

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da Adolfo Scalfati*

4-2017

*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

**Riforma del proscioglimento e rinnovazione della prova scientifica**  
*Reform of judgment and innovation concerning the legal report of declaratory type*

**La specificità dei motivi di appello come requisito di ammissibilità**  
*The specificity of the grounds as the admissibility requirement of the appeal*

**Informatica e processo penale**  
*Computer science and criminal trial*

**Uso del sapere specialistico nel processo penale**  
*Use of specialized knowledge in criminal trial*



**G. Giappichelli Editore – Torino**

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

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da* Adolfo Scalfati

4-2017

*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 ordinario di procedura penale, Università di Bari "Aldo Moro"  
*Cristiana Valentini*, professore associato di procedura penale, Università di Ferrara  
*Daniela Vigoni*, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

#### REDAZIONE

*Gastone 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*

LUCA MARAFIOTI

- Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale / Zibaldone-reform drafts, legislature through jurisprudence and procedural praxis management** 553

### Scenari | *Overviews*

- Novità legislative interne / *National legislative news* (ADA FAMIGLIETTI) 562
- Novità sovranazionali / *Supranational news* (ELENA ZANETTI) 566
- De jure condendo* (NICOLA TRIGGIANI) 571
- Corti europee / *European Courts* (ALVISE BOLDRIN) 574
- Corte costituzionale (FRANCESCA DELVECCHIO) 584
- Sezioni Unite (PAOLA MAGGIO) 588
- Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI) 592

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

- Cade l’obbligo dei riscontri anche per le dichiarazioni dell’imputato assolto in via definitiva per insussistenza del fatto**
- Corte Costituzionale, sentenza 26 gennaio 2017, n. 21 – Pres. Grossi; Rel. Lattanzi 596
- La Corte costituzionale restringe ancora i confini della testimonianza assistita / *The constitutional Court reduces assisted witness’s boundaries once again* (GIAN MARCO BACCARI) 600
- Non luogo a procedere: sentenza processuale o di merito?**
- Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza 27 gennaio 2017, n. 4175 – Pres. Bruno; Rel. Settembre 606
- Ancora incertezze sulla natura della sentenza di non luogo a procedere / *Uncertainties about the nature of the nonsuit still persist* (PIETRO GIORGIO ZAMINGA) 609
- Inammissibile l’impugnazione della misura cautelare reale una volta intervenuta la sentenza di condanna**
- Corte di Cassazione, sez. VI, sentenza 23 dicembre 2016, n. 54752 – Pres. Paoloni; Rel. Scalia 619
- Il principio di assorbimento in materia cautelare reale: nessuna rivalutazione del *fumus commissi delicti* dopo il passaggio dal sequestro preventivo alla confisca / *The absorption principle in precautionary measures concerning real property: no reevaluation of fumus commissi delicti after the transition from preventive seizure to the confiscation* (FRANCESCA TRIBISONNA) 622

**La revisione è inammissibile se la condanna attiene alle sole statuizioni civili**

- Corte di Cassazione, sezione II, sentenza 9 novembre 2016, n. 2656 – Pres. Diotallevi; Rel. Di Pisa 639  
 Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione / *Civil sentences established in criminal procedure do not allow for new trial* (ROSALBA NORMANDO) 642

**Le Sezioni unite escludono la rilevabilità della prescrizione in relazione ai capi della sentenza oggettivamente complessa impugnati con motivi inammissibili**

- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza 27 maggio 2016, N. 6903 – Pres. Canzio; Rel. Cammino 647  
 Impugnazione cumulativa parzialmente inammissibile e immediata declaratoria delle cause di non punibilità / *Partially inadmissible cumulative appeal and immediate declaration of causes of non-punishment enshrined in art. 129 c.p.p.* (ROSSELLA FONTI) 656

**Overruling sfavorevole in appello e prova tecnico-scientifica: non opera l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale**

- Corte di cassazione, sezione v, sentenza 13 gennaio 2017, n. 1691 – pres. Lapalorcia; rel. Morelli 669  
 Riforma *in pejus* della sentenza di proscioglimento e rinnovazione in appello della prova tecnico-scientifica di tipo dichiarativo / *Reform in pejus of judgment of acquittal and innovation in appeal concerning the legal report of declaratory type* (ROBERTA RIZZUTO) 676

**Le Sezioni Unite risolvono l'annosa questione in tema di ammissibilità dell'atto di appello non correlato alla decisione impugnata**

- Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 22 febbraio 2017, n. 8825 – pres. Canzio; rel. Andronio 686  
 La specificità estrinseca dei motivi di appello come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del *favor impugnationis* / *The extrinsic specificity of the grounds as the admissibility requirement of the appeal: the end of favor impugnationis* (ANTONINO PULVIRENTI) 698

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

- Il *dies a quo* per la costituzione della parte civile: aspetti critici e prassi devianti / *The starting point for the establishment of civil party: critical issues and deviant practices*** (LORENZO BELVINI) 710

- Informatica e processo penale / *Computer science and criminal trial*** (LUIGI CUOMO-LUIGI GIOR-DANO) 716

**Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects***

- Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale / *Judge 2.0 and use of specialized knowledge in criminal trial*** (GAETANO CARLIZZI) 732

**Indici | *Index***

- Autori / *Authors* 755  
 Provvedimenti / *Measures* 756  
 Materie / *Topics* 757

LUCA MARAFIOTI

*Professore ordinario – Università degli Studi “Roma Tre”*

## Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale

### *Zibaldone-reform drafts, legislature through jurisprudence and procedural praxis management*

---

#### RIFORME PROCESSUALI IN *ITINERE*

Non è facile offrire una visione d’insieme del Disegno di Legge intitolato “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”, in corso di approvazione e giornalmente noto con il nome del Ministro della Giustizia, suo promotore<sup>1</sup>. Siamo di fronte, infatti, ad un provvedimento-zibaldone; ai meno giovani, potrà ricordare il titolo di una fortunata trasmissione radiofonica di molti anni fa: “non tutto ma di tutto”.

Impegnativo individuare, ancorché a primissima lettura, lo spirito che lo anima. La normativa in discorso spazia su temi così diversificati della giustizia penale, da proporsi difficilmente quale organica novella, mediante un’impronta tale da innervare l’intero meccanismo processuale. Arduo, al tempo stesso, allontanare la sensazione di intrinseca debolezza programmatica del testo *in itinere*, giacché caratterizzato da, forse fin troppo estremo, pragmatismo. Siamo, infatti, di fronte ad un intervento di mini-ortopedia legislativa, frutto di un disegno riformatore tutto sommato frammentario e niente affatto organico.

I veri nodi problematici del processo penale italiano restano soltanto sullo sfondo, finendo per essere, per lo più, ignorati. Tutt’altro che insignificanti, gli interventi in via di adozione appaiono, invero, di mera ricognizione e conseguente razionalizzazione della prassi, anziché un incisivo progetto riformatore.

In effetti, a prescindere da una rinnovata sensibilità in materia di impugnazioni, nessuna delle problematiche di fondo della giustizia penale viene affrontata di petto.

Né il peso e lo strapotere delle indagini, frutto di disinvolute forme di processualizzazione del fatto e di elaborazione a volte assai rudimentale degli elementi di prova<sup>2</sup>, troppo tardi e spesso difficilmente controbilanciate dal controllo giurisdizionale ed in sede processuale. Né il tema delle scelte del pubblico ministero nell’esercizio dell’azione, in un quadro di obbligatorietà ormai solo di facciata e di crescente discrezionalità “di fatto”<sup>3</sup>. Neppure la progressiva dimensione preventiva assunta da un procedimento penale pervaso da spinte di tutela poco compatibili con esigenze garantistiche, con amara constatazione di un assai difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e garanzie dell’individuo. Tantomeno la scarsa tenuta di un’adeguata cultura della prova, vista la difficoltà di tracciare un netto perimetro

---

<sup>1</sup>Cfr. d.d.l., in Atti Senato, n. 2067, Atti Parlamentari, XVII Legislatura, Disegni di Legge e Relazioni, Documenti.

<sup>2</sup>Sul fenomeno della “processualizzazione” del fatto tipico, cfr., per tutti, A. Gargani, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Legislazione pen.*, 2013, p. 839, nonché, volendo, L. Marafioti, *Funzioni della pena e processo penale*, in G. De Francesco-E. Marzaduri (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, p. 1 ss.

<sup>3</sup>V. L. Marafioti, *Inazione e forme abusive di addebito penale: concetti vintage e nuovi approdi nelle scelte del pubblico ministero*, in C. Fiorio-R. Fonti-M. Montagna (a cura di), *Inazione, controlli, esecuzione*, Atti del Convegno in ricordo di G. Dean, Pisa, 2017, p. 17 ss.

ai poteri giurisdizionali in materia, anche a difesa del canone di legalità della prova, con correlativo lassismo nei confronti dei fenomeni di invalidità in materia.

Resta, insomma, lontana una assai ardua amalgama tra le diverse istanze che si tenta di far affacciare e si pretende di far convivere nel processo, la cui evidente polifunzionalità continua a sfuggire ad un più generale ripensamento sistematico. Il tutto scaricato continuamente sulle impugnazioni, con correlativa crisi degli strumenti in materia, considerati vittime di un costante ed abusivo uso improprio delle domande di controllo, nella speranza vana di un'irraggiungibile giustizia sostanziale.

Se si eccettuano le scelte ispirate da un intento deflattivo delle impugnazioni, che pur formano parte integrante del provvedimento in esame e conducono a rimodellare in modo significativo la materia su simili gangli dolenti del modello processuale nostrano, resta, allora, lontana una adeguata sensibilità giuridico-politica. Si preceglie, infatti, un pragmatismo di basso profilo, nell'ottica di un'adeguata gestione normativa dell'esistente. Cosicché, il provvedimento in discorso sembra segnare un ulteriore momento nella parabola nel declino del primato della legge nella costruzione del sistema processuale. Con ennesima smentita di qualunque sogno – che finisce per risultare ormai intellettualistico e velleitariamente volontaristico – di una più radicale operazione riformatrice del modello processuale.

In effetti, i provvedimenti legislativi in materia di giustizia penale sono strettamente collegati ad una sorta di monopolio culturale consolidatosi sull'idea di processo penale e giustizia, del quale il provvedimento in esame sembra rappresentare un'ennesima e sintomatica tappa.

Meglio detto. Da tempo destinatario di studi il diritto di conio giurisprudenziale<sup>4</sup>, oggetto di minore attenzione si rivela una fenomenologia che meriterebbe apposita e più accurata riflessione: la legislazione di stretta origine giurisprudenziale.

Per legislazione di origine giurisprudenziale può intendersi una normativa che risponde a tale etichetta almeno sotto un duplice profilo. Per un verso, quelle che possono definirsi novelle *on demand*, introdotte sulla base di una spinta più o meno esplicitamente proveniente dalla stessa giurisprudenza. Basti pensare, ad esempio, all'introduzione anni fa dello specifico procedimento finalizzato a dichiarare l'inammissibilità in Cassazione con creazione di un'apposita Sezione per cestinare i ricorsi, la cui volata era stata tirata proprio dalla stessa Corte, con appositi interventi e documenti<sup>5</sup>.

Nella stessa scia si collocano pure i provvedimenti normativi che recepiscono interventi giurisprudenziali, attraverso i quali il legislatore mostra di condividere o addirittura intende compiacere la ricostruzione degli istituti processuali operata dalla giurisprudenza. Inutile sottolineare che, evidentemente, essi contengono una carica in qualche modo additiva, altrimenti non avrebbero alcun bisogno di essere formalmente stabilizzati a livello legislativo.

Segnatamente, più di una disposizione inserita nel disegno di legge in discorso è volta ad assecondare a livello normativo affermazioni fattesi nel frattempo strada in sede giurisprudenziale. Sul punto occorre intendersi: non rappresenta certo in sé un male il fatto che gli interventi riformatori armonizzino le spinte provenienti dalla giurisprudenza. Questa è, in effetti, destinataria ultima della legge stessa, chiamata a vivere quotidianamente il diritto e ad applicarne, più o meno con convinzione, le coordinate. Il discorso cambia, però, sollevando interrogativi di fondo sulla politica legislativa in corso, qualora un movimento riformatore si riveli, per lo più – se non addirittura di regola – mosso dall'esigenza di non contraddire o, perfino, riscontrare “per accettazione” le spinte interpretative provenienti dalla giurisprudenza stessa.

#### LA GIURISPRUDENZA COME PRINCIPALE FONTE DI ISPIRAZIONE LEGISLATIVA

Possibile, allora, leggere i più svariati propositi di riforma in chiave con l'anelito di “mettersi in scia” con la giurisprudenza, più o meno prontamente o intensamente, a seconda dei casi.

Il discorso vale, ad esempio, per la norma che, introducendo un nuovo art. 410-*bis* c.p.p., esplicita a livello normativo l'orientamento giurisprudenziale che aveva indotto la Cassazione, appesantendone il lavoro, ad annullare quei decreti di archiviazione emessi senza attendere il decorso del termine per

<sup>4</sup>Cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. inalterata, Milano, 1975; G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

<sup>5</sup>Sullo «strapotere delle prassi organizzative» nella procedura preliminare d'inammissibilità, L. Marafioti, *Il controllo selettivo di legittimità in cassazione: verso nuovi equilibri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 58 ss.

l'opposizione o ignorandone per errore la presentazione o dichiarandone immotivatamente l'inammissibilità<sup>6</sup>. Oppure, per quella che mediante il progettato art. 438, comma 6-bis, c.p.p., legittima formalmente il pluriennale orientamento a Sezioni Unite circa la preclusione nei confronti dei pregressi vizi procedurali rivestita dalla richiesta di giudizio abbreviato, a meno di nullità assolute o inutilizzabilità "patologica"<sup>7</sup>. Legittimo, peraltro, nutrire un certo pessimismo circa la soluzione di ogni problema sull'esatto ambito dei vizi esenti da siffatta copertura, anche in forza dell'esplicito riferimento alla categoria del divieto probatorio, dai confini incerti e da tempo croce e delizia della dottrina processuale, specialmente quella di tradizione tedesca<sup>8</sup>.

In ottica di adeguamento alla giurisprudenza, anche sovranazionale, va letta, d'altra parte, l'esplicita aggiunta di un'ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale<sup>9</sup> in caso di appello contro sentenza di proscioglimento per erronea valutazione di prove dichiarative, di cui al nuovo art. 603, comma 3-bis, c.p.p.

A ben vedere, anche la stesura della norma sull'inammissibilità dell'appello è frutto, diciamo, della volata delle Sezioni Unite della Cassazione, a sua volta preparata a livello di Corti d'Appello, affiancandosi all'autorevole e fragrante orientamento giurisprudenziale espresso nella sentenza Galtelli<sup>10</sup>. Ma il disegno di legge attualmente in discussione in Parlamento, pur avallando, di fatto, le conclusioni prepotentemente anticipate in via interpretativa dalla giurisprudenza in tema di genericità dei motivi d'appello (art. 581, lett. d), c.p.p.), sembra rimandare ad un *humus* culturale più ampio rispetto alla sterile ideologia economicistica del risultato che ha sinora alimentato la cultura dell'inammissibilità delle impugnazioni.

Decisivo rilievo assume, infatti, la motivazione della sentenza di primo grado, che diventa la vera e propria chiave di volta per risolvere il problema dei motivi. Tanto che la specificità dell'appello deve trovare solido ancoraggio in una maggiore analiticità della motivazione del provvedimento impugnato, destinato a fungere da idonea piattaforma argomentativa per le doglianze nell'atto di impugnazione (nuovo art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.).

Eppure, essa si inserisce a pieno titolo in una linea di riforma tesa ad imprimere una più profonda svolta normalizzatrice alla materia delle impugnazioni. La logica in realtà è per lo più *sic et simpliciter*

<sup>6</sup>Cfr. Cass., sez. VI, 2 dicembre 2016, n. 510, in CED Cass. n. 268810; Cass., sez. V, 9 febbraio 2017, n. 6062; Cass., sez. V, 19 settembre 2016, n. 42791, in CED Cass. n. 268459.

<sup>7</sup>Del resto, come evidenziato dalla stessa Relazione di accompagnamento, il progetto di riforma finisce per interpretare l'orientamento delle Sezioni Unite penali della Cassazione, consolidatosi sul tema dell'effetto sanante delle nullità e delle inutilizzabilità, come conseguenza della richiesta di rito abbreviato. Con riferimento alle nullità, si veda, Cass., sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky e altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 514; sul tema della inutilizzabilità, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Giur. it.*, 2001, p. 116. Mentre, sul tema dell'eccezione di incompetenza territoriale, Cass., sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, in *Cass. pen.*, 2013, p. 572.

<sup>8</sup>Sulla scia dell'intuizione di E. Beling, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Darmstadt, 1903, cfr., fra tanti, K. Amelung, *Informationsbeherrschungsrechte in Strafprozess*, Berlin, 1990; F. Dencker, *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977; G. Fezer, *Grundfragen des Beweisverwertungsverbots*, Heidelberg, 1995; K.H. Gössel, *Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten als neuer Ausgangspunkt einer Lehre von den Beweisverboten im Strafprozess*, in *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30 August 1999*, in U. Erbert e P. Rieß, Berlin (a cura di), 1999, 277; C. Jäger, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, 2003; K. Peters, *Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*, in *Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages*, München u. Berlin, 1966, 93; K. Rogall, *Beweisverbote im System des deutschen und amerikanischen Strafverfahrensrecht*, in Wolter, Jürgen, *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrecht*, Neuwied, 1995, 113; Id., *Zur Lehre von den Beweisverboten. Anmerkungen zum gegenwärtigen Diskussionsstand*, in *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, in E. Samson ed A. Baden-Baden (a cura di), 1999, 523; F. Sydow, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, 1976.

<sup>9</sup>Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203, per cui, in ragione di una interpretazione convenzionalmente orientata (ex art. 6, par. 3, lett. d), CEDU) dell'art. 603 c.p.p., il giudice d'appello, qualora ritenga di riformare nel senso dell'affermazione di responsabilità dell'imputato la sentenza di proscioglimento di primo grado, sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva dal primo giudice, deve disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso le relative dichiarazioni.

<sup>10</sup>V. Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825, Galtelli, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di H. Belluta, Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario, secondo cui «l'appello, al pari del ricorso per cassazione, è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata, fermo restando che tale onere di specificità, a carico dell'impugnante, è direttamente proporzionale alla specificità con cui le predette ragioni sono state esposte nel provvedimento impugnato».

deflattiva, attraverso l'introduzione di meccanismi atti a scoraggiare l'uso degli strumenti di controllo, limitandolo alle situazioni ritenute più strettamente meritevoli. Assai implicito e in definitiva alquanto dimenticato resta, peraltro, l'assunto che tutto ciò sia destinato a migliorare indirettamente anche la qualità dei pronunciati giurisdizionali.

L'ossessione deflattiva ispira, inevitabilmente, il progettato ripristino, in forma riveduta e corretta, del concordato sui motivi d'appello attraverso i nuovi artt. 599-*bis*<sup>11</sup> e 602 comma 1-*bis*<sup>12</sup> c.p.p. Un istituto troppo presto, ancorché ripetutamente, espunto dal sistema e rimpianto dagli operatori, *in primis* dagli stessi giudici chiamati in appello ad applicarlo.

Sullo sfondo, si staglia il tentativo, allo stato semplicemente abbozzato ma in via di perfezionamento anche attraverso il futuro contributo della giurisprudenza in materia, di prefigurare nuovi scenari per la nozione di errore correggibile attraverso le impugnazioni ordinarie.

In quest'ottica, significativi appaiono pure gli interventi che si intende operare al fine di facilitare i meccanismi volti alla declaratoria dell'inammissibilità del ricorso in cassazione, privilegiandosi, finché possibile, la via di una pronuncia in materia "senza formalità", vale a dire *de plano* (art. 610 comma 5-*bis* c.p.p.)<sup>13</sup>. Oppure, il tentativo di ampliare le opportunità di annullamento puro e semplice della sentenza impugnata, potenziando la "norma-valvola" in materia di cassazione senza rinvio, contemplata dall'art. 620 lett. l)<sup>14</sup> c.p.p.

Analogo discorso vale circa l'abolizione della possibilità per la parte di presentare ricorsi, memorie e motivi nuovi per cassazione, frutto dell'eliminazione dell'*incipit* dell'art. 613 c.p.p., secondo un'aspirazione già manifestata in diverse sedi e, segnatamente, anche a livello di legittimità. Espressione di un coraggioso tentativo di gettare il cuore oltre l'ostacolo alla ricerca di una nomofilachia che si ritiene ormai da tempo smarrita, appaiono, per un verso, la previsione tesa a disciplinare ulteriormente i rapporti tra sezioni semplici ed unite, se si pensa che viene sancito il criterio del rinvio automatico alle sezioni unite in caso di dissenso da parte di una sezione semplice (art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.). Per altro verso, la possibilità di enunciare principi di diritto da parte della cassazione anche in caso di declaratoria di inammissibilità (art. 618 comma 1-*ter* c.p.p.)<sup>15</sup>. Peccato che la disposizione faccia ancora riferimento ad una ipotesi di inammissibilità cosiddetta sopravvenuta delle impugnazioni che, allo stato, risulta basata su una distinzione tra cause di inammissibilità e correlative differenti modalità di declaratoria che, nel

<sup>11</sup> L'art. 56 del provvedimento in esame inserisce, dopo l'art. 599 c.p.p., l'art. 599-*bis* c.p.p., a norma del quale «1. La corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall'articolo 589, ne fanno richiesta dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo. 2. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater*, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza. 3. Il giudice, se ritiene di non poter accogliere, allo stato, la richiesta, ordina la citazione a comparire al dibattimento. In questo caso la richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere riproposte nel di-battimento. 4. Fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 53, il procuratore generale presso la corte di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti».

<sup>12</sup> L'art. 57 del disegno di legge in questione provvede ad inserire, dopo il comma 1 dell'art. 602 c.p.p., il seguente «1-*bis*. Se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599-*bis*, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo».

<sup>13</sup> L'art. 62 del disegno di legge in esame aggiunge, dopo il comma 5 dell'art. 610 c.p.p., è aggiunto il seguente «5-*bis*. Nei casi previsti dall'articolo 591, comma 1, lettere a), limitatamente al difetto di legittimazione, b), c), esclusa l'inosservanza delle disposizioni dell'articolo 581, e d), la corte dichiara senza formalità di procedura l'inammissibilità del ricorso. Allo stesso modo la corte dichiara l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e contro la sentenza pronunciata a norma dell'articolo 599-*bis*. Contro tale provvedimento è ammesso il ricorso straordinario a norma dell'articolo 625-*bis*».

<sup>14</sup> L'art. 67 sostituisce, all'art. 620, comma 1, c.p.p., la lett. l) con la seguente «l) se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

<sup>15</sup> L'art. 66 del provvedimento in esame aggiunge all'art. 618 c.p.p., dopo il comma 1 il seguente «1-*bis*. Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso. 1-*ter*. Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta».

gioco parlamentare dei progressivi stralci all'interno pacchetto di riforma, sembra essersi perduta per strada.

#### FENOMENOLOGIA DELLA PRASSI E NORME DI "PRONTO SOCCORSO"

Diverso ed ulteriore il filone della legislazione di origine giurisprudenziale che pure trova riscontro nel provvedimento in esame. Quella che potrebbe essere chiamata legislazione "stampella" o "cerotto", rivolta esplicitamente a sorreggere e fornire un aiuto, con l'intento di legittimare singole prassi, ritenute virtuose o, quantomeno, corrette, al punto da meritare esplicito riconoscimento.

Simile materiale normativo è frutto di una lega apparentemente meno nobile, ma risulta altrettanto significativo, se si pensa alla dimensione eminentemente pratica del diritto processuale, che alla realtà del processo può e deve di continuo rimandare, esistendo forse anzi solo "in concreto".

Si tratta, in questo caso, di norme che formalizzano *escamotages* e/o danno sfogo ufficiale a concrete esigenze applicative provenienti dalla prassi. Ritenuti utili nella quotidiana gestione del processo, simili interventi sono ispirati dal buon senso che anima una sorta di "economia familiare processuale".

Non è un fenomeno nuovo, se si pensa a precedenti ben più altisonanti come quello offerto in epoca di maxi-processi dalla legge Mancino-Violante, ai ripetuti drastici interventi operati mediante altrettanti decreti "antiscarcerazioni" o alle molto meno nobili figure fatte talora dal nostro legislatore, con l'introduzione in corsa di disposizioni processuali con l'intento di smentire prassi o, addirittura, di scongiurare i rischi o gli effetti legati a questo o a quell'indirizzo interpretativo, pur legittimamente formatosi sulla base delle norme sino ad allora vigenti. Basti pensare all'incredibile vicenda della mininovella introdotta con d.l. n. 10/2010, con cui si intese modificare le norme in materia di competenza, al fine esplicito di sconfessare la pur corretta interpretazione che metteva a rischio la ritenuta competenza del Tribunale, anziché della Corte d'Assise, con le correlative condanne in tema di reati aggravati da finalità mafiosa. Di qui la norma che, in corso d'opera, correva a modificare la normativa sulla competenza, con effetti anche sui processi in corso, proprio per evitare simile interpretazione. Modifica che trattava da carta straccia quella costituzionale e non vide i processualpenalisti italiani lamentarsi con lo stesso vigore manifestato per pubblici proclami in occasione della famigerata legge Cirami.

Significativi esempi sul piano normativo di simile attitudine gestionale possono, in linea di massima, considerarsi le disposizioni in tema di riti speciali. Da un lato, si legittima la prassi quotidiana della presentazione di una richiesta di rito consensuale confezionato secondo un gradualismo di possibili subordinate: abbreviato condizionato, in subordine "secco", come definito talvolta addirittura negli atti difensivi stessi, in ulteriore subordine patteggiamento. Per altro verso, si precisa legislativamente l'area della possibile correzione e si riduce drasticamente quella del ricorso in cassazione nei confronti della sentenza di condanna a pena patteggiata, secondo indirizzi già consolidati in giurisprudenza (nuovi artt. 130, comma 1-bis e 448, comma 2-bis, c.p.p.). Basti, a tale proposito, considerare l'amaro destino di tendenziale inammissibilità cui va inevitabilmente incontro la maggior parte dei ricorsi per cassazione in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Solo lievemente più ambiziosa, in ottica di vera e propria diortosi della realtà applicativa, si manifesta la norma rivolta a fissare un limite cronologico, trimestrale ancorché prorogabile, all'alternativa tra azione penale e richiesta di archiviazione<sup>16</sup>. Intervento sollecitato dal lassismo nella tempistica cui in proposito ci ha abituato la prassi. Anche questo rischia, però, di essere un intervento "contentino", dal momento che, per suo tramite, pare impossibile incidere sulla qualità delle indagini e sull'*output* del lavoro svolto in tale fase che si traduce a livello di imputazione. Ai più pessimistici potrebbe venire facile paventare i rischi nei confronti di quella ponderazione nelle scelte del P.M. sempre auspicabile.

Anzi, nella speranza di un puntuale argine allo strapotere nel peso dell'indagine nel complessivo meccanismo processuale, si rischia di introdurre una norma che in concreto può determinare effetti opposti a quelli di un incremento nella qualità dell'indagine e nella serietà del peso investigativo ed indiziario. Meno che mai essa sembra risolutiva nella direzione di un incremento nel tasso di responsabilizzazione del titolare dell'indagine rispetto agli esiti del proprio lavoro, agganciata com'è ad una sorta di implicita pressione a voler sciogliere più rapidamente ogni alternativa in materia. Tutto ciò, invece di risolversi in favore dell'indagato, alla stregua della valenza che anche in tale fase dovrebbe esercitare la

<sup>16</sup> Prontamente, S. Lorusso, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 1 ss.

presunzione di innocenza, potrebbe, pertanto, risolversi di fatto *in damno*, finendo per autorizzare, nella relativa fretta imposta, un riversamento ancora più massiccio degli esiti indagini di minore qualità sulla successiva fase processuale. Invece di portare più rapidamente ad archiviazione indagini poco consistenti, conduca più rapidamente a richieste di rinvio a giudizio e, *a fortiori*, a decreti di citazione diretta a giudizio, come già oggi accade.

Non incidendo né potendo incidere se non in maniera esteriore, formale ed indiretta, grazie al meccanismo della avocazione, sul bubbone di fondo delle scelte del P.M. in materia, potrebbe essere disposizione inutile verso la tendenza a forme disinvolve di “processualizzazione del fatto”.

In un’ottica ben diversa di quella della semplificazione ed accelerazione processuale, si collocano, invece, i profili processuali della tematica della prescrizione. Essi svelano il malcelato intento di dare un singolare *imprinting* ideologico alla materia.

L’impressione che desta tale disciplina, infatti, è quella di una risposta *tranchant* ad una sorta di presunto “diritto alla prescrizione” privo di qualunque fondamento costituzionale. Come a dire: giacché non può essere in alcun modo affermato in qualunque forma un diritto alla prescrizione, il riformatore sarebbe *legibus solutus* nel disciplinare a proprio piacimento il tema con l’intento di contrastare massicciamente ogni possibile affermazione di tale presunto diritto.

Cosicché, a fini efficientistici, si introducono norme di difficile gestione e interpretazione e, in particolare, quelle più processuali di tutte, finalizzate a sterilizzare i tempi morti in fase d’impugnazione attraverso l’introduzione di due ulteriori ipotesi di sospensione della prescrizione. La prima dal termine per il deposito della sentenza di condanna di primo grado fino al dispositivo della sentenza nel grado successivo fino ad un massimo di un anno e sei mesi. In caso di condanna in secondo grado, anche se a seguito di giudizio di rinvio, dal termine per il deposito per la motivazione fino alla sentenza definitiva per un analogo periodo temporale (art. 159 c.p. con introduzione dopo il primo comma di due nuovi nn. 1 e 2).

In forza di tali previsioni, si sospende la prescrizione durante i tempi morti nelle fasi di impugnazioni, per certo indipendenti da un qualsiasi atteggiamento ostruzionistico anche inteso in senso molto lato tenuto dall’imputato, il quale si limita ad impugnare la propria condanna, esercitando in tal modo in un ulteriore fase processuale il proprio diritto alla difesa, assistito da garanzia costituzionale. Simili tempi morti dovrebbero senza meno considerarsi “a carico” dello Stato, in quanto dipendenti dall’attività nell’amministrazione della giustizia. Eppure, vengono in qualche modo addossati all’imputato, forse per il solo fatto di avere avuto l’ardire di interporre un’impugnazione contro una sentenza di condanna, al probabile fine di scoraggiare impugnazioni dilatorie ed indurlo a pensarci bene o, comunque, di non recargli alcun vantaggio.

Ciò sembra autorizzare, ancorché surrettiziamente, l’affermazione ulteriore di un principio francamente inaccettabile: la speditezza del processo in nessun modo va considerata oggetto di un diritto dell’imputato, non fa per nulla parte del suo corredo garantistico, giacché egli non può e non deve lucrare alcunché da simili tempi morti.

Rappresenta, tuttavia, un capovolgimento essenziale dei connotati garantistici dello Stato moderno introdurre previsioni che autorizzano ad escludere che quello alla speditezza del processo sia un impegno dello Stato e dei suoi funzionari. Il messaggio che se ne ricava preoccupa: tali tempistiche vengono e possono continuare ad essere tranquillamente gestite in maniera rallentata, tanto l’imputato non se ne può avvantaggiare. In questo senso, la lentezza del processo premia lo Stato e in un certo senso punisce l’imputato. Un approccio assai discutibile solo in parte smentito dalla norma in tema di sospensione della prescrizione nel caso di processo cumulativo.

Per tale via, si tenta un’operazione tesa a sganciare speditezza del processo e presunzione di innocenza, laddove quest’ultima implicherebbe, viceversa ed in ottica garantistica, una rapida verifica ed una eventuale pronta riaffermazione proprio in tempi ragionevoli, onde evitare che il processo penda a lungo sulla testa dell’imputato come una spada di Damocle. Per giunta, tale iniziativa viene intrapresa al fine di affermare la concezione di una efficacia meramente presunta ed in sé del processo come valore al di là di ogni considerazione circa il suo contenuto garantistico, con il risultato di trasformare l’imputato in convitato di pietra, estraneo al rispetto dei tempi processuali e, quindi, alla tematica della prescrizione.

In prospettiva ancora più drammatica si colloca la svolta impressa alla materia del processo a di-

stanza<sup>17</sup>. Le norme che si vogliono introdurre mirano, infatti, ad affermare un criterio discretivo di base: per una determinata categoria di soggetti, imputati per reati di maggiore allarme sociale, il processo a distanza rappresenta la regola. A salvare questa apparente pietra tombale su una serie di garanzie o, quantomeno, su uno *standard* accettabile in materia, non basta certo la norma che pur autorizza il giudice a ripristinare mediante decreto motivato le regole ordinarie di partecipazione al processo, «qualora lo ritenga necessario» (art. 146-*bis*, comma 1-*ter*, disp. att.).

Sulla scorta di esperienze formatesi nel corso di qualche vicenda giudiziaria di rilievo, che hanno evidentemente funzionato da test di laboratorio per simile iniziativa di riforma, si mira ad introdurre in modo ufficiale un doppio binario in materia di diritto di difesa nell'ambito della partecipazione al processo. È, invero, chiaro che, in un colpo solo, simile previsione ferisce in modo sensibile in primissima battuta il diritto alla autodifesa ma, al tempo stesso, pure in misura evidente la difesa tecnica, in forza di un colpo ben assestato a ciascuna delle facce di tale inscindibile binomio, in cui l'art. 24 Cost. articola in maniera indefettibile il diritto di difesa.

Se si pensa che la qualifica ricevuta dall'art. 24 Cost. è quella dell'inviolabilità, si fa presto a comprendere il peso che può esercitare un simile affievolimento nella sfera diritto in discorso. In nessun modo tranquillizza, d'altra parte, il fatto che l'entrata in vigore delle norme in materia verrebbe procrastinata di un anno rispetto all'entrata in vigore del resto della novella, in forza di una apposita previsione transitoria (art. 81 d.d.l.).

Ora, ciò che più preoccupa di questa norma, al di là di ogni aspetto tecnico, meritevole del più ampio ed approfondito ulteriore commento sul piano giuridico e politico, è proprio la conferma che da essa sembra potersi ricavare circa l'impressione da cui avevano preso le mosse le attuali brevi notazioni. A ben vedere, anche e soprattutto le norme in tema di partecipazione a distanza, rappresentano ulteriore tappa nel solco del delineato percorso di affermazione di quel "monopolio culturale" in materia di giustizia penale di cui si avverte chiaramente il peso nell'*iter* di produzione del diritto e che forma l'*humus* per una legislazione in materia processuale di "stretta osservanza" giurisprudenziale.

Rispetto a tale monopolio, il pensiero politico e giuridico di matrice garantistica non riesce a sottrarsi alla evidente constatazione di una manifesta subalternità. Simile dimensione di gracilità, quando non venga più o meno colpevolmente o per comodità ignorata, rischia di essere purtroppo affrontata con quotidiana rassegnazione, interrotta solo a volte da toni inutilmente aggressivi, che ottengono effetti spesso controproducenti, dal momento che non sono idonei ad ingenerare alcuna reazione adeguata a livello di politica legislativa e nella creazione dei prodotti normativi. Il che finisce per confermare e, se possibile, aggravare la condizione di inferiorità culturale, aumentando peso ed autorevolezza di simile monopolio culturale.

Simile visione egemonica risulta, così, ancora più indisturbata di proseguire il proprio compito, fungendo da costante fonte ispiratrice e quotidiano supporto all'odierna visione del processo penale nel nostro Paese. Provvedimenti come quello in esame ne offrono puntuale e sintomatica riprova, finendo, alle volte, per presentarsi poco dissimili ad altrettante raccolte di giurisprudenza, le cui massime spesso vengono pedissequamente mutuate in testi normativi mediante una semplicistico operazione di "copia e incolla"; altre volte, si dimostrano disposti ad intervenire, più modestamente ma altrettanto fedelmente, con la borsa da piccolo pronto-soccorso, onde assicurare un mero, quotidiano supporto nella gestione delle disfunzioni del processo penale.

---

<sup>17</sup> In chiave apertamente critica, cfr. *Documento dell'Unione delle Camere penali italiane per la Commissione Giustizia Senato*, p. 2.





Processo penale e giustizia n. 4 | 2017

# Scenari

## *Overviews*

# NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

## DISPOSIZIONI IN MATERIA DI SICUREZZA DELLE CURE E DELLA PERSONA ASSISTITA, NONCHÉ IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DEGLI ESERCENTI LE PROFESSIONI SANITARIE

(L. 8 marzo 2017, n. 24)

La legge in epigrafe (G.U., Sr. gen., 17 marzo 2017, n. 64), nota come d.d.l. Gelli-Bianco, introduce significative novità nell'ambito della responsabilità colposa nell'attività medico-chirurgica, con un consolidamento delle linee guida in ambito sanitario. A tal fine, viene introdotta la nuova fattispecie incriminatrice di «*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*», disciplinata dall'art. 590-sexies c.p., secondo cui se i reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose «sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma». Tale disposizione prevede una causa di esclusione della punibilità: «qualora l'evento si è verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Con l'inserimento dell'art. 590-sexies c.p. è abrogato l'art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi), che stabiliva la non punibilità per colpa lieve per il sanitario che «nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica».

Per quanto concerne la nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria, si prevede che nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto è oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi.

Negli albi dei consulenti e dei periti di cui all'art. 67, norme att. c.p.p. devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisione degli albi è indicata, relativamente a ciascuno degli esperti, l'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati.

Gli albi dei consulenti e dei periti devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico-legale, un'idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento.

## NORME DI ATTUAZIONE DELLA CONVENZIONE RELATIVA ALL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA, FATTA A BRUXELLES IL 29 MAGGIO 2000

(D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52)

Il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 (G.U., Sr. gen., 27 aprile 2017, n. 97) ha dato attuazione alla Convenzione di Bruxelles del 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea. L'attuazione è avvenuta in esecuzione di quanto stabilito dalla l. 21 luglio 2016, n. 149; a tal fine, l'Italia si è uniformata agli altri Paesi dell'Unione europea – con l'esclusione di Grecia, Croazia ed Irlanda – nella ratifica di un importante strumento convenzionale finalizzato allo scambio

diretto di richieste tra le autorità giudiziarie, di polizia e delle dogane dei Paesi membri. Obiettivo della Convenzione è l'implementazione e l'efficace coordinamento delle attività investigative ed istruttorie, sia in ambito interno sia transnazionale.

Tali principi sono stati tradotti in espresse previsioni normative nel d.lgs. n. 52 del 2017: in primo luogo, l'art. 5 stabilisce che le notificazioni degli atti di un procedimento penale o amministrativo debbano essere effettuate a mezzo posta o a mezzo posta elettronica certificata, se possibile. Qualora la notificazione a mezzo posta non sia possibile o perché l'indirizzo del destinatario non è conosciuto o è incerto, ovvero perché tale modalità non può fornire la prova della conoscenza dell'atto, l'autorità procedente può fare richiesta di assistenza all'autorità competente di altro Stato parte, affinché provveda alle necessarie ricerche del destinatario o alla notificazione con modalità diverse.

Quando l'autorità che procede ha motivo di ritenere che il destinatario non conosca la lingua italiana, l'atto da notificare deve essere tradotto nella lingua o in una delle lingue dello Stato parte o nella lingua conosciuta dal destinatario.

L'art. 6 attribuisce al procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, in cui la notificazione deve essere effettuata, il compito di provvedere sulle richieste di assistenza concernenti la notifica degli atti di un procedimento penale o amministrativo. L'organo inquirente deve altresì garantire la traduzione degli atti, nelle ipotesi sancite dall'art. 143 c.p.p. ovvero nel caso in cui ciò venga richiesto dall'autorità richiedente dello Stato parte. Inoltre il p.m. deve dare avviso al destinatario che può chiedere informazioni relative al procedimento all'autorità che ha fatto richiesta di assistenza per la notificazione.

L'art. 7 d.lgs. n. 52 del 2017 stabilisce il principio della diretta corrispondenza fra le autorità giudiziarie degli Stati. Tali richieste devono essere trasmesse dall'autorità giudiziaria direttamente all'autorità competente dello Stato parte, insieme alle indicazioni circa le forme e i modi previsti dalla legge per l'assunzione dell'atto richiesto. Una copia della richiesta deve essere altresì trasmessa al Ministro della giustizia, quale organo ausiliario, per garantire una più rapida esecuzione delle richieste di assistenza. La trasmissione deve avvenire con ogni mezzo atto a garantire l'autenticità della documentazione.

L'art. 8 disciplina l'esecuzione delle richieste di uno Stato parte per attività probatoria, individuando nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti, l'organo competente alla richiesta di assistenza. Questi deve provvedere tempestivamente con decreto motivato; nel caso in cui gli atti devono essere compiuti dal giudice delle indagini preliminari, il p.m. presenta la richiesta di assistenza al g.i.p. che provvede tempestivamente all'evasione dell'istanza. Si regola, inoltre, lo scambio spontaneo e diretto di informazioni e di atti nell'ambito di procedimenti penali o amministrativi tra autorità competenti degli Stati Parte.

Il titolo II d.lgs. n. 52 del 2017 definisce le richieste relative a forme specifiche di assistenza giudiziaria: in primo luogo, la restituzione al legittimo proprietario, appartenente allo Stato richiedente, dei beni provento di reato che si trovano nel territorio dello Stato membro richiesto, fatti salvi in ogni caso i diritti acquisiti dai terzi in buona fede. Alla restituzione dei beni provvede l'organo inquirente, a condizione che la loro appartenenza non sia dubbia e oggetto di contenzioso. Al fine di tutelare le esigenze probatorie, la restituzione può essere disposta quando non è necessario mantenere il sequestro o la confisca ai fini di prova.

È prevista, inoltre, la possibilità di trasferire temporaneamente un detenuto da uno Stato membro all'altro, previo consenso, qualora sia necessaria la sua presenza nel territorio del paese dove l'indagine ha luogo. L'art. 11 contempla l'ipotesi in cui la richiesta di trasferimento sia avanzata ai fini del compimento di atti di acquisizione probatoria da compiersi in Italia: in tal caso, la richiesta viene ricevuta dal Ministero della giustizia e trasmessa al procuratore della Repubblica. L'esecuzione è negata nel caso in cui pregiudichi la sovranità, sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato, ovvero nel caso in cui non sia stata inoltrata copia della dichiarazione di consenso della persona detenuta. La persona trasferita gode di un'immunità nel periodo di trasferimento che preclude qualsiasi azione giudiziaria nei suoi confronti per fatti commessi o per condanne pronunciate prima della sua partenza. Tale immunità ha termine se la persona trasferita, pur avendo avuto la possibilità di lasciare il territorio italiano per quindici giorni successivi alla data in cui la sua presenza non era più richiesta, vi sia rimasta ovvero sia tornata dopo averlo lasciato.

L'art. 12 disciplina l'ipotesi inversa, ossia il trasferimento temporaneo in uno Stato membro di persone detenute o internate in Italia per raccogliere elementi di prova. Il trasferimento è disposto previo

consenso del detenuto e mediante autorizzazione del giudice procedente o del magistrato di sorveglianza in caso di persona condannata in via definitiva o internata. Il consenso al trasferimento con atto scritto si considera validamente prestato solo se la persona detenuta ha avuto modo di conferire con il proprio difensore. Il periodo di detenzione trascorso all'estero è computato a ogni effetto nella durata della custodia cautelare e considerato trascorso in Italia, nel caso di detenuto in espiazione della pena.

Altra ipotesi di assistenza è rappresentata dalla richiesta, formulata dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro alle autorità italiane, di procedere con videoconferenza all'audizione della persona sottoposta ad indagini, dell'imputato, del testimone, del consulente tecnico o del perito che si trovino sul territorio nazionale. Tale audizione ha luogo mediante accordo con l'autorità richiedente circa le modalità dell'audizione, con specifica attenzione ad eventuali misure di protezione relative alla persona da ascoltare.

Si riscontrano differenze a seconda che la persona da sentire sia indagata o imputata, ovvero testimone; nel primo caso, l'autorità italiana potrà dare corso alla richiesta di audizione solo se gli interessati acconsentono a rendere dichiarazioni. Qualora si debba procedere a sentire un testimone, invece, l'autorità italiana dovrà assicurare la facoltà di astensione prevista dal nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 199 c.p.p.

Un testimone, un perito, un consulente tecnico e una persona informata sui fatti, inoltre, possono essere ascoltati mediante videoconferenza dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro, mentre è esclusa l'audizione mediante videoconferenza degli indagati o imputati.

Sono tassativi i casi in cui le autorità italiane chiedono di svolgere l'audizione a distanza e con videoconferenza di testimoni, periti, o consulenti tecnici: giustificati motivi per evitarne la presenza in Italia, detenzione in uno Stato membro, ovvero casi di cui all'art. 147-bis, norme att. c.p.p.

È inoltre consentita l'audizione dei testimoni e dei periti mediante conferenza telefonica richiesta da uno Stato parte, previo consenso delle persone da sentire.

Si rinvia, inoltre, a quanto previsto dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 per la costituzione di squadre investigative comuni, e a quanto previsto dalla l. 16 marzo 2006, n. 146 per le indagini sulla criminalità attraverso agenti infiltrati o sotto falsa identità.

In materia di responsabilità penale e civile in relazione ai reati subiti o commessi, o ai danni causati da funzionari che agiscono nel caso di consegne sorvegliate, è attribuita ad essi la qualifica di pubblico ufficiale.

Il titolo III d.lgs. n. 52 del 2017 infine, è dedicato alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Nello specifico, l'art. 19 contempla l'ipotesi in cui uno Stato parte debba effettuare un'intercettazione nel proprio territorio o nel territorio di altro Stato membro, e necessita dell'assistenza tecnica degli operatori di rete italiani. La disposizione stabilisce che il p.m. verifica la regolarità formale della richiesta, nella quale deve essere indicato: l'autorità procedente; l'esistenza del titolo che dispone o autorizza l'intercettazione, con l'indicazione del reato per cui si procede; i dati tecnici necessari; la durata dell'intercettazione. Si dà esecuzione alla richiesta con l'ordine di prestare assistenza tecnica all'operatore di rete, al quale sarà altresì trasmessa copia del provvedimento di richiesta.

Quando invece l'assistenza tecnica sia richiesta in relazione ad un soggetto da intercettare che si trovi sul territorio italiano, l'art. 20 prevede che l'organo inquirente trasmetta la richiesta dell'autorità di altro Stato al giudice per le indagini preliminari. Per potere autorizzare l'assistenza, il g.i.p. dovrà verificare non solo la regolarità formale della richiesta, intesa come la completezza delle informazioni fornite, ma soprattutto che «l'intercettazione sia disposta per un reato corrispondente ad uno o più tra quelli per i quali, secondo l'ordinamento interno, l'intercettazione è consentita».

L'art. 21 contempla l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria di uno Stato parte della Convenzione intenda eseguire un'intercettazione di un dispositivo in uso a persona che si trovi in Italia, senza richiesta di assistenza tecnica; in tal caso, delle operazioni deve essere data notifica al procuratore della Repubblica. Qualora, invece, la cooperazione sia richiesta dalle autorità giudiziarie italiane a quelle di altri Stati parte, sarà il pubblico ministero a rivolgersi direttamente all'autorità estera, quando abbia bisogno di assistenza per lo svolgimento di intercettazioni. La richiesta del p.m. dovrà contenere: l'indicazione dell'autorità giudiziaria che procede; il titolo che autorizza lo svolgimento delle intercettazioni con l'indicazione del reato per il quale si procede; i dati tecnici necessari allo svolgimento dell'intercettazione; la durata dell'intercettazione.

