divisions of the Supreme Court found that such a duty does not apply in cases under the legislative decree n. 7 of Jan 15<sup>th</sup>, 2016, with an approach the author finds reasonable and to be possibly enriched with further reasons.*

#### ABROGAZIONE E DEPENALIZZAZIONE

Prodotti da unica matrice<sup>1</sup>, i dd.lggss. 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8 rispettivamente abrogano fattispecie codicistiche e di legislazione speciale; e depenalizzano reati, trasformandoli in illeciti amministrativi. Si tratta, comunque, di interventi unificabili nel genere dell'*abolitio criminis*. Anche nell'ipotesi espressamente definita abrogativa (d.lgs. n. 7 del 2016), all'eliminazione dell'illiceità penale non segue la totale irrilevanza, per l'ordinamento, delle fattispecie interessate dal provvedimento. Le stesse, infatti, vengono assoggettate ad un'inedita<sup>2</sup> «sanzione pecuniaria civile» (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 7 del 2016), in quanto tale nominalmente distinta<sup>3</sup> da quella amministrativa prevista dal d.lgs. n. 8 del 2016.

D'altro canto, solo in quest'ultimo provvedimento è espressamente disposto<sup>4</sup> che il giudice dell'impugnazione, in caso di decisione in primo grado sulla richiesta di danni, si pronunci sulla domanda extrapenale pur in presenza dell'obbligo di immediata declaratoria di assoluzione perché il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato (art. 129 c.p.p.; art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016). Ci si è riferiti alla decisione *tout court*, anziché alla condanna, in quanto l'art. 9, comma 3, ult. cit. richiama quest'ultima senza specificazioni; al contrario di quanto previsto nell'art. 578 c.p.p.<sup>5</sup>, che come noto menziona in modo espresso la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno. In altri termini: nel caso qui in esame, il giudice dell'impugnazione dovrebbe “trattenere” la causa, pur in presenza di depenalizzazione, anche se all'accertamento in primo grado della responsabilità penale ha fatto seguito il rigetto della pretesa civilistica<sup>6</sup>. Pertanto, il quadro normativo, a seguito dell'entrata in vi-

<sup>1</sup> La legge-delega 28 aprile 2014, n. 67.

<sup>2</sup> E. Andolfatto, *Abolitio criminis e nuovi illeciti puniti con sanzione pecuniaria civile: le Sezioni Unite negano la possibilità per il giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sulle statuizioni civili*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 dicembre 2016.

<sup>3</sup> Non a caso: *infra*.

<sup>4</sup> Nell'art. 9, comma 3, secondo periodo.

<sup>5</sup> *Infra*.

<sup>6</sup> Che beninteso dovrà essere stato impugnato: non ponendosi altrimenti un problema di sorte delle statuizioni civili.

gore del d.lgs. n. 8 del 2016, può essere ricostruito come segue. Se in primo grado vi è stata condanna al risarcimento, nei gradi successivi si decide sul capo civile nei casi<sup>7</sup> di estinzione del reato per prescrizione o amnistia<sup>8</sup> o di depenalizzazione per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 8 del 2016. Se vi è stata condanna con rigetto della domanda civile, il giudice dell'impugnazione dovrebbe decidere su quest'ultima anche se il reato è stato depenalizzato a norma del d.lgs. ult. cit. Tale ricostruzione non sembra creare attrito con l'art. 576 c.p.p.; in tale ultima ipotesi, infatti, la decisione sui danni va presa tanto in caso di condanna, che di proscioglimento<sup>9</sup>. Tuttavia, nel primo caso, in assenza dell'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, a seguito di depenalizzazione il giudice avrebbe dovuto "spogliarsi" della questione<sup>10</sup>.

Sin dall'entrata in vigore dei decreti legislativi in esame, si è verificato un significativo contrasto<sup>11</sup> all'interno della giurisprudenza di legittimità. Un indirizzo<sup>12</sup> ha patrocinato la necessaria estensione dell'illustrato dovere decisorio anche ai casi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016, con argomenti che possono essere sintetizzati come segue.

L'abrogazione e la depenalizzazione in discorso costituiscono un *corpus* concettuale omogeneo. Tale omogeneità non impedisce, anzi impone, l'applicazione del ricordato art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, anche ai casi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016. In ogni caso, attesa la richiamata omogeneità, sarebbe comunque possibile l'interpretazione analogica dell'art. 9 cit. Allo stesso modo dovrebbe concludersi con riferimento all'art. 578 c.p.p.

Inoltre, si rimarca che l'art. 2, comma 2, c.p., nello stabilire che nei casi di *abolitio criminis* cessano l'esecuzione della condanna e gli effetti penali, nulla dispone sugli effetti civili. Ne conseguirebbe l'intangibilità degli stessi e, nell'ipotesi in cui l'abrogazione intervenga a giudizio di impugnazione pendente, l'obbligo di decidere sulla domanda extrapenale, posto che il precetto di cui all'art. 2, comma 2, c.p. trova applicazione anche nei confronti delle pronunce non irrevocabili<sup>13</sup>.

Infine, la soluzione contraria – ossia circoscrivere l'operatività dell'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016 ai casi in quest'ultimo racchiusi – minerebbe i principi costituzionali di eguaglianza e ragionevole durata del processo. In particolare, sotto quest'ultimo profilo il danneggiato sarebbe costretto a ripetere le istanze e le attività istruttorie davanti al giudice extrapenale, atteso il principio di autonomia dei giudizi, derogato solo in ipotesi in questa sede non rilevanti<sup>14</sup>.

## IL DICTUM DELLE SEZIONI UNITE

All'indirizzo sinora illustrato si contrappone altro orientamento<sup>15</sup> – avallato dalla pronuncia<sup>16</sup> intervenuta a dirimere il contrasto – che nega la possibilità, nei casi di abrogazione a norma del d.lgs. n. 7 del 2016, di pronunciarsi sulle statuizioni civili nei giudizi di impugnazione. Gli argomenti che sorreggono tale orientamento – e che a seguire verranno esposti in modo speculare a quelli "antitetici" prima sintetizzati – sembrano condivisibili, sebbene occorran precisazioni ed integrazioni.

Anzitutto, non pare si possa concordare con la valutazione di omogeneità<sup>17</sup> delle discipline recate, rispettivamente, dal d.lgs. n. 7 e dal d.lgs. n. 8 del 2016. Il primo provvede ad abrogare reati in cui il be-

<sup>7</sup> Oltre beninteso quello canonico di condanna penale.

<sup>8</sup> Art. 578 c.p.p.

<sup>9</sup> Art. 576, comma 1, c.p.p.

<sup>10</sup> Nessun dubbio che debba farlo in caso di proscioglimento, nel quale anzi l'impugnazione va dichiarata inammissibile per carenza (sopravvenuta) di interesse: Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, in *questa Rivista*, *supra*.

<sup>11</sup> Per i cui profili essenziali si veda l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite emessa dalla sez. II, 15 giugno 2016, n. 26092, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 luglio 2016.

<sup>12</sup> Capeggiato, per ampiezza e completezza di argomentazioni, da Cass., sez. V, 3 marzo 2016, n. 25062, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>13</sup> Cass., sez. V, 3 marzo 2016, n. 25062, cit.

<sup>14</sup> Artt. 651, 651-bis, 652 c.p.p.

<sup>15</sup> Per il quale si vedano le approfondite considerazioni di Cass., sez. V, 19 febbraio 2016, n. 15634, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>17</sup> Come visto formulata dalla giurisprudenza poi smentita da Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit., al fine di sostenere l'applicabilità diretta, o quantomeno analogica, dell'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, alle ipotesi di abrogazione di cui al d.lgs. n. 7 del 2016.

ne tutelato ha connotazioni eminentemente privatistiche; tanto è vero che si tratta di fattispecie perseguibili a querela<sup>18</sup>. Il secondo depenalizza condotte la cui “criminalizzazione” era volta a presidiare interessi pubblicistici<sup>19</sup>. In conseguenza di tale divaricazione, il d.lgs. n. 7 del 2016 “accompagna” l’abrogazione con la contestuale previsione di un’innovativa<sup>20</sup> sanzione pecuniaria civile; il d.lgs. n. 8 del 2016 punisce le condotte depenalizzate con la sanzione amministrativa. Solo in quest’ultimo caso, con coerenza<sup>21</sup>, si impone la trasmissione degli atti all’autorità amministrativa (art. 9, commi 1, 2 e 3, primo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016). Nulla in tal senso è rinvenibile nel d.lgs. n. 7 del 2016: presupponendosi quindi che il prosieguo in sede extrapenale sia rimesso alla volontà, ed all’iniziativa, dell’interessato (*id est* danneggiato, mediante atto di riassunzione).

L’argomento che fa leva sulla diversità dei beni oggetto di tutela, al fine di negare l’asserita omogeneità dei decreti legislativi in esame, appare convincente; ma non del tutto. Se è ipotizzabile la differente sorte – in punto di trasferimento ad altra sede delle vicende processuali oggetto di abrogazione o depenalizzazione – delle fattispecie previste nei decreti legislativi<sup>22</sup>, d’altro canto sembra opportuno un approfondimento, seppur minimo, delle caratteristiche della sanzione pecuniaria civile di cui al d.lgs. n. 7 del 2016. Non pare facilmente contestabile che quest’ultima, pur essendo sul piano applicativo subordinata alla pronuncia positiva sul danno<sup>23</sup>, presenti connotati afflittivi che la avvicinano, sebbene *lato sensu*, alle sanzioni penali (ed *in parte qua* amministrative). È irrogabile solo per fatti dolosi (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 7 del 2016); la sua misura è determinabile solo all’interno di limiti edittali (art. 4, commi 1 e 4, d.lgs. ult. cit.) che all’evidenza prescindono dal *quantum* di danno arrecato; sono previsti recidiva – *rectius* reiterazione – e concorso nella commissione del fatto (artt. 6 e 7 d.lgs. ult. cit.); i criteri di determinazione della misura (art. 5 d.lgs. ult. cit.) non paiono proprio dissimili da quelli dettati nell’art. 133 c.p. e nell’art. 10 l. 24 novembre 1981, n. 689<sup>24</sup>. Ancora, la sanzione pecuniaria civile è irrogabile solo se, in sostanza, possa dimostrarsi quantomeno la conoscenza legale dell’addebito da parte dell’eventuale destinatario, posto che la condanna è preclusa qualora l’atto introduttivo del giudizio sia stato notificato a persona di residenza, dimora o domicilio sconosciuti<sup>25</sup>, a meno che tale persona «*si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo*» (art. 8, comma 3, d.lgs. ult. cit.). Si tratta di modalità che, sebbene con i dovuti adattamenti, riecheggiano la “necessaria conoscenza” postulata<sup>26</sup> con riferimento al processo penale. In ultimo – ma non per ultimo, anzi – va osservato che l’art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016, nel prescrivere il cumulo necessario tra giudizio sul danno e giudizio sulla sanzione, sembra autorizzare un’applicazione *ex officio* di quest’ultima<sup>27</sup>.

Insomma: la cosiddetta “continuità normativa”, affermata in riferimento alla trasformazione dell’illecito penale in amministrativo a norma del d.lgs. n. 8 del 2016<sup>28</sup>, non pare possa essere negata in modo radicale con riguardo alla sanzione pecuniaria civile; tanto è vero che anche di quest’ultima, come della sanzione amministrativa di cui al d.lgs. n. 8 del 2016<sup>29</sup>, è prevista l’applicazione retroattiva (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 7 del 2016). Se così fosse, al netto della questione concernente la diretta applicabilità dell’art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016 alle ipotesi disciplinate dal d.lgs. n. 7 del 2016<sup>30</sup>, potrebbe in effetti porsi un problema di trattamento diseguale di situazioni identiche<sup>31</sup>.

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>19</sup> Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>20</sup> *Supra*.

<sup>21</sup> Posta la rilevanza pubblicistica appena ricordata.

<sup>22</sup> Si veda tuttavia *infra*.

<sup>23</sup> Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016: *infra*.

<sup>24</sup> Sebbene siano presenti profili «*compensativi*» (Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.) sicuramente estranei all’ambito penalistico. Ci si riferisce all’«*arricchimento del soggetto responsabile*» ed alle «*condizioni economiche dell’agente*» (art. 5, lett. c) e f), d.lgs. n. 7 del 2016).

<sup>25</sup> Art. 143 c.p.c.

<sup>26</sup> Sebbene non sempre in modo felice: cfr. art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.

<sup>27</sup> Questo almeno sembra desumersi dal testo della disposizione in rilievo, secondo cui, come noto, «*Il giudice decide sull’applicazione della sanzione...al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento...*».

<sup>28</sup> Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>29</sup> Art. 8, comma 1.

<sup>30</sup> *Infra*.

<sup>31</sup> Con conseguente lesione del principio costituzionale di eguaglianza, *supra*.

## IMPOSSIBILITÀ DI UN'INTERPRETAZIONE ANALOGICA

Sembra inoltre da escludersi, come invece ritenuto dalla giurisprudenza “censurata” dalle Sezioni Unite, che l'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, così come l'art. 578 c.p.p.<sup>32</sup>, possano essere oggetto di applicazione per analogia. Come visto, *in subiecta materia* la regola è che una pronuncia sui danni sia possibile solo se è stata pronunciata condanna<sup>33</sup>; ogni deroga soggiace all'obbligo di interpretazione restrittiva (art. 14 prel.). Pertanto, non sarà possibile patrocinare l'applicazione analogica, nei casi disciplinati dal d.lgs. n. 7 del 2016, tanto dell'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, che dell'art. 578 c.p.p.<sup>34</sup>.

## IUS SUPERVENIENS E GIUDIZI PENDENTI

Neppure pare utile allo scopo l'art. 2, comma 2, c.p., come visto<sup>35</sup> pure richiamato “a sostegno” dalle pronunce che affermano l'applicabilità dell'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, alle ipotesi previste dal d.lgs. n. 7 del 2016. L'impossibilità di applicazione deriva dalla lettera, inequivoca: «...se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali». Vero che gli effetti civili restano intangibili<sup>36</sup>; ma è altrettanto vero che il sistema vieta l'esecuzione penale prima del giudicato, in doverosa aderenza al principio di cui all'art. 27, comma 2, Cost. La fine anticipata dell'esecuzione della condanna come effetto dell'*abolitio criminis*, quindi, postula l'irrevocabilità della pronuncia. D'altra parte, a fronte di abrogazione per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 7 del 2016, il giudice provvede a norma dell'art. 129 c.p.p.; e quando ciò accade, non vi è spazio per un prosieguo “civilistico” in sede processuale penale, posta la ricordata impossibilità di applicazione analogica di eventuali deroghe alla regola per cui la pronuncia sui danni è possibile solo se vi è affermazione di responsabilità penale (art. 538 c.p.p.). Nemmeno per tal via è quindi possibile “recuperare” l'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016; nel senso di consentirne l'applicabilità anche per le ipotesi previste nel d.lgs. n. 7 del 2016.

## NECESSARIO TRASFERIMENTO DELL'AZIONE NELLA SEDE EXTRAPENALE

Sono altri tuttavia, ad avviso di chi scrive, gli indici testuali decisivi al fine di escludere che, nei casi di abrogazione a norma del d.lgs. n. 7 del 2016, il giudice dell'impugnazione possa pronunciarsi sul capo civile. Si è già visto che vi è cumulo necessario tra decisione sul danno e decisione sulla sanzione pecuniaria<sup>37</sup>; e che l'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 7 del 2016 prevede la non irrogabilità di quest'ultima se l'atto introduttivo è notificato nei modi di cui all'art. 143 c.p.c. Il richiamo a tale ultima disposizione<sup>38</sup> fa desumere che il legislatore abbia destinato alla sede extrapenale il giudizio sul danno e sulla sanzione. Il rilievo tuttavia potrebbe non essere esaustivo, potendosi obiettare che la fattispecie ha riguardo ai soli

<sup>32</sup>Supra.

<sup>33</sup>Da intendersi *stricto sensu* come irrogazione di pena: C. cost., sent. 12 gennaio 2016, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it*. Per inciso, ciò non esclude che la questione sul danno da reato sia ascrivibile a pieno titolo tra quelle pregiudiziali. L'accertamento dell'illecito penale, comprensivo di tutti gli elementi incluso quello soggettivo, è fattispecie indefettibile (*minor*) rispetto alla pronuncia sulla domanda civile (cfr. A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 203 ss.). Tuttavia, sembrerebbe rilevare un *quid pluris*: appunto la condanna, che fungerebbe da “condizione obiettiva di risarcibilità”. Anche se non può del tutto escludersi che l'accertamento del reato, sebbene in via incidentale (Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.) possa prescindere dal provvedimento di irrogazione della sanzione penale: così è a dirsi, oltre che per i più volte ricordati artt. 578 c.p.p. e 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, per l'art. 576 c.p.p. (Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.).

<sup>34</sup>Quanto a quest'ultimo l'orientamento giurisprudenziale, che ne esclude l'applicazione per analogia, è conforme e radicato. Cfr. tra le altre, Cass., sez. IV, 23 giugno 2005, n. 31314, in *www.iusexplorer.it*, circa l'inapplicabilità ai casi di estinzione del reato per morte dell'imputato; Cass., sez. II, 8 luglio 2014, n. 37688, in *www.iusexplorer.it*, in ordine alla remissione di querela; Cass., sez. III, 25 novembre 2008, n. 3593, in *www.iusexplorer.it*, con riferimento ad ipotesi di sanatoria edilizia.

<sup>35</sup>Supra.

<sup>36</sup>Ed infatti Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit., correttamente, sebbene in modo inevitabile, afferma che l'*abolitio criminis* intervenuta dopo una sentenza irrevocabile di condanna impone la revoca di quest'ultima a norma dell'art. 673 c.p.p., senza che tra i provvedimenti che conseguono alla revoca (art. 673, comma 1, c.p.p.) possa rientrare la rimozione delle statuizioni civili.

<sup>37</sup>Cfr. il già ricordato art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016.

<sup>38</sup>Nonché all'«atto introduttivo del giudizio», da essa esplicitamente menzionato.

casi in cui il giudizio civile<sup>39</sup> si celebri nella sede “propria”; ossia laddove l’*abolitio criminis* intervenga durante il giudizio penale di primo grado, ipotesi in cui non è possibile provvedere sulla domanda risarcitoria, ostandovi la previsione di cui al già ricordato art. 538 c.p.p.<sup>40</sup>.

Appare invece decisiva la lettera dell’art. 8, comma 4, d.lgs. n. 7 del 2016, secondo cui come noto nel giudizio su danno e sanzione si applicano le disposizioni del codice di procedura civile. È impensabile che tale prescrizione valga per il giudice penale; né può soccorrere la clausola di compatibilità pure racchiusa nell’art. 8, comma 4, cit. Infatti, quest’ultima opera con esclusivo riferimento alle disposizioni di cui al capo II del d.lgs. n. 7 del 2016<sup>41</sup>. Nelle quali, come visto, non è prescritto – al contrario di quanto accade nel d.lgs. n. 8 del 2016 – che il giudice dell’impugnazione penale debba “trattenere” ai fini civili la regiudicanda, pur a seguito di *abolitio criminis*<sup>42</sup>. Pertanto, l’art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, non è applicabile alle fattispecie di cui al d.lgs. n. 7 del 2016, posto che, come appena chiarito, la clausola di compatibilità non ha alcuna incidenza nei riguardi di tale disposizione.

Viceversa, non sembra che giochi un ruolo decisivo l’art. 8, comma 1, d.lgs. n. 7 del 2016. Per la verità, è ragionevole supporre che, quando la norma attribuisce il potere di irrogare la sanzione civile al giudice «*competente a conoscere dell’azione di risarcimento del danno*», la stessa abbia voluto riferirsi al riparto di attribuzioni giurisdizionale<sup>43</sup>; il che equivale ad escludere *tout court* il giudice penale dall’ambito cognitivo dei giudizi risarcitori<sup>44</sup>. Inoltre, è noto – ed è stato più volte ricordato – che tale giudice può decidere agli effetti civili, in assenza di condanna, solo previo accertamento dell’intervenuta prescrizione o a seguito di amnistia<sup>45</sup>; il che *a fortiori* esclude tale possibilità in caso di abrogazione. Tuttavia, residuerebbe spazio per affermare il potere in esame anche in quest’ultima ipotesi, se fosse sostenibile la tesi dell’applicabilità diretta<sup>46</sup> dell’art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, ai casi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016<sup>47</sup>. Soluzione che però, come appena visto, è inibita dall’art. 8, comma 4, d.lgs. n. 7 del 2016.

Resta un ultimo quesito. Da quanto osservato in precedenza circa la possibile natura afflittiva della sanzione pecuniaria civile – ed in particolare in ordine alla ventilata applicabilità d’ufficio a norma dell’art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016 – potrebbe concludersi nel senso che anche nei casi previsti da quest’ultimo provvedimento la trasmissione degli atti alla sede extrapenale costituisca un obbligo<sup>48</sup>: in altri termini, il danneggiato non avrebbe l’onere di riassumere la causa nella sede propria. Si tratta di ipotesi non insormontabile, considerato che in presenza di interventi normativi distinti, ma unificati quanto alla matrice<sup>49</sup> e contestuali<sup>50</sup>, in un caso il legislatore tace, a differenza che nell’altro; dal che consegue un’inevitabile valorizzazione del brocardo *ubi lex noluit tacuit*<sup>51</sup>. Tuttavia, un’applicazione analogica dell’art. 9 d.lgs. n. 8 del 2016, nella parte in cui impone la trasmissione degli atti ad altra sede nemmeno apparirebbe proprio infondata, posto che l’estensione dell’obbligo, contemplato per fattispecie consimili, non avrebbe

<sup>39</sup> Ovvero la sua prosecuzione.

<sup>40</sup> *Supra*. Ineccepibili, quanto obbligate, le considerazioni sul punto di Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit. Conforta in proposito l’altrettanto inequivoca previsione di cui all’art. 75, comma 3, c.p.p.

<sup>41</sup> Si veda ancora il testo dell’art. 8, comma 4, cit.

<sup>42</sup> In sostanza, nella fattispecie si assiste ad una “consumazione” del potere decisorio: Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>43</sup> A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 21.

<sup>44</sup> All’interno dell’art. 8, comma 1, d.lgs. n. 7 del 2016, la mancanza di riferimento espresso al giudice civile sembrerebbe servire solo ad includere i casi in cui l’azione di danni venga incardinata presso altro giudice, ad esempio contabile o amministrativo. Per un esplicito richiamo alla pretesa avanzata presso quest’ultimo, cfr. Cass., sez. V, 20 dicembre 2005, n. 4266, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>45</sup> Art. 578 c.p.p. Ovvero quando la sentenza di proscioglimento è impugnata dalla parte civile (art. 576 c.p.p.) e nel caso di cui all’art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016 (*supra*).

<sup>46</sup> E non per analogia, nel qual caso la conclusione sarebbe impedita dal carattere eccezionale della disposizione in rilievo (*supra*).

<sup>47</sup> *Supra*.

<sup>48</sup> Si è visto che ciò è espressamente stabilito con riferimento alla depenalizzazione: art. 9 d.lgs. n. 8 del 2016.

<sup>49</sup> *Supra*.

<sup>50</sup> Suggestiva in proposito la definizione di «*gemelli diversi*» offerta da Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>51</sup> Evocato pure da Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit., sebbene al fine di negare l’estensione della portata applicativa dell’art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, ai casi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016.

carattere eccezionale, e sfuggirebbe quindi al divieto di cui all'art. 14 prel. Sembra però preferirsi una soluzione negativa. Nei casi di cui al d.lgs. n. 8 del 2016, il giudice penale non trasmette al suo omologo extrapenale, ma all'autorità amministrativa incaricata di contestare l'illecito depenalizzato<sup>52</sup>; cosicché, stante la specificità della disposizione, è difficilmente ipotizzabile il trasferimento alle ipotesi di cui al d.lgs. n. 7 del 2016, nelle quali, al contrario, si assiste(rebbe) ad una devoluzione ad altra sede giurisdizionale. Tale obiezione spinge ad esporre ulteriore argomento in grado di rafforzare la conclusione qui adottata. Se l'*ordo procedendi* conduce all'approdo presso il titolare della pretesa<sup>53</sup>, qualora quest'ultima consista nella richiesta risarcitoria il titolare non può che essere il danneggiato; il quale potrebbe, per ragioni varie<sup>54</sup>, decidere di non esercitare l'opzione di trasferimento nella sede civile<sup>55</sup>. Né la trasmissione *ope iudicis* potrebbe avere ad oggetto il solo giudizio sulla sanzione pecuniaria civile, atteso, come più volte ricordato, quest'ultimo è inscindibile<sup>56</sup> dal giudizio sul danno. Certo, da quanto sinora esposto emerge un quadro non proprio lineare: l'applicazione, anche *ex officio*<sup>57</sup>, di una misura afflittiva<sup>58</sup> sarebbe subordinata all'esercizio di un diritto privato potestativo. D'altro canto, i due profili all'apparenza stridenti – trasferimento dell'azione solo a seguito di riassunzione volontaria, ed irrogazione *motu proprio* della sanzione – sembrano poter coesistere. Una cosa è autorizzare eventuali eccezioni al principio della domanda; altro è ritenere che ciò implichi l'obbligatoria devoluzione del giudizio in cui tale eccezione potrebbe trovare ingresso. Del resto, la criticità del quadro normativo sembra frutto del mancato approfondimento sull'opportunità di introdurre un *novum* nell'ordinamento<sup>59</sup>, più che di lacune dell'interprete.

#### RAGIONEVOLEZZA DI UNA DISCIPLINA DIFFERENZIATA

Rimane da chiedersi se è logico stabilire il mantenimento del potere di decidere su questioni risarcitorie in caso di trasformazione del reato in illecito amministrativo, da un lato, e disporre in senso opposto laddove all'abrogazione si "accompagni" la comminatoria di una sanzione civile<sup>60</sup>. In tale prospettiva, può dirsi che forse l'"errore"<sup>61</sup> sta nell'aver stabilito che, in caso di depenalizzazione, il giudice penale possa continuare ad occuparsi della pretesa civilistica<sup>62</sup>. Il che, pur adeguato alla tutela della "vittima"<sup>63</sup> e non eccentrico – in quanto il legislatore ordinario può prevedere ipotesi ampliative del diritto al giudizio risarcitorio in sede penale pur in assenza di condanna<sup>64</sup> – potrà condurre in futuro ad ulteriori interventi nella stessa direzione. Evenienza che non collima con l'altro obiettivo volto a disincentivare, o quantomeno a non incoraggiare<sup>65</sup>, le ipotesi di esercizio dell'azione civile nel processo penale.

In ogni modo, al quesito se la diversificazione di disciplina processuale, nei casi in esame, possa avere logico fondamento, può darsi risposta positiva. Nell'ipotesi di cui all'art. 9, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 8 del 2016, il giudice penale decide (solo) sull'azione risarcitoria. Nelle fattispecie di cui al d.lgs. n. 7 del 2016, il giudice civile decide su quest'ultima e sulla sanzione<sup>66</sup>, previa istruzione – va da

<sup>52</sup> Art. 9 d.lgs. n. 8 del 2016.

<sup>53</sup> Che nei casi di cui al d.lgs. n. 8 del 2016 si è visto identificarsi con l'autorità amministrativa (*supra*).

<sup>54</sup> E qui non meritevoli di esame, in quanto non rilevanti sul piano scientifico.

<sup>55</sup> Art. 75, commi 2 e 3, c.p.p.

<sup>56</sup> *Rectius*, ancillare: art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016.

<sup>57</sup> *Supra*.

<sup>58</sup> *Supra*.

<sup>59</sup> Appunto la sanzione pecuniaria civile.

<sup>60</sup> *Ad abundantiam*, si osserva che viene negata recisamente la possibilità che il giudice penale possa occuparsi dell'illecito amministrativo: art. 9 d.lgs. n. 8 del 2016 (*supra*).

<sup>61</sup> Nel senso dell'introduzione di una fattispecie generatrice di perplessità.

<sup>62</sup> Può essere almeno in parte utile ricordare che in proposito nulla era previsto nel precedente intervento di depenalizzazione (d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507).

<sup>63</sup> V. però *infra*.

<sup>64</sup> In termini C. cost., sent. 12 gennaio 2016, n. 12, cit.

<sup>65</sup> C. cost., sent. 12 gennaio 2016, n. 12, cit.; Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>66</sup> Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016 (*supra*).

sé in contraddittorio – sugli elementi fattuali che ne legittimano l'irrogazione<sup>67</sup>; elementi che non coincidono – almeno non del tutto – con quelli che fondano il diritto al risarcimento<sup>68</sup>.

### PROFILI DI COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE E POTENZIALI ATTRITI CON LE REGOLE SOVRANAZIONALI

Brevi cenni vanno dedicati agli argomenti che ipotizzano, *in subiecta materia*, possibili violazioni del principio di eguaglianza. Per ciò che concerne la differente disciplina tra i casi di abrogazione e depenalizzazione, non può che rimandarsi a quanto osservato in precedenza<sup>69</sup>: si tratta, in sostanza, di situazioni diseguali che eliminano alla radice la possibilità di lamentare la lesione dell'art. 3 Cost. Per quanto riguarda, invece, l'asserita disparità tra sorte delle statuizioni civili in caso di abrogazione e sorte delle stesse nel caso comune di condanna<sup>70</sup>, dovrà ugualmente concludersi in senso negativo. Da tempo si è precisato<sup>71</sup> che l'esercizio dell'azione civile in sede "aliena" comporta la prefigurazione e l'accettazione di epiloghi in grado di impedire, in tale sede, una risposta definitiva alla domanda<sup>72</sup>; né il sistema pare affetto da irrazionalità – anzi – nel momento in cui impone che l'esame e l'eventuale accoglimento della richiesta di danni siano subordinati alla condanna<sup>73</sup>. A ben vedere, il *deficit* di ragionevolezza ed eguaglianza non pare riscontrabile nemmeno se il parametro di raffronto viene individuato nell'art. 578 c.p.p. In quest'ultima ipotesi, il giudice decide sul capo civile avendo accertato la prescrizione o l'applicabilità dell'amnistia<sup>74</sup>. Se il legislatore ritiene che il decorso del tempo<sup>75</sup> o un atto di clemenza non siano fattori in grado di pregiudicare le aspettative<sup>76</sup> della parte civile, detta opzione non è extravagante, e non è equiparabile alla situazione simmetrica dell'*abolitio criminis*; la quale, viceversa, elimina<sup>77</sup> il disvalore sociale del fatto. Semmai, in tale ottica l'aporia consiste, come già osservato, nell'aver consentito l'estensione del meccanismo di cui all'art. 578 c.p.p. anche alle ipotesi di depenalizzazione.

Sotto un distinto profilo, il trasferimento dell'azione risarcitoria in sede civile, nel caso qui in rilievo, allunga i tempi del giudizio<sup>78</sup>. Ma ciò non sembra profilare una violazione dell'art. 111, comma 2, secondo periodo, Cost. Da tempo, ed anche molto di recente<sup>79</sup>, si è chiarito che nessuna lesione in proposito è ipotizzabile qualora la dilatazione dei tempi sia giustificata da apprezzabili esigenze di funzionalità<sup>80</sup>, delle quali si è dato conto in precedenza. Del resto, il criterio della ragionevole durata va adottato con ponderazione, come si ricava proprio dall'aggettivo adoperato dal legislatore costituzionale. In tale

<sup>67</sup> Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit., che correttamente sottolinea l'impraticabilità di un'istruttoria nel giudizio di cassazione.

<sup>68</sup> Si pensi ad esempio, all'arricchimento indotto dall'illecito civile, ed alle condizioni economiche dell'autore del fatto (art. 5, lett. c) e f), d.lgs. n. 7 del 2016, *supra*).

<sup>69</sup> In particolare circa la necessità di un'autonoma istruttoria nel giudizio sulla sanzione pecuniaria civile (*supra*).

<sup>70</sup> Fa riferimento alla questione, sebbene allo scopo di confutarla, Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>71</sup> In ultimo C. cost., sent. 11 maggio 1994, n. 353, in *www.cortecostituzionale.it*; C. cost., sent. 5 marzo 1996, n. 94, *ivi*; Cass., sez. un., 18 luglio 2013, n. 40109, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>72</sup> Tanto più che la pendenza del processo penale non ha più l'effetto di paralizzare *sine die* l'esercizio dell'azione civile nella sede propria (cfr. art. 75, commi 2 e 3, c.p.p.). In proposito, v. C. cost., sent. 12 gennaio 2016, n. 12, cit.

<sup>73</sup> Art. 538 c.p.p., *supra*. Come noto, l'art. 510 del progetto preliminare del 1978, frutto della legge-delega 3 aprile 1974, n. 108, disponeva diversamente, prevedendo il potere-dovere di decidere sulla richiesta risarcitoria anche «*in caso di estinzione del reato quando risulti già provata l'esistenza del fatto e la sua attribuzione all'imputato*».

<sup>74</sup> Nel senso, ineccepibile, che a tal fine debba essere accertata la responsabilità penale, pur in presenza di cause estintive del reato, non essendo sufficiente la «*non evidente estraneità*» al fatto, Cass., sez. un., 28 maggio 2009, n. 35490, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4091.

<sup>75</sup> Che mina l'efficacia deterrente della sanzione penale e soppesce l'allarme sociale.

<sup>76</sup> *Sub specie* di rapidità della decisione richiesta (*infra*).

<sup>77</sup> O quantomeno mitiga, come nei casi in esame, circoscrivendo la rilevanza delle fattispecie all'ambito extrapenale.

<sup>78</sup> Anche se non può negarsi che nella prassi la pronuncia del giudice penale sui danni si caratterizza sempre quale condanna generica, demandandosi alla sede propria ogni questione sul *quantum*. Il che non sempre garantisce tempi rapidi di decisione.

<sup>79</sup> Cfr. C. cost., sent. 28 gennaio 2015, n. 23, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>80</sup> Individuate, nella fattispecie, nella regola per cui la pronuncia sui danni è inibita dall'assenza di affermazione di responsabilità penale, tranne eccezioni esplicite e tassative (art. 538 c.p.p. *supra*); e nella necessità di un'istruttoria *ad hoc* per decidere sulla sanzione pecuniaria civile (*supra*).



ottica, può dirsi che dura in modo irragionevole tanto un processo troppo lungo, quanto un processo troppo breve, se tale brevità può compromettere «*logiche esigenze*»<sup>81</sup>.

A quanto da ultimo osservato va aggiunto che neppure si intravede violazione di normativa convenzionale<sup>82</sup>. Vero che la Direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, all'art. 16, par. 1, garantisce il «*diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento...nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo*». Dal tenore letterale è possibile sostenere che il diritto al risarcimento in sede penale va negato solo quando è consentito esercitarlo altrove in tempi ragionevoli; il che nella fattispecie potrebbe non avvenire<sup>83</sup>. È altrettanto vero, tuttavia, che la Corte e.d.u.<sup>84</sup> non ha ravvisato violazione dell'art. 6 Cedu se il mancato esame in sede penale delle doglianze civilistiche è dovuto ad un epilogo processuale diverso dalla condanna, con ogni evidente implicazione alle ipotesi qui esaminate.

#### MIGRAZIONE NELLA SEDE PROPRIA E PROVA DELL'ILLECITO CIVILE

Le affermazioni delle Sezioni Unite non paiono del tutto convincenti, invece, quando affrontano il tema del rischio che spogliare il giudice penale del potere di decidere sul capo civile possa imporre la ripetizione di un'istruttoria per molti versi già espletata. I giudici di legittimità minimizzano, o comunque mitigano, la portata del rilievo<sup>85</sup> affermando, sulla scorta di orientamento radicato e di recente ribadito<sup>86</sup>, che l'ostacolo si supera acquisendo le risultanze istruttorie del processo penale; in altri termini, facendo ricorso alla cosiddetta "circolazione" di prove e sentenze. La circostanza che tale impostazione sia ormai da ritenersi inglobata nel cosiddetto "diritto vivente" non impedisce di osservare che l'impiego *extra moenia* di prove<sup>87</sup> (sebbene non vincolanti<sup>88</sup>) si traduce in deroga perlomeno al principio di immediatezza<sup>89</sup>. Si incentiva quindi un deprecabile appiattimento su prove e valutazioni acquisite ed espresse "altrove", con grave pregiudizio dell'affermata<sup>90</sup> autonomia dei giudici.

<sup>81</sup> C. cost., sent. 28 gennaio 2015, n. 23, cit.

<sup>82</sup> In termini Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688, cit.

<sup>83</sup> Si veda tuttavia quanto osservato *supra*.

<sup>84</sup> Corte e.d.u., sez. III, 25 giugno 2013, Associazione delle persone vittime del sistema s.c. Rompetrol s.a. e s.c. Geomin s.a. e altri c. Romania, in *www.echr.coe.int*.

<sup>85</sup> Che ha, beninteso, una valenza oggettiva e non discutibile, a prescindere dalle soluzioni percorribili (*infra*).

<sup>86</sup> Da Cass. civ., sez. III., 29 gennaio 2016, n. 1665, in *www.cortedicassazione.it*. Si veda inoltre Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>87</sup> E addirittura di sentenze: Cass. civ., sez. III., 29 gennaio 2016, n. 1665, cit. Si giunge per tal via all'uso probatorio di valutazioni (*sic*).

<sup>88</sup> Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, cit.

<sup>89</sup> Immanente nel sistema, sebbene non provvisto di "copertura" costituzionale (C. cost., ord. 21 dicembre 2001, n. 431, in *www.cortecostituzionale.it*); e quindi non estraneo ai processi extrapenali.

<sup>90</sup> C. cost., sent. 12 gennaio 2016, n. 12, cit.

## Messa alla prova: dal computo della pena massima vanno escluse le circostanze

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 1° SETTEMBRE 2016, N. 36272 – PRES. CANZIO; REL. FIDELBO

Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile l'istituto della sospensione con messa in prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato

[*Omissis*]

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con l'ordinanza in epigrafe indicata il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Ancona ha rigettato la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata nell'interesse di S.B., imputata di truffa aggravata (art. 640 c.p., comma 2, n. 1), sostenendo che la fattispecie in contestazione non è ricompresa tra i reati ammessi al rito speciale, dal momento che l'art. 168 bis c.p., nel selezionare le fattispecie attraverso il criterio di quantificazione della pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, impone di considerare anche le circostanze aggravanti ad effetto speciale.

2. Contro questo provvedimento l'imputata ha proposto ricorso per cassazione, sul presupposto dell'immediata e autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova.

Con il primo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 464 quater c.p.p., rilevando un vizio nella procedura per avere il giudice acquisito il parere motivato del pubblico ministero, anziché limitarsi a "sentirlo", così come previsto dall'art. 464 quater, comma 1.

Con il secondo motivo ha denunciato l'erronea applicazione dell'art. 168 bis c.p., e il vizio di motivazione, sostenendo che, ai fini della valutazione sull'ammissibilità della richiesta di messa alla prova, il giudice deve tenere conto della sola pena edittale prevista per il reato-base, senza prendere in considerazione le circostanze aggravanti del reato.

3. La Seconda Sezione penale, a cui il ricorso è stato assegnato, ha rilevato l'esistenza di un duplice contrasto giurisprudenziale: il primo, riguardante il profilo della autonoma impugnabilità per cassazione dell'ordinanza reiettiva della richiesta di messa alla prova; il secondo, relativo alla rilevanza delle circostanze aggravanti, previste dall'art. 63 c.p., comma 3, nella determinazione dei limiti edittali di applicabilità dell'istituto introdotto con la L. 28 aprile 2014, n. 67, art. 3. Pertanto, preso atto che sul primo contrasto le Sezioni Unite erano già state investite da altra ordinanza, ha rimesso ai sensi dell'art. 618 c.p.p., la questione sul computo delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione dei reati per i quali l'imputato può presentare richiesta di messa alla prova.

4. Con decreto del 29 febbraio 2016 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerata.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La questione, avente ad oggetto il rilievo delle circostanze aggravanti nei criteri di determinazione della pena, è condizionata dalla decisione dell'altra questione, pure oggetto di contrasto, di carattere

preliminare, relativa all'immediata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di rigetto della richiesta di messa alla prova.

Nella odierna udienza, ma in un diverso procedimento, questo Collegio ha stabilito che le ordinanze di rigetto della richiesta di messa alla prova, comprese quelle emesse dal giudice dell'udienza preliminare, non sono autonomamente impugnabili per cassazione, ma solo appellabili unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p. (Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci). Nella specie, l'imputata ha proposto ricorso contro l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare ha rigettato la richiesta di messa alla prova, sicché il ricorso, in base al principio affermato, deve essere dichiarato inammissibile.

Tuttavia, la rilevanza del problema interpretativo sottoposto alle Sezioni Unite, caratterizzato da persistenti contrasti giurisprudenziali e da conseguenti ricadute di carattere pratico, giustifica la sua trattazione, pure in presenza di un ricorso da dichiarare inammissibile, in forza però di un principio di diritto enunciato nella medesima udienza e in un diverso procedimento.

Prevale, in tal caso, l'esigenza di assicurare comunque l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, peraltro nell'applicazione di un nuovo istituto che segna un'importante inversione di tendenza nel sistema penale.

2. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite può essere riassunta nei termini che seguono: "Se, nella determinazione del limite edittale fissato dall'art. 168 bis c.p., comma 1, ai fini dell'applicabilità della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, debba tenersi conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale".

3. L'art. 168 bis c.p., delimita l'ambito operativo dell'istituto della messa alla prova individuando un duplice criterio, nominativo e quantitativo, che comprende, da un lato, le figure delittuose indicate dall'art. 550 c.p.p., comma 2, e, dall'altro, i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva, sia essa sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria, non superiore nel massimo a quattro anni, senza puntualizzare, però, in questo caso, se nella determinazione del limite edittale debbano essere considerati gli eventuali fattori circostanziali aggravatori.

Da qui la questione che ha dato luogo a soluzioni contrastanti in giurisprudenza, con prospettive differenti in grado di incidere sull'ambito applicativo e sulla stessa natura e finalità del nuovo istituto.

4. Un primo indirizzo ritiene che quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del richiamo all'art. 550 c.p.p., comma 2, il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale (Sez. 6, n. 36687 del 30/06/2015, Fagrouch, Rv. 264045; Sez. 6, n. 46795 del 06/10/2015, Crocitti, Rv. 265484).

L'assunto muove dalla constatazione che il legislatore, quando ha inteso delimitare lo spazio applicativo di istituti, processuali o sostanziali, attraverso il criterio quantitativo "edittale", lo ha sempre fatto prendendo in considerazione le circostanze di cui all'art. 63 c.p., comma 3, ai fini della determinazione della pena. Il riferimento è, ad esempio: nel codice di rito, alle disposizioni sulla competenza (art. 4), sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari (art. 278) e dell'arresto in flagranza (art. 379), sulla individuazione dei casi di citazione diretta a giudizio (art. 550, comma 1); nel codice penale, alle norme in materia di prescrizione (art. 157, comma 2) e, da ultimo, a quelle sull'applicazione della causa di non punibilità per tenuità del fatto (art. 131 bis).

Di conseguenza, anche per la messa alla prova, pur in assenza di una espressa previsione normativa, si ritiene che la soluzione interpretativa non possa che allinearsi alla disciplina dettata per le ipotesi appena indicate.

A questo primo argomento di portata generale, se ne aggiunge un altro, interno all'art. 168 bis c.p., secondo cui il criterio "quantitativo", se non conformato al dettato delle altre norme suindicate, si porrebbe in contrasto con il criterio "qualitativo", attuato con il richiamo all'art. 550 c.p.p., comma 2, in cui il legislatore ha effettuato una precisa scelta di "indicare normativamente" i delitti per i quali è ammesso il nuovo istituto, ricomprendendovi anche quelli con aggravanti per le quali la legge prevede una specie di pena diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale (art. 550, comma 2, lett. c, d, e, f). Tale scelta si spiegherebbe soltanto con la volontà del legislatore di tenere conto della regola stabilita dall'art. 550, comma 1, compreso il richiamo all'art. 4, là dove stabilisce che, ai fini edittali, si considerano le aggravanti speciali e quelle ad effetto speciale.

Il sistema troverebbe così una sua completezza e coerenza, rendendo applicabile la messa alla prova solo ai delitti per i quali si procede a citazione diretta dinanzi al giudice in composizione monocratica.

4.1. Da questo indirizzo si discostano quelle decisioni che, sulla base di una interpretazione ritenuta più aderente alla lettera della legge e più coerente sul piano logico e sistematico, ritengono che il parametro quantitativo contenuto nell'art. 168 bis c.p., si riferisce unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale (Sez. 6, n. 6483 del 09/12/2014, Gnocco, Rv. 262341; Sez. 2, n. -L 33461 del 14/07/2015, Ardisson, Rv. 264154; Sez. 4, n. 32787 del 27/07/2015, Jenkins Rossi, Rv. 264325).

4.2. Le Sezioni Unite ritengono di condividere quest'ultimo orientamento per le considerazioni che di seguito verranno svolte e che riprendono molti degli argomenti utilizzati dalle sentenze sopra indicate.

5. L'art. 168 bis c.p., seleziona i reati in base a un duplice criterio, quantitativo e qualitativo, ma non contiene alcun riferimento alla possibile incidenza di eventuali aggravanti al fine di identificare i reati che possono essere ricompresi nell'ambito dell'istituto della messa alla prova.

Si tratta di un dato che non può essere trascurato, tenuto conto che il riferimento alla lettera della legge costituisce la prima regola interpretativa (ad. 12 preleggi) e, allo stesso tempo, il limite di ogni altro criterio ermeneutico cui ricorrere solo quando il testo risulti poco chiaro o di significato non univoco.

Tra le argomentazioni a sostegno del primo orientamento, vi sono quelle che negano la univocità e chiarezza della nonna, evidenziando l'esistenza di un vuoto da colmare per via analogica attraverso il richiamo ad un principio generale che si assume di poter ricavare dal sistema, ovvero valorizzando il rinvio che l'art. 168 bis c.p., opera all'art. 550 c.p.p.

5.1. Deve escludersi, tuttavia, che nel sistema esista un criterio normativo unitario in base al quale determinare la pena ai fini dell'applicazione di istituti processuali. Questo ruolo non può essere riconosciuto all'art. 4, né all'art. 278 c.p.p., in quanto adottano criteri non perfettamente sovrapponibili e, soprattutto, si riferiscono a situazioni non omologabili, dal momento che disciplinano, rispettivamente, le regole sulla competenza e sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, tanto che ad essi viene riconosciuta natura di norme speciali, di cui è interdotta ogni forma di applicazione estensiva in assenza di esplicite indicazioni.

Il tema risulta ripreso dal Procuratore generale nella requisitoria scritta, secondo cui l'argomento letterale sarebbe in contraddizione con "un canone classico del diritto penale sostanziale, che da sempre collega il riferimento della pena edittale alla fattispecie incriminatrice nel suo complesso". Premesso che non può essere negata la natura accessoria delle circostanze, in quanto si aggiungono ad una fattispecie già costituita – anche nella forma del tentativo – adeguando la risposta sanzionatoria alla gravità del reato, l'affermazione secondo cui la fattispecie circostanziata è dotata di una sua autonoma cornice edittale è sicuramente corretta se riferita alla struttura del reato, ma non sembra giocare un ruolo nell'interpretazione dell'art. 168 bis c.p., conducendo ad una configurazione dell'istituto che, oltre a non trovare riscontro nella lettera della legge e delle analoghe previsioni di diritto sostanziale e processuale, si discosta apertamente dalla *voluntas legis*. Sotto altro profilo, le argomentazioni espresse nella requisitoria dovrebbero condurre a considerare, in assenza di specificazioni normative di segno contrario, la rilevanza di tutte le circostanze, aggravanti e attenuanti, comuni e speciali. Ma dare rilievo, in questo caso, alle circostanze comuni risulterebbe operazione di difficile attuazione, considerando che gli aumenti previsti dalla legge sono "mobili", oltre che proporzionali rispetto alla pena-base, e manca un criterio applicativo di riferimento.