L'art. 23 disciplina la comunicazione che le autorità italiane devono dare alle autorità estere quando il dispositivo controllato si trova nel territorio di altro Stato membro; in tal caso, il p.m. dà esecuzione al

decreto di intercettazione e informa l'autorità competente dello Stato, trasmettendogli una copia del provvedimento di intercettazione.

#### DISPOSIZIONI A TUTELA DEI MINORI PER LA PREVENZIONE ED IL CONTRASTO DEL FENOMENO DEL CYBERBULLISMO

(L. 29 maggio 2017, n. 71)

La legge per il contrasto alle forme di cyberbullismo (*G.U.*, Sr. gen., 3 giugno 2017, n. 127) è stata definitivamente approvata dalla Camera il 17 maggio 2017. Il provvedimento ha un raggio di operatività limitato ai minorenni, sia vittime sia responsabili di illeciti, privilegiando gli interventi di carattere educativo e preventivo, rispetto al testo originario che prevedeva anche strumenti di natura penale.

La definizione di cyberbullismo comprende «qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti *on line* aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo». La vittima di cyberbullismo, che abbia compiuto 14 anni, e i genitori o esercenti la responsabilità sul minore, possono inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito internet o del *social media* un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete internet; se non si provvede entro 48 ore, l'interessato può rivolgersi al Garante della Privacy, che deve provvedere entro le successive 48 ore.

La legge estende al cyberbullismo la procedura di ammonimento prevista in materia di *stalking*, ai sensi dell'art. 8, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38. In caso di condotte di ingiuria, diffamazione, minaccia e trattamento illecito di dati personali, commessi mediante internet da minori ultraquattordicenni nei confronti di altro minore, fino a quando non sia proposta querela o denuncia, è applicabile la procedura di ammonimento. A tal fine, il questore – assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate sui fatti – convoca il minore responsabile, insieme ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale, ammonendolo oralmente ed invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge; gli effetti dell'ammonimento cessano al compimento della maggiore età.

Presso la Presidenza del Consiglio è istituito un tavolo tecnico per effettuare un piano di azione integrato per la prevenzione del bullismo, e realizzare una banca dati per il monitoraggio del fenomeno. La legge prevede, inoltre, l'adozione da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca di specifiche linee di orientamento – da aggiornare ogni due anni – per la prevenzione ed il contrasto del cyberbullismo nelle scuole. Le linee di orientamento includono: la formazione del personale scolastico, prevedendo la partecipazione per ogni autonomia scolastica di un proprio referente; la promozione di un ruolo attivo degli studenti nella prevenzione e nel contrasto del cyberbullismo nelle scuole; la previsione di misure di sostegno e rieducazione dei minori coinvolti; infine, un efficace sistema di *governance* diretto dal Miur.

# NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

## LA RISPOSTA 2.0 DELL'UNIONE EUROPEA ALLE NUOVE FORME DI TERRORISMO

Prosegue l'opera di aggiornamento della strategia antiterrorismo da parte dell'Unione Europea. Il 15 marzo 2017 è stata, infatti, firmata dai rispettivi Presidenti la *Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio* (in *G.U.U.E.*, 31 marzo 2017, L 88). L'Unione amplia e rafforza dunque gli strumenti normativi di cui si è dotata per respingere la minaccia terroristica incombente. La continua trasformazione dei gruppi jihadisti e l'intensificarsi degli attacchi da essi portati sin nel cuore dell'Europa hanno reso evidente l'inadeguatezza del sistema di contrasto sino ad ora messo a punto e, di conseguenza, non ulteriormente differibile un intervento complessivo di revisione sul piano della giustizia penale.

Punti qualificanti del nuovo testo sono la previsione di un significativo numero di fattispecie di reato (artt. 3-12) e il rafforzamento dei diritti delle vittime, mediante l'esplicito riconoscimento di una serie di servizi di sostegno (artt. 24-26). Gli Stati membri dovranno provvedere al suo recepimento negli ordinamenti nazionali, attraverso l'adozione delle «*disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi*» ad essa entro il termine dell'8 settembre 2018, ai sensi dell'art. 27, § 1. Come previsto dall'art. 30, la sua entrata in vigore è avvenuta il ventesimo giorno successivo a quello di pubblicazione in Gazzetta.

In ottemperanza ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall'art. 5 del trattato sull'Unione europea (TUE), poiché gli obiettivi della Direttiva «*non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, data la necessità di norme armonizzate a livello dell'Unione*» (Considerando n. 34), essa si limita a prevedere quanto necessario e proporzionato, da un lato «*al fine di adempiere agli obblighi e alle norme internazionali*» (in particolare per quanto concerne la criminalizzazione dei viaggi effettuati in uno Stato estero a fini terroristici, l'addestramento a fini terroristici, e il finanziamento del terrorismo non limitato alle attività di un gruppo terroristico, ma esteso a tutte le ipotesi di reato connesse al terrorismo), dall'altro «*al fine di adeguare le norme sui reati di terrorismo alle nuove minacce terroristiche*» (imponendo di qualificare come reati anche i viaggi all'interno dell'UE per finalità terroristiche) (v. *Relazione illustrativa COM (2015) 625 final – 2015/0281 (COD)*, § 2. *Base giuridica, sussidiarietà e proporzionalità*).

Come è noto, l'Unione già dispone di un articolato corpus di norme rivolte alla lotta al terrorismo – nel quale rientrano, tra gli altri, le Decisioni del Consiglio 2005/671/GAI del 20 settembre 2005, *concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici* (in *G.U.U.E.*, 29 settembre 2005, L 253) e 2008/615/GAI del 23 giugno 2008, *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera* (in *G.U.U.E.*, 6 agosto 2008, L 210); la Decisione quadro 2006/960/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2006, *relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge* (in *G.U.U.E.*, 29 dicembre 2006, L 386); il Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, *che istituisce l'«Eurodac»* (in *G.U.U.E.*, 29 giugno 2013, L 180); la Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione* (in *G.U.U.E.*, 5 giugno 2015, L 141) – la cui autentica “pietra angolare” è stata – come nota il Considerando n. 3 della Direttiva in esame – la Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 *sulla lotta contro il terrorismo* (in *G.U.U.E.*, 22 giugno 2002, L 164), ora sostituita (art. 27 della Direttiva in esame).

Si deve a quel testo – adottato in seguito al *Piano d'azione* in materia di terrorismo del Consiglio europeo straordinario del 21 settembre 2001 – l'indubbio merito di avere fornito agli Stati membri un quadro giuridico di riferimento uniforme e la definizione armonizzata dei reati di terrorismo (distinti in reati terroristici in senso stretto; reati riconducibili ad organizzazioni terroristiche e reati connessi ad attività terroristiche). Sin dalla prima Relazione sull'attuazione della Decisione quadro, datata 8 giugno 2004 (COM (2004) 409 def.), è emersa però l'esigenza di introdurre correttivi per fronteggiare in modo efficace il rapido evolversi del *modus operandi* delle organizzazioni terroristiche, sempre più spesso costituite da cellule autonome con limitati collegamenti reciproci.

Agli auspicati cambiamenti si è provveduto con l'adozione della Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo (in G.U.U.E., 9 dicembre 2008, L 330), grazie alla quale è stato esteso il novero dei reati connessi ad attività terroristiche – contemplati dall'art. 3 della Decisione quadro 2002/475/GAI – con l'inserimento in essi delle condotte di pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, reclutamento a fini terroristici e addestramento a fini terroristici (art. 1) e sono state ampliate le previsioni in tema di concorso, istigazione e tentativo già contenute nell'art. 4 della Decisione quadro 2002/475/GAI/modificata. Nel Considerando n. 7 della Decisione quadro 2008/919/GAI si sottolineava, in particolare, come l'incriminazione dei reati connessi ad attività terroristiche rispondesse «*al fine di contribuire al fine politico più generale di prevenire il terrorismo, riducendo la diffusione di materiale che possa istigare alla perpetrazione di attentati terroristici*».

La sollecitazione verso un'ulteriore e più radicale azione di aggiornamento della normativa vigente è stata espressa nella Relazione sull'attuazione della Decisione quadro 2008/919/GAI del 5 settembre 2014 (COM (2014) 554 final). In essa, oltre a valutare le misure di recepimento adottate dai Paesi membri – entro il termine del 9 dicembre 2010, ai sensi dell'art. 3 della Decisione quadro – si esprimeva, tra l'altro, la necessità di un approccio più ampio, affinché l'applicazione delle previsioni introdotte si concentrasse sulla tempestiva prevenzione dei fenomeni di radicalizzazione e di reclutamento a fini terroristici. Si dava, inoltre, mandato alla Commissione di condurre, nel 2015, una valutazione d'impatto al fine di aggiornare nel 2016 la Decisione quadro allo scopo di garantire la coerenza tra le normative nazionali relative ai reati commessi da "combattenti terroristi stranieri". Si è, quindi, invitato Eurojust a valutare se i reati già contemplati dalle singole normative nazionali fossero sufficienti ad affrontare nuovi fenomeni quali il flusso di combattenti stranieri verso Paesi terzi. Al riguardo, Eurojust ha espresso dubbi circa l'efficacia di tali misure, esortando a rivedere il quadro giuridico vigente (documento del Consiglio 15715/2/14).

Il miglioramento del quadro normativo UE nella lotta al terrorismo è stato, inoltre, indicato, nel 2015, dalla Commissione come una delle priorità dell'*Agenda europea sulla sicurezza* (COM (2015)185 final del 28 aprile 2015). In particolare, tra le azioni individuate per contrastare il terrorismo (§ 3.1) figurava anche la revisione della «*decisione quadro sul terrorismo*» mediante «*una proposta*» da presentare nel 2016. Tale indicazione è stata poi ripresa nel *Programma di lavoro della Commissione per il 2016 – È il momento di andare oltre l'ordinaria amministrazione* (COM (2015) 610 final del 27 ottobre 2015) in cui, sottolineando come il terrorismo e la radicalizzazione per il loro carattere transazionale richiedano una risposta a livello dell'UE, si annunciava una proposta di «*riesame della decisione quadro sulla lotta al terrorismo, in modo da affrontare il fenomeno dei combattenti terroristi stranieri*» (§ 7).

D'altro canto, oltre all'esigenza di reagire alle trasformazioni del fenomeno terroristico predisponendo strumenti adeguati ad agevolare le indagini, un complessivo riassetto della normativa europea di contrasto al terrorismo rispondeva anche alla necessità da parte dell'Unione di rispettare i vincoli di rilevanza internazionale.

Nella *Risoluzione n. 2178 (2014) sulle minacce alla pace e alla sicurezza internazionali causate da atti terroristici* – adottata, a norma del capo VII della Carta O.N.U., il 24 settembre 2014 – il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, esprimendo preoccupazione per la crescente minaccia rappresentata dai "combattenti terroristi stranieri", ha elencato una vasta gamma di misure idonee a combatterla. Nel § 6 della *Risoluzione* gli Stati membri sono stati invitati ad introdurre nelle legislazioni nazionali norme atte a sanzionare i viaggi in un Paese terzo al fine di contribuire ad atti terroristici o ad impartire o a ricevere addestramento, nonché il finanziamento, l'organizzazione e la facilitazione di tali viaggi. In un'analoga prospettiva, la successiva *Risoluzione n. 2199 (2015)* del 12 febbraio 2015 *sulle fonti di finanziamento dello stato islamico e di altri gruppi terroristici* faceva carico ai Paesi membri di incriminare le condotte di finanziamento, pianificazione, preparazione o esecuzione di atti terroristici, sostegno agli atti terroristici, mentre la *Risoluzione n. 2249 (2015)* del 20 novembre 2015 sulla lotta all'ISIS incitava gli Stati ad intensi-

ficare gli sforzi per arginare il flusso di combattenti stranieri e a prevenire e contrastare il finanziamento del terrorismo.

Sul versante del Consiglio d'Europa va, invece, segnalato il *Protocollo addizionale alla Convenzione per la prevenzione del terrorismo* firmato a Riga il 22.10.2015 (CETS n. 217) – entrato in vigore il 1° luglio 2017 – che l'Unione europea ha firmato, unitamente alla Convenzione cui accede, il 22 ottobre 2015. Recependo parte delle indicazioni operative contenute nella *Risoluzione n. 2178* (2014) del Consiglio di sicurezza e integrando, sul punto, il contenuto della Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005 (CETS n. 196) il Protocollo prevede l'incriminazione delle seguenti condotte: la partecipazione a un'associazione o a un gruppo a fini terroristici (art. 2); l'atto di ricevere addestramento a fini terroristici (art. 3); i viaggi o il tentativo di intraprendere viaggi all'estero a fini terroristici (art. 4); il finanziamento o la raccolta di fondi per finanziare tali viaggi (art. 5); l'organizzazione o l'agevolazione di tali viaggi (art. 6). Esso richiede, inoltre, agli Stati parte di adoperarsi per potenziare un tempestivo scambio reciproco di informazioni (art. 7).

A fronte di un tale salto di qualità nella risposta all'estremismo terroristico, la Decisione quadro 2002/475/GAI – che pure vincolava i Paesi membri ad allineare le loro normative nazionali e ad introdurre pene «*effettive, proporzionate e dissuasive*» per i reati di terrorismo (art. 5) – mostrava evidenti carenze sotto più di un profilo. Anche a seguito delle modifiche subite per effetto della Decisione 2008/919/GAI, essa ancora non considerava quale reato i viaggi compiuti in Paesi terzi a fini terroristici, né il fatto di ricevere addestramento a scopo terroristico, oltre ad ignorare il fenomeno dei cosiddetti “*foreign fighters*” di ritorno (destinato a suscitare un crescente allarme, sino ad essere stato oggetto, nel 2016, di un documento riservato presentato dal Coordinatore antiterrorismo dell'UE al Consiglio), ossia coloro che dopo essersi recati all'estero, in zone di conflitto, per finalità terroristiche fanno ritorno nel Paese d'origine. Si limitava, inoltre, a identificare il reato di finanziamento del terrorismo con quello erogato esclusivamente in favore di un'organizzazione terroristica, non se destinato invece a qualsiasi ipotesi di reato connesso ad attività terroristiche, quali il reclutamento, l'addestramento o i viaggi all'estero con finalità terroristiche.

La Direttiva in esame mira, in particolare, ad «*introdurre obblighi e norme internazionali nell'ordinamento giuridico dell'UE e ad aggiornare il quadro giuridico in modo da fornire una risposta adeguata all'evoluzione della minaccia terroristica*» (v. Relazione illustrativa COM (2015) 625 final – 2015/0281 (COD), § 3. *Risultati delle valutazioni ex post della consultazione delle parti interessate e delle valutazioni d'impatto*). Mantenendo l'impianto strutturale della Decisione quadro 2002/475/GAI e la tripartizione tra le ipotesi di reato in essa previste – reati di terrorismo (art. 3); reati riconducibili a un gruppo terroristico (art. 4); reati connessi ad attività terroristiche (artt. 5-12) – la nuova Direttiva mostra rispetto ad essa un livello di approfondimento sensibilmente più elevato delle diverse fattispecie contemplate.

Quanto, in primo luogo, alla categoria dei “reati di terrorismo”, l'art. 3 della Direttiva eleva a dieci, le condotte (lett. a-j) che «*per la loro natura o per il contesto in cui si situano, possono arrecare grave danno a un paese o a un'organizzazione internazionale*», aggiungendo a quelle già considerate dalla Decisione quadro 2002/475/GAI anche l'interferenza illecita relativamente ai sistemi «*ai sensi dell'art. 4 della direttiva 2013/40/UE del Parlamento e del Consiglio nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 3 o l'articolo p, paragrafo 4, lettere b) o c) di tale direttiva*» e l'interferenza illecita relativa ai dati «*di cui all'articolo 5 di tale direttiva nei casi in cui si applica l'articolo 9, paragrafo 4, lettera c), di tale direttiva*» (art. 3, § 1, lett. i). L'elemento soggettivo necessario ad integrare i reati *de quibus* può essere costituito, alternativamente, dalla finalità di «*intimidire gravemente la popolazione*»; da quella di «*costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto*»; o dallo scopo di «*destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche, costituzionali, economiche o sociali fondamentali di un paese o di un'organizzazione internazionale*» (art. 3, § 2).

Nella nozione di “reati riconducibili a un gruppo terroristico” sono ricompresi – se intenzionali – la direzione e la partecipazione alle attività di un gruppo terroristico, anche se perpetrata fornendo «*informazioni o mezzi materiali, ovvero tramite qualsiasi forma di finanziamento alle sue attività nella consapevolezza che tale partecipazione contribuirà alle attività criminose del gruppo terroristico*» (art. 4). Secondo la definizione fornita dall'art. 2, n. 3 per “gruppo terroristico”, ai sensi della Direttiva, deve intendersi «*un'associazione strutturata di più di due persone, stabile nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati di terrorismo*».

Ma è, forse, con riguardo alla categoria dei “reati connessi ad attività terroristiche”, cui è dedicato il titolo III della Direttiva, che si apprezza maggiormente lo sforzo di elaborazione compiuto durante i la-

vori preparatori. A quella nozione sono state, infatti, ricondotte ben otto ipotesi: pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo (art. 5); reclutamento a fini terroristici (art. 6); fornitura di addestramento a fini terroristici (art. 7); ricezione di addestramento a fini terroristici (art. 8); viaggi a fini terroristici (art. 9); organizzazione o agevolazione di viaggi a fini terroristici (art. 10); finanziamento del terrorismo, nel quale, per la prima volta è incluso anche il finanziamento dei viaggi all'estero a fini terroristici (art. 11). Completa il catalogo, con funzione di norma "di chiusura", la categoria degli "altri reati connessi ad attività terroristiche", in cui rientrano il furto aggravato allo scopo di commettere un reato di terrorismo; l'estorsione compiuta per commettere un reato di terrorismo; nonché la produzione o l'utilizzo di falsi documenti amministrativi allo scopo di commettere un reato di terrorismo «di cui all'art. 3, paragrafo 1, lettere da a) a i)», un reato riconducibile a un gruppo terroristico o il reato di viaggio a fini terroristici (art. 12).

Di indubbio rilievo nell'ottica delle ricadute operative della Direttiva sono le previsioni contenute nel titolo IV. *Disposizioni generali relative ai reati di terrorismo, ai reati riconducibili a un gruppo terroristico e ai reati connessi ad attività terroristiche* (artt. 13-23), che riunisce norme di contenuto eterogeneo, accomunate dalla finalità di consentire che i reati contemplati siano perseguiti in modo efficace. In tal senso l'art. 13 – previsione di applicazione "orizzontale" (v. Relazione illustrativa COM (2015) 625 final – 2015/0281 (COD), titolo IV) precisa, in particolare, come la punibilità dei reati riconducibili a un gruppo terroristico (art. 4) e di quelli connessi ad attività terroristiche (artt. 5-12) prescinda – per vero, in parte, già lo prevedeva la Decisione quadro 2002/475/GAI, come modificata dalla Decisione quadro 2008/919/GAI – dalla effettiva commissione di un reato. Del pari, con riguardo ai casi di reati connessi ad attività terroristiche, ad eccezione dell'ipotesi del finanziamento al terrorismo (art. 11), neppure è richiesto che sia stabilito un collegamento con un determinato reato terroristico o con specifici reati riconducibili ad attività terroristiche.

In analoga prospettiva, gli Stati membri sono chiamati, inoltre, ad adottare le misure necessarie per rendere punibili le forme di concorso, le condotte di istigazione e il tentativo in relazione a molti dei reati *de quibus* (art. 14). Attraverso questa disposizione viene sancito, ad esempio, l'obbligo supplementare di perseguire penalmente il tentativo di viaggiare all'estero per scopi terroristici o quello di fornire l'addestramento o il reclutamento a fini terroristici, o ancora il concorso nel finanziamento del terrorismo.

In merito alle sanzioni applicabili alle persone fisiche, l'art. 15 – norma rivolta a tutte le tipologie di reato considerate dalla Direttiva, che approfondisce il contenuto dell'art. 5 della Decisione quadro 2002/475/GAI – impone ai Paesi membri di prevedere pene «effettive, proporzionate e dissuasive», che possano «comportare la consegna o l'estradizione» (art. 15, § 1). Da segnalare, inoltre, la prescrizione che per i reati di terrorismo siano indicate, negli ordinamenti nazionali, pene detentive più severe di quelle in essi già previste per gli stessi reati in assenza di intento terroristico, salvo che quelle «previste siano già le pene massime contemplate dal diritto nazionale». Per alcune specifiche ipotesi di reato (quali, ad esempio, la direzione di un gruppo terroristico o la minaccia di commettere un reato di terrorismo) sono anche fissate soglie minime per i massimi edittali di pena.

Le previsioni in tema di responsabilità delle persone giuridiche (art. 17) e di sanzioni ad esse applicabili (art. 18) ricalcano quelle omologhe previste dalla Decisione quadro 2002/475/GAI. In particolare le persone giuridiche – identificate, ai sensi dell'art. 2, n. 2, nei soggetti aventi «personalità giuridica ai sensi del diritto applicabile, a eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche» – possono essere ritenute responsabili di tutti i reati previsti dalla Direttiva che siano commessi a loro vantaggio «da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica e che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica» (art. 17, §1). In ogni caso, come precisa l'art. 17, § 3, l'affermazione della responsabilità delle persone giuridiche non è alternativa a quella delle persone fisiche che siano «autrici, istigatrici o complici» di uno dei reati *de quibus*.

Quanto alle regole in materia di giurisdizione, l'art. 19 della Direttiva combina il principio di territorialità – reato commesso, anche solo parzialmente, nel territorio dello Stato, oppure a bordo di nave battente bandiera dello Stato o su di un aeromobile ivi registrato (art. 19, § 1, lett. a-b) – indicato quale principale criterio attributivo, con alcuni "correttivi", stabilendo che ciascuno Stato membro possa comunque perseguire i reati commessi da un suo cittadino, o a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel suo territorio o contro le sue istituzioni, la sua popolazione o gli organismi dell'Unione che in esso abbiano sede. Viene, inoltre, attribuito ai Paesi membri il potere di «estendere la propria giurisdizione

quando il reato è stato commesso nel territorio di un altro Stato membro». La previsione più innovativa è, però, quella che attribuisce ai singoli Stati giurisdizione nei confronti dei reati commessi da chi impartisce a cittadini o a residenti un addestramento a scopo di terrorismo, a prescindere dalla sua nazionalità. Come sottolinea il Considerando n. 20, si è disposto in tal senso «*alla luce dei possibili effetti di tali condotte nel territorio dell'Unione e della stretta connessione materiale tra i reati di impartire e ricevere addestramento a fini terroristici*». In caso contrario, con effetti senza dubbio paradossali, sarebbe stato perseguibile – in base al nuovo reato di ricezione di addestramento a fini terroristici (art. 8) – l'atto di chi viene addestrato, ma non quello di chi fornisce l'addestramento stesso.

Del tutto nuova, è anche la previsione in tema di “misure per contrastare i contenuti *online* riconducibili alla pubblica provocazione”. Al riguardo, gli Stati membri dovrebbero attivarsi, ai sensi dell'art. 21, per rimuovere alla fonte, in modo tempestivo, i contenuti che integrino una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo presenti nei *server* «*ospitati nel loro territorio*», e adoperarsi per ottenere la rimozione di quelli «*ospitati al di fuori del loro territorio*». In alternativa al potere di rimozione, qualora questa non sia possibile, agli Stati è attribuito il potere di bloccare l'accesso ai contenuti “terroristici” (art. 21, § 2). Attesa la comprensibile delicatezza della materia, si prevede espressamente che, in ambito nazionale, le misure relative alla rimozione o al blocco siano stabilite mediante procedure trasparenti e rispettose dei diritti degli utenti, che facciano salva anche la possibilità di ricorrere per via giudiziaria (art. 21, § 3).

L'intento di perseguire efficacemente i reati contemplati nella Direttiva traspare anche dalle modifiche apportate alla Decisione 2005/671/GAI del Consiglio del 20 settembre 2005 *concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici*. Scopo delle previsioni contenute nell'art. 22 è, infatti, quello di rafforzare il quadro vigente in materia di condivisione di informazioni nel contesto della lotta al terrorismo. A tal fine, i Paesi membri sono sollecitati a rendere accessibili alle autorità competenti di un altro Stato le informazioni, ritenute d'interesse, acquisite dalle proprie autorità nell'ambito di un procedimento penale concernente reati di terrorismo, quando esse «*potrebbero essere utilizzate a fini di prevenzione, accertamento, indagini o azione penale*» (art. 22, n. 2, lett. a). La condivisione di informazioni incontra i limiti della salvaguardia delle indagini in corso e della sicurezza delle persone coinvolte, nonché quello della sicurezza dello Stato membro interessato (art. 22, n. 2, lett. b).

L'intero titolo V della Direttiva (artt. 24-26) è dedicato alla protezione e al sostegno delle vittime del terrorismo. Com'è noto, la Direttiva 2012/29/UE stabilisce una serie di norme minime volte a tutelare le vittime di reato, ma non contiene misure specifiche per le vittime di terrorismo. Dal canto suo, la Decisione quadro 2002/475/GAI conteneva invece una previsione *ad hoc*, che si limitava però a garantire «*un'appropriata assistenza alla famiglia della vittima*» (art. 10, § 2). Colmando tali lacune, la Direttiva delinea un sistema articolato di interventi mirati e di servizi di sostegno e di assistenza di varia natura, quali, ad esempio, la consulenza psicologica (art. 24, § 3, lett. a), il sostegno all'esercizio del diritto all'informazione (art. 24, § 3, lett. b), l'assistenza per le richieste di indennizzo (art. 24, § 3, lett. c). Vengono, inoltre, espressamente riconosciuti specifici diritti alle vittime di atti terroristici residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui si è verificato il reato di terrorismo (art. 26).

È, infine, da segnalare – quanto all'applicazione territoriale della Direttiva – che, a norma degli artt. 1 e 2 del Protocollo n. 21 allegato al TUE e al TFUE, il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione della Direttiva, non sono da essa vincolati, né sono soggetti alla sua applicazione. Analogamente, ai sensi del Protocollo n. 22, non è ad essa vincolata la Danimarca.

## DE JURE CONDENDO

di Nicola Triggiani

### SEQUESTRO PREVENTIVO DI ANIMALI

Il 15 maggio 2017 è stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la proposta di legge C. n. 4339, d’iniziativa dell’on. Brambilla, recante «*Modifiche all’articolo 260 del codice di procedura penale in materia di sequestro di animali*».

La proposta di legge ha come finalità la tutela del benessere degli animali vittime del reato di maltrattamenti (art. 544-ter c.p.) o impiegati in spettacoli o manifestazioni vietati (art. 544-quater c.p.) o in combattimenti (art. 544-quinquies c.p.) e sottoposti a sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p., eventualmente anche in via d’urgenza ad opera della polizia giudiziaria. Al riguardo è opportuno ricordare che la Corte di cassazione ha da tempo affermato che nella nozione di beni mobili assoggettabili a sequestro preventivo in quanto “cose pertinenti al reato” debbono necessariamente farsi rientrare anche gli animali, non potendo questi essere considerati “persone” e dovendo, quindi, necessariamente essere assimilati, anche ai fini della legge processuale, secondo i principi civilistici, alle “cose” (v. Cass., sez. V, 11 ottobre 2011, n. 231/12, Capozza; Cass., Sez. I, 25 gennaio 1995, n. 373, Villano). La finalità del sequestro è duplice: da un lato, impedire l’aggravarsi o il protrarsi delle conseguenze del reato ovvero la commissione di altri reati, allontanando l’animale dalla libera disponibilità del presunto autore dei maltrattamenti; dall’altro, preservare il benessere dell’animale stesso nelle more del giudizio, in attesa dell’eventuale confisca. Confisca che, ai sensi dell’art. 544-sexies c.p., deve essere sempre disposta – a meno che l’animale appartenga a persona estranea al reato – in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell’art. 444 c.p.p. per i sopracitati reati. L’art. 19-quater delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, di cui al R.D. n. 601 del 1931, dispone che gli animali sequestrati o confiscati siano affidati ad associazioni o enti che ne facciano richiesta – individuati con decreto del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro dell’Interno –, tenendo così in debita considerazione la peculiare natura dei “beni” oggetto di sequestro come esseri senzienti: nulla è però esplicitamente detto circa le attività e le modalità di custodia né circa le forme in cui deve essere attuata: di conseguenza è il giudice che di volta in volta è chiamato a determinarne i contenuti, in linea con la tutela delle esigenze e delle caratteristiche etologiche dell’animale sequestrato. Per la stessa ragione, le associazioni animaliste richiedenti, a loro volta, possono affidare gli animali sequestrati a singoli privati che ne garantiscano cura e mantenimento adeguati.

Ovviamente, secondo le regole generali, in caso di annullamento del provvedimento di sequestro preventivo o in caso di assoluzione dell’imputato, l’animale deve essere restituito al legittimo possessore. Tuttavia – come si legge nella *Relazione di accompagnamento alla proposta di legge in esame* – alcuni tribunali hanno finora consentito l’affido definitivo dell’animale a chi se ne è preso cura durante la custodia giudiziaria, a fronte del versamento di un corrispettivo economico, convertito in deposito giudiziario intestato al procedimento e all’indagato (da corrispondere allo stesso nel caso di assoluzione o assorbito dal tribunale nel caso di condanna).

La proposta di legge, che consta di un unico articolo, mira a codificare queste “buone prassi”, attraverso l’inserimento nell’art. 260 c.p.p. di un nuovo comma, il comma 3-quater, così formulato: “Se si tratta di animali vivi, l’autorità giudiziaria ne ordina, secondo i casi, durante il procedimento o il processo, l’affido definitivo mediante alienazione allo Stato, alle associazioni o agli enti di cui all’art. 19-quater delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, di cui al regio decreto 28 maggio 1931, n. 601, o a loro subaffidatari tramite le associazioni o gli enti stessi”.

\*\*\*

## COMUNICAZIONI ALLA PERSONA OFFESA DAL REATO VITTIMA DI REATI COMMESSI CON VIOLENZA

Il 31 marzo 2017 è stata assegnata alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati la proposta di legge C. n. 4359, d’iniziativa degli onn. Rampelli ed altri, recante «*Modifica dell’articolo 90-ter del codice di procedura penale, in materia di comunicazioni dovute alle persone offese dal reato*».

Com’è noto, l’art. 90-ter, c.p.p. è stato inserito nel nostro ordinamento dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, recante “Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI”, che ha apportato diverse modifiche al codice di procedura penale. In particolare, l’art. 90-ter, c.p.p. sancisce il diritto delle “vittime di delitti commessi con violenza alla persona”, qualora ne abbiano fatto richiesta, di essere immediatamente informate circa la scarcerazione o la cessazione della misura di sicurezza detentiva e tempestivamente circa l’evasione dell’imputato in custodia cautelare o del condannato, nonché della volontaria sottrazione dell’internato alla misura di sicurezza detentiva. La *ratio* della norma è evidentemente quella di rendere rapidamente edotta la persona offesa dal reato della cessazione della carcerazione o della misura di sicurezza disposta nei confronti dell’autore del reato. Tuttavia, non è chiaro se il termine “scarcerazione” utilizzato dalla disposizione possa essere inteso in senso ampio, cioè come comprensivo di tutti i casi in cui si verifichi una modifica del regime detentivo che comporti l’uscita dell’autore del reato dallo stato custodiale anche per brevi periodi, a seguito della concessione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, quali permessi-premio o licenze. La proposta di legge in esame ha pertanto lo scopo di prevedere espressamente che le nuove tutele processuali riconosciute alla vittima vengano estese anche “ai permessi di qualsiasi natura concessi dalla magistratura di sorveglianza durante l’esecuzione della pena” (art. 1 p.d.l., che così riformula il comma 1 dell’art. 90-ter, c.p.p.: “Fermo restando quanto previsto dall’articolo 299, nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona sono immediatamente comunicati alla persona offesa che ne faccia richiesta, con l’ausilio della polizia giudiziaria, i provvedimenti di scarcerazione, *compresi i permessi di qualsiasi natura concessi dalla magistratura di sorveglianza durante l’esecuzione della pena*, e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, ed è altresì data tempestiva notizia, con le stesse modalità, dell’evasione dell’imputato in stato di custodia cautelare o del condannato, nonché della volontaria sottrazione dell’internato all’esecuzione della misura di sicurezza detentiva, salvo che risulti, anche nell’ipotesi di cui all’articolo 299, il pericolo concreto di un danno per l’autore del reato”).

A completare la tutela della vittima, la modifica apportata dall’art. 2 p.d.l. al comma 3 dell’art. 30-bis, ord. pen. con la previsione che le comunicazioni siano effettuate non solo all’interessato, ma anche al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, direttamente alla persona offesa e che “Nel caso di condanna per reati intenzionali violenti il provvedimento deve contenere il divieto di recarsi nei luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa dal reato”.

\*\*\*

## ISTITUZIONE DI UNA SEZIONE SPECIALIZZATA DELLACORTE DI ASSISE PER I REATI PERSEGUITI DALLA D.D.A.

L’11 aprile 2017 è stato assegnato alla Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. n. 2737, d’iniziativa dei senn. Buemi e Fausto Longo, recante «*Istituzione di una sezione specializzata delle corti di assise per i reati perseguiti dalla direzione distrettuale antimafia*».

Com’è noto, l’art. 51, commi 3-bis, 3-quater e 3-quinquies, c.p.p. attribuisce le funzioni di pubblico ministero per una serie di gravi reati (criminalità organizzata, terrorismo, ecc.) all’ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d’appello nel cui ambito ha sede il giudice competente. A norma dell’art. 328, commi 1-bis e 1 quater, c.p.p., poi, quando si tratta di procedimenti per tali reati, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e le funzioni di giudice per l’udienza preliminare sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. Il d.d.l. in esame mira ad istituire una sezione specializzata delle corti d’assise per i reati previsti dall’art. 51, comma 3-bis, c.p.p. al fine di ac-

centrare la competenza, anche in fase di giudizio, davanti ad un organo specializzato: la peculiarità di questa sezione – da istituirsi in ogni sede di corte d'appello –, sarebbe rappresentata dal fatto di essere composta solo da giudici togati e di essere permanente. Nella *Relazione di accompagnamento al d.d.l.* in esame si sottolinea che la proposta – evitando l'attuale polverizzazione presso singoli tribunali spesso in deficit di personale e di specifiche competenze – accoglie le sollecitazioni raccolte dalla Commissione Antimafia nelle audizioni svolte nelle sedi giudiziarie in cui più radicata è la presenza delle organizzazioni criminali, con un equilibrato bilanciamento tra le istanze di difesa sociale e le garanzie individuali.

Più in dettaglio, l'art. 1 d.d.l. sostituisce l'art. 60 ord. giud., prevedendo che le corti di assise siano costituite in una composizione ordinaria ed in una composizione specializzata e che, per quanto non altrimenti disposto, alla corte di assise in composizione specializzata debba applicarsi la disciplina dettata per il tribunale ordinario.

Quanto alla costituzione, l'art. 2 d.d.l. – riformulando l'art. 61 ord. giud. – prevede che la corte d'assise in composizione specializzata sia composta, per ogni collegio giudicante, da un presidente di sezione del tribunale ordinario, che la presiede, e da quattro componenti scelti tra i magistrati del tribunale ordinario, con almeno nove anni di esercizio della funzione giudicante.

L'art. 3 d.d.l., sostituendo il testo dell'art. 62 ord. giud., prevede che in ciascuna corte d'assise in composizione specializzata debba essere istituita una sezione dei giudici incaricati dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari e per l'udienza preliminare, diretta da un presidente di sezione. A ciascuna corte d'assise in composizione specializzata devono essere destinati giudici nel numero richiesto dalle esigenze di servizio, "tenuto conto del numero dei processi pendenti, dell'urgenza della definizione delle controversie, nonché del numero delle controversie sulle quali la corte di assise in composizione specializzata è chiamata a giudicare". Ad ogni sezione in cui saranno articolate le corti di assise in composizione specializzata dovranno essere addetti più di dieci giudici ordinari.

Merita infine segnalare che, allo scopo di salvaguardare il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.), l'art. 5 d.d.l. in esame dispone che per i processi pendenti, debba seguirsi il modello, *mutatis mutandis*, già efficacemente sperimentato con il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, in occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado.

Riguardo alla *vacatio legis*, tenuto conto delle significative modifiche apportate all'ordinamento giudiziario, si prevede un termine più ampio di quello ordinario, pari a centottanta giorni dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale.

## CORTI EUROPEE EUROPEAN COURTS

di *Alvise Boldrin*

### GIUSTO PROCESSO – DIRITTO DI DIFESA – CONTRADDITTORIO – DIRITTO AL CONFRONTO

(Corte e.d.u., 27 aprile 2017, *Asatryan c. Armenia*)

Con la pronuncia in esame la Corte di Strasburgo torna ad occuparsi di diritto al confronto e contraddittorio nel giudizio penale: il primo, tutelato dall'art. 6, par. 3, lett. *d*) della Convenzione, e il secondo, espressione di quell'*adversarial principle* che è implicito nel concetto stesso di equità processuale di cui all'art. 6, par. 1 Cedu e che in questa pronuncia assurge – come si vedrà – a vero e proprio 'diritto' ad una dialettica dei comprimari nel processo (*right to an adversarial trial*, § 52). Nello specifico, i giudici alsaziani riscontrano una violazione del diritto all'equo processo in seguito all'ammissione da parte del giudice d'appello interno di dichiarazioni pre-dibattimentali, delle quali non si era data lettura acquisitiva durante il dibattimento e i cui autori non erano mai stati esaminati, né in fase di prime cure, né in appello.

La vicenda concreta alla base di questo ricorso traeva origine da un caso di tentato omicidio ai danni di un uomo d'affari, nonché *ex* parlamentare armeno, la cui vettura, il 29 dicembre del 2001, era stata fatta esplodere non appena questi aveva acceso il motore, fortunatamente senza provocarne la morte, né altra grave lesione (§ 7). Gli investigatori, dapprima, avevano concentrato le proprie indagini sull'*ex* marito della ricorrente (il Sig. A.G.), indicato dalla vittima come l'unica persona che avrebbe avuto un movente per attentare alla sua vita, stanti le forti controversie in affari che i due avevano avuto in passato (§ 8). Interrogato dalla polizia, il Sig. A.G. ammetteva i contrasti esistenti e i litigi intercorsi con la vittima, ma, al contempo, negava qualsiasi responsabilità o coinvolgimento nel tentato omicidio, opponendo alle accuse il fatto che la sera prima dell'attentato si trovava a casa propria con il figlio (§ 9). Dopo avere interrogato numerose altre persone informate sui fatti (§§ 11-14), gli inquirenti arrestavano Y.W., un amico della famiglia della ricorrente e di A.G., trovato in possesso di numerose armi da fuoco ed esplosivi che gli investigatori ritenevano essere collegati all'attentato. Poco dopo la cattura, questi confessava di essere il responsabile del tentato omicidio, ma affermava altresì di avere agito su ordine della ricorrente, la Sig.ra Asatryan. A seguito di tali delazioni, quindi, anche quest'ultima veniva arrestata e formalmente accusata dei fatti in esame (§§ 15-16).

Durante il processo di primo grado, Y.W. ritrattava la propria confessione, affermando che gli era stata estorta con la forza, mentre la ricorrente si limitava a negare qualsivoglia coinvolgimento nel tentato omicidio, sostenendo che non avrebbe avuto alcun interesse a danneggiare la vittima e che i rapporti con l'*ex* marito, dopo il loro divorzio, non erano stretti al punto di renderla interessata alle sorti degli affari di questo con la vittima dell'attentato (§ 18). La difesa, infatti, asseriva che la Sig.ra Asatryan, dopo il divorzio, non aveva intrattenuto alcuna relazione con l'*ex* marito A.G. e che, anzi, aveva cercato di non mantenere alcun contatto con questo. Il 12 ottobre del 2007 i due coimputati venivano riconosciuti colpevoli delle accuse a loro ascritte e condannati. La corte distrettuale riteneva acclarato il fatto che la ricorrente avesse ordinato l'omicidio della vittima, poiché le controversie tra questa e l'*ex* marito avevano arrecato pregiudizio anche ai suoi diritti proprietari. La condanna si basava non solamente sulla testimonianza dibattimentale della compagna del coimputato Y.W. e su quella di un *ex* collega della ricorrente, ma anche sul fatto che la stessa risultava coinvolta in controversie legali con la vittima, il che dimostrava – secondo il collegio – che anche lei (e non solo l'*ex* marito) aveva una rapporto conflittuale con la persona offesa (§ 20).

In appello, mentre Y.W. ritrattava nuovamente la propria versione dei fatti, tornando ad affermare di avere agito su richiesta della ricorrente, questa manteneva ferma la precedente linea difensiva, sottolineando, ancora una volta, che non aveva nessun motivo per attentare alla vita della vittima. Dopo il

divorzio dall'ex marito, infatti, non aveva alcun interesse nei suoi affari e, dunque, nemmeno nelle sue controversie (§ 21-22). Nella sentenza d'appello il giudice dell'impugnazione confermava in buona sostanza la decisione di prime cure, ma, a differenza di quella, fondava la propria ricostruzione su altri elementi, costituiti da una serie di testimonianze predibattimentali, mai lette né discusse in giudizio. Queste, secondo i giudici d'appello, avrebbero confermato che, nonostante il divorzio della ricorrente dall'ex marito, i due continuavano ad avere dei rapporti familiari (*family-like relationship*) e che, quindi, era accertato l'interesse della Sig. Asatryan negli affari di famiglia, nonché, *per relationem*, anche nelle controversie dell'ex coniuge con la persona offesa. Questi stessi *referata*, inoltre, avrebbero dato conto che la ricorrente si era lamentata spesso e con diverse persone dei comportamenti in affari della vittima, manifestando così un certo stato di insofferenza nei confronti di questa (§ 23).

Denunciando il fatto che la condanna d'appello riposava su elementi dei quali non era mai stata data lettura acquisitiva e rispetto ai quali non era mai stato integrato il contraddittorio (né *sulla* prova, né *per* la prova), la Sig.ra Asatryan faceva ricorso innanzi alla Corte di Cassazione armena (§ 24). Questa, dopo una prima decisione in cui affermava l'inammissibilità del ricorso senza motivare la propria decisione, tornava ad esaminare la questione, obbligata da una pronuncia della Corte Costituzionale che dichiarava costituzionalmente illegittima una declaratoria di inammissibilità immotivata. I giudici di legittimità armeni, tuttavia, riesaminando il caso rigettavano il ricorso, affermando che le dichiarazioni contestate non avevano avuto un peso decisivo per la condanna pronunciata in appello (§ 29).

Adita la Corte e.d.u., la Sig.ra Asatryan lamentava di non avere avuto un processo equo innanzi alla Corte d'Appello: la difesa riteneva, infatti, che il giudice di seconde cure avesse violato il combinato disposto tra l'art. 6, par. 1 e l'art. 6, par. 3, lett. d) della Convenzione. Più precisamente, la ricorrente si doleva del fatto che i giudici dell'impugnazione avessero utilizzato come prova una serie di dichiarazioni predibattimentali che non erano mai state oggetto di lettura acquisitiva, *sulle* quali le parti non avevano mai avuto la possibilità di esprimersi e i cui autori non erano mai stati esaminati in contraddittorio, né in primo grado, né in appello (§§ 41, 49).

Le autorità armene, al contrario, escludevano qualsivoglia profilo di illegittimità convenzionale, principalmente limitandosi a sottolineare che la pronuncia della Corte d'Appello si fondava su prove diverse da quelle per cui la ricorrente lamentava la violazione della Cedu. Nello specifico, le risultanze che avevano determinato la condanna si identificavano con le delazioni del coimputato (Y.W.) rese durante l'indagine e poi confermate in appello, nonché sulle deposizioni dibattimentali (*ergo* a contraddittorio perfettamente integrato) di altri testimoni. Nella ricostruzione del Governo armeno, dunque, i *referata* contestati erano elementi che non avevano alcun valore probatorio 'significativo' ai fini della affermazione di colpevolezza, ma contribuivano solamente a chiarire qualcuno dei fatti collaterali della vicenda («*did not have any significant value for the establishment of the applicant's guilt but rather contributed to the establishment of some facts of the case*» – § 50).

La Corte e.d.u. suddivide l'esame della vicenda alla luce delle due doglianze lamentate nel ricorso, vale a dire: 1) la mancata lettura acquisitiva delle dichiarazioni predibattimentali e utilizzate, poi, come prove *contra reum*, nonché, conseguentemente, la mancata possibilità di argomentare sul punto; 2) l'impossibilità di esaminare in dibattimento (o in qualsiasi altra fase del procedimento) gli autori dei summenzionati *dicta*. In linea, poi, con il consueto approccio bifasico delle sue decisioni, i giudici alsaziani dapprima compendiano i principi generali stratificatisi nel tempo e poi ne applicano il precipitato prescrittivo alla vicenda in esame.

Per quanto attiene al primo punto, viene evidenziato, innanzitutto, che il concetto di *fair hearing* contenuto nel primo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione implica, tra gli altri, un vero e proprio 'diritto' ad un processo contraddittorio (*right to an adversarial trial*, § 52). Secondo tale garanzia, ad accusa e difesa deve essere parimenti garantita la possibilità di conoscere e commentare tutte le prove addotte per la decisione, al fine di orientare a proprio favore la decisione giudiziale (ancora § 52). Nell'applicazione di questi principi i giudici strasburghesi rilevano che il Governo armeno non aveva prodotto alcuna prova circa l'effettiva lettura acquisitiva delle dichiarazioni "incriminate", ma si era limitato ad opporre che queste risultanze erano sì state utilizzate dal giudice d'appello, ma non avevano un peso decisivo ai fini della sua pronuncia (§ 59). A tal proposito, tuttavia, la Corte afferma che il giudice dell'impugnazione, per confermare la condanna irrogata in primo grado, ha sentito il bisogno di riferirsi ai suddetti *dicta* predibattimentali, tradendo così, se non la loro decisività, quantomeno una certa qual rilevanza degli stessi. Da ciò deriva che la Corte d'Appello era obbligata a garantire alla ricorrente la possibilità di organizzare la propria difesa e argomentare sul punto (§ 60).