In realtà, ogni tentativo di ricercare una rigorosa e indefettibile coerenza del sistema in materia è destinato all'insuccesso, in quanto i criteri per la selezione dei reati attraverso il riferimento alla quantità di pena sono influenzati dagli istituti a cui si riferiscono e sono utilizzati, di volta in volta, in base a valutazioni discrezionali del legislatore. Anche a voler ammettere che la maggior parte delle disposizioni del codice tengano conto, per la determinazione della pena ai più diversi fini, delle circostanze aggravanti per le quali è stabilita una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale, non per questo deve ritenersi che da esse emerga una regola generale e, soprattutto, che tale regola non sia derogabile dal legislatore. In realtà, si tratta semplicemente di una linea di tendenza", che non assurge a criterio generale.

Del resto, è significativo che nella stessa L. n. 67 del 2014, accanto a disposizioni che richiamano espressamente l'art. 278 c.p.p., ai fini della determinazione della pena (art. 1, comma 1, lett. c, g, contenente la delega in materia di pene detentive non carcerarie), ve ne siano altre – come la delega in materia della particolare tenuità del fatto, contenuta nel medesimo art. 1, lett. m), nonché lo stesso art. 168

bis c.p., introdotto dall'art. 3 – che non fanno alcun cenno alle circostanze aggravanti, a dimostrazione che il legislatore quando vuole dare rilevanza alle circostanze lo fa in modo esplicito.

Il fatto poi che, in sede di attuazione della delega sulla particolare tenuità del fatto, si sia previsto che per la determinazione della pena detentiva si debba tenere conto delle circostanze speciali, trova una sua giustificazione, considerando che questo istituto dà luogo ad una causa di non punibilità, con conseguente rinuncia ad ogni trattamento sanzionatorio, per cui opportunamente se ne è ridimensionata la portata applicativa, limitandola a fatti che non presentino un particolare disvalore, anche in considerazione del limite edittale previsto, che è addirittura più alto di quello per la messa alla prova.

5.2. Allo stesso modo deve escludersi che il richiamo contenuto nell'art. 168 bis c.p., all'art. 550 c.p.p., comma 2, debba essere esteso al comma 1, e, di conseguenza, all'art. 4 c.p.p., in esso menzionato.

Questa interpretazione, secondo una delle decisioni ricomprese nel primo orientamento richiamato (Sez. 6, n. 36687 del 10/09/2015, Fagrouch), assicurerebbe una maggior coerenza al sistema, evitando che il duplice criterio selettivo determini una serie di contraddizioni e di incertezze applicative e, così, colmando una pretesa lacuna per l'operatività dell'istituto.

In tal modo si propone, tuttavia, una interpretazione correttiva che si scontra con la chiarezza della norma, la quale non evoca il comma I dell'art. 550 c.p.p., non richiama l'art. 4 dello stesso codice e non menziona alcuna circostanza aggravante, limitandosi ad indicare espressamente l'art. 550, solo comma 2, per delineare le fattispecie di reato per le quali la messa alla prova è, in astratto, consentita.

Del resto, il riferimento al comma 1, contenuto nel successivo comma dell'art. 550, non può essere considerato un richiamo *quoad penam*, o meglio ai criteri di determinazione della pena, in quanto si tratta semplicemente dell'indicazione che, anche per i reati di cui all'elencazione, il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale con la citazione diretta.

5.3. La lettura alternativa proposta dall'orientamento in esame risulta smentita anche in base alla "intenzione del legislatore", ricostruita attraverso i lavori parlamentari che hanno portato alla definitiva approvazione della legge. Infatti, nella formulazione originaria della disposizione contenuta nel disegno di legge n. 111 di iniziativa del sen. Palma (art. 1, comma 1, lett. e), vi era l'esplicito riferimento alle circostanze speciali e ad effetto speciale, ma esso è stato successivamente soppresso nel testo congiunto approvato dal Senato e trasmesso alla Camera dei deputati (cfr. Dossier n. 89 della 17<sup>a</sup> Legislatura, a cura del Servizio Studi del Senato, 2013). La modifica è stata ritenuta necessaria per escludere le circostanze di cui all'art. 63 c.p., comma 3, dal computo della pena ai fini dell'applicabilità dell'istituto.

Quindi nessun vuoto normativo, presupposto indefettibile per ricorrere alla analogia, mentre deve rilevarsi come il legislatore, al fine di ampliare la portata operativa dell'istituto, abbia volutamente soppresso l'originario riferimento alle aggravanti di cui all'art. 63 c.p., comma 3, sul presupposto che ciò fosse sufficiente ad impedire che gli aumenti conseguenti a dette circostanze potessero in qualche modo incidere sulla determinazione della pena.

5.4. La tesi qui criticata non appare condivisibile neppure là dove afferma che vi dovrebbe essere una perfetta coincidenza tra reati per i quali l'imputato può richiedere la messa alla prova e reati per cui è attivabile la citazione diretta davanti al tribunale monocratico.

Se il legislatore avesse voluto realizzare questa piena coincidenza, avrebbe operato un richiamo all'intero art. 550 c.p.p., mentre ne è stato citato solo il comma 2. Come è stato correttamente osservato in dottrina, si è trattato di una scelta consapevole, limitata ad operare una selezione dei reati per categorie criminose, laddove il richiamo al citato art. 550, comma 1, avrebbe avuto come effetto quello di escludere l'applicazione dell'istituto per reati puniti con pena edittale inferiore nel massimo ai quattro anni, ma di competenza collegiale ai sensi dell'art. 33 bis c.p.p., quindi non ricompresi nel giudizio a citazione diretta. Soluzione, questa, che avrebbe comportato rischi di tenuta costituzionale della nonna, in quanto tali reati sarebbero stati esclusi solo perché non ricompresi nel procedimento a citazione diretta. Infatti, in base al criterio di quantificazione della pena previsto dall'art. 550, comma 1, attraverso il riferimento all'art. 4, la presenza di una aggravante ad effetto speciale che porti il limite edittale oltre la soglia dei quattro anni, impedendo la citazione diretta, ostacolerebbe l'accesso dell'imputato alla messa alla prova. Se avesse inteso operare in tal senso il legislatore lo avrebbe esplicitato, richiamando l'art. 4, sicché il raffronto comparativo con l'art. 550 costituisce una ulteriore ragione di conferma della scelta interpretativa che esclude ogni rilievo alle aggravanti nella quantificazione della pena ai fini della valutazione di ammissibilità della prova.

L'interpretazione che pretende di far coincidere i procedimenti in cui è possibile richiedere la messa alla prova e quelli introdotti mediante citazione diretta è contraddetta, infine, dal tenore dell'art. 464 bis

c.p.p., comma 2, che, nel fissare i termini finali entro i quali è possibile avanzare la richiesta di accesso alla messa alla prova, fa riferimento alla formulazione delle conclusioni in udienza preliminare ai sensi degli artt. 421 e 422, evidenziando così come il novero dei reati per i quali essa è consentita sia più esteso di quelli previsti dall'art. 550.

6. Una volta stabilito che l'art. 168 bis c.p., quando richiama l'art. 550 c.p.p., comma 2, lo fa solo in funzione dell'individuazione di altre fattispecie per le quali è ammesso il rito, la questione sulla rilevanza delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e di quelle per le quali la legge prevede una pena di specie diversa risulta fortemente ridimensionata. Infatti, tra i reati indicati nell'art. 550, comma 2, e per i quali l'imputato può chiedere di essere ammesso alla prova, vi sono fattispecie incriminatrici descritte nella loro forma aggravata (lett. c, d, e, t), alcune delle quali sanzionate con pene elevate, come il furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p., che ricorrendo più circostanze può essere punito con la reclusione fino a dieci anni. Sicché sostenere che il criterio selettivo "quantitativo", che si riferisce alla pena edittale non superiore a quattro anni, debba tenere conto, nella determinazione del limite di pena ai fini dell'ammissione alla prova, delle circostanze aggravanti di cui all'art. 63 c.p., comma 3, e, conseguentemente, escludere tali reati circostanziati dal rito, rivela la sua intrinseca contraddizione. Se il legislatore ha espressamente previsto che nell'ambito di applicazione della messa alla prova vi rientrino anche reati aggravati da circostanze ad effetto speciale, non si comprende perché avrebbe dovuto introdurre, nel medesimo articolo, una regola di tenore contrario.

Neppure si potrebbe obiettare che il richiamo nominativo ai reati indicati nell'art. 550, comma 2, costituisca l'eccezione alla regola, poiché dagli elementi presi in considerazione emerge come il legislatore, nell'individuazione dei reati che possono accedere al nuovo istituto, non ha scelto solo quelli caratterizzati da una bassa gravità, ma si è spinto a selezionare anche fattispecie di gravità medio-alta, tanto è vero che nell'elenco di cui all'art. 550, comma 2, sono ricompresi reati, non circostanziati, che prevedono una pena-base massima superiore a quattro anni. Pertanto, deve escludersi che i due criteri utilizzati dall'art. 168 bis – quantitativo e qualitativo – si pongano in un rapporto di "regola a eccezione".

Si è trattato di una opzione maturata durante i lavori parlamentari, in risposta alle istanze provenienti da più parti, volte a rendere la messa alla prova maggiormente "competitiva" rispetto ad altri istituti, come la sospensione condizionale della pena, non in grado di soddisfare le istanze deflative, che costituiscono una delle finalità del nuovo rito. Del resto, accedendo alla tesi più restrittiva, si avrebbe come effetto una sostanziale "sovrapposizione" dello spazio operativo della messa alla prova rispetto a quello di altre discipline quale, ad esempio, la causa di non punibilità per tenuità del fatto, nei cui confronti l'art. 168 bis c.p., avrebbe un raggio d'azione persino ridotto, considerato che l'art. 131 bis, fissa il limite edittale di applicazione dell'istituto in anni cinque di reclusione, che, in questo caso, tiene però conto delle aggravanti speciali e ad effetto speciale.

Un'eccessiva enfattizzazione delle ragioni generalpreventive, tendenti a limitare l'istituto a reati rientranti nella fascia di gravità bassa, rischia di tradire la stessa ratio della messa alla prova. Rispetto alla chiarezza della lettera della legge, caratterizzata da un significativo silenzio in ordine agli accidentalia delicti, i tentativi di limitare l'applicazione dell'istituto sulla base di un'interpretazione favorevole alla rilevanza delle circostanze, che ha come conseguenza l'esclusione di reati ritenuti gravi, oltre a scontrarsi con la volontà del legislatore di allargare l'ambito di operatività della messa alla prova, finisce per privilegiare una concezione "premiata" della sospensione del procedimento, operando una indebita dequotazione dei contenuti trattamentali tesi alla prevenzione speciale.

Questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto.

La sospensione del procedimento dà luogo ad una fase incidentale in cui si svolge un vero e proprio esperimento trattamentale, sulla base di una prognosi di astensione dell'imputato dalla commissione di futuri reati che, in caso di esito positivo, determina l'estinzione del reato. Il percorso di "prova" comporta per l'imputato l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, se possibile, il risarcimento dei danni in favore della persona offesa, quindi l'affidamento al servizio socia-

le sulla base di un programma e, infine, la prestazione di un lavoro di pubblica utilità.

Il legislatore ha dato impulso ad un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio che ancora oggi “gravita tolemaicamente intorno alla detenzione muraria”. Il nuovo corso è testimoniato dalla L. n. 67 del 2014, che ha introdotto, tra l’altro, la messa alla prova e la particolare tenuità del fatto. Si tratta di istituti diretti a contenere l’inflazione penalistica, nel tentativo di ridurre la crisi della sanzione penale, rendendo possibile il ricorso a reazioni “appropriate alla specificità dei fatti criminosi”, in una concezione gradualistica dell’illecito, verso l’obiettivo di una razionalizzazione e laicizzazione del sistema penale attraverso la concentrazione delle risorse disponibili sugli illeciti di maggior significato e una lettura realistica del principio di obbligatorietà dell’azione penale, con la consapevolezza che la pena può non essere la conseguenza ineluttabile di ogni reato.

Da qui il carattere innovativo della messa alla prova che segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio.

In considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi.

Sembra evidente, sulla base di un approccio sistematico alla lettura dell’art. 168 bis c.p., che la gravità del reato non debba essere pregiudizialmente enfatizzata nel momento dell’astratto rilievo dei criteri di ammissibilità, in quanto il giudizio effettivo di ammissione del rito resta riservato alla valutazione del giudice circa l’idoneità del programma trattamentale proposto e la prognosi di esclusione della recidiva: valutazione, questa, che si svolge in base ai parametri dell’art. 133 c.p., i quali attengono alla gravità del reato, desunta dalla condotta, dall’entità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa e dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Ed è proprio questa la fase in cui assume effettivo e concreto rilievo la gravità dell’illecito.

Anticipare questa valutazione sin dai criteri astratti di ammissibilità cui fa riferimento l’art. 168 bis c.p., equivale a restringere, in forza di una interpretazione *praeter legem*, l’ambito operativo della messa alla prova, utilizzando automatismi che irrigidiscono l’istituto in un’ottica di sola prospettiva premiale. Al contrario, la lettura corretta della norma amplia il perimetro di operatività del rito, spostando sul giudice e sul suo potere discrezionale la motivata valutazione in merito alla fondatezza della richiesta dell’imputato, coerentemente con le finalità specialpreventive della messa alla prova.

La soluzione che ritiene l’irrelevanza delle circostanze risulta confermata non solo dall’interpretazione letterale dell’art. 168 bis c.p., che pone in evidenza la mancanza di ogni riferimento agli *accidentalium delicti*, e dalla ricostruzione della *voluntas legis*, ma anche da un’interpretazione logico-sistematica, là dove si osservi che l’effetto di estendere l’ambito applicativo della messa alla prova a reati che possono presentare un maggiore disvalore trova piena giustificazione con il fatto che si tratta di un istituto che prevede, comunque, un “trattamento sanzionatorio” a contenuto afflittivo, non detentivo, che può condurre all’estinzione del reato. Tale carattere, infine, è confermato dall’art. 657 bis c.p.p., in cui si prevede che nel determinare la pena da eseguire in caso di fallimento della prova (a seguito di revoca o di esito negativo della messa alla prova) venga comunque detratto il periodo corrispondente a quello della prova eseguita.

7. In conclusione, con riferimento al quesito posto dall’ordinanza di rimessione, deve affermarsi il seguente principio di diritto:

“Ai fini dell’individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell’istituto, della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell’art. 168 bis c.p., alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato”.

8. Come si è detto in premessa, il ricorso va peraltro dichiarato inammissibile, siccome proposto contro un provvedimento non impugnabile.

Alla dichiarazione di inammissibilità segue, ai sensi dell’art. 616 c.p.p., la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, ma non di quelle in favore della cassa delle ammende, dovendosi escludere ogni profilo di colpa nella determinazione della causa di inammissibilità, in presenza di un oggettivo contrasto di giurisprudenza sulla autonoma ricorribilità dell’ordinanza oggetto di impugnazione.

[*Omissis*]

LORENA PUCETTI

Avvocato – Foro di Vicenza

**Quello che le norme non dicono: l'art. 168-bis c.p. non menziona le circostanze e quindi le esclude dal computo della pena massima ai fini dell'ammissione alla messa in prova**

*What words don't say: art. 168-bis of Penal Code does not mention the circumstances of the offence and therefore excludes them from the calculation of maximum term of penalty in order to request the probation in criminal proceeding*

---

Le Sezioni Unite hanno stabilito che l'art. 168-bis c.p., nella parte in cui per individuare i delitti in relazione ai quali è ammissibile la richiesta di sospensione con messa in prova fa riferimento alla pena detentiva massima di quattro anni senza specificare se le circostanze abbiano incidenza in tale calcolo, deve intendersi nel senso che la norma attribuisce rilevanza soltanto alla pena massima prevista per la fattispecie-base. La pronuncia ha precisato che tale conclusione, la quale risulta chiaramente dall'interpretazione letterale e sistematica del testo normativo e dalla volontà legislativa, appare coerente con la finalità special-preventiva che ispira l'istituto della messa in prova.

*Joined Chambers of the Court of Cassation have established that art. 168-bis of the Penal Code, in so far it –in order to identify the offences which are eligible for the request for probation-, refers to the maximum term of imprisonment (4 years) without specifying if the circumstances of the crime are relevant for the calculation of the maximum, must be understood as referring to the maximum term of imprisonment without regard to the circumstances of the crime. The Court decision pointed out that this conclusion, which is derived clearly from the literal and systematic interpretation of the legislative text and from the will of the legislative authority, is consistent with the special-preventive purpose of probation in criminal proceedings.*

---

#### BREVI CENNI INTRODUTTIVI

Con la pronuncia in esame la Corte di Cassazione ha affrontato una delle principali questioni sorte con l'entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha introdotto il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. Tale innovativo strumento si colloca all'interno di un quadro più generale di interventi – Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili – finalizzati ad attenuare la duplice criticità dell'attuale sistema processuale e sanzionatorio e cioè, da un lato l'utilizzo di sanzioni ancora incentrate sulla pena detentiva carceraria anche in relazione a condotte di limitato disvalore, e dall'altro l'eccessivo numero di procedimenti che sfociano nella celebrazione di processi sproporzionatamente dispendiosi in termini di tempo e risorse<sup>1</sup>. Sul piano degli obiettivi, dunque, la messa in prova costituisce in primo luogo il mezzo per consentire il ricorso ad una sanzione alternativa a quella penale, avvertita ormai come inadeguata a favorire il recupero sociale del reo. Inoltre, lo strumento è idoneo ad evitare l'accertamento dibattimentale che dovrebbe essere opportunamente riservato soltanto ai reati meritevoli di adeguato approfondimento. In questo secondo profilo, l'istituto si muove, pertanto, in quella medesima prospettiva deflattiva che ha ispirato la causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p. –

---

<sup>1</sup> In tal senso, F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 21, p. 63.



inserita dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28<sup>2</sup>. Sul piano tecnico, lo strumento in esame presenta una natura ibrida. Infatti, da un lato la richiesta di sospensione che dà luogo al procedimento costituisce dal punto di vista processuale un ulteriore rito alternativo alla celebrazione del dibattimento<sup>3</sup>. Per converso, posto che il corretto adempimento del programma determina una pronuncia di estinzione del reato, la messa alla prova si connota di un intrinseco profilo sostanziale. Del resto, la doppia natura dell'istituto è palesata dalla collocazione delle norme che la disciplinano, inserite nel corpo sia del codice di procedura penale che di quello penale<sup>4</sup>. Molteplici sono, dunque, le caratteristiche della messa alla prova. Tuttavia, le eterogenee esigenze sottese a tale strumento e la coesistenza di un profilo sostanziale accanto ad uno processuale, si trovano talvolta a confliggere generando incertezze nella concreta applicazione pratica<sup>5</sup>. Ciò premesso, nelle pronunce che hanno progressivamente risolto i vari dubbi interpretativi, si sono delineate le linee portanti e le finalità prioritarie dell'istituto. Ed al riguardo, si sottolinea che nelle argomentazioni poste a fondamento delle soluzioni adottate, è decisamente prevalsa la considerazione dell'aspetto processuale della messa in prova rispetto a quello sostanziale<sup>6</sup>. Tuttavia, si rileva che la funzione deflattiva che pure costituisce la naturale conseguenza di ciascun rito alternativo, non ha mai assunto particolare rilievo nelle diverse pronunce emesse in tema di messa alla prova. In primo luogo, si è posto il problema se, in assenza di una esplicita norma transitoria, la nuova disciplina potesse applicarsi ai processi in corso. Al riguardo, la Corte di Cassazione ha subito chiarito che la peculiare natu-

<sup>2</sup>Per un'analisi sulle caratteristiche dell'istituto si vedano, fra gli altri, G. Amato, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida dir.*, 2014, 21, p. 67 ss.; L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. Proc.*, 1, 2016, p. 101 ss.; R. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1755 ss.; Ead., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, 661; V. Bove, *L'istituto della messa alla prova "per gli adulti": indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 novembre 2014; M. S. Calabretta-A. Mari, *La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014 n. 67)*, Milano, 2014; C. Cesari, *sub artt. 464-bis, 464-novies*, in *Conso-Illuminati (a cura di) Commentario breve del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 2015, p. 2122 ss.; A. Diddi, *La fase di ammissione della prova*, in Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, p. 109 ss.; A. Di Tullio D'Elisiis, *La messa alla prova per l'imputato. Procedura e formulario*, Rimini, 2014; G. L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, p. 427; M. L. Galati-L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 674 ss.; M. Montagna, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in Gaito (a cura di), *Procedura penale*, Milano, 2015, p. 793; Ead., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in AA.VV., *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, 2014, p. 369 ss.; R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo-P. Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili-Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. III/07/2014, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, p. 97 ss.; M. Riverditi, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium iuris*, 2014, p. 982 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?* in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262 ss.; A. Scalfati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit., p. 1 ss.; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in AA.VV., *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*, cit., p. 13 ss.

<sup>3</sup>In tal senso si sono espresse le Sezioni Unite nella pronuncia in commento ove si afferma che la figura della messa in prova si colloca «nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio».

<sup>4</sup>Anche R. Piccirillo *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo-P. Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili-Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. III/07/2014*, cit., p. 4, ha sottolineato il doppio profilo sostanziale e processuale del nuovo istituto: «da un lato causa di estinzione del reato, collocata nel capo I del titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena, dall'altro modulo di definizione alternativa della vicenda processuale, insediato in apposito titolo (V-bis) del libro VI (Procedimenti speciali) del codice di procedura».

<sup>5</sup>Sottolinea che la "ondivaga" collocazione dell'istituto non aiuta a dirimere i dubbi che emergono nell'applicazione della messa in prova, L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: Anatomia di un nuovo modello processuale*, cit., p. 101.

<sup>6</sup>In tal senso, ha osservato che tra le diverse anime della *probation*, la giurisprudenza di legittimità ha fatto prevalere nettamente quella processuale, J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1490.

ra dell'istituto non consente all'imputato di fare la richiesta di sospensione del procedimento in sede di giudizio di cassazione<sup>7</sup>. Sempre in tema di retroattività dell'istituto, è stato altresì sollevato il dubbio inerente alla applicabilità della messa in prova nei processi pendenti nella fase di merito, in particolare in relazione a quelli ancora in primo grado, ma che avessero già superato la fase processuale della dichiarazione di apertura del dibattimento<sup>8</sup>. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale la quale – dichiarando non fondata la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 464-bis, comma 2, c.p.p. – ha escluso l'applicazione della messa in prova nei dibattimenti già aperti all'epoca dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014<sup>9</sup>. Tale decisione, pur di rigetto e dunque priva di efficacia *erga omnes*, ha di fatto accreditato la tesi della inammissibilità della richiesta di messa in prova anche in relazione ai processi nei quali, pur essendo stato dichiarato aperto il dibattimento, non era ancora iniziata l'istruttoria dibattimentale, con evidente sacrificio della finalità deflattiva dell'istituto<sup>10</sup>. Inoltre, è sorto un contrasto giurisprudenziale in ordine alla autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova. E la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con una decisione che è praticamente contestuale a quella oggetto dell'odierno commento, ha chiarito che tale ordinanza è soltanto appellabile unitamente alla sentenza di primo grado ma non può essere impugnata tramite immediato ricorso per cassazione. Anche in questo caso, la decisione, frutto di considerazioni attinenti esclusivamente alla dimensione processuale dell'istituto, ha di fatto negato un ruolo decisivo alla funzione deflattiva della messa in prova<sup>11</sup>. Infine, ed è questo l'odierno tema, le Sezioni Unite hanno risolto il problema interpretativo che si è sviluppato in relazione a uno dei criteri di selezione dei reati per i quali è ammissibile la richiesta di messa in prova indicati dall'art. 168-bis c.p. Detta norma limita il beneficio ai reati puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva edittale non superiore nel massimo a quattro anni nonché a quelli nominativamente indicati dall'art. 550, comma 2, c.p.p. Il contrasto si è formato in relazione ai reati individuati mediante il riferimento alla pena edittale massima posto che in alcune pronunce si è sostenuto che per determinare detta pena si deve tener conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, mentre, secondo un diverso orientamento, tali circostanze non assumerebbero alcun rilievo<sup>12</sup>. Come si vedrà, nel risolvere la questione, le Sezioni Unite hanno contribuito a focalizzare l'aspetto essenziale dell'istituto in esame, ovvero la sua finalità specialpreventiva, con ciò tracciando un principio che potrà essere di ausilio nella soluzione dei molteplici dubbi che ancora residuano nella concreta applicazione della messa in prova.

<sup>7</sup>Cass. pen., sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717, *Guida dir.*, 37, 71, nella quale si è osservato che, dipendendo il beneficio estintivo dalla procedura di ammissione alla messa in prova che costituisce un rito alternativo alla celebrazione del procedimento, si applica il principio generale *tempus regit actum*.

<sup>8</sup>Per una rassegna delle pronunce di legittimità che hanno sempre negato la possibilità di applicare la messa in prova in via retroattiva, sia nei procedimenti nelle fasi di impugnazione, sia in quelli in primo grado, si rimanda a J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, cit., 1489. Del medesimo autore si veda anche *L'assenza di una disciplina intertemporale o transitoria per la messa alla prova degli adulti: uno spinoso problema tra lex mitior e tempus regit actum*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, p. 134 ss.

<sup>9</sup>C. cost., 26 novembre 2015, n. 240, Cass. pen., 2016, 4, 1482. La Corte Costituzionale ha in estrema sintesi osservato che costituendo la messa in prova un nuovo procedimento speciale, la questione va impostata in una prospettiva processuale senza dunque che rilevi il principio di retroattività della *lex mitior*. Per alcune condivisibili riserve sulle argomentazioni espresse dalla pronuncia si rimanda a O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa in prova*, in *Giur. cost.*, 2015, 6, 2196.

<sup>10</sup>Si sottolinea che in un primo momento, la questione se la nuova disciplina potesse trovare applicazione anche nei processi che avessero già superato la fase processuale indicata dall'art. 464-bis c.p.p., era stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, *Cass. pen.*, 2014, 10, 3260. A commento di tale pronuncia, in dottrina, anche in base alle finalità deflative, si era suggerita la soluzione di consentire la richiesta di messa in prova sinché non fosse in corso la fase dibattimentale di formazione della prova. In tal senso, G. Pecorella, *La messa alla prova... alla prova delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, 3264. Le Sezioni Unite, tuttavia, non sono mai intervenute a dirimere tale questione posto che la giurisprudenza di legittimità si è pacificamente allineata all'impostazione seguita dalla Corte Costituzionale nella pronuncia sopra ricordata.

<sup>11</sup>Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216. Si chiarirà meglio nelle conclusioni come tale decisione abbia comportato un appesantimento del meccanismo processuale

<sup>12</sup>Nel senso della rilevanza delle circostanze Cass. sez. VI, 30 giugno 2015, n.36687, in *Cass. pen.*, 2016, 2, 633, e Cass., sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 46795. Per il contrapposto orientamento, si vedano Cass., sez. III, 11 febbraio 2016, in *Guida dir.*, 2016, 26, 51 e Cass., sez. IV, 10 luglio 2015, in *Guida dir.*, 2015, 36, 87.

## LE ARGOMENTAZIONI DELLE SEZIONI UNITE

A fronte del contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno tempestivamente colto l'occasione per prendere posizione in ordine alla rilevanza delle circostanze, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di messa in prova, quando si procede per i reati individuati mediante il riferimento alla pena edittale. Va precisato che il ricorso in relazione al quale le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere tale dubbio interpretativo aveva ad oggetto l'impugnazione di un'ordinanza di rigetto della richiesta di messa in prova. Quindi, la questione relativa alla autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto, si poneva come preliminare rispetto a quella attinente alla lamentata violazione della norma di cui all'art. 168-bis, comma 1, c.p. Peraltro, nella medesima udienza e dunque contestualmente, sia pure in relazione ad un diverso procedimento, le Sezioni Unite hanno altresì risolto detta questione stabilendo, come sopra ricordato, l'inammissibilità del ricorso immediato avverso le ordinanze di rigetto della richiesta di messa in prova. Pertanto, le Sezioni Unite, pur rilevando preliminarmente l'inammissibilità del ricorso in linea con il principio appena affermato, hanno comunque voluto affrontare la questione relativa alla corretta lettura dell'art. 168-bis, comma 1, c.p. In effetti, è appena il caso di sottolineare che la valutazione in ordine alla ammissibilità della messa in prova per reati le cui circostanze comportano il superamento del tetto massimo dei quattro anni di pena detentiva, dipendeva dalla adesione all'uno o all'altro orientamento da parte del Giudice investito della richiesta. Situazione foriera di una evidente disparità di trattamento anche a fronte della non autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto<sup>13</sup>. Orbene, con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite hanno affermato il principio che ai fini della individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa in prova, «il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p., alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato». Le Sezioni Unite sono giunte a tale conclusione in base ai seguenti ordini di argomentazioni. In primo luogo la Corte ha analizzato il testo normativo sottolineando che l'art. 168-bis c.p., al fine di individuare i reati che possono essere ricompresi nell'ambito applicativo della messa in prova, identifica i reati in base ad un duplice criterio selettivo, quantitativo e qualitativo. Con riguardo al "criterio quantitativo", la norma contiene un riferimento al massimo della pena edittale senza alcuna indicazione circa la possibile incidenza di eventuali circostanze. Quanto al "criterio qualitativo", l'art. 168-bis c.p. rimanda espressamente ai reati indicati dall'art. 550, comma 2, c.p.p. Dunque, sul piano dell'interpretazione letterale, le Sezioni Unite hanno affermato che la norma è chiarissima nell'indicare, in via alternativa, due categorie di reati ovvero quelli con pena detentiva massima di quattro anni oppure quelli nominativamente elencati nell'art. 550, comma 2 c.p.p., senza attribuire alcun rilievo alle circostanze. In definitiva, a parere delle Sezioni Unite il tenore dell'art. 168-bis c.p. è univoco nell'escludere, in relazione sia al criterio quantitativo sia a quello qualitativo, l'incidenza delle circostanze al fine di identificare i reati ricompresi nell'ambito dell'istituto della messa in prova. E pertanto tale norma deve essere letta *de plano* senza ricorrere ad altri principi ricavabili dal sistema posto che, appunto, non vi è alcun vuoto normativo da colmare. In altri termini, la Corte ha detto espressamente che, per come è formulata la norma, l'interpretazione letterale dell'art. 168-bis c.p. assume un valore del tutto assorbente e non consente il ricorso al metodo interpretativo per analogia che deve ritenersi ammissibile soltanto ove il testo sia lacunoso. Tuttavia, le Sezioni Unite hanno voluto comunque analizzare le argomentazioni poste a fondamento dell'orientamento dal quale la pronuncia in esame si è discostata. In tale indirizzo, si era sostenuto che la pretesa lacuna dell'art. 168-bis c.p. in ordine alla rilevanza delle circostanze, deve essere interpretata alla luce del principio generale ricavabile dagli artt. 4, 278, 379 e 550, comma 1, c.p.p. Ovvero che, nel calcolo della pena ai fini dell'applicazione degli istituti processuali, il legislatore tiene sempre conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Secondo tale orientamento, dunque, il riferimento contenuto nell'art. 168-bis c.p. all'art. 550, comma 2, c.p.p. andrebbe esteso al comma 1, in base ad un'interpretazione sistematica coerente con

<sup>13</sup> Ha osservato che l'incertezza sul perimetro sanzionatorio ricadente nell'alveo del nuovo rito deflattivo aveva largamente condizionato la prassi nelle aule di giustizia, determinando una sostanziale disapplicazione della messa in prova in quei casi più gravi per i quali urgente era apparsa l'individuazione di una soglia a prescindere dal calcolo delle aggravanti, A. Cisterna, *Un istituto più esteso rispetto ai confini dettati dal codice*, in *Guida dir.*, 2016, 39, 60.

il principio sopra indicato. In definitiva, alla luce di detta lettura correttiva, in relazione ai reati individuati mediante il limite massimo di pena, dovrebbero ritenersi rilevanti le circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale<sup>14</sup>. Per confutare tale impostazione, la Corte ha voluto svolgere l'analisi dell'art. 168-bis c.p. anche sul piano dell'interpretazione sistematica. Ed in tale prospettiva la Corte si è interrogata se davvero esista un criterio normativo unitario in base al quale viene determinata la pena ai fini dell'applicazione dei vari istituti processuali. In tal senso, si è chiesta se norme come gli artt. 4, 278, 379 e 550, comma 1 del codice di procedura penale – le quali affermano espressamente l'irrilevanza delle circostanze ad eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale – siano espressione di un principio generale. E cioè che quando il legislatore determina i criteri di ammissibilità di istituti processuali attraverso il criterio quantitativo edittale non manca di attribuire rilevanza alle circostanze di cui all'art. 63, comma 3, c.p. Sul punto, le Sezioni Unite hanno affermato che, sebbene nella maggior parte delle disposizioni normative si tenga effettivamente conto di dette circostanze, tale linea di tendenza non assurge a principio generale del sistema. Nemmeno l'art. 131-bis c.p., secondo la Corte, può essere valorizzato in tale prospettiva. Infatti, l'art. 131-bis c.p., ha previsto che per la determinazione della pena detentiva si deve tener conto delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, in conseguenza della natura dell'istituto della particolare tenuità del fatto che costituisce una causa di non punibilità. Pertanto, posto che l'applicazione della speciale tenuità del fatto determina una rinuncia ad ogni trattamento sanzionatorio, il legislatore ha voluto ridimensionarne la portata applicativa limitandola a fatti che non presentino un particolare disvalore. Conclusivamente, le Sezioni Unite hanno smentito che l'art. 168-bis c.p. contenga un riferimento unitario che, in base ad una interpretazione sistematica fondata sul presupposto di una asserita coerenza di sistema, debba considerarsi complessivamente riferito ai reati di cui all'art. 550, commi 1 e 2 c.p., con rilevanza dunque delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. Una simile interpretazione, secondo la Corte, oltre a scontrarsi con il chiaro tenore letterale dell'art. 168-bis c.p., non corrisponde in realtà ad alcun principio generale.

Svolta l'interpretazione letterale e sistematica, le Sezioni Unite hanno inoltre ripercorso la *voluntas legis* ricostruendola attraverso i lavori parlamentari che hanno portato alla definitiva approvazione della legge. Ed in tal senso, la Corte ha ricordato che mentre nella formulazione originaria della disposizione contenuta nel disegno di legge n. 111 vi era l'esplicito riferimento alle circostanze di cui all'art. 63, comma 3, c.p. tale riferimento è stato successivamente soppresso nel testo congiunto approvato dal Senato e trasmesso alla Camera. La modifica è stata dunque voluta proprio per escludere tali circostanze dal computo della pena ai fini dell'applicabilità dell'istituto. In definitiva, secondo le Sezioni Unite, in base ad una interpretazione letterale, sistematica e rispettosa della *voluntas legis*, deve ritenersi che l'art. 168-bis c.p. sia stato intenzionalmente formulato senza attribuire alcun rilievo ostativo alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e a quelle ad effetto speciale. Anzi, ha osservato la Corte, nell'ambito dell'art. 550, comma 2, c.p.p. – richiamato dall'art. 168-bis c.p. – vi sono reati descritti nella loro forma aggravata – e precisamente «il furto aggravato a norma dell'articolo 625 del codice penale» senza dunque che l'eventuale presenza di circostanze speciali o ad effetto speciale possa determinare l'esclusione dalla ammissione al rito. Sarebbe dunque contraddittorio, secondo le Sezioni Unite, pretendere che tali circostanze svolgano invece incidenza negativa in relazione al criterio selettivo quantitativo precludendo la richiesta alla messa in prova. E ancora, secondo la Corte, non è sostenibile l'opinione in base alla quale il legislatore, nel selezionare i reati ammessi alla messa in prova, li avrebbe fatti coincidere con quelli per i quali è attivabile la citazione diretta. Infatti, ha argomentato la Corte, se il legislatore così avesse voluto, avrebbe formulato l'art. 168-bis c.p. operando un richiamo all'intero art. 550 e non soltanto all'art. 550, comma 2, c.p.p. Del

<sup>14</sup> In particolare, Cass. sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, in *Cass. pen.*, 2016, 2, 633, nella quale si afferma che «l'art. 168-bis c.p., riproduce integralmente il perimetro normativo previsto dall'art. 550 c.p.p., commi 1 e 2, per individuare i delitti per i quali possa essere richiesta la sospensione del processo con messa alla prova», precisando che in tal modo «il sistema ha così una sua completezza e coerenza, rispettando la logica complessiva della legge di rendere applicabile la messa in prova, per tutti quei delitti per i quali si procede a citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica». Per una critica a tale pronuncia si veda G. Amato, *Un'azzardata interpretazione estensiva della norma*, in *Guida dir.*, 2015, 40, 68.

resto, hanno puntualizzato le Sezioni Unite, il fatto che il termine ultimo per avanzare la richiesta di messa in prova faccia riferimento agli artt. 421 e 422 c.p.p., dimostra che i reati per i quali è consentito tale rito non sono soltanto quelli a citazione diretta ma possono essere anche reati a competenza collegiale.

Infine, le Sezioni Unite, hanno puntato l'attenzione sulle finalità specialpreventive dell'istituto, osservando che esso si inserisce nel percorso di un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio che ancora oggi «gravita tolemaicamente intorno alla detenzione muraria». Questa nuova figura di ispirazione anglosassone, ha affermato la Corte, dal punto di vista processuale si colloca «nell'ambito dei procedimenti alternativi al giudizio». Peraltro, considerato che nella sostanza costituisce una rinuncia statutale alla potestà punitiva – condizionata al buon esito del periodo di prova e sulla base di una prognosi di astensione dell'imputato dalla commissione di futuri reati – all'istituto della messa in prova «va riconosciuta, soprattutto la natura sostanziale»<sup>15</sup>. Pertanto, ritiene la Corte, la sospensione del procedimento con messa in prova non deve essere letta in una prospettiva “premiata” bensì in considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall'istituto che, segnando un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio, applica un trattamento che pur afflittivo si pone come alternativo alla detenzione. Ne deriva che la lettura dell'art. 168-bis c.p. volta ad attribuire rilevanza ostativa alle circostanze speciali e ad effetto speciale ai fini dell'esclusione dal rito, oltre che essere *praeter legem*, confligge con le finalità specialpreventive della messa in prova. Invero, ha chiarito la Corte, non può essere enfatizzata la gravità del reato, valutata in base all'entità della sanzione astrattamente prevista e quindi secondo criteri generalpreventivi. Al contrario, l'art. 168-bis c.p. – che non fa alcun riferimento agli *accidentalium delicti* – assegna un ruolo centrale alla valutazione effettuata in concreto dal giudice ai fini dell'ammissione al rito. Il giudice infatti, secondo quanto stabilisce l'art. 168-bis c.p., dispone la messa in prova quando, «in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati».

La gravità del reato è dunque soltanto uno dei parametri di cui all'art. 133 c.p. in base ai quali il giudice, esercitando il proprio potere discrezionale, decide se accogliere la richiesta dell'imputato. In definitiva, la corretta lettura dell'art. 168-bis c.p., evitando automatismi che irrigidiscono l'istituto e ne limitano l'applicazione, sposta sul potere discrezionale del giudice – naturalmente nei limiti edittali predefiniti dal legislatore – la valutazione sulla fondatezza della richiesta dell'imputato, coerentemente con le finalità specialpreventive della messa alla prova.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite hanno illustrato la corretta lettura dell'art. 168-bis, comma 1, c.p., da un lato svolgendo una approfondita analisi del testo normativo mediante interpretazione letterale e sistematica, e dall'altro ripercorrendo la *voluntas legis*. Come si è esaminato, il percorso argomentativo si è sviluppato partendo dalla premessa che laddove il testo legislativo sia chiaro ed univoco, non può essere consentita alcuna interpretazione correttiva. In prima battuta, è stata dunque giustamente riaffermata la priorità dell'interpretazione letterale come sancito dall'art. 12 prel. che impone di applicare la legge attribuendole innanzitutto il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

In base a quanto affermato dalle Sezioni Unite, soltanto un testo normativo equivoco o lacunoso po-

<sup>15</sup> Al riguardo, in dottrina si è affermato che proprio la natura sostanziale dell'istituto della messa alla prova, impedisce un'interpretazione dell'art. 168-bis c.p. che possa restringere il campo di applicazione della messa in prova. In tal senso, L. Cercola, *Incertezze interpretative sull'ambito d'applicazione della messa in prova*, in *Cass. pen.*, 2016, 2, 640. Come meglio si vedrà, l'affermazione per la quale deve riconoscersi soprattutto l'aspetto sostanziale della messa in prova, non deve leggersi in contrapposizione alla natura di rito alternativo rivestita dall'istituto – posto che la stessa pronuncia ha affermato che la figura della messa in prova si colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio –. L'aspetto che invece la pronuncia ha voluto sottolineare è che l'estinzione del reato consegue ad un meccanismo procedimentale complesso nel quale influiscono più fattori che devono essere valutati in concreto dal giudice che dapprima ammette la richiesta ed in seguito dichiara con sentenza estinto il reato. Per un approfondimento sui poteri discrezionali del giudice sia nella fase di ammissione che in ordine alla valutazione dell'esito della prova, si vedano N. Triggiani, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1, p. 137 ss., e R. Muzzica, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 158 ss.

trebbe consentire il ricorso all'analogia. Tuttavia, benché sia del tutto condivisibile il richiamo al rispetto del significato testuale dell'art. 168-bis c.p., non sembra essere questo il principio interpretativo idoneo a risolvere i molteplici dubbi che si sono già presentati, e si presenteranno, nell'applicazione dell'istituto della messa in prova. Come si è visto, la pronuncia a Sezioni Unite si è resa necessaria a fronte di un contrasto originatosi in ordine all'art. 168-bis c.p. in relazione alla rilevanza delle circostanze ai fini dell'ammissibilità alla messa in prova per i reati individuati mediante il richiamo alla pena edittale massima. Orbene, l'orientamento in base al quale tale mancata indicazione delle circostanze rappresenta una lacuna normativa da colmare attraverso il ricorso all'interpretazione sistematica, si fonda su una vera e propria forzatura del testo legislativo. In primo luogo perché, l'art. 168-bis, comma 1, c.p. non menziona le circostanze e quindi, in base al canone interpretativo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", se ne deve desumere che il legislatore non ha voluto attribuire alcun rilievo ad esse<sup>16</sup>. Ma vi sono ulteriori considerazioni da svolgere in relazione al dato letterale. Infatti, l'art. 168-bis, comma 1, c.p. fa riferimento precipuamente alla «pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni». Ed è evidente che lo specifico richiamo alla "pena edittale", esclude palesemente ogni rilievo alle circostanze<sup>17</sup>. A fronte di tale inequivoco dato testuale, appare fuori luogo l'argomento sistematico fondato sul confronto con gli artt. 4, 278, 379, e 550, comma 1, c.p.p. del codice di procedura penale, valorizzato dall'orientamento contrapposto a quello avallato dalle Sezioni Unite. E ciò per il fatto che in tali disposizioni si fa riferimento non alla pena edittale bensì «alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato». E proprio perché non vi è il riferimento alla pena edittale ma alla pena stabilita dalla legge, in ciascuna di queste norme – direttamente o mediante rinvio ai criteri di cui all'art. 4 c.p.p.– viene precisato che non si tiene conto delle circostanze salvo quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato – c.d. circostanze autonome<sup>18</sup>– e quelle ad effetto speciale<sup>19</sup>. Del resto, una conferma che il termine pena edittale ha uno specifico significato, si desume dall'art. 157 c.p. in materia di prescrizione. Nel primo comma di tale norma, come regola generale, si stabilisce che il tempo necessario per l'estinzione del reato coincide con il «massimo della pena edittale» stabilita dalla legge. Nel secondo comma, chiaramente in relazione ai reati circostanziati, la disposizione precisa che si ha riguardo alla «pena stabilita dalla legge», senza tener conto dell'aumento per le circostanze aggravanti, «salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale», utilizzando un tenore letterale identico a quello degli artt. 4, 278, 379 e 550, comma 1, c.p.p.

Sulla scorta di tale precisazione, si osserva quanto segue: l'orientamento dal quale la pronuncia delle Sezioni Unite si è discostata, sosteneva che dalle norme processuali sopra citate dovrebbe trarsi un principio generale in base al quale, nel calcolo della pena ai fini della ammissione ai diversi riti, si deve tener conto delle circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale. E, come si è visto, la Corte ha negato l'esistenza di un principio generale sostenendo che l'uniformità di tali norme esprime una mera tendenza legislativa. In realtà, a ben vedere, l'argomento più lineare sembra trovarsi già sul piano della interpretazione letterale. Infatti, non appare risolutivo stabilire se esista o meno un principio generale volto ad attribuire rilevanza alle circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale, posto che anche se si dovesse riconoscere l'esistenza, esso non potrebbe essere applicato all'art. 168-bis, comma 1, c.p. E ciò perché, come si è visto, il tenore letterale di tale norma – che si riferisce alla pena edittale – è diverso

<sup>16</sup> Ha correttamente osservato che il "silenzio" del legislatore sul punto non può essere ritenuto frutto di una svista, L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, cit., p. 109.

<sup>17</sup> In tal senso, si veda A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 677.

<sup>18</sup> Per una disamina sulla tradizionale classificazione delle diverse tipologie di circostanze si veda L. Puccetti, *sub art. 63 c.p.*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di Ronco-Romano, Torino, 2012, p. 585.

<sup>19</sup> Fra l'altro, l'art. 4 c.p.p. e l'art. 278 c.p.p. non sono nemmeno del tutto sovrapponibili, posto l'art. 4 non attribuisce rilievo alle circostanze «fatta eccezione delle circostanze *aggravanti* per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale», mentre, a seguito della l. 8 agosto 1995, n. 332, nell'art. 278 la specificazione *aggravanti* è stata eliminata, con la conseguenza che nel calcolo del limite massimo di pena si tiene conto delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, sia attenuanti che aggravanti. Di tenore analogo è l'art. 131-bis c.p., comma 4, ove si precisa che «ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale», senza dunque distinzione tra circostanze aggravanti e attenuanti.

da quello degli artt. 4, 278, 379 e 550, comma 1, c.p.p. – che invece fanno riferimento alla pena massima. Ne consegue che l'interpretazione letterale della disposizione dell'art. 168-bis c.p. – la quale da un lato richiama la pena edittale e dall'altro non menziona le circostanze – non lascia spazio a dubbi sul fatto che nel calcolo della pena massima di quattro anni le circostanze non abbiano alcuna rilevanza. Pertanto, il principio desumibile dalla pronuncia in esame, per il quale l'interpretazione letterale dev'essere il primo criterio esegetico, è destinato a rivestire un valore marginale. Infatti, non sempre il testo legislativo, in ciò che dice ma anche in ciò che non dice, appare così chiaro ed univoco da non generare alcuna perplessità<sup>20</sup>.

Piuttosto, la pronuncia delle Sezioni Unite riveste interesse nella analisi svolta in relazione alla finalità specialpreventiva della messa in prova. In tal senso, la Corte ha chiarito che il fulcro di tale istituto poggia su quella valutazione discrezionale che il giudice deve svolgere in concreto al fine di stabilire se la richiesta dell'imputato possa essere accolta o meno. Come precisato nella pronuncia in esame, il giudice deve verificare, secondo il suo apprezzamento, se in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., il programma di trattamento presentato appare idoneo e se deve ritenersi che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. In tale prospettiva, ha osservato la Corte, un'eccessiva enfaticizzazione delle ragioni generalpreventive tendenti a limitare l'istituto a reati rientranti nella fascia di gravità bassa, rischierebbe di tradire la *ratio* della messa in prova. Pertanto, secondo la Corte, deve ritenersi contraria alla volontà del legislatore l'interpretazione favorevole alla rilevanza delle circostanze aggravanti autonome e ad effetto speciale nel computo della pena massima ai fini dell'ammissione della messa in prova. Infatti, una simile interpretazione avrebbe come conseguenza l'aprioristica e generalizzata esclusione dal rito di tutti quei reati che, pur astrattamente rientrando nel limite della pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni, in presenza delle circostanze aggravanti sopra indicate superino detto limite. Un risultato che, a parere della Corte, confligge con la finalità specialpreventiva perseguita dall'istituto della messa in prova, tenuto conto che – naturalmente entro i confini tracciati dal legislatore ovvero in relazione ai reati la cui pena edittale non superi nel massimo i quattro anni – per l'ammissione alla messa in prova appare determinante la concreta valutazione del giudice in ordine alla possibilità di recupero sociale del reo. In definitiva, alla luce delle osservazioni svolte nella pronuncia in esame, si deve riconoscere che la finalità specialpreventiva costituisce l'essenza della messa in prova. Per converso, non sembra sia stato attribuito particolare valore ad un ulteriore aspetto che pure caratterizza l'istituto, in quanto rito alternativo alla celebrazione del dibattimento, ovvero l'effetto deflattivo<sup>21</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, alcuni casi che, in base al dettato normativo potrebbero sembrare dubbi, trovano una soluzione fondata sulla *ratio* dell'istituto. In primo luogo, si è posto il problema se la richiesta di messa in prova possa essere avanzata nell'ipotesi in cui a carico dell'imputato sussista una pluralità di reati contestati<sup>22</sup>. Al riguardo, si precisa che l'art. 168-bis, comma 4, c.p. stabilisce che «la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa per più di una

<sup>20</sup> Ne è una dimostrazione la questione interpretativa sorta, sempre in tema di messa in prova, in relazione al nuovo art. 464-*quater* c.p.p. che, nel dettare la disciplina relativa al provvedimento del giudice investito della richiesta, al comma 7 precisa che «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa in prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa». Orbene, pur non essendovi in tale disposizione normativa alcuna distinzione in relazione alle ordinanze ricorribili in cassazione, si era formato un contrasto sulla ammissibilità della autonoma impugnazione delle ordinanze di rigetto della richiesta di messa in prova. Come si è già sottolineato in precedenza, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale stabilendo, nonostante il tenore letterale, che sono immediatamente ricorribili per cassazione soltanto le ordinanze di accoglimento ma non quelle di rigetto della richiesta di messa in prova. Per un'analisi critica di tale pronuncia, si veda I. Guerini, *In claris non fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>21</sup> Del resto, che la finalità deflattiva non sia stata considerata preminente lo dimostra il fatto che la pronuncia in esame ha preliminarmente dichiarato l'inammissibilità del ricorso posto che esso aveva per oggetto un'ordinanza di rigetto della richiesta di messa in prova. Si precisa che tale ordinanza aveva rigettato la richiesta proprio in quanto il giudice aderiva all'orientamento secondo il quale le circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella del reato e quelle ad effetto speciale incidono sul calcolo agli effetti dell'art. 168-bis c.p. L'immediato ricorso per Cassazione si fondava, appunto, sulla violazione dell'art. 168-bis c.p. in relazione a tale profilo. In pratica, pur riconoscendo la violazione di legge, le Sezioni Unite hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso con la conseguenza di rendere necessaria la celebrazione di un dibattimento a conclusione del quale non potrà che essere appellata l'ordinanza di rigetto della richiesta di messa in prova – unitamente alla sentenza di primo grado – in quanto fondata su una erronea interpretazione dell'art. 168-bis c.p.

<sup>22</sup> In relazione a questo e ad altri dubbi sollevati dal dettato normativo si veda A. Marandola, *La messa in prova dell'imputato adulto. Ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 678.

volta». Ed in relazione alla locuzione legislativa “per più di una volta” è sorto il dubbio se essa coincida con quella “per più reati”. Se prevalesse tale interpretazione del dettato normativo, si dovrebbe ritenere inammissibile la richiesta di messa in prova ove proposta in relazione a più reati per ciascuno dei quali, singolarmente considerati, l’istituto risulterebbe applicabile.

Al riguardo, il Tribunale di Milano ha affermato che la presenza di una pluralità di reati contestati «non può di per sé giustificare il rigetto della richiesta di messa alla prova, a prescindere dalla sussistenza o meno di un vincolo di continuazione fra gli stessi», affermazione che appare coerente con la finalità specialpreventiva dell’istituto<sup>23</sup>. Diversamente, non appare ammissibile la richiesta di messa alla prova “parziale” ovvero limitata solo ad alcuni dei reati contestati all’imputato. In tal senso si era già espressa la Corte di legittimità con una pronuncia nella quale si è precisato che «non è qui in gioco un problema di effetto deflattivo del procedimento che si verrebbe a realizzare attraverso la separazione di alcuni reati» quanto piuttosto il fatto che «non appare pensabile che taluno possa essere risocializzato solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi connessi fatti-reato per i quali l’accesso all’istituto *de qua* non è consentito<sup>24</sup>». La sentenza ricordata, pur anteriore, si pone in perfetta linea con quanto affermato dalle Sezioni Unite nell’odierna pronuncia ovvero che la *ratio* della messa in prova consiste nella finalità specialpreventiva, della quale occorre tener conto nella concreta applicazione dell’istituto. Parimenti, anche tale sentenza, ha espressamente escluso che la deflazione del procedimento, conseguente alla natura di rito alternativo della messa in prova, rappresenti un obiettivo prioritario. In definitiva, alla luce delle argomentazioni esposte nella esaminata pronuncia delle Sezioni Unite, si possono individuare i seguenti criteri applicativi. Ove il testo normativo sia chiaro ed esauriente, esso deve essere applicato in base ad una fedele interpretazione letterale. Qualora invece il tenore della norma lasci spazio a dei dubbi, la chiave di lettura per dirimerli è costituita dalla considerazione della specifica finalità specialpreventiva che ha ispirato l’innovativo istituto.

---

<sup>23</sup> Trib. Milano, 28 aprile 2015, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) con nota di S. Finocchiaro. Nella motivazione, si precisa che «la pluralità di contestazioni a carico dell’imputato è un dato che il giudice può – anzi deve– considerare nella formulazione della prognosi in ordine al futuro comportamento della persona e all’astensione di quest’ultima dal commettere ulteriori reati», senza che tale pluralità eserciti un valore astrattamente preclusivo.

<sup>24</sup> In tal senso, Cass., sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, *Dir. e giustizia*, 9 aprile, e [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) con nota di J. Della Torre. Sul punto, si veda anche L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, cit., p. 112, ove si condivide l’opinione che lo spirito della messa in prova dovrebbe escludere la possibilità di configurare la *probation* parziale.





Processo penale e giustizia n. 2 | 2017

# Dibattiti tra norme e prassi

*Debates: Law and Praxis*

ALESSANDRO DIDI

*Professore a contratto di Diritto processuale penale – Università della Calabria*

## Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni

### Communication technology and the criminal trial: the use of certified emails (PEC) as method of service

Il legislatore, con una complicata stratificazione di interventi normativi, senza ritoccare il codice di procedura penale e dopo alcuni timidi tentativi, ha reso obbligatorio l'impiego della PEC per le notificazioni degli atti.

Allo stato, l'impiego di questo nuovo strumento tecnico di trasmissione delle comunicazioni è limitato ai procedimenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello e per le notificazioni ai soggetti diversi dall'imputato, ma lo sfruttamento delle potenzialità dell'elettronica in un futuro non troppo lontano né utopistico potrebbe rivoluzionare l'intero processo penale.

*The legislator, with a complex stratification of reforms that did not concern the criminal procedure code, has made the use of the PEC for service obligatory. Presently the PEC is mandatory only before the Court and the Court of Appeal and in case of documents to be served on a person other than the accused. However, in the near future, the criminal trial process risks to be totally revolutionized by communication technology.*

#### ORGANI DELLE NOTIFICAZIONI

L'impiego della posta elettronica certificata per eseguire le notificazioni nel processo penale direttamente dalle segreterie del pubblico ministero e dalle cancellerie dei giudici è stato introdotto di recente senza che ciò abbia comportato alcuna modifica del codice di procedura penale.

Come noto, ai sensi dell'art. 148 c.p.p. le notificazioni, salvo che la legge disponga diversamente, sono eseguite dall'ufficiale giudiziario o da chi ne esercita le funzioni.

A tale organo si affiancano l'aiutante ufficiale giudiziario, il messo conciliatore, rispettivamente previsti dagli artt. 1 e 34 del d.p.r. 15 dicembre 1959 n. 1229 (*Ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari*); la polizia penitenziaria, per il caso di notificazione da eseguire nei confronti dei detenuti, nonché la polizia giudiziaria la quale, nei casi espressamente previsti, può eseguire le notificazioni.

Il comma 2 dell'art 148 (come modificato dall'art. 17, comma 1, lett. b), d.l. 27 luglio 2005, n. 144 conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155), in particolare, stabilisce che nei procedimenti con detenuti ed in quelli davanti al tribunale del riesame il giudice può disporre che, in caso di urgenza, le notificazioni siano eseguite dalla polizia penitenziaria del luogo in cui i destinatari sono detenuti<sup>1</sup>.

Si rammenta, a tale proposito, che il comma 2-ter dell'art. 148<sup>2</sup> originariamente prevedeva che nei procedimenti davanti al tribunale per il riesame il giudice potesse disporre, in caso di urgenza, che le notificazioni fossero eseguite dalle sezioni della polizia giudiziaria presso le procure della Repubblica.

<sup>1</sup>La notifica effettuata dalla polizia giudiziaria fuori dai casi disciplinati dalla previsione non implica nullità. Così tra le tante, Cass., sez. I, 28 febbraio 2006, n. 8324, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 123.

<sup>2</sup>Tale previsione, dapprima introdotta dall'art. 9 del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438, è stata poi abrogata dall'art. 17 d.l. 144 del 2005.

In base all'attuale previsione dell'art. 151, comma 1 (come modificato dal d.l. 144 del 2005), invece, la polizia giudiziaria può eseguire esclusivamente le notificazioni di atti del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, in luogo dell'ufficiale giudiziario, nei soli casi di atti di indagine o provvedimenti che la stessa polizia giudiziaria è delegata a compiere o è tenuta ad eseguire<sup>3</sup>.

Al di fuori di questi casi, nei quali le notificazioni sono eseguite da organi a ciò autorizzati, è possibile che l'autorità giudiziaria disponga che esse, anziché tramite ufficiale giudiziario, siano eseguite con mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2-bis, c.p.p. solo qualora le notificazioni e gli avvisi siano indirizzati al difensore.

Come sottolineato da taluni commentatori, «la formula, che si impernia sulla "idoneità" del mezzo tecnico utilizzato, pare alludere ad un ambito concettuale analogo a quello designato, con il garantire la conoscenza dell'atto, dall'art. 150: clausola volutamente aperta così da consentire l'adeguamento all'evoluzione tecnologica»<sup>4</sup>.

In effetti, la disposizione costituisce una clausola generale che si connette sia all'art. 149 c.p.p., che prevede che nei casi di urgenza il giudice può disporre, anche su richiesta di parte, che le persone diverse dall'imputato siano avvisate o convocate a mezzo del telefono a cura della cancellerie, ed all'art. 150 che, quando lo consigliano circostanze particolari, autorizza il giudice a poter prescrivere, anche di ufficio, con decreto motivato steso in calce all'atto nel quale devono essere indicate anche le modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario, che la notificazione a persona diversa dall'imputato sia eseguita mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto.

Va precisato che nella previsione *de qua* non sembra potersi ricondurre l'inoltro, direttamente da parte dell'ufficio giudiziario, dell'atto da notificare per mezzo dell'ufficio postale.

In base all'art. 170 c.p.p., infatti, le notificazioni possono essere eseguite anche con il mezzo degli uffici postali ma nei modi stabiliti dalle relative norme speciali.

Il rinvio è evidentemente effettuato alla l. 20 novembre 1982, n. 890 che, tuttavia, disciplina una modalità alternativa a quella della consegna effettuata mediante consegna personale da parte dell'ufficiale giudiziario e che questo può discrezionalmente adottare senza che gli incomba l'onere di aver preventivamente percorso gli itinerari di cui all'art. 157 c.p.p.<sup>5</sup>.

Solo alle parti private, ai sensi dell'art. 152 c.p.p., è consentito, salvo che la legge disponga diversamente, di eseguire le notificazioni, anziché tramite ufficiale giudiziario, con l'invio di copia dell'atto effettuata dal difensore mediante lettere raccomandata con avviso di ricevimento.

Così chiarito in linea generale la cornice entro la quale opera il sistema delle notificazioni, è del tutto evidente che l'art. 150, c.p.p., fungendo da clausola aperta, in mancanza di una disciplina *ad hoc*, potrebbe certamente fungere da base normativa per consentire l'impiego della posta elettronica certificata in luogo delle notificazioni tramite gli organi autorizzati, in quanto, come si vedrà, esso costituisce un sistema capace di assicurare una certa garanzia di conoscibilità dell'atto.

Il risultato al quale, tuttavia, il legislatore è approdato in materia, è costituito dal fatto che le notificazioni via PEC, come si vedrà, non costituiscono uno strumento del quale il giudice potrebbe avvalersi discrezionalmente nell'ipotesi in cui lo consiglino circostanze particolare e che, per essere disposto, come prescrive l'art. 150 c.p.p. esige l'emanazione di un decreto motivato da apporre in calce all'atto da notificare e contenente la descrizione delle modalità da osservare<sup>6</sup>, bensì uno strumento generalizzato ed obbligatorio che le segreterie dei pubblici ministeri e le cancellerie dei giudici dei tribunali e delle corti di appello devono utilizzare per portare a conoscenza dei difensori gli atti del procedimento.

<sup>3</sup> Anche tale disposizione è stata ritoccata dall'art. 17 d.l. n. 144 del 2005.

<sup>4</sup> F. Viggiano, *sub art. 148 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spagher (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Milano, vol. I, p. 1442.

<sup>5</sup> Cass., sez. V, 23 febbraio 2005, n. 12451 in *Cass. pen.*, 2006, p. 3301. Sebbene in dottrina si sia sostenuto che tra i soggetti che, in fase esecutiva, sarebbero legittimati ad avvalersi del mezzo della posta potrebbe essere compresa anche la polizia giudiziaria (così, N. Galantini, *sub art. 170 c.p.p.*, in E. Amodio-O. Dominioni (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Milano, vol. II, p. 221), in giurisprudenza si è affermato che solo l'ufficiale giudiziario ed il messo conciliatore possono ricorrere al servizio postale. Così, Cass., sez. V, 24 marzo 2005, n. 14980, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 575 la quale ha escluso che la polizia giudiziaria possa effettuare notificazioni a mezzo posta, atteso che l'art. 170 c.p.p.,

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 171, comma 1, lett. g) c.p.p. la notificazione è nulla se non sono state osservate le modalità prescritte dal giudice nel decreto previsto dall'articolo 150 e l'atto non è giunto a conoscenza del destinatario.

## L'INTRODUZIONE DELLA PEC

L'introduzione delle notificazioni via PEC nel processo penale è frutto di una complessa e tortuosa evoluzione normativa<sup>7</sup>.

L'inizio di tale processo può essere fatto coincidere con l'entrata in vigore dell'art. 27 della l. 16 gennaio 2003, n. 3 il quale aveva stabilito che nel perseguimento dei fini di maggior efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, nonché di modernizzazione e sviluppo del Paese, il Ministro per l'innovazione e le tecnologie, nell'attività di coordinamento e di valutazione dei programmi, dei progetti e dei piani di azione formulati dalle amministrazioni per lo sviluppo dei sistemi informativi, doveva sostenere progetti di grande contenuto innovativo, di rilevanza strategica, di preminente interesse nazionale

L'art. 27, commi 8, lett. e), e 9, l. n. 3 da ultimo citata aveva poi previsto che entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge medesima dovevano essere emanati uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 117, comma 6, Cost. e dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, per introdurre nella disciplina vigente le norme necessarie ai fini dell'estensione dell'uso della posta elettronica nell'ambito delle pubbliche amministrazioni e dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati.

In attuazione della previsione contenuta nell'art. 27 della l. n. 3 del 2003, veniva emanato (d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68) il regolamento recante le disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica.

In particolare, in base all'art. 16, comma 2, di tale decreto veniva stabilito che l'utilizzo di caselle di posta elettronica rilasciata ai privati da pubbliche amministrazioni costituisce invio valido limitatamente ai rapporti intrattenuti tra le amministrazioni medesime ed i privati cui sono rilasciate le caselle di posta elettronica certificata<sup>8</sup>.

La posta elettronica, dal punto di vista tecnico, è un «sistema informatico che permette la comunicazione asincrona uno-a-uno o uno-a-molti»<sup>9</sup> che – se si escludono non marginali caratteristiche di funzionamento – non si differenzia particolarmente da una normale posta elettronica.

La posta elettronica certificata, infatti, opera come un sistema di comunicazione simile alla posta elettronica tradizionale che, tuttavia, «addiziona alcune caratteristiche di sicurezza e di certificazione della trasmissione che rendono i messaggi opponibili a terzi»<sup>10</sup>.

È stato osservato che sebbene oggi la posta elettronica di tipo tradizionale sia molto evoluta «non è detto che qualunque e-mail giunga a destinazione. Il recapito può essere impedito per svariati motivi (errore di battitura del mittente, server Smtip inaccessibile, ecc.). Per cercare di ovviare al problema, il mittente può anche richiedere una conferma di consegna o di lettura dei messaggi inviati, ma il destinatario è normalmente in grado di decidere se vuole inviare o non tale conferma. E anche qualora questa conferma venisse inviata, ciò non vuol dire che il destinatario abbia compreso appieno il contenuto della lettera»<sup>11</sup>.

Tali problematiche non sono prive di rilevanza rispetto ai meccanismi di notificazione proprio perché lo scopo che essi devono perseguire è quello di portare a conoscenza il contenuto dell'atto. Un momento fondamentale del procedimento di notificazione tradizionale disciplinato dal codice, infatti, è costituito dalla relazione di notificazione che ai sensi dell'art 168 c.p.p. l'ufficiale giudiziario deve redigere per documentare le operazioni poste in essere per portare a conoscenza l'atto al destinatario. La notificazione, infatti, anche dal punto di vista etimologico deriva da *notum facere*<sup>12</sup> ed è appunto attraverso la descrizione delle operazioni compiute dall'organo autorizzato ad effettuare le notificazioni che si può verificare se effettivamente l'atto sia giunto nella disponibilità del soggetto che lo doveva ricevere. Si è

<sup>7</sup>V. Bove, *Notificazioni telematiche nel processo penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

<sup>8</sup>Sebbene con il d.p.r. 11 febbraio 2003 n. 68, come visto, il legislatore abbia per la prima volta disciplinato le modalità di utilizzo della posta elettronica certificata nei rapporti tra la pubblica amministrazione e tra i privati, le origini della PEC possono essere fatte risalire alla l. 15 marzo 1997, n. 59 recante *Delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*. Sull'argomento, E. Bassoli, *La PEC.*, in F. Celentano (a cura di), *Manuale breve di informatica del giurista*, Pisa, 2016, p.307.

<sup>9</sup>F.Celentano, *La posta elettronica*, in F. Celentano (a cura di), *Manuale breve di informatica del giurista*, cit., p. 37.

<sup>10</sup>E. Bassoli, *La PEC*, cit., p. 307.

<sup>11</sup>F. Celentano, *La posta elettronica*, cit., p. 37.

<sup>12</sup>Così F. Sassano, *Manuale pratico delle notificazioni. Il processo civile telematico*, Rimini, 2016, p. 109.

visto che anche l'art. 150 c.p.p. che, come detto, se non vi fossero stati gli interventi normativi di cui si tratta per introdurre l'uso della PEC, avrebbe potuto costituire la base normativa di riferimento per operare con tale forma particolare di notificazione, esige che l'impiego di un qualunque mezzo tecnico debba garantire «la conoscenza dell'atto».

La PEC, rispetto alle *e-mail* tradizionali, consente, infatti, «di inviare e ricevere messaggi di testo e allegati con lo stesso valore legale di una raccomandata con avviso di ricevimento, sostituendo alle due ricevute cartacee (velina e cartolina), ricevute elettroniche che forniscono conferma di invio e ricezione, come quando si va ad un ufficio postale»<sup>13</sup> e l'art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (*Codice dell'amministrazione digitale*), proprio in considerazioni di ciò, ha previsto che la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivale, nei casi consentiti dalla legge, alla notificazione per mezzo della posta.

Volendo sintetizzare, dal punto di vista tecnico, la PEC ruota sul ruolo svolto dai c.d. gestori della posta i quali assicurano tutte le funzioni di certificazione essenziali per conferire alle trasmissioni effettuate con tale sistema le necessarie garanzie di conoscibilità delle trasmissioni.

I gestori sono soggetti autorizzati ad erogare il servizio di posta elettronica certificata dalla pubblica amministrazione. Al fine di poter erogare il servizio, infatti, occorre il preventivo accreditamento presso il CNIPA (poi DigitPA ed ora Agenzia per l'Italia Digitale)<sup>14</sup>, il quale, con alcune circolari<sup>15</sup>, ha previsto, oltre a talune caratteristiche tecniche che il servizio deve assicurare, anche le modalità di accreditamento per i soggetti che intendono svolgere il servizio di gestione PEC e le regole di vigilanza e controllo esercitati sugli stessi.

Al momento dell'invio di una PEC, il gestore del titolare dell'*account* invia allo stesso un messaggio contenente la precisa indicazione temporale del momento in cui la mail è stata inviata e si occupa di depositare il messaggio di PEC nella casella del destinatario documentando, anche in questo caso, l'esatto momento temporale nel quale la consegna è avvenuta.

Poiché punto essenziale dell'intero sistema è che il destinatario sia effettivamente giunto in possesso del messaggio, il gestore PEC del mittente, dopo aver preso in consegna il messaggio in uscita ed averlo inviato al gestore di PEC del destinatario, invia al mittente una ricevuta di accettazione firmata digitalmente attraverso la quale certificare dal punto di vista legale, sia l'avvenuta presa in consegna ed invio del messaggio sia la ricevuta di avvenuta consegna (anche in questo caso firmata digitalmente) rilasciata dal gestore del destinatario con la quale certifica che il messaggio inviato è giunto a destinazione<sup>16</sup>.

È attraverso tale flusso di comunicazioni e certificazioni che la PEC realizza quel risultato di garanzia della conoscenza dell'atto che, in base all'art. 150 c.p.p., costituisce condizione ineluttabile per poter impiegare un mezzo tecnico di notificazione in luogo della figura dell'ufficiale giudiziario.

A tale riguardo, è importante notare che qualora la trasmissione del messaggio, per una qualunque ragione non vada a buon fine il gestore della PEC inoltra un avviso al mittente con il quale segnala l'anomalia<sup>17</sup> e, come si vedrà, l'autorità giudiziaria dovrà procedere con le forme tradizionali.

## L'IMPIEGO DELLA PEC NEL PROCESSO

Così delineati la genesi ed il funzionamento della PEC in Italia, va ricordato tuttavia, che, in forza del comma 4 dello stesso art. 16 del d.p.r. 68 del 2005, le disposizioni del regolamento dalle quali dipendeva l'impiego della stessa nell'ambito dell'attività processuale, escludevano l'uso dei nuovi strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo penale, nel processo amministrativo, nel processo tributario e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, per i quali restavano ferme le specifiche disposizioni normative.

<sup>13</sup> E. Bassoli, *La PEC*, cit., p. 307.

<sup>14</sup> Il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione, istituito con l'art. 176 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 era un ente pubblico operante presso la Presidenza della Pubblica Amministrazione.

<sup>15</sup> Circolare 24 novembre 2005, n. 49 (in *G.U.*, 5 dicembre 2005, n. 283); Circolare 7 dicembre 2006, n. 51 (in *G.U.*, 21 dicembre 2006, n. 296); Circolare 21 maggio 2011, n. 56 (in *G.U.*, 22 luglio 2011, n. 168).

<sup>16</sup> Su tali aspetti, E. Bassoli, *La PEC*, cit., p. 311.

<sup>17</sup> Sui differenti avvisi di anomalia che i gestori di PEC inviano cfr. E. Bassoli, *La PEC*, cit., p.311.

La prima sperimentazione delle notifiche via PEC in ambito giudiziario si è avuta nel processo civile ad opera del d.l. 25 giugno 2008, n. 112<sup>18</sup> nell'ambito di una delle tante iniziative per incentivare la competitività.

Nel processo penale, invece, l'introduzione della PEC è avvenuta con maggiore gradualità.

Con l'art. 4, comma 2, del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193<sup>19</sup> era stato stabilito che anche nel processo penale tutte le comunicazioni e notificazioni per via telematica si sarebbero dovute effettuare mediante posta elettronica certificata ai sensi del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, del d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68, e delle regole tecniche stabilite con uno o più decreti del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, sentito il Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione e il Garante per la protezione dei dati personali, adottati, ai sensi dell'articolo 17 comma 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge<sup>20</sup>.

Il comma 3 del medesimo art. 4, poi, nel modificare l'art. 51 d.l. 112 del 2008 faceva in modo, tra l'altro, che a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti ministeriali di attuazione, negli uffici giudiziari indicati negli stessi decreti, per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p. si sarebbe potuto procedere per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata.

Conseguentemente, con decreto 12 settembre 2012 (Avvio delle comunicazioni e notificazioni per via telematica presso il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino – settore penale), il Ministero della Giustizia nel dare attuazione a quanto previsto dall'art. 51 d.l. 112 del 2008 (come modificato dall'art.4 d.l. 193 del 2009) statuiva che solo presso il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino, stante la constatata funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici di quegli uffici, le notificazioni e le comunicazioni previste dalla legge fallimentare ed in materia penale avvenissero per PEC<sup>21</sup>.

Dopo tale periodo di sperimentazione, è solo con l'art. 16 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221) che è stata introdotta la fonte normativa per il generalizzato impiego della PEC nell'ambito del processo penale<sup>22</sup>. Esso, infatti, oltre ad aver abrogato i commi da 1 a 4, dell'art. 51 del d.l. 112 del 2008 (comma 11), ha previsto che, a de-

<sup>18</sup> L'art. 51 d.l. 25 giugno 2008, n.112, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria* (conv con mod. dalla L. 6 agosto 2008, n. 133) aveva previsto che a decorrere dalla data fissata con uno o più decreti del Ministro della giustizia, le notificazioni e comunicazioni di cui al primo comma dell'articolo 170 del codice di procedura civile, la notificazione di cui al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura civile e ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica all'indirizzo elettronico comunicato ai sensi dell'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 123.

Con il protocollo d'intesa tra il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e il Ministro della giustizia per la realizzazione di programmi di innovazione digitale – 26 novembre 2008 era poi stato realizzato il programma di interventi per l'innovazione digitale della giustizia, basati sull'utilizzo delle tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni finalizzato a contribuire alla semplificazione delle modalità di svolgimento dei servizi che l'Amministrazione della giustizia rende ai propri utenti e degli adempimenti a carico di questi ultimi, così come al miglioramento dell'efficienza degli uffici giudiziari, riducendo i costi di funzionamento e rendendo omogenee le modalità di interazione con gli utenti sul territorio nazionale.

<sup>19</sup> Convertito con modificazioni nella l. 22 febbraio 2010, n. 24 (*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*).

<sup>20</sup> Con la medesima disposizione veniva anche modificato l'art. 51 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 che, come visto alla nota che precede, aveva previsto che nel processo civile prevedendo, a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti di attuazione, negli uffici giudiziari indicati negli stessi decreti, le notificazioni e le comunicazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p. dovessero avvenire per PEC.

<sup>21</sup> Sulla sperimentazione delle notifiche per PEC avvenuta presso gli uffici giudiziari di Torino, cfr. A. Salvadori-S. Castellani, *Il sistema notifiche telematiche (SNT)*, in [www.innovazioneperarea.it](http://www.innovazioneperarea.it).

Con riferimento alle notificazioni telematiche impiegate dall'ufficio di Torino, si è espressa Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 32243, in *Cass.pen.*, 2016, p. 43 con nota di G. Caputo, la quale ha affermato che «anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e relativa conversione in legge, sono valide le notificazioni a persona diversa dall'imputato o indagato eseguite per via telematica, ai sensi del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e relativa conversione in legge, dagli Uffici giudiziari già autorizzati dal decreto 1 ottobre 2012 dal Ministro della giustizia».

<sup>22</sup> Così, V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., p. 6

correre dal 15 dicembre 2014<sup>23</sup>, tutte le notificazioni a cura della cancelleria a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p. «sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici»<sup>24</sup>.

L'art. 16, comma 9, lett. *c-bis*), d.l. n. 179 del 2012, in particolare, oltre ad aver fissato la data a decorrere dalla quale il nuovo strumento entrava in vigore, ha previsto anche che esso si applichi solo ai procedimenti dinanzi ai tribunali e alle corti di appello.

Ad oggi, dunque, dalla notificazione per PEC sono esclusi sia i procedimenti dinanzi al giudice di pace, che quelli dinanzi alle corti di assise, la corte di cassazione ed i magistrati ed i tribunali di sorveglianza, per i quali dovranno continuare ad applicarsi le norme tradizionali.

Solo attraverso uno o più decreti aventi natura non regolamentare, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, accertata la funzionalità dei servizi di comunicazione, può individuare, ai sensi dell'art. 16, comma 10, d.l. n. 179 del 2012, gli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti di appello nei quali trovano applicazione le notifiche per PEC e gli uffici giudiziari in cui le stesse disposizioni operano per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2-*bis*, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p.

Ad oggi non consta che sia stata ampliata la sfera di applicazione delle notificazioni per PEC.

Piuttosto, va rilevato che, con circolare 11 dicembre 2014 il Dipartimento per gli affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia penale e del Dipartimento dell'Organizzazione del Personale e dei Servizi, Direzione Generale dei servizi informatici del Ministero della Giustizia, si è espressa sull'ambito di applicazione delle disposizioni penali telematiche, rilevando come, stante la formula legislativa che non fa riferimento alla pendenza effettiva del procedimento dinanzi all'organo giurisdizionale, è possibile ritenere che nella portata applicativa della stessa siano compresi non soltanto i procedimenti sottoposti alla cognizione di un tribunale o di una corte di appello, ma anche quelli virtualmente destinati alla cognizione di una di queste autorità nelle diverse fasi con la conseguente possibilità di impiegare le notifiche per via telematica «anche nella fase delle indagini preliminari sin dal momento dell'iscrizione della notizia di reato *ex art.* 335 e prima ancora che sia richiesto o intervenuto un provvedimento del giudice»<sup>25</sup>.

Ogni eventuale ampliamento degli uffici giudiziari potrà essere disposto solo con decreti non regolamentari adottati ai sensi dell'art. 16, comma 10, lett. a) d.l. n. 179 del 2012, dal Ministro della giustizia sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense e i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, previo accertamento delle funzionalità dei servizi di comunicazione.

<sup>23</sup> La decorrenza è stata prevista dall'art. 1, comma 19, l. 24 dicembre 2012, n. 228 che ha aggiunto all'art 16, comma 9, la lett. *c-bis*). L'introduzione di tale previsione non è stata accompagnata dalla contemporanea abrogazione del comma 10 dello stesso art. 16 che richiede, per l'attivazione della PEC, l'adozione del decreto del Ministro della giustizia previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione. Poiché dopo le modificazioni di cui si tratta, non è mai stato emanato alcun decreto si porrebbe in astratto la questione della immediata applicabilità della disposizione che, invece, ha previsto una data precisa a partire dalla quale le notificazioni per PEC diventano obbligatorie. Sulla questione, comunque risolta dalla prassi nel senso della ammissibilità delle notificazioni, v. V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., 7.

<sup>24</sup> Secondo Cass., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 33882 in *Dir. e giustizia* 2015, 3 agosto, è nulla la notificazione dell'avviso della conclusione delle indagini effettuata al difensore a mezzo PEC anteriormente al 15 dicembre 2014, giusta quanto stabilito dall'art. 16 d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 con la conseguenza che non è abnorme la restituzione del atti al pubblico ministero, disposta una volta rilevata la nullità dell'avviso *ex art.* 415 *bis* c.p.p., che rappresenta atto prodromico alla regolare emissione del decreto di citazione.

<sup>25</sup> Conclude la Circolare come a sostegno della conclusioni milita, oltre ad un argomento testuale (l'uso da parte del legislatore del termine "procedimento", in luogo della più restrittiva nozione di "processo"), anche uno di carattere sistematico (il richiamo tra le tipologie di notificazioni da eseguire oggi tramite PEC di quella prevista dall'art. 151, c.p.p. che riguarda gli "atti del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari").

Opinabile, invece, quanto, ritenuto da Corte di Assise di Roma, III Sezione, 8 marzo 2017, Rando, *ined.* la quale, sulla base del rilievo che le corti di assise costituirebbero una mera articolazione interna dei tribunali e che sarebbero ad essi appartenenti, ha ritenuto che anche dinanzi a tali organi possano essere applicate le disposizioni sulle notifiche via PEC.

## LA RELAZIONE DI NOTIFICAZIONE VIA PEC

Per effetto della complessa sovrapposizione e successione di interventi legislativi, dunque, nei procedimenti dinanzi ai tribunali e alle corti di appello le notificazioni che, a norma degli artt. 148, comma 2-*bis*, 149 e 151, comma 2, c.p.p. avrebbero potute essere eseguite con le forme tradizionali ovvero, alle condizioni e sulla base dei presupposti di cui all'art. 150, anche con mezzi tecnici idonei, qualora destinate a persona diversa dell'imputato devono oggi essere eseguite obbligatoriamente per PEC direttamente disposte dall'autorità giudiziaria senza doversi avvalere degli ufficiali giudiziari.

La principale conseguenza di tale sistema è, dunque, rappresentata dal fatto che oggi la notificazione per PEC non esige né di un decreto del giudice che la autorizzi, né, ovviamente, di una preventiva valutazione condotta ai sensi dell'art. 150 sulle circostanze che ne consiglino l'adozione e di una regolamentazione *ad hoc* di volta in volta disposta dal giudice, essendo, l'una e l'altra, sostituite da scelte compiute dal legislatore in via generale ed astratta.

Prima, però, di cogliere la portata e le potenzialità di tale nuovo strumento, va posta l'attenzione su un aspetto particolare per i necessari coordinamenti con la disciplina di carattere generale.

Il procedimento di notificazione eseguito in forma tradizionale, infatti, si completa con un atto fondamentale costituito dalla relazione di notificazione che, ai sensi dell'art. 168 c.p.p., deve indicare, oltre l'autorità o la parte richiedente, le ricerche effettuate, le generalità della persona alla quale è stata consegnata la copia, i suoi rapporti con il destinatario, le funzioni e le mansioni che essa svolge nonché il luogo, la data della consegna della copia e la sottoscrizione dell'ufficiale giudiziario. Attraverso la relazione di notificazione, in pratica, si consente il controllo da parte dell'autorità giudiziaria non solo dell'osservanza di tutte le formalità previste dalla legge ma che la notificazione abbia raggiunto il suo effetto.

L'art. 171, comma 1, lett. *b)* e *c)* c.p.p., a tale riguardo, prevede che la notificazione è nulla, tra l'altro, se vi è incertezza assoluta sull'autorità o sulla parte privata richiedente ovvero sul destinatario nonché se nella relazione della copia notificata manca la sottoscrizione di chi l'ha eseguita.

Non potendo il sistema di comunicazione per PEC prevedere una siffatta documentazione, l'art. 16, comma 4, ultimo periodo del d.l. n. 179 del 2012, ha opportunamente previsto che la relazione di notificazione sia redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria.

Come si è avuto modo di osservare, i gestori della PEC del mittente e del destinatario, al momento dell'invio e della ricezione di una comunicazione si scambiano, con precisa indicazione temporale del momento in cui la mail è stata, rispettivamente inviata e ricevuta, le certificazioni firmate digitalmente che attestano il perfezionamento della comunicazione<sup>26</sup>.

## I SOGGETTI INTERESSATI

È ovvio, sulla base di quanto evidenziato, come la PEC potrebbe sostituire in un colpo solo un'immensa quantità di adempimenti burocratici che appesantiscono il processo penale. Non solo le notificazioni disposte dall'autorità giudiziaria, infatti, potrebbero essere eseguite con l'impiego di questo innovativo strumento, ma anche i numerosi adempimenti delle parti potrebbero essere sostituiti da messaggi trasmessi per posta elettronica certificata.

Ad oggi però, la PEC, per espressa previsione legislativa, come visto, può essere impiegata per le notificazioni a «persona diversa dall'imputato» e, dunque, in primo luogo, al difensore.

La prassi si è dovuta occupare del problema se, oltre alle notificazioni, anche le comunicazioni tra organi dell'autorità giudiziaria, possano essere eseguite per posta elettronica. Correttamente, però, si è osservato come, interpretando in senso letterale l'art. 16 d.l. n. 179 del 2012, sembra doversi escludere che si

---

<sup>26</sup>Non si possono escludere eventuali errori di allegazioni di documenti. In questi casi, ovviamente, la notificazione è invalida ma potrebbe essere difficile verificarlo perché nel fascicolo non c'è la copia del documento notificato ma semplicemente la ricevuta elettronica generata in automatico dal sistema.

I gestori di posta elettronica sono obbligati a registrare i principali eventi che riguardano la trasmissione per 30 mesi da fornire come prova all'interessato (per tali profili di carattere tecnico, cfr. E. Bassoli, *La Pec*, cit., p. 310). Tuttavia, non solo i gestori non trattengono copia del contenuto dei messaggi (e dunque degli allegati), ma il periodo di conservazione potrebbe rivelarsi troppo breve.



possa provvedere con modalità telematiche alle comunicazioni di avvisi all'autorità giudiziaria<sup>27</sup>.

La giurisprudenza si è dovuta anche occupare della questione se le notifiche che il difensore può ricevere per PEC siano quelle destinate a lui personalmente ovvero anche quelle dirette all'imputato ma a lui recapitate in quanto suo domiciliatario. Correttamente, però, secondo la corte di cassazione, è valida la notifica all'imputato nel caso in cui la notifica sia effettuata all'imputato mediante consegna al difensore<sup>28</sup>. Nella fattispecie si lamentava l'irritualità e la illegittimità della notifica avvenuta mediante PEC al difensore, ex art. 161, comma 4, c.p.p., in quanto sarebbe mancato il presupposto della circostanza che la notificazione all'imputato al domicilio fosse divenuta impossibile e perché si trattava di una notifica all'imputato presso il difensore.

È evidente, però, che siccome la nuova forma di notificazione tiene luogo di quella di cui all'art. 150 c.p.p., fermo ovviamente il rispetto dei luoghi indicati dall'imputato, ogni qual volta la notificazione deve essere indirizzata al difensore, la PEC potrà essere sempre utilizzata.

È ovvio che, per poter funzionare, il sistema presuppone che tutti i soggetti coinvolti nel procedimento siano dotati di validi indirizzi di posta certificata.

Sarebbe, infatti, irrimediabilmente irragionevole un sistema che, fissata l'obbligatorietà della notifica per PEC, non istituisse un adeguato sistema di pubblicità degli indirizzi.

Va rammentato, a tale riguardo, che l'art. 4, comma 3, d.l. n. 193 del 2009, nel modificare l'art. 51 del d.l. 112 del 2008 (ed in particolare nel sostituire il comma 5), ha anche previsto che il comma 2 dell'art. 16, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 gennaio 1934, n. 36 (*Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*) disponga che nell'albo degli avvocati venga indicato, oltre al codice fiscale, anche l'indirizzo di posta elettronica certificata e che l'uno e l'altro, aggiornati con cadenza giornaliera, siano resi disponibili per via telematica al Consiglio nazionale forense ed al Ministero della giustizia nelle forme previste dalle regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La previsione è stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 7 della l. 31 dicembre 2012, n. 247 (*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*).

Si comprende allora perché qualora le notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento, non possano essere eseguite alle parti perché non hanno provveduto ad istituire e comunicare l'indirizzo elettronico, in base all'art. 4, comma 3, d.l. n. 193 del 2009, sono fatte presso la cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario e, soprattutto, perché l'omessa istituzione ed indicazione dell'indirizzo di posta elettronica costituisce illecito disciplinare<sup>29</sup>.

Come accennato, solo quando non è possibile procedere alla notifica via PEC per causa non imputabile al destinatario, l'autorità giudiziaria potrà, in base all'art. 16, comma 4, d.l. n. 179 del 2012, fare applicazione degli articoli 148 e ss c.p.p.

Nonostante l'apparente linearità della previsione per la quale la PEC possa essere impiegata per le notificazioni a «persona diversa dall'imputato», essa non è proprio priva di problematiche applicative.

È possibile domandarsi, infatti, se, anche per le notificazioni alle persone offese e per quella della prima citazione al responsabile civile e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria – tutti soggetti diversi dall'imputato – possa essere utilizzata la PEC.

A ben vedere, la risposta a tale quesito deve essere decisamente negativa perché l'art. 154, che appunto disciplina le notificazioni a tali soggetti, oltre a non essere richiamato dall'art. 16 d.l. n. 179 del 2012, prevede che le notificazioni a costoro debbano essere eseguite con le forme richieste per l'imputato non detenuto e, dunque, anzitutto, mediante consegna di copia alla persona<sup>30</sup>.

Solo quando le notificazioni sono indirizzate alla parte civile, al responsabile civile e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria già costituiti in giudizio, stante il disposto dell'art. 154, comma 4, c.p.p., che ne prevede l'esecuzione presso i difensori, torna ad essere obbligatorio l'impiego della PEC.

<sup>27</sup> Così, V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., p.10.

<sup>28</sup> Cass., sez. IV, 21 aprile 2016, n. 16622 in *Dir. e giustizia*, 2016, 22 aprile, con nota di P. Grillo, *PEC per l'imputato presso il difensore; la notifica è valida nonché in www.ilpenalista.it*, 2016, 1 giugno, con nota di A. Trinci, *Brevi considerazioni sulla possibilità di notificare atti all'imputato a mezzo pec*.

<sup>29</sup> Così, Consiglio nazionale forense (Allorio), parere 24 giugno 2015, n. 26.

<sup>30</sup> Nello stesso senso V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., p. 11. Per quanto concerne la persona offesa si deroga alla disciplina della prima notifica all'imputato non detenuto solo per quanto riguarda il doppio accesso da parte dell'ufficiale giudiziario.

Parimenti, si deve concludere nel senso che anche nel caso in cui la persona offesa abbia esercitato la facoltà di nominare un difensore, poiché, in questa ipotesi, secondo l'art. 33 disp. att. e coord. c.p.p., il difensore è domiciliatario *ex lege* della parte lesa, la notificazione deve essere eseguita per PEC.

Sempre a proposito dei possibili destinatari della notificazioni per PEC va ricordato che poiché in forza dell'art. 154, comma 3, se si tratta di pubbliche amministrazioni, di persone giuridiche o di enti privi di personalità giuridica, le notificazioni sono eseguite nelle forme stabilite per il processo civile, ci si può chiedere se in questi casi le notificazioni debbano avvenire nelle forme tradizionale ovvero impiegando il nuovo strumento di comunicazione.

L'interrogativo sorge dal fatto che siccome, in questo caso, il rinvio deve, ovviamente, essere inteso fatto all'art. 145 c.p.c. (in forza del quale la notificazione deve avvenire nella sede della persona giuridica) si potrebbe ritenere che, per questi soggetti, la notificazione potrebbe essere eseguita utilizzando la PEC di questi soggetti.

Si rammenta, infatti, a tal riguardo, che l'art. 16 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2 ha introdotto, oltre che per i professionisti anche per le società e le pubbliche amministrazioni l'obbligo di istituire una «versione «virtuale» della sede legale tramite posta elettronica certificata» prevedendo che, accanto alla tradizionale «sede fisica» che per le società viene identificata con l'indicazione dell'indirizzo nel registro delle imprese, venga affiancata una sede elettronica presso cui potranno essere recapitati tutti gli atti e i documenti di valore legale<sup>31</sup>.

Per le imprese, l'obbligo di indicare l'indirizzo PEC, scattato dal 29 novembre 2008, va adempiuto sin dal momento della presentazione della domanda di iscrizione nel registro delle imprese.

Si consideri ancora che siccome anche l'art. 43 d.lgs. n. 231 del 2001, per quanto riguarda le notificazioni all'ente responsabile per i reati commessi nel suo interesse o suo vantaggio, richiama l'art. 154, comma 4, c.p.p., la risposta positiva al quesito posto determinerebbe un ampio impiego della PEC.

A tale riguardo occorre ricordare che poiché l'art. 16 d.l. n. 179 del 2012 ha richiamato, tra le notificazioni che potrebbero essere eseguite con PEC, solo quelle da eseguirsi a norma degli artt. 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p., non sembra che le notificazioni che a norma dell'art. 154 c.p.p. devono essere eseguite alle persone giuridiche, sebbene tecnicamente possibili via PEC, possano essere sostituite per via telematica.

Ovviamente, in questi casi, il giudice potrà sempre, ai sensi dell'art. 150 c.p.p., con decreto motivato steso in calce all'atto, disporre la notificazione per PEC tenuto conto della oggettiva idoneità del mezzo tecnico a garantire la conoscibilità dell'atto.

Una soluzione differente si potrebbe imporre con riferimento alle notificazioni alle pubbliche amministrazioni. Come accennato, l'art. 16 d.l. n. 185 del 2008 prescrive che anche questi soggetti si debbano dotare di indirizzo PEC e poiché, in questo caso le notificazioni, in forza dell'art. 154 c.p.p., devono seguire le forme del codice di procedura civile, e segnatamente dell'art. 144 di quel codice di rito, trovano applicazione le disposizioni da esso previste.

In questi casi, occorre distinguere tra le amministrazioni dello Stato, per le quali le notificazioni avverranno presso l'avvocatura dello Stato, e tutte le altre amministrazioni per le quali, invece, le notificazioni si fanno direttamente presso l'amministrazione destinataria a chi la rappresenta mediante consegna di copia nella sede dell'ufficio al titolare utilizzando la PEC.

Un altro significativo aspetto da sottolineare è che, allo stato della normativa, sembra che le notificazioni per PEC possano essere impiegate solo dalla autorità giudiziaria e non anche per le comunicazioni che i difensori devono eseguire a tale soggetto. Secondo la giurisprudenza «nel processo penale, alle parti private non è consentito effettuare comunicazioni e notificazioni mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata»<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> E. Bassoli, *La PEC*, cit., p. 308.

<sup>32</sup> Così, in relazione ad istanza di rimessione in termini avanzata a mezzo PEC dal difensore di fiducia dell'imputato, Cass., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 18235, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4172. Analogamente, Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *Guida al dir.*, 2014, n. 14, p. 70 in un caso in cui il giudice non aveva preso in considerazione l'istanza di rinvio per legittimo impedimento del difensore inviata per e-mail alla cancelleria sulla base del rilievo che l'utilizzo di mezzi tecnici particolari per le comunicazioni e/o notificazioni è infatti consentito, nel processo penale, solo ai funzionari di cancelleria ai sensi dell'art. 150 del c.p.p. e che, anzi, l'art. 16, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, conv. con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221, prevede che le comunicazioni e le notificazioni vadano effettuate esclusivamente per via telematica mediante posta certificata ove si debba

Tale approdo della giurisprudenza, per la verità, non è del tutto condivisibile né comprensibile. Come accennato, in forza dell'art. 48 d.lgs. n. 82 del 2005 la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta.

Come noto, in base all'art. 152 c.p.p. salvo che la legge disponga altrimenti, le notificazioni richieste dalle parti private possono essere sostituite dall'invio di copia dell'atto effettuata dal difensore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Stante allora l'equiparazione normativa, non si vede perché le notificazioni che il difensore potrebbe eseguire per posta ordinaria non dovrebbero poter essere sostituite dall'invio telematico dell'atto. Notificazioni di costituzioni di parti civili, di citazioni di responsabili civili o di rimessioni del processo, non dovrebbero poter essere eseguite per PEC<sup>33</sup>.