Per quanto concerne il mancato confronto tra la difesa e gli autori delle deposizioni unilateralmente raccolte dagli inquirenti nelle indagini, invece, la Corte propone anzitutto un interessante compendio della disciplina convenzionale sul diritto al confronto, così come profondamente rivisitata in *Al-Khawaja e Thery* nel 2011 e in seguito specificata in *Schatschaschwili* nel 2015 (§§ 53-56). Nei casi di assenza dal giudizio di un dichiarante, la prima questione da affrontare sta nel verificare se vi fossero buone ragioni per prescindere dall'esame dibattimentale del teste, ammettendo tra le prove le sue precedenti dichiarazioni raccolte dall'accusa durante le indagini. Per la Corte europea, infatti, l'ammissione di questo delicato materiale cognitivo deve rappresentare l'*extrema ratio* per i giudici interni (*a measure of last resort*), giacché ad ogni imputato dovrebbe essere garantita un'*effettiva* opportunità per contestare le prove a carico. In particolare, egli – direttamente o per mezzo del suo difensore – dovrebbe essere in grado di verificare la veridicità e l'affidabilità delle informazioni fornite dai testimoni, sottoponendoli ad esame orale, al momento della loro deposizione predibattimentale o in fase successiva del procedimento. La Corte, inoltre, ribadisce che la c.d. *sole or decisive rule* – vera e propria regola di gestione del diritto al confronto secondo la quale quando la condanna di un imputato si basa esclusivamente o in misura decisiva su prove fornite da testimoni che l'accusato non è mai stato in grado di interrogare, i suoi diritti di difesa sono indebitamente limitati – non deve applicarsi in modo inflessibile. Ne deriva che, nei casi in cui le dichiarazioni predibattimentali rappresentino la prova unica o decisiva contro un imputato, la loro ammissione non viola *automaticamente* l'art. 6 della Convenzione. In tali eventualità, però, la Corte è chiamata a sottoporre l'intero procedimento ad un rigido vaglio per accertare la sussistenza di sufficienti misure compensative (*sufficient counterbalancing factors*) in grado di controbilanciare le difficoltà causate alla difesa dalla mancata opportunità di confronto e idonee, nello specifico, a consentire un equo controllo della attendibilità delle risultanze controverse (*fair and proper assesment of the reliability*). La Corte, infine, riepiloga anche le ulteriori precisazioni introdotte in materia dalla sopracitata sentenza *Schatschaschwili*: per quanto interessa in questa sede, basti ricordare che con quella pronuncia si estendeva la portata del c.d. vaglio compensativo (*counterbalancing test*) anche oltre le ipotesi di stretta e acclarata decisività dei *referata* predibattimentali, disponendone l'applicazione anche nei casi in cui rimanga poco chiaro se le prove dialetticamente "spurie" avessero rappresentato la prova unica o decisiva contro l'accusato, ma fosse comunque appurata la loro significativa rilevanza (*significant weight*).

Passando all'applicazione concreta di questa disciplina, deve essere evidenziato, in primo luogo, che la Corte pare obliterare – a sorpresa, visto il relativo riferimento nei *general principles* – il vaglio sulle c.d. buone ragioni che devono giustificare l'assenza del teste dal dibattimento e la conseguente acquisizione delle sue precedenti dichiarazioni. Probabilmente, ma non può che essere una speculazione interpretativa, in questo caso i giudici convenzionali non hanno ritenuto indispensabile tale primo *step* valutativo e, dunque, l'hanno espunto dal loro ragionamento.

Un ulteriore elemento di interesse nell'analisi di questa parte della pronuncia risiede nella decisa valorizzazione del canone dell'*immediatezza* ivi contenuta (§ 61). Secondo il Collegio strasburghese, infatti, uno dei caratteri che rende equo un processo risiede nella garanzia per ogni accusato di potersi confrontare con chi lo accusa innanzi al giudice che da ultimo deciderà sulla sua colpevolezza. Inconfondibile, tra queste righe, l'assonanza con i *refrain* della Corte in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, tanto è vero che la Corte fa esplicito riferimento a uno dei *leading cases* proprio di quel filone giurisprudenziale (*i.e.* Corte e.d.u. 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*). Il giudice convenzionale sembra estendere, quantomeno nel caso di specie, i principi propri di quell'indirizzo interpretativo oltre alla consueta casistica della *reformatio in peius* della pronuncia assolutoria di primo grado. Il Collegio, infatti, osserva che, nonostante il giudice d'appello non avesse raggiunto una diversa conclusione sulla colpevolezza dell'imputato rispetto al giudice di prime cure (circostanza al ricorrere della quale la Corte subordina solitamente la rinnovazione dell'istruttoria), la mancata citazione di quei testimoni le cui precedenti dichiarazioni erano state successivamente utilizzate contro la ricorrente era tale da vulnerare seriamente i diritti della difesa. Non si tratta, infatti, come di consueto, di una rivalutazione cartolare di una data testimonianza assunta nel contraddittorio delle parti nel dibattimento di primo grado, bensì di dichiarazioni i cui autori non erano stati esaminati né in fase di prime cure, né durante l'impugnazione.

La Corte afferma infine che non è chiaro, nel caso di specie, se le dichiarazioni predibattimentali avessero rappresentato la prova 'unica' o 'decisiva' a carico della ricorrente, pur essendo indubbio che queste avevano assunto un peso significativo negli equilibri della decisione dell'appello. Ad un attento vaglio del procedimento inteso nel suo complesso, tuttavia, i giudici europei escludono la sussistenza

di sufficienti misure compensative in grado di bilanciare gli *handicap* subiti dalla difesa per il mancato confronto.

Per tali ragioni, dunque, la Corte europea riscontra, in accordo con la prospettazione difensiva, una violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 lett. *d*) della Convenzione (§§ 65-66). Volendo tradurre l'essenza della reprimenda in discorso nel lessico normativo interno potremmo affermare che i giudici europei hanno accertato un duplice diniego di contraddittorio: tanto *per* la prova, quanto *sulla* prova.

#### PRIVACY IN AMBITO PROFESSIONALE – DIRITTO ALLA RISERVATEZZA NEL RAPPORTO TRA DIFENSORE E ASSISTITO – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA – INDAGINI BANCARIE SUI CONTI PROFESSIONALI DEL DIFENSORE

(Corte e.d.u., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*)

La pronuncia in esame concerne quel delicato aspetto del diritto alla riservatezza (art. 8 Cedu) che, in ambito professionale, protegge il rapporto che intercorre tra il difensore e il suo assistito. Nel caso di specie, i Giudici europei hanno ravvisato una responsabilità delle autorità tedesche per una *mala gestio* dei dati assunti dagli inquirenti attraverso alcune investigazioni bancarie sui conti professionali di un avvocato e contenenti informazioni delicate come l'elenco dei suoi clienti o la quantificazione del suo onorario.

Si volga un rapido sguardo alla fattispecie concreta, così come compendiata nella prima parte della pronuncia in esame (§§ 6-20). Nel 2009 il ricorrente, Sig. Sommer, in qualità di avvocato penalista, aveva assistito un proprio cliente in un procedimento nel quale questi risultava imputato; dopo la condanna, la fidanzata di quest'ultimo versava l'onorario dovuto al ricorrente per il patrocinio prestato. Nel marzo del 2011 la procura di Bochum avviava un'indagine nei confronti di diversi soggetti – tra i quali compariva anche il predetto assistito dell'odierno ricorrente – ritenuti responsabili di aver commesso, in concorso fra loro, il reato di truffa. Durante questa fase, gli inquirenti disponevano l'investigazione di numerosi conti correnti, tra i quali anche quelli del cliente del Sig. Sommer e della sua fidanzata. Sospettando, poi, che il denaro trasferito da quest'ultima al ricorrente per pagare le sue spese legali fosse derivato da attività illecite, gli inquirenti contattavano anche la banca del Sig. Sommer.

Nello specifico, a tale istituto di credito era richiesto: *a*) di fornire la lista di tutte le transazioni concernenti il conto professionale del ricorrente dal gennaio 2009 fino a quel momento e *b*) di indicare se vi fossero altri conti correnti, investimenti, cassette di sicurezza, appartenenti alla persona in questione o di cui questa fosse beneficiaria. In entrambi i casi, il pubblico ministero non aveva *ordinato* alla banca di presentare le informazioni richieste, ma aveva comunque sottolineato gli obblighi derivanti dal codice di procedura penale per i "testimoni", nonché le possibili conseguenze derivanti dall'inadempimento della predetta richiesta. La banca, ritenendo di agire in conformità alle regole dell'ordinamento, rispondeva fornendo tutte le informazioni relative alla posizione del ricorrente. Da questo *dossier* la procura estraeva una lista di 53 transazioni considerate sospette, che inseriva nel relativo fascicolo come prove e che, dunque, erano accessibili a tutti coloro che potevano visionare il faldone, potendo questi, di conseguenza, venire a conoscenza di informazioni riservate come i nominativi dei clienti della persona in questione, nonché l'ammontare dei suoi onorari.

Il Sig. Sommer, dopo esser venuto a conoscenza, in qualità di avvocato di uno degli accusati, di queste indagini sul suo conto, chiedeva – dapprima alla procura e, poi, una volta cominciato il relativo processo, alle corti interne di fronte alle quali questo era pendente – di restituirgli e/o di distruggere tutte le informazioni riservate ottenute dalla sua banca. Il pubblico ministero, tuttavia, opponeva a tale istanza il fatto che ci fosse un sospetto di illecita provenienza di determinati denari rintracciati sul suo conto e che, conseguentemente, ogni attività ispettiva ad esso correlata fosse legittima. Non diversamente, la Corte distrettuale di Bochum affermava: 1) che i dati richiesti erano stati forniti *volontariamente* dall'istituto di credito e, dunque, le informazioni dovessero essere restituite alla banca e non al Sig. Sommer; 2) che il divieto di sequestro di particolari materiali informativi a tutela del rapporto difensore-assistito non poteva trovare applicazione, giacché questi dati non erano detenuti dal predetto avvocato, ma dalla banca. Il giudice di prime cure, tuttavia, in parziale accoglimento delle doglianze del Sig. Sommer, stabiliva una restrizione per l'accesso a quelle informazioni, disponendo che questo fosse garantito solo per coloro che erano in grado di dimostrare motivi di sufficiente interesse.

In appello il ricorrente contestava soprattutto la "volontarietà" dell'adempimento della banca alla ri-

chiesta di informazioni, nonché l'inidoneità degli elementi di sospetto a giustificare una così estesa analisi del proprio conto corrente professionale. Anche il giudice di secondo grado, però, confermava la decisione di prime cure, ritenendo che l'ingerenza nella *privacy* professionale fosse proporzionata e che la banca non potesse considerarsi, ai fini dell'applicazione delle norme a tutela della riservatezza del rapporto difensore-assistito, come soggetto che assisteva l'imputato o come persona coinvolta nell'attività professionale forense. La Corte costituzionale federale, infine, rigettava il relativo ricorso del Sig. Sommer, addirittura senza addurre alcuna motivazione.

Esauriti i rimedi interni, l'odierno ricorrente adiva la Corte e.d.u., denunciando una violazione dell'art. 8, parr. 1 e 2 della Convenzione e lamentando, in particolare, una grave interferenza delle autorità tedesche nella sua *privacy* (professionale). Nel ricorso al Collegio strasburghese, egli asseriva che le autorità tedesche avevano, per quasi tre anni, senza un giustificato motivo, *raccolto, conservato e reso disponibili* informazioni sul proprio conto bancario professionale (§ 37). Le informazioni raccolte presso l'istituto di credito e successivamente depositate nel fascicolo del procedimento, infatti, restituivano un'immagine completa della attività professionale del Sig. Sommer, ivi comprese informazioni riservate sulla sua clientela. Anche assumendo, poi, che vi fosse una base legale idonea per la attività ispettiva contestata, il ricorrente affermava che, in ogni caso, questa non era né *proporzionata*, né *assolutamente necessaria*, come invece richiede la norma contenuta all'art. 8, così come costantemente interpretata dalla Corte e.d.u. (§39).

Il Governo tedesco, invece, sosteneva che le indagini bancarie disposte sul conto del ricorrente rappresentassero sì un'ingerenza nella sua sfera di riservatezza, ma di scarsa importanza. Tali informazioni, infatti, si riducevano a meri dati finanziari, di per sé inidonei a rivelare dettagli personali o privati (§ 40). Solo una parte delle informazioni originariamente ricevute dalla banca, poi, era stata inserita nel fascicolo e solo un numero di persone limitate – ovvero gli avvocati degli altri co-imputati – potevano prenderne visione, a maggior ragione dopo la sentenza della Corte distrettuale che aveva ulteriormente limitato l'accesso a questa specifica documentazione. Le autorità governative tedesche evidenziavano, inoltre: 1) che le norme di procedura penale interne legittimavano una deroga della riservatezza nei rapporti difensore-assistito qualora – come il Governo ritiene fosse il caso, stante l'ipotizzata derivazione illecita di alcuni denari trasferiti sul conto del Sig. Sommer dalla fidanzata del suo cliente – vi sia il sospetto di un coinvolgimento del primo nel reato per il quale si indagava il secondo (§ 42); 2) che l'istituto di credito aveva fornito volontariamente le informazioni richieste, senza che la Procura di Bochum utilizzasse alcuna misura coercitiva; 3) che il ricorrente era stato in grado di far esaminare *ope iudicis* la legittimità degli atti di indagine contestati (§ 44).

Il giudice convenzionale, dal canto suo, dopo aver appurato la sussistenza (peraltro non contestata dal Governo tedesco) di una interferenza delle misure investigative in esame (§§ 47-48), focalizza il proprio giudizio sul vaglio delle ragioni giustificative della predetta interferenza, affidandosi, come di consueto per i casi che involgono la valutazione della legittimità di misure limitative del diritto al rispetto della vita privata, ad un iter valutativo tripartito.

In primo luogo, la Corte europea si preoccupa di verificare se la limitazione disposta sia “conforme alla legge”, ovvero se le misure investigative abbiano una adeguata base legale, accessibile e sufficientemente prevedibile quanto ai suoi effetti. A tale proposito, i giudici europei ritengono che le norme messe a fondamento della legittimità delle indagini finanziarie suddette dalle autorità tedesche siano formulate in termini piuttosto generici (§ 53). Nella raccolta di informazioni riservate è essenziale – afferma la Corte, salvo poi riservarsi di sviluppare la questione nell'esame dell'ultimo *step* decisionale – avere norme *chiare e dettagliate* che disciplinino l'ambito e l'applicazione delle misure. Parimenti, devono altresì sussistere adeguate garanzie minime (relative ad es. alla durata, allo stoccaggio, all'uso, dei dati raccolti, nonché alle procedure per l'accesso dei terzi, o volte per preservare l'integrità e la riservatezza dei dati) in grado di scongiurare il rischio di abusi arbitrari (così, Corte e.d.u., Grande Camera, 4 dicembre 2008, *S. e Harper* c. Regno Unito, § 99, con ulteriori riferimenti).

Per quanto concerne il secondo degli *step* valutativi anzidetti, riguardante la legittimità dello scopo perseguito dall'atto limitativo della riservatezza, la Corte, nel caso di specie, ne sancisce la conformità convenzionale, essendo, le indagini bancarie, state poste in essere allo scopo di investigare sulla commissione di un reato e, conseguentemente, essendo finalizzate alla prevenzione del crimine, nonché alla protezione dei diritti e delle libertà altrui (§ 54).

Da ultimo, ma non per importanza, il giudice convenzionale concentra la sua riflessione sul requisito della “necessità” delle misure limitative del diritto al rispetto della vita privata (*necessary in a democratic*

*society*), precisando che esso implica, da un lato, che le interferenze debbano rispondere ad un urgente bisogno sociale e, dall'altro, che queste siano proporzionate al fine legittimo perseguito; è, altresì, necessario che queste misure limitative, avendo natura derogatoria rispetto al generale *principio della non interferenza*, siano interpretate restrittivamente e che il bisogno del loro impiego sia dimostrato in modo convincente sulla base di motivi specifici e non generici (§ 55). In seconda battuta, poi, per soddisfare gli *standard* convenzionali è necessario che gli ordinamenti interni garantiscano delle garanzie adeguate e sufficienti a scongiurare una gestione arbitraria del potere pubblico, inclusa la possibilità di un controllo *effettivo* sulla misura *de qua agitur* (Corte e.d.u., 7 luglio 2015, *M.N. e altri* c. San Marino, § 73), a maggior ragione se è in gioco la riservatezza del rapporto tra avvocato e assistito (cfr., Corte e.d.u., 6 dicembre 2012, *Michaud* c. Francia, § 130) (§ 56).

Nell'applicazione dei suddetti principi generali al caso *de quo*, i giudici di Strasburgo esordiscono rilevando che le informazioni richieste dalla procura alla banca del ricorrente avevano una portata talmente ampia da riguardare tutte le operazioni relative al suo conto corrente professionale per un periodo di oltre due anni, nonché informazioni su ulteriori conti bancari dello stesso. La circostanza opposta dal governo resistente, secondo cui solo una parte delle informazioni ottenute era stata inserita nel fascicolo processuale e il tribunale ne aveva per di più limitato l'accesso, non è sufficiente per la Corte ad escludere l'interferenza – a quel punto già perfezionatasi – con la *privacy* del Sig. Sommer. Per il Collegio strasburghese queste contingenze erano in grado, semmai, di limitare il prodursi di ulteriori effetti pregiudizievoli derivanti dall'indagine. La Corte, quindi, in linea con il suo consueto approccio olistico e compensativo (cfr., in materia, Corte e.d.u., 3 luglio 2012, *Robathin* c. Austria, § 47), si preoccupa di verificare se vi fossero state sufficienti garanzie in grado di controbilanciare le predette ingerenze ed evitare il rischio di abusi arbitrari. A tal proposito, però, il sistema tedesco non sembra offrire – almeno in questo caso – adeguate tutele. Per un verso, infatti, la Corte europea ritiene che il codice di procedura penale tedesco predisponga una “clausola in bianco” per le misure investigative, tale da non assicurare idonee e sufficienti tutele (§ 58). Per altro verso, invece, i giudici convenzionali ritengono che la norma che permette di derogare al privilegio difensore-assistito nei casi in cui sussista l'ipotesi di un coinvolgimento del primo nel reato per cui è indagato il secondo fosse stata applicata in modo non soddisfacente. Nella fattispecie i sospetti, infatti, erano di natura vaga e non specifica (§ 61), del tutto avulsi dagli standard convenzionali secondo i quali, come accennato, le eccezioni alla tutela della riservatezza devono interpretarsi restrittivamente (§ 55).

La Corte di Strasburgo, infine, osserva che l'ispezione del conto bancario del ricorrente non era stata disposta da un'autorità giudiziaria e che non erano state applicate “garanzie procedurali specifiche” (cfr., § 56) per tutelare la riservatezza professionale dello stesso. Per quanto riguarda l'affermazione del Governo secondo cui il ricorrente aveva potuto far riesaminare le misure da parte di un tribunale ai sensi dell'art. 98 § 2 del CCP, la Corte ribadisce che un successivo controllo giurisdizionale può offrire una protezione sufficiente solamente se una procedura di controllo *ex ante* rischi di compromettere lo scopo stesso della misura. L'efficacia di un controllo giudiziario *ex post*, tuttavia, è indissolubilmente legata alla questione della notifica delle misure di sorveglianza successive alla loro adozione in modo tale da permetterne un controllo. In linea di principio, infatti, è poco utile il ricorso ai giudici da parte di un individuo, a meno che non sia informato delle misure prese originariamente a sua insaputa e sia altresì in grado di contestarne la legittimità in via retroattiva (Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov* c. Russia, § 234; Corte e.d.u., 6 settembre 1978, *Klass e altri* c. Germania, § 57; Corte e.d.u., 29 giugno 2006, *Weber e Saravia* c. Germania, § 135). A questo proposito, la Corte osserva che il pubblico ministero aveva domandato alla banca di non rivelare le sue richieste di informazioni al ricorrente, e che questi aveva saputo della indagine relativa al proprio conto bancario solo casualmente durante la consultazione del fascicolo per ragioni professionali. Nonostante non sussistesse un obbligo giuridico di notificare la misura al ricorrente, egli scopriva di questa e aveva accesso ad una revisione *ope iudicis* solo per pura coincidenza.

Tenuto conto della facilità con cui gli inquirenti avevano potuto investigare sulla posizione bancaria del ricorrente, dell'ampia portata delle informazioni richieste all'istituto di credito e della mancanza di adeguate garanzie compensative, i giudici di Strasburgo affermano che l'ingerenza delle autorità procedenti non era proporzionata e nemmeno necessaria in una società democratica (§ 63) e, conseguentemente, riscontrano una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

## CONDIZIONI DI DETENZIONE INUMANE E DEGRADANTI – EQUO PROCESSO – DIRITTO ALL’ASSISTENZA DI UN DIFENSORE

(Corte e.d.u., Grande Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*)

La Corte europea, nella propria composizione allargata, torna ad occuparsi di equità processuale, nel più specifico aspetto del diritto all’assistenza di un difensore (art. 6, parr. 1-3, lett. c) CEDU), nonché della legittimità delle condizioni detentive, come aspetto tutelato dall’art. 3 della Convenzione e secondo il quale nessuno può essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Il ricorrente, Sig. Lyuben Filipov Simeonovi, è un cittadino bulgaro detenuto nella prigione di Sofia. I fatti a lui ascritti risalgono al 2 luglio 1999, quando due persone armate avevano fatto irruzione in un ufficio cambiavalute di Burgas per una rapina, finendo per ferire a morte due dipendenti in un conflitto a fuoco (§ 11). Dopo alcune indagini, il 3 ottobre 1999 le autorità inquirenti arrestavano il Sig. Simeonovi, in quanto sospettato di essere uno degli autori della rapina e dei relativi omicidi (§ 14). Nei primi tre giorni di detenzione, il ricorrente non era stato in grado, nonostante le asserite e ripetute istanze in tal senso, di esercitare il proprio diritto all’assistenza di un legale, poiché – stando alla sua ricostruzione – era stato interrogato svariate volte, senza che gli fosse concesso di nominare e farsi assistere da un avvocato (§§ 18-19). Dalla lettura del fascicolo processuale, inoltre, non era chiaro nemmeno se il ricorrente fosse stato ritualmente avvisato del proprio diritto di conferire e farsi rappresentare da un legale, giacché tutti gli atti ufficiali in cui veniva menzionata la predetta garanzia non erano firmati dall’interessato (§§ 13-14, 17). Solo il 6 ottobre, ben tre giorni dopo l’arresto, gli inquirenti nominavano un difensore d’ufficio al ricorrente e procedevano ad accusarlo formalmente di duplice omicidio e rapina a mano armata per i fatti occorsi nell’ufficio di cambio valuta di Burgas (§ 21). Dopo essersi inizialmente avvalso del diritto al silenzio (§§ 21, 23), il 21 ottobre, il Sig. Simeonovi ammetteva, di fronte agli inquirenti e in presenza del suo difensore, di aver partecipato alla rapina, ma indicava il suo complice, tale A.S., anch’egli indagato per gli stessi fatti, come responsabile del conseguente duplice omicidio (§ 24). A.S., al contrario, affermava di aver collaborato con il ricorrente per la preparazione della rapina e di avervi preso parte, ma a sua volta accusava il Sig. Simeonovi per gli omicidi (§ 20). In seguito alla piena *disclosure* degli atti investigativi, entrambi gli accusati ritrattavano le proprie parziali confessioni e il ricorrente, nuovamente ascoltato dalle autorità procedenti, affermava che la rapina e i relativi omicidi sarebbero stati commessi da un terzo soggetto, un cittadino iraniano di nome V., che avrebbe agito con l’aiuto di un’altra persona della quale non erano indicate le generalità (§ 29).

Durante il processo entrambi gli accusati venivano riconosciuti colpevoli dei reati loro ascritti e condannati, sia in primo grado, sia in appello (§§ 31-41). Non diversamente, anche la Suprema Corte di Cassazione bulgara rigettava il ricorso del Sig. Simeonovi, asserendo che nessuna delle circostanze sollevate nell’atto di impugnazione dimostrava che l’istante avesse subito un qualche pregiudizio nell’esercizio del diritto di difesa (§§ 43-44).

Avendo esaurito i rimedi interni, dunque, l’odierno ricorrente adiva la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione dell’art. 3 della Convenzione, riguardo alle asserite condizioni di prigionia, ritenute inumane e degradanti, nonché dell’art. 6, parr. 1-3, lett. c), per quanto concerne il diniego del diritto all’assistenza di un difensore durante i primi giorni che seguivano al suo arresto.

Riguardo al primo motivo di ricorso, l’istante adduceva che, nei tre penitenziari dove era stato recluso, le condizioni detentive alle quali era stato assoggettato erano del tutto inadeguate agli *standards* convenzionali (§ 46-54, 86). Tra le numerose mancanze evidenziate nel ricorso, basti ricordare: la assenza di acqua corrente e di servizi igienico-sanitari nella cella; la conseguente necessità di utilizzare un secchio per espletare le proprie funzioni vitali; le ridotte dimensioni della cella, tali rendere invivibile la carcerazione; la presenza di un solo letto per tre detenuti, che obbligava questi alla turnazione del sonno.

Consapevole della fondatezza del ricorso e della propria responsabilità, già accertata nella prima fase del procedimento dalla IV Sezione della Corte e.d.u., il Governo si limitava a sottolineare l’avvio di un vasto programma di riforma del sistema penitenziario bulgaro (§ 87).

La *Grande Chambre*, sul punto, si riporta alle conclusioni alle quali era pervenuta la IV Sezione (Corte e.d.u., IV Sezione, 20 ottobre 2015, *Simeonovi c. Bulgaria*, §§ 89-95), sostenendo come non vi siano ragioni per discostarsene (§§ 88-89). La IV Sezione, infatti, aveva rilevato che le parti concordavano sull’inadeguatezza delle condizioni di detenzione del ricorrente, quantomeno riguardo al periodo trascorso nell’istituto penitenziario di Burgas. Tale circostanza era, altresì, confermata dalla relazione del Comitato eu-

ropeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT). Facendo riferimento ad un recente caso in cui i giudici europei avevano condannato la Bulgaria per l'inadeguatezza del proprio sistema penitenziario (Corte e.d.u., 8 luglio 2014, *Harakchiev and Tolumov c. Bulgaria*, §§ 203-214), inoltre, la Corte aveva ritenuto, già in fase di prime cure, che le condizioni materiali di carcerazione del Sig. Simeonovi, unitamente al rigido regime di detenzione cui questo era sottoposto, si erano trasformate in una ordalia di gran lunga superiore alla sofferenza insita nell'esecuzione di una pena detentiva (§ 90). Dopo aver riportato tali argomentazioni, quindi, la Grande Camera conferma l'accertamento della violazione dell'art. 3 della Convenzione (§ 91).

Per quanto attiene al secondo motivo di doglianza, il Sig. Simeonovi asseriva di non avere goduto di un processo equo, in quanto le autorità inquirenti, durante i suoi primi giorni in carcere, lo avevano interrogato, impedendogli di nominare e di farsi assistere da un avvocato (§ 92). Nel precedente arresto della Corte, i giudici della IV Sezione avevano ritenuto di non essere in grado di determinare se il ritardo nell'esercizio del diritto all'assistenza di un legale fosse effettivamente dipeso dalla malafede degli inquirenti, oppure dalla semplice inerzia del ricorrente (§ 94). In tale decisione, il Collegio europeo affermava che la doglianza avanzata dal Sig. Simeonovi non aveva comunque compromesso l'equità complessiva del procedimento a suo carico, giacché: 1) dal fascicolo non risultava che il ricorrente fosse stato interrogato o coinvolto in altri atti d'indagine nei primi giorni in cella, quando non era difeso da un avvocato; 2) nei giorni successivi, benché assistito da un legale di sua fiducia, egli aveva comunque scelto di ammettere gli addebiti innanzi agli inquirenti e alla presenza del suo difensore, essendo stato previamente avvertito che la sua confessione sarebbe stata utilizzabile contro di lui per asseverare un'eventuale condanna; 3) la predetta confessione non aveva rappresentato l'unica prova sulla quale era basata la condanna; 4) il ricorrente aveva ampiamente goduto del diritto di difendersi con l'assistenza del proprio legale nel processo e le corti interne avevano adeguatamente motivato le loro decisioni (cfr. §§ 113-116 della decisione della IV Sezione).

Innanzitutto alla Grande Camera il ricorrente chiedeva la parziale riforma della precedente sentenza della IV Sezione, sottolineando nuovamente di avere chiesto invano di prendere contatto con un avvocato. Il Sig. Simeonovi, poi, ribadiva di essere stato interrogato più volte in assenza di un difensore: sarebbe stato illogico, infatti, per l'accusa non approfittare della vicissitudine per tentare di interrogare il soggetto in questione. La stessa mancanza di documentazione degli interrogatori confermerebbe il fatto che erano state fatte pressioni affinché questi confessasse (§ 97). Il fatto, inoltre, che durante l'interrogatorio in cui aveva confessato fosse presente il proprio difensore non era ritenuta una circostanza *ex se* in grado di garantire un'efficace assistenza legale: egli, infatti, affermava di non essere stato in grado di consultarsi col proprio avvocato prima degli interrogatori, né in quell'occasione, né durante le precedenti (§ 98). La difesa, da ultimo, osservava che la garanzia della assistenza legale, prevista dall'art. 6, par. 3, lett. c), è autonoma dal requisito di un processo equo sancito dall'art. 6, par. 1 della Convenzione, e come tale va applicata. La questione dirimente in questi casi, quindi, sta nel verificare se vi siano o meno dei validi motivi per giustificare la restrizione del diritto alla assistenza legale (§ 99); circostanza, quest'ultima, che la difesa escludeva potesse sussistere nel caso di specie.

Il Governo, viceversa, invitava la *Grande Chambre* a confermare la statuizione della IV Sezione, secondo la quale non ci sarebbe stata alcuna violazione dell'art. 6 Cedu. Nello specifico, le autorità bulgare asserivano che il ricorrente non avesse provato: a) di non essere stato debitamente informato del diritto all'assistenza di un difensore; b) di avere richiesto di conferire con un avvocato; c) di essere stato interrogato in assenza del proprio legale (§§ 100-104).

Per quanto concerne questo secondo motivo di ricorso, la Grande Camera procede frazionando le sue valutazioni in diversi *step* valutativi. Preliminarmente, è ribadito che le garanzie di cui all'art. 6 Cedu si ritengono applicabili a partire da quando una formale accusa è ufficialmente notificata, oppure, come in questo caso, a partire dal momento in cui la posizione dell'indagato è considerevolmente intaccata dalle azioni intraprese dalle autorità procedenti come un risultato del sospetto nei suoi confronti (§§ 110-111). Da ciò deriva che la data dell'arresto del ricorrente (3 ottobre 1999) deve essere individuata come lo *starting-point* per la doverosa applicazione delle garanzie di cui all'art. 6 (§ 121).

In secondo luogo, i giudici convenzionali si concentrano sulle richieste che il ricorrente asserisce di avere inoltrato agli inquirenti nei primi tre giorni di detenzione al fine di farsi assistere da un legale. Al riguardo, la Corte ritiene di non essere in grado di accertare se l'istante avesse effettivamente domandato l'assistenza di un avvocato, non essendoci nel fascicolo alcun elemento in grado di confermare tali asserzioni (§§ 123-124). Questa mancanza di prove idonee a dimostrare l'effettiva richiesta di un avvo-

cato da parte del ricorrente, potrebbe addirittura integrare un'ipotesi di rinuncia implicita del relativo diritto, a condizione, però, che il ricorrente sia stato ritualmente informato della facoltà di nominare e di farsi assistere da un avvocato (§§ 125-126). Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ritiene che il ricorrente non sia stato debitamente avvertito delle sue facoltà, giacché nella documentazione prodotta non c'è traccia di questo avvertimento, e anche l'ordinanza di arresto, nella quale era menzionato il diritto all'assistenza legale, non conteneva la firma del ricorrente, che avrebbe potuto dare conto dell'avvenuto avvertimento e della sua relativa comprensione (§ 127). In tali circostanze, la Corte conclude che, anche se l'assistenza di un legale non fosse stata effettivamente richiesta dall'interessato, la mancanza della relativa informazione di garanzia ha comunque limitato il suo diritto a nominare e farsi assistere da un difensore (§ 128).

A questo punto, la Corte – in linea con i propri precedenti in materia (cfr., Corte e.d.u., Grande Camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, nonché Corte e.d.u., Grande Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*) – ribadisce che le restrizioni all'accesso ad un avvocato sono legittime solo nella misura in cui: 1) siano giustificate da 'validi motivi' (c.d. *compelling reasons*); 2) vi si ricorra solo in circostanze eccezionali; 3) abbiano natura temporanea; 4) vengano parametrate su una valutazione individuale delle circostanze particolari del caso concreto (§§ 116-117, 129). Nel caso di specie, tuttavia, la Corte afferma che le autorità bulgare non avevano allegato né dei validi motivi, né delle speciali circostanze in grado di giustificare una limitazione delle garanzie del Sig. Simeonovi. Differentemente dal caso *Ibrahim* sopra citato, infatti, nella vicenda in esame non sussistevano pericoli per la vita, l'incolumità fisica o sicurezza di altri individui tali da poter giustificare, in via eccezionale, la compressione delle garanzie convenzionali (§ 130).

L'assenza di una valida giustificazione, però, non è ritenuta dalla Grande Camera *ex se* sufficiente per affermare la violazione del dettato convenzionale (cfr., § 118, nonché i riferimenti ivi contenuti ai §§ 262-265 della sentenza *Ibrahim*). La norma contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. c), infatti, non integra un diritto autonomo, bensì una garanzia che deve essere interpretata alla luce del più ampio diritto all'equo processo previsto dall'art. 6, par. 1: il controllo di equità, dunque, dovrà considerare il procedimento nel suo complesso (*as a whole*) e non singoli aspetti o questioni isolate (§ 113). Conseguentemente, il vaglio della Grande Camera non può arrestarsi al riscontro di una restrizione dell'accesso all'assistenza legale subito dal Sig. Simeonovi, ma deve essere proseguito – sostiene il Collegio europeo – per accertare se l'assenza di un difensore durante i primi giorni di carcere avesse irrimediabilmente pregiudicato l'equità complessiva (*overall fairness*) del procedimento (§ 132).

A tale riguardo, la Corte evidenzia l'importanza del fatto che, durante i primi tre giorni di detenzione del ricorrente – quando questi non aveva avuto accesso ad un avvocato –, non era stata assunta alcuna prova a suo carico, non erano state acquisite eventuali sue deposizioni, né vi era notizia dal fascicolo del procedimento che questo fosse stato interessato da altri atti di indagine, come ad esempio identificazioni o prelievi biologici (§ 136). Inoltre, mentre la deposizione del suo presunto complice, AS, datata 3 ottobre 1999, è stato incluso nel fascicolo (cfr., § 20), non vi è prova diretta che il ricorrente sia stato interrogato, in modo formale o informale, durante quella prima fase della prigionia (§ 135). Per quanto concerne la confessione, poi, la Grande Camera ritiene che questa fosse spontanea e legittimamente assunta, essendo preceduta dall'avvertimento della garanzia contro l'autoincriminazione (§ 139). Viene escluso, quindi, qualsivoglia nesso di causalità tra l'assenza del difensore durante i suoi primi tre giorni in carcere e la successiva scelta dello stesso di confessare, quando era già assistito da un avvocato (§ 140), e, comunque, viene ribadito che la confessione non rappresentava l'unica prova sulla quale si basava la condanna (§ 142). Il giudice convenzionale, infine, attribuisce rilevanza al fatto che il ricorrente avesse comunque partecipato attivamente a tutte le fasi del processo, avendo goduto a pieno della facoltà di allegare prove a discarico e di contestare l'attendibilità di quelle a carico (§ 141), nonché alla circostanza che tre diversi giudici si erano pronunciati sul caso del ricorrente, debitamente motivando sia in punto di fatto che di diritto le proprie decisioni (§ 143). Per tali motivi, la Grande Camera conferma, anche per questo motivo di ricorso, la precedente decisione della IV Sezione, così ritenendo che non vi sia stata violazione alcuna degli art. 6, parr. 1-3, lett. c) della Convenzione.

Stante il voto non unanime della *Grande Chambre*, pare doveroso dare conto delle due *separate opinions* allegate alla decisione in commento. Esse, infatti, rappresentano l'espressione plastica del vivace dibattito interno alla stessa Corte sulla struttura del controllo di equità quando è lamentata la violazione di quei *minimum rights* di cui al terzo paragrafo dell'art. 6 Cedu.

I giudici co-firmatari della prima decisione separata ritengono, contrariamente alla maggioranza,

che nel caso di specie vi sia stata una grave violazione dell'equità processuale. Secondo tale diversa ricostruzione, non solo la Corte con questa pronuncia soprassiede su alcune pratiche che intaccano il nucleo dei diritti di un accusato, ma concede alle autorità inquirenti ampie opportunità per commettere abusi. Secondo la logica della maggioranza, gli indagati potranno facilmente essere incarcerati, tenuti in isolamento e potenzialmente intimiditi, facendo solamente attenzione al fatto che non rimanga traccia delle prevaricazioni nel fascicolo. Questa decisione, inoltre, proietterebbe – anche involontariamente – i principi contenuti in *Ibrahim* oltre il proprio contesto di riferimento. In *Ibrahim*, infatti, è statuito che le restrizioni dei diritti di difesa contenuti nell'articolo 6, par. 3 possono essere giustificate solo *eccezionalmente*, qualora sussistano *validi motivi (compelling reasons)*. In questo caso, tuttavia, non esistevano fatti eccezionali o particolari circostanze idonee a giustificare le restrizioni subite dal ricorrente. Secondo tale impostazione, non appare nemmeno condivisibile la successiva conclusione della maggioranza dei giudici della Grande Camera, secondo i quali il processo era equo poiché le prove poste a fondamento della condanna non erano state in alcun modo inficiate dalla assenza del patrocinio di un difensore nei primi giorni di arresto del ricorrente. Concentrarsi sulle prove utilizzate per condannare il ricorrente rischia di rendere i diritti procedurali tutelati ai sensi dell'art. 6 teorici e illusori, poiché si confonde la questione della prova dell'equità processuale con il tema di quella sulla sua colpevolezza sostanziale. La mancata prova da parte del ricorrente circa l'effettività delle sue richieste di conferire con un legale, infine, è considerata circostanza del tutto insufficiente per dimostrare la complessiva equità del procedimento.

Nella seconda *dissenting opinion*, invece, il Giudice Serghides propone una raffinata e corposa dissertazione del *case-law* convenzionale in materia di diritto all'assistenza di un difensore. Il giudice di Cipro traccia innanzitutto le differenze strutturali inerenti al controllo di equità, così come proposto in *Salduz* e successivamente modificato in *Ibrahim*. Dopo aver criticato il riferimento indistinto, nella decisione in esame, all'uno piuttosto che all'altro precedente, l'autore propende per l'applicazione dei principi contenuti in *Salduz*, che, se correttamente interpretati, fanno derivare la violazione della Convenzione dalla mancanza di validi motivi per la restrizione all'assistenza legale. Al contrario, infatti, affermare che la mancanza di validi motivi non costituisca *ex se* una violazione incoraggerebbe le autorità interne procedenti a restringere ingiustificatamente il diritto in questione e a mantenere i sospetti in custodia senza garantirgli l'assistenza di un difensore. Nonostante l'opzione per *Salduz*, il giudice dissenziente ritiene che anche applicando *correttamente* i principi sanciti in *Ibrahim* la Corte non avrebbe potuto fare altro che riconoscere la violazione dell'art. 6. A suo dire, infatti, l'equità complessiva era comunque vulnerata dal fatto che, ad esempio, gli interrogatori avvenuti in assenza del difensore (il Governo nega la natura formale di questi, ma non esclude che possano esservene stati di informali) erano serviti a costruire il caso contro il ricorrente. Per tali motivi, il Giudice Serghides ritiene che lo Stato convenuto abbia violato l'art. 6, parr. 1-3, lett. c) della Convenzione, e ciò sia che si segua l'approccio tracciato dalla Corte in *Salduz*, sia che si ritenga più opportuno applicare i principi sanciti in *Ibrahim*.

# CORTE COSTITUZIONALE

di Francesca Delvecchio

## LA DETENZIONE DOMICILIARE SPECIALE FRA RAPPORTO GENITORIALE E ISTANZE PUNITIVE STATALI

(C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76)

All'attenzione della Corte Costituzionale una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit. nella parte in cui impedisce alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, ord. penit. l'accesso alle modalità di espiazione della pena *ivi* previste.

A parere del Tribunale di sorveglianza di Bari, organo rimettente, una simile preclusione si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., laddove favorisce la pretesa punitiva statale ignorando le pur preminenti esigenze di tutela della maternità e del minore e disconoscendo la stessa *ratio* ispiratrice della detenzione domiciliare speciale, finalizzata ad ampliare la possibilità per le madri condannate a pena detentiva di espriare la pena con modalità esecutive extracarcerarie, «per meglio tutelare il loro rapporto con i figli minori e per evitare il fenomeno della “carcerizzazione degli infanti”».

Nell'accogliere l'eccezione di incostituzionalità del giudice *a quo*, la Corte ha ricordato, innanzitutto, come questo istituto, pur partecipando alla finalità di reinserimento sociale del condannato, sia indirizzato primariamente alla tutela di un soggetto debole, quale è il minore, consentendo l'instaurazione, tra madri detenute e figli in tenera età, di un rapporto quanto più possibile “normale” (sentt. n. 239 del 2014, n. 177 del 2009 e n. 350 del 2003).

L'interesse del fanciullo a fruire in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne, tuttavia, non si sottrae al bilanciamento con altri interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono quelli di difesa sociale sottesi alla necessaria esecuzione della pena. Questo bilanciamento è rimesso alle scelte discrezionali del legislatore (sent. n. 17 del 2017) e filtra attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti entro i quali i diversi principi possono trovare temperata tutela.

La Consulta, del resto, ha precisato «che, affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni» (ancora, sent. n. 239 del 2014).

Ebbene, la disposizione censurata sembra proprio recare un simile automatismo laddove esclude «in assoluto le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sent. n. 32 del 2016)».

Se da un lato, dunque, nulla vieta al legislatore di differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate a seconda della gravità del delitto commesso; dall'altro, appare irragionevole una preclusione che sempre e comunque «(pretermette) l'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata, non estranea, come si è già detto, alla detenzione domiciliare speciale, quale misura alternativa alla detenzione. Questa sorta di esemplarità della sanzione (...) non può essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale (sent. n. 313 del 1990). Infatti, le esigenze collettive di sicurezza e gli obiettivi generali di politica criminale non possono essere perseguiti attraverso l'assoluto sacrificio della condizione della madre e del suo rapporto con la prole».

È nell'assolutezza della preclusione, in definitiva, che si radica la lesione dell'interesse del minore, e perciò dell'art. 31, co. 2, Cost.; di qui, la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. art. 47-*quinquies*, co. 1-*bis*, ord. penit., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*,».

\*\*\*

**UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE (E CONVENZIONALMENTE) ORIENTATA DEL RISARCIMENTO PER DETENZIONE INUMANA E DEGRADANTE. IL RIMEDIO È FRUIBILE ANCHE DAGLI INTERNATI.***(C. cost., sent. 13 aprile 2017, n. 83)*

Con la sentenza del 13 aprile 2017, n. 83, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla esperibilità anche da parte degli internati del rimedio risarcitorio *ex art. 35-ter* ord. penit., come introdotto dall'art. 1, co. 1, del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della l. 11 agosto 2014, n. 117.

La questione di legittimità era stata sollevata dal Magistrato di sorveglianza di Padova che, dovendo decidere su una domanda di risarcimento proposta da una persona internata in una casa di lavoro in condizioni contrarie al senso di umanità (poiché ristretta in una cella con uno spazio inferiore ai tre metri quadrati), ha ritenuto di non poter applicare l'art. 35-ter, ord. penit. sussistendo insuperabili ostacoli letterali e sistematici.

Più nel dettaglio, l'ordinanza di rimessione rilevava, nella norma dubbia, un duplice profilo critico: innanzitutto, a dispetto della sua rubrica, menziona tra i soggetti legittimati a proporre la relativa istanza i soli "detenuti"; in secondo luogo, quand'anche si riconoscesse in via interpretativa la legittimazione degli internati, in ogni caso il rimedio non potrebbe condurre alla riduzione della durata della misura di sicurezza detentiva e/o al ristoro pecuniario a titolo di rimedio risarcitorio, posto che le misure di sicurezza non hanno una durata prefissata e il risarcimento è ipotesi residuale.

Il Magistrato di sorveglianza evidenziava, dunque, come la richiesta alla quale era chiamato a rispondere non trovasse esplicita soluzione nella novella legislativa; di qui, i molteplici profili di incostituzionalità astrattamente ipotizzabili (artt. 3, 24, 25, co. 1, e 117, co. 1, Cost. in relazione agli artt. 3, 6 e 13 Cedu) e la richiesta di un innesto della Corte sull'art. 35-ter ord. penit., onde ampliarne il novero dei legittimati, riconducendo il sistema a coerenza.

La Corte costituzionale, pur riconoscendo che l'art. 35-ter, ord. penit. sarebbe certamente incostituzionale laddove l'unica interpretazione possibile fosse quella ipotizzata dal giudice *a quo*, è pervenuta ad un giudizio di non fondatezza delle questioni, essendo a suo avviso percorribile una lettura costituzionalmente orientata della norma impugnata che, da un lato, ne consenta l'estensione agli internati e che, dall'altro, garantisca anche nei loro confronti l'operatività dei rimedi previsti.

La prima questione viene decisa in modo abbastanza agevole tramite un'interpretazione sistematica delle disposizioni. Vi sono, infatti, diversi dati letterali che depongono nel senso dell'estendibilità all'internato del rimedio *de quo*: innanzitutto, la rubrica dell'art. 35-ter ord. penit., che espressamente richiama i soggetti sottoposti a misure di sicurezza; in secondo luogo, il rinvio della norma all'art. 69, co. 6, lett. b), ord. penit. che pure espressamente menziona gli internati, a fianco dei detenuti; infine, la disposizione transitoria di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 92 del 2014 che, nel disciplinare l'applicazione dell'art. 35-ter ord. penit. ai fatti pregressi, consentiva l'utilizzabilità del rimedio entro un termine di decadenza di sei mesi tanto ai detenuti quanto agli internati che avessero presentato ricorso alla Corte e.d.u. prima dell'entrata in vigore del decreto legge.

Tale interpretazione, a parere del Giudice delle leggi, oltre ad essere la più corretta sul piano logico-sistematico, è «l'unica capace di soddisfare la Costituzione».

Più spinoso è l'ostacolo "strutturale".

Il magistrato padovano rilevava come l'internato non potesse fruire di nessuno dei due rimedi: da un lato, infatti, non potrebbe beneficiare della riduzione dei giorni di detenzione, non essendovi per le misure di sicurezza detentive un termine massimo di durata sulla cui base calcolare la riduzione (salvo la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e custodia); dall'altro, non potrebbe godere del ristoro economico posto che la legge sembrerebbe riservarne l'operatività ai soli casi in cui il periodo di detenzione ancora da espiare non consenta di operare la riduzione a causa della sua brevità.

Una simile interpretazione, tuttavia, a parere del Corte, riposa su equivoco di fondo: presuppone – erroneamente – che le misure di sicurezza siano *sine die*, ma dimentica che il d.l. 52 del 2014 ha colmato questa lacuna stabilendo un termine massimo di durata sulla base del quale oggi è ben possibile calcolare la riduzione (quale forma di risarcimento in forma specifica) del periodo di internamento. Del resto, ha aggiunto la Consulta, era proprio questo lo spirito che animò la novella del 2014: sradicare il fenomeno degli “ergastoli bianchi”, ossia quegli internati a tempo indeterminato in caso di persistente pericolosità sociale.

Nessuno ostacolo *legale*, dunque, alla riduzione del periodo di detenzione; semmai, un ostacolo *reale*. La Corte, infatti, ha ammesso che l’indeterminatezza e la provvisorietà che contraddistinguono le misure di sicurezza rendono di fatto assai remota l’ipotesi che possa farsi luogo alla riduzione del periodo di detenzione, relegandola ai casi in cui «risulti prevedibile che la durata della misura si protrarrà fino al suo limite massimo».

L’ineffettività della tutela in forma specifica rende quindi preferibile – oltre che concretamente fattibile – il risarcimento in forma monetaria, e ciò nonostante l’interpretazione strettamente letterale dell’art. 35-ter, co. 2, ord. penit. lo releggi ad ipotesi residuale. Il Giudice delle leggi, infatti, ha ricordato come ogniqualevolta la tutela in forma specifica non possa essere accordata in termini vantaggiosi e utili per il richiedente, il risarcimento del danno per equivalente debba essere considerato l’unica via percorribile (sent. n. 204 del 2016).