## IL REGISTRO NAZIONALE DEGLI INDIRIZZI DI POSTA ELETTRONICA

Poiché, come si è accennato, il funzionamento della PEC esige la elezione obbligatoria di una sorta di domicilio elettronico, il sistema richiede un regime di piena pubblicità degli indirizzi di posta elettronica dei soggetti che sono tenuti a dotarsene.

A tal fine, l'art. 16-ter d.l. n. 179 del 2012 prevede che a decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli artt. 4 e 16, comma 12, del medesimo decreto, dall'art. 16, comma 6, d.l. n. 185 del 2009 nonché dall'art. 6-bis del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82, recante *Codice dell'amministrazione digitale*, introdotto dall'art. 5, comma 3, d.l. n. 179 del 2012 e modificato dall'art. 7 del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

In forza di tale disposizione è stata stabilita l'istituzione, presso il Ministero per lo sviluppo economico, di un elenco realizzato in formato aperto degli indirizzi di posta elettronica certificati delle imprese e dei professionisti denominato *Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata* (INI-PEC) che acquisisce dagli ordini e dai collegi professionali gli attributi professionali e può essere consultato dalle pubbliche amministrazioni, dai professionisti, dalle imprese, dai gestori o esercenti di pubblici servizi e da tutti i cittadini tramite sito web senza necessità di autenticazione.

## CONCLUSIONI

L'introduzione della PEC nel sistema penale – oggi ancora in fase di avvio, potendo essa essere impiegata solo nei procedimenti dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello e solo nei rapporti tra autorità giudiziaria e difensore – costituisce un indubbio salto in avanti nel processo di ammodernamento della giustizia.

Non constano censimenti delle notificazioni non andate a buon fine sul territorio nazionale, ma un po' di pratica delle aule di giustizia consente di apprezzare che una delle principali cause di rallentamento dei processi penali è certamente costituita da un sistema di notificazione davvero farraginoso che produce flussi di carta immensi suscettibili non solo di essere facilmente smarriti, ma che richiedono enormi risorse umane per poter essere gestite in maniera ordinata.

La notifica per PEC consente non solo un'agevole trasmissione delle comunicazioni, ma soprattutto una dematerializzazione dei documenti che, oltre ad incrementare l'efficienza ed agevolare i sistemi di archiviazione e ricerca<sup>34</sup>, non è privo di conseguenze sul piano della riduzione dei costi.

procedere "per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli artt. 148, comma 2 bis, 149, 150 e 151, comma 2, del c.p.p.". Cass., sez. V, 5 marzo 2015, n. 24332, in *CED Cass.* n. 263900 che ha dichiarato inammissibile l'impugnazione cautelare proposta al p.m. mediante PEC.

<sup>33</sup>Secondo V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., p. 12, in via generale, allo stato della legislazione non sembra possibile che i difensori possano trasmettere a mezzo PEC copie di atti, richieste o comunicazioni. Secondo tale A., tuttavia, nei casi nei quali la prassi ammette che determinate comunicazioni possano essere inoltrate all'autorità giudiziaria mediante fax non sarebbe vietato utilizzare la PEC sebbene, in tali casi, è onere della parte accertarsi del regolare arrivo della mail e del successivo inoltramento al giudice.

<sup>34</sup>Sul punto va evidenziato che in molti uffici giudiziari è stato adottato un applicativo, denominato SNT (Sistema notifiche telematiche) in grado di gestire, monitorare ed archiviare le PEC. In argomento, V. Bove, *Notificazioni telematiche*, cit., p. 13.

L'auspicio, evidentemente, è anzitutto quello di una generalizzata applicazione delle notifiche per PEC accompagnata ad una più razionale gestione degli indirizzi di posta elettronica ed alla estensione dell'obbligo della sua adozione da parte di tutti i cittadini. Ad oggi, in base d.p.r. 6 maggio 2009, i cittadini possono facoltativamente dotarsi di un indirizzo di posta elettronica da poter impiegare nei rapporti con la pubblica amministrazione. Così come, però, ogni cittadino deve dotarsi di documenti di identità e codici fiscali, in futuro, si potrebbe pensare anche alla assegnazione di un indirizzo di posta elettronica certificato che possa essere utilizzato quale domicilio elettronico. Si tratterebbe di un risultato che non deve essere considerato utopistico, visto che, oggi, non ci sono fasce sociali di cittadini che non utilizzino il *web* e che non dispongano di un indirizzo *e-mail*. Esso realizzerebbe davvero una rivoluzione che non solo sarebbe al passo con i tempi ma che, oltre ad incalcolabili effetti sul piano dell'efficienza, avrebbe un costo zero.

Ma l'auspicio è che anche il processo penale nel suo complesso possa sfruttare le potenzialità consentite oggi dall'elettronica.

Per tante ragioni, sembra che la giustizia penale opponga molte resistenze a distaccarsi dalle sue antiche tradizioni.

Sebbene siano mutati i modelli accertativi, sembra che certi rituali e determinate forme siano difficili da abbandonare.

Eppure, sarebbero tantissimi gli adempimenti che, senza snaturare le necessarie caratteristiche di oralità ed immediatezza del rito penale, potrebbero essere gestiti in forma elettronica.

Si pensi alle istanze che, ad esempio, nel corso delle indagini preliminari i difensori presentano al pubblico ministero ed al giudice per le indagini preliminari (istanze *ex art.* 199 c.p.p.; opposizioni *ex artt.* 407, commi 3 e 410, c.p.p.); le memorie che possono essere depositate nei vari procedimenti, camerali e non, dalle parti; le liste testi che, in sede di atti preliminari al dibattimento, le parti devono presentare per esercitare il diritto alla prova.

Si pensi, ancora, alle impugnazioni, che potrebbero essere presentate per PEC evitando quel complesso turismo che i fascicoli devono compiere sul territorio tra un grado di giudizio e l'altro e, soprattutto, alle notificazioni delle stesse che, ai sensi dell'art. 584 c.p.p. la cancelleria del giudice *a quo* deve curare e che, talvolta, soprattutto in presenza di centinaia di parti civili costituite, impongono adempimenti defatiganti (centinaia di copie degli atti di impugnazione da far circolare per tutte le parti costituite). Tutto questo, con un *click* si assicurerebbe una rapida trasmissione che avverrebbe senza costi e senza il rischio di qualche fatale (per la validità del processo) omissione.

Si potrebbe pensare, addirittura, alla creazione di *electronic room* nelle quali sono conservati i fascicoli del procedimento ed ai quali le parti – difensori, pubblico ministero, giudice e perfino parti private – previa idonea, procedura di identificazione ed autenticazione, potrebbero non solo inserire i pertinenti atti del procedimento (liste testi, prove documentali, etc.) ma anche accedervi in ogni momento per visionare (gratuitamente) ed estrarre copia (eventualmente previo assolvimento dei relativi diritti tramite sistemi di pagamento elettronico) degli atti.

La *e-room* potrebbe addirittura costituire la sede per la discussione – sul modello del *social forum* – di quelle istanze – come le richieste di differimento, le questioni preliminari, le richieste di prova – rispetto alle quali l'oralità attribuisce un bassissimo valore aggiunto rispetto all'atto scritto e che, tra l'altro, a legislazione vigente, non consentono neppure una vera e propria discussione.

Basti considerare, ad esempio, che ai sensi dell'art. 491, comma 3, le questioni preliminari sono discusse dal pubblico ministero e da un solo difensore entro limiti di tempo strettamente necessari alla illustrazione delle stesse senza possibilità di replica e che, in materia di prove, il pubblico ministero e le parti private, nel richiedere l'ammissione delle prove, possono, rispettivamente, illustrare i fatti oggetto dell'imputazione ed indicare quelli che intendono provare.

In tutti questi casi, le fasi del processo assumono la forme di adempimenti formali quasi burocratici che potrebbero essere assai più efficacemente sostituite da un ben formalizzato e disciplinato scambio di memorie scritte tramite PEC.

Alla *e-room*, ancora, potrebbero accedere, attraverso le opportune autorizzazioni, i giudici dei vari gradi di giudizio senza che sia necessaria la trasmissione, da un organo all'altro, di voluminosi fascicoli processuali.

Apparentemente si tratta di fantascienza ma, a ben vedere, è una realtà a portata di mano che potrebbe essere realizzata con pochissimi interventi normativi e con costi contenuti.

FRANCESCA RUGGIERI

*Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi dell'Insubria*

## La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?

### *The New Law on International Cooperation in Criminal Matters. So much promise, so little delivery?*

---

L'Autore propone una lettura della l. n.149/2016 in tema di cooperazione penale internazionale volta a sottolineare ambiti e limiti di operatività della nuova normativa.

*The Author puts forward a reading of the 149/2016 law on International Criminal Cooperation emphasizing the areas of operation and the limits of the new legislation.*

---

#### INTRODUZIONE ALLA LEGGE: CONTENUTI E STRUTTURA

La l. 21 luglio 2016, n. 149, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 4 agosto 2016 ed entrata in vigore il giorno successivo (ai sensi dell'art. 7, comma 1, l. 21 luglio 2016, n. 149)<sup>1</sup>, sin dal titolo mostra le diverse anime che la compongono. La legge si occupa, invero, della *ratifica* e della *esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, contiene la *delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale* ed introduce sin da subito specifiche *modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero* in tema di *termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive*.

Alla Convenzione del 2000 sono dedicati i primi tre articoli, che ne disciplinano la *ratifica* (art. 1), l'*esecuzione* (art. 2) e l'*attuazione*, per realizzare la quale il Governo deve adottare uno o più decreti legislativi nel rispetto dei principi e dei criteri ivi precisati (art. 3).

La delega per la riformulazione del libro XI del codice, come è noto dedicato ai *rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, è invece articolata nell'art. 4 della legge. I relativi decreti legislativi dovranno essere emanati *entro il termine di un anno dalla data di entrata in vigore della novella* (art. 4, comma 2)<sup>2</sup> e, secondo una ripartizione che riprende, anche se non nello stesso ordine, quella codicistica, interesseranno, nel rispetto di alcuni comuni principi generali (art. 4, comma 1, lett. *a*) e *b*):

- la disciplina processuale dell'assistenza giudiziaria ai fini di giustizia penale (art. 4, comma 1, lett. *c*),
- l'extradizione (art. 4, comma 1, lett. *d*),
- il riconoscimento di sentenze penali di altri Stati e l'esecuzione di sentenze penali italiane all'estero (art. 4, comma 1, lett. *e*) nonché, più nello specifico con riferimento a quest'ultima categoria, e ai soli fini

---

<sup>1</sup>Se non diversamente stabilito, gli articoli senza alcuna indicazione si riferiscono alle disposizioni della legge citata.

Per una prima presentazione della legge in commento v., L. Camaldo, F. Manfredini, *La cooperazione giudiziaria nell'era delle minacce globali e la riforma del libro xi del codice di procedura penale* in *Cass. pen.* 2016, p. 3043 ss., E.N. La Rocca, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen.* 2016, n. 3, p. 1 ss. e N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149, La ratifica della Convenzione di Bruxelles del 2000 sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, le deleghe al Governo per la sua attuazione e per la riforma del libro XI del c.p.p., e modifiche in tema di estradizione*, in <http://www.penalecontempo.rane.it/d/4936-in-divenire-la-disciplina-dei-rapporti-giurisdizionali-con-autorita-straniera-appunti-sulla-l-21-lu> (5 ottobre 2016).

<sup>2</sup>Il comma citato regola l'iter di della formazione dei decreti legislativi; il successivo comma 3 (dell'art. 4) regola altresì la possibilità di emanarne di correttivi e/o integrativi entro diciotto mesi dalla data in vigore dell'ultimo.

della garanzia giurisdizionale, il mutuo riconoscimento delle sentenze e delle altre decisioni giudiziarie nei rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione Europea (art. 4, comma 1, lett. f),  
 – il trasferimento dei procedimenti giurisdizionali (art. 4, comma 1, lett. g).

### I NUOVI COMMI DEGLI ARTT. 698, 708 E 714 C.P.P.

L'art. 5 della legge, infine<sup>3</sup>, interviene su alcune delle disposizioni attualmente vigenti dell'XI libro del codice, meglio articolando il divieto di concedere l'estradizione verso Stati che potrebbero applicare la pena di morte e colmando le lacune presenti in tema di limitazione della libertà personale dell'estradando.

Più precisamente, l'odierno art. 698, comma 2, c.p.p., come è noto dichiarato costituzionalmente illegittimo nel 1996<sup>4</sup>, oggi prevede che «*se il fatto per il quale è domandata l'estradizione è punito con la pena di morte secondo la legge dello Stato estero*», è l'autorità giudiziaria italiana (e non più lo stesso Stato richiedente) a dover «*accert[are] che è stata adottata una decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena di morte o, se questa è stata inflitta, è stata commutata in una pena diversa, comunque nel rispetto di quanto stabilito dal comma 1*» dello stesso articolo al fine di poter concedere l'estradizione.

Con riferimento ai nuovi commi di cui agli artt. 708, comma 5 e 714, comma 4-bis c.p.p. il legislatore ha regolato le ipotesi, in precedenza oggetto di diversi orientamenti giurisprudenziali<sup>5</sup>, della cessazione e/o revoca della custodia cautelare dell'estradando nei casi in cui il provvedimento con cui il Ministro abbia concesso l'estradizione sia stato impugnato avanti il giudice amministrativo e si sia conseguentemente protratta la custodia dell'estradando.

Oggi la nuova parte dell'art. 708, comma 5 c.p.p. disciplina la *sospensione* del termine per la consegna dell'estradando allorché l'efficacia della relativa decisione ministeriale di procedere all'estradizione sia sospesa appunto dal giudice amministrativo; ai sensi della medesima disposizione il suddetto termine riprenderà a decorrere una volta definito il procedimento amministrativo. Poiché la custodia dell'estradando è funzionale solo alla successiva consegna, il nuovo comma 4-bis dell'art. 714 c.p.p. delimita i relativi termini di durata, prevedendo che il provvedimento coercitivo debba essere revocato al più tardi entro il limite massimo di *tre mesi dalla pronuncia della decisione ministeriale favorevole all'estradizione*, quando l'estradando non sia stato ancora consegnato allo Stato richiedente. Qualora il provvedimento del Ministro sia oggetto di ricorso, anche in tal caso il termine è sospeso sino all'epilogo del procedimento amministrativo; nel complesso, tuttavia, non si può superare il *periodo di sei mesi*.

Il sistema ritrova una sua interna coerenza. La libertà della persona di cui è chiesta l'estradizione può essere limitata a richiesta del Ministro della Giustizia (art. 714, comma 1, c.p.p.), nel rispetto di quanto previsto dal titolo IV del codice, al fine di garantire che *la persona della quale è domandata l'estradizione non si sottragga all'eventuale consegna* (art. 714, comma 2, c.p.p.). La relativa misura coercitiva deve essere revocata, tra l'altro, qualora non siano rispettati i termini dettati dalla legge sia per l'espletamento della fase giurisdizionale (cfr. art. 714, comma 6, c.p.p.) sia, oggi, per quella davanti all'organo politico (art. 714, comma 4-bis c.p.p.).

### LA RATIFICA DELLA CONVENZIONE DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA DEL 2000: NEANCHE UN GIORNO DI VITA

Arriva fuori tempo massimo la ratifica della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Soprattutto, la ra-

<sup>3</sup> A dire il vero la legge si compone di sette articoli: il penultimo e l'ultimo, cui nel testo non si fa cenno, si occupano rispettivamente della copertura finanziaria (art. 6) e dell'entrata in vigore (art. 7).

<sup>4</sup> Il giudice della legge (C. cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223, in *Giur. Cost.* 1996, p. 1918 con nota di V. Delicato, *Diritti assoluti e garanzia di non applicazione della morte nell'estradizione*) aveva invero affermato l'illegittimità dell'art. 698 c. 2 c.p.p., ritenendo che le allora "assicurazioni" dello Stato richiedente circa la non applicabilità della pena di morte avrebbe dovuto dare non era formula ammissibile nel nostro ordinamento «*poiché il divieto contenuto nell'art. 27 c. 4 Cost. ed i valori ad essi sottostanti, primo tra tutti il bene essenziale della vita impongono una garanzia assoluta*» (C. cost. cit., sub par. 5).

<sup>5</sup> Cfr. in particolare Cass., sez. un., 28 novembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 979 con nota di E. Aprile, *Termini di durata della custodia cautelare nel caso di sospensione dell'estradizione per l'estero: le Sezioni Unite risolvono ogni incertezza interpretativa*.

tifica dell'atto convenzionale, entrato in vigore tra i primi Stati Membri sin dal 23 agosto 2005<sup>6</sup>, aumentata, in luogo di snellire, la complessità delle fonti in materia.

Come è noto, dopo la fine del periodo transitorio previsto dal Trattato di Lisbona con riferimento alla normativa già del Terzo Pilastro ed ora "comunitarizzata" alla fine del 2014, per effetto dell'art. 10 del Protocollo n. 36 al Trattato medesimo, la legge comunitaria 9 luglio 2015, n. 114 ha delegato il Governo all'attuazione delle numerose decisioni quadro e delle direttive che attendevano, alcune delle prime da un decennio, di essere trasposte nel nostro ordinamento<sup>7</sup>. Tra le direttive, in particolare, la legge comunitaria ha delegato il Governo a dare attuazione, entro il 22 gennaio 2017<sup>8</sup> all'europrovvedimento 2014/41/UE in tema di *ordine europeo di indagine penale*<sup>9</sup>. Se poi si considera che la legge in commento delega il Governo a dare attuazione alla Convenzione entro sei mesi, quindi entro il 5 febbraio 2017, mentre la stessa legge prevede che l'Esecutivo dia corso alla riforma del Libro XI entro il 5 agosto 2017 un po' di ordine appare necessario.

Si consideri il contenuto dei provvedimenti citati, tutti volti a disciplinare il medesimo oggetto.

La Convenzione del 2000<sup>10</sup>, promossa sin dal Consiglio europeo di Amsterdam del giugno 1997, era (ed è) diretta a integrare gli strumenti di cooperazione e assistenza giudiziaria penale allora operanti tra gli Stati membri dell'Unione. Ratificata da 25 dei 28 Stati dell'Unione, l'atto disciplina varie ipotesi di assistenza giudiziaria<sup>11</sup> penale, prevedendo, di regola, la trasmissione diretta delle richieste e delle in-

<sup>6</sup> Cfr. art. 27 della Convenzione, i cui sei commi sono interamente dedicati alla *entrata in vigore* dell'atto.

<sup>7</sup> Per la ricostruzione e l'analisi dei relativi decreti legislativi v. volendo nel volume collettaneo a cura di F. Ruggieri, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni* l'introduzione (Ead., *Guida alla lettura e organizzazione dei contributi*, p. 33. ss.) e i contributi di L. Camaldo (*Le squadre investigative comuni; la normativa di attuazione dopo una lunga attesa*, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 e *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reato oltre i confini nazionali*, d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9), C. Valentini (*I provvedimenti ablativi*, dd.lgs. 7 agosto 2015, n. 137, 15 febbraio 2016, n. 35 e 29 ottobre 2016, n. 202), E. Zanetti (*Diritti e processo in absentia*, d.lgs. 15 febbraio 2016, n.31), N. Galantini (*Diritti e conflitti di giurisdizione*, d.lgs. 15.2.2016 n. 29), S. Marcolini (*La circolazione delle decisioni di condanna a sanzione pecuniaria*, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 37, *La circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, d.lgs. 15.2.2016 n. 38; *La circolazione delle pronunce cautelari personali non detentive*, d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36), G. Di Paolo, *Il riconoscimento degli effetti della condanna straniera e lo scambio di dati estratti dal casellario giudiziale*, d.lgs. 12 maggio 2016, nn. 73, 74, 75).

Per una più sintetica ricostruzione v. E.M. Russo, *I diritti processuali dell'imputato, le indagini e i procedimenti transnazionali nell'unione europea in due conferenze Jean Monnet all'università di Catania*, in *Cass. pen.* 2016, p. 3908 ss. e G. Di Paolo, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3018 ss.

<sup>8</sup> V. art. 31, comma 1, l. 24 dicembre 2012 n. 234 (norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea) a proposito dei termini che il Governo deve rispettare (quattro mesi antecedenti a quello di recepimento indicato in ciascuna delle direttive)

<sup>9</sup> V. art. 1 c.1 all. B, n.23 l., n.114 del 2015.

Sull'OIE v. L. Camaldo, F. Cerqua, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.* 2014, 3511 ss.; L. Camaldo, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (oei): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione direttiva 2014/41/UE*, <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3078-la-direttiva-sull-ordine-europeo-di-indagine-penale-oei-un-congegno-di-acquisizione-della-prova-dot> (27 maggio 2014); R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.* 2015, 3288 ss.; R. Del Coco, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4371-ordine-europeo-di-indagine-e-poteri-sanzionatori-del-giudice> (21 dicembre 2015); F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.* 2015, p. 4211, M. Daniele *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3433-la-metamorfose-del-diritto-delle-prove-nella-direttiva-sull-ordine-europeo-di-indagine-penale> (20 novembre 2014), Id., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/DANIELE\\_2016b.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/DANIELE_2016b.pdf) (28 dicembre 2016).

V. altresì più ampiamente, S. Allegrezza, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 669 ss. e, soprattutto, R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, Aracne Editore, 2014, p. 206 ss.

<sup>10</sup> Sulla Convenzione cfr., nell'immediatezza della sua stesura, Calvanese, G. De Amicis, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 1052 s.; E. Selvaggi, *Una ratifica in tempi rapidi dell'accordo per assicurare l'operatività dello strumento*, in *Guida dir.*, 2000, n. 22, 108 s.; Z. Secchi, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1107 s. Oggi, diffusamente R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, cit., p. 143 ss.

<sup>11</sup> Ipotesi particolari sono costituite dalle norme in tema di restituzione del bene provento di reato al legittimo proprietario (art. 8), di temporaneo trasferimento di un detenuto per lo svolgimento di un atto di indagine (art. 9), di audizione della prova orale mediante video- (o tele-) conferenza (art. 10 e 11), di consegne sorvegliate (art. 12).

formazioni tra le autorità giudiziarie (cfr. artt. 6 e 7 della Convenzione); istituisce le *squadre investigative comuni* (art. 13 della Convenzione), regola forme di collaborazione attraverso *agenti infiltrati o sotto falsa copertura* (art. 14), dedica un intero titolo (il III) al tema delle *intercettazioni*; si occupa della protezione dei dati personali (art. 23 della Convenzione).

L'art. 3 della legge di delega in commento richiama espressamente alcune delle particolari ipotesi di assistenza giudiziaria previste dalla Convenzione, tra cui la videoconferenza (art. 3, comma 1, lett. d)<sup>12</sup> e le operazioni di intercettazioni all'estero (art. 3, comma 1, lett. f), prevede la *responsabilità civile e penale dei funzionari stranieri ammessi a partecipare sul territorio dello Stato alle consegne sorvegliate di cui all'articolo 12 della Convenzione per i danni causati nell'adempimento della missione conformemente al diritto italiano* (art. 3, comma 1, lett. g), e, in particolare detta criteri e principi generali a cui deve uniformarsi il lavoro del governo. Si parla di *miglioramento* della cooperazione nel rispetto della *libertà individuale* (art. 3, comma 1, lett. a), di *rapidità* e *efficacia* della cooperazione nel rispetto di diritti fondamentali assicurati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali (art. 3, comma 1, lett. b): entrambe queste previsioni richiamano altresì *i principi e i criteri* dettati dalla stessa legge delega a proposito della riforma del Libro XI dall'art. 4 della legge. Si estende poi l'assistenza giudiziaria ai procedimenti per l'applicazione di sanzioni amministrative con riferimento alle richieste di assistenza giudiziaria ad altri Stati membri dell'Unione europea (art. 3, comma 1, lett. c).

Tra i principi che devono essere rispettati nell'esercizio della delega per la riforma del libro XI (art. 4, comma 1) si prevede che le materie ivi indicate (*estradizioni, domande di assistenza giudiziaria internazionale, effetti delle sentenze penali straniere, esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane nonché altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale*) sono disciplinate, nell'ordine:

- dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea,
- dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi;
- se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano:
  - le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato;
  - e le norme di diritto internazionale generale.

E solo se anche tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicheranno le norme del libro XI del codice di procedura penale (art. 4, comma 1, lett. a).

Oggi, a norma dell'attuale art. 696 c.p.p., la Convenzione dovrebbe applicarsi in coordinamento con quella di Strasburgo del 1959.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1 della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale<sup>13</sup>, peraltro, la direttiva a decorrere dal 22 maggio 2017, sostituisce le corrispondenti disposizioni delle convenzioni applicabili tra gli Stati membri tra cui la *convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959*, nonché proprio la *Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione*.

«L'ordine europeo di indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva. L'OEI può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» (art. 1, comma 1 direttiva 2014/41/UE). Si basa sul principio del mutuo riconoscimento, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona (art. 1 cit.) e si applica a qualsiasi atto d'indagine, tranne che operi una squadra investigativa comune (art. 3 direttiva 2014/41/UE), oggi disciplinata dal d.lgs 15 febbraio 2016, n. 34<sup>14</sup>; l'OEI si estende dunque a tutti gli atti già disciplinati dalla Convenzione del 2000.

<sup>12</sup> Per le altre particolari ipotesi previste dalla Convenzione v. nota precedente. La legge delega richiama esplicitamente anche il trasferimento delle persone detenute a fini investigativi (v. art. 3, comma 1, lett., d).

<sup>13</sup> V. la bibliografia citata alla nota 9.

<sup>14</sup> Con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 il legislatore, nel rispetto della legge comunitaria più volta citata, ha dato attuazione alla decisione quadro 2002/465/GAI intitolata appunto alle *squadre investigative comuni*. Per un primo commento cfr. L. Camaldo, *Le squadre investigative*. cit.



Per i rapporti con gli altri Stati membri firmatari, la Convenzione di assistenza del 2000 per il nostro Paese avrà dunque vita breve, se non brevissima; non a caso il legislatore delegante nel dettare i principi cui dovrà ispirarsi il delegato nell'attuarla ha richiamato *tout court* quelli previsti, e molto più articolati, per la riforma del Libro XI.

Si potrebbe verosimilmente prospettare, infatti, il seguente scenario:

- entro il 5 febbraio 2017 il legislatore emette i necessari decreti legislativi per l'attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000; la parte relativa alle squadre investigative comuni, oggetto di recente disciplina interna, in attuazione della decisione quadro citata, dovrebbe essere regolata per quanto di diverso vi possa essere tra le due fonti comunitarie (la Decisione quadro e la Convenzione del 2000);

- in attesa della riforma del Libro XI del codice di rito, sino al 5 agosto 2017, ai sensi dell'art. 696 c.p.p. la Convenzione si applica nei confronti degli Stati membri UE firmatari, in coordinamento con la Convenzione di assistenza del 1959;

- nelle more, però, il legislatore attua la direttiva 2014/41/UE (che dovrebbe essere implementata entro il 5 gennaio 2017, ma il condizionale è d'obbligo), con il che diviene operativo l'OIE e, ancor prima del 22 maggio 2017, in assenza di norme transitorie, la Convenzione potrebbe non operare mai.

## LA RIFORMA DEL LIBRO XI: LE NOVITÀ

La delega relativa alla riforma del libro XI può essere letta secondo una duplice prospettiva: la disciplina dei rapporti con gli Stati membri dell'Unione Europea, mirata a ribadire le peculiarità delle relazioni improntate ai principi dell'euro-spazio di giustizia libertà e sicurezza da un lato; le regole dirette a introdurre nella trama codicistica istituti e criteri direttivi sviluppatasi di recente nei rapporti giurisdizionali con autorità straniere dall'altro.

I due tipi di approcci, seppure non siano sempre nettamente distinguibili, consentono di evidenziare le maggiori novità della normativa.

Con riferimento alla prima ottica, sin dalla disposizione iniziale (art. 4, comma 1, lett. a), il legislatore distingue i nuovi principi generali in tema di cooperazione distinguono a seconda che vengano in rilievo i rapporti con l'Unione europea ovvero con il resto del mondo. Il principio di prevalenza della fonte internazionale rispetto a quella codicistica è declinato diversamente nell'uno e nell'altro caso, nell'osservanza delle diverse fonti di riferimento: nel caso dell'Unione Europea le «*norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi*». (art. 4, comma 1, lett. a), n. 1) È invece comune a qualsiasi tipo di rapporto tra Stati il potere del Ministro della Giustizia di non dar corso «*alle domande di assistenza giudiziaria, alle richieste in materia di estradizione, nonché alle altre richieste riguardanti i rapporti con le autorità straniere relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità*» (art. 4, comma 1, lett. b).

Entro questa cornice il legislatore riserva alla materia dell'Unione una disciplina differenziata in diversi ambiti: in tema di assistenza giudiziaria con riferimento *al potere del Ministro della giustizia di non dare corso all'esecuzione della relativa domanda (nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea esercitato nei casi e nei limiti stabiliti dalle convenzioni in vigore tra gli Stati ovvero dagli atti adottati dal Consiglio e dal Parlamento dell'Unione europea, art. 4, comma 1, lett. c), n. 1)*; a proposito della comunicazione al Ministro della Giustizia nel caso di *presenza di rappresentanti ed esperti dell'autorità richiedente [assistenza giudiziaria] alle attività da compiere (art. 4, comma 1, lett. c), n.6)*; nella regolamentazione dell'assunzione di prove orali per mezzo di *forme di collegamento a distanza (4, comma 1, lett. c), n.9)* e delle *squadre investigative comuni (4, comma 1, lett. c), nn. 10, 11, 12)*. Tutta la lettera *f* dell'art. 4, comma 1, inoltre, come si è già avuto modo di osservare, è dedicata al principio del *mutuo riconoscimento*<sup>15</sup> dei provvedimenti giurisdizionali tra Stati membri dell'Unione, esclusivamente ai *fini della garanzia giurisdizionale*, con particolare riguardo, tra l'altro, alla *esecuzione delle relative decisioni (4, comma 1, lett. f), n. 1)*, alla *trasmissione*

<sup>15</sup> Sul principio tra molti cfr. S. Buzzelli, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir., Annali II-1, 2008*, § 11 in particolare nonché F. Siracusano, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1.

*diretta* delle stesse e della eventuale documentazione integrativa (4, comma 1, lett. f), n. 2) ovvero ai *rimedi a tutela dei diritti dei terzi di buona fede eventualmente pregiudicati dall'esecuzione della decisione* (4, comma 1, lett. f), n. 8). Poiché oramai il tema dell'extradizione, nell'ambito dei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione è stato sostituito dal mandato di arresto europeo<sup>16</sup> la legge non dedica invece alcuna specifica parte all'ordinamento euro-unitario nell'ambito della parte appunto dedicata all'extradizione.

A proposito della recezione all'interno del codice di novità che si sono andate affermando nei sempre più articolati rapporti con gli altri Stati nella cooperazione penale, colpiscono sin da subito le scelte semantiche del legislatore del 2016 che, abbandonata la classica locuzione "rogatoria", parla di *assistenza giudiziaria ai fini di giustizia penale*.

Nei rapporti con gli Stati diversi da quelli dell'Unione il potere ministeriale di veto alle richieste provenienti dall'estero dovrà essere esercitato nell'ambito di solo alcuni dei criteri già vigenti (art. 723, comma 1, c.p.p.). Il legislatore riduce sensibilmente i poteri del Ministro che potrà censurare le richieste «*soltanto in caso di pericolo per la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato*» (art. 4, comma 1, lett. c, n. 1). Un domani sarà rimesso all'autorità giudiziaria il controllo sui criteri oggi attribuiti anche al controllo ministeriale, qualora ad esempio la richiesta di assistenza riguardi un *atto vietato dalla legge* (cfr. art. 723, comma 2, c.p.p. e art. 4, comma 1, lett. c), n.5) ovvero risulti discriminatoria e/o persecutoria (cfr. artt. 723, comma 3 e 724, comma 5, lett. c) c.p.p. e 4, comma 1, lett. c), nn. 5.1 e 5.3).

Gli organi esecutivi saranno il procuratore della Repubblica e il giudice per le indagini del distretto (cfr. art. 4, comma 1, lett. c), nn. 2, 3 e per le ipotesi di procedure semplificate specie quando si tratti di atti da compiersi in più distretti, n. 4).

Come si è già incidentalmente notato, la delega disciplina espressamente la partecipazione di *rappresentanti e ed esperti dell'autorità richiedente* (art. 4, comma 1, lett. c, n. 6), l'assunzione a distanza (art. 4, comma 1, lett. c), n. 9), le squadre investigative comuni (art. 4, comma 1, lett. c), nn. 10, 11, 12), la trasmissione spontanea di informazioni (art. 4, comma 1, lett. c, n.13).

Anche con riferimento all'extradizione la legge distingue<sup>17</sup> nettamente i poteri di sindacato del Ministro cui è attribuito «*un potere di blocco delle procedure di estradizione avviate su richiesta dell'autorità giudiziaria o delle procedure di estradizione dall'estero ... a tutela di interessi supremi della Repubblica*»<sup>18</sup>: nel caso in cui la domanda di estradizione «*possa compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato*» (art. 4, comma 1, lett. d), n. 1), qualora sia necessario «*subordinare a condizioni la concessione o il rifiuto dell'extradizione del cittadino*» (art. 4, comma 1, lett. d), n. 2); se «*la richiesta di estradizione dall'estero può pregiudicare la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato*» (art. 4, comma 1, lett. d), n. 8) ovvero ancora nel caso in cui si debba procedere all'accettazione o meno «*delle condizioni eventualmente poste dallo Stato estero per concedere l'extradizione, purché non contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato*». Nel procedimento estradizionale per l'estero all'autorità giudiziaria è riservata la fase sostanzialmente già oggi regolata, quanto a presupposti, dall'art.705 c.p.p. (art. 4, comma 1, lett. d), nn. 7, 7.1-7.4).

«*Quanto ai principi in materia di riconoscimento di sentenze penali di altri Stati e di esecuzione all'estero di sentenze penali italiane (lettera e) la delega è ispirata in primo luogo a principi di massima semplificazione*»<sup>19</sup> (art. 4, comma 1, lett. e), n. 1). Entro questa cornice di riferimento, anche a tal proposito la legge riprende molti dei principi già presenti nelle norme del codice, tra cui, in particolare, i presupposti del riconoscimento (cfr. artt. 733 c.p.p. e 4, comma 1, lett. e), nn. 2.1-2.7).

L'art. 4, comma 1, lett. g), nn. 1-2, infine, disciplina il «*trasferimento dei procedimenti giurisdizionali*» che, se effettuato «*in favore della giurisdizione di un altro Stato*», dovrà prevedere il sindacato dell'organo politico e che «*la giurisdizione in cui favore è operato il trasferimento sia interessata da più stretti legami territo-*

<sup>16</sup> Anche in tal caso non ci si può che limitare a una sola indicazione, ampia, generale ed esauriente sul tema: M. Chiavario, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013.

<sup>17</sup> Parla in particolare di *esercizio distinto* il Dossier n. 183/3, *Elementi per l'esame in Assemblea*, 8.7.2016 della *Documentazione per l'esame di Progetti di legge*, del Servizio Studi della Camera dei deputati, XVII Legislatura, p.4 predisposto appunto con riferimento alla *Ratifica della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (Bruxelles, 29 maggio 2000) e deleghe al Governo per la sua attuazione e per la riforma del libro XI del codice di procedura penale A.C. 1460-B.* (disponibile sul sito camera.it).

<sup>18</sup> Dossier n. 183/3, *loc.cit.*

<sup>19</sup> Dossier n. 183/3, *cit.*, p. 5.

riali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova, così da renderla maggiormente idonea alla decisione». Si tratta di una norma volta a prevenire eventuali conflitti di giurisdizione o meglio a risolvere eventuali conflitti di litispendenza internazionale<sup>20</sup>, secondo uno schema che richiama la normativa dettata dalla decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi alla giurisdizione in tema di conflitti di giurisdizione, cui ha dato di recente attuazione il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29<sup>21</sup>.

### L'IMPATTO DELLE NUOVE NORME E QUALCHE RIFLESSIONE DI SINTESI

Uno dei primi commentatori della nuova legge ha cercato di disegnare l'impatto della futura legge delega sul tessuto codicistico, individuando, per necessità in modo parziale, alcune delle norme che potrebbero essere ritoccate o riscritte in tale opera<sup>22</sup>. Il sistema delle fonti «implementerà»<sup>23</sup> l'art. 696 c.p.p., la disciplina dei poteri del Procuratore generale della Repubblica in tema di estradizione «comporterà di emendare gli artt. 701 e 703 c.p.p.», all'art. 699 c.p.p. (*principio di specialità*) bisognerà specificare l'irrevocabilità della rinuncia dell'estradata alla garanzia<sup>24</sup>; anche all'art. 705 c.p.p., sebbene i motivi di rifiuto si sovrappongano a quelli ivi previsti, «per completezza dovrà essere modificato»<sup>25</sup> così come l'art. 721 c.p.p. «per introdurre la previsione in base alla quale nell'extradizione dall'estero il principio di specialità operi come causa di sospensione del procedimento e dell'esecuzione della pena»<sup>26</sup>. A queste modifiche si devono aggiungere almeno quelle relative al riconoscimento delle sentenze penali straniere, a cominciare dall'art. 730 c.p.p.<sup>27</sup>, senza dimenticare gli artt. 734 e 735 c. 6 c.p.p.<sup>28</sup> nonché le disposizioni in tema di squadre investigative comuni che «potrebbero richiedere almeno l'introduzione di un nuovo titolo o capo»<sup>29</sup>.

L'impressione che si ricava dalla lettura della legge e da queste prime interpretazioni, è quella di un intervento che forse avrebbe potuto essere molto più incisivo, al fine di trasformare *ab imis* e in forma più coerente l'intero sistema.

Senza togliere nulla alle future scelte del legislatore delegato, peraltro, la legge delega non sembra impedire una rivisitazione integrale dell'intero libro XI. Certo, alcuni vincoli contenuti nelle singole disposizioni risentono del legame che la disciplina vuole ancora preservare rispetto ad una tradizione secolare<sup>30</sup>.

Le scelte del legislatore delegato in punto organizzazione della materia, come per qualsiasi operazione di tecnica legislativa, tuttavia, possono rivelarsi determinanti nel sottolineare le novità pure in una cornice per molti aspetti tradizionale. L'opzione volta a distinguere nettamente i rapporti con gli Stati membri dell'Unione Europea dagli altri ordinamenti potrebbe imporre un titolo dedicato, ove i relativi principi e criteri ispiratori configurerebbero una normativa estremamente sensibile alle mutevoli esigenze della cooperazione, paradigmatica anche di altre relazioni internazionali. Analogamente, l'articolazione delle disposizioni in tema di assistenza giudiziaria, differenziate a seconda della natura dell'atto, reale o personale, interessato, potrebbe rappresentare organicamente principi e criteri di una disciplina sempre più spesso in tensione tra esigenze di accertamento, diritti della persona e fruibilità dei relativi risultati probatori.

La legge delega rimette al legislatore delegato un lavoro complesso ed ampio. L'auspicio è che tale potere sia esercitato con la necessaria visione d'insieme.

<sup>20</sup> L. Luparia, *Bis de eadem re ne sit in actio. Premesse per uno studio sulla litispendenza penale internazionale*, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di M. Pisani*, Piacenza, La Tribuna, 2010, II, pp. 323 ss.

<sup>21</sup> Cfr. ampiamente N. Galantini, *Diritti e conflitti*, cit.

<sup>22</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit.

<sup>23</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 2.

<sup>24</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 4.

<sup>25</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 5.

<sup>26</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 6.

<sup>27</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 6.

<sup>28</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 7.

<sup>29</sup> E.N. La Rocca, *La legge di ratifica*, cit., p. 4.

<sup>30</sup> Si pensi, emblematicamente, ai poteri di sindacato del Ministro che, descritti in modo differenziato a seconda dell'istituto in cui intervengono, avrebbero potuto invece ricevere una trattazione unitaria molto più efficace

VANIA MAFFEO

Professore Associato – Università degli Studi di Napoli “Federico II”

## La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace

*The clause of the Penal code about the trivial nature of the events does not apply to the judiciary matters that falls under the ruling scope of the “Giudice di pace”*

Il legislatore del 2015 ha introdotto nell’ordinamento penale la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, costruendola in modo significativamente diverso dall’omologo istituto già operante nel procedimento innanzi al giudice di pace. Nulla ha stabilito circa il coordinamento tra i due istituti, in particolare non ha chiarito se il nuovo, che si caratterizza per presupposti e condizioni meno stringenti, sia applicabile in riferimento ai reati di competenza del giudice di pace. Se così si ritenesse, la particolare tenuità prevista per il procedimento innanzi al giudice di pace sarebbe sostanzialmente abrogata, con l’effetto di svilire la posizione che in quell’ambito è riconosciuta alla persona offesa. Si tratta allora di indagare il tema, per verificare se la scelta interpretativa di separare nettamente gli ambiti operativi delle due formule di definizione anticipata dei procedimenti risponda a ragionevolezza e sia sistematicamente coerente.

*In 2015 the legislator has introduced into penal code the law that regulates the “non-punishable cause” if the events are deemed to be of trivial nature. This has been coded in a significantly different way, from the similar law that applies to events that fall under the jurisdiction of the “giudice di pace”. In this occasion (2015) nothing was said or no rules were introduced to regulate the similarities of those laws when applied by the different courts (criminal and small claims). Specifically, it was not clarified if the new and less stringent criteria that apply to the criminal law are also applicable to the matters that fall under the jurisdiction of the “giudice di pace. If those less stringent criteria were indeed to be applied to the matters that fall under scope of actions of the “giudice di pace”, this will result in a de facto disappearance of the powers of this court to rule on such circumstances, and thus in turn will diminish the ability of the claimant to see claims upheld. Therefore it is vital to accurately study and investigate this matter to verify if the current interpretation of keeping the operational spheres of the two courts on how to reach an early closure of the judiciary process, markedly separated, is both reasonable and systematically coherent.*

### PREMESSA

Nei primi studi dedicati alla giurisdizione penale di pace si colse subito che alcuni istituti, del tutto o solo parzialmente innovativi rispetto all’ordinario sistema, avrebbero avuto un futuro oltre i confini della giustizia per così dire “minore”, quasi che fossero stati modellati sul procedimento di pace anche per essere testati in vista di un futuro uso generalizzato<sup>1</sup>.

Tra questi emergeva lo strumento della particolare tenuità del fatto, che abilita il giudice di pace ad archiviare il procedimento o, esercitata l’azione, ad emettere sentenza proscioglitrice, con il contestuale riconoscimento di un forte ruolo partecipativo della persona offesa, legittimata addirittura a impedire la pronuncia della sentenza.

<sup>1</sup> Cfr. G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace – Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 313, che ha osservato come la particolare tenuità dichiarabile ex art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, dischiudesse «sotto il profilo metodologico, orizzonti nuovi sul piano della politica criminale e della tecnica del processo, coltivabili, nei tempi a venire, su più larga scala».

Elaborata da varie Commissioni ministeriali di studio, la particolare tenuità del fatto è stata, infine, introdotta con valenza generale nel sistema penale, in forza della l. delega 28 aprile 2014, n. 67, a cui ha fatto seguito il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha novellato il codice penale con l'inserimento del nuovo art. 131-*bis*<sup>2</sup>.

Tra le questioni poste all'attenzione dell'interprete spicca quella relativa alla compatibilità della nuova disciplina con l'istituto proprio della giurisdizione di pace: ci si è chiesti se, una volta divenuta clausola d'ordine generale, la particolare tenuità del fatto possa trovare applicazione anche in riferimento ai reati di competenza del giudice di pace; problema non marginale, dato che le significative differenze di disciplina, pur incapaci di arginare la sovrapposizione dei due istituti, ne compromettono l'ordinata e ragionevole compresenza: i requisiti per la dichiarazione di particolare tenuità nel procedimento innanzi al giudice di pace sono più numerosi e più stringenti, sicché, per la gran parte dei casi, è più agevole applicare anche in quel settore la nuova particolare tenuità.

La conseguenza, per nulla trascurabile, si misura in termini di sacrificio dei diritti e delle facoltà che l'ordinamento di pace riconosce alla persona offesa, il cui interesse alla prosecuzione del processo concorre a formare l'oggetto delle valutazioni giudiziali in punto di particolare tenuità.

Per il vero, qualche Commissione di studio, nel riconoscere la funzione sperimentale della particolare tenuità nel giudizio di pace, aveva suggerito l'abrogazione espressa dell'istituto proprio del procedimento innanzi al giudice di pace<sup>3</sup>; non così i vari progetti di legge che nel tempo sono stati presentati<sup>4</sup>, i quali hanno mostrato scarsa attenzione a tale aspetto.

Il legislatore della riforma ha seguito quest'ultima direttrice e sostanzialmente ha affidato all'interprete il compito di trovare la soluzione più efficace.

Subito dopo il varo della nuova disciplina sono stati segnalati i rischi di questa scelta, sottolineando che la non perfetta coincidenza dei presupposti avrebbe creato qualche incertezza sistematica, specie considerando che la particolare tenuità regolata nel procedimento innanzi al giudice di pace può essere applicata anche dal giudice ordinario le volte in cui questi si trova, per connessione, a conoscere di reati rientranti nella competenza "minore"<sup>5</sup>.

Si è poi rilevato che il risultato della convivenza di due modelli profondamente diversi di proscioglimento per tenuità è assai poco apprezzabile e che bene avrebbe fatto il legislatore a risolvere in modo radicale il problema, decretando l'abrogazione della clausola prevista per il procedimento dinnanzi al

<sup>2</sup>In dottrina è stato stigmatizzato l'atteggiamento del legislatore della riforma, che non è stato capace «di far tesoro dell'esperienza maturata dalle numerose Commissioni ministeriali chiamate nel tempo a occuparsi del tema», tradendo le attese, per disattenzione, inclinazione al compromesso, refrattarietà agli insegnamenti della dottrina processualistica: così, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, p. 83.

<sup>3</sup>Il Gruppo di studio per la revisione del sistema penale e norme di depenalizzazione, istituito con d.m. del 14 novembre 2012 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia e presieduto dal prof. A. Fiorella (cd. Commissione Fiorella), nell'esaminare i rapporti con gli omologhi istituiti degli altri settori dell'ordinamento, ha parlato di sperimentazione nel procedimento minorile e in quello dinanzi al giudice di pace e, pur senza darne motivazione nella Relazione illustrativa, ha risolto la questione, prevedendo all'articolo 18 dell'elaborato finale, l'abrogazione sia della disciplina della particolare tenuità nel procedimento innanzi al giudice di pace che di quella propria del giudizio minorile. Allo stesso modo, la Commissione di studio per l'elaborazione di una proposta di interventi in tema di processo penale, istituita con d.m. del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal dott. G. Canzio (c.d. Commissione Canzio), ha taciuto nella Relazione illustrativa ma nell'articolato proposto ha inserito l'abrogazione espressa della particolare tenuità del procedimento innanzi al giudice di pace. Invece, la Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, istituita con d. m. del 27 luglio 2006 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia e presieduta dal prof. G. Riccio (cd. Commissione Riccio), nel dirsi «unanimemente favorevole a estendere al processo ordinario l'istituto della tenue offensività, sinora confinato, a titolo sperimentale, nel sottosistema minorile e in quello di pace», non ha sciolto il quesito su quale dovesse essere la sorte della particolare tenuità del giudizio di pace.

<sup>4</sup>Il riferimento è alla proposta di legge n. 5722 della XIV Legislatura, d'iniziativa dei deputati Onnis e Cola; alla proposta di legge n. 2094 della XVI Legislatura, d'iniziativa dei deputati Tenaglia ed altri; al disegno di legge n. 110 della XVII Legislatura, d'iniziativa dei senatori Palma e Caliendo, a cui direttamente si è collegato il disegno di legge poi approvato nella legge n. 67 del 2014.