«Sarebbe infatti fuori da ogni logica di sistema, oltre che (...) in contrasto con i principi costituzionali» non accordare all’internato che viva in condizioni inumane e degradanti il risarcimento monetario solo perché non era possibile nei suoi confronti detrarre alcun periodo di pena quale rimedio compensativo. In questa prospettiva, quindi, la pronuncia *de qua* si inserisce in quel solco giurisprudenziale votato a risolvere in via ermeneutica le problematiche lasciate aperte dal legislatore dell’emergenza *post* Torreggiani.

Risolta la *quaestio* specifica, la sentenza ha colto l’occasione per enunciare un principio di diritto importante, tale da prevenire anche futuri “incidenti” di costituzionalità e guidare le decisioni della magistratura di sorveglianza: le nuove norme vanno interpretate nel senso di garantire quanto più possibile la tutela della dignità della persona detenuta, indipendentemente dal titolo per il quale è intervenuta la privazione della libertà, in linea con la più ispirata giurisprudenza europea (cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, *Mursic c. Croazia*, 20 ottobre 2016).

\*\*\*

#### LA SOSPENSIONE DELLE PENE DETENTIVE BREVI PER I MINORENNI: CADONO GLI AUTOMATISMI IN FAVORE DELLE ESIGENZE CONCRETE

(C. cost., sent. 28 aprile 2017, n. 90)

Con la sentenza n. 90 del 28 aprile 2017 la Corte costituzionale è intervenuta sugli automatismi dell’art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p., che vietano la sospensione dell’esecuzione della pena detentiva ove si proceda per taluni delitti (*ex art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli artt. 423-bis, 572, co. 2, 612-bis, co. 3, 624-bis, c.p.*) che presumono un’elevata pericolosità sociale in capo al loro autore. A distanza di un anno, il Giudice delle leggi è così tornato ad occuparsi della coerenza sistemica dell’individuazione dei reati ostativi alla concessione del beneficio della sospensione dell’esecuzione (già significativamente ridotti in forza della sent. n. 125 del 2016).

Più nel dettaglio, la sentenza ha accolto le eccezioni di incostituzionalità sollevate, con due distinte ordinanze, dalla sezione per i Minorenni della Corte d’appello di Milano, che evidenziavano un allarmante contrasto fra il divieto di sospensione dell’esecuzione della pena per i reati catalogati nella lettera a) dell’art. 656, co. 9, c.p.p. e gli artt. 27, co. 3, e 31, co. 2, Cost., in riferimento al percorso di recupero sociale già in concreto intrapreso dai condannati minorenni.

La Consulta ha inaugurato il suo percorso motivazionale ripercorrendo la *voluntas legis* sottesa alla sospensione dell’esecuzione, da rintracciarsi nella necessità di evitare l’impatto con il carcere per tutte le specifiche situazioni delineate dall’art. 656, co. 5, c.p.p.; tale previsione generale trova espressa deroga per i reati in relazione ai quali, a prescindere della pena (anche residua) da scontare, la presunzione di elevata pericolosità sociale prevalga sull’interesse del condannato ad ottenere le misure alternative alla detenzione carceraria.

La presunzione rimane del tutto indifferente al caso concreto al punto da impedire, come è avvenuto nei giudizi *a quibus* (in cui era stato spontaneamente intrapreso un percorso di recupero sociale), la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita con le misure alternative alla detenzione, alle quali la stessa sospensione è funzionale. Ed è proprio in ciò che si radicalizzano i profili di incostituzionalità della disciplina rispetto all'art. 27, co. 3, Cost., in relazione all'art. 31, co. 2, Cost., «non potendo ritenersi conforme al principio di protezione della gioventù un regime che collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore», dal momento che il processo penale minorile deve naturalmente essere orientato verso il recupero del infradiciottenne.

La Consulta, così, si è allineata ad una consolidata giurisprudenza costituzionale da tempo orientata verso la differenziazione dei binari punitivi per gli adulti e i minori, sottolineando come per questi ultimi il recupero e la risocializzazione impongano l'eliminazione di «automatismi applicativi nell'esecuzione della pena» a favore di «prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante» (sentt. n. 143 del 1996, n. 182 del 1991, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978), anzi su «prognosi particolarmente individualizzate» (sent. n. 78 del 1989), questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.» (sent. n. 128 del 1987 e n. 222 del 1983): vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono» (sent. n. 125 del 1992).

Il sistema di giustizia minorile, in sostanza, si caratterizzerebbe per la specifica funzione di recupero dell'infradiciottenne, assunta a «peculiare interesse-dovere dello Stato, anche a scapito della realizzazione della pretesa punitiva» (sent. n. 49 del 1973). Ebbene, un divieto generalizzato e automatico di un determinato beneficio, a parere della Corte, non può che porsi in contrasto con questo criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude rigidi automatismi e richiede una valutazione individualizzata e caso per caso (sent. n. 436 del 1999).

Il Giudice delle leggi ha così stigmatizzato con la decisione in commento la preclusione di cui all'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p. esaminando in concreto i due casi posti alla sua attenzione dal giudice *a quo*, nei quali i minori avevano già intrapreso un percorso di recupero sociale, percorso che veniva posto pericolosamente in crisi con l'ingresso in carcere, e che poteva invece essere evitato con il ricorso ad una misura alternativa.

Ma la Consulta è andata oltre, ritenendo che i rigidi automatismi alla concessione della sospensione non solo comportino una perdita di *chance* risocializzante, ma addirittura sortiscano il paradossale effetto di aggravare la devianza, piuttosto che curarla, posto che, una volta varcata la soglia carceraria, «i tempi del procedimento per la concessione di una misura alternativa non sono brevi, e se la pena è particolarmente mite (come quella di sei mesi di reclusione, oggetto della seconda ordinanza di rimessione) è possibile che la concessione della misura richiesta giunga solo quando l'esecuzione non è lontana dal termine». In filigrana, quindi, si legge la necessità di contenere, per quanto possibile, il fenomeno delle «porte girevoli», potenzialmente dannoso non solo per il detenuto a rischio contagio ma anche per il sistema penitenziario prossimo al collasso.

L'intervento elidente della Consulta, in definitiva, offre un'interpretazione sistematica e coerente, che peraltro anticipa l'applicazione di quei criteri direttivi contenuti nel disegno di legge Orlando (cfr., art. 85, lett. e) e p)) che dovranno guidare la futura riforma dell'ordinamento penitenziario.

La pronuncia, così, si apprezza non solo per la sua lineare e dogmatica impostazione, ma anche per la sua lungimiranza.

## SEZIONI UNITE

di Paola Maggio

## NECESSARIA L'ASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA NEL GIUDIZIO DI APPELLO CHE RIFORMA LA SENTENZA DI ASSOLUZIONE

(Cass., sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620)

Le Sezioni Unite traspongono al giudizio abbreviato d'appello il principio di diritto precedentemente enunciato in tema di riassunzione della prova dichiarativa (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620). Si afferma infatti che l'art. 6, par. 3, lett. d) Cedu preclude il ribaltamento di una sentenza di assoluzione senza una rinnovazione, anche di ufficio, dell'istruttoria dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Nell'ormai celebre sentenza Dasgupta (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620), il Supremo consesso aveva già affermato che il generale obbligo di rinnovazione istruttoria avrebbe dovuto trovare spazio anche a fronte dell'impugnazione dell'accusa avverso una sentenza assolutoria pronunciata a seguito di un giudizio abbreviato, poiché tutte le decisioni, basate sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia stato posto in discussione dal pubblico ministero appellante, attivano i poteri di integrazione probatoria in abbreviato (C. cost., n. 470 del 1991), a prescindere dal fatto che gli apporti dichiarativi siano stati tratti in primo grado solo da atti di indagine o da integrazioni probatorie a norma dell'art. 438, comma 5, c.p.p. o dell'art. 441, comma 5, c.p.p.

Nella ricostruzione proposta il dovere del giudice di appello, in vista di un ribaltamento del proscioglimento in condanna, di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova discende dalla stretta correlazione fra l'obbligo di motivazione rafforzata in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado e il canone "al di là di ogni ragionevole dubbio", nonché dal dovere di rinnovazione della istruttoria dibattimentale e dai limiti alla *reformatio in peius*.

Non si accoglie pertanto l'orientamento di segno contrario, sia precedente (v. Cass., sez. II, 23 maggio 2014, n. 33690; Cass., sez. II, 12 giugno 2014, n. 40254) sia successivo alla Dasgupta (Cass., sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242), che negava il dovere di rinnovazione dell'istruzione del giudice di appello dell'abbreviato non condizionato. Secondo questo indirizzo, la valenza generale dell'obbligo di assunzione della prova dichiarativa, che era stata estesa all'abbreviato da un mero *obiter dictum* della Dasgupta, appariva infatti dissonante rispetto al rito abbreviato non condizionato, ove neppure in primo grado è contemplato un contatto diretto del giudice con la prova dichiarativa. Non potendo essere ipotizzato un dovere di "decartolarizzazione", il giudice d'appello nel rito abbreviato conserva il potere – non l'obbligo – se lo ritiene assolutamente necessario ai fini decisori, di assumere d'ufficio nuove prove o di riassumere prove già acquisite agli atti. Inoltre, la forma peculiare di esercizio del diritto di difesa, rimessa alla scelta del titolare del diritto, contrassegna in modo peculiare il canone "del dubbio ragionevole".

Criticando questa visione riduttiva, le Sezioni Unite riaffermano i capisaldi della Dasgupta che aveva espressamente esteso al giudizio abbreviato la regola della rinnovazione della fonte dichiarativa, nelle ipotesi di impugnazione della sentenza di proscioglimento, rimarcando anche il valore dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Il canone, inserito nell'art. 533 c.p.p., comma 1, dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, ma già individuato in precedenza dalla giurisprudenza quale inderogabile regola di giudizio (Cass., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328), direttamente ricollegabile al principio costituzionale della presunzione di innocenza, impone, in mancanza di elementi sopravvenuti, che l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria. Per riformare un'assoluzione non basta, cioè, una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, occorrendo "una forza persuasiva" superiore. Si

impongono, cioè, percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazioni razionali della decisione, standard conclusivi di alta probabilità logica, dovendosi riconoscere che il diritto alla prova, come espressione del diritto di difesa, estende il suo ambito fino a comprendere una valutazione legale, completa e razionale dei dati probatori.

Né questi valori fondanti possono essere bilanciati dalla considerazione che l'assoluzione è stata pronunciata dal giudice di primo grado con rinuncia dell'imputato al contraddittorio (argomento già confutato, proprio con riferimento ai differenti poteri del giudice di appello rispetto a quello di primo grado nell'ambito del giudizio abbreviato, da Cass., sez. un., 13 dicembre 2015, n. 930), poiché lo scopo del giudizio, sia esso ordinario o abbreviato, è unitario e consiste, appunto, nel superamento del "dubbio ragionevole" dubbio.

Pertanto, affinché l'*overturning* si concretizzi in una motivazione rafforzata, deve prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive attraverso il metodo epistemologicamente più appagante, quello orale ed immediato tipico del modello accusatorio.

L'avvenuta costituzionalizzazione del "giusto processo" induce, inoltre, a configurare il giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, pur se a seguito del rito abbreviato, come un "nuovo" giudizio che non si risolva in una mera sede di valutazione critica, in fatto e in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, ma concretizzi un giudizio "asimmetrico" rispetto a quello precedentemente formulato. La regola non opera però quando il documento che tale prova riporta risulti semplicemente travisato, quando, cioè, emerga che la lettura della prova sia affetta da errore "revocatorio", per omissione, invenzione o falsificazione. In questo caso, difatti, la difformità cade sul significato (sul documento) e non sul significato (sul documentato) e, perciò, non può sorgere alcuna esigenza di rivalutazione di tale contenuto attraverso una nuova audizione del dichiarante.

#### È APPELLABILE IL DECRETO CHE RIGETTA LA RICHIESTA DEL PUBBLICO MINISTERO DI APPLICARE LA CONFISCA NON PRECEDUTA DAL SEQUESTRO

(Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 20125)

Le Sezioni Unite colmano una lacuna nella disciplina delle cautele reali originata da un'imprecisione terminologica dell'art. 27, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, relativo al regime di impugnazione del provvedimento di rigetto della proposta di applicazione della confisca di prevenzione, quando non preceduta dal sequestro di urgenza.

Il comma 1 dell'art. 27, d.lgs. n. 159 del 2011, elenca infatti i provvedimenti da comunicare ai fini dell'impugnazione, indicandoli in quelli dispositivi della confisca dei beni sequestrati, della revoca del sequestro, della restituzione della cauzione, della liberazione delle garanzie, della confisca della cauzione e dell'esecuzione sui beni costituiti in garanzia. Il comma 2 dello stesso art. 27 richiama invece le disposizioni dell'art. 10 dello stesso d.lgs. n. 159 del 2011 per l'impugnazione di tali provvedimenti, precisando che, di essi, la confisca dei beni sequestrati, la confisca della cauzione e l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia divengono esecutivi con la definitività delle relative pronunce.

Il dato letterale dell'articolo 27 non include, dunque, fra i provvedimenti impugnabili quello di rigetto della proposta di applicazione della confisca.

Il *deficit* normativo aveva generato un contrasto giurisprudenziale sull'impugnabilità o meno del provvedimento e sullo strumento specificamente esperibile.

Un primo orientamento (Cass., sez. VI, 17 ottobre 2013, n. 46478; Cass., sez. II, 7 luglio 2015, n. 30422; Cass., sez. VI, 3 giugno 2015, n. 26842) riteneva il provvedimento di rigetto della proposta della confisca inoppugnabile, data la mancata ricomprensione nell'elenco degli atti impugnabili. Il richiamo del comma 2 dell'articolo 27, ai fini delle impugnazioni, ai provvedimenti specificamente elencati nel comma 1 ai fini delle comunicazioni (che alle impugnazioni sono funzionali, in quanto dirette alle parti e ai soggetti interessati) darebbe luogo a un numero chiuso di atti impugnabili che il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione non consentirebbe di ampliare.

Nello specifico, l'inoppugnabilità riguarderebbe tuttavia la sola ipotesi della proposta di confisca non preceduta dal sequestro, giacché nell'ipotesi in cui il bene sia stato in precedenza sequestrato, al rigetto della richiesta di confisca deve seguire, ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, la revoca del sequestro, provvedimento che rientra comunque fra quelli elencati dall'articolo 27 e, quindi, senz'altro impugnabile.

Secondo altra parte della giurisprudenza, invece, per ragioni di ragionevolezza, anche il rigetto della proposta di confisca non preceduta dal sequestro del bene dovrebbe considerarsi impugnabile proprio per evitare un'ingiustificata differenziazione tra atti simili (Cass., sez. V, 1 ottobre 2014, n. 494). La soluzione estensiva interpreta il principio della tassatività delle impugnazioni attraverso una lettura non testuale dell'art. 27, comma 1: nel senso che l'espressione "revoca del sequestro", contenuta nell'elencazione dei provvedimenti da comunicare, e quindi impugnabili, dovrebbe intendersi estensivamente, come comprendente anche il diniego della confisca non preceduta da sequestro, per la sostanziale assimilabilità di quest'ultimo caso a quello della revoca del sequestro, in considerazione degli effetti che ne derivano in termini di insussistenza del vincolo sui beni.

Le Sezioni Unite sposano questo secondo orientamento, precisando anzitutto l'ammissibilità di una confisca non preceduta da sequestro e osservando come nessun dubbio sussista sull'impugnabilità del provvedimento in caso di rigetto della proposta di confisca preceduta da sequestro.

Il distinto ambito di operatività del sequestro e della confisca, all'interno delle misure di prevenzione, rende ammissibile una confisca che non sia preceduta necessariamente dal sequestro del bene. Il *proprium* della finalità del sequestro, desumibile dal combinato disposto degli artt. 20 e 22, d.lgs. n. 159 del 2011, è di anticipare le ragioni della tutela tutte le volte in cui vi sia concreto pericolo di dispersione, sottrazione o alienazione del bene. Con l'effetto che ben può porsi la situazione di una proposta di confisca che non sia preceduta dal sequestro, in difetto delle rilevate condizioni di urgenza.

Alla base del dubbio interpretativo non può dunque che esservi una svista del legislatore, come conferma il recente disegno di legge di modifica della disciplina delle misure di prevenzione, approvato dalla Camera dei deputati in data 11 novembre 2015, laddove l'elencazione dei provvedimenti impugnabili, di cui all'art. 27, comma 1, è integrata proprio con l'inserimento del provvedimento di «rigetto della richiesta di confisca anche qualora non sia stato precedentemente disposto il sequestro».

In attesa di questo intervento la lacuna normativa può essere colmata, secondo le Sezioni Unite, attraverso una lettura sistematica dell'art. 27, da effettuare unitamente alla disciplina delle impugnazioni delle misure di prevenzione personali contenuta nell'art. 10 dello stesso d.lgs. n. 159 del 2011, del resto espressamente richiamata nel comma 2 del citato art. 27.

In effetti, non è decisivo il mancato richiamo del provvedimento di rigetto della proposta di confisca non preceduta dal sequestro nel comma 1 dell'art. 27, perché tale disposizione è diretta esclusivamente a disciplinare le modalità di comunicazione dei provvedimenti adottati dal giudice.

È invece il comma 2 dell'art. 27 a essere espressamente dedicato all'impugnabilità di questi provvedimenti, con richiamo alle disposizioni dell'art. 10. Norma, quest'ultima, che, nel disciplinare le impugnazioni dei provvedimenti adottati in materia di misure di prevenzione personali, si esprime con formulazione ampia sull'oggetto dell'impugnazione, disponendo che «il Procuratore della Repubblica, il Procuratore generale presso la corte di appello e l'interessato hanno facoltà di proporre ricorso alla corte di appello anche per il merito», sì da ricomprendervi sia i provvedimenti applicativi sia quelli reiettivi.

In definitiva, le Sezioni Unite ritengono la disattenzione del legislatore colmabile valorizzando la *ratio legis* della disciplina delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali. Così facendo, si rimuovono le conseguenze irragionevoli insite in una lettura ancorata al dato formale, consentendo l'appellabilità del provvedimento di diniego della confisca, anche se non preceduta dal sequestro.

#### **ALL'UDIENZA SUL CONFLITTO DI GIURISDIZIONE FRA IL GIUDICE ORDINARIO E IL GIUDICE MILITARE È LEGITTIMATO A PARTECIPARE ESCLUSIVAMENTE IL PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE**

(Cass., sez. un., 14 aprile 2017, n. 18621)

Le Sezioni Unite affermano il principio di diritto secondo cui «all'udienza in camera di consiglio davanti alla Corte di cassazione, regolatrice del conflitto di giurisdizione instaurato tra il giudice ordinario e il giudice militare, è legittimato a partecipare esclusivamente il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di cassazione».

La soluzione muove anzitutto dalla *ratio* della riforma legislativa del 1981, con cui si è operato un radicale riassetto del sistema delle impugnazioni nei processi militari in tempo di pace ed è stato istituito presso la Corte di cassazione l'autonomo ufficio del pubblico ministero militare. Tale scelta rappre-

senta al contempo, il fondamento e il limite stesso della legittimazione di tale magistrato requirente a intervenire nei giudizi davanti alla stessa Corte.

Specularmente alla riconosciuta ricorribilità per Cassazione di tutti i provvedimenti dei giudici militari, si è voluto difatti introdurre un apporto “specialistico” nell’ordinario giudizio di legittimità, esclusivamente per i reati militari, dato che la giurisdizione militare vive un rapporto di eccezione, in ragione di specifiche esigenze, all’interno del più ampio novero lasciato ai giudici ordinari anche nella materia militare (C. cost., n. 429 del 1992 e C. cost., n. 271 del 2000).

Inoltre, il “principio dell’unicità della giurisdizione” riaffermato dalla Consulta (C. cost., n. 1 del 1983) e dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 21 maggio 1983, n. 7523), unitamente al percorso di normalizzazione e di “democratizzazione” costituzionale della giustizia militare trasfuso nel d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, confermano il progressivo marcato processo di marginalizzazione della giustizia militare, sempre più omologata alla giustizia ordinaria comune.

In quest’ottica la partecipazione all’udienza nel giudizio definitivo, che è massimamente espressivo del valore dell’unicità della giurisdizione, va riferita al Procuratore generale ordinario.

La condizione di “autonomia” del parallelo ufficio del Pubblico ministero militare in Cassazione attiene infatti solo all’assetto organizzativo di quell’ufficio che resta organo della giurisdizione speciale militare, le cui strutture sono inserite nell’ambito dell’amministrazione della Difesa, alla quale sono demandati l’organizzazione e il funzionamento dei corrispondenti servizi.

Le differenze funzionali fra le due figure sono state confermate dal Consiglio di Stato che ha escluso la riconducibilità in capo al Procuratore generale militare di funzioni apicali requirenti omologhe a quelle del Procuratore generale presso la Corte di cassazione (par. 9 dicembre 2008, n. 3710) e ha rinvenuto un decisivo elemento differenziale tra le due figure istituzionali proprio nella specifica attribuzione alla Corte di cassazione della risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Il Procuratore generale militare presso la Corte di cassazione riveste una competenza settoriale limitata al diritto penale militare, non equiparabile a quella generale spettante al Procuratore generale presso la Corte di cassazione dettata dall’art. 76 Ord. giud., per ogni procedimento, penale e civile, nel solo interesse della legge e dell’unità dell’ordinamento giuridico, sostanziale e processuale, nazionale.

Ulteriore conferma della diversità delle due figure deriva poi dal potere disciplinare al Procuratore generale presso la Cassazione (Cass., sez. un. civ., 19 gennaio 2001, n. 7), chiamato, in via esclusiva, a presenziare alla fase dibattimentale dell’azione disciplinare proposta dal Procuratore generale militare.

Infine, anche nelle situazioni di contrasto di giurisdizione risolte dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione mediante l’istituto del regolamento di giurisdizione (di cui al combinato disposto degli artt. 37 e 41 c.p.c.), si è ripetutamente stabilito come l’unico rappresentante del pubblico ministero legittimato a partecipare al relativo giudizio incidentale vada individuato nel Procuratore generale presso la Cassazione, a norma dell’art. 70 c.p.c., comma 2, e non nel rappresentante del pubblico ministero presso il giudice speciale interessato dal regolamento di giurisdizione (Cass., sez. un. 17 gennaio 1991, n. 404; Cass., sez. un., 9 settembre 1992, n. 12866).

## DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

### LA COMPETENZA A DECIDERE SULLA RICHIESTA DI MESSA ALLA PROVA PRESENTATA IN SEDE DI OPPOSIZIONE AL DECRETO PENALE DI CONDANNA

(Cass., sez. I, 4 maggio 2017, n. 21324)

Nel procedimento per decreto con l'atto di opposizione può essere presentata richiesta di sospensione del procedimento e di messa alla prova *ex art. 464-bis c.p.p.* La disciplina del giudizio conseguente all'opposizione dettata dall'art. 464 c.p.p. non contempla tuttavia gli sviluppi del giudizio a seguito della richiesta di messa alla prova: non è quindi espressamente individuato il giudice competente a decidere sulla richiesta formulata dall'imputato.

La Corte di cassazione, chiamata a risolvere un conflitto di competenza tra tribunale e giudice per le indagini preliminari, ha attribuito al giudice del dibattimento, e non al g.i.p., la competenza a decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento e di messa alla prova avanzata in sede di opposizione a decreto penale di condanna (Cass., sez. I, 3 febbraio 2016, n. 25867). Secondo questo orientamento, infatti, l'art. 461, comma 3, c.p.p. – che individua nel giudice che ha emesso il decreto penale di condanna l'autorità giudiziaria destinataria della richiesta dell'imputato di ammissione al giudizio abbreviato ovvero di applicazione della pena – non è applicabile, in via analogica, alla diversa ipotesi in cui con l'opposizione al decreto penale sia stata invece formulata una richiesta di messa alla prova, in ragione della obiettiva diversità della richiesta di messa alla prova rispetto a quella di ammissione ad un rito alternativo; la mancanza di una espressa previsione in tal senso, è stata ritenuta dalla Corte di cassazione indicativa di una volontà del legislatore di attribuire, in tal caso, la competenza al giudice chiamato a definire il giudizio conseguente all'opposizione. Inoltre, poiché ai sensi dell'art. 464-*sexies* c.p.p. è possibile, durante la sospensione del procedimento con messa alla prova, l'acquisizione a richiesta di parte delle prove non rinviabili e di quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato con le modalità stabilite per il dibattimento, se dovesse essere ritenuto competente il giudice delle indagini preliminari, quest'ultimo, del tutto incongruamente, «dovrebbe acquisire delle prove relativamente al giudizio che, in caso di revoca dell'ordinanza di sospensione con messa alla prova, verrebbe poi ad essere celebrato, per la restante parte, dal giudice del dibattimento», con la conseguenza che, «così argomentando il legislatore avrebbe introdotto una nuova ipotesi di "incidente probatorio", ulteriormente derogando in maniera tra l'altro non espressa al principio di oralità della prova».

La soluzione adottata dalla Suprema Corte in sede di conflitto viene disattesa dalla sentenza in esame, che al contrario afferma la competenza del giudice per le indagini preliminari. Dal sistema emerge infatti che, per l'accesso alla sospensione con messa alla prova, sedi, scansioni, limiti temporali sono analoghi a quelli per l'accesso al rito abbreviato o al patteggiamento; di conseguenza il giudice chiamato a decidere sull'istanza dell'imputato è, anche per tale procedimento speciale, il giudice che avendo la disponibilità del fascicolo "procede", vale a dire il g.i.p. Le ragioni su cui si fonda l'orientamento contrario non paiono convincenti: non è chiara «l'obiettiva diversità della richiesta di messa alla prova rispetto a quella di ammissione ad un rito alternativo», considerato che la sospensione del procedimento con messa alla prova è disciplinata nel libro VI del codice di rito, dedicato proprio ai procedimenti speciali; non convince neppure l'argomento fondato sull'art. 464-*sexies* c.p.p., che, in verità, prova il contrario, poiché se la competenza fosse sempre riservata al giudice del dibattimento non vi sarebbe stato motivo di precisare le forme da adottare per acquisizione delle prove non rinviabili. Inoltre, secondo questo diverso orientamento, l'attribuzione della competenza al giudice del dibattimento e quindi la configurazione del dibattimento come sede "naturale" per la decisione sulla richiesta di sospensione del procedimento per messa alla prova in caso di opposizione al decreto penale, finirebbe per privare l'imputato della possibilità di richiedere eventualmente, in via subordinata in caso di rigetto, la definizione del giudizio conseguente alla opposizione mediante altri riti la cui richiesta non risulti ancora preclusa.

**ORIENTAMENTI CONTRASTANTI IN TEMA DI INCIDENTE DI ESECUZIONE PROMOSSO DAL TERZO, PROPRIETARIO DEL BENE CONFISCATO, RIMASTO ESTRANEO AL PROCEDIMENTO**

(Cass., sez. I, 11 maggio 2017, n. 23322)

(Cass., sez. I, 14 aprile 2017, n. 18691)

In tema di confisca di beni nella formale titolarità di terzi estranei al procedimento penale, due dibattute questioni hanno dato luogo a soluzioni interpretative contrapposte nella giurisprudenza di legittimità.

Un primo contrasto si riscontra con riguardo alla legittimazione del terzo titolare di un bene confiscato ed estraneo al giudizio di cognizione a promuovere incidente di esecuzione, quando ancora la sentenza non è passata in giudicato. La Corte di cassazione aveva espresso il principio secondo cui il terzo rimasto estraneo al giudizio in cui sia stata disposta, con sentenza non irrevocabile, la confisca della cosa già oggetto di sequestro preventivo, non ha il diritto di impugnare la sentenza per il capo riguardante la misura di sicurezza patrimoniale, a norma dell'art. 579, comma 3, c.p.p., ma può presentare istanza di restituzione del bene confiscato al giudice che ha la disponibilità del procedimento (Cass., sez. II, 5 aprile 2001, n. 14146), o esperire incidente d'esecuzione, sia nel corso del procedimento, sia dopo la sua definizione (Cass., sez. I, 12 novembre 2008, n. 42107). Secondo un diverso più recente orientamento, deve invece ritenersi precluso al terzo rivolgersi al giudice della cognizione dopo la sentenza non irrevocabile di condanna e fino alla formazione del giudicato di condanna, non potendosi ammettere «che la statuizione di confisca contenuta nella sentenza sia posta in discussione – durante la pendenza del processo e al di fuori dello stesso – da un soggetto terzo, che non è parte del rapporto processuale instaurato dinanzi al giudice della cognizione». La tutela del terzo è comunque assicurata dalla possibilità riconosciuta al terzo estraneo al procedimento di promuovere incidente di esecuzione, una volta che la confisca sia divenuta irrevocabile, al fine di ottenere la revoca della misura di sicurezza (Cass., sez. II, 5 febbraio 2015, n. 5380; Cass., sez. II, 21 novembre 2016, n. 49371; Cass., sez. II, 8 febbraio 2017, n. 5806). Per comporre il contrasto è stato richiesto l'intervento regolatore delle Sezioni Unite al fine di stabilire se il terzo rimasto estraneo al giudizio di cognizione, proprietario del bene del quale sia stata disposta con sentenza la confisca, sia legittimato a promuovere incidente di esecuzione prima della irrevocabilità della sentenza (Cass., sez. I, 11 maggio 2017, n. 23322).

Un'ulteriore contrapposizione si è delineata recentemente nella giurisprudenza di legittimità in ordine alle forme da adottare per la decisione sulla opposizione proposta dal terzo proprietario del bene oggetto di confisca, rimasto estraneo al procedimento di cognizione. Il giudice dell'esecuzione in ordine alla confisca decide *de plano* secondo il combinato disposto degli artt. 676, comma 1 e 667, comma 4, c.p.p. Contro tale ordinanza l'interessato può proporre opposizione davanti allo stesso giudice, instaurando così una nuova fase in cui si procede *ex art.* 666 c.p.p. Secondo un orientamento giurisprudenziale il giudice sarebbe autorizzato anche in fase di opposizione a deliberare *de plano*, seguendo il modulo procedimentale previsto dall'art. 666, 2 comma, c.p.p., qualora ritenesse inammissibile l'opposizione, dovendo fissare la data dell'udienza in camera di consiglio a norma dei commi 3 e 4 dell'art. 666 c.p.p. solo in assenza di cause di inammissibilità (Cass., sez. I, 6 marzo 2015, n. 12572). Ciò in quanto il richiamo operato dall'art. 667, comma 4, c.p.p. alla disciplina generale del procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p., nel caso di opposizione contro l'ordinanza adottata senza formalità dal giudice dell'esecuzione in materia di confisca, configura in capo al giudice dell'esecuzione in sede di opposizione o il potere di dichiararla inammissibile *ex art.* 666, comma 2, c.p.p. o il dovere, in assenza di cause di inammissibilità, di fissare la data dell'udienza in camera di consiglio, garantendo il pieno contraddittorio ai sensi dell'art. 666, commi 3 e 4, c.p.p.

Al contrario, recentemente la stessa sezione della Corte ha affermato la necessità dell'instaurazione del contraddittorio in caso di opposizione avverso il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione abbia dichiarato inammissibile *de plano* la richiesta di revoca della confisca proposta dal terzo, ai sensi dell'art. 667, comma 4, c.p.p. Secondo questa diversa interpretazione, l'art. 666, comma 2, c.p.p., sarebbe inapplicabile al caso di specie, in quanto tale norma fa riferimento alla "richiesta" e non può riferirsi alla "opposizione" proposta nei confronti della ordinanza emessa senza formalità dal giudice dell'esecuzione. Pertanto, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad instaurare il contraddittorio tra le parti a norma dell'art. 666, commi 3 e 4, c.p.p. a pena di nullità assoluta dell'ordinanza che definisce il procedimento (Cass., sez. I, 14 aprile 2017, n. 18691).





Processo penale e giustizia n. 4 | 2017

# Avanguardie in giurisprudenza

## *Cutting Edge Case Law*

## Cade l'obbligo dei riscontri anche per le dichiarazioni dell'imputato assolto in via definitiva per insussistenza del fatto

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 26 GENNAIO 2017, N. 21 – PRES. GROSSI; REL. LATTANZI

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 197-bis, comma 6, c.p.p. nella parte in cui prevede l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 dell'art. 197-bis c.p.p., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" divenuta irrevocabile.

In via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è costituzionalmente illegittimo l'art. 197-bis, comma 3, c.p.p., nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore in favore delle medesime persone.

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. – Il Tribunale ordinario di Macerata, in composizione monocratica, con ordinanza del 22 maggio 2015 (r.o. n. 232 del 2015), ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 197-bis, commi 3 e 6, e 192, comma 3, del codice di procedura penale, «nella parte in cui prevedono la necessità della assistenza di difensore e la applicazione del disposto di cui all'art. 192 c. 3 cpp anche per le dichiarazioni rese da persone giudicate in procedimento connesso o per reato collegato nei confronti delle quali sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste"».

Il giudice rimettente, premesso di essere investito di un procedimento nei confronti di tre imputati rinviati a giudizio per il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), essendo state loro contestate «plurime cessioni di hashish» ad altra persona, precisa che, nel corso dell'istruttoria dibattimentale era stato sentito come testimone un imputato di reato probatoriamente collegato, assolto con sentenza irrevocabile «"perché il fatto non sussiste", non essendo provato che la droga da lui acquistata non fosse stata presa per uso personale».

Nell'udienza del 22 maggio 2015, in sede di conclusioni, il pubblico ministero aveva chiesto la condanna degli imputati, mentre la difesa ne aveva chiesto l'assoluzione.

Il Tribunale rimettente rileva che l'ipotesi accusatoria «poggia in maniera determinante» sulle dichiarazioni del teste «acquirente della droga», il quale ha riferito dell'acquisto della sostanza stupefacente e ha «riconosciuto in foto» gli imputati del procedimento principale come i venditori della sostanza poi rinvenuta dalla polizia giudiziaria nella sua disponibilità.

Questo testimone, come osserva il giudice rimettente, aveva la qualità di persona già imputata di reato collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., essendogli stata contestata la detenzione ai fini di spaccio dello stupefacente acquistato dalle persone imputate nel giudizio a quo. Infatti, secondo il giudice rimettente, la prova sulla natura della sostanza riverberava i suoi effetti su entrambi i processi, mentre la prova sulla detenzione della droga da parte del testimone costituiva un indizio a suo carico e a carico degli imputati. Conseguentemente la sua deposizione dovrebbe essere valutata secondo i canoni stabiliti dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., essendo «idonea a fornire piena prova solo in presenza di "altri elementi di prova"», i quali non emergerebbero dagli atti.

Il giudice a quo pertanto ritiene di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale precedentemente indicata.

La situazione normativa sarebbe analoga a quella già decisa con la sentenza n. 381 del 2006 di questa Corte, in quanto l'intervento nei confronti di un coimputato di una «sentenza di assoluzione piena “perché il fatto non sussiste”» costituirebbe una «circostanza idonea ad eliminare qualsiasi “stato di relazione” di quel dichiarante rispetto ai fatti oggetto del procedimento», sì da far assimilare «almeno giuridicamente» la sua situazione a quella «di indifferenza del teste ordinario».

La disciplina censurata, oltre a risultare priva di ragionevolezza, sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza. Essa, infatti, parificherebbe la posizione «dell'imputato in procedimento connesso o di reato collegato, assolto con sentenza irrevocabile, a quella della persona dichiarante ai sensi dell'art. 210 cod. proc. pen.; e, per converso, la diversific[herebbe] profondamente da quella del testimone ordinario, tanto sotto il profilo dell'obbligo di assistenza difensiva, quanto sotto quello della limitazione probatoria delle dichiarazioni». Il legislatore in tale modo avrebbe «sovrapposto e confuso la sfera della limitata capacità testimoniale con quella dell'attendibilità in concreto», la quale atterrebbe «al principio del libero convincimento del giudice».

Secondo il giudice rimettente «anche la persona offesa dal reato o i prossimi congiunti dell'imputato possono porre seri problemi di attendibilità, e, nondimeno, rispetto a costoro non esiste alcuna *capitis deminutio* testimoniale, che invece persiste, irragionevolmente, rispetto all'assolto».

L'applicabilità o meno della regola di giudizio di cui all'art. 192, comma 3, cod. proc. pen. sarebbe questione chiaramente rilevante, dato che la «deposizione del coimputato per reato connesso» costituirebbe «l'elemento portante della ipotesi di accusa e la valutazione in ordine alla necessità o meno di riscontri alle sue asserzioni (riscontri che non si rinvergono in atti) può comportare la differenza tra affermazione di penale responsabilità degli imputati o loro assoluzione».

Il giudice rimettente sottolinea che la denunciata illegittimità costituzionale riguarda anche l'assistenza del difensore prevista dall'art. 197-bis cod. proc. pen., ma riconosce che la questione è superata perché il testimone era stato sentito alla presenza del difensore. Nonostante ciò ritiene «auspicabile una unitaria pronuncia [...] che assimili in tutto la posizione del coimputato per reato connesso assolto “perché il fatto non sussiste” [a quella del] coimputato per reato connesso “assolto per non aver commesso il fatto”».

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Con ordinanza del 22 maggio 2015 (r.o. n. 232 del 2015), il Tribunale ordinario di Macerata, in composizione monocratica, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 197-bis, commi 3 e 6, e 192, comma 3, del codice di procedura penale, «nella parte in cui prevedono la necessità della assistenza di difensore e la applicazione del disposto di cui all'art. 192 c. 3 cpp anche per le dichiarazioni rese da persone giudicate in procedimento connesso o per reato collegato nei confronti delle quali sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “perché il fatto non sussiste”».

La disciplina censurata, oltre a risultare priva di ragionevolezza, sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza. Essa, infatti, parificherebbe la posizione «dell'imputato in procedimento connesso o di reato collegato, assolto con sentenza irrevocabile, a quella della persona dichiarante ai sensi dell'art. 210 cod. proc. pen.; e, per converso, la diversific[herebbe] profondamente da quella del testimone ordinario, tanto sotto il profilo dell'obbligo di assistenza difensiva, quanto sotto quello della limitazione probatoria delle dichiarazioni».

2. – Le questioni sono state sollevate con riferimento, oltre che all'art. 197-bis, commi 3 e 6, anche all'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., ma in realtà riguardano esclusivamente i due commi dell'art. 197-bis impugnati, e in particolare il comma 6.

Questo comma stabilisce che alle dichiarazioni dei testimoni assistiti «si applica la disposizione di cui all'articolo 192, comma 3», e dall'ordinanza di rimessione non emerge alcuna specifica censura nei confronti della disposizione oggetto del rinvio.

La regola di giudizio contenuta nell'art. 192, comma 3, sulla valutazione delle dichiarazioni delle persone imputate in un procedimento connesso, non è in questione; la censura riguarda solo il rinvio operato dall'art. 197-bis, comma 6, cod. proc. pen., perché rende tale regola applicabile anche alle dichiarazioni dei testimoni assistiti.

È dunque esclusivamente nei confronti di questa disposizione che si appuntano le censure del giudice a quo, e in tale senso deve essere delimitato l'oggetto della questione di legittimità costituzionale.

3. – La questione relativa all'altro comma dell'art. 197-bis cod. proc. pen. impugnato, cioè al comma 3, che prescrive l'assistenza del difensore, non è ammissibile, perché è priva di rilevanza. Infatti, come ha riconosciuto lo stesso giudice rimettente, nel processo a quo il testimone, imputato di reato collegato e assolto perché il fatto non sussiste, è stato già sentito alla presenza del difensore, sicché della disposizione impugnata non occorre più fare applicazione.

4. – La questione riguardante l'art. 197-bis, comma 6, cod. proc. pen. è fondata.

5. – Questa Corte, come ha ricordato il giudice rimettente, ha già esaminato, in una situazione analoga, la compatibilità dell'art. 197-bis cod. proc. pen. con l'art. 3 Cost., e ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui la disposizione si applica alle dichiarazioni rese dalle persone «nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto” divenuta irrevocabile» (sentenza n. 381 del 2006).

La ratio di quella pronuncia risulta suscettibile di estensione rispetto all'odierna questione, in modo da determinarne l'accoglimento.

Con la sentenza n. 381 del 2006 questa Corte, ribadendo peraltro quanto aveva già affermato con l'ordinanza n. 265 del 2004, ha rilevato come «l'assetto normativo della prova dichiarativa, in esito alla novella del 1° marzo 2001, n. 63, di attuazione del 'giusto processo', evidenziasse una complessiva 'strategia di fondo' del legislatore: precisamente, quella di "enucleare una serie di figure di dichiaranti nel processo penale in base ai diversi 'stati di relazione' rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma 'estrema' di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato"». La sentenza aggiungeva che «Alla molteplicità di tali 'stati di relazione' corrisponde, evidentemente, una "articolata scansione normativa", relativa non soltanto alla varietà soggettiva dei dichiaranti, ma anche alle differenti modalità di assunzione della dichiarazione e, soprattutto, ai diversi effetti del dichiarato».

Muovendo da queste considerazioni e dall'esame dei diversi "stati di relazione" individuati dalle norme del codice di rito, questa Corte è giunta alla conclusione che assimilare le dichiarazioni della persona imputata in un procedimento connesso o di un reato collegato, assolta "per non aver commesso il fatto", alle altre dichiarazioni previste dal comma 1 dell'art. 197-bis cod. proc. pen. «appare per un verso irragionevole e, per altro verso, in contrasto con il principio di eguaglianza» (sentenza n. 381 del 2006).

Alle medesime conclusioni non può non pervenirsi nel caso di assoluzione "perché il fatto non sussiste", che costituisce una formula liberatoria nel merito di uguale ampiezza.

Del resto non è senza significato il fatto che il codice di procedura penale del 1930, con l'art. 348, terzo comma, vietasse l'assunzione, come testimoni, degli imputati dello stesso reato o di un reato connesso, anche se erano stati prosciolti o condannati, salvo che il proscioglimento fosse stato «pronunciato in giudizio per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste».

Pure in quest'ultimo caso può affermarsi che l'assoggettamento delle dichiarazioni della persona assolta alla regola legale di valutazione enunciata nell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., si da rendere «perenne una compromissione del valore probatorio delle relative dichiarazioni testimoniali», risulta priva di giustificazione sul piano razionale. Per effetto di tale regola l'efficacia di un giudicato di assoluzione – che pure espressamente esclude, per il dichiarante, qualsiasi responsabilità rispetto ai fatti oggetto del giudizio, consolidando tale esito al punto da renderlo irreversibile – risulta sostanzialmente svilita proprio dalla perdurante limitazione del valore probatorio delle sue dichiarazioni (sentenza n. 381 del 2006).

Riguardo anche alla violazione del principio di eguaglianza, possono estendersi al caso in esame le considerazioni già svolte dalla sentenza n. 381 del 2006. Infatti, «la presunzione di minore attendibilità, scaturente dalla regola di valutazione probatoria in questione, risulta irragionevolmente discordante rispetto alle *regulae iuris* che presiedono, invece, alla valutazione giudiziale delle dichiarazioni rese dal teste ordinario; e ciò nonostante le tipologie di dichiaranti in comparazione risultino omogenee, in quanto connotate dalla comune peculiarità della condizione di assoluta indifferenza rispetto alla vicenda oggetto di giudizio: l'una sussistente ab origine, l'altra necessariamente sopravvenuta ed indotta dall'assoluzione divenuta irrevocabile».

È inoltre da considerare che la sentenza di illegittimità costituzionale n. 381 del 2006 ha dato luogo a un'ulteriore situazione di contrasto con l'art. 3 Cost., perché differenziando il regime e il valore probatorio delle dichiarazioni dell'imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato, a seconda

che l'assoluzione sia stata pronunciata per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste, ha determinato una nuova ingiustificata disparità di trattamento, alla quale ora può porsi riparo.

Va quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., del comma 6 dell'art. 197-bis cod. proc. pen., nella parte in cui prevede l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 dell'art. 197-bis cod. proc. pen., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste", divenuta irrevocabile.

6. – La dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, al comma 3 dell'art. 197-bis cod. proc. pen. L'estensione si impone per evitare che la testimonianza del dichiarante, imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato poi assolto "perché il fatto non sussiste", resti soggetta a una modalità di assunzione della prova strettamente correlata, in un regime di testimonianza assistita, alla norma di cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale. Caduta l'una deve conseguentemente cadere pure l'altra, anche perché il suo mantenimento lascerebbe parzialmente in vita l'ingiustificata disparità di trattamento alla quale con la presente decisione è stato posto riparo.

Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), il comma 3 dell'art. 197-bis cod. proc. pen. va quindi dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste", divenuta irrevocabile.

#### PQM

##### LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 197-bis, comma 6, del codice di procedura penale, nella parte in cui prevede l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 dell'art. 197-bis cod. proc. pen., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" divenuta irrevocabile;

2) dichiara, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), l'illegittimità costituzionale dell'art. 197-bis, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" divenuta irrevocabile.

[*Omissis*]

GIAN MARCO BACCARI

*Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Siena*

## La Corte costituzionale restringe ancora i confini della testimonianza assistita

*The constitutional Court reduces assisted witness's boundaries once again*

---

Con la pronuncia in commento il Giudice delle leggi, sulla scia della sentenza n. 381 del 2006, ha stabilito che la deposizione dell'imputato connesso o collegato assolto in via definitiva per insussistenza del fatto deve avvenire senza l'assistenza del difensore e non necessita dei riscontri. Aumentano così gli statuti testimoniali nel contesto di un quadro normativo già molto complesso.

*The constitutional Court, in the wake of the previous judgement n. 381, 2006, decides that the related defendant's deposition after being acquitted in fact must be done without the advocate's assistance and doesn't require any corroborations. Thus the number of the witness's statutes increases within an already complex legislative framework.*

---

### LA GENESI DELLA PRONUNCIA

La questione sottoposta alla Corte scaturisce da un processo in cui l'accusa di "spaccio" di sostanze stupefacenti rivolta a tre persone era incentrata esclusivamente sulle dichiarazioni rese da colui che aveva acquistato la droga dagli imputati e che era già stato assolto con l'ampia formula liberatoria "perché il fatto non sussiste"<sup>1</sup>. Costui, quindi, era stato sentito in dibattimento correttamente come "testimone assistito" ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p. e non mediante il mezzo di prova dell'esame di imputato connesso o collegato (art. 210 c.p.p.). Tuttavia, le dichiarazioni accusatorie avrebbero potuto condurre alla condanna soltanto in presenza di «altri elementi di prova», in virtù della regola di valutazione contenuta nell'art. 192, comma 3, c.p.p., richiamata espressamente dall'art. 197, comma 6, c.p.p. A fronte della mancanza nel caso concreto dei necessari riscontri, il giudice rimettente ha denunciato l'illegittimità di quest'ultima disposizione per contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Nell'ordinanza di remissione vengono richiamati gli argomenti già utilizzati a suo tempo dalla Consulta per sottrarre in parte l'imputato assolto «per non avere commesso il fatto» alla disciplina della testimonianza assistita<sup>2</sup>. Si afferma, in particolare, che l'irrevocabilità di una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto pone la persona assolta nella stessa situazione di indifferenza del teste ordinario rispetto all'oggetto del processo.

Per questo stesso motivo, inoltre, la disciplina è stata denunciata anche sotto il profilo della necessaria assistenza difensiva al dichiarante assolto in via definitiva con la formula in parola. Tale questione, pur se non rilevante nel giudizio *a quo*, veniva portata all'esame del Giudice delle leggi nell'auspicio di una perfetta assimilazione tra «la posizione del coimputato per reato connesso assolto "perché il fatto non sussiste" a quella del coimputato per reato connesso "assolto per non aver commesso il fatto"».

---

<sup>1</sup> L'imputato era stato assolto con la formula "il fatto non sussiste" dal momento che il pubblico ministero non aveva soddisfatto l'onere della prova in ordine alla detenzione per uso non personale della sostanza stupefacente rinvenuta.

<sup>2</sup> C. cost., sent. 21 novembre 2006, n. 381, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 318, con nota di C. Conti, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto: deve essere equiparato al testimone comune*.

## L'ITER ARGOMENTATIVO

Con la pronuncia in commento la Corte ha accolto, in via diretta, la questione di illegittimità dell'art. 197-bis, comma 6, c.p.p., nella parte in cui richiede l'obbligo dei riscontri anche per le dichiarazioni rese dall'imputato assolto in via definitiva con la formula "perché il fatto non sussiste"; in via derivata, la questione di illegittimità parziale del comma 3 dell'art. 197-bis c.p.p. in ordine all'obbligo dell'assistenza difensiva per l'assunzione della testimonianza di quest'ultimo.

La trama della decisione riproduce in maniera quasi identica i contenuti della precedente declaratoria di illegittimità del 2006, che riguardava la deposizione dell'imputato assolto in via definitiva per non aver commesso il fatto. Anche in questa occasione il punto di partenza è rappresentato dalla "strategia di fondo" perseguita dal legislatore con la l. n. 63 del 2001, che come noto, nel dare attuazione ai principi costituzionali del "giusto processo" (art. 111 Cost.), ha imposto a certe condizioni l'obbligo di rispondere secondo verità come "testimoni assistiti"<sup>3</sup> a coloro che hanno rivestito, o rivestono ancora, la qualifica di imputato connesso o collegato (art. 197-bis c.p.p.). L'esistenza di un più o meno intenso collegamento con i fatti oggetto della deposizione ha indotto il legislatore del 2001 a prevedere alcune significative differenze rispetto alla disciplina della testimonianza "comune": da un lato, la necessaria assistenza di un difensore per tutelare il dichiarante «da quei pregiudizi che potrebbero derivare *contra se*»<sup>4</sup>; dall'altro lato, l'assoggettamento delle dichiarazioni del testimone assistito al criterio di valutazione previsto dall'art. 192, comma 3, c.p.p.<sup>5</sup>.

Ne è scaturita un'ampia gamma di dichiaranti, differenziabili secondo una progressione che tiene conto dei «diversi stati di relazione rispetto ai fatti oggetto del procedimento»<sup>6</sup>: nella scala di "graduazione", in estrema sintesi, se ad un estremo è collocabile il testimone comune, tradizionalmente considerato disinteressato all'esito processuale, all'estremo opposto trova collocazione l'imputato concorrente nel medesimo reato e in posizione intermedia il testimone assistito<sup>7</sup>. Alla diversità di *status* del dichiarante corrispondono differenti modalità di assunzione delle dichiarazioni e «diversi effetti del dichiarato». Così, l'imputato concorrente nel medesimo reato è sempre incompatibile con la qualità di testimone fin tanto che non sia divenuta definitiva la sentenza penale pronunciata nei suoi confronti (art. 197, lett a, c.p.p.)<sup>8</sup>; nelle more del procedimento potrà essere esaminato secondo le modalità previste nei

<sup>3</sup>L'espressione, come noto, è ispirata al *témoïn assisté* del *code de procédure pénale*: v. P. Tonini, *Imputato "accusatore" e "accusato" nei principali ordinamenti processuali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 262.

<sup>4</sup>Così P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014, p. 286. Per una esauriente analisi sulla funzione difensiva nel corso della testimonianza assistita si veda C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, p. 281 ss.; cfr. anche M. Daniele, *La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 220 ss.; Id., *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 713; P. Morosini, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione*, in P. Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, p. 314.

<sup>5</sup>In senso critico verso l'estensione della regola di valutazione di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. alle dichiarazioni rese dai testimoni assistiti M. Bargis, *Il regime della connessione, riunione e separazione dei processi*, in AA.VV., *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 152; V. Grevi, *Prove*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 2014, p. 347-348. Sul punto cfr. anche C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., p. 300; S. Corbetta, *Principio del contraddittorio e riduzione del diritto al silenzio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 685; P. Morosini, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione*, cit., p. 314. Più in generale, sul rapporto tra il principio del libero convincimento del giudice e i criteri legali di valutazione delle prove, si veda P. Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 587 ss. Per il rilievo che qualsiasi prova «dalla confessione alla testimonianza deve essere riscontrata» v. F.M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, p. 177.

<sup>6</sup>Queste distinzioni dei dichiaranti a seconda degli stati di relazione con i fatti oggetto del procedimento penale erano già state effettuate dalla Corte costituzionale nell'ord. 22 luglio 2004, n. 265, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4065, con riferimento ad un caso in cui un imputato connesso concorrente, dopo avere patteggiato la pena, era stato sentito ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p. In tale pronuncia, la Corte non ha ritenuto ingiustificata la necessità dei riscontri per la valutazione del narrato, per la ragione che l'originario coinvolgimento nel fatto «lascia residuare un margine di continuità rispetto al procedimento che si riflette sulla valenza probatoria delle dichiarazioni».

<sup>7</sup>Cfr. al riguardo le considerazioni di M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 11. A proposito del testimone assistito parla di «ibridazione di un ibrido» G. Illuminati, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 403, in quanto figura a metà strada tra il testimone e l'imputato di procedimento connesso, che a sua volta è a metà strada tra l'imputato e il testimone.

<sup>8</sup>La radicale incompatibilità a testimoniare dell'imputato connesso concorrente nel medesimo reato, ancora *sub iudice*, ha superato il vaglio di legittimità costituzionale in ragione dell'unicità del fatto-reato e della stretta interferenza tra la posizione

primi cinque commi dell'art. 210 c.p.p., che gli attribuiscono il diritto all'assistenza di un difensore e la facoltà di non rispondere (art. 210 c.p.p.). Qualora costui scelga di rispondere alle domande, le sue dichiarazioni dovranno essere valutate dal giudice con prudenza «unitamente ad altri elementi di prova» (art. 192, comma 3, c.p.p.), dato l'elevato interesse che potrebbe avere ad un determinato esito processuale.

Muovendo da questo quadro di fondo la Corte ritiene la disciplina della testimonianza indiretta irragionevole e in contrasto con il principio di uguaglianza, secondo il consueto schema del *tertium comparationis*<sup>9</sup>, nella misura in cui assimila le dichiarazioni della persona imputata in un procedimento connesso o collegato, assolta in via definitiva per insussistenza del fatto, a quelle rese dalle altre persone che possono essere sentite come testimoni assistiti. Per quanto concerne il profilo di irragionevolezza, il Giudice delle leggi ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 381 del 2006: le dichiarazioni rilasciate da chi è stato definitivamente assolto con la formula di merito più ampia non devono soggiacere alla regola di valutazione enunciata nell'art. 192, comma 3, c.p.p., perché il giudicato di assoluzione esclude «qualsiasi responsabilità rispetto ai fatti oggetto del giudizio».

Sotto il secondo profilo, la violazione del principio di uguaglianza viene ravvisata in ordine alla presunzione di minore attendibilità scaturente dalla regola di valutazione *de qua*. Le dichiarazioni rese dal testimone assistito già assolto con le formule più liberatorie sono considerate legalmente meno attendibili di quelle del testimone comune, benché costoro si trovino in una identica relazione «di assoluta indifferenza rispetto alla vicenda oggetto di giudizio: l'una sussistente *ab origine*, l'altra necessariamente sopravvenuta ed indotta dall'assoluzione divenuta irrevocabile».

Peraltro, la Corte evidenzia come una ingiustificata disparità di trattamento si sia venuta a creare in seguito alla stessa declaratoria di illegittimità costituzionale del 2006, che ha avvicinato alla testimonianza comune la deposizione di colui nei cui confronti è stata emessa una sentenza irrevocabile di assoluzione per non aver commesso il fatto<sup>10</sup>.

A questo stato di cose pone adesso rimedio la pronuncia in commento che ravvisa l'illegittimità del comma 6 dell'art. 197-*bis* c.p.p. nella parte in cui esige altri elementi di prova per valutare le dichiarazioni rese da coloro che sono raggiunti da una sentenza definitiva di assoluzione con la formula perché «il fatto non sussiste».

La Corte, inoltre, ha esteso, ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, la declaratoria di illegittimità costituzionale al comma 3 dell'art. 197-*bis* c.p.p. nella parte in cui prevede l'assistenza del difensore per le persone chiamate a deporre come testimoni assistiti, nei cui confronti sia divenuta irrevocabile la sentenza di assoluzione pronunciata per insussistenza del fatto: in tal modo si è evitato che la testimonianza di quest'ultimo «restasse soggetta a una modalità di assunzione della prova strettamente correlata» alla norma colpita da illegittimità costituzionale<sup>11</sup>.

---

del dichiarante e quella dell'imputato principale: C. cost., ord. 26 novembre 2002, n. 485, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4028; C. cost., ord. 28 giugno 2004, n. 202, *ivi*, 2004, p. 2063.

<sup>9</sup>Sul frequente uso retorico del *tertium comparationis* cfr., anche per gli ampi riferimenti bibliografici, M.E. Catalano, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 308. In ordine ai vaghi contorni del sindacato costituzionale di ragionevolezza v. pure M.L. Di Bitonto, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 499.

<sup>10</sup>Al fine di confermare la ragionevolezza di un identico trattamento per gli assolti con le due formule più liberatorie, la Corte fa anche un cenno alla nostra tradizione processuale. Invero, nel codice di rito del 1930, l'incompatibilità a testimoniare per l'imputato veniva a cadere in caso di assoluzione sia per insussistenza del fatto che per non aver commesso il fatto (art. 348, comma 3, c.p.p. 1930).

<sup>11</sup>Nella precedente occasione la Corte costituzionale aveva svolto alcune considerazioni in ordine all'assistenza difensiva dell'imputato chiamato a deporre come testimone assistito dopo la sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto: «la presenza del difensore in funzione di assistenza del dichiarante, nella fase di acquisizione della prova, postula [...] una ragione normativa che appare del tutto incompatibile con la natura e gli effetti del giudicato di assoluzione, di cui è stato già destinatario il soggetto dichiarante. [...] L'assistenza difensiva necessaria, infatti, oltre a non essere presidiata da alcuna giustificazione normativa apprezzabile – ed, anzi, apparendo in logico contrasto con la neutralità del dichiarante rispetto al giudizio, già affermata dal giudicato di assoluzione – configura un indubbio *vulnus* al principio di eguaglianza sostanziale, atteso che, proprio in forza della presenza del difensore, la categoria dei dichiaranti in esame risulta soggetta, quanto alle modalità di assunzione della prova, ad un trattamento irragionevolmente diverso rispetto alla generalità degli altri testi» (così C. cost., sent. 18 gennaio 2006, n. 381, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3979).

## PROFILI DI CRITICITÀ

Dalla lettura della pronuncia in commento emerge che il ragionamento condotto dalla Corte costituzionale si fonda sulla stessa premessa della decisione del 2006: la sentenza irrevocabile di assoluzione “perché il fatto non sussiste” nei confronti di un imputato connesso o collegato costituisce una «circo- stanza idonea ad eliminare qualsiasi stato di relazione di quel dichiarante rispetto ai fatti oggetto del procedimento» nel quale è chiamato a deporre e consente di assimilare, «almeno giuridicamente, [...] la sua situazione a quella di indifferenza del teste ordinario»<sup>12</sup>.

La Corte, dunque, non ha tenuto conto delle perplessità manifestate in dottrina in ordine alla sua precedente decisione<sup>13</sup>. Come è stato bene evidenziato, il giudicato di assoluzione, sia pure con una delle formule più liberatorie, non rende di per sé la persona prosciolta “indifferente” alla vicenda processuale connessa o collegata. È noto che l’esito assolutorio può derivare dall’insufficienza, contraddittorietà o mancanza di prove a carico, ai sensi dell’art. 530, comma 2, c.p.p. oppure dall’esistenza di un ragionevole dubbio sulla ricostruzione fattuale prospettata dal pubblico ministero (art. 533, comma 1, c.p.p.): in simili casi l’assolto non pare equiparabile ad un testimone “distaccato” rispetto all’accertamento processuale, perché al contrario ha tutto l’interesse a rivendicare l’assoluta estraneità ai fatti sui quali è chiamato a deporre. Ma, a ben vedere, tale interesse sussiste anche quando la sentenza irrevocabile abbia accertato in positivo l’innocenza dell’*ex* imputato. In altre parole, l’operatività del *ne bis in idem* processuale, che certo esclude l’avvio di una nuova vicenda giudiziaria penale sui medesimi fatti già vagliati (art. 649 c.p.p.), non vale ad elidere ogni relazione con i fatti oggetto di un procedimento connesso o collegato. Nonostante lo “scudo” penalistico del giudicato di assoluzione, il dichiarante continua ad essere «portatore di un interesse autodifensivo»; in particolare l’assolto, pur se “protetto” dalle formule più liberatorie, «potrebbe trovarsi nell’angosciosa alternativa fra il rispettare l’obbligo di rispondere secondo verità, fornendo così elementi in suo danno, e la necessità di tutelare la propria reputazione»<sup>14</sup> o comunque altri propri interessi, in tutti quei casi in cui l’effetto vincolante del giudicato penale non operi nei procedimenti civili, amministrativi o disciplinari<sup>15</sup>.

Proprio il perdurare del legame tra i fatti sui quali è intervenuto il giudicato e quelli oggetto del processo in cui l’assolto è chiamato a deporre sembra smentire, dunque, l’equiparazione operata dalla Corte tra quest’ultimo e il testimone “comune”. Messa in crisi la premessa dell’apparato motivazionale, si apre un’ampia falla nel discorso giustificativo teso ad escludere la *corroboration* per le dichiarazioni di colui che è stato assolto con una delle due formule più liberatorie<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> La suggestione relativa alla supposta estraneità del dichiarante ai fatti oggetto del giudicato era già stata formulata in passato da G. Cascini, *Contraddittorio e limiti del diritto al silenzio*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 303.

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, M. Bontempelli, *L’efficacia della sentenza di assoluzione irrevocabile tra garanzie di autodifesa e terzietà del testimone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 790 ss.; G. Frigo, *Operazione di maquillage costituzionale sulla figura del “testimone assistito”*, in *Guida dir.*, 2006, n. 46, p. 76; O. Mazza, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3981 ss.

<sup>14</sup> Così si esprime O. Mazza, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit., p. 3982, il quale aggiunge un’altra interessante riflessione: il testimone assolto potrebbe essere condizionato, in modo più o meno consapevole, a mantenere ferma l’eventuale narrazione già fornita nell’altra sede processuale nella veste di imputato, con l’“ombrello” quindi della facoltà di mentire.

<sup>15</sup> Osserva M.L. Di Bitonto, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, cit., p. 498, che la sentenza di assoluzione con le formule più liberatorie non ha effetto vincolante extrapenale «nel caso in cui il danneggiato non si sia costituito nel giudizio penale o non sia stato posto in condizione di farlo (arg. ex art. 652, comma 1 c.p.p.); in caso di esercizio di un’azione civile diversa da quella di danno; nel caso in cui la sentenza di assoluzione si fondi su una prova assunta con incidente probatorio al quale il danneggiato non sia stato consentito di partecipare, sempre che non ne abbia fatto accettazione anche tacita della prova *de qua* (art. 404 c.p.p.); in caso di giudizio amministrativo contabile nonché, secondo la prevalente opinione di dottrina e di giurisprudenza, anche nel caso in cui l’assoluzione dell’imputato sia stata determinata dalla mancanza, contraddittorietà o insufficienza di prove a carico».

<sup>16</sup> In passato si era prospettato che l’applicazione della regola di valutazione di cui all’art. 192, comma 3, c.p.p. agli assolti con sentenza definitiva potesse risultare in contrasto con l’art. 101 Cost.: in tal senso v. P. Morosini, *Il testimone assistito tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l’autoincriminazione*, cit., p. 326.

TRA TESTIMONE COMUNE E TESTE ASSISTITO *TERTIUM DATUR*

La declaratoria di illegittimità in commento e quella precedente del 2006 non segnano un ritorno all'impostazione originaria del codice "Vassalli", che consentiva la testimonianza dell'imputato prosciolti con sentenza irrevocabile. Come è già stato sottolineato<sup>17</sup>, entrambi i dispositivi delle pronunce sono volutamente circoscritti soltanto alle persone assolte in via definitiva perché il fatto di reato non è loro attribuibile o non sussiste: ciò sia perché si tratta delle uniche due formule portate in modo espreso all'attenzione del Giudice delle leggi; sia perché le altre formule assolutorie non elidono del tutto il legame tra il dichiarante e i fatti oggetto di accertamento in un diverso procedimento penale<sup>18</sup>. Ne consegue che gli assolti con le formule "meno favorevoli" continueranno a deporre nel rispetto delle forme più garantite contemplate dall'art. 197-bis c.p.p.

Ma vi è di più. Le due declaratorie di incostituzionalità, nel disarticolare l'unità formale della figura del testimone assistito, hanno contribuito a scolpire i tratti di un ulteriore "statuto testimoniale", che va ad aggiungersi a quelli tipici. Invero, in ordine alla situazione della testimonianza degli imputati assolti "per insussistenza del fatto" e "per non aver commesso il fatto", la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi soltanto su alcune ben determinate prescrizioni dell'art. 197-bis c.p.p., e precisamente su quelle impositive della necessità dei riscontri e dell'assistenza difensiva. Pertanto, la deposizione degli imputati assolti con le formule più liberatorie continua ad essere disciplinata dall'art. 197-bis c.p.p., ma ad essa non si applicano le regole attinte dalle declaratorie di illegittimità. Costoro, quindi, hanno l'obbligo di presentarsi dinanzi all'autorità senza l'assistenza del difensore, al pari dei testimoni comuni, e di dire la verità; ma possono beneficiare sempre della garanzia di inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni rese in sede penale nei giudizi civili o amministrativi relativi ai medesimi fatti oggetto del procedimento a loro carico (art. 197-bis, comma 5, c.p.p.)<sup>19</sup>. Si tratta, tuttavia, di un divieto di utilizzo poco adeguato alle esigenze di tutela dell'imputato assolto<sup>20</sup>: la garanzia, infatti, non esclude, tra le altre cose, che le dichiarazioni *contra se* «possano condizionare l'andamento – o l'avvio – di indagini pre-procedimentali» o influire «sulla valutazione delle prove utilizzabili» in altri procedimenti<sup>21</sup>.

È, inoltre, pienamente condivisibile l'opinione di chi ritiene, sulla base di una rigorosa interpretazione sistematica, che a tutti i testimoni assistiti, senza distinzione, spetta il così detto "privilegio contro l'autoincriminazione"<sup>22</sup> (198, comma 2, c.p.p.) su i «fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli oggetto dei procedimenti e/o provvedimenti a loro carico»<sup>23</sup>, e non anche su i fatti già "giudicati": per questi opera la disciplina speciale contenuta nel comma 4 dell'art. 197-bis c.p.p., prevista però unicamente in favore

<sup>17</sup> Si veda C. Conti, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto: la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 468.

<sup>18</sup> L'odierna declaratoria di illegittimità non era del tutto attesa (ma non è di questo avviso R.A. Ruggiero, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)). Già subito dopo la pronuncia relativa alla formula assolutoria dell'imputato "per non avere commesso il fatto" si notava che la Corte costituzionale, se «avesse ritenuto estendibile la ratio della sua decisione ad altre categorie di prosciolti, avrebbe avuto l'obbligo di pronunciare l'illegittimità derivata ai sensi dell'art. 27 l. cost. 11 marzo 1953 n. 1»: così O. Mazza, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit., nota 12, p. 3984. Peraltro, a livello teorico, il *dictum* della sentenza costituzionale n. 381 del 2006 avrebbe potuto estendersi anche alla formula assolutoria per insussistenza del fatto sulla base dell'*argumentum a fortiori*: in senso dubitativo su questa prospettiva v. P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 296, nota 230.

<sup>19</sup> Per indicare la figura del dichiarante forgiata dalla Corte costituzionale si è impiegata l'espressione "testimone garantito", proprio in considerazione della possibilità di avvantaggiarsi della speciale garanzia di inutilizzabilità contemplata nel comma 5 dell'art. 197-bis c.p.p.: si veda P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 294; C. Conti, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto: la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, cit., p. 471.

<sup>20</sup> Sul tema v. P. Ferrua, *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova, (I), Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 591. Per una lettura della garanzia de qua in chiave premiale, v. A. Sanna, *L'esame dell'imputato sul fatto altrui tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 492 ss.

<sup>21</sup> Così E.M. Catalano, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 317, la quale interpreta la garanzia di inutilizzabilità in questione non come una clausola di chiusura, quanto piuttosto come un indice di sfiducia del legislatore «nella capacità preventiva del complesso di cautele che accompagnano l'assunzione della testimonianza assistita». Per un parallelismo tra la speciale garanzia in parola e la *use immunity* di *common law* cfr. C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., p. 297 ss.

<sup>22</sup> Per tale espressione cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, p. 299.

<sup>23</sup> Così C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., p. 283 ss.

dei condannati a certe condizioni<sup>24</sup>. Ne consegue che gli imputati assolti, chiamati a deporre come testimoni assistiti, hanno l'obbligo di dire la verità anche sul "fatto proprio" coperto dal giudicato, non trovando applicazione neppure l'avvertimento previsto dall'art. 63, comma 1, c.p.p.

La questione cruciale resta comunque quella inerente all'attendibilità del loro racconto perché, come detto più sopra, si tratta di persone che, pur se assolte in modo ampio e definitivo, possono avere interesse a mentire per una molteplicità di ragioni cui si è fatto cenno. La stessa garanzia di inutilizzabilità *contra se*, del resto, è stata intesa come un possibile disincentivo a rendere dichiarazioni veritiere da parte di chi è sentito ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p.<sup>25</sup>. Per di più costoro, in caso di menzogne o reticenze, potranno invocare a proprio favore la scusante prevista dall'art. 384, comma 1, c.p., in quanto obbligati a deporre e, quindi, "costretti" a tacere o a dire il falso per proteggere il proprio onore<sup>26</sup>.

Il rischio che la mancanza di un effettivo presidio penalistico all'obbligo di verità possa introdurre nel processo contributi probatori inattendibili, se non addirittura fuorvianti<sup>27</sup>, ha spinto una parte della dottrina a formulare alcune proposte *de iure condendo*. Nell'ambito di questa prospettiva, alcuni studiosi considerano l'esame delle parti il mezzo di prova più idoneo «ad assicurare sia l'esigenza cognitiva sia il rispetto del diritto di difesa *post iudicatum*», nell'intento di riprodurre «una corretta simmetria fra le garanzie riconosciute prima e dopo il giudicato» all'imputato di procedimento connesso o collegato<sup>28</sup>. Si tratterebbe, quindi, di abbandonare la finzione voluta dalla legge n. 63 del 2001: l'*ex* imputato, assolto in via definitiva con le formule più liberatorie, dovrebbe poter scegliere se rispondere alle singole domande, ma senza obbligo di verità.

Altri autori, viceversa, condividendo l'opzione legislativa in favore della riduzione dell'incompatibilità a testimoniare in ossequio ai principi costituzionali del "giusto processo", propongono di attribuire all'imputato connesso assolto in via definitiva una vera e propria facoltà di astensione dal deporre<sup>29</sup>. La rinuncia consapevole a tale facoltà, così come accade per i prossimi congiunti dell'imputato, verrebbe a configurare una testimonianza "volontaria"<sup>30</sup> in grado di "disinnescare" l'operatività della scusante prevista dall'art. 384, comma 1, c.p.<sup>31</sup>. Una soluzione del genere sembra realizzare il miglior bilanciamento possibile tra l'esigenza di tutelare il diritto del dichiarante a non essere costretto ad esporre fatti contrari ai suoi interessi e la salvaguardia dell'interesse della Giustizia alla formazione di prove attendibili all'interno del processo penale.

<sup>24</sup> Sotto questo profilo all'imputato assolto in via definitiva viene riservato un trattamento peggiore rispetto al condannato che aveva esercitato il proprio diritto al silenzio o si era limitato a negare la propria responsabilità: così E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3592, il quale aveva auspicato l'estensione in via interpretativa di tale privilegio anche all'assolto. In merito alla mancata estensione a quest'ultimo del privilegio sul giudicato E. M. Catalano, *I confini della testimonianza assistita nel prisma del sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 314, ravvisa «una netta frattura tra la disciplina in esame e il generale principio *nemo tenetur se detegere* – di rilevanza costituzionale e immanente al sistema organico della legge processuale – che informa anche il regime della prova testimoniale».

<sup>25</sup> In tal senso v. G. Illuminati, *L'imputato che diventa testimone*, cit., p. 406. Analogamente M.L. Di Bitonto, *La Corte costituzionale riapre il dibattito sulla testimonianza assistita*, cit., p. 498.

<sup>26</sup> Si veda Cass., sez. VI, 18 luglio 2007, P., in *Cass. pen.*, 2008, p. 2466, secondo cui non è punibile ai sensi dell'art. 384 c.p. per falsa testimonianza colui che, per salvaguardare il proprio onore, dichiara il falso per non ammettere di avere erogato prestiti a tassi pacificamente usurari, pur se già prosciolti da tale imputazione. Cfr. anche Trib. Genova, 16 settembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, p. 761, e G.i.p. Trib. Genova, 14 ottobre 1997, Fortunato, in *Cass. pen.*, 1998, p. 341.

<sup>27</sup> Per simili considerazioni cfr. G. Giostra, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 991.

<sup>28</sup> Così O. Mazza, *Lo strano caso del testimone-imputato assolto per non aver commesso il fatto*, cit., p. 3986.

<sup>29</sup> Per questa proposta si veda C. Conti, *Assolto irrevocabile per insussistenza del fatto: la Consulta elimina difensore e corroboration ma la testimonianza resta coatta*, cit. p. 472.

<sup>30</sup> In questa direzione si muoveva il progetto P. Ferrua-P. Tonini, *Testimonianza volontaria dell'imputato e tutela del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2868.

<sup>31</sup> Cfr., con riferimento ai prossimi congiunti dell'imputato, Cass., sez. un., 29 novembre 2007, Genovese, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2339: «in tema di falsa testimonianza, la causa di esclusione della punibilità dello stato di necessità non opera nell'ipotesi in cui il testimone abbia deposto il falso, pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi e avendovi rinunciato»; nello stesso senso, in precedenza Cass., sez. VI, 23 maggio 1995, Nizzola, *ivi*, 1996, p. 3654.

## Non luogo a procedere: sentenza processuale o di merito?

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V, SENTENZA 27 GENNAIO 2017, N. 4175 – PRES. BRUNO; REL. SETTEMBRE

*Il Giudice dell'udienza preliminare "deve" pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando risulta positivamente ed inequivocabilmente dagli atti una situazione che esclude l'esistenza del fatto di reato o la sua commissione da parte dell'imputato, nonché nel caso in cui gli elementi acquisiti siano talmente poco significativi da rendere inutile il vaglio dibattimentale, perché non idonei a determinare la condanna dell'imputato. Al Giudice suddetto è rimessa una valutazione di merito, da condurre nel rispetto della funzione propria dell'udienza preliminare: quella di fare da filtro rispetto ad imputazioni "azzardate".*

[Omissis]

### RITENUTO IN FATTO

1. Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma ha pronunciato sentenza di non doversi procedere nei confronti di Z.P. e P.A. per insussistenza del fatto. I due erano accusati (il primo quale giornalista e il secondo quale direttore responsabile) di aver pubblicato sul quotidiano (*omissis*) un articolo di contenuto denigratorio riguardante il calciatore B.M., perché contenente le seguenti espressioni: (*omissis*), con riferimento alle avventure galanti di cui B. sarebbe stato protagonista e al fatto che, allorché si apriva il calcio mercato, B. era spesso oggetto di compravendita; (*omissis*), con riferimento, ancora una volta, alle storie passionali che l'avrebbero coinvolto; (*omissis*), nonché (*omissis*), con riferimento al fatto che, nel corso di una intervista, era stato lo stesso B. a definire (*omissis*) l'assassinio del padre – avvenuto quand'egli aveva undici anni – ad opera della camorra. Il Giudice ha ritenuto scriminate le espressioni perché costituenti esercizio del diritto di critica nei confronti di un personaggio pubblico.

2. Contro la sentenza suddetta ha proposto ricorso per Cassazione il difensore di B.M. con due motivi.

2.1. Col primo lamenta – in relazione alla ritenuta sussistenza del diritto di critica – l'erronea applicazione dell'art. 51 cod. pen. e la manifesta illogicità della motivazione con cui è tale sussistenza è stata giustificata. Contesta, al riguardo, che i fatti narrati siano veri (le maglie del club indossate erano state 9 e non 19; era stato accostato a donne che nemmeno conosceva; era stato stravolto il senso dell'intervista relativa alla morte del padre), che vi fosse un interesse pubblico alla divulgazione delle notizie riportate nel giornale (in particolare, quella in cui si ricordava che, nel 2006, era stato trovato positivo al cortisone e per questo squalificato per tre mesi) e che fosse stato rispettato il requisito della continenza espressiva.

2.2. Col secondo deduce la violazione dell'art. 425 cod. proc. pen., per essere stata emessa una sentenza di merito e non meramente processuale.

3. Con memoria depositata in data 28/11/2016 P.M. Z. e A. P. hanno chiesto il rigetto del ricorso.

### CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso non merita accoglimento.

1. In base alla consolidata giurisprudenza di questa Corte, la legittimità della critica – anche di quella satirica – va valutata in base ai canoni della continenza espressiva, della verità della propalazione e della rilevanza pubblica della notizia. Tali canoni non possono dirsi superati nella specie.

2. La verità delle propalazioni, infatti, è stata contestata solo genericamente e assertivamente dal ricorrente, sicché di nessun elemento dispone questa Corte per verificare se le maglie indossate da B. siano state 9 e non 19, ovvero se il ricorrente si sia accompagnato alle donne di cui si parla nell'articolo.

Quanto all'intervista al (*omissis*), nemmeno il ricorrente contesta che l'intervista sia stata da lui rilasciata e che abbia avuto il contenuto esposto nell'articolo (salvo la sua lettura). Del resto, nessun preciso riferimento è fatto, dal ricorrente, ad atti processuali in contraddizione con quanto propalato, onde non è possibile valutare se il Giudice per le indagini preliminari abbia tralasciato di considerare atti e fatti della vita pubblica e privata di B., che smentiscano le propalazioni contenute nell'articolo. Trattasi, quindi, di *quaestio facti*, su cui nessuna incursione è consentita al giudice di legittimità.

Quanto al significato attribuito all'intervista sopra menzionata, del tutto impropriamente viene attribuita al giornalista l'intenzione di presentare B. come "apologeta" della camorra, in quanto, come ritenuto dal giudicante e sottolineato dal resistente, nell'articolo era stata stigmatizzata la lettura riduttiva della vicenda criminale da parte dell'intervistato (figlio della vittima e anch'egli vittima di un obbrobrioso episodio di criminalità mafiosa). Evidentemente, era stata l'espressione impropria, e certamente infelice, dell'intervistato a solleticare il commento ironico del giornalista, a cui non era importato approfondire se B. si fosse espresso male o avesse inteso ridimensionare l'episodio.

3. La continenza espressiva è certamente sussistente nella specie. Come messo in evidenza dal giudicante, la critica, allorché è espressa nella forma della satira, per sua natura immaginifica e volutamente dissacrante, beneficia di una libertà espressiva maggiore rispetto a quella ordinaria, sicché non può essere valutata secondo il metro consueto, restando comunque fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi superati quando la persona pubblica, oltre ad essere garbatamente sbeffeggiata, sia esposta al disprezzo. Tanto è stato logicamente escluso nel caso concreto, essendo stato rilevato che Z. si era lasciato andare ad una serie di considerazioni che, espresse in forma satirica e divertita, intendevano rimarcare, da un lato, il fatto che B. aveva fatto saltuarie apparizioni sui campi da gioco, dall'altro, che aveva avuto maggior fortuna e notorietà nelle sue imprese galanti (a ciò era riferita l'espressione (*omissis*) e a tanto alludeva il suo accostamento a R.S.). Non è dato comprendere, quindi, se non elevando – illegittimamente – a criterio di giudizio la personale sensibilità del ricorrente perché le espressioni sopra riferite siano da ritenere eccedenti rispetto alla funzione della pubblicazione. Si tratta, infatti, di espressione e accostamento fortemente evocativi, certamente ironici, ma privi della carica dispregiativa ad essi attribuita dal ricorrente.

4. La rilevanza pubblica delle notizie è anch'essa erroneamente contestata dal ricorrente. B. è un noto calciatore, personaggio pubblico fatto oggetto di attenzione dagli amanti del calcio; inoltre, egli stesso si è esposto sui media col racconto delle sue vicende personali, ulteriormente amplificate dai resoconti delle donne con cui aveva intrattenuto relazioni sentimentali. In tale contesto non può revocarsi in dubbio che interessino al "pubblico" le sue qualità sportive, la considerazione in cui è stato tenuto dai dirigenti delle squadre di calcio in cui ha militato, la serietà e l'impegno con cui adempie agli obblighi connessi alla posizione occupata, nonché il rispetto – da parte sua – delle regole della professione. Ne consegue che B. non può pretendere l'oblio su fatti qualificanti della sua vita calcistica, quali la squalifica per doping o l'estemporaneo comparire sui campi di calcio, e non può pretendere il silenzio sulle espressioni da lui utilizzate nel corso di interviste volontariamente rilasciate.

5. Anche il motivo in rito è infondato. L'art. 425 cod. proc. pen. pone la regola da interpretare ed applicare nella specie: il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando (rimanendo in ambito rilevante per questo processo) "il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato.(...). Il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio".

Ne consegue che il Giudice dell'udienza preliminare "deve" pronunciare sentenza di proscioglimento quando risulta positivamente e inequivocabilmente dagli atti una situazione che esclude l'esistenza del fatto di reato (per mancanza degli elementi costitutivi – anche dal punto di vista psicologico – o per mancanza di conformità del fatto concreto al paradigma normativo) o la sua commissione da parte dell'imputato, nonché nel caso gli elementi acquisiti siano talmente poco significativi da rendere inutile il vaglio dibattimentale, perché non idonei a determinare la condanna dell'imputato. Appare evidente, quindi, che al Giudice dell'udienza preliminare è rimessa una valutazione di merito, da condurre nel rispetto della funzione attribuita, pacificamente, dal legislatore all'udienza suddetta: quella di fare da filtro rispetto ad imputazioni "azzardate", prive dei requisiti minimi richiesti dall'ordinamento per l'instaurazione del processo, il quale rappresenta, esso stesso, una "pena" per l'imputato e un costo, notevole, per la collettività (oltre che, ancora una volta, per l'imputato). È in tale direzione che si muove condivisibile giurisprudenza, allorché afferma che "il giudice dell'udienza preliminare è chiamato ad

una valutazione di effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa, eventualmente avvalendosi dei suoi poteri di integrazione delle indagini, e, ove ritenga sussistere tale necessaria condizione minima, deve disporre il rinvio a giudizio dell'imputato, salvo che vi siano concrete ragioni per ritenere che il materiale individuato, o ragionevolmente acquisibile in dibattimento, non consenta in alcun modo di provare la sua colpevolezza" (Cass., n. 33763 del 30/4/2015, Rv 264427; Cass., n. 3726 del 29/9/2015, Rv 266132; Cass., n. 7748 del 11/11/2015, Rv 266157).

La funzione di "filtro" dell'udienza preliminare e il carattere del dibattimento, aperto ai contributi valutativi delle parti e alle possibilità di integrazione probatoria (per iniziativa delle parti o del giudice), esigono poi che il Giudice dell'udienza preliminare estenda il suo giudizio – di natura prognostica – agli scenari processuali futuri, sicché non può esimersi dall'esprimere una valutazione in ordine alla "completabilità degli atti di indagine" e alla "inutilità del dibattimento", anche in presenza di elementi di prova contraddittori o insufficienti, dando conto del fatto che il materiale dimostrativo acquisito è insuscettibile di completamento e che il proprio apprezzamento in ordine alla prova positiva dell'innocenza o alla mancanza di prova della colpevolezza dell'imputato è in grado di resistere ad un approfondimento nel contraddittorio dibattimentale (Cass., n. 36210 del 26/06/2014, dep. 27/08/2014, Rv. 260248), talché, la pronuncia di non luogo a procedere deve essere esclusa ogni qual volta ci si trovi in presenza di fonti di prova che si prestano ad una molteplicità ed alternatività di soluzioni suscettibili di futuri sviluppi, e dunque processualmente "aperte".

6. Orbene, muovendo da tali premesse, deve rilevarsi come la motivazione della sentenza impugnata non meriti l'ulteriore censura ad essa mossa dal ricorrente, avendo esaminato, in maniera approfondita, gli elementi emersi dall'indagine sia in vista della loro idoneità a determinare – all'esito del dibattimento – la condanna degli imputati, e quindi della loro effettiva consistenza probatoria, sia in relazione alla loro completabilità dibattimentale, per giungere alla conclusione che si tratta di elementi inidonei, in maniera assoluta, a provare il dolo, ovvero l'antigiuridicità delle condotte, dal momento che sono state poste in essere nell'area coperta dal diritto di critica, nel rispetto dei principi che, per consolidata giurisprudenza, presiedono all'esercizio di tale diritto. E tale conclusiva valutazione, sorretta da logica motivazione, non è censurabile in sede di legittimità.

7. Conseguentemente a tanto che il ricorso, infondato sotto ogni profilo, va rigettato, con condanna del ricorrente, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen., al pagamento delle spese processuali.

[*Omissis*]

PIETRO GIORGIO ZAMINGA

Cultore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia

## Ancora incertezze sulla natura della sentenza di non luogo a procedere

### *Uncertainties about the nature of the nonsuit still persist*

---

Il dibattito relativo al tema della natura e dei limiti del sindacato del giudice dell'udienza preliminare è ancora aperto. Secondo la sezione V della Suprema Corte, la valutazione rimessa al giudice suddetto investe necessariamente il merito della questione; pertanto, egli è tenuto a pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti appaiono talmente insignificanti da rendere inutile il vaglio dibattimentale, in quanto non idonei a determinare la condanna dell'imputato.

*The debate about the nature and the limits of the judge's discretion in the preliminary hearing is still open. According to the fifth Chamber of the Supreme Court, the assessment entrusted to the above-mentioned judge inevitably gets into the matter itself; therefore, he must enter a nonsuit even when the attached elements appear so insignificant to make useless trial examination, since they are not suitable to implicate the conviction of the accused.*

---

#### PREMESSA

Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte interviene nuovamente nell'annosa *querelle* relativa al tema della corretta regola di giudizio cui deve improntarsi l'attività decisionale del giudice dell'udienza preliminare. Nonostante siano trascorsi diversi anni dall'ultimo intervento legislativo modificativo dell'art. 425 c.p.p. – ad opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479 – il dibattito circa la natura della sentenza di non luogo a procedere e i limiti del sindacato del giudice dell'udienza preliminare risulta ancora aperto e non sembra volgere al termine.

Due schieramenti giurisprudenziali si contendono la partita. Un primo schieramento sposa un orientamento – che potrebbe definirsi “conservatore” – tendente a preservare la natura originaria della sentenza di non luogo a procedere quale pronuncia di carattere meramente processuale. Un secondo schieramento, invece, ha recentemente proposto un orientamento – che potrebbe definirsi “progressista” – tendente ad ammettere che nell'attività decisionale del g.u.p. possano trovare spazio anche valutazioni di merito, aventi ad oggetto l'essenza degli elementi probatori raccolti dal p.m. e da quest'ultimo proposti a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio *ex art.* 416 c.p.p.

La sentenza in commento cavalca l'onda di quest'ultimo orientamento “progressista”. Essa risulta particolarmente concisa, ma non per questo priva di interessanti riflessioni, che possono, tuttavia, esser pienamente comprese solo se si ha un chiaro quadro delle pregresse vicende, legislative e giurisprudenziali, che hanno riguardato l'art. 425 c.p.p.

#### LA DECISIONE

La riflessione della Suprema Corte può essere sintetizzata nei termini che seguono<sup>1</sup>. Considerata l'attuale formulazione dell'art. 425 c.p.p. – risultante dall'intervento del 1999, ad opera della l. 16 dicembre, n. 479 – al giudice dell'udienza preliminare è attribuito il potere/dovere di pronunciare sentenza di non luogo a procedere non solo quando dagli atti forniti dalle parti (p.m. e difensore dell'imputato) emerge una situazione che esclude inequivocabilmente l'esistenza del fatto di reato, ma

---

<sup>1</sup>Cfr. paragrafo n. 5 sentenza in esame.

anche nel caso in cui «gli elementi acquisiti siano talmente poco significativi da rendere inutile il vaglio dibattimentale, perché non idonei a determinare la condanna dell'imputato»; e ciò in quanto al medesimo giudice «è rimessa una valutazione di merito, da condurre nel rispetto della funzione attribuita, pacificamente, dal legislatore all'udienza suddetta: quella di fare da filtro rispetto ad imputazioni "azzardate", prive dei requisiti minimi richiesti dall'ordinamento per l'instaurazione del processo, il quale rappresenta, esso stesso, una "pena" per l'imputato e un costo, notevole, per la collettività (oltre che, ancora una volta, per l'imputato)». Il giudizio di natura prognostica demandato al giudice dell'udienza preliminare non può non implicare una valutazione di tipo sostanziale, che tenga conto anche dell'eventuale insufficienza o contraddittorietà degli elementi di prova forniti dal pubblico ministero a sostegno della propria tesi. Fermo restando che la sentenza di non luogo a procedere deve essere esclusa quando le fonti di prova si prestano ad una molteplicità di sviluppi dibattimentali alternativi, essa deve, tuttavia, ritenersi legittima quando l'apprezzamento del g.u.p. «in ordine alla prova positiva dell'innocenza o alla mancata prova della colpevolezza dell'imputato è in grado di resistere ad un approfondimento nel contraddittorio dibattimentale».

Pertanto, è stato ritenuto assolutamente corretto l'operato del G.u.p. di Roma, che ha fondato la propria decisione di non procedere al giudizio sulla base di una valutazione di non idoneità degli elementi probatori forniti dall'accusa a dimostrare la colpevolezza dell'imputato.

Secondo quanto affermato dalla sez. V della Corte di Cassazione, quindi, l'art. 425 c.p.p. non esclude che il g.u.p. effettui valutazioni di carattere sostanziale e su queste fondi la sentenza di non luogo a procedere. Il campo d'ispezione di tale giudice viene esteso fino a ricomprendere anche profili di innocenza/colpevolezza dell'imputato, al punto che, se gli elementi forniti dall'accusa non sono in grado di dimostrare che il fatto è stato da questi compiuto o non sono suscettibili di futuri sviluppi dibattimentali in tal senso, egli è assolutamente legittimato a pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

#### BREVE EXCURSUS SULL'EVOLUZIONE DELLA SENTENZA DI NON LUOGO A PROCEDERE

Come noto, la formulazione originaria dell'art. 425 c.p.p. consentiva al g.u.p. di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere solo qualora, dagli atti sottoposti alla sua attenzione, fosse risultata «evidente» la sussistenza di una di quelle circostanze<sup>2</sup> che – ora come allora – escludono la colpevolezza dell'imputato.

In altri termini, al giudice dell'udienza preliminare era rimessa una valutazione prognostica avente ad oggetto non già il possibile esito favorevole dell'azione esercitata dal pubblico ministero<sup>3</sup>, quanto piuttosto la superfluità o meno della prosecuzione del processo, da condurre sulla base degli esiti che – *ex ante* – fosse stato ragionevole attendersi dall'istruzione dibattimentale<sup>4</sup> e delle «chances» che i meccanismi di acquisizione probatoria tipici di tale ultima fase processuale avrebbero potuto offrire alle ragioni della pubblica accusa<sup>5</sup>; il passaggio alla fase dibattimentale era, quindi, d'obbligo qualora gli elementi di prova forniti dall'accusa si fossero prestati a soluzioni dibattimentali «aperte»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Circostanza che «il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non imputabile o non punibile per qualsiasi causa». Deve, tuttavia, precisarsi che l'art. 425 c.p.p., nella sua formulazione originaria, venne dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevedeva che il g.u.p. potesse pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche per difetto di imputabilità; e ciò in quanto ad esso era rimesso esclusivamente il compito di «apprezzare il fondamento dell'accusa non in termini di positiva verifica della colpevolezza dell'imputato, ma nella ben diversa prospettiva di scongiurare un dibattimento superfluo». Cfr. C. cost., sent. 10 febbraio 1993, n. 41, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1080 ss.

<sup>3</sup> Così L. Pistorelli, *Udienza preliminare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001, p. 2.

<sup>4</sup> Così D. Grosso, *L'udienza preliminare*, in G. Conso (a cura di), *Studi di diritto processuale penale*, Milano, 1991, p. 232. L'autore precisa: «La condizione «quando risulta evidente» potrebbe infatti – a prima lettura – fuorviare l'interprete, poiché nel linguaggio processuale l'evidenza di una causa di proscioglimento di merito non può che essere evidenza probatoria, la quale, a sua volta, è indicativa della esistenza di una prova positiva della non colpevolezza (*latu sensu*), di cui anzi segnala la idoneità a condurre con immediatezza al convincimento giudiziale favorevole all'imputato. [...] il giudice dell'udienza preliminare deve solo stabilire se le indagini preliminari hanno fornito elementi sufficienti per condurre l'imputato in dibattimento e non se vi è prova positiva (ed evidente) della non colpevolezza del medesimo».

<sup>5</sup> Così O. Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV. *Il nuovo processo penale. Dalle indagini al dibattimento*, Milano, 1989, p. 75. L'autore precisa che la decisione in udienza preliminare si risolve, sostanzialmente, in una prognosi circa l'idoneità dei risultati delle indagini preliminari a dimostrare, «attraverso i meccanismi del dibattimento di formazione della prova, la fondatezza della tesi dell'accusa».

<sup>6</sup> Cfr. A. Presutti, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1368.

Nei pochi anni in cui esplicò la sua efficacia, la norma in esame era stata interpretata<sup>7</sup> nel senso che solo qualora dagli atti fosse emersa prova – positiva ed evidente – dell’innocenza dell’imputato il g.u.p. avrebbe potuto pronunciare sentenza di non luogo a procedere, non essendo a tale scopo sufficiente la semplice mancanza o contraddittorietà degli elementi forniti dall’accusa a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio.

Parallelamente, la Corte Costituzionale<sup>8</sup> ebbe occasione di sottolineare che l’udienza preliminare non costituiva momento di «*accertamento della verità materiale*», bensì «*fase [meramente] processuale, e non di merito*», e pertanto il giudice che la presiedeva doveva concentrarsi non «*sulle prospettive di condanna o di assoluzione dell’imputato*», ma «*sulla legittimità della domanda di giudizio avanzata dal Pubblico Ministero*».

I rigidi presupposti cui era subordinata l’emanazione di una sentenza di non luogo a procedere implicavano che l’udienza preliminare ricoprisse, nell’ambito del rito ordinario, un ruolo decisamente marginale<sup>9</sup>, tanto che nei primi anni di applicazione del nuovo codice l’incidenza statistica delle sentenze suddette risultava largamente inferiore alle attese<sup>10</sup>.