<sup>5</sup>G. Amato, *Rischio incoerenza con la disciplina del giudice di pace*, in *Guida dir.*, 2015, 15, p. 45. Per G. Garuti, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *questa Rivista*, 2015, 6, p. 7, «non vi è dubbio infatti che la nuova causa di non punibilità disciplinata dall'art. 131-*bis* c.p. possa trovare applicazione anche nel procedimento davanti al giudice di pace – grazie alla previsione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 274/2000 –, risultando essa strutturata in modo completamente diverso e non richiedendo tutte le condizioni richieste dall'art. 34, d.lgs. n. 274/2000 27; come al contempo quest'ultima causa di non punibilità potrà trovare applicazione nell'ambito del rito ordinario, laddove sussistano le condizioni di cui all'art. 63, d.lgs. n. 274/2000».

giudice di pace<sup>6</sup>. E, in termini di critica ancora più severa, si è detto che è difficile accettare l'irragionevolezza di un apparato normativo dal quale si deduce l'inapplicabilità della clausola generale (e più ampia) di esiguità in riferimento ai reati più lievi<sup>7</sup>. Si tratta di rilievi puntuali che si rivelano utili nel tracciare il sentiero sul quale orientare l'analisi del tema.

#### CONSIDERAZIONI D'ORDINE LETTERALE SULLA LEGGE DELEGA DEL 2014

La l. n. 67 del 2014, che ha conferito delega per disciplinare la clausola generale di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ha dettato poche e scarse indicazioni; se si rileggono con cura le disposizioni di delega se ne riscontra, in aggiunta all'essenzialità, una certa superficialità di redazione: l'istituto, ora regolato dall'art. 131-*bis* c.p., non è indicato come oggetto dell'intervento normativo delegato, costituito esclusivamente dalla riforma del sistema sanzionatorio<sup>8</sup>. L'articolo 1 della legge, la cui rubrica è "Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie", delinea – al comma 1 – l'oggetto attraverso la prospettiva finalistica dei decreti incaricati di attuare la riforma delle pene.

Il riferimento alla particolare tenuità del fatto compare soltanto come uno dei criteri direttivi per orientare il delegato nella elaborazione della nuova disciplina, ma non si comprende come l'introduzione di questa causa di esclusione della punibilità possa essere, essa stessa, criterio orientativo per la riforma del sistema delle pene, e non, invece, oggetto autonomo della delega.

Il programma di politica giudiziaria volto a ridurre l'impatto quantitativo delle pene inframurarie può avvalersi anche di questa forma di depenalizzazione in concreto, che giova ad espellere dall'area della penalità i fatti che, pur conformi al tipo, sono segnati in concreto da un grado di offensività di assoluta modestia, e ciò per meglio graduare la risposta sanzionatoria tra i fatti che meritano considerazione penale. Ma è indubbio che essa non giova ad attuare una riforma del sistema delle pene.

Potrebbe allora concludersi questa breve disamina del testo della legge delega prendendo atto dell'imprecisa formula di redazione e, al contempo, della sua irrilevanza per la comprensione dei contenuti del provvedimento. Il legislatore delegato, del resto, ha dato attuazione al mandato e non ha certo rinvenuto un ostacolo nel fatto che la particolare tenuità fosse menzionata tra i criteri direttivi e non nell'oggetto della delega.

Se, però, l'attenzione si concentra sulla questione dell'applicabilità del nuovo istituto nel settore della giurisdizione di pace, quel che è sembrata nulla più che una cattiva ma innocua formulazione letterale acquista di significato.

Non consegna, in questo senso, una risposta risolutiva, ma concorre a delineare le direttrici di una possibile lettura alternativa alle prime critiche dottrinali.

La riforma del sistema delle pene, che poi non ha trovato attuazione perché è scaduto il termine di esercizio della delega senza che il Governo abbia proposto uno schema di decreto legislativo, atteneva esclusivamente al settore della giurisdizione penale che fa capo ai Tribunali.

Il tema era quello della revisione del catalogo sanzionatorio. Alle tradizionali pene principali si aggiungevano le pene detentive non carcerarie, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, in riferimento a reati puniti con pene detentive non particolarmente elevate nel massimo edittale.

È evidente che il settore di intervento non interferiva con la materia penale affidata alla giurisdizione di pace, che proprio per i profili sanzionatori è governata da regole incompatibili con un eventuale innesto della riforma.

Come è noto, la legge già prevede automatiche modificazioni delle pene detentive previste per i reati che rientrano nella competenza del giudice di pace, con immediata sostituzione in pena pecuniaria, obbligo di permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità. Uno dei criteri direttivi imponeva che si regolasse il potere del giudice di applicare, in riferimento ai reati interessati dalle modifiche delle pene con sostituzione in pene detentive non carcerarie, anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità dopo aver sentito le parti.

<sup>6</sup>F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., p. 104.

<sup>7</sup>A. Nisco, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in M. Baccari-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, p. 219 ss.

<sup>8</sup>Stesso difetto di redazione si riscontra nel disegno di legge n. 110 della XVII Legislatura, d'iniziativa dei senatori Palma e Caliendo, di cui si è detto nella nota 4.

Il lavoro di pubblica utilità, che l'ordinamento già conosce come sanzione propria di alcuni dei reati compresi nella competenza materiale del giudice di pace, era dunque previsto e disciplinato come sanzione ulteriore rispetto alla reclusione domiciliare e all'arresto domiciliare, il che lascia assai poco spazio all'ipotesi che quella riforma potesse interessare la materia della giurisdizione "minore".

Argomento decisivo in tal senso si ricava dall'ultimo dei criteri direttivi di delega, destinato al "coordinamento delle nuove norme in materia di pene detentive non carcerarie" con alcuni settori di disciplina, e specificamente con la l. n. 689 del 1981 (modifiche al sistema penale e disciplina dell'illecito amministrativo), con la legge del 2010 sull'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi, con il testo unico sul casellario giudiziale, con la legge di ordinamento penitenziario.

Il legislatore, in questa puntuale elencazione, non ha menzionato il decreto delegato sulla competenza penale del giudice di pace, dato inequivoco dell'assenza di una volontà riformatrice di quella materia.

Se, dunque, l'oggetto della riforma era del tutto estraneo alla materia della giurisdizione penale di pace, e se uno dei criteri direttivi aveva riguardo, per quanto in modo non corretto, all'introduzione dell'istituto della particolare tenuità del fatto in funzione di esclusione della punibilità, è logico ritenere che quest'ultima novità normativa non possa interessare il settore dei reati di competenza del giudice di pace.

Questo può dirsi quanto meno in riferimento alle intenzioni del legislatore della delega, ben sapendo che il dato interpretativo non è dirimente e deve misurarsi con altri, forse più solidi, argomenti.

## I LAVORI PREPARATORI DELLA RIFORMA

L'incertezza sull'ambito applicativo della particolare tenuità del fatto, come disegnata dalla legge n. 67 del 2014, è stata avvertita, del resto, già nel corso dei lavori parlamentari. Ne dà atto la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2015, che riferisce delle osservazioni delle Commissioni Giustizia del Senato e della Camera dei deputati, con cui si poneva l'accento sulla opportunità di un coordinamento con l'analogo istituto regolato dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 sulle competenze penali del giudice di pace.

L'osservazione, si sa, non è stata accolta e le ragioni sono sommariamente articolate nella menzionata relazione illustrativa. La legge delega, con quello scarno criterio direttivo, ha fatto carico al Governo di provvedere all'adeguamento "della relativa normativa processuale penale" conseguente alla regolazione della nuova causa di esclusione della punibilità, ma non ha dato mandato per un coordinamento con istituti analoghi.

L'adeguamento, allora, si è risolto nella predisposizione dei percorsi procedurali entro cui la nuova causa di non punibilità può essere rilevata e valutata, con modifiche alla disciplina dell'archiviazione e del proscioglimento predibattimentale. Altro sarebbe stato l'impegno di coordinamento, che avrebbe dovuto operare i raccordi con altri istituti; ridefinirne, se del caso, nuovi confini; prendere atto, in via estrema, di fenomeni di abrogazione tacita.

D'altro canto, i contenuti della relazione illustrativa inducono ad escludere che il legislatore delegato abbia intravisto possibili sovrapposizioni applicative del nuovo istituto con quello che, nel procedimento dinnanzi al giudice di pace, consente (e consentiva già) di definire la vicenda giudiziaria con provvedimento di sopravvenuta improcedibilità per fatti di particolare tenuità.

Nel dare conto delle ragioni che hanno condotto alla scelta di non attribuire alla persona offesa un potere di veto alla dichiarazione di non punibilità si ricorda anzitutto che, sul punto, il legislatore della delega ha taciuto, e che questo era l'unico modo per manifestare una volontà contraria; si è poi comparata la soluzione accolta con l'analoga disciplina dell'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel giudizio innanzi al giudice di pace, ove però si dà rilievo all'eventuale interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, e si è affermato che l'affinità degli istituti non avrebbe giustificato una deviazione dalla delega in nome di una sorta di principio dispositivo del processo e della punibilità ad opera della persona offesa, che non ha nel sistema portata generale.

Ecco, dunque, che traspare dagli argomenti appena riassunti l'idea che la particolare tenuità del procedimento dinnanzi al giudice di pace abbia natura speciale. Allo stesso modo, ma con maggiore chiarezza, si era poco prima pronunciata la Commissione ministeriale incaricata di «elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale»<sup>9</sup>, che aveva optato per una disciplina

<sup>9</sup>Istituita con d. m. del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia e presieduta dal prof. F. Palazzo.

affrancata da condizionamenti derivanti dalla presenza della persona offesa.

Da qui la scelta di accentuazione della vocazione deflativa dell'istituto nel procedimento dinnanzi al giudice per così dire ordinario, per l'assenza di ricadute negative nell'ambito di un sistema che valorizza strumenti di mediazione e di ricomposizione del conflitto, data la sua totale estraneità rispetto alla funzione conciliativa e di mediazione.

## LE INCERTEZZE GIURISPRUDENZIALI

Sul rapporto di specialità tra i due istituti ha fatto leva la prima pronuncia della Corte di cassazione che ha affrontato la questione dell'applicabilità innanzi al giudice di pace della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p.p. È stata sostenuta, anzitutto, una relazione di "specialità reciproca" tra il procedimento dinnanzi al giudice di pace e quello "ordinario", fondata sulla previsione dell'articolo 2 del d.lgs. n. 274 del 2000 che, da un lato, fa rinvio, in quanto applicabili, alle disposizioni del codice di rito e di quelle di attuazione e, dall'altro, introduce varie eccezioni in riferimento ad istituti e procedimenti speciali dichiaratamente non estensibili<sup>10</sup>.

Non ha trascurato, però, che la particolare tenuità da ultimo introdotta nel sistema è una causa di non punibilità – almeno è così rubricata all'art. 131-*bis* c.p. – e quindi appartiene al piano delle norme penali sostanziali.

Proprio per questa ragione, la Corte ha spostato l'attenzione sulla comparazione specifica dei due istituti legati alla particolare tenuità, mettendo in evidenza che le differenze di elementi costitutivi fanno sì che la causa di non punibilità introdotta di recente non contenga né assorba la fattispecie disegnata per i reati di competenza del giudice di pace.

Il dubbio, però, circa la correttezza di simile argomento, è se si possano comparare, ai fini dell'affermazione del rapporto di specialità, istituti che siano privi del requisito essenziale di omogeneità strutturale. Come ha affermato la Corte costituzionale, la particolare tenuità del fatto delineata dalla l. n. 67 del 2014 (e poi regolata dal d.lgs. n. 28 del 2015) è una causa di non punibilità, mentre la particolare tenuità considerata dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 è una causa di improcedibilità dell'azione: quindi, l'una è istituto del diritto sostanziale, l'altra del diritto processuale<sup>11</sup>.

Anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affrontato il tema della natura della nuova forma di particolare tenuità e non hanno dubitato della sua appartenenza agli strumenti di diritto sostanziale e della sua attitudine ad applicarsi ad ogni fattispecie criminosa, in presenza dei presupposti e nel rispetto dei limiti di legge<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cass., sez. fer., 20 agosto 2015, n. 38876, M. ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 264700: in piena conformità Cass., sez. VII, 4 dicembre 2015, n. 1510/16, B., in *C.E.D. Cass.*, n. 265941. Sulle differenze di disciplina si è soffermata anche Cass., sez. IV, 14 luglio 2015, n. 31920, M., in *C.E.D. Cass.*, n. 264420, per ribadire il principio di diritto della inapplicabilità ai reati di competenza del giudice di pace della nuova causa di non punibilità. R. Borsari, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in *lalegislazonepenale.eu*, 15 marzo 2016, p. 11 ss., ha fortemente criticato la pronuncia della Corte di cassazione che ha dato inizio a questo orientamento. In particolare, ha osservato che è assai dubbio che possa essere invocato il rapporto di specialità tra istituti con presupposti giuridici tanto differenti; ha quindi evidenziato che il mancato coordinamento legislativo non vale per ciò solo a escluderne la possibile applicazione congiunta, specie quando il giudice di pace si imbatta in un fatto connotato da tenuità secondo i criteri meno stringenti di cui all'articolo 131-*bis* c.p.; ha paventato il rischio di possibili censure di incostituzionalità, perché l'esclusione dell'efficacia di una causa di non punibilità prevista in via generale dal codice, soltanto in ragione della forma procedimentale seguita, si traduce in un'irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutte le altre cause di non punibilità.

<sup>11</sup> Il riferimento è a Corte cost., 3 marzo 2015, n. 25, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 529 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede una formula di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto", simmetrica ed analoga a quella prevista per i procedimenti penali di competenza del giudice di pace. La Corte costituzionale ha decretato l'inammissibilità per difetto di rilevanza, ma ha pure osservato che rientra nei poteri del legislatore l'introduzione di una causa di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, strutturata diversamente e senza tutte le condizioni richieste dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000. L'osservazione, pur importante, non risolve il problema centrale, del rapporto tra le due formule e della definizione, se possibile, degli ambiti di rispettiva operatività. In dottrina, cfr. E.A.A. Dei-Cas, *Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *questa Rivista*, 2017, 1, p. 99 ss., ha rilevato come si tratti di un istituto di diritto sostanziale con importanti ricadute processuali.

<sup>12</sup> Cass., sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, T., in *C.E.D. Cass.*, n. 266593, che dalla premessa circa la natura sostanziale dell'istituto ha fatto discendere la conseguenza di applicabilità ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del



Non è la diversità di disciplina e di elementi fattuali e soggettivi che impedisce l'utile comparazione, quanto il fatto che il differente modo di operare, sia pure con finalità concorrenti e tra loro compatibili, colloca i due istituti su piani talmente diversi da rendere possibile la coincidenza, sia pure parziale, dell'ambito applicativo.

Così ha ragionato la Corte di cassazione in una successiva occasione, dissentendo dall'orientamento che stava per consolidarsi. Con la premessa che la legge non dà alcuna indicazione in favore della tesi contraria all'applicabilità ai reati di competenza del giudice di pace della nuova causa di non punibilità, ha rilevato che sono proprio le differenze fra i due istituti a far sì che questa sia operativa in riferimento a tutti i reati, ovviamente nel rispetto dei limiti di legge. Sarebbe del resto assai poco razionale – e certo contrario ai principi generali – che la disciplina sulla particolare tenuità, «che trova la sua ispirazione proprio nel procedimento penale avanti al giudice di pace», non operasse in riguardo ai reati trattati nella competenza «minore»<sup>13</sup>.

La Corte, nella decisione ora richiamata, non ha portato alle conseguenze ultime la ricostruzione interpretativa, e non ha dunque preso atto che la soluzione è sostanzialmente di interpretazione abrogatrice dell'istituto proprio della giurisdizione di pace. Come opportunamente osservato<sup>14</sup>, la clausola di cui all'articolo 131-*bis* c.p. si segnala per un minor numero di requisiti di applicabilità, richiedendo unicamente la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento e, quindi, per la capacità di coprire un'area di fattispecie molto estesa. Si può anzi dire che lo spettro operativo è interamente comprensivo del settore di competenza del giudice di pace: è allora agevole avvedersi che, ammesse l'estensione a tale ultimo ambito, la possibilità di sopravvivenza della causa di non procedibilità prevista dall'art. 34 del d. lgs. n. 274 del 2000 sarebbe meramente teorica<sup>15</sup>.

Al di là, infatti, della diversità di qualificazione dommatica, la particolare tenuità di cui all'art. 131-*bis* c.p. si atteggia anzitutto come motivo di definizione con archiviazione del procedimento, comportandosi né più né meno che come una condizione di improcedibilità dell'azione; né, d'altro canto, la natura di istituto del diritto sostanziale può indurre a negarne l'applicazione nel procedimento dinanzi al giudice di pace<sup>16</sup>. Anzi, proprio il profilo strutturale, ossia la natura di diritto penale sostanziale, ne giustifica – anzi: ne impone – l'applicazione generalizzata; il profilo funzionale, ossia l'attitudine ad atteggiarsi già come causa di improcedibilità tanto da determinare l'archiviazione del procedimento, ne impedisce la convivenza con la causa di improcedibilità per particolare tenuità già operante nel settore della giurisdizione di pace.

Tali implicazioni non sono sfuggite alla Corte di cassazione che, di recente, ha ribadito l'orientamento che per primo si era fatto strada e, senza conoscere le argomentazioni sviluppate dalla sentenza che ha segnato l'inizio di un contrasto, ha compiuto un maggior sforzo nella ricerca di una maggiore plausibilità delle ragioni poste a sostegno della soluzione che separa le aree di applicazione dei due istituti<sup>17</sup>.

---

2015 anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e, per solo questi ultimi, la relativa questione, in applicazione degli artt. 2, comma 4, c.p. e 129 c.p.p., la deducibilità e rilevanza d'ufficio ex art. 609, comma 2, c.p.p. anche nel caso di ricorso inammissibile.

<sup>13</sup> Cass., sez. IV, 19 aprile 2016, n. 40699. C., in *C.E.D. Cass.*, n. 267709.

<sup>14</sup> D. Brunelli, *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 455.

<sup>15</sup> R. Bartoli, *Particolare tenuità del fatto e istituti simili nel sistema minorile e del giudice di pace*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 6, osserva che l'applicazione della particolare tenuità ex art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti dinanzi al giudice di pace comporterebbe la totale frustrazione delle esigenze della persona offesa e quindi del modello di definizione anticipata pensato dal legislatore per i reati cd. bagatellari.

<sup>16</sup> Così A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 28 maggio 2015, p. 11, che si è premurata di approfondire le ricadute procedurali della conclusione accolta. Ha chiarito che il pubblico ministero, per chiedere l'archiviazione per particolare tenuità ex art. 131-*bis* c.p. nel procedimento dinanzi al giudice di pace, deve fare applicazione delle particolari forme procedurali delineate dall'art. 411, comma 1-*bis* c.p.p.; ha evidenziato che, in fase di predibattimento, la disposizione processuale dettata per la causa di non punibilità si limita a richiedere che, in vista della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità, la persona offesa sia sentita se comparsa, mentre la normativa sul procedimento dinanzi al giudice di pace richiede che, esercitata l'azione, la persona offesa non si opponga, altrimenti il giudice non ha il potere di dichiarare la particolare tenuità. Situazione di squilibrio in danno della persona offesa che si aggrava nel giudizio, ove il giudice può emettere sentenza di proscioglimento per particolare tenuità senza che la persona offesa abbia avuto una specifica occasione di interloquire, essendo rimessa alla discussione delle parti ogni possibilità di intervento sul punto.

<sup>17</sup> Cass., sez. V, 14 luglio 2016, n. 45996, P, in *C.E.D. Cass.*, n. 268144, con nota adesiva di E. Sylos Labini, *Particolare tenuità del*

Il ragionamento si dipana dall'osservazione della diversità del ruolo riconosciuto alla persona offesa, che evoca la funzione eminentemente conciliativa della giurisdizione di pace, sì da connotarla in termini di specialità; sono proprio tali atti di specialità a far ritenere che l'istituto di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000 non sia stato tacitamente abrogato, stante l'assenza dell'incompatibilità tra le due diverse discipline.

Ma il rapporto di specialità ora richiamato è fondato sulla previsione dell'articolo 16 c.p., secondo cui le disposizioni del codice (penale) si applicano anche alla materia regolata da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti; esso è quindi collocato, a differenza di quanto fatto in precedenza, sul piano sostanziale, in modo da vincere l'obiezione che la natura sostanziale della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. ne ostacolerebbe la comparazione. Certo, potrebbe sembrare nulla più che un espediente argomentativo, incapace di avviare a soluzione il problema: la Corte si è limitata a porre l'accento sui profili sostanziali trascurando che questi non sono comuni a entrambi gli istituti e che l'uno, quello proprio della giurisdizione di pace, è denominato espressamente dalla legge come condizioni di improcedibilità.

Il rilievo sarebbe difficilmente superabile se le qualificazioni e classificazioni potessero avere, in quest'ambito, una importanza centrale.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Così, però, non è!

Uno dei tratti di maggiore interesse dell'istituto della particolare tenuità nel procedimento innanzi al giudice di pace fu immediatamente ed acutamente individuato nella "simbiosi degli aspetti sostanziali e dei profili rituali della disciplina", sì da farne "sintomo ulteriore della poliedrica modernità del congegno"<sup>18</sup>.

Negli anni successivi si è discusso molto, in vista della riforma che avrebbe esteso la clausola di particolare tenuità al giudizio ordinario, sul come costruirla, se come condizione di improcedibilità o come causa di esclusione della punibilità, nella pressoché esclusiva prospettiva di potenziarne l'efficacia deflativa assicurandone la piena operatività, nell'un caso, già come motivo di archiviazione<sup>19</sup>.

Il legislatore, si è già detto, ha mostrato di non tenere in particolare considerazione i profili di inquadramento giuridico, dando vita ad una condizione di esclusione della punibilità capace però di agire già in fase pre-processuale, come fosse una condizione impeditiva dell'esercizio dell'azione<sup>20</sup>. La condizione di improcedibilità disegnata nel processo dinnanzi al giudice di pace, dal canto suo, può operare anche dopo l'esercizio dell'azione, implicando accertamenti sul grado della colpevolezza che, a rigore, dovrebbero segnare una incompatibilità strutturale con l'affermazione di improcedibilità.

Introducendo la giurisdizione "minore", lo stesso legislatore non ha taciuto che l'istituto risponde anche ad esigenze di natura sostanziale e che la considerazione distinta di ciascuno degli aspetti che vengono in rilievo nell'apprezzamento della particolare tenuità «avrebbe potuto suggerire una collocazione dell'istituto nell'alveo di diverse categorie dommatiche»<sup>21</sup>.

D'altronde – non si è mancato di rilevare in dottrina – esiguità del danno o del pericolo e grado della colpevolezza collocano la clausola «in una dimensione strettamente connessa alla struttura ed agli elementi costitutivi di un illecito penale»<sup>22</sup>.

fatto: la Cassazione conferma l'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. davanti al giudice di pace, in *dirittopenalecontemporaneo.it.*, 23 dicembre 2016.

<sup>18</sup> G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale*, cit., p. 313.

<sup>19</sup> La notazione, del tutto condivisibile, è di F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., p. 96.

<sup>20</sup> Già nella Relazione elaborata dalla Commissione Riccio si legge: «quanto alle obiezioni in ordine alla ritenuta impossibilità (logica e giuridica) di decidere nel senso della tenuità senza avere previamente accertato la responsabilità dell'indagato, si è ritenuto, in primo luogo, che la valutazione di possibile superfluità del dibattimento legata alla modesta offensività della condotta criminosa possa essere effettuata in molti casi dal pubblico ministero anche assumendo come mera ipotesi la responsabilità dell'indagato». L'impostazione trova il consenso di F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento*, cit., p. 96, secondo cui nulla vieta di astenersi dall'esercizio dell'azione penale anche in ragione di elementi ostativi che attengano alla punibilità.

<sup>21</sup> Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 274 del 2000, cit., in E. Mattevi, *Esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento penale di pace: considerazioni critiche tra obiettivi perseguiti e raggiunti alla luce dei principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 177 ss.

<sup>22</sup> G. De Francesco, *Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 200.

Non occorre dilungarsi oltre sul punto per dare conto di come la compenetrazione tra aspetti processuali ed elementi di natura sostanziale, indicata come cifra di originale connotazione della clausola di particolare tenuità costruita per il giudizio di pace, metta in crisi il tentativo di separare nettamente i due istituti, entrambi partecipi in vario modo di profili di natura sostanziale e di caratteri meramente processuali.

Sia nell'uno che nell'altro si dà spazio significativo alla considerazione della concretezza del fatto reato, accentuando la prevalenza dei tratti di natura sostanziale, per quanto il loro apprezzamento sia funzionale ad un programma di politica giudiziaria interessato, sia pure in diverso grado, da una finalità deflativa. Il fondamento giustificativo della particolare tenuità, in entrambe le forme, è del resto di natura sostanziale e si può individuare nel bisogno di proporzione tra disvalore del fatto e sanzione.

Non può dirsi, allora, che la Corte di cassazione, nel privilegiare il piano sostanziale di comparazione tra le due discipline, sia incorsa in errore.

Quel che diverge sono i modi con cui il principio di proporzione si afferma nei due diversi settori, movendo da una considerazione di premessa circa le differenze tipologiche dei reati.

La particolare tenuità, sia nel giudizio ordinario che in quello del giudice di pace, attiene ai reati cd. bagatellari, ma nell'un caso essi sono tali soltanto – o quasi sempre – in concreto, perché la fattispecie di riferimento non è costruita in termini di modesta offensività; nell'altro, invece, i reati sono per definizione bagatellari, perché è la scelta legislativa di affidarli alla competenza del giudice di pace a qualificarli in tal modo, previa selezione delle fattispecie di minore gravità<sup>23</sup>. Per questi ultimi la valutazione in termini di particolare tenuità non può operare al di fuori di una cornice definita da condotte riparatorie e da soluzioni conciliative, che costituiscono il contrappeso, in favore della persona offesa, della determinazione legislativa di porre al di fuori dell'ordinario circuito penale fatti criminosi astrattamente considerati. La funzione conciliativa della giurisdizione di pace ne delinea l'orizzonte di senso, rendendo assai poco ragionevoli tentativi di importazione di istituti in cui il ruolo della persona offesa non sia parimenti valorizzato.

Se l'accentuazione della finalità deflativa è compatibile in un ambito in cui la scarsa offensività dei reati è effettuata in astratto, con una scelta a monte, non così può dirsi per quell'altro settore di illeciti, per il quale la scelta deflativa è effettuata tramite una giurisdizione che punta alla composizione del conflitto mediante la sollecitazione di atteggiamenti collaborativi di entrambe le parti.

Può allora condividersi l'assunto secondo cui l'applicazione della clausola di particolare tenuità di cui all'art. 131-bis c.p. nel sistema del giudice di pace "significherebbe...frustrare l'obiettivo del dialogo tra i soggetti che prevale non solo sull'interesse a punire, ma anche su quello a non punire"<sup>24</sup>.

La conclusione non penalizza in modo irragionevole la posizione difensiva: l'imputato di un reato attribuito alla cognizione del giudice di pace è sottratto a meccanismi di accertamento meramente repressivo ed è immesso in un sistema che mira ad accorciare le distanze tra autore del fatto e persona offesa, a riparare la ferita in cui si sostanzia la commissione di un illecito penale favorendo la comprensione di quanto è accaduto, del torto commesso e la consapevolezza delle ragioni che ne sono a fondamento.

Si tratta, dunque, di un modello di giurisdizione che si qualifica diversamente non soltanto per le modalità di sviluppo procedimentale, quanto per il coinvolgimento delle parti a cui affida gran parte delle finalità che nel sistema ordinario appartengono al trattamento punitivo. Non è casuale, in questa prospettiva, l'abbandono della pena detentiva tradizionalmente intesa, che ben spiega l'assenza di squilibri in danno dell'imputato a cui può essere negata la dichiarazione di particolare tenuità del fatto se non apprezzabile entro questa cornice di soluzioni conciliative.

---

<sup>23</sup> La distinzione si richiama a quella tra reati bagatellari impropri, ossia reati che in astratto non sono privi di un grado di offesa significativo ma che in concreto rivelano un disvalore esiguo; e reati bagatellari propri, ossia reati caratterizzati dall'essere, già per il legislatore, esemplari di microviolazioni meritevoli di una risposta sanzionatoria assolutamente modesta: cfr. C.E. Paliero, "Minima non curat praetor". *Iperfrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 648 ss.

<sup>24</sup> R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 664.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2017

# **Analisi e prospettive**

*Analysis and Prospects*

SILVIA BUZZELLI

Professore associato di Procedura penale europea e sovranazionale – Università di Milano-Bicocca

## Le videoconferenze transnazionali \*

### *Transnational videoconferences*

Lo scritto cerca di inquadrare le videoconferenze transnazionali nel sistema dei mezzi di comunicazione di massa, sottolineandone la caratteristica fondamentale, cioè la delocalizzazione.

*The essay analyses the role of transnational videoconferences among remote communication systems, and it focuses on its main characteristic which is the delocalization.*

#### LA VERSATILITÀ DELLE VIDEOCONFERENZE: ASPETTI POSITIVI E LATI NEGATIVI

Strano strumento quello delle videoconferenze, di certo non neutro e nemmeno neutrale: in base ai partecipanti, all'impiego, e pure al fine, può allontanare, avvicinare, proteggere.

I tre verbi sono in contrasto tra loro e richiedono subito un minimo chiarimento: il primo (allontanare) evoca le forme di partecipazione a distanza del detenuto "pericoloso"<sup>1</sup>, talvolta ristretto all'estero<sup>2</sup>; il secondo (avvicinare) è riferito – oltre ai collegamenti audiovisivi che la persona instaura dal carcere con la famiglia<sup>3</sup>, con l'autorità giudiziaria, con gli eventuali docenti<sup>4</sup> – a situazioni che più ci interessano, in cui si ascolta un dichiarante localizzato altrove rispetto alla sede processuale (ovvero nel «territorio dello Stato di esecuzione»)<sup>5</sup>; infine, il terzo verbo (proteggere) ha a che vedere con l'audizione di un dichiarante in senso lato vulnerabile (teste, vittima, consulente, perito, anche persona accusata)<sup>6</sup>.

L'elenco è abbastanza disordinato e, di sicuro, non tassativo.

Eppure fa emergere il pregio fondamentale di questa tecnologia che appare dotata di una flessibilità estrema<sup>7</sup>, si rivolge a protagonisti diversi, riesce ad assolvere molteplici funzioni (dalla tutela del sog-

\* Testo rielaborato, con l'aggiunta delle note essenziali, della relazione svolta al XXX Convegno nazionale Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", *Investigazioni e prove transnazionali*, Roma, 21 ottobre 2016, Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> Al di fuori del sistema italiano, è tale il «condannat[o] per un reato violento di un'estrema gravità contro una o più persone»: cfr. CM/REC (2014) 3 *relativa ai detenuti pericolosi*.

<sup>2</sup> V., per quanto concerne l'ordinamento interno, art. 205-ter norme att. c.p.p. (partecipazione al processo a distanza per l'imputato detenuto all'estero).

<sup>3</sup> Cfr. Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia (ultimo accesso 15 settembre 2016), laddove si rimarca «quanto le videoconferenze ovviamente assistite dalle necessarie cautele possano risultare preziose per attenuare lo sradicamento culturale e affettivo del detenuto, soprattutto straniero» (p. 8); v., altresì, i rilievi presenti alle pp. 10, 18, 21 e 47. Cfr. poi art. 58, comma 1, lett. a), *Regole delle Nazioni Unite sullo standard minimo per il trattamento dei prigionieri (Regole Mandela)*, in [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it) (ultimo accesso 15 settembre 2016).

<sup>4</sup> In proposito, cfr. i riferimenti alla teledidattica e alle videoconferenze utilizzabili per «un ampio ventaglio di profili trattamentali», Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, (ultimo accesso 15 settembre 2016), p. 57.

<sup>5</sup> V. direttiva 2014/41/UE *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in G.U.U.E. 1° maggio 2014, L 130, p. 16.

<sup>6</sup> Cfr., ad esempio, *Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in G.U.C.E., 12 luglio 2000, C 197, p. 8; volendo, cfr. anche S. Buzzelli – O. Mazza (a cura di), *Codice di procedura penale europea*, Milano, 2005, p. 160 ss.

<sup>7</sup> Cfr. *Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, in G.U.U.E., 31 luglio 2015, C 250, p. 2; *Relazione finale del Gruppo di lavoro del Consiglio sulla giustizia elettronica – Gruppo di esperti sulle videoconferenze, Final Report*, 2 marzo 2014.

getto deponente alla valorizzazione degli elementi trattamentali in carcere), coprendo ambiti altrettanto differenti: area dibattimentale, sfera penitenziaria, settore dell'assistenza giudiziaria tradizionale e della cooperazione in materia penale.

In particolare, l'operatività è in grado di estendersi – oltre il livello nazionale – nelle «situazioni transfrontaliere che coinvolgono Stati membri e anche Paesi terzi»<sup>8</sup>. È possibile prendere in prestito una frase del genere (contenuta in una Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea, datata 2015) a patto di non fare troppo affidamento sull'aggettivo “transfrontaliero” che da solo non risulta decisivo, in quanto compare in svariate combinazioni inerenti la causa<sup>9</sup>, la prova, il crimine<sup>10</sup>, persino la giurisprudenza<sup>11</sup>. Inoltre, l'attributo è quasi scorretto, dato che lo spazio europeo<sup>12</sup>, per definizione, è privo di frontiere interne<sup>13</sup>: restano, invece, le nazioni, eccome. Allora, è meglio probabilmente ricorrere a un altro composto che parta sempre dal prefisso “trans” (attraversamento, passaggio), ma aggiunga “nazionale”<sup>14</sup>.

Chiusa questa parentesi dedicata al «modello di linguaggio» europeo<sup>15</sup> (e chiusa a favore di “transnazionale”), conviene insistere sulla duttilità delle videoconferenze che, se da un lato è apprezzabile, dall'altro si riflette negativamente sul lavoro dello studioso, appesantendolo e molto. Le coordinate processuali “tempo/spazio” sembrano, infatti, rimesse in gioco<sup>16</sup> e si crea scompiglio all'interno dei diritti che disegnano la sagoma del processo equo, di ogni processo equo.

Insomma, le videoconferenze sollevano grandi problemi di natura teorica, sia vecchi che nuovi. Ad esempio, la consueta attenzione rivolta alla prova dichiarativa, tipica dell'età logocentrica che prende avvio con l'Illuminismo, si fonde insieme al potere delle immagini, dei suoni e delle inquadrature che nasce, o rinasce, nel “secolo breve”. Emblematico, in proposito, il punto 21 della citata Raccomandazione del Consiglio dell'Unione Europea (luglio 2015):

*«occorrerebbe assicurare che la videoconferenza, pur tutelando maggiormente gli indagati, le vittime, i testimoni e le persone vulnerabili, non pregiudichi i diritti della difesa; occorre prestare particolare attenzione a garantire il rispetto dei principi di immediatezza, di eguaglianza delle armi e di contraddittorio. Ciò comporta l'utilizzo di*

<sup>8</sup> Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE», cit., p. 1.

<sup>9</sup> V. l'opuscolo realizzato dal Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, Lussemburgo, 2013.

<sup>10</sup> Le «minacce sono sempre più differenziate e internazionali, e hanno una natura sempre più transfrontaliera e intersettoriale»: così Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla sicurezza*, COM (2015) 185, Strasburgo, 28 aprile 2015, p. 2 (e pure p. 14).

<sup>11</sup> *Conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'European Case law Identifier (ELI) e di una serie minima di metadata uniformi per la giurisprudenza*, in G.U.U.E. 29 aprile 2011, C 127, p. 1 («accesso transfrontaliero alla giurisprudenza nazionale»).

<sup>12</sup> Pur con tutte le difficoltà di circoscrivere il lemma “spazio”, cfr. volendo, S. Buzzelli, *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali II – I, Milano, 2008, p. 701 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Agenda europea sulla sicurezza*, COM (2015) 185, Strasburgo, 28 aprile 2015, p. 2.

<sup>14</sup> Non a caso i c.d. eurocrimini (ex art. 83, § 1, T.F.U.E.) sono «reati che meritano... un approccio a livello di Unione europea, in ragione della loro natura particolarmente grave e della loro dimensione transnazionale»: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573, Strasburgo, 20 settembre 2011, p. 5. V., per un ampliamento degli eurocrimini che non stanno ricomprendendo i reati “emergenti”, Parlamento europeo, *Risoluzione del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere*, (2013/2107(INI)), punto 125. Cfr. M. Daniele, *Formazione della prova dichiarativa*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, p. 393; eventualmente, v. S. Buzzelli, *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, Unione europea: il contesto normativo e gli aspetti problematici*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 121.

<sup>15</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573, Strasburgo, 20 settembre 2011, p. 14.

<sup>16</sup> Nel commentare parte della l. n. 11 del 1998 (*Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario*), G. Frigo, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali, abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 383 ss., dedicava sintomaticamente un paragrafo alla «[r]ottura della dimensione spaziale dell'udienza e degli atti». V. *infra*, § 5.

*apparecchiature che siano aggiornate, al fine di conseguire un livello sufficiente di qualità audio e video, e sicure in misura proporzionale alla sensibilità del caso»<sup>17</sup>.*

Come se non bastasse, una simile tecnologia costringe a occuparsi di specifiche, minuziose, questioni tecniche (è sufficiente un'occhiata alla Guida predisposta dall'Unione europea per rendersene conto)<sup>18</sup>.

La strategia non tanto per uscire dalla complessità appena segnalata, bensì per dominarla, consiglierebbe – anziché divagare in un contesto così poliedrico – di aggirare l'ostacolo concentrandosi sui testi rilevanti per il tema assegnato, e cioè le videoconferenze transnazionali (non transfrontaliere; v. *supra*) a fini acquisitivi.

Andrebbero quindi esaminati gli art. 10 (*Audizione mediante videoconferenze*) e 11 (*Audizione dei testimoni e dei periti mediante conferenza telefonica*) della Convenzione di Bruxelles del 2000<sup>19</sup> – la cui ratifica ed esecuzione italiane sono finalmente arrivate con la legge 21 luglio 2016, n. 149<sup>20</sup> –, gli art. 24 (*Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva*) e 25 (*Audizione mediante teleconferenza*) della Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale<sup>21</sup>.

Nonostante la forte limitazione del campo di indagine – cui si aggiungereanno in futuro le sostituzioni operate dall'art. 34 Direttiva 2014/41/UE – il quadro normativo resterebbe comunque molto affollato di tanti dispositivi giuridici<sup>22</sup> di provenienza molteplice<sup>23</sup>: l'operazione poi rasenterebbe l'errore metodologico (in effetti il riduzionismo, spesso, non fa che danneggiare la ricerca).

Alla fine è, paradossalmente ma non troppo, il percorso più tortuoso a offrire i maggiori risultati: si tratta, pertanto, di compiere uno sforzo e collocare la tipologia delle videoconferenze – che denota le

<sup>17</sup> Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE», cit., p. 3.

<sup>18</sup> Cfr. Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., spec. pp. 17 e 27 ss.

<sup>19</sup> *Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 8 ss.

Per un inquadramento sulla «prima convenzione in materia adottata dopo l'entrata in vigore del trattato sull'Unione europea» si rinvia a *Relazione esplicativa sulla convenzione*, in G.U.C.E., 29 dicembre 2000, C 379, p. 8; cfr. E. Zanetti, *Le convenzioni vigenti*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, spec. p. 98 ss.

<sup>20</sup> L'art. 3 l. 21 luglio 2016, n. 149 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive), delega il Governo ad attuare la Convenzione entro sei mesi (dalla data di entrata in vigore della legge stessa) con uno o più decreti legislativi nel rispetto dei principi e criteri direttivi enunciati. In particolare, la lett. d menziona la «disciplina dell'efficacia processuale delle audizioni compiute mediante videoconferenza secondo quanto previsto dal titolo II della Convenzione, anche tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 205-ter delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». Cfr. E. Selvaggi, *Cooperazione penale UE. L'Italia sta colmando il gap*, in *Il Sole 24 ore*, 7 settembre 2016.

<sup>21</sup> *Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 16 ss.

<sup>22</sup> Cfr. art. 9 (*Audition par vidéoconférence*) e 10 (*Audition par conférence téléphonique*) *Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, Strasburgo, 8 novembre 2001, in *Codice di procedura penale europea*, cit., pp. 149 ss.; art. 9 (*Audizione del richiedente*), comma 1, lett. a) *direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato*, in G.U.U.E., 6 agosto 2004, L 261, p. 17; art. 23, comma 3, lett. a) e b) («misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione») *direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in G.U.U.E., 14 novembre 2012, L 315, p. 72.

Vi è poi una serie di atti *soft* – dell'Unione Europea e del Consiglio d'Europa – a partire dalla *Risoluzione del Consiglio relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale*, in G.U.C.E., 7 dicembre 1995, C 327, p. 5 (v. specialmente il punto A.8 in cui gli Stati sono invitati ad agevolare l'assistenza giudiziaria privilegiando «il ricorso ai procedimenti audiovisivi»).

V., altresì – in termini bilaterali e in un recente passato – art. VI *Videoconferenza* (Ad art. 3 della Convenzione) *Accordo Italia-Svizzera*, Roma 10 settembre 1998, che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione (oggetto di ratifica ed esecuzione con legge 5 ottobre 2001, n. 367); cfr. M. Pisani, *Le videoconferenze nell'Accordo UE-USA sull'assistenza giudiziaria* (2004), in ID., *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, Led, 2007, pp. 127 ss.

<sup>23</sup> Cfr., sul versante italiano, art. 146-bis, 147-bis, 205-ter disp. att. c.p.p. e il testo della cosiddetta "riforma Orlando" (Bozza testo DDL 2067 e connessi), spec. art. 33 (Modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza); cfr. *infra*, nota 55.

rogatorie del terzo tipo<sup>24</sup> – dentro un vero e proprio sistema, senza peraltro avere l'ambizione di procedere al riordino del sistema nel suo insieme. In qualche caso l'incompiutezza merita di essere elevata a consapevole opzione<sup>25</sup>.

## LE VIDEOCONFERENZE NEL SISTEMA DEI MEZZI DI COMUNICAZIONE A DISTANZA

Il sistema cui si intende far riferimento, escludendo qualsiasi pretesa tassonomica e di riassetto globale, può definirsi come una sorta di "complesso integrato" che raggruppa i mezzi di comunicazione a distanza (forse, espandendosi ulteriormente, troverebbe una rappresentazione grazie agli acronimi TIC e TI)<sup>26</sup>; al suo interno uno posto considerevole, tra telesami<sup>27</sup>, telefonate, teleconferenze<sup>28</sup>, altri «mezzi appropriati»<sup>29</sup> di «comunicazione audiovisiva remota»<sup>30</sup>, è riservato alle videoconferenze.

Scopo delle varie infrastrutture, dei modi e dei procedimenti riconducibili al sistema è superare, per l'appunto, la barriera spaziale (di qui, la differenza rispetto alla videoregistrazione con la quale restano alcuni punti di contatto)<sup>31</sup>, ponendo in collegamento tra loro due luoghi o più (videocomunicazioni multiple).

Una banale constatazione – verrebbe da commentare – che ricorda molto da vicino l'interoperabilità, elemento imprescindibile e, al tempo stesso, ambiguo, impiegato specialmente quando è necessario interconnettere le banche dati europee<sup>32</sup> oppure la legislazione nazionale ed europea<sup>33</sup>.

Nell'ipotesi delle videoconferenze viene, invece, rimarcata l'urgenza di introdurre miglioramenti tecnici all'interoperabilità, effettuando «sistematicamente prove pratiche tra coppie di Stati membri per documentare i parametri di lavoro», parametri poi riutilizzabili per «assicurare una maggiore affidabilità delle videoconferenze tra gli Stati membri con sufficiente qualità audio e video»<sup>34</sup>.

Presupposto di tutto ciò è la disponibilità degli strumenti (da non confondersi con il criterio di di-

<sup>24</sup> M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze* (2002), in Id., *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, cit., p. 113.

<sup>25</sup> «Non bisogna dire tutto», scriveva Puškin in una lettera a un amico elogiando per l'appunto l'incompiutezza: A.S. Puškin, *Le storie infinite (racconti inediti incompiuti)*, traduzione e presentazione di C. Muschio, in *Micromega*, giugno 2002, p. 261 ss.

<sup>26</sup> Sulle T.I.C. (tecnologie dell'informazione e della comunicazione) e sul loro contributo a razionalizzare e semplificare le procedure giudiziarie, v. *Piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea*, in G.U.U.E., 31 marzo 2009, C 75, p. 1; sul ricorso alle T.I. (tecnologie dell'informazione) in vista di un aumento dell'accessibilità e dell'efficienza dei sistemi giudiziari e giuridici europei, cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla giustizia elettronica*, in G.U.U.E., 23 febbraio 2010, C 45, p. 63 ss. V. *infra*, § 5.

<sup>27</sup> Cfr. M. Bargis, *La teleconferenza*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 20 ss. Ulteriori suggerimenti dottrinali in R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in G. Ubertis e G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2011, p. 542 ss.; D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006. V. *infra*, nota 40.

<sup>28</sup> V. *infra*, nota 59.

<sup>29</sup> Punto 12, *Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, cit., p. 2.

<sup>30</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> Cfr. *Raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali*, in G.U.U.E., 24 dicembre 2013, C 37, p. 10 (tra i diritti di costoro si cita espressamente la registrazione audiovisiva dell'interrogatorio durante le indagini preliminari). Cfr. A. Balsamo, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Atti del Convegno, Milano, 24-26 ottobre 2014, Milano, 2015, p. 232; eventualmente S. Buzzelli, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenni e la giustizia penale in Europa*, in C. Cesari (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Milano, 2015, pp. 25 s.

<sup>32</sup> Cfr. Garante europeo della protezione dei dati, *Parere sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'agenzia per la gestione operativa dei sistemi di tecnologia dell'informazione su larga scala del settore della libertà, della sicurezza e della giustizia e sulla proposta di decisione del Consiglio che conferisce all'agenzia istituita con regolamento XX i compiti di gestione operativa del SIS II e del VIS, in applicazione del titolo VI del trattato UE*, in G.U.U.E., 19 marzo 2010, C 70, p. 18; Garante europeo della protezione dei dati, *Parere sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini»*, in G.U.U.E., 17 novembre 2009, C 276, p. 16.

<sup>33</sup> Cfr. *Conclusioni del Consiglio che invitano all'introduzione dell'identificatore della legislazione europea*, in G.U.U.E., 26 ottobre 2012, p. 3.

<sup>34</sup> Punto 22 f *Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, cit., p. 4.



sponibilità, ispiratore della cooperazione di polizia)<sup>35</sup>: «attualmente» – scriveva anni or sono il Comitato economico e sociale europeo – «non si ha la certezza che tutti gli Stati membri abbiano dotato i propri tribunali del materiale necessario per le videoconferenze, né che esso sia compatibile o semplicemente funzionante»<sup>36</sup>. Mentre la Corte di Strasburgo ha condannato la Finlandia per violazione dell'art. 6, comma 1, Cedu (nella vicenda sottopostale, la mancanza di apparecchiature tecniche idonee aveva reso impossibile esaminare due testimoni stranieri in videoconferenza, determinando così numerosi rinvii e rallentando irragionevolmente il processo)<sup>37</sup>.

Resta da aggiungere che le fonti normative indicano la disponibilità come un autentico requisito: lo Stato membro richiesto è tenuto a consentire alla videoconferenza, a patto che non sia contraria ai principi fondamentali del suo diritto nazionale, e sempre che disponga delle capacità tecniche necessarie per compierla<sup>38</sup>.

È tuttavia insufficiente registrare, come fatto finora, una generica presenza delle videoconferenze; queste ultime non sono solo giuridicamente riconosciute<sup>39</sup>, ma anche effettivamente promosse, per di più, in un duplice senso (se ne decreta l'esito positivo e ci si impegna per la loro realizzazione).

## LE VIDEOCONFERENZE TRA LEGITTIMAZIONE E INCORAGGIAMENTO

A questo punto, allora, le parole chiave – attorno alle quali lavorare – diventano due: legittimazione e incoraggiamento.