Di tutta evidenza era, poi, lo squilibrio sistematico derivante dal raffronto della regola di giudizio di cui all’art. 425 c.p.p. con quella prevista dall’art. 125 disp. att. c.p.p. a fini dell’archiviazione<sup>11</sup>: paradossalmente, infatti, una medesima situazione di carenza probatoria poteva implicare l’archiviazione e, al tempo stesso, legittimare il decreto che dispone il giudizio<sup>12</sup>.

Constate tali criticità e al «*al dichiarato scopo di meglio garantire all’udienza preliminare l’assolvimento del proprio ruolo di filtro*»<sup>13</sup>, con la l. 8 aprile 1993, n. 105 viene eliminato dal testo del comma 1 dell’art. 425 c.p.p. l’inciso «*evidente*»<sup>14</sup>. In altri termini, affinché potesse pronunciarsi sentenza di non luogo a procedere con una formula di merito non era più necessario che la prova dell’insussistenza del fatto risultasse in maniera “evidente”.

Si fece lentamente strada l’idea che il legislatore avesse voluto garantire al g.u.p. un sindacato più ampio ed incisivo rispetto a quello risultante dal precedente assetto codicistico.

La giurisprudenza più intraprendente non tardò a riconoscere che l’intervento del legislatore avesse, di fatto, conformato la regola di giudizio dettata dall’art. 425 c.p.p. per l’udienza preliminare a quella dettata dall’art. 125 disp. att. c.p.p. per l’archiviazione: pertanto, doveva ritenersi legittima una pronuncia di non luogo a procedere non solo nell’ipotesi di prova positiva ed evidente dell’innocenza, ma anche nell’ipotesi di mera mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova della colpevolezza<sup>15</sup>, sempre che il quadro probatorio non apparisse «*integrabile nella successiva fase del dibattimento*»<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. *ex multis* Cass., sez. III, 20 novembre 1990, Gargano, in *CED Cass.* n. 186002.

<sup>8</sup> C. cost., sent. 8 febbraio 1991, n. 64, in *Giur. cost.*, 1991, p. 477.

<sup>9</sup> Cfr. in tal senso G.D. Pisapia, *Riflessioni sull’udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 483.

<sup>10</sup> Così L. Pistorelli, *Udienza preliminare*, cit., p. 2. Al riguardo, l’autore precisa: «Al modesto filtro esercitato dall’udienza preliminare (anche sotto il profilo della promozione dei riti alternativi) è inevitabilmente seguita una elevata concentrazione di procedimenti pendenti nella fase successiva, che altrettanto inevitabilmente ha comportato una dilazione dei tempi di celebrazione dei dibattimenti: proprio la situazione che il legislatore si era preoccupato di evitare configurando una fase intermedia tra indagini e processo».

<sup>11</sup> Cfr. A. Presutti, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e di udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1360. Nello stesso senso anche F.R. Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. pen.*, Torino, 2014, p. 658; se ne riporta un passo significativo: «Se la regola decisoria per l’archiviazione è più ampia di quella contemplata per la sentenza di non luogo a procedere, di fatto la giurisdizione risultava asservita all’azione, determinandosi una inammissibile inversione di ruoli tra controllore e controllato, derivandone un assoggettamento del giudice non alla legge ma al pubblico ministero».

<sup>12</sup> Cfr. V. Grevi, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1309; nello stesso senso R. Bricchetti, sub art. 425 c.p.p., in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, p. 5371, il quale afferma: «[...] se il p.m. avesse portato a sostegno della sua richiesta di rinvio a giudizio elementi di prova deboli, lacunosi o contraddittori, mancando l’“evidenza” richiesta dall’art. 425, il passaggio a giudizio sarebbe stato inevitabile, pur essendo scontato in quella sede, salvo improbabili colpi di scena, un epilogo assolutorio ex art. 530 c.p.p.». Di contrario avviso risulta, invece, D. Grosso, *L’udienza preliminare*, cit., p. 238; l’autore non sposò la tesi della inversione dei ruoli e propose una interpretazione correttiva: «Esercitata l’azione penale, l’ordinamento prevede un ulteriore momento di selezione in vista della evoluzione del processo al livello dibattimentale e se, tra le ipotesi del non luogo a procedere non è indicata quella della infondatezza della notizia di reato ciò dipende esclusivamente dalla circostanza che, avvenuto l’esercizio dell’azione penale, il referente della selezione non può più essere una notizia di reato, dovendosi invece valutare una archiviazione».

<sup>13</sup> G. Di Chiara, *Ribadita la natura processuale della sentenza di non luogo a procedere*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1977.

<sup>14</sup> R. Bricchetti, sub art. 425 c.p.p., cit., p. 5371.

<sup>15</sup> In tal senso cfr. *ex multis* Cass., sez. IV, 9 ottobre 1995, n. 3467, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2705; Id., sez. I, 1° aprile 1997, n. 2875, in

Tuttavia, a placare gli animi pensò la Corte Costituzionale la quale, seppur nella consapevolezza del mutato assetto codicistico, intervenne a più riprese al fine di affermare la natura meramente processuale del non luogo a procedere. Particolarmente significativa a tal proposito risulta la sentenza n. 71 del 1996<sup>17</sup>, in occasione della quale la Corte precisò che il giudizio prognostico rimesso al giudice dell'udienza preliminare doveva svilupparsi non secondo «*un canone [...] di colpevolezza o di innocenza*», ma piuttosto secondo la «*ben diversa prospettiva di deliberare se, nel caso di specie, risult[asse] o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento*». Quindi, al g.u.p. era precluso – sempre ad avviso della Corte – includere nel proprio processo valutativo e decisionale profili attinenti al merito della questione, cioè relativi all'innocenza o alla colpevolezza dell'imputato, dovendo egli limitarsi a constatare la superfluità o meno della successiva fase di giudizio.

Le incertezze – interpretative ed applicative – che in quegli anni vessavano l'istituto della sentenza di non luogo a procedere costrinsero il legislatore ad intervenire ancora una volta sul disposto dell'art. 425 c.p.p. In realtà, ad essere incerti non erano solo i caratteri ed i limiti della sentenza di non luogo a procedere, ma la natura stessa dell'udienza preliminare; a riprova di tale affermazione vi è il fatto che – in una prima fase del processo parlamentare di formazione della l. 16 dicembre 1999, n. 479 – l'udienza suddetta venne completamente eliminata e sostituita da un istituto del tutto inedito denominato “udienza predibattimentale”, per essere successivamente resuscitata in una versione «*arricchita*»<sup>18</sup>.

Infatti, stando all'attuale formulazione dell'art. 425 c.p.p.<sup>19</sup>, il giudice dell'udienza preliminare è abilitato a pronunciare sentenza di non luogo a procedere non solo quando «*sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione non doveva essere iniziata o proseguita*», oppure quando «*risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratti di persona non punibile per qualsiasi causa*» (comma 1), ma anche quando – e qui sta la novità – «*gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*» (comma 3).

Senza dubbio, il legislatore è stato mosso dall'intento di potenziare lo strumento dell'udienza preliminare e contenere il numero dei procedimenti che approdano al dibattimento<sup>20</sup>.

Tuttavia, la «*regolamentazione a struttura complessa, caratterizzata da formule normative eterogenee di diversa derivazione*»<sup>21</sup>, risultata dall'intervento, non ha assolutamente posto fine al dibattito circa la corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 425 c.p.p.

Cass. pen., 1998, p. 3384. Tuttavia, non mancarono pronunce orientate in senso contrario: cfr. Cass., sez. III, 22 gennaio 1997, n. 172, in Arch. n. proc. pen., 1997, p. 507, in occasione della quale la Corte affermò che «*soltanto il giudice del dibattimento, dopo aver completato l'istruzione dibattimentale [...] [potesse] prosciogliere l'imputato per carenza, insufficienza o contraddittorietà delle prove*», ritenendo al contempo ammissibile un proscioglimento preliminare nel merito solo qualora dagli atti fossero emersi «*elementi incontrovertibili circa l'innocenza*» dell'imputato. Attenta dottrina aveva messo in evidenza – già prima dell'intervento della l. 105 del 1993 – la necessità che la regola di giudizio di cui all'art. 425 c.p.p. fosse modellata su quella prevista dall'art. 125 disp. att. c.p.p., cfr. in tal senso G. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, p. 1082.

<sup>16</sup> Tale espressione è tratta da Cass., sez. I, 18 novembre 1998, n. 1490, in CED Cass., n. 212335; ma, in realtà, tutte le pronunce del periodo (anche quelle di cui alla nota precedente) riportavano affermazioni simili, tanto da diventare, queste, una sorta di “clausole di stile”: cfr., ad es., Cass., sez. VI, 03 novembre 1998, n. 3426, in CED Cass. n. 214041; in quest'ultima occasione la Corte affermò: «*In tema di requisiti per il proscioglimento dell'imputato all'esito dell'udienza preliminare, il legislatore ha inteso evitare che pervengano alla fase del giudizio situazioni nelle quali risulti con ragionevole certezza che l'imputato meriti il proscioglimento; ciò avviene nei casi di sicura infondatezza dell'accusa, quando cioè gli atti offrono la prova dell'innocenza dell'accusato o la totale mancanza di elementi a carico, ma altresì in presenza di sicura inidoneità delle fonti di prova acquisite ad un adeguato sviluppo probatorio, nella dialettica del contraddittorio dibattimentale*».

<sup>17</sup> C. cost., sent. 15 marzo 1996, n. 71, in Dir. pen. proc., 1996, p. 1213. Se ne riporta un passo significativo: «*[...] la sentenza di non luogo a procedere, dunque, era e resta, anche dopo le modifiche dell'art. 425 cod. proc. pen., una sentenza di tipo processuale, destinata a null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero. Da ciò consegue che, ove la prova risulti insufficiente o contraddittoria, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere potrà dirsi imposta soltanto nei casi in cui si appalesi la superfluità del giudizio, vale a dire nelle sole ipotesi in cui è fondato prevedere che l'eventuale istruzione dibattimentale non possa fornire utili apporti per superare il quadro di insufficienza o contraddittorietà probatoria*». Nello stesso senso anche C. cost., sent. 27 giugno 1997, n. 206, in Giur. cost., 1997, p. 1967 ss., con nota di G. Di Chiara, *Ribadita la natura processuale della declaratoria di non luogo a procedere*.

<sup>18</sup> Così G. Garuti, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, pp. 353-355.

<sup>19</sup> R. Bricchetti, sub. art. 425 c.p.p., cit., p. 5372-5373.

<sup>20</sup> In tal senso cfr. ex multis L. Pistorelli, *Udienza preliminare*, cit. p. 3-4; F. Cassibba, *Udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in G. Ubertis-P. Voena (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2007, p. 84.

<sup>21</sup> M. Daniele, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 40. L'autore precisa in nota: «*Se, infatti,*

La domanda che attualmente assilla le menti di dottrina e giurisprudenza è questa: “la valutazione del g.u.p. deve estrinsecarsi solo in termini di utilità/inutilità del dibattimento, oppure anche in termini di innocenza/colpevolezza dell'imputato?”.

### L'ORIENTAMENTO “CONSERVATORE”. I PRECEDENTI DIFFORMI

Secondo una prima corrente interpretativa – che conta il maggior numero di sostenitori – la sentenza di non luogo a procedere conserva, nonostante le incisive modifiche apportate all'art. 425 c.p.p. dalla l. n. 479 del 1999, la sua originaria natura squisitamente processuale.

Tale orientamento “conservatore”<sup>22</sup> si regge sulla considerazione in base alla quale scopo dell'udienza preliminare (era ed) è evitare dibattimenti inutili, e non accertare l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato; incombenza, quest'ultima, rimessa alla successiva (ed eventuale) fase dibattimentale. Pertanto, il g.u.p. è abilitato a pronunciare sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. solo quando, in base ad un giudizio di natura prognostica, constata che non vi sono le condizioni affinché la situazione di incertezza circa la commissione del fatto da parte dell'imputato sia superata in dibattimento. In caso contrario, cioè qualora le fonti di prova dovessero prestarsi a soluzioni alternative, aperte o comunque a molteplici valutazioni, il g.u.p. sarà obbligato a percorrere la strada del rinvio a giudizio.

In altri termini, al giudice dell'udienza preliminare è rimesso un giudizio di tipo prognostico, da condurre sulla base del solo parametro dell'idoneità/inidoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in giudizio. Gli è assolutamente precluso addentrarsi in questioni di merito, in quanto la sua valutazione ha ad oggetto solo l'utilità/inutilità del dibattimento, non anche l'innocenza/colpevolezza dell'imputato.

Il *discrimen* tra regola di giudizio in udienza preliminare e regola di giudizio in udienza dibattimentale – argomentano i sostenitori della tesi “conservatrice” – è fornito dal comma 3 dell'art. 425 c.p.p., in base al quale si procede a sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi probatorio risultano insufficienti, contraddittori «o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Tale formulazione impone di ritenere che il giudizio di insufficienza o di contraddittorietà non sia staccato da quello di inidoneità: i due non sono autonomi ma, anzi, operano sullo stesso piano. L'avverbio «comunque» fa in modo che il parametro della inidoneità permei anche la valutazione di sufficienza e di contraddittorietà del materiale probatorio, di talché potrebbe in concreto verificarsi una situazione in cui elementi di prova contraddittori o insufficienti siano “comunque” idonei a sostenere l'accusa in giudizio, in quanto suscettibili di sviluppo dibattimentale. Naturalmente, in tal caso il g.u.p. dovrà disporre rinvio a giudizio.

Se così non fosse – precisa autorevole dottrina avallando la ricostruzione della giurisprudenza – l'udienza preliminare diverrebbe «una sorta di primo grado di giudizio (o, se si preferisce, un “pre-giudizio” di primo grado) sottoposto al riesame dibattimentale»<sup>23</sup>. Essa, anche dopo la l. n. 479 del 1999, rimane relegata

---

le formulazioni dell'art. 425 comma 1 c.p.p. e dalla prima parte dell'art. 425 comma 3 c.p.p. sembrano derivare dalle regole stabilite dagli artt. 529 comma 1, 530 comma 1 e 530 comma 2 c.p.p. in riferimento al proscioglimento dibattimentale, viceversa la formulazione della seconda parte dell'art. 425 comma 3 trova un antecedente in quanto dispone l'art. 125 disp. att. a proposito dell'archiviazione».

<sup>22</sup> Sposano l'orientamento che si viene ad esporre le seguenti pronunce: Cass., sez. II, 7 aprile 2016, n. 15942, in *CED Cass.* n. 266443; Id., sez. II, 5 novembre 2015, n. 46145, *ivi*, n. 265246; Id., sez. V, 3 ottobre 2014, n. 41162, *ivi*, n. 262109; Id., sez. II, 14 novembre 2013, n. 48831, *ivi*, n. 257645; Id., sez. VI, 17 luglio 2012, n. 33921, *ivi*, n. 253127. Si riporta un significativo passo di Cass., sez. III, 24 novembre 2013, n. 39401, in *CED Cass.* n. 256848: «È, infatti, lo scopo cui l'udienza preliminare è preordinata a rimanere invariato: quello, cioè, di evitare i dibattimenti inutili, e non di accertare la colpevolezza o innocenza dell'imputato tipica del giudizio dibattimentale nella pienezza e pubblicità del contraddittorio *inter partes*. 2.6 Né tale impostazione può dirsi cambiata in relazione alla possibile evoluzione dell'udienza preliminare attraverso l'acquisizione di prove favorevoli all'imputato, in quanto l'ottica che caratterizza il proscioglimento ex art. 425 cit. era ed è sempre la stessa: solo ove la situazione di innocenza sia ritenuta non superabile in dibattimento dall'acquisizione di quelle nuove prove o da una diversa e possibile rivalutazione degli elementi di prova già acquisiti sarà possibile l'epilogo decisorio previsto dall'art. 425».

<sup>23</sup> D. Grosso, sub artt. 20-23 l.16 dicembre 1999 n. 479, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 288. L'autore, in sintonia con la giurisprudenza, afferma: «Nella struttura interna dell'art. 425 comma 3 c.p.p. l'insufficienza o la contraddittorietà degli elementi conoscitivi acquisiti deve pertanto ritenersi esplicitiva di una complessiva loro inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio e l'inciso «comunque» deve essere apprezzato quale momento di collegamento e riconduzione delle ipotesi specifiche suddette a quella generale (comprensiva dell'ipotesi di mancanza di processualmente rilevanti a sostegno dell'accusa). Tuttavia, precisa: «Non è da escludere che, per effetto delle integrazioni investigative e probatorie ormai previste all'udienza preliminare, questa, nell'esperienza

nell'ambito di un giudizio di natura prognostica, in quanto il giudice che la presiede «non si deve limitare a giudicare quello che è, ma anche quello che potrebbe essere»<sup>24</sup>.

In definitiva – sostiene sempre la dottrina<sup>25</sup> “conservatrice” – non vi sono elementi concreti per ritenere che le rilevanti modifiche apportate al tessuto normativo dell'udienza preliminare ne abbiano alterato la natura al punto tale da imporre al giudice di questa fase la formulazione di un giudizio secondo le regole decisorie proprie della successiva fase dibattimentale, cioè in termini di innocenza o di colpevolezza: se si ammettesse il contrario, il decreto di rinvio a giudizio – seppur non motivato – finirebbe per generare, nella mente del giudice del dibattimento, un non indifferente pregiudizio circa la commissione del fatto da parte dell'imputato.

### L'ORIENTAMENTO “PROGRESSISTA”. I PRECEDENTI CONFORMI

All'indomani della rilevante riforma dell'istituto della sentenza di non luogo a procedere – ad opera della l. n. 479 del 1999 – in giurisprudenza è lentamente emerso un orientamento tendente a rivalutare il ruolo dell'udienza preliminare nell'ambito del rito ordinario e a riconoscere al g.u.p. un più ampio potere di valutazione.

Tale indirizzo interpretativo trae origine da alcune pronunce della Corte Costituzionale<sup>26</sup> – immediatamente successive all'intervento della l. n. 479 del 1999 – in occasione delle quali si è affermato che il progressivo ampliamento dello spettro cognitivo dell'udienza preliminare abbia di fatto attribuito al relativo giudice il potere di addentrarsi anche in questioni di merito.

In parallelo, la Suprema Corte<sup>27</sup> ha precisato che la scelta tra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo

---

giudiziaria, venga comunque a rivestire informalmente» la dimensione di “pre-giudizio” di primo grado. Tale orientamento viene definito «teoria dell'inutilità del dibattimento» da M. Daniele, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, cit., p. 65 ss., il quale afferma: «In base alla teoria dell'“utilità del dibattimento”, il rinvio a giudizio non richiederebbe necessariamente una prognosi di probabilità della condanna; il passaggio al dibattimento sarebbe consentito anche in caso di prova dubbia, a condizione che il contraddittorio dibattimentale appaia in grado di fornire elementi decisivi ai fini della soluzione dell'incertezza». Nello stesso senso cfr. anche G. Garuti, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., p. 404-405, secondo il quale «stante la regola di giudizio cui deve attenersi il giudice dell'udienza preliminare, l'emissione di una sentenza di proscioglimento per insufficienza o contraddittorietà probatoria, sarà subordinata ad una valutazione, in via prognostica, circa l'impossibilità di colmare o sanare in dibattimento la situazione di incertezza». Cfr. ancora L. Pistorelli, *Udienza preliminare*, cit., p. 4.

<sup>24</sup> F.R. Dinacci, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 30-31. Il quale aggiunge: «Ed allora la «completezza istruttoria» costituisce un valore fondamentale atteso che la valutazione della prova insufficiente o contraddittoria è comunque parametrata alla idoneità dell'apparato dimostrativo a sostenere l'accusa in giudizio».

<sup>25</sup> Così A. Scalfati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, p. 150.

<sup>26</sup> C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 224, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1955 ss. Se ne riporta un passo significativo: «L'esigenza di completezza delle indagini preliminari, riaffermata anche di recente da questa Corte (v. sentenza n. 115 del 2001) ed ora significativamente valutabile anche in sede di udienza preliminare, al cui giudice è attribuito il potere di disporre l'integrazione delle indagini stesse (art. 421 bis cod. proc. pen.); l'analogo potere di integrazione concernente i mezzi di prova, a fronte del quale il giudice può assumere anche d'ufficio le prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 cod. proc. pen.); le nuove cadenze delle indagini difensive – introdotte dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397 – ed il conseguente ampliamento del tema decisorio, non più limitato al materiale raccolto dall'organo dell'accusa sono tutti elementi di novità che postulano, all'interno della udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato, e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde – quanto alla determinazione conclusiva – un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di “sommarietà” che prima della riforma erano tipici di una deliberazione tendenzialmente circoscritta allo “stato degli atti”. [...] L'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare, riposa, dunque, su una valutazione del merito della accusa ormai non più distinguibile – quanto ad intensità e completezza del panorama deliberativo – da quella propria di altri momenti processuali, già ritenuti non solo “pregiudicanti”, ma anche “pregiudicabili”, ai fini della sussistenza della incompatibilità». Le medesime considerazioni sono state ribadite da C. cost., sent. 12 luglio 2012, n. 335, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2571.

<sup>27</sup> Cass., sez. un., 26 novembre 2002, n. 39915, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 649. Se ne riporta un passo significativo: «L'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte prospettico del giudice, rispetto all'epilogo decisionale, non attribuisce infatti allo stesso il potere di giudicare in termini di anticipata verifica della innocenza/colpevolezza dell'imputato, poiché la valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e comunque di idoneità degli elementi probatori, secondo il dato letterale del novellato terzo comma dell'art. 425, è sempre e comunque diretta a determinare, all'esito di una deliberazione di tipo prognostico, divenuta oggi più stabile per la tendenziale completezza delle indagini, la sostenibilità dell'accusa in giudizio e, con essa, l'effettiva, potenziale, utilità del dibattimento in ordine alla regiudicanda. S'intende cioè sostenere che il radicale incremento dei poteri di cognizione e di decisione del giudice dell'udienza preliminare, pur legittimando quest'ultimo a muoversi

go a procedere debba essere effettuata «nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato»: il fatto che al g.u.p. sia stato attribuito il potere – esercitabile anche d'ufficio – di ordinare l'“integrazione delle indagini” (ex art. 421-bis c.p.p.) implica che la sua valutazione circa la necessità di rinviare a giudizio o pronunciare sentenza di non luogo a procedere non possa prescindere dall'accertare, preliminarmente, la sussistenza o meno di un quadro probatorio minimo, tendenzialmente affidabile e in grado di resistere al vaglio dibattimentale. L'introduzione dell'art. 421-bis c.p.p. ha sancito una volta per tutte – sempre ad avviso della Corte – il “principio di completezza delle indagini”, che impone al giudice dell'udienza preliminare di rinviare l'imputato a giudizio solo quando il quadro probatorio fornito dal p.m. non presenti lacune, con la conseguenza che egli è assolutamente legittimato ad intromettersi in faccende di merito e a pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando le fonti di prova risultano insufficienti o contraddittorie, anche a prescindere da potenziali sviluppi dibattimentali.

Si è precisato<sup>28</sup> che il g.u.p. è tenuto a pronunciare sentenza di non luogo a procedere non quando giunge alla conclusione che l'imputato non è colpevole, ma quando constata l'assenza valide prospettive che il dibattimento capovolga tale conclusione: il suo sindacato resta, quindi, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 425 c.p.p., di carattere prognostico, ma coinvolge, ora, anche profili di merito.

Con una recentissima pronuncia<sup>29</sup>, inoltre, la Suprema Corte ha dettagliatamente scandito le fasi del processo decisionale del g.u.p. La prima fase – di carattere “diagnostico” – consiste in una valutazione di merito sulla fondatezza dell'accusa, ed è finalizzata ad accertare la sussistenza di un *corpus* probatorio qualificabile come «serio»; superata con successo la prima, si passa alla seconda fase – di carattere “prognostico” – consistente in una valutazione circa le concrete possibilità che la precedente diagnosi, cioè la ricostruzione “seria” dell'accusa, sia in grado di resistere al vaglio dibattimentale e trovare accoglimento.

In altri termini, il rinvio a giudizio è subordinato a due presupposti: 1) la sussistenza di un «minimum probatorio» circa la commissione del fatto da parte dell'imputato – giudizio “diagnostico”; 2) la prospettiva che tale «minimum probatorio» sia in grado di resistere allo scontro dibattimentale – giudizio “prognostico”. Se cade il primo presupposto cade anche il secondo. E ciò in quanto – sempre ad avviso della Corte – non avrebbe senso procedere a rinvio a giudizio sulla base di una aspettativa meramente teorica ed astratta<sup>30</sup> che gli elementi probatori si evolvano in dibattimento.

Per quanto riguarda, poi, l'espressione di cui comma 3 dell'art. 425 c.p.p., la Corte precisa – in senso diametralmente opposto alla giurisprudenza in precedenza richiamata – che la valutazione in termini di contraddittorietà o insufficienza degli elementi di prova è assolutamente svincolata da quella di inidoneità degli stessi, con la conseguenza che il g.u.p. sarà assolutamente legittimato a pronunciare senten-

---

implicitamente anche nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato, non lo ha tuttavia disancorato dalla fondamentale regola di giudizio per la valutazione prognostica, in ordine al maggior grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria ed all'effettiva utilità della fase dibattimentale, di cui il legislatore della riforma persegue, espressamente, una significativa deflazione».

<sup>28</sup> Cass., sez. VI, 26 giugno 2014, n. 36210, in *CED Cass.* n. 260248; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 10849, *ivi*, n. 252280; Cass., sez. V, 15 maggio 2009, n. 22864, *ivi*, n. 244202.

<sup>29</sup> Cass., sez. VI, 30 luglio 2015, n. 33763, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 332 ss. Se ne riporta un passo significativo e riassuntivo: «Il ruolo del g.u.p. non è certamente quello di verificare l'innocenza (se non evidente) o la colpevolezza, bensì quello di individuazione di una minima probabilità di colpevolezza, condizione che giustifica la sottoposizione al processo, e la assenza di ragioni per ritenere che l'accusa non sia suscettibile di essere definitivamente provata in dibattimento. Va peraltro rammentato che come tale situazione si collochi in un contesto di tendenziale completezza delle indagini che si rileva nell'art. 421 bis c.p.p.». Nel senso che il giudizio del g.u.p. dovesse evolversi secondo le due fasi “diagnostica” e “prognostica” era già Cass., sez. VI, 3 maggio 2012, n. 16362, in *www.penalecontemporaneo.it* (“caso Telecom”); in quella occasione la Corte si spinse fino ad affermare che, tenuto conto del mutato assetto normativo dell'udienza preliminare e dei penetranti poteri di integrazione probatoria ex art. 422 c.p.p., «[...] il giudizio del g.u.p. ai sensi dell'art. 425 c.p.p. non [è] dissimile, quanto a criteri di valutazione delle prove ex art. 192 c.p.p., da quello conclusivo del giudizio di merito di primo grado, si connota in definitiva per un unico fondamentale criterio di valutazione anticipata (prognostica, ma ancor prima diagnostica) sul materiale probatorio disponibile e sulla evolutiva trasformazione diacronica nell'eventuale successivo dibattimento». Tale decisione fu aspramente criticata da M. Daniele, *La conferma di non luogo a procedere nel caso Telecom: quando la Corte di Cassazione dimentica la natura prognostica della decisione in udienza preliminare*, in *penalecontemporaneo.it*, secondo il quale «Sullo sfondo della decisione della Corte di Cassazione c'è un fenomeno degenerativo che, sempre più spesso, contraddistingue i processi di grande impatto mediatico come quello in oggetto: il fenomeno per cui l'udienza preliminare perde la sua originaria funzione di deliberazione dell'accusa e si trasforma in un dibattimento anticipato».

<sup>30</sup> Nel caso concreto il p.m. aveva giustificato la propria richiesta di rinvio a giudizio sull'assunto che «non si può mai dire, l'imputato magari confessa, o magari confessa il presunto complice».

za di non luogo a procedere anche qualora gli elementi a carico dell'imputato, seppur tendenzialmente "univoci" o "sufficienti", non dovessero risultare potenzialmente in grado di resistere al vaglio dibattimentale e raggiungere lo stato di "prova piena" di colpevolezza.

Dalle pronunce fin qui richiamate emerge una concezione dell'udienza preliminare decisamente rinnovata rispetto al passato: non più momento di mero snodo processuale, rotante attorno alla valutazione in termini di utilità/inutilità del disponendo giudizio, ma vero e proprio momento di verifica del grado di consistenza dell'accusa<sup>31</sup>. Parallelamente, emerge anche una nuova versione della regola di giudizio da seguire nella scelta tra i vari epiloghi consentiti dagli artt. 425 e 429 c.p.p.: non più «*decisione "monofasica"*», di natura squisitamente processuale e concentrata solo sulla sostenibilità dell'accusa in dibattimento, ma vera e propria «*decisione "bifasica"*»<sup>32</sup>, più attenta al merito e più sensibile all'esigenza di evitare processi fondati su imputazioni inconsistenti o "azzardate".

In sintonia con l'orientamento giurisprudenziale ricostruito, parte della dottrina<sup>33</sup> ha sostenuto che al giudice dell'udienza preliminare sia ormai – cioè alla luce del mutato assetto normativo – rimesso anche il compito di accertare la completezza e l'eshaustività delle indagini compiute dal pubblico ministero; pertanto la sua valutazione non può non investire necessariamente anche il merito del processo. Sarebbe illogico, poi, posticipare la valutazione di completezza al dibattimento, in quanto la stessa, se compiuta già in udienza preliminare, potrebbe indirizzare il g.u.p. verso l'esercizio del potere probatorio officioso (art. 421-bis c.p.p.).

Sarebbe altrettanto illogico – argomentano altri<sup>34</sup> – imporre al p.m. di esercitare l'azione penale solo a seguito di indagini "complete" e non prevedere una forma di controllo sulla effettiva consistenza e "completezza" del quadro probatorio risultante.

In ogni caso, qualora dovesse trovarsi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti e, al tempo stesso, di integrare il quadro probatorio con lo strumento di cui all'art. 421-bis c.p.p., al giudice dell'udienza preliminare non resterà altro che pronunciare sentenza di non luogo a procedere<sup>35</sup>.

In altri termini – sostiene questa parte della dottrina – l'art. 421-bis c.p.p. impone al giudice dell'udienza preliminare di garantire un certo livello di completezza del quadro probatorio, in mancanza del quale non sarà per lui possibile procedere a rinvio a giudizio.

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che si è ricostruito in questo paragrafo può definirsi "progressista"<sup>36</sup> poiché aspira a superare i preconcetti *ante* riforma circa la natura dell'udienza preliminare e ad attribuire ad essa un ruolo più incisivo nell'ambito del rito ordinario: non più fase di mero snodo processuale, ma controllo effettivo sull'essenza dell'accusa.

Come anticipato, la sentenza in epigrafe sposa l'orientamento suddetto. Secondo la sez. V della Suprema Corte, infatti, il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere non solo quando dal materiale probatorio emerge, positivamente ed inequivocabilmente, la prova dell'innocenza dell'imputato, ma anche nel caso in cui «*gli elementi acquisiti siano talmente poco significativi da rendere inutile il vaglio dibattimentale, perché non idonei a determinare la condanna dell'imputato*». Il processo – continua la sentenza – è «*una "pena" per l'imputato e un costo, notevole, per la collettività*»; pertanto, il giudice dell'udienza preliminare è tenuto a pronunciare sentenza di non luogo a procedere

<sup>31</sup> Così C. Conti-G. Quagliano, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 346.

<sup>32</sup> Le espressioni tra virgolette sono tratte da C. Conti-G. Quagliano, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, cit., p. 342, 346 e 349. Nell'articolo appena citato viene messo in evidenza un possibile svantaggio derivante da una siffatta ricostruzione: «Per contro, tutte le riflessioni svolte in merito alla regola di giudizio dell'udienza preliminare, per un verso, si infrangono sullo scoglio granitico di un decreto che dispone il giudizio inoppugnabile ed immotivato. Per altro verso trovano un debole ristoro nell'impugnazione di sola legittimità esperibile avverso il proscioglimento in udienza preliminare».

<sup>33</sup> Cfr. F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, cit., p. 90 e 96; Id., *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, 3, p. 1239.

<sup>34</sup> Cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2016, p. 421. Alla pagina precedente l'autore, con riferimento al comma 3 dell'art. 425 c.p.p., afferma: «Ne segue, pertanto, che il proscioglimento va sempre emanato quando la prova risulti insufficiente o contraddittoria, senza che sia più consentito distinguere tra lacune probatorie che possono essere colmate in dibattimento e lacune probatorie che non consentono tale giudizio prognostico».

<sup>35</sup> Cfr. E. Amodio, *Lineamenti della riforma*, in E. Amodio-N. Galantini (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, 2000, p. 31.

<sup>36</sup> Tale orientamento è stato definito da parte della dottrina – M. Daniele, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, cit. p. 65 ss. – «teoria della "condanna probabile"»; tuttavia, dalla medesima non condiviso ed anzi aspramente criticato (vedi anche nota n. 23).

ogniquale volta gli elementi probatori a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio appaiano – in base ad un giudizio di natura prognostica – potenzialmente non in grado di determinare la condanna dell'imputato e non abbiano alcuna possibilità di evolversi in dibattimento in senso favorevole all'accusa.

Dalle parole della corte sembra potersi desumere la seguente regola di giudizio: la valutazione di idoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in giudizio non può prescindere dal preliminare accertamento di una loro attitudine – seppur minima – a dimostrare la sussistenza del fatto di reato ascritto all'imputato.

### L'ORIENTAMENTO "INTERMEDIO"

Il dibattito relativo alla regola di giudizio che deve guidare il giudice dell'udienza preliminare nell'esercizio del suo potere decisionale è molto più acceso ed intricato di quello che potrebbe a prima vista sembrare.

La sez. VI della Corte di Cassazione<sup>37</sup> ha, infatti, recentemente proposto un orientamento che si pone come soluzione "intermedia" rispetto a quelle estreme – "conservatrice" e "progressista" – ricostruite nei due paragrafi precedenti. Si tratta – per ora – di una voce isolata, ma non per questo non degna di notazione.

Il ragionamento della sez. VI parte dalla considerazione che con la l. n. 479 del 1999 l'udienza preliminare sia stata oggetto di un incisivo *restyling* in quanto, per un verso, sono stati ampliati i poteri istruttori del giudice che la presiede (artt. 421-bis e 422 c.p.p.) e, per altro verso, si è previsto che la sentenza di non luogo a procedere possa essere pronunciata «anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 425, comma 3, c.p.p.). Tuttavia, la *ratio* sottesa agli istituti dell'udienza preliminare e della sentenza di non luogo a procedere rimane comunque quella di evitare la prosecuzione di procedimenti fondati su basi poco consistenti e deflazionare i dibattimenti superflui.

Al g.u.p., pertanto, è rimesso lo specifico compito di accertare che dagli elementi forniti dall'accusa a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio emerga una «*minima probabilità*» – il riferimento è alla citata sentenza n. 33763 del 2015 – che al termine del dibattimento sia affermata la colpevolezza dell'imputato; in altri termini, egli è tenuto solo a verificare che il quadro probatorio sottoposto alla sua attenzione sia tale da far ritenere probabile la condanna e da dimostrare l'effettiva, seppur potenziale, "utilità del dibattimento".

Il giudizio del g.u.p., tuttavia, pur essendo sicuramente un giudizio di merito, non ha mai ad oggetto – e qui sta la novità rispetto alle precedenti pronunce – la «*fondatezza dell'accusa – cioè l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato (salvo il caso in cui essa sia evidente)*». Pertanto, la sentenza di non luogo a procedere è «*una sentenza di merito su un aspetto processuale*», che deve ritenersi illegittima se fondata su una valutazione di non colpevolezza dell'imputato (a meno che l'innocenza non emerga in maniera evidente).

Dalle parole della sez. VI sembra potersi desumere che il giudizio del g.u.p. differisce da quello operato dal giudice del dibattimento non tanto per «*aspetti "qualitativi" (diversa natura di giudizio)*», quanto piuttosto per «*aspetti "quantitativi" (diverso livello probatorio richiesto tra decreto che dispone il giudizio e sentenza di condanna)*»<sup>38</sup>. E mentre la sentenza n. 33763 del 2015 (sez. VI) risulta chiaramente orientata nel senso che le situazioni di incertezza probatoria debbano culminare nel non luogo a procedere pur nei casi in cui uno sviluppo dibattimentale appaia possibile, la sentenza n. 17385 del 2016 (anch'essa sez. VI) assume un atteggiamento più "cauto", tendente ad escludere che il g.u.p. possa spingersi fino al punto di imporre una certa interpretazione delle fonti di prova e su questa fondare il proscioglimento ex art. 425 c.p.p.

È evidente, poi, lo stacco tra la sentenza appena citata, n. 17385 del 2016 (sez. VI), e quella in epigrafe, n. 4175 del 2017 (sez. V).

Quest'ultima sposa *in toto* l'orientamento "progressista", arrivando ad affermare che al giudice dell'udienza preliminare sia rimessa una vera e propria valutazione di merito, finalizzata ad accertare «*l'effettiva consistenza del materiale probatorio posto a fondamento dell'accusa*».

<sup>37</sup> Cass., sez. VI, 27 aprile 2016, n. 17385, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 128 ss., con nota di E. De Santis, *Genesi ed evoluzione della regola di giudizio in udienza preliminare*.

<sup>38</sup> E. De Santis, *Genesi ed evoluzione della regola di giudizio in udienza preliminare*, cit., p. 151-152.

La prima, invece, molto più moderata, limita la valutazione del g.u.p. ad una constatazione di «*minima probabilità*» che il materiale probatorio porti alla condanna dell'imputato, precisando *claris verbis* che mai il giudice suddetto può spingersi fino al merito della «*fondatezza dell'accusa*».

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Non si può negare che gli interventi di riforma posti in essere dal legislatore fin dal 1993 siano accomunati dall'intento di ampliare lo spettro cognitivo del giudice che presiede l'udienza preliminare. Ma, nonostante ciò sia pacifico, dottrina e giurisprudenza risultano ancora divise tra coloro i quali ritengono che la sentenza di non luogo a procedere abbia conservato la sua originaria natura di pronuncia prettamente processuale – orientamento “conservatore” – e coloro i quali ritengono che la stessa abbia oggi una portata più ampia, tanto da consentire al g.u.p. di inglobare nella propria attività decisionale anche questioni attinenti al merito del processo, seppur comunque nell'ottica di un giudizio prognostico – orientamento “progressista”.

Risulta assolutamente condivisibile l'osservazione di parte della dottrina “conservatrice” in base alla quale, estendendo i poteri del giudice che la presiede, l'udienza preliminare diverrebbe una sorta di pre-dibattimento o di pre-giudizio di primo grado.

Ma vi sono anche diversi argomenti che militano a favore della tesi “progressista”.

In primo luogo gli interventi di riforma dell'art. 425 c.p.p. posti in essere nel corso degli anni, sono tutti sintomatici dell'intenzione del legislatore di implementare la funzione di filtro svolta dall'udienza preliminare, affinché giungano a dibattimento le sole imputazioni dotate di basi probatorie più o meno solide.

In secondo luogo, la l. n. 479 del 1999 ha introdotto l'art. 421-*bis* c.p.p., che abilita il g.u.p. a disporre, con ordinanza, l'integrazione delle indagini qualora le stesse dovessero risultare lacunose o incomplete: anche tale intervento manifesta l'intento del legislatore di evitare processi fondati su basi probatorie poco chiare.

In terzo luogo, riconoscendo al g.u.p. un sindacato più incisivo verrebbero garantiti al tempo stesso sia l'interesse dei cittadini onesti a non subire processi, sia l'esigenza di maggiore tutela della collettività dal crimine, in quanto si eviterebbe che imputati colpevoli, ma non dimostrati tali al di là del ragionevole dubbio, siano assolti in dibattimento con sentenza irrevocabile: a chiusura del sistema normativo dell'udienza preliminare vi è, infatti, l'art. 434 c.p.p., che consente la revoca di una sentenza di non luogo a procedere qualora sopravvengano nuove fonti di prova.

Non va poi tralasciato, in quarto ed ultimo luogo, che un eventuale potenziamento, in termini teorici e pratici, della funzione di filtro propria dell'udienza preliminare, consentirebbe di sfoltire la mole di procedimenti che attualmente affligge l'apparato giudiziario italiano e permetterebbe a quest'ultimo, che non gode di grande considerazione tra l'opinione pubblica, di riacquistare credibilità.

In conclusione, sembra preferibile la teoria “progressista”, seppur nella versione mitigata riassunta nel precedente paragrafo. Il giudizio del Giudice dell'udienza preliminare resta – anche a seguito delle modifiche degli anni novanta – di natura prognostica, ma non può prescindere da un accertamento circa l'effettiva consistenza e resistenza del materiale probatorio offerto dall'accusa a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio.

## Inammissibile l'impugnazione della misura cautelare reale una volta intervenuta la sentenza di condanna

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE VI, SENTENZA 23 DICEMBRE 2016, N. 54752 – PRES. PAOLONI; REL. SCALIA

In tema di misure cautelari reali il giudice della cautela non può, una volta intervenuta la sentenza di condanna non definitiva, pronunciarsi sulla sussistenza del *fumus delicti* accertato in sede di cognizione; conseguentemente è inammissibile l'impugnazione cautelare volta a contestare l'esistenza dei presupposti della misura reale. Dette contestazioni vanno proposte con i mezzi di impugnazione delle sentenze.

---

[Omissis]

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ordinanza del 30 marzo 2016, il Tribunale di Firenze ha rigettato la richiesta di riesame avanzata nell'interesse di P.E. avverso il decreto di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per equivalente, emesso dal Tribunale di Firenze, quale giudice del dibattimento, il 29 febbraio 2016 ed avente ad oggetto somme di denaro, beni mobili o valori, al prevenuto riferibili, fino alla concorrenza della somma di Euro 6.726.538,82, in relazione al reato di cui all'art. 321 c.p.

Il decreto di sequestro del 29 febbraio era stato adottato successivamente alla sentenza del 18 gennaio 2016 con cui il medesimo Tribunale aveva condannato il P., legale rappresentante dell'impresa del dott. G.T. S.p.A., alla pena di giustizia una volta accertata la penale responsabilità in ordine al reato di cui agli artt. 110 e 321 c.p., per avere egli conseguito, giusta atto corruttivo, profitto consistente in un risparmio di imposta.

In siffatto contesto era stata disposta la confisca di beni mobili ed immobili al prevenuto e/o all'impresa appartenenti, per quest'ultima nei termini di cui alla L. n. 231 del 2001, beni derivanti dal reinvestimento del profitto del reato o risparmio di imposta, per un valore di Euro 6.726.538,82 e di Euro 8.092,63, in relazione alle due distinte contestate imputazioni.

2. Avverso l'ordinanza del Tribunale del Riesame ricorre per cassazione, con il ministero di difensore di fiducia, P.E. che articola quattro motivi in annullamento.

2.1. Con il primo motivo, il ricorrente denuncia l'intervenuta violazione del *ne bis in idem* cautelare in cui sarebbe incorso, per l'impugnato provvedimento, il Tribunale del Riesame di Firenze rispetto alla propria precedente ordinanza del 27 gennaio 2016.

Per quest'ultima infatti il medesimo organo giudicante aveva annullato altro provvedimento di sequestro preventivo, finalizzato a confisca per equivalente, emesso dal Tribunale di Firenze il 21 ottobre 2015, nel presupposto che all'epoca dei fatti in contestazione l'art. 322 *ter* c.p.p., comma 1, non avrebbe previsto la confiscabilità per equivalente del profitto della corruzione.

L'impugnata ordinanza del Riesame del 30 marzo 2016, nel confermare il decreto dei giudici fiorentini del dibattimento in data 29 febbraio 2016, aveva infatti mancato di valutare, in tal modo rivelando la propria illegittimità, l'esistenza di un possibile *novum* rispetto alle prove in precedenza ritenute e tradottesi nel sequestro preventivo disposto per decreto del 21 ottobre 2015, annullato in sede di riesame il 27 gennaio 2016.

Si denuncia altresì violazione delle norme in materia di impugnazioni per non avere il P.m. impugnato in cassazione il precedente annullamento del Tribunale del Riesame del 27 gennaio 2016 e per avere scelto di reiterare l'originaria richiesta di sequestro preventivo dinanzi al giudice del dibattimento.

2.2. Con il secondo motivo, il ricorrente denuncia apparenza di motivazione del Tribunale e violazione dell'art. 322 *ter* c.p.p., per non avere i giudici preventivamente valutato la possibilità di eseguire il sequestro in forma diretta e specifica nei confronti dell'impresa T., soggetto giuridico percettore del risparmio d'imposta e quindi del profitto del reato per essersi avvantaggiato dell'accertamento fiscale con adesione, frutto del *pactum sceleris*.

2.3. Con il terzo motivo, si denuncia assenza di motivazione su esistenza e quantificazione del profitto del reato e, ancora, violazione di legge, per avere i giudici del riesame disposto la confisca in assenza dei presupposti normativi, erroneamente apprezzando l'importo dell'imposta evasa di Euro 6.726.538,82 quale profitto del reato di corruzione nonostante la legittimità, da leggersi ai sensi del D.Lgs. n. 218 del 1997, dell'accertamento con adesione, naturale esito della verifica tributaria subita anche in difetto di accordo corruttivo.

Il profitto stesso avrebbe dovuto identificarsi non con l'imposta evasa, ma con il risparmio di spesa che l'impresa T. avrebbe conseguito con la stipula dell'atto di adesione.

2.4. Con il quarto motivo, si denuncia motivazione apparente e violazione dell'art. 545 c.p.p., in relazione alla non sequestrabilità delle somme derivanti dalla pensione dell'imputato, questione erroneamente qualificata dal tribunale come esclusivamente attinente all'esecuzione del sequestro e quindi di competenza del Pubblico Ministero ed estranea alla cognizione del giudice del riesame.

#### Motivi della decisione

1. Il primo motivo di ricorso non è fondato.

Risponde a regola generale l'affermazione per la quale in tema di misure cautelari non incorre in violazione del *ne bis in idem* il provvedimento di rinnovo di misura, che sia stata caducata per ragioni di carattere formale non destinate a toccare il merito del precedente e come tali non produttive di giudicato endoprocessuale (arg. *ex* sez. 6, n. 872 del 21/02/2000, Esposito, Rv. 216925; sez. 5, n. 29991 del 02/04/2003, Apuzzo, Rv. 226369). Alla categoria dell'annullamento formale va ricondotta ogni questione di natura qualificatoria diretta a valutare l'assoggettamento di concrete fattispecie a sopraggiunte modifiche normative che, in quanto negativamente definita, non si traduca in una valutazione di merito.

Con la prima ordinanza di annullamento, escludendo che all'epoca dei fatti in contestazione l'art. 322 *ter* c.p.p., comma 1, vigente, prevedesse la confiscabilità per equivalente del profitto della corruzione, il Tribunale del Riesame non ha, per ciò stesso, investito con la sua cognizione il merito della cautela.

Resta estranea quindi ad un siffatto accertamento la preclusione da giudicato cautelare.

2. Il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso vanno rigettati perché non fondati per ragioni che sfiorano il tema dell'ammissibilità in ragione dell'interesse stesso alla proposizione del mezzo.

Fermo quanto già rilevato in punto di insussistenza della richiamata preclusione processuale da giudicato, si ha infatti che là dove sia intervenuta sentenza di condanna di primo grado, cui si accompagni il passaggio dallo strumento reale del sequestro preventivo alla definitiva misura della confisca D.L. n. 306 del 1992, *ex* art. 12 *sexies*, non possono ancora venire in discussione i presupposti della misura cautelare.

Ogni contestazione va piuttosto ricondotta in quella di merito da esercitarsi a mezzo dell'impugnazione della sentenza (art. 579 c.p.p., comma 3) con conseguente inammissibilità dell'eventuale impugnazione cautelare proposta (sez. 1, n. 12769 del 12/02/2016, Verde, Rv. 266691).

Anche in tema di misure cautelari reali vale il principio che, una volta intervenuta, nel corso del procedimento principale, la sentenza non definitiva di merito, il giudice della cautela non può discostarsi nella valutazione del *fumus* ovvero degli elementi prognostici che legittimano la misura da quanto oramai accertato nei confronti dell'imputato in sede di cognizione (sez. 1, n. 12769, *cit.*, in motivazione che richiama sul punto: sez. 3, n. 45913 del 15/10/2015 Rv. 265544; sez. 4, n.8016 del 17/01/2014, Rv. 259322; sez. 5, n. 1709 del 09/04/1997 Rv. 208138).

L'indicato principio deve trovare applicazione nella specie in esame in cui, nelle more del giudizio cautelare svoltosi sul disposto sequestro preventivo, è intervenuta sentenza del Tribunale di Firenze del 18 gennaio 2016 di condanna del ricorrente, per la contestata ipotesi di cui agli artt. 110 e 321 c.p., e di confisca dei beni.

Su siffatta premessa e quindi sul carattere strumentale dell'impugnato provvedimento cautelare, assorbito, quanto a rilievo ed autonomia, dalla successiva sentenza, ogni ulteriore profilo di ricorso – così per quello relativo alla nozione di profitto che si assume in ricorso erroneamente apprezzata dal Tribunale del Riesame giusta adottata limitata lettura che vorrebbe il primo pari all'imposta evasa, obliterata

ogni conseguenza della possibile adozione di un accertamento fiscale per adesione; così per quello sulla non sequestrabilità del trattamento pensionistico del ricorrente se non nei limiti di legge (art. 545 c.p.c.) – resta non fondatamente coltivato e finanche utilmente introdotto.

3. Il ricorso va conclusivamente rigettato ed il ricorrente condannato al pagamento delle spese processuali.

[*Omissis*]

FRANCESCA TRIBISONNA

*Dottore di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*

## Il principio di assorbimento in materia cautelare reale: nessuna rivalutazione del *fumus commissi delicti* dopo il passaggio dal sequestro preventivo alla confisca

*The absorption principle in precautionary measures concerning real property: no revaluation of fumus commissi delicti after the transition from preventive seizure to the confiscation*

---

Il contributo indaga l'ammissibilità della rivalutazione dei presupposti della misura cautelare reale in seguito al deposito della sentenza di primo grado cui si accompagna il passaggio dallo strumento reale del sequestro preventivo alla definitiva misura della confisca. L'Autrice esclude che il procedimento incidentale *de libertate* possa delibare gli stessi fatti in modo differente rispetto al procedimento di primo grado. Gli argomenti invocati consistono, da una parte, nel rispetto delle esigenze di certezza e razionalità del sistema e, dall'altra parte, nella funzione servente attribuita al procedimento cautelare rispetto a quello di merito.

*The article analyses the admissibility of the revaluation of the legal basis for precautionary measures concerning real property following the judgement of the first instance and the transition from preventive seizure to the definitive measure of confiscation. The author, in particular, excludes that the de libertate proceedings may qualify the same facts in a different way compared to the previous judgement. The grounds consist, on the one hand, in compliance with the requirements of certainty and rationality of the legal system and, on the other hand, in the serving function assigned to the preliminary procedure compared to that of merit.*

---

### LA PROBLEMATICHE SOTTOPOSTA ALL'ATTENZIONE DELLA CORTE

Con la pronuncia in commento, la Corte di cassazione è stata investita del ricorso di un imputato avverso l'ordinanza con la quale il Tribunale di Firenze aveva rigettato una richiesta di riesame di un decreto di sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per equivalente, emesso dal giudice del dibattimento a seguito della pronuncia della sentenza di primo grado.

In particolare, il provvedimento cautelare finalizzato alla confisca di beni mobili ed immobili – appartenenti al prevenuto o all'impresa ai sensi della l. n. 231 del 2001 – era stato adottato successivamente alla sentenza con cui il Tribunale aveva condannato il legale rappresentante dell'impresa stessa alla pena di giustizia una volta accertatane la penale responsabilità in ordine al reato di cui agli artt. 110 e 321 c.p., per avere egli conseguito, con atto corruttivo, profitto consistente in un risparmio di imposta.

La problematica affrontata attiene, dunque, alla possibilità o meno di ricorrere agli ordinari strumenti di impugnazione delle cautele reali per mettere in discussione la sussistenza del *fumus commissi delicti*, una volta che sia intervenuto un giudizio, seppur non definitivo, di colpevolezza e, correlativamente, si sia passati dalla misura reale del sequestro preventivo a quella della confisca.

Nel momento in cui il giudice del merito addiviene ad un pronunciamento relativo alla sussistenza o meno di responsabilità penale – pur non avente ancora lo stigma dell'irrevocabilità, trattandosi di decisione suscettibile di rivalutazione nei successivi gradi di giudizio poiché non ancora passata in giudicato – egli assume, com'è ovvio, una precisa posizione in ordine alla configurabilità del reato ipotizzato, oltretutto, chiaramente, alla responsabilità del suo autore.

Ebbene, proprio il giudizio effettuato in sede di cognizione in ordine alla configurabilità del reato ipotizzato, a ben vedere, non è altro che ciò che legittima anche l'applicazione della misura ablativa di natura patrimoniale costituendone il presupposto. Si pone, dunque, inevitabilmente, un problema in termini di rivalutazione di quel dato che potrebbe avere rilievo in sede cautelare, oltretutto di cognizione.

La risposta dei giudici di legittimità, categorica nelle sue conclusioni, non tarda ad arrivare nel senso che una volta che sia intervenuta la sentenza di condanna di primo grado, cui si accompagna il passaggio dallo strumento reale del sequestro preventivo alla definitiva misura della confisca non possono più venire in discussione i presupposti della misura cautelare, dovendosi piuttosto ricondursi ogni contestazione a quella di merito esercitabile con l'impugnazione della sentenza. Infatti, a mente del disposto di cui all'art. 579, comma 3, c.p.p., "l'impugnazione contro la sola disposizione che riguarda la confisca è proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali"; ne consegue – afferma la Corte – l'inammissibilità dell'eventuale impugnazione cautelare proposta.

#### IL SEQUESTRO FINALIZZATO ALLA CONFISCA "PER EQUIVALENTE"

Appare preliminare rispetto a qualsiasi considerazione in merito al *dictum* dei giudici di legittimità verificare la tipologia di provvedimento ablativo di cui si discute di modo da vagliarne funzioni e regole procedurali.

Com'è noto, l'incredibile espansione dei poteri di sequestro in capo all'autorità giudiziaria – con la connessa facoltà di ricorrere allo strumento di ablazione patrimoniale per ragioni che sempre più si allontanano dalle esigenze per le quali tali misure erano state previste e con finalità sempre più vicine a quelle tipiche della sanzione con il correlato stravolgimento della loro fisionomia originaria<sup>1</sup> – fa sì che le problematiche che si pongono *in subiecta materia* siano molteplici e complesse. In effetti, l'istituto del sequestro non risulta affatto confinato nelle scarse disposizioni contenute nel codice di procedura penale, ma compare in svariati altri testi normativi e, in particolare, in una serie di leggi dedicate a specifiche materie con aspetti sanzionatori di carattere penalistico, rispetto ai quali tale strumento assume una funzione prodromica alla confisca, che sovente appare come il risultato primario e fondamentale cui tende il legislatore. Pertanto, mentre il sequestro preventivo nella sua più genuina espressione intende precipuamente bloccare la commissione degli illeciti, ponendo l'espropriazione dei mezzi di realizzazione del reato come conseguenza secondaria, l'apprensione di tali mezzi nei testi di cui si tratta adempie ad una funzione strettamente servente rispetto a quella confisca che costituisce il principale intento da conseguire<sup>2</sup>.

In questa direzione non può non tenersi conto, allora, di come la confisca in generale, molto più di quanto non siano in grado di fare le misure cautelari personali, sia uno strumento particolarmente duttile ed efficace nel combattere alcune fenomenologie criminali aventi tutte come comune denominatore il movente economico, privando di attrattiva la scelta delinquenziale con il conseguente depauperamento del patrimonio e la successiva perdita di potere e considerazione sociale. Uno stimolo importante alla diffusione di simili istituti è certamente provenuto dai suggerimenti offerti dalle organizzazioni sovranazionali, con la correlata presa di coscienza da parte del legislatore interno della necessità di implementare il ricorso agli strumenti ablativi facilitandone le condizioni di applicazione, per far fronte con maggiore flessibilità alle sempre più curate e sofisticate forme di aggressione economica dell'altrui patrimonio.

In tal senso, basti pensare all'ipotesi del sequestro finalizzato alla "confisca per equivalente", che si riferisce a quel provvedimento ablatorio che viene assunto a seguito di condanna per determinati reati ed in relazione a cose che non rappresentano il profitto o il prezzo del reato, bensì beni o altre utilità nella disponibilità del colpevole e di valore corrispondente – il cosiddetto *tantundem* – al prezzo o al profitto del reato<sup>3</sup>. La norma menzionata dal ricorrente è quella contenuta nell'art. 322-ter c.p., introdotta

<sup>1</sup> Secondo A. Alessandri, Voce *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 31, "al termine confisca corrisponde ormai un significato normativo sensibilmente variegato, che investe un fascio d'istituti sempre meno riducibili ad un comune denominatore, specie se si appunta l'attenzione sulle finalità della sanzione". In particolare, evidenzia P. Gualtieri, *Rapporti tra sequestro preventivo e confisca. Principi generali*, in A. Bargi- A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, p. 662 ss., che i già troppo labili confini normativi dell'originario sequestro preventivo cd. impeditivo o finalizzato alla confisca sono stati resi ancor più evanescenti dalla serie di disposizioni introdotte nell'ordinamento in materia di confisca per equivalente, che, grazie anche alla lettura che ne ha dato la giurisprudenza, stanno provocando inaccettabili semplificazioni, al limite dell'automatismo, nella spoliazione di beni, contaminando il processo penale con finalità e istituti propri delle misure di prevenzione.

<sup>2</sup> In questi precisi termini, M. Garavelli, *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002, p. 187.

<sup>3</sup> Per una tale definizione, C. Santoriello, *Il sequestro preventivo*, in G. Spangher-C. Santoriello (a cura di), *Le misure cautelari reali*, Vol. II, Torino, 2009, p. 55. Per uno studio approfondito in relazione alle problematiche più recenti relative all'istituto della confisca per equivalente, v. P. Silvestri, *La confisca penale obbligatoria e l'ablazione di somme di denaro*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, pp. 384 ss.

ta dalla legge 29 settembre 2000, n. 300<sup>4</sup>, che regolamenta una speciale ipotesi di confisca obbligatoria che interviene in caso di condanna per specifiche ipotesi delittuose e che, allorché non sia possibile l'apprensione del patrimonio in forma qualificata<sup>5</sup>, può riguardare i beni del responsabile dell'illecito per un valore appunto "equivalente", ossia corrispondente, al prezzo o al profitto del reato. Per il caso di corruzione attiva, poi, di cui all'art. 321 c.p., la confisca obbligatoria è prevista unicamente in relazione al profitto e solo di quest'ultimo è prevista la confiscabilità per equivalente, con un limite minimo di beni confiscabili commisurato all'entità della tangente.

Attraverso tale misura si perseguono obiettivi di deterrenza e compensazione in quanto si neutralizzano in modo incisivo i vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa e si rimuovono situazioni di indebito arricchimento ottenuto *contra legem*. Inoltre, a tale tipo di confisca si può ricorrere in maniera più agevole grazie all'ampliamento delle condizioni di applicabilità e al loro facile accertamento. In particolare, come detto, si può prevedere l'applicazione di questa ipotesi speciale di confisca nel caso in cui si proceda per uno dei reati previsti dalla norma sulla base del mero accertamento della non appartenenza dei beni ad un estraneo e della semplice circostanza che nella sfera giuridico-patrimoniale dell'autore del reato non venga altrimenti rinvenuto il prezzo o il profitto del reato.

La confisca "di valore" con la connessa possibilità di procedere "per equivalente" è, dunque, una forma di ablazione cui si ricorre con sempre maggiore frequenza vista l'elasticità con la quale la stessa consente di contrastare la criminalità del profitto<sup>6</sup>. Essa permette, infatti, di superare gli ostacoli o le difficoltà che potrebbero verificarsi nell'individuazione dei beni specifici costituenti profitto o prezzo del reato, soprattutto nel caso in cui si tratti di beni fungibili, distratti, consumati, occultati, alienati, trasformati, reinvestiti o reimpiegati dal trasgressore rispetto ai quali risulti indimostrabile il nesso di derivazione causale, anche indiretto, dal reato<sup>7</sup> e la giurisprudenza la definisce una "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"<sup>8</sup>.

Chiaramente, seppure ci si allontana dal modello originario e dalla natura di misura di sicurezza della confisca, che si tinge sempre più di finalità sanzionatorie, non si può comunque rinunciare al puntuale rispetto delle garanzie sottese all'applicazione di istituti che incidono pur sempre su diritti fondamentali, costituzionalmente tutelati e sui quali, proprio per l'inflazione subita negli ultimi tempi, si sono accesi i riflettori delle Corti sovranazionali, deputate al vaglio circa l'osservanza degli stessi. D'altro canto, l'equivalenza deve riguardare solo l'oggetto specifico dell'ablazione posta in essere e, considerata la sua natura obiettivamente afflittiva, non può eliminare del tutto la necessità di verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, quali il nesso di pertinenzialità tra la cosa e il fatto delittuoso. Infatti, seppure tale nesso non sarà rinvenibile, com'è ovvio, con riferimento al bene specifico confiscato nel suo valore "equivalente", ciò non significa che si possa prescindere dall'esistenza di un prezzo o profitto che derivi causalmente dal reato. In altri termini, il fatto che la misura reale si rivolga non al bene che costituisce il prezzo o il profitto del reato ma ad altro bene considerato nel *tantumdem* che si trovi nella disponibilità del condannato, presuppone che il suddetto prezzo o profitto sia-

<sup>4</sup>Intervenuta in attuazione della Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997 relativa alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali.

<sup>5</sup>Tutta la dottrina sottolinea la necessaria funzione di supplenza dell'ablazione dell'equivalente rispetto all'apprensione in forma qualificata. Cfr. P. Balducci, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 2, pp. 230-231; G. Fiandaca, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, c. 6; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 263; F. Furfaro, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2080; A. Gaito, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive di indagine*, in *Giur. it.*, 2009; G. Lughini-L. Musso, *La confisca nel diritto penale*, in *Corriere mer.*, 2009, p. 28; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 147; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, p. 44.

<sup>6</sup>Per una simile definizione, v. P. Balducci, *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 230. Secondo A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 535 ss., il termine criminalità del profitto ricomprende al suo interno una galassia di fenomeni variegati e che scoloriscono l'uno nell'altro. In essa rientrano tanto la criminalità organizzata – la quale, attraverso la commissione istituzionale dell'illecito, mira, tra le altre cose, all'arricchimento e all'insinuazione nei gangli dell'economia lecita – quanto la criminalità di impresa – la quale, all'interno di un'attività imprenditoriale lecita, occasionalmente deborda nella commissione di illeciti – entrambe accomunate dal fine di profitto.

<sup>7</sup>Osserva F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2006, p. 139, che ciò accade poiché la modernità delle forme illecite di produzione della ricchezza consente agevolmente l'occultamento, la distrazione o semplicemente il reinvestimento in operazioni in cui non vi è traccia dell'origine macchiata dei beni.

<sup>8</sup>Cass., sez. VI, 29 marzo 2006, Lucci, in *CED Cass.*, 234739; Cass., sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 562.

no storicamente esistiti e che ne sia poi divenuta impossibile l'ablazione in forma specifica e diretta. Se così è, ben si comprende come a fondamento della misura debba sussistere uno scrupoloso accertamento circa la configurabilità del reato ipotizzato, che dovrà essere espletato nel più ampio rispetto dei diritti difensivi e del criterio di valutazione "oltre ogni ragionevole dubbio".

In tal senso, non deve destare meraviglia quanto affermato dalla pronuncia in commento poiché è del tutto evidente che un simile accertamento operato in sede di cognizione e posto in termini di causalità con la misura ablativa patrimoniale non possa essere oggetto di rivalutazione in sede cautelare, dove, comunque, la valutazione dei presupposti della misura e, *in primis*, la configurabilità del fatto di reato contestato, non potrebbero essere messe in discussione una volta che sia intervenuta una pronuncia di condanna in sede di merito, pur non ancora passata in giudicato.

Discorso diverso quanto all'esistenza del nesso di pertinenzialità ma analogo con riferimento alla necessità di individuare una precisa responsabilità per determinati reati<sup>9</sup> opera per la cd. "confisca allargata" o "per sproporzione" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 1992, n. 356<sup>10</sup> rispetto alla quale è pure consentita l'ablazione nel *tantundem* ai sensi del suo comma 2-*ter*<sup>11</sup>. Essa è considerata una delle forme più avanzate di contrasto ai patrimoni di mafia, in cui sussiste a carico del titolare apparente di beni una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale con la correlata inversione dell'onere della prova, dovendo questi dimostrare da quale reddito legittimo provenga l'acquisto e la veritiera appartenenza del bene medesimo<sup>12</sup>. Qui il legame tra il bene ed il reato è interrotto, non dovendo sussistere un necessario nesso di derivazione del primo dal secondo<sup>13</sup>, pur con i dovuti correttivi dettati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>14</sup>. Ad ogni buon conto, anche in questo caso, per poter disporre il sequestro preventivo di beni confiscabili a norma dell'art. 12 *sexies*, comma 4, devono ricorrere alcune condizioni necessarie e sufficienti. Esse consistono, quanto al *fumus commissi delicti*, nell'astratta configurabilità del fatto attribuito all'indagato anche in relazione alle concrete circostanze indicate dal pubblico ministero, ossia di una delle ipotesi criminose previste dalla norma in discorso, senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità. Per quanto concerne, invece, il *periculum in mora*, coincidendo quest'ultimo con la confiscabilità del bene, dovranno essere presenti seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività econo-

<sup>9</sup> Parla di confisca "estesa" quale fattispecie tipica "sintomatica" di responsabilità, E. Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 12, p. 1525.

<sup>10</sup> Si tratta di quel provvedimento di contrasto alla criminalità mafiosa introdotto dall'art. 2 d.l. 20 giugno 1994, n. 399, conv. nella l. 8 agosto 1994, n. 501. Per una disamina delle diverse posizioni esistenti in dottrina e giurisprudenza circa la natura del suddetto sequestro, cfr. M. D'Onofrio, *Il sequestro preventivo*, Padova, 1998, p. 184 ss.

<sup>11</sup> La norma, diretta ad assicurare gli effetti della confisca pure nel caso in cui non sia possibile rinvenire i beni da confiscare obbligatoriamente, è stata introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv., con modificaz., in l. 24 luglio 2008, n. 125.

<sup>12</sup> Cass., sez. VI, 24 ottobre 2000, Boglioni, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2761; Cass., sez. V, 28 maggio 1998, Di Pasquale, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3126; Cass., sez. I, 29 settembre 1995, Flachi, in *CED Cass.*, 202616, che ha sottolineato la sequestrabilità anche dei beni formalmente appartenenti a soggetti diversi dall'imputato di cui quest'ultimo abbia però la disponibilità.

<sup>13</sup> In dottrina, v. A. Menditto, *La confisca allargata o per sproporzione di cui all'art. 12 sexies d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92, profili sostanziali e procedurali (cenni), con particolare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali aggiornati al novembre 2014*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 20, che evidenzia che "così come per la confisca di prevenzione non occorre alcun nesso con l'attività illecita del proposto, per la confisca allargata, in cui viene in rilievo il reato e non la pericolosità, non occorre un nesso di pertinenza tra i beni confiscabili ed il reato per cui è stata pronunciata condanna e nemmeno tra questi beni e l'attività criminosa del condannato. La confiscabilità dei beni è correlata esclusivamente alla condanna del soggetto che di quei beni dispone, per uno dei reati oggetto dell'elenco di cui all'art. 12 *sexies*, senza che siano necessari accertamenti relativi all'attitudine criminale".

<sup>14</sup> Infatti, la giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi con il riferimento al momento temporale dei singoli acquisti in cui valutare la sproporzione rispetto a redditi e attività svolta, sembra aver reintrodotta una qualche pur minima valutazione del nesso di pertinenzialità tra la cosa e il reato. In tal senso, Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *CED Cass.*, 226490 e in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182, con nota di G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies: dall'esclusione del nesso pertinenziale al rafforzamento dei presupposti*. Conf., Cass., sez. V, 21 febbraio 2013, n. 19358; Cass., sez. VI, 22 novembre 2011, n. 22020; Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 38429. Cfr., altresì, Cass., sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5, p. 601, con nota di E. Oriani, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente*, secondo cui in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca ai sensi dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, conv. con modificazioni nella l. n. 356/1992 "la necessaria valutazione della sproporzione tra i beni oggetto della misura cautelare e la situazione reddituale dell'interessato deve essere condotta avendo riguardo al reddito dichiarato o alle attività economiche esercitate non al momento della applicazione della misura e rispetto a tutti i beni presenti nel patrimonio del soggetto, bensì a quello dei singoli acquisti e al valore dei beni di volta in volta acquisiti".

miche del soggetto<sup>15</sup>, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della lecita provenienza degli stessi<sup>16</sup>. Dunque, per poter provvedere con la confisca, deve sussistere un accertamento della responsabilità penale del condannato per uno dei reati presupposto e la verifica in ordine al fatto che il denaro, i beni o le altre utilità su cui ricada il provvedimento ablativo abbiano un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato a fini impositivi o all'attività economica svolta in assenza di una giustificazione circa la loro legittima provenienza<sup>17</sup>.

È evidente allora come, anche in siffatte evenienze, l'esistenza di una pronuncia di condanna assuma un'efficacia preclusiva rispetto ad un nuovo vaglio dei presupposti della misura in sede cautelare una volta che si sia passati dalla misura reale alla vera e propria confisca.

#### DAL FUMUS COMMISSI DELICTI DELLA CAUTELA REALE ALLA CONFISCA

Tra i presupposti per l'adozione del provvedimento di cautela reale, oltre al *periculum in mora*, vi è il *fumus commissi delicti* o *fumus boni iuris*. Non può, infatti, ammettersi l'apposizione di un vincolo di indisponibilità in via provvisoria e strumentale, secondo la forma tipica della tutela cautelare, se non sussistano contestualmente i presupposti che ne giustificano l'adozione e attenuino il rischio derivante dall'incertezza della situazione da tutelare<sup>18</sup>.

Già nel momento in cui il legislatore, all'art. 321 c.p.p., fa esplicito riferimento alle cose che sono pertinenti ad un reato per delimitare l'oggetto del sequestro preventivo, egli di fatto denuncia la necessità che sia stato preventivamente commesso un fatto di reato e che vi siano in tal senso validi elementi dimostrativi<sup>19</sup>. Oggetto della valutazione da parte dell'organo decidente non sono, dunque, gli indizi di colpevolezza ma soltanto l'astratta configurabilità del reato ipotizzato, il cd. *fumus commissi delicti*<sup>20</sup>.

Se, dunque, il *fumus* deve limitarsi all'astratta possibilità di sussistere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato<sup>21</sup> o al giudizio di probabilità circa il verificarsi di una situazione futura che si mira a proteggere, è evidente che, una volta intervenuta una sentenza di condanna, seppur non ancora irrevocabile, vi sia stata una presa di posizione sul punto, essendosi un giudice del merito già pronunciato non solo sull'astratta configurabilità o sulla qualificata probabilità di verifica, ma addirittura sulla concreta sussistenza, "oltre ogni ragionevole dubbio", dell'ipotesi delittuosa considerata. In particolare, per quanto concerne la valutazione in ordine alla sussistenza del *fumus commissi delicti*, proprio in tema di applicazione del sequestro finalizzato alla confisca per equivalente si è detto come non debbano necessariamente ricorrere gravi indizi di reità, ma non sia nemmeno sufficiente la mera attribuibilità di un reato a taluno.

<sup>15</sup> Si badi che, come chiarito da Cass., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 10, p. 1208, la sproporzione deve sussistere sia rispetto al reddito dichiarato, sia rispetto all'attività economica svolta.

<sup>16</sup> Così secondo la citata Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *CED Cass.*, 226490. Per ulteriori considerazioni v., in dottrina, E. Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, II, 2006, p. 651.

<sup>17</sup> Individua il duplice presupposto dell'intervenuta condanna o sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei delitti indicati all'art. 12-sexies e la sproporzione dei beni con i redditi dichiarati o con l'attività esercitata, G. Locatelli, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato*, in *Il fisco*, 1996, n. 34, p. 8303. Altri autori, tra cui M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 319, D. Potetti, *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1690; V. Pusateri, *Modifiche alla disciplina della confisca ex art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1996, n. 306*, in G. Spangher (a cura di), *Decreto sicurezza. Tutte le novità*, Milano, 2008, p. 104, scompongono il secondo presupposto in più presupposti, vale a dire: l'esistenza di un patrimonio, la titolarità o disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o di altra utilità, la sproporzione con il reddito o l'attività economica svolta, la mancata giustificazione.

<sup>18</sup> In questi termini, cfr. M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 15, che identifica il *fumus boni iuris* come "il favorevole giudizio di probabilità circa il verificarsi della futura situazione che si vuole tutelare" e il *periculum in mora* in "quella situazione di urgenza originata dal timore di un danno prodotto da un intervento ritardato".

<sup>19</sup> Evidenzia in tal senso U. De Crescenzo, *Il sequestro penale e civile*, Torino, 1997, p. 110, che "premesso che il presupposto per poter disporre un sequestro preventivo è che sia stato commesso un reato, lo scopo dell'atto deve avere natura squisitamente cautelare, volto a conseguire finalità diverse da quelle probatorie o da quelle conservative".

<sup>20</sup> Cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 17 aprile 2007, Consolo, in *CED Cass.*, 236590.

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 25 marzo 1993, Gifuni, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1669. V., in dottrina, S. Ramajoli, *Le misure cautelari (personali e reali) nel codice di procedura penale*, Padova, 1993, p. 177, secondo cui "non è sufficiente un giudizio di generica rispondenza tra "fattispecie reale e fattispecie legale" perché - in tal caso - si romperebbe il delicato equilibrio tra difesa sociale e garantismo, favorendo eventuali abusi di funzione".

D'altro canto, la cognizione del giudice cautelare, sia per i fini, sia per i tempi di intervento che le sono attribuiti, non ha la possibilità di svolgere una verifica sull'effettiva sussistenza del diritto suscettibile di tutela – compito del giudice del procedimento principale – ma si limita a valutarne l'apparenza<sup>22</sup>. In tal senso, deve comprendersi l'affermazione contenuta nella pronuncia in commento secondo cui, una volta che sia intervenuta una pronuncia di merito, il giudice della cautela non possa più esprimersi in merito all'esistenza di un *fumus*, perché in qualche modo, seppur in altra sede – ed in quella precipuamente deputata a ciò – il reato sarebbe già stato ritenuto sussistente e imputato alla responsabilità di un soggetto ben definito, tanto da essere passati dallo strumento della cautela reale a quello definitivo – seppur non immediatamente esecutivo – della confisca.

Proprio in questo passaggio, peraltro, parrebbe rinvenirsi la correttezza del ragionamento seguito dai giudici di legittimità. Infatti, una volta che un giudice abbia statuito in merito alla confisca dei beni, verrebbe a mancare quella situazione “futura ed incerta” in vista della quale la cautela ordinariamente viene predisposta, con il conseguente venir meno della funzione cautelare per l'avvenuto verificarsi della situazione finale alla quale la cautela reale era preordinata.

Ma vi è di più, in quanto se, come detto, per applicare le tipologie di confisca di cui si è detto, presupposto è l'esistenza di una condanna o sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei *nomina criminis* indicati dalle norme, ne deriva che tale strumento di ablazione del patrimonio trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dalla commissione del reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla *res*<sup>23</sup>. Una simile asserzione dimostra come tale tipologia di confisca sia uno strumento con cui punire un fatto previsto dalla legge come reato e accertato in quanto tale e non per prevenire la pericolosità – anche oggettiva – che può sussistere anche nei confronti di un soggetto non punibile: in ciò sta la presa di distanza della confisca dal modello della misura di sicurezza *ex art. 240 c.p.*, che della pericolosità si interessa, per avvicinarsi sempre più al modello della pena, improntata invece sulla responsabilità riconosciuta o supposta del soggetto<sup>24</sup>.

In tal senso si sono orientati quegli indirizzi che vedono tale confisca come una vera e propria sanzione, infatti tesa a perseguire finalità di giustizia piuttosto che di mera utilità. Essa, dunque, non avrebbe come fine ultimo quello della profilassi criminale con la valutazione circa il futuro comportamento del reo – proprio della misura di sicurezza fondata sulla prognosi di non recidiva – ma quello –

<sup>22</sup> Così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 63.

<sup>23</sup> Cfr. A. Alessandri, *Voce Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 14. Si veda, altresì, P. Silvestri, *La confisca penale obbligatoria e l'ablazione di somme di denaro*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, p. 388 s., secondo cui “ciò che viene posto a fulcro della disciplina codicistica non è il rinvio ad un concetto di “condanna” evocativo della categoria del giudicato formale ma – più concretamente – il richiamo ad un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito”. V. in giurisprudenza, *Cass.*, sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancimino, in *CED Cass.*, 251195, che, in un caso di intervenuta prescrizione nei successivi gradi di giudizio dopo una precedente pronuncia di condanna, ha affermato che “le statuzioni adottate dai giudici del merito in punto di accertamento dei fatti-reato, delle responsabilità e della illecita provenienza dei beni sottoposti a confisca si sono definitivamente “cristallizzate”, al punto da vanificare, contenutisticamente, la stessa presunzione di non colpevolezza: il che giustifica, pertanto, il soddisfacimento dei fini di garanzia di accertamento pieno, che il termine “condanna” è volto ad assicurare nel quadro della confisca, quale necessario presupposto del provvedimento ablatorio”. V., altresì, *Cass.*, sez. III, 14 febbraio 2013, Volpe e altri, in *CED Cass.*, 255112; *Cass.*, sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, in *CED Cass.*, 255596. Per approfondimenti sul tema del rilievo dell'intervenuta prescrizione del reato ai fini della confisca si vedano le fondamentali pronunce Corte e.d.u., 29 settembre 2013, Varvara c. Gov. Italia; C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in *www.giurcost.it*, e, più di recente, *Cass.*, sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *CED Cass.*, 264434-435-436-437.

<sup>24</sup> Tale ultima precisazione impone la necessità di chiarire che, esclusa la compatibilità con l'irrogazione della confisca tanto della pronuncia di c.d. proscioglimento anticipato *ex art. 469 c.p.p.* quanto dell'immediata declaratoria di non punibilità *ex art. 129 comma 1 c.p.p.*, si può affermare che la sentenza di non doversi procedere, emessa ai sensi dell'art. 531 c.p.p., sia generalmente idonea a disporre la misura ablativa, purché detta pronuncia contenga, in concreto, un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato. Così M. Panzarasa, *Confisca senza condanna?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1708, secondo cui, in conclusione, “una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato *ex art. 531 c.p.p.* potrà legittimamente disporre la confisca, in tutti i casi in cui il giudice, se non fosse maturata la fattispecie estintiva, avrebbe condannato l'imputato ai sensi dell'art. 533 c.p.p.”. In termini affini si esprime anche F. Mazzacova, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale “classico” e diritto penale “moderno”*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, I, 2011, p. 253, che osserva ulteriormente – per quel che qui interessa – come l'imposizione della confisca per mezzo della sentenza dibattimentale di non doversi procedere *ex art. 531 c.p.p.* – posto che l'art. 579 comma 3 c.p.p. permette l'impugnazione del capo relativo alla confisca con gli stessi strumenti previsti per i capi penali – “sembra assicurare, almeno in sede di appello, la possibilità di valutare i presupposti di applicazione della misura nel rispetto delle prerogative della difesa”.

tipico della pena – di repressione, attraverso l'impedimento alla conservazione di beni o utilità ottenute a seguito della commissione di un fatto di reato<sup>25</sup>.

Tale impostazione trova peraltro un preciso riscontro anche con riferimento ai profili procedurali, in quanto la competenza per l'esecuzione della confisca spetta al giudice dell'esecuzione e non al magistrato di sorveglianza, così come accade per le misure di sicurezza. Analogamente, come si avrà modo di sviluppare *amplius* nel prosieguo, sotto il profilo degli strumenti di impugnazione del provvedimento ablativo, i capi relativi alla confisca si impugnano con le regole ordinarie, a differenza di quanto si realizza in materia di misure di sicurezza, per le quali la competenza ricade sempre sui giudici della sorveglianza. Il fatto che la confisca, costruita come misura di sicurezza, tenda o viri verso il suo archetipo sanzionatorio<sup>26</sup> sembrerebbe allora addirittura "rafforzare" la scelta normativa e la posizione assunta dalla giurisprudenza che vuole che contro la stessa si proceda con gli ordinari rimedi impugnatori e non con i gravami cautelari. D'altro canto, parrebbe una conclusione coerente con il sistema quella per cui, se davvero la confisca intervenga con funzione di pena o sia ad essa assimilata, avverso la stessa si debba proporre un'impugnazione di merito, ossia l'unica davvero abilitata a rimettere in discussione i presupposti di quell'ablazione nel pieno dei poteri difensivi e dinanzi ad un nuovo giudice di cognizione.

Da qui è nata l'esigenza di precludere la valutazione su questioni che siano già state oggetto di delibazione nel procedimento principale confluite in decisioni suscettibili di abbracciare nel *decisum* il nuovo *petitum*, cioè aventi appunto valore assorbente rispetto alle questioni stesse<sup>27</sup>. È ben vero che nel nostro ordinamento vige il principio della presunzione di non colpevolezza, operante fino a che non sia intervenuta una sentenza ormai passata in giudicato, ma esigenze di certezza e di stabilità impongono che sia proprio in sede di merito a doversi operare questo nuovo vaglio. Diversamente ragionando e non operando la citata preclusione processuale ad una diversa delibazione dei fatti da parte del giudice della cautela, si rischierebbe di andare incontro ad una pericolosa coesistenza di due pronunce, una incidentale, l'altra di merito, seppure non definitiva, tra loro confliggenti. Come anche chiarito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>, sono ragioni di razionalità del sistema e la "funzione servente" che il procedimento cautelare ha riguardo a quello di merito che fanno sì che il primo non possa porsi rispetto a quest'ultimo come sede decisoria alternativa e potenzialmente in conflitto.

#### LA FUNZIONE SERVENTE DEL PROCEDIMENTO CAUTELARE RISPETTO A QUELLO DI MERITO E IL PRINCIPIO DELL'ASSORBIMENTO

Da tutto quanto detto discende la necessità di dirimere con precisione compiti e funzioni dei giudici della cautela rispetto a quelli della cognizione di modo da evitare che un possibile concorso di pronunce di segno diverso crei conflitti di giudizi e, correlativamente, incoerenza, instabilità, incertezza del diritto.

Il principio dell'assorbimento, in particolare, riguarda l'elaborazione di natura giurisprudenziale relativa proprio ai rapporti tra il procedimento incidentale cautelare e il processo di merito e si occupa del problema della non interferenza fra *res iudicandae*<sup>29</sup>. Ciò in quanto vi sono dei limiti, che per certi versi

<sup>25</sup> Sulla finalità prevalentemente sanzionatoria della confisca per equivalente, v. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, in *CED Cass.*, 255164. Analogamente, in sede sovranazionale, sulla natura di pena *ex art. 7* Cedu, rilevando come tale misura non tenda alla riparazione pecuniaria di un danno ma si ponga obiettivi preventivi-repressivi, tipici delle sanzioni penali, cfr. Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Fondi Sud s.r.l. c. Italia; Corte e.d.u., 1 marzo 2007, Geerings c. Paesi Bassi; Corte e.d.u., 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; Corte e.d.u., 8 giugno 1995, Jamil c. Francia.

<sup>26</sup> Cfr. A. Alessandri, *Voce Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1987, p. 44, che osserva come "sotto il velo delle conclamate finalità preventive è piuttosto ravvisabile la tenace persistenza della antica matrice punitiva, nella quale la confisca si presentava ancillare alle altre sanzioni repressive, assumendo i contorni di una "pena patrimoniale" particolarmente temibile nella sua intrinseca indeterminatezza".

<sup>27</sup> In questi termini, A. Bassi-T. E. Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, p. 907 s., che rilevano come "solo invocando tale preclusione è infatti possibile scongiurare il rischio di statuizioni contraddittorie su di un medesimo aspetto della vicenda processuale concernente un identico fatto e lo stesso oggetto".

<sup>28</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 8016, in *CED Cass.*, 259322.

<sup>29</sup> Osservano A. Bassi-T. E. Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, p. 907 che "in ambito processuale il principio dell'assorbimento assolve ad una funzione di salvaguardia analoga al principio del *ne bis in idem*

si potrebbero definire gnoseologici, che ostano a valutazioni confliggenti con lo stato di consolidamento del materiale probatorio<sup>30</sup>.

In tal senso, ogni valutazione in un giudizio che coinvolga il merito assorbe la valutazione in sede cautelare e la rende inammissibile sotto il profilo della contestazione dei presupposti giustificativi della misura. Infatti, come accennato, la necessità di non confondere i due piani risulta viepiù strumentale ad una corretta scelta circa le sedi nelle quali coltivare legittimamente le proprie doglianze, senza incorrere nel rischio di vederle dichiarate inammissibili.

Com'è noto, la valutazione operata in sede cautelare risponde alla necessità, contingente e passibile di modifiche nel prosieguo del procedimento, di intervenire con una misura ablativa del patrimonio allorquando vi siano specifiche necessità di cautela, laddove la sede del merito risulta, invece, quella deputata a vagliare la sussistenza del fatto di reato e la responsabilità del suo autore. I due procedimenti, peraltro, pur essendo congiunti, mantengono una loro autonomia sul piano oggettivo e l'esito del procedimento cautelare non svolge alcun effetto sulla formazione della decisione di merito<sup>31</sup>.

Nel sistema delle misure cautelari reali così come originariamente pensate dal legislatore, allora, il distacco temporale tra il momento di attivazione dell'accertamento giurisdizionale e quello di conclusione dello stesso può far sì che la decisione finale intervenga su una realtà di fatto diversa rispetto a quella di partenza, poiché quest'ultima ha continuato ad evolversi e modificarsi<sup>32</sup>. Ciò è tanto vero che autorevole dottrina ha pure osservato come "in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse essere sempre istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno ed adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari"<sup>33</sup>. Sono, dunque, caratteri comuni alle misure cautelari quello della "provvisorietà", intesa come durata limitata dei suoi effetti nel senso che la misura trova esplicazione sino al sopraggiungere di un fatto successivo in vista ed in attesa del quale la misura cautelare era stata adottata e provvisoriamente mantenuta, e quello della "strumentalità", da intendersi come preordinazione all'adozione del susseguente provvedimento definitivo<sup>34</sup>.

Dalle citate definizioni emerge, dunque, la stretta interconnessione tra l'adozione della cautela e la decisione del giudizio, assumendo più precisamente il procedimento cautelare una vera e propria funzione servente rispetto a quello di merito. Quale conseguenza, il carattere "strumentale" o "sussidiario" del provvedimento cautelare non può che essere assorbito e travolto dalla pronuncia con la quale si sia concluso, seppur in *prime cure*, il giudizio di merito, così evidenziandosi l'inidoneità della tutela cautelare ad estrinsecarsi indipendentemente da un accertamento processuale<sup>35</sup>.

Peraltro, nel caso di sequestro finalizzato alla confisca, come nell'ipotesi sottoposta all'attenzione della Corte, il vincolo adottato ai sensi dell'art. 321 c.p.p. ha un carattere speculare rispetto alla misura ablativa disposta in sentenza, dovendone garantire la precisa esecuzione all'esito del giudizio<sup>36</sup> e dare, dunque, concretezza ed effettività alla decisione finale emessa al termine del giudizio di cognizione. Ciò con la conseguenza che il sequestro stesso, pur disposto successivamente nel caso analizzato dai giudici di legittimità, sarebbe nato con un "vizio di fondo", non essendo suscettibile di rivalutazione nella sede sua propria, ma risultando superato "a monte" dall'esistenza di una decisione di merito già assunta – seppur non definitiva – anche in ordine alla futura confisca.

sancito dall'art. 649 c.p.p., essendo teso ad evitare che nel procedimento incidentale si addivenga ad una duplicazione di valutazioni su di una materia, laddove nel procedimento principale sia già intervenuta una decisione che contenga in sé un apprezzamento di merito di tale incisività da assorbire possibili statuizioni sullo stesso tema".

<sup>30</sup> In questi termini, D. Monti, *Il giudizio dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2006, p. 234.

<sup>31</sup> Così M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 18. Cfr., altresì, in dottrina, P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991, p. 246, che si interroga sui rapporti tra il procedimento incidentale di riesame e il processo principale.

<sup>32</sup> Cfr. G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 500 ss, ove si evidenzia il ruolo delle cautele quali strumenti "atti ad impedire o a ridurre il divario di ordine temporale tra forma e materia del processo" soddisfacendo "la necessità [...] di evitare, almeno fino a che è possibile, questo divario tra l'immobilità del giudizio e l'instabilità della realtà giuridica concreta".

<sup>33</sup> In questi termini, P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 20.

<sup>34</sup> Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 9; 21 e 138 s.

<sup>35</sup> G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 502.

<sup>36</sup> Per analoghe considerazioni, relative alla confisca *ex art. 12-sexies*, d.l. 306 del 1992, cfr. Cass., sez. VI, 1° ottobre 2008, n. 43149, in *CED Cass.*, 243032.

Una tale considerazione, da cui discende il venir meno della legittima impugnabilità in sede incidentale di un provvedimento di ablazione reale per sua natura temporaneo e contingente, a ben vedere, non fa altro che suffragare quella funzione strumentale che, come detto, è tipica dell'istituto del sequestro volto alla confisca e che la giurisprudenza ha avuto modo di ribadire in molteplici pronunce conformi sia in materia di cautele reali che personali.

In *subiecta materia*, come ricorda anche la sentenza in discorso, vige, infatti, il principio secondo cui «una volta intervenuta, nel corso del procedimento principale, la sentenza non definitiva di merito, il giudice della cautela non può discostarsi, nella valutazione del “*fumus delicti*” e del “*periculum in mora*”, dai fatti (anche incidentali), così come accertati in sede di cognizione»<sup>37</sup>. Non può allontanarsene nella valutazione del *fumus* essendosi accertata in sede di merito quella situazione futura e incerta che si mirava a tutelare; non può nemmeno discostarsene nella valutazione del *periculum* – teso per definizione a prevenire il danno che minaccia il diritto in attesa del sopravvenire del provvedimento definitivo<sup>38</sup> – poiché assorbito dal giudizio di cognizione.

Così è a dirsi in egual misura anche in tema di misure cautelari personali, in relazione alle quali la Corte di cassazione ha avuto molteplici occasioni di affermare che «una volta intervenuta la sentenza di condanna anche non definitiva, la valutazione degli elementi rilevanti ai fini del giudizio incidentale, anche in sede di riesame o di appello, deve mantenersi nell'ambito della ricostruzione operata dalla pronuncia di merito, non solo per quel che attiene all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica, ma anche per tutte le circostanze del fatto, non potendo essere queste apprezzate in modo diverso dal giudice della cautela»<sup>39</sup> e non potendosi risolvere diversamente in quella sede questioni incidentali già affrontate nel giudizio di merito<sup>40</sup>. In tal senso non può che valorizzarsi la natura incidentale, eventuale ed accessoria del procedimento cautelare, atteso che la sua “non essenzialità” permette di configurarlo quale «procedimento collaterale che non si sovrappone al processo principale, né si identifica con esso ma ne costituisce una diramazione accessoria ed eventuale»<sup>41</sup>.

Infatti, l'intervenuta sentenza di condanna – e, in particolare, ci si riferisce al momento della lettura del dispositivo e non a quello, successivo, del deposito della motivazione<sup>42</sup> – rappresenta il limite temporale a partire dal quale risulterà preclusa ogni autonoma valutazione in sede cautelare dei fatti contestati, non potendo gli stessi essere delibati in maniera differente neppure in conseguenza di una difforme valutazione in punto di diritto circa l'utilizzabilità o meno delle prove<sup>43</sup>. Più nello specifico, poi, si è

<sup>37</sup> Cass., sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 8016, in *CED Cass.*, 259322.

<sup>38</sup> Secondo C. Calvosa, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, p. 16 nel ritardo del provvedimento finale si ravvisa la necessità di ricorrere all'adozione di una misura cautelare capace di anticipare provvisoriamente gli effetti della conclusione del processo.

<sup>39</sup> Cass., sez. III, 15 ottobre 2015, n. 45913, in *CED Cass.*, 265544. Conf. Cass., sez. IV, 6 maggio 2009, n. 26636, in *CED Cass.*, 244877; Cass., sez. II, 19 dicembre 2008, n. 3173, in *CED Cass.*, 242474; Cass. sez. I, 14 luglio 2006, n. 29107, in *CED Cass.*, 235267; Cass., sez. I, 15 giugno 2006, n. 28378 in *CED Cass.*, 235262; Cass., sez. I, 4 dicembre 1997, n. 6825, inedita.

<sup>40</sup> Cfr. Cass., sez. I, 19 dicembre 2011, n. 13603, in *CED Cass.*, 252351, secondo cui “al giudice dell'appello cautelare, ex art. 310 c.p.p., è precluso pronunciare su questioni incidentali decise dal giudice della cognizione”.

<sup>41</sup> Cfr. G. De Luca, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, p. 156. Si osservi come, secondo A. Bassi-T. E. Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, p. 905, “la vicenda cautelare corre quindi parallela rispetto alle fasi in cui si articola il procedimento penale di cognizione e viene a sovrapporsi, *in toto* o solo in parte, al procedimento principale, quale vicenda incidentale: essa, pertanto, seppur parzialmente autonoma a cagione della sua specifica funzione di garanzia, vede peraltro condizionati alcuni dei suoi contenuti dagli esiti degli avvicendamenti del procedimento principale che segue, per così dire, quasi come un'ombra”.

<sup>42</sup> V., per ulteriori considerazioni, Cass., sez. I, 14 dicembre 2015, n. 17620, in *CED Cass.* 267725; Cass., sez. VI, 12 marzo 2003, n. 30580, in *CED Cass.*, 226274; Cass., sez. II, 3 ottobre 1996, n. 3713, in *CED Cass.*, 207564, secondo le quali “qualora venga disposta una misura cautelare dopo la pronuncia della sentenza di condanna, è sufficiente ad integrare il requisito dell'ordinanza applicativa richiesto dall'art. 292, comma 2, lett. b), c.p.p., l'indicazione del titolo giuridico delle imputazioni per le quali la condanna è intervenuta, in considerazione della possibilità di completa identificazione da parte degli imputati dei fatti oggetto delle imputazioni, di cui sono a piena conoscenza a seguito del contraddittorio dibattimentale e della decisione adottata all'esito di esso; e che parimenti l'obbligo motivazionale in ordine agli indizi di colpevolezza, anche con riferimento agli elementi favorevoli, può dirsi soddisfatto con la semplice esposizione degli elementi di prova a carico, senza che sia rinnovata la loro valutazione critica, la quale, successivamente all'emanazione della sentenza e per effetto di essa, deve anzi ritenersi preclusa fin dal momento in cui è stata data pubblica lettura del dispositivo e prima ancora del deposito della motivazione, discendendo direttamente il predetto effetto preclusivo dall'intervenuta decisione sulla “*notitia criminis*”.