Le videoconferenze superano il test di compatibilità convenzionale: di per sé, insomma, non sono contrarie alla Convenzione europea<sup>40</sup>; a determinate condizioni, però (finalità legittime, modalità di svolgimento che non pongano in sostanziale svantaggio la difesa)<sup>41</sup>.

E parlando di legittimazione, occorrerebbe tener conto, oltre che della giurisprudenza europea, di quella costituzionale<sup>42</sup>.

L'impulso (o incoraggiamento), invece, comporta una scelta di politica processuale che si inserisce, a pieno titolo, nel più ampio favore manifestato nei confronti di una giustizia elettronica europea<sup>43</sup>

<sup>35</sup> In senso critico, v. Parlamento europeo, *Risoluzione sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» – Programma di Stoccolma*, in G.U.U.E., 21 ottobre 2010, C 285, p. 24.

<sup>36</sup> Comitato economico e sociale europeo, *Parere in merito alla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo – Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, in G.U.U.E., 23 dicembre 2009, C 318, p. 72.

<sup>37</sup> Si legga il breve provvedimento Corte e.d.u., sent. 8 dicembre 2009, Taavitsainen c. Finlandia. Lo Stato finlandese è portato, questa volta, a esempio per la flessibilità nell'uso delle videoconferenze, nell'opuscolo *La videoconferenza nel contesto della giustizia elettronica europea*, 2009, p. 24 (il libretto fornisce informazioni – in maniera più sintetica rispetto alla Guida, v. supra nota 9 – sulle possibilità, le questioni tecniche fondamentali e le buone prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nei procedimenti giudiziari).

<sup>38</sup> Art. 10, comma 2, *Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 8; art. 24, comma 4, *direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 17. V., inoltre, Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., p. 24 e specialmente *Allegato III – Fasi essenziali dell'uso della videoconferenza nei procedimenti giudiziari transfrontalieri*, p. 33.

<sup>39</sup> *Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, cit., p. 4.

<sup>40</sup> Cfr. Corte e.d.u., grande camera, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, § 98 ss. (e prima Corte e.d.u., 5 febbraio 2009, Sakhnovskiy c. Russia, § 43) con ampie citazioni di Corte e.d.u., 5 ottobre 2006, Marcello Viola c. Italia (si vedano spec. § 65 ss.); v. supra, nota 37. In dottrina, cfr. R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 544 ss.; F. Siracusano, *Videoconferenze e telematica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, cit., pp. 211 ss.; G. Ubetis, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia* (2014), in Id., *Argomenti di procedura penale IV*, Milano, 2016, p. 148.

<sup>41</sup> Cfr. le sentenze della Corte e.d.u., appena richiamate alla nota 40 (e i precedenti giurisprudenziali ivi contenuti).

<sup>42</sup> Cfr. C. cost., sent. 22 luglio 1999, n. 342; C. cost., ord. 26 novembre 2002 n. 483 [in proposito, v. M. Pisani, *Le videoconferenze internazionali e la Corte costituzionale* (2004), in Id., *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, cit., p. 123 ss.].

<sup>43</sup> V. *Estratto delle conclusioni del Consiglio europeo del 26 e 27 giugno 2014 in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e ad alcune questioni orizzontali connesse*, in G.U.U.E., 24 luglio 2014, C 240, p. 15; *Piano d'azione pluriennale 2014-2018 in materia di giustizia elettronica europea*, in G.U.U.E., 14 giugno 2014, C 182, p. 4; Parlamento europeo, *Risoluzione sul piano d'azione in materia di*

(un'unità lessicale autonoma da coordinare successivamente con l'aggettivo "virtuale")<sup>44</sup> «in risposta alla triplice esigenza di migliorare l'accesso alla giustizia, la cooperazione fra autorità giudiziarie e la stessa efficacia della giustizia»<sup>45</sup>.

È sintomatico che nel portale dell'UE (*e-justice*) le videoconferenze compaiano al primo posto tra gli strumenti a disposizione di giudici e professionisti legali<sup>46</sup>. La Commissione europea, solo alcuni anni fa, nel lanciare la strategia elettronica, lamentava come le apparecchiature fossero «poco sfruttate per motivi culturali, linguistici e tecnici». Il monitoraggio voluto dal Consiglio «rivel[erebbe] che nella massima parte degli Stati membri la videoconferenza è prevista dalla legislazione ma l'uso transnazionale, seppure ammesso, permane raro»<sup>47</sup>.

Altrettanto significativo è il parere del Garante europeo per la protezione dei dati, il quale menziona e basta gli strumenti senza ravvisare, dal canto suo, specifici punti di attrito con i diritti e le garanzie fondamentali<sup>48</sup>.

Mescolando – volutamente – i ragionamenti della giurisprudenza di Strasburgo con la duplice disciplina europea, più o meno *soft*, si nota quanto il discorso continui, in maniera inevitabile, a correre su tre direttrici (talvolta addirittura sovrapposte fra loro): l'obbligo positivo dello Stato di proteggere il dichiarante “durante” il processo<sup>49</sup> (dato che si confida su «testimoni e collaboratori per portare i principali responsabili delle organizzazioni... [criminali] dinanzi ai tribunali») <sup>50</sup>, il supporto alla cooperazione giudiziaria (che stenta a decollare rimanendo lenta e inefficace)<sup>51</sup>, il rispetto indispensabile delle regole del metodo dialettico<sup>52</sup>.

---

*giustizia elettronica 2014-2018* (2013/2852); *Allegato-Piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea*, cit., p. 10; Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla giustizia elettronica*, cit., p. 65.

<sup>44</sup> V. *infra*, § 4.

<sup>45</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, COM (2008) 329, Bruxelles, 30 maggio 2008, p. 3.

<sup>46</sup> L'istituzione dell'interfaccia europea costituisce una «grande opportunità»: bisognerà «avvalersi ulteriormente della videoconferenza, ad esempio per risparmiare spostamenti inutili alle vittime»: così, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262, Bruxelles, 10 giugno 2009, p. 13.

<sup>47</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, COM (2008) 329, Bruxelles, 30 maggio 2008, p. 9.

<sup>48</sup> Garante europeo della protezione dei dati, *Parere sulla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo dal titolo «Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica»*, in G.U.U.E., 6 giugno 2009, C 128, p. 18.

<sup>49</sup> Cfr. CM (2016)2 add1 final, *Piano d'azione (2016-2020) per contrastare la COT (criminalità organizzata transnazionale)*, 3 marzo 2016, p. 12; il Piano adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa segue al *Libro bianco sulla criminalità organizzata transnazionale*, dicembre 2014 (v. spec. p. 31 ss.).

In precedenza, v., tra i tanti documenti, Parlamento europeo, *Risoluzione sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo «Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini» – Programma di Stoccolma*, cit., p. 29 ss.; Documento di lavoro della Commissione *sulla fattibilità di una normativa UE in materia di protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia*, COM (2007) 693, Bruxelles, 13 novembre 2007, p. 9, dove si afferma: «[n]ell'elaborare una politica UE di protezione dei testimoni occorre tener conto anche dell'uso degli ultimi strumenti tecnologici e della società dell'informazione (ad esempio collegamenti video) che possono agevolare la cooperazione transfrontaliera. Le autorità di contrasto dovrebbero fare un ricorso più ampio a questi nuovi strumenti, specie per proteggere i testimoni».

Cfr. R. Chenal-A. Tamietti, sub art. 6, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 240.

<sup>50</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *relativa alla "Elaborazione di un'impostazione strategica della lotta contro la criminalità organizzata"*, COM (2005) 232, Bruxelles 2 giugno 2006, p. 6. V. pure Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Recommandation 2063 (2015), La protection des témoins: outil indispensable pour la lutte contre le crime organisé et le terrorisme en Europe*.

<sup>51</sup> Cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla giustizia elettronica*, cit., p. 65, laddove considerava che «l'attuale sistema di raccolta di prove penali in altri Stati membri è ancora basato sugli strumenti lenti e inefficienti offerti dall'assistenza giudiziaria reciproca in materia penale e che, se del caso ed esclusivamente qualora non rechi pregiudizio alla posizione giuridica del teste, l'impiego di strumenti tecnologici come la videoconferenza costituirebbe un grande progresso nell'assunzione di prove a distanza».

<sup>52</sup> *Risoluzione del Consiglio relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale*, cit., p. 5.

## LE CARATTERISTICHE DELLE “VIDEOCONFERENZE TRANSNAZIONALI ACQUISITIVE”: DALLA VIRTUALITÀ ALLA DELOCALIZZAZIONE

Perché dedicare tanto tempo per discutere di un sistema tutto sommato ancora in costruzione e scarsamente delimitabile, destinato a subire i cambiamenti della “società informatica” (che, non dimentichiamolo, dovrebbe far rima con “democratica”)?

C’è un motivo e va ravvisato – si ritiene – nell’esigenza di mettere in luce le peculiarità delle “videoconferenze transnazionali acquisitive”, filtrando prima gli elementi qualificanti l’intero sistema.

Lo scopo tecnico<sup>53</sup>, i vantaggi – in termini di minori costi, incidenza sulla durata ragionevole del processo, aggiramento delle tensioni e delle minacce –, il video-interpretariato<sup>54</sup> sono costanti che, in fondo, finiscono per adattarsi alle varie occasioni.

Incominciano a intravedersi le differenze quando si passa al setaccio il diritto di difesa, e lo decostruisce, scomponendolo nelle sue principali manifestazioni.

Mentre nell’ipotesi di partecipazione a distanza (“allontanare”: v. *supra*, § 1) torna prepotentemente alla ribalta il diritto di esserci<sup>55</sup> (art. 6, comma 3, lett. c) Cedu)<sup>56</sup>, nel caso di audizione (pure audizione “consensuale” della persona accusata)<sup>57</sup> ha un peso preponderante il diritto al confronto (art. 6, comma 3, lett. d), Cedu), oggetto di un delicato bilanciamento con la tutela del dichiarante (art. 8 Cedu) la cui presenza si reputa inopportuna o impossibile (sulla scorta dell’art. 10 Convenzione di Bruxelles del 2000)<sup>58</sup>, possibile ma evitabile (stando all’ultima versione dell’art. 24 Direttiva sull’ordine europeo di indagine)<sup>59</sup>.

Di solito la situazione che viene a crearsi in evenienze del genere (vale anche per la partecipazione a distanza, certo) è descritta avvalendosi dell’aggettivo “virtuale”<sup>60</sup>.

Si apre una serie di questioni dal momento che circoscrivere “virtuale” non è un’impresa agevole.

In altre parole, le proposte definitorie che si sono susseguite, a partire dal mondo classico, rischiano di disorientare, spostando il centro del dibattito verso aree periferiche. Basti pensare alla tipologia aristotelica, per cui è virtuale ciò che esiste in potenza<sup>61</sup>, o agli schemi post-moderni dove la virtualità è legata alla simulazione<sup>62</sup> e al reale riconfigurato<sup>63</sup>; talvolta, poi, la virtualità serve per

<sup>53</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>54</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., p. 14 ss.

<sup>55</sup> «Esiste un diritto a starci, nel processo, che non può essere compromesso»: così sosteneva, in maniera perentoria, l’allora Presidente dell’Unione Camere Penali, V. Spigarelli (*Giustizia: Unione Camere Penali; il processo in videoconferenza lede il diritto alla difesa*, Ansa, 5 febbraio 2014) esprimendo la sua contrarietà all’idea di generalizzare le udienze in videoconferenza; v., da ultimo, la lettera – indirizzata il 12 settembre scorso – al Ministro, al Presidente della Commissione Giustizia del Senato e al capo dell’Ufficio legislativo del Ministero, dal Segretario (F. Petrelli) e dall’attuale Presidente (A. Migliucci) dell’Unione Camere Penali in relazione all’art. 33 d.d.l. n. 2067.

<sup>56</sup> V., sulla scia del caso Sejdovic esaminato dalla Grande Camera nel 2006, Corte e.d.u., 1° settembre 2016, Huzuneanu c. Italia, spec. § 44-45 e 48; cfr. *supra*, nota 40.

<sup>57</sup> Art. 10, comma 9, *Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea*, cit., p. 8; cfr. art. 24 *direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 16.

<sup>58</sup> Art. 10, comma 1, *Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea*, cit., p. 8; cfr. *Relazione esplicativa sulla convenzione*, cit., p. 15 (il termine «"non è opportuno"» potrebbe «applicarsi ad esempio ai casi in cui il testimone è particolarmente giovane o anziano o con problemi di salute, mentre... "non è possibile"» potrebbe «riferirsi ad esempio ai casi in cui il testimone correrebbe un grave pericolo qualora comparisse nello Stato membro richiedente»).

In campo sovranazionale, v. L. Salvadego, *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2014, p. 420 ss.

<sup>59</sup> L’art. 24 (Audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva) *direttiva 2014/41/UE relativa all’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 16 a differenza del successivo art. 25 (Audizione mediante teleconferenza) non esige inopportunità/impossibilità a comparire personalmente nel territorio dello Stato membro di emissione (cfr., invece, art. 21 *Iniziativa... per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio... relativa all’ordine europeo di indagine penale*, in G.U.U.E., 24 giugno 2010, C 165, p. 29).

<sup>60</sup> V., tra gli altri, R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 544; M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L’esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, p. 13 ss.

<sup>61</sup> Potenziale, teorico, molto probabile: questi i sinonimi.

<sup>62</sup> Simulato, ovvero ricostruito in modo da apparire reale.

individuare la Rete rispetto al mondo esterno (*real life*)<sup>64</sup>.

Ebbene questa nomenclatura che lo studioso si trova di fronte non è risolutiva e alimenta una sorta di effetto depistaggio che si riverbera sulla sequenza probatoria. Per intenderci, riflettendo un attimo sulle tipologie cui si è appena fatto cenno, non è virtuale l'elemento di prova (la dichiarazione del teste), non è smaterializzata la fonte di prova (il soggetto da cui può derivare un elemento), nemmeno il mezzo (la testimonianza, l'attività per introdurre nel procedimento un elemento di prova)<sup>65</sup>; non c'è un «tribunale virtuale», nonostante l'opuscolo informativo dell'UE, sulle videoconferenze nel contesto della giustizia elettronica europea, chiami così la prassi in atto nel Regno unito per rendere celeri le «cause semplici»<sup>66</sup>.

Osservando da vicino gli episodi, oggetto dell'indagine, si ha l'impressione contraria; vige il principio del realismo:

*«[L]obiettivo consiste nel rendere la sessione... il più possibile simile alla prassi abituale in uso all'interno dei tribunali in cui l'assunzione delle prove avviene in pubblica udienza»<sup>67</sup>*

e, in aggiunta, il criterio della elevata qualità poiché:

*«[s]olo in questo caso un'audizione condotta mediante videoconferenza può costituire un'alternativa ragionevole all'audizione faccia a faccia. Più specificamente, ciò significa che audio e video devono essere accuratamente allineati e riprodotti senza ritardi percepibili. Inoltre, l'apparenza esterna, le espressioni del volto e i gesti delle persone coinvolte dovrebbero essere chiaramente visibili»<sup>68</sup>.*

Aumentano gli aspetti teatrali, i posizionamenti dei microfoni e dell'attrezzatura varia, le riprese, gli schermi per tre inquadrature (ravvicinata, panoramica, a fini informativi); tutto si inserisce sulla scia, e non in antitesi, del processo-spettacolo.

Alla fine, il termine in questione ("virtuale") appare piuttosto come una spia lessicale del progressivo affermarsi di modelli processuali e di metodi probatori (ammissione/assunzione/ valutazione)<sup>69</sup> sempre più delocalizzati.

La delocalizzazione ha origini economiche e connotati specifici (il vantaggioso spostamento di una, o più fasi produttive, in luoghi diversi da quello d'origine ha lo scopo di incrementare la competitività).

Raramente il sostantivo è stato impiegato in ambito penale: nell'immediato dopoguerra per le drammatiche involuzioni criminali oggetto di ricostruzione davanti alla Corte di Norimberga<sup>70</sup>, più di

V., in proposito, Parlamento europeo, *Risoluzione sull'impatto delle misure di sicurezza aerea e dell'impiego di «body scanner» sui diritti umani, la vita privata, la dignità personale e la protezione dei dati*, in G.U.U.E., 21 gennaio 2010, C15, p. 71 («perquisizione fisica virtuale»). Si tengano presente: l'"esperimento penitenziario di Stanford" effettuato da Zimbardo agli inizi degli anni '70 e i c.d. *simulated trials*, analisi di laboratorio condotte da giuristi e psicologi (M. Taruffo, *Introduzione a J. Thibaut-L. Walker, Il giusto processo. Un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Milano, 1981, p. VII ss.).

<sup>63</sup> Ampiamente, cfr. G. Bombelli, *Occidente e 'figure' comunitarie, Volume introduttivo «Comunitarismo» e «Comunità». Un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Napoli, 2010, p. 483 ss.

<sup>64</sup> Commissione europea, *Un centro europeo per contrastare i reati informatici e proteggere i consumatori online*, Bruxelles, comunicato stampa del 28 marzo 2012, un centro europeo presso Europol per la «difesa di uno spazio virtuale, libero, aperto e sicuro».

<sup>65</sup> G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, 2013, p. 66 s.

<sup>66</sup> «Il tribunale virtuale, consistente in un collegamento video tra un tribunale e una stazione di polizia, ha reso possibile trattare udienze preliminari entro 2-3 ore dall'imputazione in cause semplici ed è in grado di esaminare un numero notevole di udienze preliminari nella stessa giornata. La rapidità dei processi si è rivelata un elemento prezioso nei casi di violenza domestica e si prevede che molte vittime e testimoni ricevano un servizio più adeguato» (*La videoconferenza nel contesto della giustizia elettronica europea*, cit., p. 25). È linguisticamente coerente (oltre che auspicabile sotto il profilo pratico) la «creazione di 'sale di riunione in videoconferenza virtuali' cui gli Stati membri partecipanti potrebbero collegarsi» (*Raccomandazione del Consiglio sul tema «Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE»*, cit., p. 4).

<sup>67</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., p. 17.

<sup>68</sup> Cfr. ancora Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., p. 18.

<sup>69</sup> G. Ubertis, *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, cit., p. 85.

<sup>70</sup> Cfr. *Accordo istitutivo del Tribunale di Norimberga*, firmato a Londra, l'8 agosto 1945, terzo considerando (delitti senza una «localizzazione geografica precisa»).

recente per le autentiche nefandezze compiute pianificando le *extraordinary renditions*<sup>71</sup>, e sempre ai nostri giorni per una generica informatizzazione dibattimentale.

Ricondotta all'area probatoria, la delocalizzazione potrebbe indicare un fenomeno preciso, e cioè il trasferimento, nel luogo migliore<sup>72</sup>, della prova da assumere; migliore, nel senso di "su misura" del soggetto dichiarante (dove è opportuno/possibile ascoltarlo o soltanto dove risulta localizzato)<sup>73</sup>, attenendosi per giunta alla *lex fori* (art. 4, comma 1, Convenzione di Bruxelles del 2000; art. 9, comma 2, Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale)<sup>74</sup> e non più alle «forme previste» dalla legislazione della Parte richiesta<sup>75</sup>.

L'idea di localizzazione, in economia, porta con sé un grave pericolo che non va tenuto nascosto, anzi andrebbe enfatizzato per cercare di aggirarlo: la convenienza gioca spesso – quasi sempre forse – a discapito dei diritti della manodopera. Tradotto nel linguaggio della giustizia penale, e con precipuo riferimento all'ipotesi che più interessa, l'efficienza<sup>76</sup> dell'assunzione delocalizzata non dovrebbe ledere in modo sproporzionato le garanzie processuali<sup>77</sup>.

### DELOCALIZZAZIONE PROBATORIA E DIRITTI NELLA "SOCIETÀ INFORMATICA"

Per concludere questo breve documento di lavoro, ecco una serie di affermazioni da sottoporre a ulteriore e più completo approfondimento argomentativo, non sottovalutando l'impatto che potrà avere il recepimento (entro maggio 2017) della Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale.

Le videoconferenze transnazionali appaiono:

a. un «metodo alternativo» per assumere dichiarazioni<sup>78</sup> in ambiente delocalizzato e intervistuale<sup>79</sup> che, cancellando i confini, è difficilmente riconducibile a un contesto determinato. Sotto questo profilo, esce indebolita l'unitarietà spazio/temporale del processo, mentre sembra rafforzarsi l'idea di una «comunità [europea] di diritto»<sup>80</sup>, dotata di un suo spazio giudiziario;

b. un metodo e non sistema<sup>81</sup>;

c. un metodo scandito da tante fasi – richiesta di assunzione delle prove<sup>82</sup>, svolgimento dell'au-

<sup>71</sup> Sulla delocalizzazione della tortura, eventualmente, v. S. Buzzelli, *Diritto alla verità contro segreto di Stato. Il caso Abu Omar a distanza di dieci anni*, in *Jus*, 2014, n. 1, p. 150.

<sup>72</sup> Di «miglior sede» (ma in vista dell'esercizio dell'azione penale) parlava il Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM (2005) 696, Bruxelles, 23 dicembre 2005, p. 5.

<sup>73</sup> V. *supra*, note 58 e 59.

<sup>74</sup> ... ciò contribuirebbe a risolvere il problema della «spendibilità» nel processo dell'attività rogata» (M.R. Marchetti, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, cit., p. 208); cfr. B. Piattoli, *Nuove tecnologie e nuove garanzie: l'assunzione della prova tramite videoconferenza*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 152.

<sup>75</sup> Art. 3, comma 1, *Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, Strasburgo 20 aprile 1959, in *Codice di procedura penale europea*, cit., p. 109.

<sup>76</sup> V., in proposito, G. Tuzet, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, n. 1, p. 219 (fornisce una nozione di efficienza: «se non c'è modo di realizzare lo stesso scopo con mezzi meno dispendiosi, o se non c'è modo di realizzare lo scopo a un grado superiore utilizzando gli stessi mezzi»); in generale, Cepej, *Systèmes judiciaires européens – Efficacité et qualité de la justice*, Edition 2016 (données 2014), p. 221 ss.

<sup>77</sup> Corte e.d.u., 5 ottobre 2006, Viola c. Italia, § 62; Corte e.d.u., 23 aprile 1997, Van Mechelen e altri c. Paesi bassi, § 58 («le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer»). Cfr. R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 549 ss.

<sup>78</sup> Documento di lavoro della Commissione sulla fattibilità di una normativa UE in materia di protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia, COM (2007) 693, Bruxelles, 13 novembre 2007, p. 4; Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla giustizia elettronica*, cit., p. 70.

<sup>79</sup> L'intervistualità è quel fenomeno per cui le coordinate processuali (spazio/tempo) irrompono l'una nell'altra; la conferenza telefonica (v. *supra*, nota 59) più che intervistuale si prospetta come a-visuale.

<sup>80</sup> Cfr. M. Stolleis, *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, n. 2, p. 293 ss.; Corte giust. C.E., 23 aprile 1986, Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo, C-294/83, punto 23; Parlamento europeo, *Risoluzione sul ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo*, in G.U.U.E., 3 dicembre 2009, C 294, p. 29.

<sup>81</sup> V. *supra*, § 2.

dizione mediante videoconferenza<sup>83</sup>; misure successive alla sessione<sup>84</sup> – e non una semplice modalità<sup>85</sup>;  
 d. un metodo munito di autonomia normativa<sup>86</sup>, seppure all'interno di un contesto generale alquanto "deficitario"<sup>87</sup> (gli scenari sono poveri di contenuti<sup>88</sup> e basso è ancora il livello di cooperazione in materia penale<sup>89</sup>).

e. un metodo da impiegare con cautela e consapevolezza: le tecnologie debbono rimanere al servizio della giustizia (e non viceversa)<sup>90</sup>, per non mettere a repentaglio i diritti fondamentali<sup>91</sup>.

<sup>82</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., Allegato III-Fasi essenziali dell'uso della videoconferenza nei procedimenti giudiziari transfrontalieri, cit., pp. 30-35.

<sup>83</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., Allegato III-Fasi essenziali, cit., pp. 36-37.

<sup>84</sup> Segretariato generale del Consiglio, *Guida sulla videoconferenza nei procedimenti transfrontalieri*, cit., Allegato III-Fasi essenziali, cit., p. 38.

<sup>85</sup> Diversamente, M. Daniele, *Formazione della prova dichiarativa*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 395; M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in G. Uberti-G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, cit., 2005, p. 216.

<sup>86</sup> Cfr. Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, COM (2009) 624, Bruxelles, 11 novembre 2009, p. 5 («[o]ccorre poi vagliare l'opportunità di inserire... disposizioni specifiche per tipi particolari di prova. Ciò è avvenuto nell'attuale strumento sull'assistenza giudiziaria che, oltre alle disposizioni generali valide per tutti i tipi di prova, contiene disposizioni dettagliate in merito alla richiesta di alcune forme specifiche di assistenza, quali l'intercettazione... o le audizioni in videoconferenza»); v., inoltre, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, COM (2009) 262, Bruxelles, 10 giugno 2009, p. 18; Comitato economico e sociale europeo, *Parere in merito alla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo – Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, cit., p. 72.

<sup>87</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Attuazione del programma dell'Aja: prospettive per il futuro*, COM (2006) 331, Bruxelles, 28 giugno 2006, p. 8 (rafforzare progetti «norme minime per la raccolta delle prove»).

<sup>88</sup> Cfr. l'estrema genericità dell'*Estratto delle conclusioni del Consiglio europeo del 26 e 27 giugno 2014 in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e ad alcune questioni orizzontali connesse*, cit.

<sup>89</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Relazione sull'attuazione del programma dell'Aja per il 2007*, COM (2008) 373, Bruxelles, 2 luglio 2008, p. 11.

<sup>90</sup> Cfr. Comitato economico e sociale europeo, *Parere in merito alla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo – Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, cit., p. 70 (laddove si accentua, per l'appunto, «la prospettiva del cittadino per quanto riguarda l'applicazione della giustizia, in modo che siano le tecnologie informatiche e delle comunicazioni (TIC) ad essere al servizio della giustizia e non viceversa»).

<sup>91</sup> Parlamento europeo, *Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione sulla giustizia elettronica*, cit., p. 70 («[o]gni progresso tecnologico è visto con favore, purché non metta a rischio i diritti fondamentali»); Council of Bars and Law Societies of Europe, *Position regarding the use of videoconferencing in cross-border criminal proceedings*, 29 novembre 2014.

EVA MARIUCCI

Dottore di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

## Soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari: quale *status*?

### *Inmates' new status after the closure of judicial psychiatric hospitals*

Accade spesso che al *novum* normativo non segua una disciplina organica volta ad adeguare l'ordinamento e le norme preesistenti. La riforma che ha riguardato la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari ne è un esempio. La nuova modalità operativa nelle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems), pur non travolgendo la natura di misura preventiva *post delictum*, ha comunque generato effetti inediti sul *quomodo* dell'esecuzione, tali da determinare una situazione di incertezza in ordine all'applicazione delle disposizioni di ordinamento penitenziario. Gli interpreti e gli operatori debbono far fronte ad una situazione di indeterminatezza per l'assenza di esplicite direttrici normative, che neanche la delega contenuta nel d.d.l. n. 2067 del 2016, attualmente al Senato, prende in considerazione. Occorre allora presidiare sulle garanzie dei nuovi internati, affinché venga mantenuta una "soglia di guardia" per la tutela dei loro diritti.

*Law reforms should be coordinated with the legal framework in its entirety, but very often it doesn't happen, as in the case of the reform on the closure of judicial psychiatric hospitals. The opening of new facilities for the execution of security measures (the so-called REMS) generated situations of uncertainty about the application of L.n. 354/1975. Interpreters and operators must deal with this vagueness, not even clarified by the d.d.l. 2067/2016, currently in the Senate. It is necessary to prevent risk factors, looking for solutions in order to protect inmates' rights.*

#### ASPETTI INTRODUTTIVI

In aderenza alle tesi propugnate dalla Scuola positiva, il legislatore del 1930, sovvertendo la pregressa impostazione liberale, si adoperò in favore di un sistema fondato sulla logica manicomiale per gli autori di reato pericolosi non imputabili<sup>1</sup>.

La categoria delle misure di sicurezza detentive, sebbene da sempre scomoda<sup>2</sup> soprattutto a fronte dei rigidi meccanismi presuntivi che ne regolavano le sorti, per lungo tempo è stata ai margini del dibattito politico e giuridico; il prospettato (ed infine attuato) processo di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari ha ravvivato l'interesse sulla questione della loro legittimità<sup>3</sup>.

Di significativa importanza è già stato il contributo additivo della Corte costituzionale, che ha consentito di rimodellare in senso conforme alla Carta la rigidità originaria della misura del ricovero in Opg<sup>4</sup>, marcando per la prima volta la sua natura sussidiaria e di *extrema ratio*. In particolare, l'inter-

<sup>1</sup>In argomento, M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1990; A. Manna, *Le misure di sicurezza*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, III, Torino, Utet, 2014; E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1978; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008; F. Giunta, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in M. Pavarini-L. Stortoni (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

<sup>2</sup>V. l'autorevole posizione di M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8, p. 917 ss.

<sup>3</sup>M. Pelissero, *Le misure di sicurezza personali e le alternative al modello custodiale*, in *Giur. it.*, 2016, 6, p. 1541.

<sup>4</sup>C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, 4, p. 2109 ss. Sul punto, cfr. F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, p. 70.

vento del Giudice delle leggi ha segnato un primo punto di svolta nella dinamica applicativa della misura, fissando linee guida alla discrezionalità giudiziaria nel delicato momento di individuazione ed applicazione; ne consegue una più pregnante articolazione dell'*iter* decisionale attraverso un giudizio di bilanciamento che tenga conto dell'idoneità di altre misure ad assicurare adeguate cure e a far fronte alla pericolosità sociale. Nel momento genetico, il giudicante deve prediligere l'adozione di misure non detentive, purché capaci di garantire la precipua finalità di cura e il contenimento della personalità del non imputabile probabile recidivo, optando per limitazioni della libertà solo in via residuale. In quest'ottica, il Giudice delle leggi, a corredo della propria indicazione di principio, individuava come possibile alternativa la misura della libertà vigilata a scopo terapeutico.

## IL "NUOVO" GIUDIZIO DI PERICOLOSITÀ SOCIALE E IL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Il d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81, ha previsto che l'accertamento della pericolosità sociale dell'infermo di mente avvenga sulla base delle qualità soggettive dell'individuo, senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, comma 2, n. 4) c.p., e che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non sia elemento da solo sufficiente per fondare il detto giudizio. Il legislatore ha circoscritto i presupposti della prognosi<sup>5</sup>, evidentemente mosso dalla preoccupazione di evitare che fattori esterni e ambientali possano fondare il convincimento sulla pericolosità, dando luogo all'applicazione della misura anche nei casi in cui ciò non sia esclusivamente ricollegabile alle condizioni soggettive.

La scelta sembra dunque ispirata al principio di *favor libertatis*, nonostante sul piano formale il legislatore abbia preferito lasciare immutata la misura di sicurezza per gli autori di reato non imputabili.

La novella è stata oggetto di talune riserve, messe in luce non solo dagli studiosi, ma anche dalla magistratura. Il Tribunale di Sorveglianza di Messina, con ordinanza di rimessione del luglio del 2014, ha promosso incidente di costituzionalità, riscontrando *fumus* di illegittimità dell'art. 1 della l. n. 81 del 2014 nella parte in cui la disposizione impone di fondare il giudizio prognostico esclusivamente sulla base delle qualità soggettive della persona, ignorando quei fattori espunti dalla riforma. Ad avviso del giudice remittente, una prognosi fondata senza tenere conto dei fattori socio-ambientali risulta inevitabilmente «*impossibile o radicalmente alterata*», posto che la nozione stessa di prognosi impone di vagliare proprio quelle dinamiche relazionali oggi divenute irrilevanti<sup>6</sup>. Il modo in cui il soggetto "si muove nel suo mondo", infatti, è il punto di partenza e di arrivo di ogni giudizio prognostico.

Del resto, come anticipato, la stessa dottrina aveva già denunciato la possibilità del radicarsi di applicazioni fuorvianti della disciplina, tali da determinare vere e proprie ricadute pratiche involutive<sup>7</sup>.

In particolare, il "nuovo" giudizio sulla pericolosità, a fronte della revisione restrittiva dei parametri di accertamento, rischierebbe ora di tradursi in una valutazione parziale, quando invece la prognosi sulla probabilità di recidiva presuppone un'articolazione più complessa, stando alle sfumature che negli anni il concetto stesso ha finito per assumere in termini di elasticità e dinamismo (c.d. multifattorialità). Proprio su queste premesse, il giudice remittente ha riscontrato uno dei profili di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, richiamando i traguardi della moderna criminologia sul concetto di "pericolosità situazionale"; la c.d. multifattorialità postula un giudizio globale, mentre il legislatore odierno ha preferito ridimensionare l'ambito di intervento del giudice, adoperandosi in favore di una soluzione restrittiva dei canoni accolti nell'art. 133 c.p.

In letteratura, la normativa è stata criticata proprio per gli aberranti effetti sulla sfera giuridica dell'interessato<sup>8</sup>, allorché fattori esterni, quali condizioni familiari e/o sociali, potrebbero garantire il contenimento della sua pericolosità e addirittura accelerare processi di miglioramento psichico. Per queste ragioni, la pericolosità andrebbe ancora intesa in un'accezione di tipo "ambientale", perché il

<sup>5</sup> D. Potetti, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 2015, 9, p. 3325.

<sup>6</sup> Tribunale di Sorveglianza di Messina, ordinanza 16 luglio 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*. Criticità in ordine al contenuto di tale ordinanza sono state espresse da A. Pugiotto, *La giurisprudenza difensiva in materia di OPG a giudizio della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4, p. 1 ss.

<sup>7</sup> Si v. D. Piccione, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, p. 3.

<sup>8</sup> *Amplius* sul tema, G. Dodaro, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, p. 611 ss.



soggetto non è una monade, ma va necessariamente calato nel contesto sociale e familiare di riferimento<sup>9</sup>. La nuova prognosi non può pertanto andare a detrimento della persona da giudicare, dovendosi tenere in considerazione anche quei parametri “situazionali”, quando ciò consenta di escludere la pericolosità<sup>10</sup>.

I Giudici della Consulta hanno dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, rilevando che la novella non avrebbe esonerato il giudice dal fondare il giudizio di pericolosità sociale secondo i consueti parametri, ivi compresi quelli recentemente espunti. Di questi ultimi, viceversa, non occorrerebbe tener conto ai soli fini della scelta della misura del ricovero in Ospedale psichiatrico giudiziario, considerata quale *extrema ratio* nei casi in cui sono le condizioni cliniche individuali a renderla necessaria, a prescindere dalle dinamiche relazionali, ultronee rispetto al quadro della malattia mentale. Secondo la Corte la disposizione oggetto del sindacato «non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive»<sup>11</sup>.

La soluzione offerta dalla Corte sembra così prospettare la necessità di un *giudizio bifasico*<sup>12</sup>. In un primo momento, la valutazione sulla pericolosità è condotta secondo i parametri tradizionali enunciati dall'art. 133 c.p.; in una seconda fase, invece, per giungere ad un giudizio sulla inidoneità delle misure meno afflittive, il giudicante dovrà tener conto solo delle condizioni personali del soggetto infermo o seminfermo, escludendo i parametri dell'art. 133, comma 2, n. 4), c.p. Di conseguenza, quando il giudizio verte sulla scelta concreta di quale misura applicare, l'accertamento sulla propensione alla recidiva dovrà prescindere dalle connotazioni multifattoriali eventualmente legate all'ambiente socio-familiare di riferimento.

L'interpretazione offerta dalla Corte, considerata in una prospettiva di più ampio respiro, sembrerebbe tuttavia confermare che la novella, seppur indirettamente, abbia aperto la strada ad una nuova concezione di pericolosità *aggiuntiva* rispetto a quella già accolta nell'ordinamento, non sostitutiva. Stando al ragionamento dei Giudici costituzionali, dal punto di vista meramente pratico, si manifesta uno scenario inedito, poiché si dovrebbe ora concludere che vi sono due pericolosità: una tradizionale e una di nuovo conio, certamente più restrittiva, ma rilevante nella sola fase di giudizio sulla scelta dell'Opg o della Casa di cura e custodia.

#### IL LUNGO PERCORSO PER IL SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI E LE NUOVE RESIDENZE PER L'ESECUZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA (REMS)

L'internamento in Ospedale psichiatrico giudiziario presentava oramai evidenti punti di frizione con l'impianto costituzionale<sup>13</sup>. La moderna teoria medico-psichiatrica aveva da tempo evidenziato che queste strutture, eredi dei vecchi manicomi criminali, risultavano, per le modalità di esecuzione della misura, incompatibili con le finalità di cura e recupero della persona. Già da tempo, inoltre, in letteratura si parlava di una grave situazione di obsolescenza delle soluzioni organizzative, cui solo il legislatore avrebbe potuto far fronte in modo da trasformare la normativa vigente in un sistema in linea con le migliori acquisizioni della psichiatria e della scienza penalistica<sup>14</sup>. Del resto, non si può negare che gli Opg siano sopravvissuti alla stessa legge Basaglia di abolizione dei manicomi<sup>15</sup>, in un'ottica di difesa sociale che ha fatto prevalere istanze general-preventive di contenimento della pericolosità su quelle individuali di trattamento della malattia mentale.

<sup>9</sup>M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., p. 923.

<sup>10</sup>Così, sull'applicazione *in bonam partem* dei criteri situazionali, v. M. Pelissero, *op. ult. cit.*, p. 925.

<sup>11</sup>C. cost., sent. 23 luglio 2015 n. 186, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 1 ss.

<sup>12</sup>A. Massaro, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, p. 1 ss.

<sup>13</sup>A. Famiglietti, *Verso il superamento della “pena manicomiale”*, in *Giur. cost.*, 2003, 4, p. 2118.

<sup>14</sup>G. La Greca, *Sempre aperto il problema dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Foro it.*, 2002, II, p. 63. Interessante la prospettiva dei medici psichiatri: cfr. G. Nese, *L'involutione del DPCM 1.4.2008: dalle linee di indirizzo per gli interventi negli Opg e nelle case di cura e custodia al programma di realizzazione di strutture regionali per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Critica del diritto*, 2012, 3-4, pp. 253 ss.

<sup>15</sup>Sul punto, cfr. S. Ardita-L. Degl'Innocenti-F. Faldi, *Diritto penitenziario*, Roma, Laurus Robuffo, 2016, p. 159.

Addirittura, è possibile affermare che per oltre un ventennio gli Opg abbiano rappresentato una vera e propria “zona franca” rispetto ai dettami della l. n. 180 del 1978, in quanto solo con il d.lgs. n. 230 del 1999, contenente norme per il riordino della disciplina penitenziaria, sono state trasferite al Servizio Sanitario Nazionale le funzioni relative all’assistenza medica dei detenuti<sup>16</sup>. In tal modo, sono venuti meno i caratteri di specialità ed autonomia della psichiatria penitenziaria<sup>17</sup>, prevedendo che gli internati conservino l’iscrizione al SSN durante l’esecuzione della misura di sicurezza, erodendo i residui manicomiali che la misura ancora presentava.

Prima ancora delle riforme legislative degli ultimi anni, le questioni di legittimità sollevate con riferimento all’art. 222 c.p. avevano consentito alla Corte costituzionale di pronunciarsi sul tema, aprendo di fatto la strada al successivo intervento legislativo. Mentre in un primo momento erano state dichiarate inammissibili le questioni sollevate, perché con le ordinanze di rimessione si chiedevano interventi manipolativi della normativa esorbitanti dalle sue attribuzioni<sup>18</sup>, nel 2003 – come già anticipato –, investita nuovamente della questione di legittimità dell’art. 222 c.p., la Corte dichiarava l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare una misura di sicurezza diversa dal ricovero in Opg, maggiormente idonea a contemperare esigenze di cura e di limitazione della pericolosità sociale<sup>19</sup>.

A tutto ciò si aggiunga quanto compiuto dalla “Commissione parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del Servizio Sanitario Nazionale”, istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008 e presieduta dall’On. Ignazio Marino. La Commissione, all’esito di sopralluoghi in tutti gli istituti, stilava una *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all’interno degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, approvata nella seduta n. 125 del 20 luglio 2011. La Relazione<sup>20</sup>, che ha avuto il merito di sensibilizzare l’opinione pubblica in merito al problema, evidenziava puntualmente tutte le criticità del sistema<sup>21</sup>. La Commissione concludeva i suoi lavori auspicando l’adozione di interventi urgenti per la completa sanitarizzazione degli istituti, attraverso il passaggio al Servizio Sanitario Nazionale, ritenuta indifferibile per superare una «situazione di fatto e di diritto che, per molti aspetti, è del tutto incompatibile con i dettami della Costituzione»<sup>22</sup>.

Gli interventi normativi più rilevanti, che hanno riguardato il delicato passaggio “storico” di progressivo superamento degli Opg, sono quelli contenuti nel d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito, con modificazioni, in l. 17 febbraio 2012, n. 9, che fissava la data di chiusura al 1° febbraio 2013, e nei successivi d.l. di proroga 25 marzo 2013, n. 24 e 31 marzo 2014, n. 52, convertiti rispettivamente in l. 23 maggio 2013, n. 57 e l. 30 maggio 2014, n. 81, con i quali è stata disposta una dilazione del termine al 31 marzo 2015<sup>23</sup>.

Con riferimento alla l. n. 9 del 2012, il punto di maggior interesse ai fini della presente trattazione è quello relativo ai principi contenuti nell’art. 3-ter, commi 2 e 3, ove per la prima volta il legislatore indica i criteri guida per il processo di graduale dismissione degli Ospedali psichiatrici giudiziari. La dispo-

<sup>16</sup> M. Pelissero, *Le misure di sicurezza personali e le alternative al modello custodiale*, cit., p. 1541, rileva criticamente che il programma è di fatto rimasto sulla carta per ben tre lustri, prima che venisse effettivamente iniziato il processo di superamento degli Opg.

<sup>17</sup> A. Bernasconi, *sub art. 11 Ord. Penit.*, in V. Grevi – G. Giostra – F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario, commento articolo per articolo*, Padova, Cedam, 2006, p. 137; M. Pavone, *Carcere e diritto alla salute*, in *Diritti dell’uomo*, 2001, I, p. 18 ss.

<sup>18</sup> C. cost., ord. 30 marzo 2001 n. 88, in *Foro. it.*, 2002, I, p. 39.

<sup>19</sup> C. cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253, cit.

<sup>20</sup> Disponibile on-line su <http://www.senato.it>.

<sup>21</sup> A mero titolo di esempio, si cfr. no le sintetiche osservazioni contenute a pag. 3 della Relazione (“tutti gli OPG presentano un assetto strutturale assimilabile al carcere o all’istituzione manicomiale, totalmente diverso da quello riscontrabile nei servizi psichiatrici italiani”) ed a pag. 4 (dove si parla di “pratiche cliniche inadeguate e, in alcuni casi, lesive della dignità della persona”).

<sup>22</sup> Pag. 10 della citata Relazione. Si cfr. anche S. Moccia, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, p. 1095, il quale parla di «insopportabile dimensione antiumana».

<sup>23</sup> Sul processo di superamento degli Opg, si v., tra gli altri, L. Caraceni, *L’insostenibile peso dell’ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche*, in *questa Rivista*, 2012, p. 122 ss.; A. Manna, *La lunga e accidentata marcia verso l’abolizione degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, in *Antigone*, 2014, 1, p. 1 ss.; A. Pugiotta, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015, 2, p. 1 ss.; M. T. Collica, *Verso la chiusura degli OPG. Una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Legislazione pen.*, 2014, p. 261 ss.; C. Mazzucato-G. Varraso, *Chiudere o...aprire? Il “superamento” degli OPG tra istanze di riforma e perenni tentazioni “di cambiare tutto per non cambiare niente”*, in *Riv. it. medicina legale*, 2013, 3, p. 1340 ss.

sizione, infatti, pur rinviando alla normativa secondaria la fissazione dei peculiari requisiti tecnologici, strutturali ed organizzativi delle residenze destinate a sostituire gli Opg, definisce già in modo netto l'architettura complessiva del nuovo modello esecutivo, ancorandolo ai principi di "sanitarizzazione" e "territorializzazione", attraverso il richiamo all'«esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture» e al «territorio regionale di ubicazione»<sup>24</sup>.

Con un Decreto infraministeriale del novembre 2012<sup>25</sup>, sono stati successivamente definiti i requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi dei luoghi destinati ad accogliere gli internati, denominati Rems (residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza). Il provvedimento ha dettato una serie di parametri fondamentali, destinati a fungere da modello alle Regioni per la costruzione e la gestione delle nuove strutture residenziali.

Oggi con le Rems si assiste ad un recupero della dimensione terapeutica; se prima l'infermo di mente autore di reato e socialmente pericoloso veniva punito addirittura in modo più grave rispetto ai sani, ora la prospettiva appare senz'altro mutata, con uno spostamento del «baricentro funzionale dal controllo sociale alla risocializzazione»<sup>26</sup>. Si considerino due ulteriori aspetti in proposito. Il primo attiene alla localizzazione delle strutture: si è passati da soli sei Opg, destinati ad accogliere internati provenienti da tutto il territorio nazionale, ad una pluralità di residenze dislocate praticamente in tutte le Province, in modo da favorire la vicinanza tra "pazienti" e familiari. Il secondo è la previsione di un limite massimo di durata della misura, sì che l'intenzione del legislatore è stata quella di contenere i possibili e frequenti abusi che in passato avevano fatto nascere il comune convincimento dell'esistenza di un c.d. "ergastolo bianco". La l. n. 81 del 2014 prevede infatti che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle Rems non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima». In tal modo, la durata della misura viene finalmente disancorata dalla pericolosità sociale, non essendo più indeterminata nel massimo<sup>27</sup>.

In attesa di una normativa nazionale che enunci gli aspetti di dettaglio, preziosi strumenti per la definizione delle modalità di funzionamento delle Rems sono gli accordi di programma sottoscritti dalle amministrazioni coinvolte, che hanno sia la funzione di regolare il riparto di competenze tra Asl e Amministrazione penitenziaria, che quella di esplicitare le misure di coordinamento, specialmente ai fini della sicurezza.

La Conferenza Unificata ha approvato il 26 febbraio 2015 un «Accordo concernente disposizioni per il definitivo superamento degli OPG»<sup>28</sup>. Il testo fissa una serie di parametri generali, relativi al funzionamento delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. In particolare, viene ribadita l'esclusiva gestione sanitaria delle stesse e il loro inquadramento all'interno del Servizio Sanitario Nazionale, nonché il criterio della prossimità territoriale per l'assegnazione degli internati (art. 1). L'intesa, inoltre, pone a carico del personale delle Rems tutte le attività di carattere amministrativo (artt. 3 e 5), ivi comprese quelle aventi ad oggetto i rapporti con la magistratura di sorveglianza e l'autorità giudiziaria (ad es., le notifiche). Compiti residuali vengono invece attribuiti all'Amministrazione penitenziaria, limitati ai trasferimenti, alle traduzioni ed ai piantonamenti (art. 2). Quanto alla sicurezza, ferma restando l'assenza di personale del Corpo di polizia penitenziaria, l'art. 6 si limita a prevedere la possibilità per la direzione della Rems di stipulare accordi con le Prefetture per tutte le attività di vigilanza perimetrale.

A livello locale, si consideri, a titolo di esempio, la Deliberazione n. 333 del 7 luglio 2015 della Giunta regionale del Lazio, relativa all'approvazione dello «Schema di Accordo fra Regione Lazio, Prefettura di

<sup>24</sup> Per una ricostruzione delle "tappe" necessarie al definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, come delinquenti – prima della conversione in legge – dal Governo nel d.l. n. 211 del 2011, F. Fiorentin, *Per gli Opg un futuro a base territoriale*, in *Guida dir.*, 2012, 10, p. 53 ss.

<sup>25</sup> Decreto 1 ottobre 2012 – *Requisiti delle strutture residenziali per le persone ricoverate in ospedale psichiatrico giudiziario e assegnate a casa di cura e custodia*, in *Gazz. Uff.*, n. 270 del 19 novembre 2012. In particolare, il decreto – adottato dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro della Giustizia – definisce i «Requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture residenziali destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia».

<sup>26</sup> G. Balbi, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), pp. 9 e 17.

<sup>27</sup> G. L. Gatta, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>28</sup> L'Accordo è disponibile on-line sul sito <http://www.statoregioni.it/>.

Roma e ASL di RMG relativo alle procedure operative di sicurezza e vigilanza finalizzate alle gestione delle Rems di Palombara Sabina (RM) e Subiaco (RM)”<sup>29</sup>. In aderenza alla gestione esclusivamente sanitaria delle strutture, l'accordo non prevede la presenza *intra moenia* degli agenti di polizia penitenziaria, delegando la tutela dell'incolumità di pazienti e personale sanitario a corpi di guardie giurate. La vigilanza privata è però chiamata ad operare in stretto collegamento con le forze dell'ordine, che, in caso di pericolo, devono essere immediatamente avvisate. Il predetto accordo prevede poi l'intervento del magistrato di sorveglianza, che dovrà essere informato nel caso di necessità di trattamento sanitario obbligatorio, oltre a dover autorizzare, su richiesta del dirigente responsabile, ricoveri esterni, visite specialistiche o diagnostiche non in emergenza. Ad ogni modo, all'Amministrazione penitenziaria spettano tutte le attività relative alla identificazione e definizione della posizione giuridica del ricoverato, mentre i piantonamenti in strutture sanitarie esterne alla Rems sono compiuti dalla polizia penitenziaria<sup>30</sup>.

Una normativa nazionale unitaria sarebbe tuttavia auspicabile, perché lasciare ad una disciplina regolamentare su base regionale la definizione di aspetti così incidenti sui diritti individuali e sulla libertà personale, rischia di compromettere la necessaria uniformità di trattamento, in tensione con il principio della riserva di legge in materia penale.

### GLI EFFETTI DELLA RIFORMA SULLO STATUS GIURIDICO DEGLI INTERNATI

Dal punto di vista operativo, con la nuova disciplina si manifestano taluni nodi problematici. La prima questione critica che si pone è quella di capire se alle Rems siano ancora applicabili le norme penitenziarie. Due sono le strade percorribili.

La prima possibilità è quella di ritenere che, all'esito delle modifiche, il cambiamento sulla modalità esecutiva abbia inciso anche sulla natura sostanziale della misura di sicurezza, determinandone la perdita del carattere custodiale; secondo questa impostazione, le norme penitenziarie non sarebbero applicabili, atteso che la persona sottoposta alla misura non sarebbe più qualificabile come "internata".

Una tale rigida opzione, però, confligge con almeno due rilievi.

In primo luogo, vi è un dato sistemico-fattuale di cui tenere conto: la misura dell'Opg non è stata eliminata dal codice, ma è tuttora prevista dall'art. 222 c.p. Peraltro, la rubrica della disposizione continua ad essere quella di "Ricovero in manicomio giudiziale", sebbene già dalla legge di ordinamento penitenziario (art. 62 l. n. 354 del 1975 e art. 11 d.p.r. n. 230 del 2000) sia mutata la modalità esecutiva attraverso l'istituzione degli ospedali psichiatrici al posto dei vecchi manicomi. Oggi, con le Rems il legislatore si è ancora una volta adoperato in favore di una nuova e diversa modalità di esecuzione della misura, maggiormente in linea con i tempi.

In secondo luogo, da un punto di vista sostanziale, non può negarsi che le odierne residenze, pur non potendosi definire luoghi di detenzione *tout court*, presentino necessariamente punti di contatto rispetto a questi ultimi, attesa l'esigenza attuale del contenimento verso l'individuo infermo di mente e pericoloso. Giova in proposito rammentare che negli ultimi anni, anche in forza delle spinte provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup>, il nostro ordinamento penitenziario si era già aperto a mo-

<sup>29</sup> L'Accordo è disponibile su: [http://www.regione.lazio.it/binary/rl\\_main/tbl\\_delibere/277511.pdf](http://www.regione.lazio.it/binary/rl_main/tbl_delibere/277511.pdf). A titolo non esaustivo, ma meramente esemplificativo, possono essere richiamate ulteriori intese. In particolare, un cenno meritano i due accordi di programma stipulati dalla Regione Campania con le Regioni Piemonte (deliberazione del 20 giugno 2016) e Lombardia (deliberazione del 6 ottobre 2015) per l'utilizzo del sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari denominato "SMOP", finalizzato a realizzare un'omogenea base informativa, aggiornata continuamente, che consenta di descrivere e valutare sia il percorso di superamento degli OPG, sia l'implementazione ed il funzionamento dei servizi e delle strutture che li sostituiranno. In tale sistema sono standardizzate e gestite, per ciascuna persona entrata nei predetti servizi, diverse informazioni anagrafiche, sanitarie, giuridiche, e di presa in carico da parte del SSR.

Si può ricordare anche il "Protocollo d'intesa tra il Tribunale di Sorveglianza di Cagliari, l'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna di Cagliari e la Residenza per l'Esecuzione delle misure di Sicurezza di Capoterra della Asl di Sanluri" del 9 settembre 2015, che affronta i profili pratici dei rapporti tra U.E.P.E. e Rems, prevedendo nel dettaglio i reciproci obblighi informativi e di coordinamento.

<sup>30</sup> Sempre nell'ottica della massima collaborazione con le Forze dell'Ordine, è previsto l'inserimento delle Rems tra gli obiettivi sensibili in vista di un sistema di vigilanza dinamica e di pronto intervento, oltre che la predisposizione di servizi di video-sorveglianza con possibilità di accesso remoto e in tempo reale.

<sup>31</sup> A partire dal caso *Sulejmanovic*. Corte e.d.u., sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; Corte e.d.u., sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*.

delli di vita intramuraria volti a garantire al detenuto la possibilità di trascorrere fuori dalle celle una parte considerevole della giornata<sup>32</sup>. La nuova impostazione, come è stato correttamente rilevato, «oltre ad aver contribuito ad umanizzare ancor più il trattamento», concorre «all'effettivo superamento del concetto di "camera di detenzione" in favore di quello [...] di "locale di pernottamento"»<sup>33</sup>.

Appare dunque preferibile sostenere che, nonostante la nuova modalità abbia inciso certamente anche sulla qualità della misura, facendo prevalere istanze terapeutiche su quelle custodiali, i ricoverati nelle Rems siano ancora definibili quali internati, con tutto ciò che ne consegue sul piano dello *status* giuridico. Restano dunque operative le norme dell'ordinamento penitenziario e del regolamento del 2000, con l'importante precisazione, secondo cui, stanti le caratteristiche delle Rems, non tutte le disposizioni risulteranno applicabili, dovendosi valutare caso per caso quali siano compatibili.

Sul punto, occorre condividere l'opinione del primo commentatore che ha sollevato la questione, affermando che la soluzione non può constare in un «taglio netto», ma solo in «una valutazione articolo per articolo»; si sostiene la suddivisione della normativa penitenziaria in due emisferi: norme relative alla vita interna, incompatibili in un ambiente ad esclusiva valenza sanitaria (es. artt. 14-bis, 41-bis), e norme relative alla vita da svolgersi nella c.d. area penale esterna, per la maggior parte applicabili alle nuove strutture (es. artt. 11, 21, 48)<sup>34</sup>.

Ragionare *case by case* è, allo stato, l'unica strada percorribile dall'interprete, almeno fin quando non verrà dettata in via legislativa un'esplicita normativa. Si tratta però di individuare un metodo di discernimento stabile, ancorato il più possibile alla *ratio legis* della novella, che valuti la compatibilità delle norme penitenziarie alla finalità ed alle caratteristiche strutturali delle residenze. Avuto riguardo al primo criterio (finalità di cura), appaiono senz'altro applicabili disposizioni quali l'art. 13 (individualizzazione del trattamento), l'art. 18 (colloqui), l'art. 20, comma 4 (lavoro con finalità terapeutiche), l'art. 26 (pratiche religiose). Con riferimento al parametro strutturale, compatibili con le nuove residenze sono, tra gli altri, gli artt. 6 (condizioni igieniche dei locali), 7 (vestiario e corredo), 8 (igiene personale), 9 (alimentazione). Di contro, risulta estremamente difficoltosa l'applicazione di tutte quelle norme che impongono l'esercizio di prerogative inconciliabili con la gestione esclusivamente sanitaria delle residenze. Si considerino, a titolo di esempio, norme che presuppongono situazioni di contenimento (art. 14-bis reg. penit., regime di sorveglianza particolare).

Il punto nevralgico risiede nel mancato coordinamento tra vecchia e nuova disciplina, unitamente alla molteplicità delle fonti, soprattutto di rango secondario, che hanno arricchito improvvisamente il panorama normativo della materia; occorre pertanto trovare soluzioni interpretative per risolvere le numerose antinomie operative che sembrano prospettarsi all'orizzonte. I primi tentativi per sanare il *vulnus* provengono dagli stessi uffici giudiziari, impegnati a definire criteri guida nell'applicazione delle nuove disposizioni. Con un recente provvedimento diffuso dalla presidenza del Tribunale di Sorveglianza di Roma è stato chiarito, ad esempio, che tutti i trasferimenti dalle Rems vanno eseguiti con scorta e piantonamento, a norma degli artt. 11 e 42 ord. penit.<sup>35</sup>. Le prime applicazioni concrete della disciplina manifestano dunque la perdurante efficacia delle disposizioni penitenziarie, che, in forza della preminenza formale sulle fonti secondarie – si pensi al richiamato accordo unificato del febbraio 2015 –, continuano a trovare piena applicazione. Di certo, però, affidarsi al solo criterio gerarchico non scioglie i nodi critici. I problemi sul piano concreto sono per lo più di natura sostanziale, postulando un giudizio di coordinamento tra fonti che oggi si appunta su un necessario bilanciamento tra istanze di contenimento (di fatto ancora presenti) e di recente sanitarizzazione della misura; pertanto, è auspicabile che tale giudizio di valore sia presto compiuto dal legislatore.

<sup>32</sup>A. Albano, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, p. 2677.

<sup>33</sup>Si pensi alla Circolare 25 novembre 2011, n. 3594/6044, sul c.d. "sistema delle celle aperte" per almeno otto ore al giorno. Sul punto si cfr. A. Della Bella, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime 'aperto' per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidiario all'interno delle carceri*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>34</sup>F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, cit., p. 70.

<sup>35</sup>Tribunale di Sorveglianza di Roma, provvedimento presidenziale del 9 dicembre 2016, Prot. 364/I/2016.

**(SEGUE): ASPETTI APPLICATIVI A FRONTE DELLA SANITARIZZAZIONE DELLA MISURA DI SICUREZZA**

L'aspetto più innovativo della riforma risiede nella completa medicalizzazione del trattamento che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe garantire il superamento dei cronici mali che affliggevano il sistema. Gli Opg, infatti, erano stati equiparati agli istituti di pena, svilendo la finalità terapeutica e relegando i soggetti reclusi in condizioni di emarginazione ed alienazione, fisica e spirituale. Il nodo critico ha sempre riguardato l'effettiva propensione terapeutica della misura, in quanto il fine clinico, pur presente, fungeva da palliativo formale alla vera pretesa, ossia la neutralizzazione della pericolosità attraverso uno strumento essenzialmente detentivo.

Tuttavia, l'aspettativa legislativa di trapiantare *tout court* i metodi e gli scopi dell'azione sanitaria all'interno di strutture avulse dal circuito penitenziario, pone una serie di questioni pratiche su cui è opportuno soffermarsi. In primo luogo, è innegabile che il solo trattamento sanitario determini il problema della mancanza di strumenti di controllo interni che possano garantire la difesa sociale. Come già rilevato, la gestione sanitaria delle nuove residenze non prevede la presenza di agenti di polizia penitenziaria, per cui la sicurezza delle strutture potrà essere affidata a società di vigilanza privata, che non solo potrebbero non possedere le specifiche competenze verso il trattamento dei malati mentali, ma che comportano una spesa considerevole per le casse regionali su cui graveranno i relativi oneri<sup>36</sup>.

Lo spostamento del baricentro dalla dimensione custodiale a quella prettamente terapeutica non deve indurre a dimenticare che gli internati sono persone la cui imprevedibile pericolosità può manifestarsi in tempi non preventivabili e che le condizioni di rischio possono derivare anche da repentini cambiamenti umorali tali da generare un imminente pericolo, sia autolesionistico, sia per gli altri presenti nella struttura<sup>37</sup>. Non va dunque trascurata la necessità di personale di vigilanza altamente qualificato, tale da poter eguagliare quella preparazione ormai sedimentata negli agenti del Corpo di polizia penitenziaria<sup>38</sup>. Senza ignorare un dato solo apparentemente secondario: il maggiore *metus* che la Forza di polizia statale è in grado di incutere nel detenuto/internato rispetto agli operanti di vigilanza privata. A tal fine, non sembrano sufficienti le indicazioni contenute nell'Allegato A al d.m. 1 ottobre 2012, che prevedono la possibilità per il dirigente psichiatra di adottare procedure scritte per attivare le forze dell'ordine nelle situazioni di emergenza attinenti alla sicurezza<sup>39</sup>.

L'avvenuta sanitarizzazione della misura, in assenza di una normativa di coordinamento con le disposizioni codicistiche e dell'ordinamento penitenziario, di fatto ha inciso su quelle norme che disciplinano aspetti peculiari dello *status detentionis*. Si pensi all'art. 123 c.p.p., che prevede la possibilità per l'imputato internato in un istituto per l'esecuzione di misure di sicurezza di consegnare al direttore impugnazioni, dichiarazioni e richieste che, dopo essere iscritte in un apposito registro, dovranno essere immediatamente comunicate all'autorità competente da parte dell'organo apicale. La disposizione individua nel "direttore", quale dirigente dell'Amministrazione penitenziaria, il soggetto deputato agli adempimenti suindicati. Vi è allora da chiedersi se, nell'immutato quadro normativo, gli stessi compiti gravino ora sul dirigente sanitario della Rems. Lo stesso quesito si pone con riferimento a tutte le previsioni dell'ordinamento penitenziario che collocano in capo al direttore adempimenti che richiedono specifiche qualità funzionali (es. artt. 16, comma 2, e 21 ord. penit.; artt. 2-3 d.p.r. n. 230 del 2000).

Stesse perplessità in ordine alla titolarità di poteri coercitivi si palesano verso le perquisizioni c.d. "amministrative"<sup>40</sup> (in quanto diverse da quelle previste dal c.p.p. quali mezzi di ricerca della prova), che l'ordinamento penitenziario consente entro gli stringenti limiti di cui agli artt. 34 ord. penit. e 74 d.p.r. n. 230 del 2000: l'esistenza di motivi di sicurezza, il pieno rispetto della personalità e, soprattutto, l'effettuazione da parte del «personale del Corpo di polizia penitenziaria alla presenza di un appartenente a tale

<sup>36</sup> La questione è stata sollevata da più voci in occasione del Convegno, *Il controllo dell'autore pericoloso. Quale futuro per le misure di sicurezza?*, tenutosi il 7 ottobre 2016 presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di "Roma Tre".

<sup>37</sup> Sulla necessità di continua sorveglianza e sulla connessa responsabilità del medico psichiatra, si cfr. A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio tra gli ospedali psichiatrici giudiziari e le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. medicina legale*, 2015, 4, p. 1367 ss.

<sup>38</sup> In questo senso, più convincente appariva il d.d.l. n. 2746 del 1998, sulla riforma degli OPG, presentato dal Consiglio regionale della Toscana in Senato, che prevedeva il riparto di competenze tra SSN (per la cura) e Amministrazione penitenziaria (custodia e vigilanza).

<sup>39</sup> Cfr. la posizione critica di P. Di Nicola, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>40</sup> S. Ardita-L. Degl'Innocenti – F. Faldi, *Diritto penitenziario*, cit., p. 114.

*Corpo, di qualifica non inferiore a quella di vice sovrintendente».* Non sembra che il personale impiegato presso le residenze o gli operatori di vigilanza privata siano abilitati a compiere tali perquisizioni. Resterebbe dunque percorribile un'unica strada: farle eseguire dal personale di polizia penitenziaria chiamato ad intervenire per l'occasione all'interno della residenza, con ovvie ricadute sul piano dell'effettività di un atto che dovrebbe compiersi in tempi rapidissimi. A meno di ritenere che le uniche perquisizioni oggi praticabili nelle Rems siano quelle "comuni" ad opera della polizia giudiziaria a norma degli artt. 247 ss. c.p.p.

Delegare alle Regioni il compito di istituire e gestire le Rems, inoltre, rischia di compromettere l'unicità del trattamento a livello nazionale, stante il diverso standard di prestazioni che ciascuna Regione potrà garantire a fronte delle risorse effettivamente impiegate. Il nuovo sistema va infatti ad aggravare ulteriormente il bilancio sanitario, già fortemente compromesso in molte realtà locali. Fermo restando che si tratta di garantire eguaglianza di trattamento a persone comunque ristrette nella libertà personale; il che dovrebbe indurre a prestare particolare attenzione al problema, onde affermare livelli qualitativi e gestionali uniformi sull'intero territorio nazionale.

### RILIEVI CRITICI CONCLUSIVI

I vecchi Opg, per come erano strutturati, rappresentavano un'istituzione antistorica, il cui superamento costituiva oramai una necessità impellente. La predisposizione di strutture di dimensioni ridotte, votate alla finalità terapeutica e ben distribuite sul territorio, costituisce senza dubbio un deciso passo in avanti. Ciò non deve tuttavia indurre a dimenticare le diverse questioni problematiche ancora lasciate aperte, alcune delle quali sono state già evidenziate.

Quel che importa rilevare, è la necessità di apprestare un nucleo definito di guarentigie in favore dei soggetti ricoverati nelle residenze, partendo proprio dalle disposizioni di ordinamento penitenziario. L'esecuzione della misura, infatti, continua ad incidere sulla libertà personale, rendendo imprescindibile la chiara definizione giuridica dello *status* del ricoverato in Rems, onde evitare il rischio di "prigioni formalmente amministrative"<sup>41</sup>.

Del resto, la permanente esigenza detentiva affidata alle nuove strutture appare confermata dalla disciplina di riforma attualmente al vaglio del Senato. Dal disegno di legge n. 2067, si evince che quella della pericolosità sociale è categoria destinata ancora ad operare nell'ordinamento. Come evidenziato recentemente, ad eccezione di una non meglio precisata sollecitazione alla revisione dei presupposti del trattamento, non è chiarito se la categoria della pericolosità sociale vada o meno mantenuta o (finalmente) sostituita dal bisogno di cure<sup>42</sup>. Peraltro, per i soggetti non imputabili, la legge delega fa riferimento a "cura o controllo", ponendo i due presupposti come alternativi: la funzione general-preventiva delle misure contenitive continua ad emergere, costituendo tuttora parametro su cui ancorare l'opzione giudiziale. In definitiva, il presupposto della pericolosità viene di nuovo rinvigorito sotto le mentite spoglie di un generico "controllo" per neutralizzare probabili condotte recidive. Si pensi ancora al discusso emendamento all'articolo 12, comma 1, lett. d), d.d.l. n. 2067, che dispone che, in attesa di servizi idonei, possano entrare nelle Rems già operanti sul territorio nazionale, oltre alle persone dimesse dagli Opg, anche coloro per i quali si attende un accertamento del disturbo mentale, e coloro che attendono il giudizio. Il rischio, paventato anche in sede politica, è quello di svilire la *ratio* stessa della riforma, trasformando le Rems in nuovi Opg, riproducendone di fatto meccanismi operativi. Sarebbe perciò auspicabile che le strutture ricevano esclusivamente coloro che non erano in grado di intendere e volere al momento della commissione del fatto, potenziando per tutti gli altri le misure alternative e le sezioni psichiatriche degli istituti penitenziari<sup>43</sup>. Allo stato attuale, dunque, il legislatore ancora temporeggia in

<sup>41</sup> L'osservazione, riferita ai Centri di identificazione e di espulsione degli stranieri irregolari, è di A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei doppi binari nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). L'Autrice utilizza tale espressione per indicare tutti quei luoghi formalmente non carcerari ma sostanzialmente detentivi, sottratti all'operatività dell'ordinamento penitenziario.

<sup>42</sup> M. Pelissero, *La politica penale delle interpolazioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>43</sup> La questione è stata sollevata in occasione del convegno "Rafforzare i programmi di tutela della salute in carcere. Completare la chiusura degli OPG, non stravolgere la funzione delle Rems", tenutosi il 20 settembre 2016 presso la sala Nassirya del Senato della Repubblica. Gli atti del Convegno sono disponibili su: <http://www.stopopg.it/node/1449>.

ordine a scelte che non sono più rinviabili; la strada del cambiamento è iniziata e la speranza, almeno per i non imputabili affetti da infermità mentale, è che sia percorsa fino in fondo in favore della necessità terapeutica.

Anche sul piano processuale i risvolti non sono confortanti, nella prospettiva di tutela degli internati. La chiara definizione di un *corpus* di diritti dei soggetti ristretti nelle Rems, infatti, consentirebbe di precisare l'ambito di operatività degli strumenti giurisdizionali a presidio delle posizioni giuridiche sottese: su tutti, il reclamo di cui all'art. 35-bis ord. penit., attivabile in presenza di "un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti"<sup>44</sup>.

Come noto, rientrano nel novero delle posizioni tutelabili attraverso tale rimedio i diritti costituzionali – ristretti ma mai annullati durante la detenzione –, nonché quelli di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; con riferimento alle fonti subordinate, poi, meritevoli di protezione sono i diritti previsti dalle singole disposizioni di ordinamento penitenziario, inerenti al trattamento e finalizzati all'accrescimento della personalità per un pronto reinserimento sociale. Del resto, lo strumento è stato attivato nel delicato frangente del passaggio tra gli Opg e le Rems, ad opera di quegli internati che avevano subito una illegittima restrizione della libertà personale, stante la protrazione della permanenza nelle vecchie strutture, nonostante fosse decorso il termine previsto *ex lege* per la loro chiusura (31 marzo 2015)<sup>45</sup>. L'incertezza sullo *status* giuridico del "ricoverato" in Rems rischia di concretizzare due effetti distorsivi: da un lato, che sia inibita *in nuce* l'attivazione del rimedio, stante l'indeterminatezza del nucleo di situazioni attive facenti capo al soggetto, e, dall'altro, che sia proprio tale vuoto legislativo ad incentivare ricorsi pretestuosi.

---

<sup>44</sup> Il reclamo giurisdizionale, introdotto dal d.l. n. 146 del 2013, ha costituito la risposta alle sollecitazioni sovranazionali, fornendo una soluzione idonea alla richiesta europea di introdurre rimedi strutturali al problema del sovraffollamento (Corte e.d.u., sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*).

<sup>45</sup> Magistrato di Sorveglianza di Firenze, ord. 21 ottobre 2015, con nota di G. Melani, *Tutela della libertà personale degli internati: "attraverso la cruna dell'ago"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).



ÁNGEL TINOCO PASTRANA<sup>1</sup>

Professore di Diritto processuale – Università di Siviglia

## L'ordine europeo di indagine penale

### *The European Investigation Order in Criminal Matters*

---

L'ordine europeo di indagine costituisce un nuovo strumento per l'acquisizione transnazionale della prova e degli atti investigativi, permettendo il loro trasferimento attraverso un titolo giudiziale unico. La Direttiva 2014/41/UE cerca di risolvere i problemi emersi in relazione ai preesistenti strumenti di riconoscimento reciproco in materia e, allo stesso tempo, pone fine al predominio della tradizionale assistenza giudiziaria implementando aspetti fondamentali di questa, come la preponderanza dell'utilizzo della *lex loci*. Ciò si ripercuote direttamente sull'applicazione concreta del principio di riconoscimento reciproco; tuttavia, il mancato ravvicinamento tra le legislazioni interne degli Stati dell'UE nel settore probatorio e l'attenzione privilegiata che la Direttiva riserva ai diritti fondamentali influiscono sull'applicazione effettiva di tale principio, tanto che si può affermare di aver ripensato e perfino ristretto il suo ambito operativo. Tutto ciò incide direttamente sul modello di cooperazione giudiziaria in materia penale introdotto dalla Direttiva.

*The European Investigation Order in criminal matters constitutes a new instrument of mutual recognition for the transnational acquisition of evidence. It allows both investigative acts and the acquisition of evidence and its subsequent transfer, through a unified judicial title. The Directive 2014/41/EU tries to solve the important problems of application and effectiveness of the previous mutual recognition instruments for obtaining the evidence, and at the same time putting an end to the prevalence of judicial assistance in this field in the EU. Nevertheless it implements certain foundations of the traditional judicial assistance as the preponderance of the *lex loci*. This has a direct impact on its specific application of the principle of mutual recognition. The lack of legislative approximation on evidentiary matters existing in the States of the EU and the priority accorded by the Directive to the protection of fundamental rights, also directly affect the application of this principle, in such a way that we can affirm that it may have been rethought and even restricted its application. All this has a direct impact on the model of judicial cooperation in criminal matters introduced by Directive.*

---

#### INTRODUZIONE

L'ordine europeo di indagine (OEI) costituisce uno strumento di riconoscimento reciproco, istituito dalla Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 (D. OEI), il cui termine di recepimento scade il 22 maggio 2017.

La Direttiva introduce un titolo giudiziale unico (e "unificato") per l'acquisizione delle prove, così come è accaduto con il primo strumento di riconoscimento reciproco, vale a dire l'arresto e la consegna di persone (mandato d'arresto europeo, MAE), che ha costituito una tappa fondamentale nella lotta contro la delinquenza transnazionale e la criminalità organizzata. L'OEI dovrebbe rappresentare un importante passo avanti nell'acquisizione della prova negli Stati dell'Unione europea e, pertanto, nella lotta contro la delinquenza transnazionale. Gli strumenti di riconoscimento reciproco fino ad oggi utilizzati per l'acquisizione della prova hanno fatto conseguire risultati deludenti, coesistendo con i tradizionali procedimenti di assistenza giudiziaria.

La Direttiva è stata adottata proprio per risolvere questa situazione. Possiede un ampio spettro di

---

<sup>1</sup>Questo studio è stato realizzato nel quadro del progetto di ricerca "Un paso adelante en la consolidación del espacio judicial europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal", Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-71418-P (MINECO/FEDER)) e della "Red de Excelencia" sugli "Los actuales desafíos del Derecho Internacional", del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

applicazione, includendo gli atti di indagine, l'acquisizione delle prove, il loro trasferimento nello Stato richiedente, ed ha finalità sia investigativa che cautelare. Costituisce, pertanto, un ambizioso strumento che riconduce ad unità la frammentaria disciplina preesistente<sup>2</sup>. Il provvedimento europeo, inoltre, ha un'applicazione più estesa rispetto ad altri accordi in materia di acquisizione della prova, in quanto le garanzie e gli obiettivi in esso contenuti devono essere rispettati sia negli accordi bilaterali o multilaterali già esistenti tra gli Stati membri, che in quelli che potranno essere conclusi in futuro: sostanzialmente, esso introduce un quadro generale di riferimento per tutti gli Stati membri, che saranno tenuti a rispettare tutti i principi in essa contenuti in tema di acquisizione transnazionale della prova nell'UE.

Il "Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini" – sottolineò la necessità di un sistema unico, globale, di acquisizione delle prove nei procedimenti per i reati aventi dimensione transfrontaliera. In tale prospettiva il Consiglio Europeo ha adottato la Direttiva in commento, ritenendo che gli strumenti a disposizione costituissero un sistema frammentario e che fosse, quindi, necessaria una nuova impostazione che, pur ispirandosi al principio del riconoscimento reciproco<sup>3</sup>, tenesse conto della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria<sup>4</sup>. È così che il provvedimento in esame ha fornito una nuova interpretazione di tale principio – considerato "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria, consentendo un riconoscimento automatico dei provvedimenti emanati dagli Stati membri all'interno dell'UE senza necessità di passaggi intermedi, in forza dell'alto livello di fiducia intercorrente tra gli Stati (Capitoli 3/5, Titolo V del Trattato sul Funzionamento della UE (TFUE)) – attribuendo maggior importanza alla *lex loci* e dando priorità alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

Probabilmente, la materia in cui si percepiranno meno gli effetti della Direttiva sarà quella delle indagini concernenti i conti correnti e le operazioni bancarie e finanziarie, considerato l'attuale contesto economico e la priorità che oggi viene assegnata alla lotta contro la frode e il riciclaggio, che molto spesso assume le forme della criminalità organizzata transnazionale.

Si deve tener conto, inoltre, che lo *ius puniendi* continua ad essere una parte irrinunciabile della sovranità degli Stati e che successivamente al Trattato di Lisbona si è optato per l'"approssimazione" delle legislazioni interne in luogo dell'"armonizzazione" (artt. 67, 81 e 82 TFUE): questo si traduce nell'ammissione reciproca delle prove, non costituendo la Direttiva uno strumento di approssimazione legislativa<sup>5</sup>. Per altro verso, tenendo in considerazione l'esperienza passata (soprattutto il MAE), si introducono principi come quello della "necessità" e della "proporzionalità".

Il "Programma Giustizia 2014-2020", che ha sostituito il Programma di Stoccolma, sembrerebbe prestare maggiore attenzione – in considerazione delle rilevanti conseguenze economiche che determinano – ad altre forme di criminalità, quali il narcotraffico ed il consumo di sostanze stupefacenti. Grande importanza è data anche alla formazione dei giudici e dei professionisti al servizio dell'Amministrazione della giustizia, riconoscendo così, a questi temi, attenzione maggiore rispetto a quelli che costituivano gli obiettivi del Programma di Stoccolma, riguardanti lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giu-

<sup>2</sup> Il mandato europeo di ricerca delle prove (Decisione quadro 2008/978/GAI), è applicabile solo a prove già esistenti. Il sequestro probatorio (Decisione quadro 2003/577/GAI), il quale possiede una finalità cautelare, è stato applicato raramente nella pratica; non permette il trasferimento della fonte di prova per cui è necessaria una richiesta di assistenza giudiziaria, di modo che il procedimento è diviso in due fasi. La Direttiva sostituisce quest'ultima Decisione quadro per quanto riguarda il sequestro probatorio (i relativi inconvenienti rimangono rispetto al blocco dei beni) e sostituisce anche la DQ 2008/978/JAI (benché questa sia stata già abrogata dal Regolamento (UE) 2016/95, del 20 gennaio 2016). Inoltre la Direttiva sostituisce le corrispondenti disposizioni di altri strumenti convenzionali applicabili tra gli Stati membri vincolati dalla Direttiva, in particolare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'UE e relativo protocollo.

<sup>3</sup> Sul Consiglio Europeo del 2009 dove si adotta il Programma di Stoccolma, che delinea il nuovo quadro di riferimento nell'UE per lo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, v. il considerando 6 Direttiva.

<sup>4</sup> M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.* 2014, pp. 3-6. Nell'acquisizione transnazionale della prova i tre obiettivi principali sono: il miglior accertamento dei fatti; la tutela dei diritti fondamentali; l'efficienza processuale. Per questo, ai fini della cooperazione giudiziale, rimane solo una via: il predominio della *lex loci* o quello della *lex fori*. La soluzione tradizionale è stata la prima. La Direttiva non è estranea alle resistenze degli Stati a rinunciare alle proprie regole e garanzie nell'acquisizione della prova.

<sup>5</sup> In questo senso, M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, in M. Jimeno Bulnes (a cura di), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, 2016, p. 158.

stizia. In via generale si può affermare che la preoccupazione nei confronti del terrorismo all'interno dell'UE (e che ha spinto gli Stati alla creazione dei primi strumenti di mutuo riconoscimento come il MAE), cifra degli interventi normativi passati, è stata oggi in gran parte sostituita dall'attenzione alla crisi finanziaria<sup>6</sup>. La Direttiva costituisce uno degli ultimi strumenti emanati in attuazione del Programma di Stoccolma e si inserisce in tale nuovo contesto, come emerge dal trattamento riservato alle informazioni sui conti correnti, alle operazioni bancarie e finanziarie e al sequestro probatorio. Altri provvedimenti coevi – (come la Direttiva 2014/42/UE, concernente la confisca dei prodotti e dei proventi del reato) o successivi (quale la Direttiva 2015/849/UE, che ha come obiettivo principale la prevenzione dei reati di riciclaggio e di finanziamento al terrorismo) – evidenziano la preoccupazione dell'UE riguardo alla stabilità del sistema finanziario. La stessa Procura Europea, prevista dal TFUE, che si istituirà a partire da EUROJUST, basata su una strategia di integrazione verticale<sup>7</sup>, è stata concepita per la protezione degli interessi finanziari dell'UE (art. 86, comma 1, TFUE). Contestualizzare gli strumenti in funzione delle priorità dell'UE non deve ritenersi una banalità, considerato che ciò incide direttamente sia sullo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco.

Nonostante non abbia ancora dato formale attuazione alla Direttiva<sup>8</sup>, l'ordinamento spagnolo si è già parzialmente adeguato ai suoi contenuti. La *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE* (LRM<sup>9</sup>), emanata il 20 novembre del 2014, abroga infatti la totalità delle norme precedenti in materia di adeguamento degli strumenti di riconoscimento reciproco, introducendo uno "schema", grazie al quale sarà più agevole effettuare l'adeguamento degli ordinamenti interni con quanto previsto dalle future Direttive. Nonostante ciò, per l'attuazione della Direttiva saranno necessari altri interventi normativi, considerato che la legge *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (c.d. *LECRIM*) risale al 1882 e le lacune in materia di atti di indagine effettuati secondo i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza, in particolare quella del *Tribunal Supremo* (TS).

Per questo la recente riforma della *LECRIM* attraverso la LO 13/2015 "para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica", emanata il 5 ottobre 2015, ha introdotto una regolamentazione completa e innovativa degli atti di indagine di carattere tecnologico, risolvendo così quei problemi di applicazione e interpretazione causati dall'assenza di una disciplina della materia<sup>10</sup>.

In gran parte tale riforma sembra essere volta a facilitare un'applicazione futura della Direttiva, nonostante all'interno della legge del 2015 non vi sia una previsione che invece avrebbe dovuto ivi trovare luogo, in ragione della indicazione contenuta nell'art. 36 della Direttiva. In ogni caso, l'introduzione di tale strumento ha avuto una conseguenza decisamente positiva nell'ordinamento spagnolo, avendo re-

<sup>6</sup> Cfr. A. Tinoco Pastrana, *La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea desde una perspectiva procesal*, in *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2016, p. 442.

<sup>7</sup> F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: I rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 4211-4212, 4224. Tanto la Procura Europea come gli strumenti contenuti nella Direttiva, costituiscono ambiziosi tentativi elaborati con l'obiettivo di semplificare ed accelerare le investigazioni penali transnazionali e favorire lo sviluppo più efficace del sistema di acquisizione transnazionale della prova.

<sup>8</sup> Tuttavia la Direttiva 2014/42/UE, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'UE, strumento coevo alla Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, è stata attuata nell'ordinamento spagnolo. Precisamente con la *Ley 41/2015 del 5 ottobre*, che ha creato le "procedure di confisca autonoma" (artt. 803 ter a-803 ter u *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, c.d. *LECRIM*). Anche l'ordinamento italiano si è conformato recentemente a questa Direttiva con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

<sup>9</sup> Sulla LRM, A. Tinoco Pastrana, *El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas en los procesos penales en la UE. Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea de investigación en materia penal*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2015, p. 126. Sono applicabili a tutti gli strumenti il Titolo Preliminare (artt. 1-6) ed il Titolo I sul regime generale della trasmissione, riconoscimento ed esecuzione degli strumenti (artt. 7-23).

<sup>10</sup> Sono specificamente disciplinate le intercettazioni delle telecomunicazioni, la registrazione delle comunicazioni orali mediante dispositivi elettronici, l'uso di dispositivi tecnici di monitoraggio, di localizzazione, di captazione di immagini, il registro dei dispositivi di archiviazione delle informazioni e il registro remoto dell'attrezzatura informatica. È ragionevole ritenere che – diversamente da quanto avveniva in passato – l'attuale disciplina spagnola è molto moderna rispetto a quella di altri paesi dell'Unione Europea. Gli atti investigativi sopra indicati, in passato, si realizzavano fondamentalmente in applicazione del vecchio articolo 579 *LECRIM* come interpretato dalla giurisprudenza. Tale situazione aveva comportato la condanna da parte della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) per violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Dopo la LO 13/2015 questi atti di indagine sono disciplinati in molteplici disposizioni (artt. 579-588 *octies LECRIM*).

golato atti di indagine che sono all'avanguardia nelle investigazioni penali e che godono di un'importanza fondamentale nella lotta contro la criminalità transnazionale. Allo stesso modo, la Direttiva si occupa di specifici atti di indagine come, ad esempio, le intercettazioni di comunicazioni.

La Direttiva stabilisce un controllo da parte della Commissione<sup>11</sup> delle disposizioni adottate dagli Stati per il suo corretto recepimento<sup>12</sup>. Per questo, solo a seguito dell'attuazione della Direttiva e del controllo della Commissione, si potrà capire se la nuova interpretazione del principio di riconoscimento reciproco (nonché le altre novità che verranno evidenziate nel proseguo del lavoro) avrà effettivamente carattere di stabilità.

## NOZIONE, AMBITO OPERATIVO ED EMISSIONE DELL'OEI

L'OEI costituisce un provvedimento giudiziario emesso o convalidato<sup>13</sup> da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro per effettuare uno o più atti di indagine<sup>14</sup> in un altro Stato membro, con la finalità di ottenere una prova. Allo stesso modo potrà essere emanato per ottenere una prova che è già in possesso delle autorità dello Stato di esecuzione. Tale strumento dovrebbe avere portata orizzontale per l'ottenimento degli atti di indagine finalizzati all'acquisizione probatoria, salvo che per quanto riguarda la creazione della squadra investigativa comune e per l'acquisizione probatoria di dette squadre<sup>15</sup>. Non solo comprende gli atti di indagine, ma anche le richieste di applicazione di misure cautelari<sup>16</sup> volte ad assicurare la conservazione della prova<sup>17</sup>. In conformità con il diritto di difesa è possibile che anche l'indagato o l'imputato, direttamente o tramite il suo avvocato<sup>18</sup>, possa richiedere l'OEI, trattandosi di uno strumento che non è riservato esclusivamente all'autorità incaricata di svolgere le indagini<sup>19</sup> (ov-

<sup>11</sup> La Commissione presenta al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della Direttiva, valutando il suo impatto sulla cooperazione penale, la protezione delle persone, l'esecuzione delle disposizioni riguardanti l'intercettazione delle telecomunicazioni alla luce degli sviluppi tecnici. Questa relazione dovrà essere presentata entro il 21 maggio 2019 (art. 37 D. OEI).

<sup>12</sup> Il rispetto degli obblighi che la Direttiva impone agli Stati può essere sottoposto al controllo della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) attraverso il ricorso per inadempimento che può proporre la Commissione (artt. 258 e 260, comma 3, TFUE). Se tale procedura ha esito positivo, può derivarne il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità a carico dello Stato. Comunque, anche qualora la Direttiva non fosse recepita, si potrà invocare la sua applicazione per qualunque Stato membro dalla data di recepimento della presente Direttiva.

<sup>13</sup> La convalida è prevista quando un'autorità "competente" per l'investigazione distinta da quella giudiziaria, per esempio la polizia giudiziaria, ordini l'ottenimento di prove. In questo caso l'OEI dovrà sempre essere convalidato dall'autorità giudiziaria (art. 2, lett. c), ii D. OEI).

<sup>14</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 169-171, sottolinea che la Direttiva (art. 2) non contiene una definizione chiara di cosa debba considerarsi "atto di indagine" e si mostra critica con la possibilità che una autorità distinta dal giudice o dal *Fiscal*, come per esempio la polizia o l'autorità amministrativa, possa sollecitare un atto investigativo.

<sup>15</sup> Questa eccezione dell'art. 3 della Direttiva si effettua perché questo tipo di atti richiede un trattamento specifico che si regola meglio in separata sede (considerando 8 D. OEI). Cfr. A. Tinoco Pastrana: *La lucha contra el terrorismo*, cit., pp. 451, 542. Le squadre investigative hanno avuto scarso successo nella pratica: gli Stati le hanno utilizzate molto poco e fondamentalmente le hanno costituite attraverso accordi bilaterali e non in applicazione della Decisione quadro 2002/465/GAI.

<sup>16</sup> Le misure cautelari sono previste nella Sezione H3 dell'Allegato A alla Direttiva. L'autorità di esecuzione deciderà sulle misure cautelari quanto prima e, se possibile, entro 24 ore dalla ricezione dell'OEI (art. 32, comma 2, D. OEI). Le misure cautelari che colpiscono i proventi finanziari possono avere tanto la finalità di ottenere prove come il successivo sequestro di essi, essendo difficile separare le due finalità. Per ciò si prevede una applicazione concreta dei diversi strumenti che si applichino in questo ambito (considerando 34 D. OEI). M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., p. 190, ritiene che le misure di investigazione la cui finalità consista nell'impedire, in funzione cautelare, la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di elementi che possono essere usati come prove, non costituiscono in realtà autentiche misure cautelari, bensì atti investigativi con finalità cautelare.

<sup>17</sup> Cfr. A. Tinoco Pastrana, *El embargo preventivo*, cit., pp. 127-129.

<sup>18</sup> L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3. Questa possibilità costituisce una novità rispetto agli strumenti di cooperazione preesistenti. In questo senso anche R. Belfiore (*Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3294-3295), il quale osserva che, dipendendo dall'iniziativa dell'indiziato, dell'imputato o del difensore, questa possibilità è qualcosa di più simbolico che reale, dato che questi soggetti non hanno nessun diritto di partecipazione nell'esecuzione dell'OEI.

<sup>19</sup> Ciò si effettuerà conformemente alla regolamentazione del diritto di difesa degli ordinamenti interni. Presenta una speciale utilità per sistemi come quello italiano, che, a differenza di quello spagnolo, ha espressamente regolato l'*indagine defensiva*, oltre che per altri ordinamenti, in cui, per influenza dell'*adversary system* del *Common Law*, possono essere presenti istituzioni simili alla *discovery*.

viamente tale richiesta deve poi essere accettata dall'autorità competente all'emissione del provvedimento). Peraltro, nell'ordinamento spagnolo il pubblico ministero (*Fiscal*) non ha il monopolio dell'esercizio dell'azione penale, considerato che questa può essere esercitata dalla vittima (*acusación particular*) o addirittura da un cittadino qualsiasi allorché si tratti di reati aventi ad oggetto beni di interesse pubblico (*acusación popular*). Per questo è possibile che esistano altre parti "accusatrici", differenti dal *Fiscal*, che possono richiedere l'OEI all'autorità giudiziaria competente.

Si è osservato che la Direttiva non implica né l'unificazione né l'approssimazione delle legislazioni interne<sup>20</sup>: da questo punto di vista essa risulta carente di contenuto innovativo, riproducendo sostanzialmente soluzioni già esistenti. Tuttavia, la sua applicazione potrà avere maggiore efficacia nella disciplina probatoria prevista da ciascun ordinamento, grazie all'introduzione di principi il cui contenuto sarà determinato caso per caso dalla giurisprudenza, producendosi in tal modo, peraltro, una progressiva "erosione" della competenza del legislatore interno in materia penale<sup>21</sup>.

L'OEI può essere emessa in qualsiasi fase del procedimento penale, anche in fase dibattimentale<sup>22</sup>, in relazione ad un procedimento penale che può essere promosso, nonché, ancora, in procedimenti di altra natura nel caso in cui l'illecito penale commesso nello Stato di emissione può dare luogo ad un successivo processo penale. Inoltre, nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato per un illecito, l'OEI può essere emesso allorché la decisione finale di tale procedimento può comportare l'apertura di un processo penale<sup>23</sup>. Tale disciplina riguarda tanto le persone fisiche che quelle giuridiche così come regolamentate dall'ordinamento dello Stato di emissione<sup>24</sup>. Tale previsione si ricollega alla rilevanza attribuita al procedimento amministrativo di carattere sanzionatorio e che verrà applicato in particolare nei procedimenti avviati per frode tributaria che implicino l'apertura di un processo per reati fiscali, conformemente alle preoccupazioni in merito della UE.

Per l'emissione dell'OEI l'autorità di emissione deve compilare e firmare il modulo figurante nell'Allegato A della Direttiva. Sotto questo profilo, dunque, si semplifica il procedimento, non essendo previsto che si emetta prima il provvedimento e poi il relativo certificato, come avveniva con i precedenti strumenti che non hanno riscontrato successo nella pratica. Considerato che l'OEI permette tanto la localizzazione che il sequestro e il trasferimento della prova, si può affermare che esso determina un passo avanti al pari di quanto era avvenuto a suo tempo con il MAE.

L'OEI dovrà contenere i dati dell'autorità che la emette o convalida, l'oggetto, i motivi della sua emissione, le informazioni necessarie delle persone coinvolte, la descrizione della condotta delittuosa oggetto dell'indagine o del processo, la normativa penale applicabile nello Stato di emissione, la descrizione dell'atto o degli atti di indagine richiesti e le prove che si intendono ottenere. L'autorità competente dello Stato di emissione tradurrà l'OEI nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione o in altra lingua che sia indicata<sup>25</sup>.

Per salvaguardare i diritti fondamentali, l'OEI deve rispettare i principi di necessità e proporzione in relazione alla finalità del procedimento e, allo stesso tempo, tener conto dei diritti dell'indagato o imputato. Inoltre, per evitare che l'ottenimento della prova in un altro Stato si trasformi in un modo per eludere l'applicazione della normativa interna<sup>26</sup>, l'atto o gli atti di indagine richiesti potranno essere assunti

<sup>20</sup> Come pensa F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: I rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4227, la futura Procura europea dovrebbe costituire un autentico strumento di superamento dei meccanismi di cooperazione orizzontale.

<sup>21</sup> In questo senso, M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2.

<sup>22</sup> C. Rodríguez-Medel Nieto, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Cizur Menor, 2016, p. 310. Questo principio di applicabilità dell'OEI a qualunque fase del procedimento dovrebbe essere compreso nell'articolato e non solo nel considerando 25, dato che potrebbe passare inosservato.

<sup>23</sup> Nei procedimenti amministrativi e in altri processi giudiziari, è prevista come causa di rifiuto che l'atto di indagine sollecitato non fosse autorizzato nell'ordinamento dello Stato di esecuzione per un caso interno simile (art. 11, comma 1, lett.c) D. OEI).

<sup>24</sup> Ciò si regola nell'art. 4 Direttiva. Questa previsione permette la diversità tra le legislazioni interne, esigendosi solo la conformità con l'ordinamento dello Stato di emissione.

<sup>25</sup> L'art. 5 Direttiva adotta un sistema simile a quello degli altri strumenti di riconoscimento reciproco per quanto riguarda la traduzione.

<sup>26</sup> V. L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 3.

alle medesime condizioni in cui verrebbero assunti in un procedimento interno. Tutto ciò verrà valutato tanto dall'autorità di emissione che da quella di esecuzione<sup>27</sup>, che potrà consultarsi con la prima se ritiene che la richiesta non sia completa, esattamente come potrà decidere di ritirarla (art. 6 D. OEI).

Il requisito della proporzionalità è stato introdotto in ragione della precedente esperienza con lo strumento del MAE, poiché alcuni Stati avevano utilizzato tale strumento per delitti minori. Per verificare la sussistenza dei requisiti bisogna tenere conto della giurisprudenza della Corte EDU e della CGUE<sup>28</sup>. La proporzionalità in parte risulta implicita nella verifica della legalità effettuata dall'autorità di emissione; tuttavia non pare corrispondere all'obiettivo che dovrebbe perseguire, visto che in alcuni Stati può avere un'influenza decisiva l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. La possibilità che l'autorità di esecuzione possa consultare quella di emissione in caso di dubbi sulla proporzionalità e sulla legalità e che, in tal caso, possa essere ritirata l'OEI, sembra introdurre un motivo autonomo di rifiuto. Ciò risulterebbe incompatibile con lo spirito della cooperazione giudiziale e con il principio di riconoscimento reciproco, il quale è stato riconosciuto sia dalla Commissione che dal Consiglio. Non sarebbe opportuna una tanto ampia discrezionalità in capo all'autorità di esecuzione nella valutazione di ciò che compete a quella di emissione, essendo piuttosto auspicabile che esistano criteri comuni, similmente a quanto accade con il MAE<sup>29</sup>.

La proporzionalità – requisito che ha suscitato maggiori dibattiti – si è introdotto perché non in tutti gli Stati la fase di istruzione prevede lo stesso tipo di controllo giudiziale e anzi, in alcuni, gli atti di investigazione vengono ordinati e svolti dalla polizia. La proporzionalità dovrebbe tenere conto della gravità del delitto, della necessità della prova, dell'inesistenza di altre misure meno lesive, delle conseguenze per le persone implicate e dei fini del processo. Ancora dovrà tener conto del costo dell'esecuzione della misura, malgrado ciò differisca dalle pronunce della Corte EDU. La consultazione da parte dell'autorità di esecuzione e la possibilità che l'OEI venga rifiutato o sostituito sembrerebbe perseguire la finalità di evitare l'assunzione di costi elevati<sup>30</sup>.

L'OEI potrà essere trasmesso con qualsiasi mezzo che assicuri di conservare una traccia scritta e che permetta allo Stato di esecuzione di verificare la sua autenticità. Tutte le comunicazioni ufficiali ulteriori si effettueranno direttamente tra l'autorità di emissione e quella di esecuzione, anche se ciascuno Stato membro potrà designare un'autorità centrale per la trasmissione e la ricezione dell'OEI e di ogni comunicazione. Per la trasmissione dell'OEI si potrà utilizzare il sistema delle telecomunicazioni della Rete Giudiziaria Europea (RGE) potendosi ottenere allo stesso modo la collaborazione delle altre reti di collaborazione esistenti e di EUROJUST (artt. 8 e 9 LRM). Se l'autorità che riceve l'OEI non è l'autorità competente, dovrà essere trasmessa d'ufficio a quella competente e tutto ciò dovrà essere notificato a quella di emissione. Si ritiene inoltre che, nel caso in cui vi siano difficoltà relative alla trasmissione o all'autenticità di un documento (art. 7 D. OEI) o se sia necessario aggiungere i dati relativi all'oggetto o alle prove o, ancora, individuare a quale Stato si rivolge l'OEI, si potrà utilizzare anche il Sistema di Informazione Schengen (SIS II). Tutte le difficoltà che possono sorgere rispetto all'esecuzione dell'OEI si risolveranno attraverso i contatti diretti tra le autorità di emissione e di esecuzione interessate e, eventualmente, con l'intervento delle autorità centrali degli Stati membri. È possibile, inoltre, che venga emesso un OEI che completi uno già emesso precedentemente, che dovrà avere gli stessi requisiti presenti nella OEI originaria<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 173, 174, sottolinea l'importanza della cooperazione giudiziale tra le autorità di emissione ed esecuzione, la necessità di "coordinazione giurisdizionale" e che in questo binomio quella di esecuzione costituisce il vero canale procedurale dell'OEI.

<sup>28</sup> M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 10-13. La CGUE conferma gli standard di tutela di diritti come il rispetto alla vita privata e la protezione di dati stabiliti per la CEDU. La CGUE nella causa Kadi (sistema *black list*), propugnò la proporzionalità nella restrizione del diritto di difesa ed il diritto alla tutela giurisdizionale. In materia di cooperazione giudiziale la CGUE possiede una speciale sensibilità per preservare il Diritto dell'UE, considerando che non sempre è giustificata la restrizione dei principi di equivalenza e proporzionalità. Ma la CGUE non ha dato sempre priorità a questi principi, privilegiando nel MAE gli obiettivi della consegna della persona e rinunciando al grado più alto di protezione dei diritti fondamentali dello Stato di esecuzione, come si evidenziò nella causa *Melloni y Radu*.

<sup>29</sup> Rispetto ai requisiti di necessità e proporzionalità e l'esperienza del MAE, R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 3293, 3294 e 3296.

<sup>30</sup> Sulla proporzionalità e la consultazione allo Stato di emissione, L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, in *Revista General de Derecho europeo*, 2015, pp. 15-19.

<sup>31</sup> In quanto all'OEI che completa la precedente, art. 8, Sezione D, Allegato A Direttiva.

## RICONOSCIMENTO ED ESECUZIONE DELL'OEI

L'autorità dello Stato di esecuzione confermerà la ricezione compilando ed inviando l'Allegato B della Direttiva entro una settimana dalla data della ricezione<sup>32</sup>; stessa cosa dovrà essere effettuata dall'autorità centrale nel caso in cui questa sia stata nominata. Se l'OEI viene ricevuta da un'autorità non competente, tanto questa, come quella competente (a cui la prima deve inoltrare la richiesta che non era competente a ricevere) dovranno confermare la ricezione ed inviare l'Allegato B. L'autorità di esecuzione informerà immediatamente quella di emissione se non le è possibile adottare un provvedimento perché l'Allegato A è incompleto o non è corretto; se è necessario realizzare altre indagini o atti d'indagine non previsti inizialmente o che non siano potute essere inseriti al momento dell'emissione dell'OEI, in modo tale che l'autorità di emissione adotti i nuovi provvedimenti. Infine, informerà dell'impossibilità di adottare un provvedimento nel caso in cui constati che non possa garantire le formalità e i procedimenti che espressamente sono stati indicati dall'autorità di emissione. In ogni caso l'autorità di esecuzione informerà quella di emissione immediatamente di tutte le decisioni relative al ricorso ad atti di indagine differenti, ai motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione e delle ragioni sottese a tutti i provvedimenti che adotta riguardo il rinvio dell'esecuzione e la previsione della durata (art. 16 D. OEI). Allo stesso modo consulterà l'autorità di emissione riguardo i costi, la ripartizione delle spese, nonché la modifica dell'OEI, se considera i costi esageratamente elevati, considerato che generalmente lo Stato di esecuzione si assumerà le spese che vengono sostenute nel proprio territorio. Qualora non dovesse raggiungersi un accordo, l'autorità di emissione potrà decidere di ritirare completamente o parzialmente l'OEI (art. 21 D. OEI).

Per quanto riguarda i tempi per il riconoscimento o l'esecuzione, il provvedimento sarà adottato con la stessa celerità e priorità che si avrebbe nel caso in cui riguardasse un caso interno simile e, comunque, entro i limiti temporali previsti nell'art. 12 della Direttiva. Se l'autorità di emissione aveva indicato come necessario un termine più breve di quello stabilito nella Direttiva<sup>33</sup> o che gli atti di indagine avrebbero dovuto essere effettuati entro una data precisa, l'autorità di esecuzione ne terrà conto, nella misura in cui questo sarà possibile. Il provvedimento di riconoscimento o di esecuzione dovrà essere adottato il prima possibile e, comunque, non oltre 30 giorni dal ricevimento dell'OEI<sup>34</sup>. Salvo che esista un motivo di rinvio o che la prova sia già in possesso dello Stato di esecuzione, l'autorità porterà a compimento l'atto senza ritardo e, al massimo entro e non oltre 90 giorni dall'adozione del provvedimento. Se l'autorità di esecuzione non fosse in grado di rispettare il termine di 30 giorni per l'adozione della risoluzione o la determinazione della data concreta, informerà senza ritardo l'autorità dello Stato di emissione, spiegando le ragioni e comunicando il tempo stimato di cui ha bisogno. In tal caso il termine potrà essere prorogato per un massimo di 30 giorni. È possibile, inoltre, che l'autorità di esecuzione non possa rispettare il termine massimo di 90 giorni per compiere l'atto di indagine; in questo caso dovrà informare senza ritardo l'autorità di emissione rendendo note le ragioni e consultandosi con questa per una nuova determinazione di un termine.

Il riconoscimento o l'esecuzione potranno essere rinviati nel caso in cui l'esecuzione pregiudichi un'indagine o un procedimento penale in corso, nonché qualora gli oggetti, documenti o dati in questione siano utilizzati in un altro procedimento. Una volta cessati tali motivi ostativi, l'autorità di esecuzione dovrà adottare immediatamente gli atti necessari all'esecuzione dell'OEI, informandone l'autorità di emissione (art. 15 D. OEI).

L'autorità di esecuzione dovrà riconoscere l'OEI ricevuto senza ulteriori formalità e darne esecuzione con le stesse forme che l'atto di indagine avrebbe avuto nel caso in cui fosse stato ordinato da un'autorità

<sup>32</sup>C. Rodríguez-Medel Nieto, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, cit., pp. 406-407. Costituisce un importante risultato avere standardizzato un formulario per l'avviso di ricezione, il quale non esiste per altri strumenti di mutuo riconoscimento.

<sup>33</sup>E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, Valencia, 2016, p. 62. Ciò si basa sul rischio di occultamento o distruzione di prove, sulla data imminente del giudizio o altre motivazioni. Non si tratta di un provvedimento provvisorio, bensì dell'applicazione del principio di necessità insito nella valutazione di proporzionalità.

<sup>34</sup>Nonostante ciò, nell'ipotesi specifica di intercettazioni di telecomunicazioni senza l'assistenza tecnica dello Stato dove si senta un indagato, in cui si usa l'Allegato C, il termine per notificare che l'intervento non si realizzerebbe in un caso interno simile diminuisce a 96 ore, essendo questo l'unico motivo di rifiuto che si contempla (art. 30 D. OEI). L'intervento sarà effettuato dallo Stato che emette l'Allegato C, ed è prevista solo la notificazione all'altro Stato. Pensiamo pertanto che l'intervento possa realizzarsi immediatamente ad opera del primo Stato a partire dal momento in cui avviene la notificazione.

interna, in forza del principio di riconoscimento reciproco. L'esecuzione dovrà essere effettuata con le formalità e con i procedimenti espressamente indicati dall'autorità di emissione<sup>35</sup>, salvo che la Direttiva non stabilisca il contrario e sempre che tali formalità e procedimenti non siano contrari ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione (il che rivela ancora una volta il predominio della *lex loci*). Uno dei maggiori inconvenienti che possono scaturire dall'applicazione del principio del riconoscimento reciproco nell'ambito probatorio si incontra nella fase di ammissione della prova. La mancanza di approssimazione legislativa nell'UE in questa materia e, quindi, nella determinazione dell'illiceità della prova, ostacola la libera circolazione della prova<sup>36</sup> essendo necessaria detta approssimazione perché l'OEI sia uno strumento efficace<sup>37</sup>.

L'OEI sarà restituito allo Stato di emissione se carente delle informazioni necessarie riguardo la persona o le persone coinvolte. Per altro verso, è possibile che l'autorità d'emissione richieda che una o più delle proprie autorità assistano all'esecuzione dell'OEI<sup>38</sup>, sempre che le stesse siano autorizzate per l'esecuzione degli atti di investigazione richiesti in caso di medesima vicenda interna. L'autorità di esecuzione accetterà tali richieste, nella misura in cui esse non siano in contrasto con i principi fondamentali dello Stato e se non pregiudichino gli interessi di sicurezza nazionale. Le autorità dello Stato di emissione si rimetteranno al diritto dello Stato di esecuzione e non potranno esercitare alcun potere coercitivo, a meno che tale potere sia conforme al diritto interno dello Stato di esecuzione e sempre che rispetti l'accordo tra autorità di emissione ed esecuzione. Infine, le autorità di emissione ed esecuzione potranno consultarsi reciprocamente per facilitare la corretta esecuzione (art. 9 D. OEI).

L'autorità di esecuzione potrà ricorrere a un atto di investigazione differente se quello richiesto non esiste nel suo diritto interno; se non è previsto per un caso interno simile o se l'atto differente è meno invasivo, ragioni delle quali deve informare l'autorità di emissione che potrà ritirare o completare l'OEI (art. 10 D. OEI). In questo caso l'autorità di esecuzione comunicherà all'autorità di emissione che non è stato possibile dare attuazione all'assistenza richiesta. Per questo ci troviamo davanti ad una causa che potrebbe essere un motivo di rifiuto, così come accadrebbe se non esistesse nessun atto di indagine che dia lo stesso risultato per cui è stato richiesto<sup>39</sup>. Nonostante ciò, non sarà possibile il ricorso ad atti investigativi differenti, se l'OEI riguarda un atto che dovrebbe esistere obbligatoriamente nello Stato di esecuzione<sup>40</sup>. La possibilità di modificare l'OEI ci consente di affermare che il principio di mutuo rico-

<sup>35</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 179-181. Questa esigenza nell'esecuzione dell'OEI, che si estende anche ai termini dell'esecuzione, risponde al denominato "principio di equivalenza".

<sup>36</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., p. 27. Questa previsione, che richiede una valutazione positiva favorendo tanto la cooperazione come l'ammissibilità posteriore delle fonti di prova, continua a non dare risposta ai problemi che si generano in relazione alla prova transnazionale. È necessario che si stabiliscano norme specifiche in Europa per evitare che il processo di trasmissione di prove tra gli Stati violi il diritto di difesa. Questo diritto viene violato ogni volta che sia la difesa a dover provare che non sono state rispettate le garanzie della *lex fori*, nonché ogni volta che essa ignori come si è ottenuta la prova. Cfr. E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., pp. 42-43, secondo il quale la soglia delle garanzie per l'attuazione dei poteri pubblici in Spagna è elevato: si afferma che la Spagna come Stato di esecuzione agisca in forma più cauta rispetto a quello di emissione, tanto da far sorgere il dubbio che si tratti di un Paese "rifugio per criminali". Tutto ciò potrebbe essere evitato se nell'UE si stabilisse una disciplina comune volta ad estromettere dal circuito le prove ottenute con la violazione dei diritti difensivi.

<sup>37</sup> Sull'ammissibilità probatoria, M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 196-198, secondo il quale in questo modo si risolverebbe lo squilibrio esistente nel "binomio sicurezza-giustizia" nello spazio giudiziario europeo.

<sup>38</sup> Per quanto riguarda il regime di responsabilità penale dei funzionari dello Stato di emissione che si trovino in quello di esecuzione, essi saranno considerati a tutti gli effetti come funzionari dello Stato di esecuzione (art. 17 D. OEI). La responsabilità civile dei funzionari fuori dal proprio territorio corrisponderà a quella esistente nello Stato di emissione e saranno determinate apposite regole in conformità al diritto dello Stato di esecuzione, il quale assumerà la riparazione di detti danni, sebbene gli Stati membri rinunceranno a chiedere il rimborso dei danni causati, l'esercizio dei loro diritti nei confronti di terzi e il rimborso alle vittime o ai loro aventi diritto, che spetterà sempre allo Stato di emissione. La rinuncia a chiedere il rimborso allo Stato di emissione non è discrezionale bensì obbligatoria.

<sup>39</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., pp. 21-22. L'art. 10 introduce due ulteriori cause di rifiuto facoltativo. Costituiscono esempi della "flessibilità del sistema di assistenza mutua" e una chiara limitazione del principio di riconoscimento mutuo. D'altra parte obbligare uno Stato ad eseguire una misura che non ha disciplinato infrangerebbe il principio di "sufficiente previsione legale" stabilito dalla Corte EDU.

<sup>40</sup> R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., pp. 3291-3293. Ciò risponde al principio puro di riconoscimento reciproco. Un'individuazione più chiara degli atti che devono essere considerati coercitivi avrebbe giustificato ancora di più la previsione delle cause di rifiuto (p. 3296).



noscimento è stato reinterpretato, che si applica in maniera differente rispetto a quanto avveniva con gli strumenti precedenti e che trova un campo di applicazione ristretto. Per altro verso si pensa che il riferimento agli atti di indagine che dovrebbero sempre esistere, possa possedere anche l'effetto di approssimare le legislazioni interne. Il problema è che non tutti quelli definiti tali possono essere considerati atti di indagine.

Uno di tali atti è l'acquisizione di informazioni o prove che già si trovano nel possesso dell'autorità di esecuzione, quando in base alla *lex loci* si sarebbero potute acquisire in un procedimento penale o ai fini dell'OEI. Si ritiene che in casi come questo non si sia di fronte ad un atto d'indagine specifico, bensì ad una clausola generale del sistema, che permette di utilizzare informazioni o fonti di prove già esistenti, alle condizioni poc'anzi enunciate. Può accadere che si possa modificare la finalità per la quale si acquisirono originariamente le fonti di prova e le informazioni. Ciò che si vuole dire è che se tali atti sono stati acquisiti in un altro procedimento, conformemente ai requisiti di un'attività di indagine specifica, e vengono utilizzati per le finalità di un'altro atto di indagine, il risultato è che potrebbero risultare addirittura maggiormente restrittivi dei diritti fondamentali, dal momento che non solo è completamente assente una verifica dei requisiti, ma si potrebbe trattare di un'acquisizione di informazioni o fonti di prova che viola i principi di necessità e proporzione, che sempre dovrebbero prevalere.

Per i motivi esposti, si ritiene che la possibilità cui si è sopra fatto cenno debba applicarsi con le necessarie cautele. Bisognerà, cioè, regolarsi in relazione al caso in concreto, in modo tale che l'atto risulti conforme al diritto nazionale, potendo la difesa dell'indagato fare valere l'illiceità della prova in relazione al sistema di garanzie specifico dell'*exclusionary rule*. In questo senso l'esistenza dell'informazione o delle prove in un processo penale, perfino ai fini dell'OEI, potrebbero non essere sufficienti affinché queste fonti o informazioni si usino per finalità differenti, in processi transfrontalieri nei quali la persona indagata non abbia potuto esercitare correttamente il suo diritto di difesa.

Altri atti di indagine che dovranno "esistere" di forma obbligatoria, sono l'acquisizione di informazioni contenute in banche dati che siano già in possesso delle autorità e che siano direttamente accessibili per l'autorità di esecuzione in un procedimento penale. Si aggiungono, inoltre, come atti di indagine obbligatori, l'audizione di un testimone, di esperti, di una vittima, di indiziati o imputati e, ancora, di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione, nonché l'individuazione di persone titolari di un numero telefonico o indirizzo IP. In conclusione si fa riferimento agli atti di indagine non coercitivi secondo la *lex loci*. Con riferimento a questa ultima ipotesi pensiamo che, come nella prima, ci troviamo di fronte ad una categoria di atti di indagine che può differire nei diversi Stati in funzione dei diversi standard nazionali. Inoltre si tratta di un'altra clausola generale del sistema, nel senso che in queste ipotesi non ricorrerà un atto di indagine alternativo. Si ritiene che nella pratica si potranno produrre disfunzioni nelle ipotesi nelle quali nello Stato di emissione un atto di indagine si consideri coercitivo ed in quello di esecuzione no, o viceversa.

Di seguito tratteremo i motivi nei quali al riconoscimento o alla esecuzione può essere opposto un rifiuto. La Direttiva non stabilisce il rifiuto come obbligatorio, ma autorizza gli Stati a procedere in tal senso. Sotto tale profilo, la Direttiva sull'OEI prevede l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali<sup>41</sup> e dei principi di cui all'art. 6 del TUE, compreso il diritto di difesa e gli obblighi che corrispondono alle autorità giudiziali (art. 1.4 D. OEI). Si ritiene che si tratti di un'autentica clausola generale di chiusura del sistema di riconoscimento o esecuzione, in ragione della quale può essere opposto il rifiuto alla cooperazione richiesta qualora esista il rischio di violare i diritti e principi di cui sopra. Causa specifica di rifiuto è invece l'esistenza di seri motivi per credere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta (art. 11, comma 1, lett. f) D. OEI).

Nei motivi di rifiuto troviamo nuovamente come protagonista la *lex loci*. In alcuni di essi prima di decidere sul rifiuto totale o parziale, l'autorità di esecuzione dovrà consultare quella di emissione, sollecitando l'informazione necessaria<sup>42</sup>. Sebbene si rinviengano nell'art. 11 della Direttiva<sup>43</sup>, in realtà i mo-

<sup>41</sup> L. Bachmaier, *Prueba transnacional penal en Europa: la Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación*, cit., p. 24. Si stabiliscono fondamentalmente i motivi di rifiuto regolati nelle Convenzioni internazionali di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e del 2000, ma si escludono le clausole di ordine pubblico e la doppia tipificazione e si aggiunge la protezione dei diritti fondamentali.

<sup>42</sup> Si tratta delle ipotesi dell'art. 11, comma 1, lett. a), b), e) e f) (art. 11, comma 4, D. OEI).

<sup>43</sup> F. Manfredini, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: I rapporti tra l'attività investigativa della procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 4226. Questi motivi evidenziano ancora la limitata applicazione del principio di riconoscimento

tivi di rifiuto del riconoscimento o della esecuzione non sono elencati in un'unica disposizione<sup>44</sup>, poiché sono stati introdotti altri specifici motivi in altre previsioni della Direttiva, con riferimento determinati atti di indagine. Un motivo di rifiuto consiste nell'esistenza di un'immunità o privilegio nel diritto dello Stato di esecuzione che renda impossibile l'esecuzione dell'OEI<sup>45</sup>, oppure di norme sulla determinazione o limitazione della responsabilità penale rispetto alla libertà di stampa e di espressione nei mezzi di comunicazione. Un'altra causa consiste nel fatto che l'esecuzione dell'OEI possa ledere gli interessi essenziali di sicurezza nazionale, compromettere la fonte delle informazioni o che l'informazione sia stata ottenuta con determinate attività di intelligence<sup>46</sup>. Un'altra ipotesi ancora consiste nella circostanza che l'OEI sia emesso con riferimento a procedimenti avviati per autorità amministrative o autorità giudiziali per fatti che nello Stato di emissione costituiscono infrazioni legali che possono dare luogo ad un procedimento penale e che quell'atto di investigazione non fosse autorizzato nell'ordinamento dello Stato di esecuzione per un caso interno simile (come abbiamo visto precedentemente). Ancora, ulteriore motivo di rifiuto si rinviene allorché l'esecuzione dell'OEI si ponga in contrasto con il principio del *ne bis in idem* o nel caso in cui l'atto di investigazione richiesto possa essere svolto, nell'ordinamento dello Stato di esecuzione, soltanto a determinati delitti o categoria di delitti o a delitti con un limite di pena specifico<sup>47</sup>, tra i quali non risulti il delitto cui si riferisce l'OEI (sebbene questa causa non opererà se si tratta di un "atto di investigazione" che deve sempre esistere nello Stato di esecuzione).

Per quanto riguarda la previsione del controllo della doppia incriminazione, oltre a rinvenirsi qualcosa di comune negli strumenti di riconoscimento mutuo dalla creazione del MAE, la Direttiva presenta una novità: se il delitto è stato commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e totalmente o parzialmente in quello di esecuzione e, la condotta non è penalmente rilevante nello Stato di esecuzione, l'OEI potrà essere rifiutato (art. 11, comma 1, lett. e) D. OEI). Oltre a questa ipotesi, si potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione se la condotta alla quale si riferisce l'OEI non costituisce reato nello Stato di esecuzione, non rientra nelle categorie di delitti dell'Allegato D e se nello Stato di emissione è punibile con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni. Ci troviamo di fronte alla stessa lista di 32 delitti prevista per altri strumenti di riconoscimento reciproco, per i quali è escluso il controllo della doppia incriminazione. A differenza di altri strumenti, la Direttiva non parla espressamente di "controllo della doppia incriminazione", sebbene si tratti della stessa questione. Un'altra peculiarità dell'OEI consiste nel fatto che il controllo della doppia incriminazione non si applicherà agli "atti di investigazione che dovranno sempre esistere" nello Stato di esecuzione<sup>48</sup>.

Così come per altri strumenti di riconoscimento reciproco, quando l'OEI riguarda reati tributari, o reati in materia di dogana e di cambio, l'autorità di esecuzione non potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione sulla base del fatto che nell'ordinamento dello Stato di esecuzione non si imponga lo stesso tipo di tasse o imposte, o che si abbia una regolamentazione fiscale, doganale e di cambio differente.

---

reciproco, così come il mancato raggiungimento della fiducia mutua, presupposti logici della libera circolazione della prova. L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 4. Nella proposta di Direttiva esistevano meno motivi di rifiuto rispetto alla Direttiva definitiva, la quale li ha incrementati stabilendoli tassativamente.

<sup>44</sup> M. Jimeno Bulnes, *Capítulo Primero. Orden europea de investigación en materia penal*, cit., pp. 183-184. La complessità in questa materia aumenta in considerazione dei motivi di rifiuto impliciti.

<sup>45</sup> Sui privilegi e le immunità, si è promulgata in Spagna la LO 16/2015, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, emanata il 27 ottobre del 2015.

<sup>46</sup> E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., p. 74. In questa ipotesi è difficile determinare il suo contenuto e i motivi possono essere di natura politica. Da sottolineare l'importanza che ha attualmente lo scambio di informazioni tra i servizi di intelligence, cui si riferisce la Decisione Quadro 2006/960/GAI, particolarmente volta alla lotta contro fenomeni come il terrorismo. In questo senso tale previsione può essere giudicata positivamente, data l'importanza delle informazioni riservate in questo ambito e, inoltre, perché è possibile si verifichi il caso che gli Stati in questione abbiano ottenuto già l'informazione per questo canale, benché non necessariamente nel quadro di un processo penale.

<sup>47</sup> La recente riforma effettuata in Spagna con la LO 13/2015 ha optato per questa opzione relativamente agli atti di investigazione, limitandoli ai delitti con un determinato limite di condanna e a determinati delitti specifici. Pertanto quando l'atto di investigazione sia di questo tipo e la Spagna sia lo Stato di esecuzione, è probabile che possa emettersi un provvedimento di rifiuto per questa causa.

<sup>48</sup> Su detto controllo, cfr. A. Tinoco Pastrana: *El embargo preventivo*, cit., pp. 132-134.

Lo Stato di esecuzione trasferisce le prove acquisite senza ritardo<sup>49</sup>, perfino immediatamente, alle autorità dello Stato di emissione che partecipino all'esecuzione dell'OEI, quando questo fosse previsto nell'OEI e fosse possibile in relazione a quanto sancito dal diritto interno dello Stato di esecuzione. È prevista, tuttavia, l'ipotesi della sospensione del trasferimento, allorché si sia in attesa della decisione relativa ad un mezzo d'impugnazione e ciò possa causare un danno grave ed irreversibile alla persona interessata. Esiste, inoltre, la possibilità che lo Stato di esecuzione richieda che si restituiscano le prove acquisite, quando queste non siano più necessarie per quello di emissione. Tale trasferimento di oggetti, documenti o dati può essere previsto come "temporaneo" allorché tali beni siano rilevanti rispetto ad altri procedimenti.

Gli Stati membri dovranno permettere le stesse impugnazioni e gli stessi termini che sarebbero previsti per un caso interno analogo (art. 14 D. OEI), senza che ciò sospenda l'esecuzione (a meno che ciò sia previsto per casi interni simili). I motivi di merito si potranno impugnare solo nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali regolati dalla *lex loci*. In questo modo anche tali ragioni di merito possono essere motivi di impugnazione nello Stato di esecuzione. Le autorità di emissione e di esecuzione faranno in modo che si faciliti l'informazione reciproca sulle possibilità di impugnazione e sui termini, sempre che ciò non comprometta la riservatezza dell'indagine ai sensi dell'art. 19 Direttiva. Si ritiene che l'assenza di un'unica regolamentazione (puntuale e assoluta) in materia di impugnazioni, possa di fatto impedire una concreta attuazione della disciplina delle decisioni giudiziali in Spagna. Sarebbe più opportuno conoscere quali decisioni sono impugnabili, quale mezzo di impugnazione può utilizzarsi ed entro quali termini. L'assenza di certezza giuridica in questo ambito certamente avrebbe difficoltà a rinvenire un fondamento costituzionale (oltre alla possibilità di determinare una violazione dell'art. 13 CEDU). Per tali motivi si ritiene che la Direttiva non sia sufficientemente garantista in questo senso. A questo proposito si è osservato che l'esclusione della difesa nell'acquisizione transnazionale della prova potrebbe ledere il diritto ad una impugnazione effettiva, dato che la difesa non ha sempre la possibilità di constatare la forma di acquisizione della prova, ed essendo prescritto in alcuni casi il diritto ad utilizzare i mezzi di impugnazione dello Stato di esecuzione<sup>50</sup>.

Nell'ordinamento processuale penale spagnolo, come anche in altri Stati dell'UE, l'istruzione è sempre segreta, in funzione della efficacia delle indagini. Da questo punto di vista la Direttiva garantisce la riservatezza delle indagini (art. 19 D. OEI), prevedendo che l'autorità di esecuzione, qualora non possa rispettarla, ne dia immediata comunicazione. Allo stesso modo l'autorità di emissione non divulgherà le prove o le informazioni fornite dall'autorità di esecuzione, a meno che tale divulgazione sia necessaria per le indagini o i procedimenti oggetto dell'OEI. A tal proposito esiste un riferimento concreto all'informazione su conti ed operazioni bancarie o finanziarie, nella misura in cui è previsto che lo Stato di esecuzione adotterà le misure necessarie affinché le banche non rivelino né al cliente né a terzi, la trasmissione di informazioni allo Stato di emissione. D'altra parte si riconosce espressamente la protezione dei dati personali di questo tipo e per tale ragione si limita l'accesso agli stessi esclusivamente alle persone autorizzate (art. 20 D. OEI).

Di seguito esaminiamo brevemente determinati atti di indagine per i quali si stabiliscono disposizioni specifiche (artt. 24-31 D. OEI). Per quanto concerne il trasferimento temporaneo di persone detenute ai fini di un atto d'indagine, ad esso può essere opposto il rifiuto nel caso in cui non vi sia il consenso del detenuto oppure nel caso in cui tale trasferimento possa provocare il prolungamento della durata della "detenzione", o di un'altra misura cautelare. La disciplina dell'audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva del testimone, periti, indagati o imputati e l'audizione mediante teleconferenza, riservata ai testimoni o periti, conferma la centralità della prova dichiarativa nel modello di libera circolazione della prova introdotta dalla Direttiva<sup>51</sup>. Come motivi di rifiuto specifici si

<sup>49</sup> E. Martínez García, *La orden europea de investigación*, cit., pp. 78-81. Per quanto riguarda il trasferimento delle prove di cui all'art. 13 Direttiva, siamo davanti ad una questione molto complessa, dato che la conservazione della "catena di custodia" è regolata negli ordinamenti interni, che possono sanzionare l'illiceità ed irregolarità della prova nel procedimento dello Stato di emissione.

<sup>50</sup> Su quest'ultimo, R. Belfiore, *Riflessioni a margine della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 3295. Il diritto ad una risorsa effettiva ha il suo fondamento nell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo tale Autore non riconoscere la partecipazione della difesa nell'esecuzione dell'OEI potrebbe pregiudicare l'efficienza del procedimento di cooperazione, ostacolando l'utilizzo della prova nello Stato di emissione, qualora la partecipazione del difensore nella formazione della prova costituisse un requisito indispensabile secondo la *lex fori*.

<sup>51</sup> In questo senso, L. Camaldo-F. Cerqua, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, cit., p. 7.

prevede: che la persona non dia il suo consenso o che l'esecuzione di tale atto di indagine sia contraria ai principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Con specifico riferimento alle informazioni bancarie o finanziarie (nonché negli atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale), è previsto come motivo di rifiuto la sola circostanza che lo Stato di esecuzione non autorizzi la misura in un caso interno simile. Ciò, nonostante si sia osservato che esistono seri dubbi sull'effettività di un modello di investigazione comune in un settore tanto delicato come questo dove esistono importanti differenze tra le legislazioni interne<sup>52</sup>. Nelle operazioni di infiltrazione, il riconoscimento e l'esecuzione si effettueranno per lo Stato di esecuzione conformemente alla *lex loci*, stabilendosi anche come cause di rifiuto specifiche l'assenza di autorizzazione di tali indagini nell'ordinamento interno in un caso analogo e che non si sia giunti ad un accordo sulla sua durata, sulle condizioni e sul regime giuridico degli agenti. Nell'intercettazione delle telecomunicazioni troviamo una differenza a seconda che sia necessaria o meno l'assistenza tecnica di un altro Stato membro; in quest'ultimo caso sono ammesse delle modifiche alla procedura (come si è detto). Nella regolazione di questo atto si stabilisce anche come motivo di rifiuto aggiuntivo che la misura, conformemente a quanto stabilito dalla *lex loci*, non sia autorizzata in casi interni simili. Se non è necessaria l'assistenza tecnica dell'altro Stato, si ritiene che non ci si trovi davanti ad una OEI *stricto sensu* e che i requisiti rispetto a questa siano più flessibili. Peraltro, con l'evoluzione tecnologica, potrebbe essere più probabile intercettare le telecomunicazioni attraverso questo metodo, piuttosto che utilizzando una OEI conformemente all'art. 30, motivo per cui è necessario che la Direttiva comprenda una tale previsione.

## CONCLUSIONI

Alla luce di quanto precede, la Direttiva non costituisce un strumento particolarmente innovativo: si tratta in realtà semplicemente di un strumento che potremmo definire "necessario". Il pregio di maggior rilievo consiste nell'aver superato la frammentarietà del sistema e scarsa efficacia degli strumenti preesistenti di riconoscimento reciproco diretti all'acquisizione della prova. Allo stesso tempo il provvedimento esaminato implementa determinati paradigmi dell'assistenza giudiziale, come il predominio della *lex loci*. Il suo principale vantaggio consiste nel permettere atti di indagine, l'acquisizione delle prove ed il loro trasferimento aventi finalità sia investigativa che cautelare, riconoscendo tali scopi ad un unico strumento. Per quanto attiene la concreta attuazione del principio di riconoscimento reciproco, non è agevole comprendere se si tratti di una retrocessione rispetto all'autentica cooperazione giudiziale. D'altra parte con i preesistenti strumenti di riconoscimento reciproco, che hanno avuto importanti problemi di applicazione ed efficacia, sembra che non si fosse voluto spingere realmente verso una reale cooperazione in materia probatoria, essendosi limitati ad affermarne la necessità solo sul piano formale.

A quanto osservato si aggiunge l'assenza dell'approssimazione delle legislazioni interne nell'ambito probatorio: le prove ottenute conformemente alla *lex loci* potrebbero non avere successivamente validità nello Stato di emissione, nel caso in cui questo abbia una regolamentazione più stringente relativamente alla protezione dei diritti fondamentali, con la conseguenza che ciò ostacolerebbe l'effettività della libera circolazione della prova. Per tale ragione è necessaria l'approssimazione tra le legislazioni interne, affinché questo nuovo strumento sia realmente efficace. In questo senso emerge una posizione importante anche con riguardo alla regolazione del diritto di difesa, incidendo anche questo nella valutazione della prova. Unico dato positivo in questo senso, la previsione, come si è visto, di "atti d'indagine" che dovranno esistere obbligatoriamente. Tale indicazione potrebbe lasciare sperare in una certa approssimazione delle varie legislazioni.

D'altra parte è importante sottolineare la priorità che questo nuovo strumento conferisce alla protezione dei diritti fondamentali, consacrando al contempo i principi di necessità e proporzionalità nell'acquisizione transnazionale della prova (con evidenti ripercussioni sul principio di riconoscimento reciproco). Ma tale principio, come interpretato dalla Direttiva, appare diverso da come enunciato a Tampere. Le ragioni nascono dal fatto che non si parte dall'"alto grado di fiducia" esistente tra gli Stati né si implementa un'autentica cooperazione basata nella *lex fori*, come richiederebbe questo principio in linea puramente teorica. Potrebbe accadere che ciò si consolidi solo rispetto all'acquisizione transnazionale

<sup>52</sup> L. Camaldo-F. Cerqua, *ibid.*, p. 9.

della prova e che l'originale concezione di questo principio e lo spirito di cooperazione giudiziale prevalgano su altri strumenti con finalità differenti.

In definitiva e per concludere, l'OEI costituisce uno strumento realistico, concreto, idoneo ad adattarsi al contesto attuale dell'UE, pensato per essere utilizzato in concreto.

## AUTORI / AUTHORS

**Giuseppe Biscardi**

*Abolitio criminis, giudizi pendenti e sorte delle statuizioni civili / Abolitio criminis, pending proceedings and outcome of civil statements* 275

**Silvia Buzzelli**

*Le videoconferenze transnazionali / Transnational videoconferences* 326

**Paola Corvi**

*Decisioni in contrasto* 246

**Agostino De Caro**

*Le Sezioni Unite sul legittimo impedimento del difensore per grave malattia: un condivisibile, ma ancora limitato, approdo interpretativo / The Supreme Court definitively delivered on barrister serious illness as legitimate impediment to attend the trial: a shareable, but still limited, interpretation* 254

**Alessandro Diddi**

*Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni / Communication technology and the criminal trial: the use of certified emails (PEC) as method of service* 299

**Ada Famiglietti**

*Novità legislative interne / National legislative news* 221

**Rosa Gaia Grassia**

*Sezioni Unite* 242

**Vania Maffeo**

*La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace / The clause of the Penal code about the trivial nature of the events does not apply to the judiciary matters that falls under the ruling scope of the "Giudice di pace"* 317

**Eva Mariucci**

*Soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari: quale status? / Inmates' new status after the closure of judicial psychiatric hospitals* 336

**Angela Procaccino**

*Corte costituzionale* 235

**Lorena Puccetti**

*Quello che le norme non dicono: l'art. 168-bis c.p. non menziona le circostanze e quindi le esclude dal computo della pena massima ai fini dell'ammissione alla messa in prova / What words don't say: art. 168-bis of Penal Code does not mention the circumstances of the offence and therefore excludes them from the calculation of maximum term of penalty in order to request the probation in criminal proceeding* 289

**Francesca Ruggieri**

La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino? / *The New Law on International Cooperation in Criminal Matters. So much promise, so little delivery?*

310

**Gioia Sambuco**

*De jure condendo*

228

**Adolfo Scalfati**

Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento / *Few considerations on cooperation in investigating crime and mutual recognition principle in the European judicial area*

217

**Angel Tinoco Pastrana**

L'ordine europeo di indagine penale / *The European Investigation Order in Criminal Matters*

346

**Francesco Trapella**

Corti europee / *European Courts*

230

**Daniela Vigoni**

Novità sovranazionali / *Supranational news*

224

**PROVVEDIMENTI / MEASURES***Corte costituzionale*

C. cost., ord. 5 dicembre 2016, n. 259

240

C. cost., ord. 5 gennaio 2017, n. 2

239

C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17

237

C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 18

237

C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20

235

*Corte di cassazione – Sezioni Unite penali*

sentenza 1° settembre 2016, n. 36272

283

sentenza 3 ottobre 2016, n. 41432

249

sentenza 7 novembre 2016, n. 46688

262

sentenza 7 dicembre 2016, n. 52274

242

sentenza 15 dicembre 2016, n. 53153

243

*Decisioni in contrasto*

Sezione V, 13 gennaio 2017, n. 1691

246

*Corte europea dei diritti dell'uomo*

Corte e.d.u., 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*

230

Corte e.d.u., 17 gennaio 2017, *J. e altri c. Austria*

233

*Corte di giustizia dell'Unione europea*

C. giust. UE, 13 dicembre 2016, *causa C-484/16*

232

*Atti sovranazionali*

La Direttiva (UE) 2016/1919 del 26 ottobre 2016 in materia di patrocinio a spese dello Stato

224

**Norme interne**

- Legge 29 ottobre 2016, n. 199 «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo» 221
- Legge 11 dicembre 2016, n. 236 «Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi» 221

**De jure condendo**

- Disegno di legge S. 2519 «Disposizioni in materia di procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori» 229
- Disegno di legge S. 2592 «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in materia di demolizioni a seguito di procedimento penale» 228
- Disegno di legge C. 4130 «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni» 228

**MATERIE / TOPICS****Abolitio criminis**

- ✧ Se l'illecito penale è abrogato il giudice dell'impugnazione non si pronuncia sulla domanda risarcitoria (*Cass., sez. un., 7 novembre 2016, n. 46688*) 262

**Appello**

- **sentenza contumaciale**
- ✧ Accesso a un rito alternativo in caso di restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale di primo grado: è ammessa la richiesta nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67 (*Cass., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 52274*) 242
- ✧ Nel caso di riforma *in peius* della sentenza di assoluzione di primo grado, basata sulla rivalutazione di perizie e consulenze tecniche, occorre procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello? (*Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691*) 246
- ✧ Sentenza di appello e richiesta di provvisoria proposta per la prima volta nel giudizio da parte civile non appellante: il principio devolutivo e il divieto di *reformatio in peius* non sono violati (*Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 53153*) 243

**Assenza**

- ✧ Mancata previsione della notifica della sentenza all'assente: la manifesta inammissibilità della questione (*C. cost., ord. 5 dicembre 2016, n. 259*) 240

**Condizioni di procedibilità**

- **querela**
- ✧ Procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori (*D.d.l. S. 2519 «Disposizioni in materia di procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori»*) 229

**Confisca**

- ✧ Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo (*L. 29 ottobre 2016, n. 199*) 221

**Cooperazione giudiziaria**

- ✧ La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino? / *The New Law on International Cooperation in Criminal Matters. So much promise, so little delivery?*, di Francesca Ruggieri 310
- ✧ Le videoconferenze transnazionali / *Transnational videoconferences*, di Silvia Buzzelli 326



- ✧ Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento / *Few considerations on cooperation in investigating crime and mutual recognition principle in the European judicial area*, di Adolfo Scalfati 217
- Difesa e difensori**
- ✧ Legittimo impedimento del difensore e riti camerali: un passo avanti (*Cass., sez. un., 3 ottobre 2016, n. 41432*), con nota di Agostino De Caro 249
- Diritti fondamentali (tutela dei)**
- ✧ Intrusioni investigative sulla corrispondenza postale e possibilità di utilizzare forme diverse dal sequestro o, per i detenuti, dalla procedura mediante visto di controllo (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20*) 235
- ✧ Lavori forzati e divieto di trattamenti inumani e degradanti (*Corte e.d.u., 17 gennaio 2017, J. e altri c. Austria*) 233
- Diritto penale – Parte speciale**
- ✧ Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo (*L. 29 ottobre 2016, n. 199*) 221
- ✧ Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto e alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi (*L. 11 dicembre 2016, n. 236*) 221
- ✧ Truffa e circonvenzione di incapace in danno di ultrasessantacinquenni (*D.d.l. C. 4130 «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni»*) 228
- ✧ Procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori (*D.d.l. S. 2519 «Disposizioni in materia di procedibilità d'ufficio nei delitti sessuali contro i minori»*) 229
- Esecuzione penale**
- ✧ Demolizioni a seguito di procedimento penale (*D.d.l. S. 2592 «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, in materia di demolizioni a seguito di procedimento penale»*) 228
- Giudice**
- *incompatibilità*
- ✧ Contestazione del fatto diverso in udienza preliminare, invito a modificare l'imputazione e incompatibilità del giudice (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 18*) 237
- Giudice di pace**
- ✧ La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace / *The clause of the Penal code about the trivial nature of the events does not apply to the judiciary matters that falls under the ruling scope of the "Giudice di pace"*, di Vania Maffeo 317
- Gratuito patrocinio**
- ✧ La Direttiva (UE) 2016/1919 del 26 ottobre 2016 in materia di patrocinio a spese dello Stato 224
- Immigrazione**
- ✧ Immigrazione, trattenimenti e respingimenti (*Corte e.d.u., 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia*) 230
- Impugnazioni**
- *interessi civili*
- ✧ Se l'illecito penale è abrogato il giudice dell'impugnazione non si pronuncia sulla domanda risarcitoria (*Cass., sez. un., 7 novembre 2016, n. 46688*), con nota di Giuseppe Biscardi 262

**principio devolutivo**

- ◇ Sentenza di appello e richiesta di provvisionale proposta per la prima volta nel giudizio da parte civile non appellante: il principio devolutivo e il divieto di *reformatio in peius* non sono violati (*Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 53153*) 243

**Indagini preliminari**

- ◇ L'ordine europeo di indagine penale / *The European Investigation Order in Criminal Matters*, di Angel Tinoco Pastrana 346

**Messa alla prova**

- ◇ Messa alla prova: dal computo della pena massima vanno escluse le circostanze (*Cass., 1° settembre 2016, n. 36272*), con nota di Lorena Puccetti 283

**Misure cautelari personali****- custodia cautelare in carcere**

- ◇ Obbligo di applicazione della custodia cautelare in carcere e deroga connessa all'età della prole (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17*) 237
- ◇ Truffa e circonvenzione di incapace in danno di ultrasessantacinquenni (*D.d.l. C. 4130 «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni»*) 228

**Misure di sicurezza**

- ◇ Soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva dopo gli Ospedali psichiatrici giudiziari: quale status? / *Inmates' new status after the closure of judicial psychiatric hospitals*, di Eva Mariucci 336

**Mezzi di ricerca della prova****- intercettazioni di comunicazioni**

- ◇ Intrusioni investigative sulla corrispondenza postale e possibilità di utilizzare forme diverse dal sequestro o, per i detenuti, dalla procedura mediante visto di controllo (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20*) 235

**- sequestro**

- ◇ Intrusioni investigative sulla corrispondenza postale e possibilità di utilizzare forme diverse dal sequestro o, per i detenuti, dalla procedura mediante visto di controllo (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20*) 235

**Modifica dell'imputazione**

- ◇ Contestazione del fatto diverso in udienza preliminare, invito a modificare l'imputazione e incompatibilità del giudice (*C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 18*) 237

**Notificazioni**

- ◇ Mancata previsione della notifica della sentenza all'assente: la manifesta inammissibilità della questione (*C. cost., ord. 5 dicembre 2016, n. 259*) 240
- ◇ Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni / *Communication technology and the criminal trial: the use of certified emails (PEC) as method of service*, di Alessandro Diddi 299

**Parte civile****- provvisionale**

- ◇ Sentenza di appello e richiesta di provvisionale proposta per la prima volta nel giudizio da parte civile non appellante: il principio devolutivo e il divieto di *reformatio in peius* non sono violati (*Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 53153*) 243

**Persona offesa**

- ✧ “Depenalizzazione” e diritti della vittima (C. giust. UE, 13 dicembre 2016, causa C-484/16) 232

**Processo penale****- principio di legalità**

- ✧ Applicazione retroattiva della *lex mitior* amministrativa in tema di omessa comunicazione di contratti di lavoro part-time (C. cost., ord. 5 gennaio 2017, n. 2) 239

**Reformatio in peius (divieto di)**

- ✧ Nel caso di riforma *in peius* della sentenza di assoluzione di primo grado, basata sulla rivalutazione di perizie e consulenze tecniche, occorre procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello? (Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691) 246
- ✧ Sentenza di appello e richiesta di provvisoria proposta per la prima volta nel giudizio da parte civile non appellante: il principio devolutivo e il divieto di *reformatio in peius* non sono violati (Cass., sez. un., 15 dicembre 2016, n. 53153) 243

**Responsabilità amministrativa degli enti**

- ✧ Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo (L. 29 ottobre 2016, n. 199) 221

**Riti speciali**

- ✧ Accesso a un rito alternativo in caso di restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale di primo grado: è ammessa la richiesta nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67 (Cass., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 52274) 242

**Tenuità del fatto**

- ✧ La clausola codicistica della particolare tenuità del fatto non opera per i reati di competenza del giudice di pace / *The clause of the Penal code about the trivial nature of the events does not apply to the judiciary matters that falls under the ruling scope of the “Giudice di pace”, di Vania Maffeo* 317

**Termini****- restituzione (nei)**

- ✧ Accesso a un rito alternativo in caso di restituzione nel termine per appellare la sentenza contumaciale di primo grado: è ammessa la richiesta nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67 (Cass., sez. un., 7 dicembre 2016, n. 52274) 242

**Udienza preliminare**

- ✧ Contestazione del fatto diverso in udienza preliminare, invito a modificare l'imputazione e incompatibilità del giudice (C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 18) 237