<sup>43</sup> Così Cass., sez. II, 19 dicembre 2008, n. 3173, in *CED Cass.*, 242474. Cfr., altresì, Cass., sez. V, 9 aprile 1997, n. 1709, in *CED Cass.*, 208138; Cass., sez. un., 25 ottobre 1995, n. 38, Liotta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 776 e in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, p. 465.

anche avuto modo di chiarire come proprio l'esistenza di un giudizio di condanna implichi la non riproponibilità, in sede di procedimento cautelare, della questione concernente la sussistenza o meno dei gravi indizi di colpevolezza poiché il principio dell'autonomia del procedimento incidentale "de libertate" rispetto a quello principale non può essere interpretato in termini rigorosi e astratti creando il pericolo che vengano ad esistere per paradosso due pronunce giurisdizionali sul tema della colpevolezza, l'una incidentale e di tipo prognostico, l'altra fondata sul pieno merito e suscettibile di passare in giudicato, tra di loro contrastanti.

Un tale ragionamento, peraltro, trova piena conferma anche nei principi affermati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 71 del 1996<sup>44</sup>, nella quale risulta assunto come punto di riferimento il rispetto del "principio di assorbimento", nel senso che la valutazione in sede incidentale del requisito dei gravi indizi di colpevolezza può dirsi preclusa solo quando "intervenga una decisione che contenga in sé una valutazione del merito di tale incisività da assorbire", appunto, l'apprezzamento in ordine al suddetto requisito, con la precisazione che, secondo la stessa Corte, tale preclusione non si verifica quando sia intervenuto soltanto il rinvio a giudizio, ma ben può e deve dirsi verificata quando il giudizio abbia dato luogo ad un'affermazione, sia pur non definitiva, di colpevolezza<sup>45</sup>. La stessa *ratio* dell'assorbimento impone, peraltro, che dopo una pronuncia di merito anche la valutazione delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. debba avvenire alla stregua della ricostruzione operata in sede di giudizio con riguardo non solo alla qualificazione dei fatti ed alla pronuncia di colpevolezza ma anche alle circostanze del fatto che non possono essere diversamente apprezzate dal giudice della cautela<sup>46</sup>.

In altre parole, lo si ribadisce, una volta intervenuta una decisione di merito – anche se non ancora definitiva – resta ormai precluso al giudice della cautela fornire una difforme ricostruzione della vicenda operata in sede di giudizio per effetto di una diversa valutazione in fatto e/o in diritto e ciò per evidenti ragioni di certezza e razionalità del sistema, nonché per l'ovvia funzione servente che il procedimento cautelare ha riguardo a quello di merito, rispetto al quale non può certo porsi come sede decisoria alternativa e potenzialmente in conflitto<sup>47</sup>.

Se, dunque, il giudizio in ordine alla sussistenza dell'ipotizzato reato inibisce una rivalutazione in sede cautelare del *fumus commissi delicti*, parallelamente e *a contrario* anche la pronuncia di merito che abbia negato la sussistenza del reato – o la confiscabilità dei beni<sup>48</sup> – non potrà essere rimessa in discus-

<sup>44</sup> Si tratta di C. cost., 15 marzo 1996, n. 71, in *Gazz. Uff.*, 1 serie spec., 20 marzo 1996, n. 12, nonché in *Cass. pen.*, 1996, 1201, p. 2090, che, nel risolvere il dibattito giurisprudenziale insorto con riferimento al tema dei rapporti tra procedimento principale e procedimento incidentale *de libertate*, ha condiviso il percorso logico e la conclusione, limitatamente al rapporto tra sentenza di condanna e valutazione dei gravi indizi di colpevolezza operati da Cass., sez. un., 25 ottobre 1995, n. 38, Liotta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 776 e in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, p. 465; Cass., sez. un., 7 dicembre 1995, Riillo, in *Foro it.*, 1996, II, c. 352. V., sul punto, in dottrina, D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 288, che ribadisce come "mentre riguardo al postulato iniziale giurisprudenza costituzionale e di legittimità si sono presto allineate, quest'ultima anche al suo interno, non altrettanto è a dirsi per l'identificazione di quali pronunce parziali sulla *regiudicanda* posseggano effettivamente i requisiti idonei all'operare del criterio di assorbimento. Concordia di posizioni si è formata attorno all'efficacia preclusiva – beninteso, *rebus sic stantibus* – della sentenza di condanna ancora soggetta ad impugnazione: addirittura "paradossale" e "in aperta antinomia con la coerenza stessa del sistema" viene considerata la simultanea presenza di due pronunce giurisdizionali sul tema della "colpevolezza", "l'una incidentale e di tipo prognostico e l'altra fondata sul pieno merito e come tale suscettibile di passaggio in giudicato".

<sup>45</sup> Così Cass., sez. I, 14 luglio 2006, n. 29107, in *CED Cass.*, 235267, che richiama Cass., sez. IV, 10 aprile 2003, Fakid, inedita; Cass., sez. VI, 12 marzo 2003, Maesano, inedita; Cass., sez. V, 9 aprile 1997, n. 1709, in *CED Cass.*, 208138.

<sup>46</sup> V., in tal senso, Cass., sez. I, 15 giugno 2006, n. 28378, in *CED Cass.*, 235262, secondo cui: "in tema di misure cautelari personali, una volta intervenuto il giudizio di merito, la valutazione delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 lett. c) c.p.p., con specifico riferimento ai parametri della gravità del fatto e della personalità del suo autore, impone l'esame degli stessi atti o comportamenti apprezzati dal giudice della cognizione per giungere al giudizio di responsabilità, sicché resta preclusa al giudice della cautela una ricostruzione e una qualificazione giuridica dei fatti diversa da quella operata in sede di cognizione". Infatti, la valutazione sia della gravità del fatto che della personalità del suo autore impongono l'esame di atti o comportamenti concreti che, dopo il giudizio di merito, devono essere quegli stessi atti o comportamenti apprezzati dal giudice del merito per giungere al giudizio di responsabilità e che non possono essere diversamente valutati dal giudice della cautela.

<sup>47</sup> Così Cass., sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 8016, in *CED Cass.*, 259322.

<sup>48</sup> In tal senso, cfr. Cass., sez. VI, 1 ottobre 2008, n. 43149, in *CED Cass.*, 243032, con la quale si era dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione cautelare proposta dal pubblico ministero avverso l'ordinanza con cui, in pari data rispetto alla sentenza non definitiva che aveva escluso la confiscabilità ex art. 12-sexies l. n. 306 del 1992 di alcuni beni, il medesimo giudice aveva rigettato la richiesta di sequestro preventivo sugli stessi beni avanzata dall'organo dell'accusa. In quel caso la Cassazione rilevava come il giudice di primo grado "imponendo contestualmente in sede di merito il vincolo cautelare e la misura ablativa per una serie di

sione in quella sede. Ciò è tanto vero che, secondo i giudici di legittimità, «in tema di misure cautelari reali, è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza di rigetto dell'appello diretto ad ottenere il riconoscimento dell'esistenza del "fumus delicti", qualora nel frattempo sia intervenuta una sentenza di non luogo a procedere che abbia escluso la sussistenza del fatto-reato, il cui epilogo non può essere rimesso in discussione in sede di incidente cautelare»<sup>49</sup>. Secondo la suprema Corte, infatti, «le pronunce nel merito costituiscono epiloghi decisivi preclusivi di qualsiasi delibazione sul "fumus criminis" da parte del giudice cautelare impedendogli, in presenza di una sentenza non definitiva di merito emessa nel corso del procedimento principale sulla regiudicanda, qualsiasi valutazione tanto nell'ipotesi di pronuncia di condanna, nel qual caso sono precluse le questioni concernenti la reclamata assenza degli indizi<sup>50</sup>, quanto nell'ipotesi di sentenza di proscioglimento, nel qual caso sono precluse le questioni sul reclamato riconoscimento del quadro indiziario». Infatti, si osserva come una sentenza di proscioglimento nel merito costituisca una condizione impeditiva (quanto all'introduzione) o estintiva (quanto al mantenimento) delle misure limitative della libertà personale o reale. Tale conclusione risulta imposta dall'art. 300 c.p.p., per le misure cautelari personali<sup>51</sup>, e dall'art. 323 c.p.p., per le misure cautelari reali, in quanto tali disposizioni, prevedendo la perdita di efficacia delle misure in corso di esecuzione in presenza, tra l'altro, di sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere, vietano, a maggior ragione, che le restrizioni di libertà possano essere introdotte al cospetto delle fattispecie estintive in esse indicate.

#### L'IMPUGNAZIONE DEL SOLO CAPO RELATIVO ALLA CONFISCA EX ART. 579, COMMA 3, C.P.P. DA PARTE DELL'IMPUTATO

Nelle parole dei giudici di legittimità la sopravvenienza del provvedimento di confisca comporta che ogni questione relativa alla misura patrimoniale debba essere fatta valere da parte dell'imputato esclusivamente con lo strumento dell'impugnazione di merito della sentenza, che egli è legittimato a proporre ai sensi dell'art. 579, comma 3, c.p.p., dovendosi correlativamente dichiarare inammissibile l'eventuale impugnazione cautelare proposta.

Nel caso di specie, poi, deve rilevarsi come il soggetto interessato a far valere il diritto alla restituzione dei beni coincida con l'imputato avendo egli subito il provvedimento ablativo che lo priva, a titolo definitivo, della proprietà dei beni colpiti dal sequestro, la cui funzione è proprio quella di assicurare la successiva confisca dei beni stessi al momento della pronuncia della sentenza di condanna. Da ciò di-

---

beni ed escludendoli per altri (quelli oggetto dell'odierno ricorso), ha ritenuto questi ultimi beni non attingibili da confisca per la insussistenza nei loro confronti dei presupposti di legge, operando un accertamento sulla liceità della formazione di detti beni, con conseguente venir meno anche della loro sequestrabilità, dato il carattere speculare del vincolo adottato ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2, (richiamato dalla L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, comma 4) rispetto alla misura ablativa, trattandosi di sequestro destinato ad assicurare la esecuzione del provvedimento di confisca. Ne deriva che, a norma dell'art. 323 c.p.p., comma 3, ("Se è pronunciata sentenza di condanna, gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca delle cose sequestrate"), già il Tribunale del Riesame avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la impugnazione del pubblico ministero, trattandosi di sequestro oramai superato dalla decisione presa in ordine alla confisca, impugnabile unitamente alla decisione di merito (in tal senso v. anche, con argomento a contrario, sez. 6, Sentenza n. 26268 del 28 giugno 2006, Rv. 235080, Gagliardi e altri, e sez. 6, sentenza n. 10346 del 7 febbraio 08, rv. 239087, Della Ventura ed altri, nelle quali è stato affermato che in tema di misure di prevenzione di natura patrimoniale, il sequestro adottato in previsione della confisca obbligatoria a norma del D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies* è subordinato all'accertamento di merito della sproporzione dei beni rispetto ai redditi posseduti e della mancata giustificazione della loro provenienza. Ne consegue che qualora il giudizio di primo grado si sia concluso senza l'applicazione della detta misura di sicurezza, non è consentito al giudice di appello disporre il prodromico sequestro preventivo di cui al D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, comma 4, in quanto sarebbe in contrasto con il principio devolutivo e del divieto di "reformatio in pejus" di cui all'art. 597 c.p.p.)".

<sup>49</sup> Cass., sez. III, 2 luglio 2014, n. 41387, in *CED Cass.*, 260659.

<sup>50</sup> Per tutte, Cass., sez. I, 14 luglio 2006, n. 29107, in *CED Cass.*, 235267.

<sup>51</sup> Secondo E. Marzaduri, *Commento all'art. 14 l. n. 128 del 2001*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 456 s., oltre all'art. 303 comma 1, lett. d), relativo ai termini di durata del provvedimento, vanno ricordati il comma 1-bis e soprattutto il comma 2-ter dell'art. 275, nonché l'art. 307, comma 2, lett. b), i quali ultimi, con l'occuparsi soltanto del profilo concernente le esigenze cautelari, lasciano chiaramente intendere come i giudizi che avvicinano il processo principale al probabile epilogo di una condanna definitiva esonerino il giudice in funzione cautelare da un'autonoma valutazione dei gravi indizi di colpevolezza. Secondo l'A. "il dato unificante le varie previsioni [...] è senz'altro costituito dall'intento di riconoscere un espresso rilievo nella prospettiva cautelare alla pronuncia di una sentenza di condanna". V., altresì, V. Bonini, *Le riforme alla materia cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 958 s.

scende come, secondo quanto affermato in altra sede da parte dei giudici di legittimità, «in capo all'imputato non residui alcun potere di contestare in sede cautelare la sussistenza del presupposto che ha legittimato il sequestro, costituito proprio dalla confiscabilità dei beni, censurabile ormai soltanto mediante l'impugnazione della sentenza di merito che, disponendo la confisca, ha realizzato la funzione cautelare del sequestro»<sup>52</sup>. La perfetta coincidenza, per l'imputato, dell'oggetto dell'impugnazione cautelare con quello dell'impugnazione di merito del provvedimento di confisca, costituito in entrambi i casi dalla contestazione della sussistenza nei suoi riguardi dei presupposti ai quali viene subordinata l'ablazione dei beni – in via di cautela preventiva in un caso e in via definitiva nell'altro – determina, dunque, l'assorbimento del primo rimedio nel secondo, con conseguente inammissibilità di un ricorso autonomo avverso il provvedimento cautelare<sup>53</sup>.

D'altro canto, come visto, la differente funzione del giudizio incidentale rispetto a quello di merito e l'esigenza di certezza del diritto fa sì che non si possa disporre di una contestualità di mezzi di impugnazione eterogenei con il connesso pericolo di giudizi contrastanti. Nemmeno si può superare l'eventuale pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione cautelare mediante il richiamo all'art. 580 c.p.p. Quest'ultimo, infatti, prevede la sola conversione del ricorso in appello e, dunque, non potendosi operare un'applicazione analogica, logica conseguenza non potrà che essere la dichiarazione di inammissibilità del mezzo di impugnazione cautelare prescelto in luogo di quello, corretto, di merito.

Per quanto concerne il rimedio adottato dai giudici di legittimità di cui all'art. 579, comma 3, c.p.p.<sup>54</sup>, si rileva che l'impugnazione del solo capo relativo alla confisca contenuto nella sentenza di primo grado debba essere proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali, spettando, dunque, la competenza funzionale a decidere in capo alla Corte d'Appello – anziché al tribunale di sorveglianza<sup>55</sup>, come invece accade per le impugnazioni delle misure di sicurezza<sup>56</sup> – ovvero alla Corte di cassazione in caso, per esempio, di misura ablativa emanata a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>57</sup>. Come è stato osservato, una tale differenziazione nella competenza funzionale rispetto a quella prevista in materia di misure di sicurezza «discende dalla circostanza che le impugnazioni proposte in tema di confisca generalmente riguardano questioni di diritto che sono estranee alle attribuzioni cognitive della magistratura di sorveglianza»<sup>58</sup>.

Peraltro, la locuzione “disposizione che riguarda la confisca” contenuta nella norma in discorso si riferisce non soltanto alle statuizioni accessorie della sentenza penale che decidono positivamente sulla confisca, ma anche a quelle che la negano. Ciò con la conseguenza che, come detto, l'impugnazione de-

<sup>52</sup> In questo senso, Cass., sez. I, 12 febbraio 2016, n. 12769, in *CED Cass.*, 266691, che, in motivazione, richiama sul punto Cass., sez. III, 15 ottobre 2015, n. 45913, in *CED Cass.*, 265544; Cass., sez. IV, 17 ottobre 2014, n. 8016, in *CED Cass.*, 259322; Cass., sez. V, 9 aprile 1997, n. 1709, in *CED Cass.*, 208138.

<sup>53</sup> Sempre in questi termini Cass., sez. I, 12 febbraio 2016, n. 12769, in *CED Cass.*, 266691.

<sup>54</sup> Secondo S. Salidu, sub *art. 579 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, p. 84, si tratta di un precetto che pare essersi adeguato ad un orientamento giurisprudenziale minoritario che, nel vigore del codice abrogato, aveva ritenuto autonomamente impugnabile il capo della sentenza relativo alla confisca.

<sup>55</sup> Cass., sez. III, 15 ottobre 2009, F. N., in *CED Cass.* 245614. Cfr., altresì Cass., sez. I, 17 marzo 1995, n. 1652, in *CED Cass.*, 201616 e in *Cass. pen.*, 1996, 3043, p. 1702.

<sup>56</sup> Secondo Cass., 31 luglio 1990, Manchia, in *Cass. pen.*, 1990, II, p. 418: “ai fini dell'individuazione del giudice competente sulle impugnazioni in tema di misure di sicurezza, la distinzione va fatta non tra misure di sicurezza provvisorie e definitive (trattandosi di provvedimenti per loro natura provvisori e legati alla personale condizione del sottoposto), bensì tra misure di sicurezza disposte con sentenza o con ordinanza quali mezzi di provvisoria applicazione equiparati dal codice di rito alle misure cautelari personali. Se l'applicazione è disposta con sentenza, la competenza per il riesame spetta al tribunale di sorveglianza; se, invece, le misure sono disposte con ordinanza, competente è il tribunale della libertà, attesa l'equiparazione dell'applicazione provvisoria di esse alle misure cautelari personali”.

<sup>57</sup> A tal proposito, si precisa in dottrina che “quando è ancora in corso il termine per ricorrere per cassazione, è inammissibile l'autonoma impugnazione dell'ordinanza che abbia disposto la confisca, emessa successivamente alla pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti; tale provvedimento infatti sarà impugnabile soltanto congiuntamente alla sentenza (Cass., sez. V, 9 dicembre 1996, Conforto, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 452). Qualora il giudice di merito che abbia accolto la richiesta di applicazione della pena formulata dalle parti, ometta di applicare la misura della confisca obbligatoria, la Corte di cassazione dovrà annullare parzialmente la sentenza senza rinvio, e disporre direttamente la confisca (Cass., sez. VI, 21 maggio 2008, Proc. Gen. c. G.G., in *CED Cass.*, 241051; Cass., sez. I, 28 marzo 2008, in *CED Cass.*, 239835)”. Per simili considerazioni, v. A. Nobile, sub *art. 579 c.p.p.*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV, Torino, 2012, t. III, p. 3543.

<sup>58</sup> Così A.A. Marandola, *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale. Impugnazioni*, V, Torino, 2009, p. 147.

ve essere presentata con i mezzi previsti per i capi penali anche in caso di gravame proposto dal pubblico ministero avverso una sentenza che non abbia accolto la richiesta di confisca<sup>59</sup>.

Trattandosi, poi, di un appello di merito, opererà senz'altro il principio del *tantum devolutum quantum appellatur* e, dunque, il Collegio ben potrà pronunciarsi sul vincolo patrimoniale solo se ed in quanto la relativa questione gli sia stata correttamente prospettata in sede di impugnazione. Inoltre, nel caso in cui il gravame provenga dal solo imputato, pare potersi affermare senza timore di smentita che viga, anche in siffatta evenienza, il divieto di *reformatio in peius* ex art. 597 c.p.p., con la conseguenza che, laddove la misura ablativa non sia stata disposta in primo grado ovvero la si sia illegittimamente esclusa<sup>60</sup>, il giudice dell'appello non potrà autonomamente prevedere la confisca dei beni sequestrati<sup>61</sup>.

#### SEGUE: LA MANCANZA DI ANALOGA POSSIBILITÀ DI IMPUGNAZIONE DA PARTE DEL TERZO INTERESSATO

Problematiche applicative invero più importanti si rinvencono nel caso in cui il provvedimento di confisca disposto con la sentenza di primo grado non ancora irrevocabile riguardi beni già sottoposti a sequestro preventivo che siano però di proprietà – o sui quali gravi un diritto reale di garanzia – di un terzo rimasto estraneo al giudizio.

Il principio di diritto affermato nella pronuncia in commento secondo cui, una volta intervenuta la sentenza di condanna, è inammissibile l'impugnazione cautelare volta a contestare l'esistenza dei presupposti della misura reale dovendosi proporre la doglianza con i mezzi di impugnazione delle sentenze si riferisce, infatti, ovviamente, al caso in cui il soggetto leso nei suoi diritti patrimoniali sia parte del giudizio e, in quanto tale, abbia facoltà di adire in secondo grado il giudice del merito per sottoporre a nuovo vaglio la regolarità e i presupposti della misura ablativa.

Proprio con riferimento a tale problematica, già una parte della giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi in un caso simile a quello in commento, aveva avuto modo di chiarire come «la conclusione così raggiunta non può ritenersi contraddetta dalla massima apparentemente contraria di cui alla sentenza sez. 3, n. 42362 del 18 settembre 2013, Rv. 256976, secondo cui permane l'interesse del proprietario dei beni caduti in sequestro a contestare attraverso l'appello proposto al tribunale del riesame il permanere delle condizioni giustificative del vincolo, anche quando sia intervenuta sentenza non irrevocabile di condanna che abbia disposto la confisca dei beni stessi, in quanto, come si evince dalla lettura della motivazione, la relativa affermazione di principio riguardava il caso – diverso – in cui la sentenza che aveva disposto la confisca era stata emessa nei confronti di altri soggetti, diversi dal proprietario (apparente) dei beni che ne aveva rivendicato la restituzione, che era rimasto estraneo al processo penale ed era perciò privo di legittimazione a impugnare la sentenza, disponendo dell'appello cautelare come unico rimedio attivabile per contestare il vincolo gravante sui beni fino al passaggio in giudicato della confisca, posto che solo in quel momento egli sarebbe stato legittimato a contestare il merito del provvedimento ablativo mediante la proposizione di apposito incidente di esecuzione nelle forme dell'art. 676»<sup>62</sup>.

In altre pronunce si era, poi, osservato come, essendo il proprietario di beni caduti in sequestro estraneo al procedimento nel quale era stata emessa la sentenza che disponeva la confisca, restasse fermo il suo interesse a contestare attraverso l'appello proposto al tribunale del riesame il permanere delle condizioni giustificative del vincolo. D'altro canto, secondo la Cassazione, «l'intervento di una sentenza di condanna, che ha disposto la confisca, non ancora divenuta irrevocabile, non ha mutato il titolo giuridico in base al quale i beni sono sottoposti a vincolo reale», costituito dall'originario decreto di seque-

<sup>59</sup> V. Cass., sez. VI, 26 gennaio 1995, p.m. in c. Ruffinato, in *CED Cass.* 201806, che chiarisce come lo strumento sia, dunque, quello dell'appello nel caso in cui la sentenza sia appellabile; mentre il ricorso per cassazione negli ulteriori casi e, per esempio, in caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

<sup>60</sup> Cfr., sul punto, Cass., sez. VI, 4 febbraio 2009, I. C., in *CED Cass.*, 242919.

<sup>61</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911, in *CED Cass.*, 261587, secondo cui «in tema di misure di sicurezza patrimoniali, il giudice di appello non può disporre il sequestro e la confisca previsti dall'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con l. n. 356 del 1992), qualora il giudizio di primo grado si è concluso senza l'applicazione della predetta misura, e non è stata proposta impugnazione dal pubblico ministero in relazione a tale punto della decisione, in quanto, altrimenti, la misura ablativa sarebbe disposta in violazione del principio devolutivo e del divieto di "reformatio in peius". Conf. Cass., sez. VI, 1° ottobre 2008, n. 43149, in *CED Cass.*, 243032; Cass., sez. VI, 7 febbraio 2008, n. 10346, in *CED Cass.*, 239087.

<sup>62</sup> Così Cass., sez. I, 12 febbraio 2016, n. 12769, in *CED Cass.*, 266691.

stro<sup>63</sup>; ciò con la conseguente legittimazione del terzo a proporre l'impugnazione *ex art. 322-bis c.p.p.*<sup>64</sup>.

Sempre su questo filone favorevole al riconoscimento dei diritti di impugnazione – sia pur in sede cautelare – da parte dei terzi estranei al procedimento, si era, quindi, sostenuto come anche avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di dissequestro i proprietari di buona fede degli immobili sequestrati fossero legittimati a proporre appello cautelare, in quanto «titolari di un legittimo e concreto interesse giuridico alla loro restituzione»<sup>65</sup>. Peraltro, nel corso del giudizio di cognizione, si tratterebbe del solo rimedio esperibile, essendosi chiarito in tal senso che «l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento, in pendenza del processo, provvede sull'istanza di dissequestro, proposta da un terzo che non è parte del giudizio, è impugnabile esclusivamente mediante l'appello previsto dall'art. 322-bis c.p.p., non trovando applicazione in tale ipotesi il generale principio dell'impugnabilità dell'ordinanza unitamente alla sentenza che definisce il giudizio, in quanto il terzo non è legittimato a proporre impugnazione avverso tale sentenza»<sup>66</sup>.

È vero, infatti, che, in generale, in Cassazione, si era venuto affermando il principio secondo cui «l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento dispone la restituzione all'avente diritto di un bene sottoposto a sequestro probatorio può essere impugnata, a mente dell'art. 586 c.p.p., non autonomamente, ma solo unitamente alla sentenza che definisce il relativo grado di giudizio, dovendosi escludere la sua ricorribilità in cassazione, in applicazione della disciplina camerale di cui all'art. 127 c.p.p., in quanto l'art. 263 c.p.p., che regola la procedura per la restituzione delle cose in sequestro, rinvia a detta disciplina soltanto con riferimento alla fase delle indagini preliminari e non a quella del giudizio, dove il contraddittorio fra le parti si è già instaurato». Però, in particolare, «questo principio non è operante se a chiedere il dissequestro sia un terzo che non è parte nel giudizio e non avrebbe la possibilità di impugnare la sentenza che la Corte d'appello è chiamata a rendere. In tal caso varrebbe, infatti, all'opposto, la disciplina ordinaria *ex art. 322 bis c.p.p.* che prevede la possibilità dell'appello in favore di chi, pur non essendo imputato né parte del procedimento penale, avrebbe diritto alla restituzione delle cose sequestrate»<sup>67</sup>.

Tuttavia, una volta escluso l'autonomo potere di impugnativa nel merito da parte del terzo avverso la statuizione di primo grado, si deve dare atto di come, anche con riferimento ai "diritti procedurali" allo stesso spettanti e volti alla restituzione dei beni, non vi fosse uniformità di vedute in giurisprudenza, tanto da aver portato al recentissimo coinvolgimento delle sezioni unite della suprema Corte.

In particolare, oltre alla suddetta impostazione tesa al riconoscimento della facoltà di proporre appello dinanzi al tribunale del riesame, non pare superfluo ricordare come, secondo altri orientamenti, il rimedio esperibile dal terzo fosse piuttosto quello dell'incidente d'esecuzione, salvo poi chiarire se una tale procedura fosse attivabile o meno prima che la sentenza fosse divenuta irrevocabile. Così, preso atto del riscontrato contrasto giurisprudenziale, la I sezione della Corte di cassazione ha recentemente investito del problema le sezioni unite, sottoponendo alle stesse la seguente questione di diritto: "se i terzi proprietari del bene confiscato, rimasti estranei al giudizio di cognizione, siano legittimati a esperire incidente di esecuzione prima della irrevocabilità della sentenza che contenga la statuizione di confisca"<sup>68</sup>.

Ebbene, nella ricostruzione del contrasto che ha dato luogo alla richiesta dell'intervento regolatore

<sup>63</sup> Cfr. Cass., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 39715, in *www.lexambiente.it*.

<sup>64</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 15 maggio 2012, n. 45251, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 45; Conf. Cass., sez. III, 18 settembre 2013, n. 42362, in *CED Cass.*, 256976, la quale chiarisce, nella parte motiva, che "secondo il consolidato indirizzo interpretativo di questa Corte, avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di dissequestro è previsto, *ex art. 322 bis c.p.p.*, l'appello al Tribunale del riesame, che è rimedio di carattere generale, autonomamente esperibile avverso tutti i provvedimenti diversi da quello impositivo della misura" e richiama Cass., sez. I, 28 novembre 1997, n. 5320, in *CED Cass.*, 208975; Cass., sez. I, 13 novembre 1997, n. 5268, in *CED Cass.*, 208793; Cass., sez. III ord., 29 gennaio 2008, n. 4554, in *CED Cass.*, 238820; Cass., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 39913, in *CED Cass.*, 241275. Sul tema, v. anche Cass., sez. II, 8 ottobre 2010, Gaias, in *CED Cass.*, 248772; Cass., sez. VI, 26 maggio 2009, p.m. in c. A.V., in *CED Cass.*, 245473; Cass., sez. III, 14 dicembre 2007, in *CED Cass.*, 239289. In dottrina, v. A. Albiani-S. Marinelli, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Milano, 2007, p. 689; F. Fiorentin, *L'appello*, in G. Spangher-C. Santoriello (a cura di), *Le misure cautelari reali*, II, Torino, 2009, p. 337; A. Furguele, *L'appello cautelare*, in A. Scalfati (a cura di), *Le misure cautelari*, II, t. 2 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, 2008, p. 541.

<sup>65</sup> Cass., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 39715, in *CED Cass.*, 248624.

<sup>66</sup> Così Cass., sez. III ord., 11 dicembre 2007, n. 4554, in *CED Cass.*, 238820.

<sup>67</sup> Cfr., sul punto, Cass., sez. III, 16 maggio 2000, n. 1980, inedita.

<sup>68</sup> Così Cass., sez. I, 21 febbraio 2017, n. 23322.

da parte del massimo Consesso, deve osservarsi come, secondo alcune pronunce, «il terzo estraneo al giudizio non ha diritto di impugnare la sentenza nella quale sia stata disposta la confisca di un bene sottoposto a sequestro preventivo, ma può chiederne la restituzione, sperando incidente d'esecuzione, sia nel corso del procedimento, sia dopo la sua definizione e, avverso eventuali decisioni negative del giudice di merito, può proporre opposizione e, successivamente, ricorso per cassazione»<sup>69</sup>. Dunque, il terzo, proprio per il fatto di non essere "parte" del giudizio, non avrebbe facoltà di impugnare nel merito la sentenza per il capo relativo alla disposta confisca ex art. 579, comma 3, c.p.p., ma potrebbe comunque presentare istanza di restituzione del bene confiscato al giudice che procede. Questi, per parte sua, potrà decidere, applicando analogicamente la procedura di cui agli artt. 676, comma 1, e 667, comma 4, c.p.p., senza formalità, con ordinanza – da comunicare al pubblico ministero e da notificare all'interessato – non suscettibile di impugnazione, ma solo di opposizione dinanzi allo stesso giudice, il quale dovrà procedere nelle forme indicate dall'art. 666 c.p.p.<sup>70</sup>. Secondo taluno, peraltro, l'istanza di restituzione potrebbe essere presentata solo nel caso in cui il provvedimento ablativo non sia ancora definitivo, dovendosi, invece, ricorrere al giudice dell'esecuzione nel caso in cui la sentenza sia ormai divenuta irrevocabile<sup>71</sup>.

Come accennato, però, anche la suddetta impostazione non risultava pacifica, esistendo al contrario un dibattito giudiziario, accentuatosi con le più recenti decisioni, che rispecchiava la sussistenza di diverse soluzioni interpretative.

Più nello specifico, secondo l'ultima impostazione della giurisprudenza di legittimità, «in tema di misure cautelari reali, quando sia intervenuta una sentenza non irrevocabile di condanna, al terzo interessato è precluso fino alla formazione del giudicato di rivolgersi al giudice della cognizione per far valere i propri diritti sui beni in sequestro»<sup>72</sup>.

Secondo questo orientamento, dunque, quando sia intervenuta una sentenza non irrevocabile di condanna deve escludersi non solo la possibilità di restituire i beni di cui è stata disposta la confisca, ma anche l'immediata esecutività dei provvedimenti restitutori dei beni sottoposti a sequestro preventivo di cui non sia stata disposta la confisca, potendo quest'ultima intervenire nel successivo grado di giudizio di merito e, ricorrendo l'ipotesi di confisca obbligatoria, anche in sede esecutiva<sup>73</sup>.

In sostanza, «se nel corso delle indagini preliminari e durante il giudizio di primo grado, il terzo potrebbe far valere – dinanzi all'autorità giudiziaria procedente – i propri diritti sui beni sequestrati, allo stesso sarebbe invece precluso di rivolgersi al giudice della cognizione dopo la sentenza non irrevocabile di condanna e fino alla formazione del giudicato di condanna. Non può ammettersi, invero, che la statuizione di confisca contenuta nella sentenza sia posta in discussione – durante la pendenza del processo e al di fuori dello stesso – da un soggetto terzo, che non è parte del rapporto processuale instaurato dinanzi al giudice della cognizione. Ciò non vuol dire che il terzo non possa, dopo la sentenza di condanna che ha disposto la confisca dei beni, tutelare i propri diritti, ben potendo – ma, come detto,

<sup>69</sup> Così Cass., sez. I, 30 ottobre 2008, n. 42107, in *CED Cass.*, 241844.

<sup>70</sup> Per simili considerazioni v. M. Gialuz, sub art. 579 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV, t. II, Milano, 2010, p. 7087, che richiama, in giurisprudenza, Cass., sez. I, 14 marzo 2001, n. 14146, Coln s.n.c. in c. Chiazzese, in *CED Cass.* 218641, nonché Cass., sez. III, 12 dicembre 2008, J. R. D., in *CED Cass.*, 243617; Cass., sez. I, 30 ottobre 2008, n. 42107, Banca Antonveneta s.p.a., in *Riv. pen.*, 2009, p. 1173.

<sup>71</sup> Così M. Margaritelli, *Le impugnazioni delle misure di sicurezza*, in A. Gaito, *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, p. 1159.

<sup>72</sup> Cass., sez. II, 21 luglio 2016, n. 49371, in *CED Cass.*, 268354; conf. Cass., sez. II, 10 gennaio 2015, n. 5380, in *CED Cass.*, 262283, che chiarisce in motivazione che "secondo la giurisprudenza di questa Corte, in tema di misure di sicurezza patrimoniali, l'ordine di confisca contenuto in una sentenza irrevocabile di condanna fa stato "inter partes"; pertanto, quando il provvedimento risulta disposto illegittimamente sussistendo la causa impeditiva prevista dall'art. 240 c.p., comma 3, il soggetto estraneo al reato, e perciò rimasto estraneo al procedimento penale, al quale la cosa confiscata appartiene può chiedere di invalidare quel capo della sentenza ed ottenere la revoca della misura di sicurezza inflitta all'imputato condannato (Cass., sez. V, 6 marzo 2014, n. 15394, in *CED Cass.*, 260218). A tal fine, il terzo estraneo al reato può far valere il diritto alla restituzione con la proposizione di incidente di esecuzione, nell'ambito del quale, escluso che possano essere rivalutate le ragioni della confisca, può dimostrare la sussistenza del diritto di proprietà e l'assenza di ogni addebito di negligenza (Cass., sez. I, 11 novembre 2011, n. 47312, in *CED Cass.*, 251415; Cass., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 29124, in *CED Cass.*, 253180)".

<sup>73</sup> Cfr., sul punto, Cass., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8533, in *CED Cass.*, 254927; Cass., sez. VI, 26 maggio 2009, n. 40388, in *CED Cass.*, 245473. Vedi anche Cass., sez. III, 14 dicembre 2007, n. 6462, in *CED Cass.*, 239289, secondo cui "in tema di misure cautelari reali, mentre l'irrevocabilità della sentenza di condanna determina la perdita di efficacia del provvedimento di sequestro preventivo di un manufatto edilizio abusivo, diversamente la non definitività della sentenza ne impedisce la restituzione, salvo che le esigenze cautelari giustificative del vincolo siano cessate".

solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'imputato e sempreché la confisca sia divenuta irrevocabile – promuovere apposito incidente di esecuzione dinanzi al giudice di cui all'art. 665 c.p.p., che è specificamente designato a decidere in ordine alla confisca e alla restituzione delle cose sequestrate *ex art. 676 c.p.p.*»<sup>74</sup>.

Ad analoghe conclusioni, peraltro, è pervenuta anche un'altra decisione, che, in esplicita condivisione dell'orientamento della più recente giurisprudenza di legittimità, ha ulteriormente precisato che «l'azionabilità del diritto, invocata (...) per la fase che precede la definitività della sentenza e cioè in esito alla pronuncia di primo grado, potrebbe produrre un risultato (restitutorio) in contrasto con la pronuncia successiva relativa alla questione penale sovrastante, con la conseguenza di pregiudicare irrimediabilmente la materiale apprensione del bene e la sua confiscabilità, senza contare il palese contrasto che si verificherebbe con l'interesse fondamentale dell'ordinamento alla certezza delle situazioni giuridiche, vanificato dalla esecuzione provvisoria del dissequestro in contrasto con l'accertamento definitivo»<sup>75</sup>. Quindi, sulla stessa linea, si è posta anche la più recente pronuncia secondo cui «in tema di misure cautelari reali, il terzo interessato può far valere i propri diritti sui beni in sequestro solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, sperando incidente di esecuzione»<sup>76</sup> e così evitando la possibile instaurazione contemporanea di un "procedimento parallelo", che potrebbe portare ad un non riparabile contrasto di decisioni.

Ebbene, a seguito della camera di consiglio del 20 luglio 2017, il servizio novità della suprema Corte di cassazione ha comunicato che la suprema Corte, nel risolvere il suddetto contrasto giurisprudenziale, ha affermato – su conclusioni difformi del Procuratore Generale – che: «il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame»<sup>77</sup>.

Così risolto il contrasto, quel che resta certo è che il terzo proprietario dei beni sottoposti a vincolo reale, non essendo parte del procedimento, non disponga degli ordinari strumenti di impugnazione e debba, pertanto, ricorrere – con ampiezza di poteri, come visto, riconosciuta con intermittenza da parte dei giudici di legittimità – ad altri strumenti per vedere garantiti i propri diritti all'interno del procedimento penale.

Sul punto, si è osservato come la regola non muti nell'ipotesi particolare di confisca *ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*, convertito, con modificazioni, in l. n. 356 del 1992 in quanto, anche nell'evenienza considerata, il terzo estraneo non potrà disporre degli ordinari strumenti di impugnazione e di tutela riconosciuti dal legislatore al condannato nel giudizio di merito, disponendo di adeguata tutela solo in fase cautelare ed esecutiva. Egli, infatti, potrà solo proporre impugnazione del provvedimento cautelare di sequestro *ex art. 324 c.p.p.*, con ricorribilità in Cassazione per violazione di legge, oppure – nel corso del procedimento di primo grado – potrà presentare una separata istanza di restituzione, reclamabile *ex art. 322-bis c.p.p.*, ma non potrà presentare atto d'appello<sup>78</sup>, dovendosi in tal caso attendere la definizione del giudizio di merito, con esclusiva facoltà di proporre incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p. ed eventuale opposizione alla stessa.

Peraltro, proprio una problematica avente ad oggetto questa particolare tipologia di confisca cd. "allargata" ha, in tempi recenti, indotto la suprema Corte di cassazione a prospettare una "questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 4, 42, 111 e 117 Cost., degli artt. 573, 579, comma 3 e 593 c.p.p., nella parte in cui dette norme non prevedono, a favore dei terzi incisi nel diritto di proprietà per effetto della sentenza di primo grado, la facoltà di proporre appello sul solo capo contenente la statuizione di confisca"<sup>79</sup>. Anche in questa circostanza si era avuta una pronuncia di condanna con corre-

<sup>74</sup>Così Cass., sez. II, 10 gennaio 2015, n. 5380, in *CED Cass.*, 262283.

<sup>75</sup>In questi termini Cass., sez. II, 26 maggio 2016, n. 29904, Buongiorno, n. m.

<sup>76</sup>Così Cass., sez. II, 18 gennaio 2017, n. 5806, D'Alonzo, in *CED Cass.*, 269239.

<sup>77</sup>Così Cass., sez. un., 20 luglio 2017.

<sup>78</sup>Cfr. Cass., sez. III, 11 marzo 2014, n. 16694, in *CED Cass.*, 259803.

<sup>79</sup>Così Cass., sez. I ord., 14 gennaio 2016, n. 8317, in *Gazz. Uff.*, 4 maggio 2016, 1 serie spec. n. 18. Per alcuni commenti in dottrina, v. M.T. Abbagnale, *La situazione soggettiva del terzo estraneo al giudizio: circa il diritto di impugnare le sentenze che dispongono la confisca*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2, M. Arienti, *Facoltà in favore dei terzi proprietari di proporre appello avverso la statuizione di confisca*

lativa confisca applicata su alcuni beni intestati formalmente a soggetti terzi ma ritenuti, di fatto, riferibili ai condannati<sup>80</sup>. I terzi, non essendo parti del procedimento, avevano subito la dichiarazione di inammissibilità dell'appello proposto e si erano, dunque, visti costretti ad instare presso la Corte di cassazione, ove avevano prospettato il denunciato vizio di legittimità costituzionale. La normativa vigente in materia di appello, infatti, escludendo la legittimazione ad impugnare la decisione sfavorevole in tema di misure di sicurezza patrimoniali da parte dei terzi titolari formali di diritti sul bene oggetto di confisca, contravverrebbe all'art. 6 Cedu in tema di equità del processo, nonché in rapporto agli artt. 3, 24 e 42 Cost. incidendo, la decisione impugnata, sul diritto di proprietà senza alcuna possibilità di adeguata tutela all'interno del processo. La stessa normativa, poi, apparirebbe anche irragionevole laddove consenta al terzo interessato di impugnare il provvedimento cautelare con lo strumento del riesame ma non il provvedimento di confisca contenuto in sentenza e sarebbe meritevole di riforma nel senso di una parificazione degli strumenti di tutela rispetto ad altri istituti analoghi dell'ordinamento giuridico, posto che, per esempio, la disciplina prevista per le misure di prevenzione patrimoniali prevede anche per il terzo titolare di diritti la possibilità di intervenire nel procedimento principale. Inoltre, secondo la Cassazione, la "sospensione" della tutela di secondo grado non solo non sarebbe in linea con i contenuti della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/42/UE in data 3 aprile 2014 relativo al congelamento e alla confisca dei beni strumentali<sup>81</sup> (specie per quanto concerne le garanzie di cui all'art. 8 in tema di ricorso effettivo e di potestà di impugnazione del provvedimento di confisca da parte del soggetto interessato ed espressamente estesa al terzo), ma determinerebbe l'ulteriore dubbio di lesione del parametro della effettività del diritto di difesa ex artt. 24 e 42 Cost. nonché dei principi di cui agli artt. 6 § 1, 13 Cedu e art. 1, Prot. n. 1, Cedu per come interpretati dalla Corte europea.

Sul punto, si osserva, in definitiva, come non vi sia alcuna lesione dei diritti del terzo in chiave di tutela della proprietà e di giusto processo patrimoniale nella fase del sequestro preventivo in virtù dell'esistenza di specifiche norme che garantiscono detta tutela, pur non assumendo tale soggetto la veste di parte nel procedimento. Diversamente accade nel momento in cui il giudice di primo grado abbia provveduto circa la confisca dei beni; momento in cui si rileva, dunque, una "asimmetria del potere", in quanto ci si trova dinanzi ad un soggetto che vede accrescersi la probabilità della spoliazione non bilanciata da una reale facoltà di reazione immediata a siffatta decisione<sup>82</sup>.

In tal senso, non pare affatto peregrina la prospettata illegittimità costituzionale delle norme in discorso che, come visto, garantiscono la possibilità di critica della decisione di primo grado al solo condannato, ma non anche al terzo che, in ipotesi, potrebbe essere il soggetto che rischia di subire l'effetto peggiore con la privazione della disponibilità del proprio patrimonio senza avere garantita un'adeguata e tempestiva facoltà di contraddittorio.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce delle considerazioni svolte, pare di potersi sostenere che la normativa attuale, per ciò che disciplina ma soprattutto per ciò su cui tace, sia piuttosto complessa e farraginoso e molteplici siano ancora le perplessità sotto il profilo della aderenza ai principi costituzionali e ai suggerimenti provenienti dallo spazio giuridico sovranazionale in materia di cautele reali.

*nella sentenza di primo grado: sollevata questione di legittimità costituzionale, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2016, 4 e T. Trinchera, Il diritto del terzo estraneo al giudizio di impugnare la sentenza che ha disposto la confisca dei beni: la parola alla Corte costituzionale, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 maggio 2016.*

<sup>80</sup> Secondo le parole di Cass., sez. I ord., 14 gennaio 2016, n. 8317, in *Gazz. Uff.*, 4 maggio 2016, 1 serie spec. n. 18, "la condizione giuridica del terzo "titolare formale" del bene ritenuto, di fatto, nella disponibilità dell'imputato è quella di un soggetto che vede "aggredito" in sede penale il suo diritto di proprietà in rapporto agli esiti di una valutazione incidentale – ma necessaria a fini di confisca – di fittizietà della intestazione". Sulla scissione tra titolarità apparente e potere di fatto sul bene proprio in tema di confisca estesa ex art. 12-sexies, l. 356 del 1992, cfr., altresì, C. cost., ord., 22 gennaio 1996, n. 18, in *Gazz. Uff.*, 7 febbraio 1996.

<sup>81</sup> Si badi come la citata direttiva sia stata di recente attuata dall'Italia con d.lgs 29 ottobre 2016, n. 202, recante "Attuazione della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea", in *Gazz. Uff.*, 9 novembre 2016, n. 262, in vigore dal 24 novembre 2016, che ha rafforzato l'istituto della confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, estendendola ad una serie di nuove fattispecie, così come viene amplificato il catalogo dei reati di cui all'art. 12-sexies, d.l. n. 306 del 1992.

<sup>82</sup> In questi termini Cass., sez. I ord., 14 gennaio 2016, n. 8317, in *Gazz. Uff.*, 4 maggio 2016, 1 serie spec. n. 18.

Se si parte dal dato assolutamente pacifico secondo cui tutte le misure aventi ad oggetto il patrimonio – inteso come bene giuridico tutelato ai sensi dell'art. 42 Cost.<sup>83</sup>, nonché come strumento di realizzazione e sviluppo della personalità di chi ne sia titolare ex art. 2 Cost. – incidono sulla libertà personale, allora ben si comprende il motivo della particolare apprensione nel verificare il corretto rispetto delle guarentigie apprestate dalla legge in questo settore. In tal senso, ogni compressione della libertà patrimoniale e del diritto di proprietà deve essere opportunamente controbilanciata mediante la predisposizione di un adeguato compendio di tutele a favore di chi subisce tali limitazioni. Sono chiaro esempio di un tale “arsenale giuridico” le facoltà di contraddire offrendo elementi difensivi al momento dell'apprestamento della misura ablativa e per tutta la durata di essa, nonché il ricorso agli strumenti di gravame disciplinati ex lege per ottenere un nuovo vaglio su quei provvedimenti che incidono così pesantemente su un diritto costituzionalmente tutelato.

In questa direzione, la previsione del ricorso agli ordinari strumenti di impugnazione nel momento in cui non venga più in rilievo la mera misura cautelare perché, in qualche modo, superata dalla decisione, pur non definitiva, in ordine alla confisca dei beni, pare adeguatamente garantire le necessità difensive del soggetto che, in quanto parte del giudizio, abbia subito il provvedimento ablativo. D'altro canto, si tratta di una misura pur sempre emanata all'esito di un procedimento penale assistito dai diritti processuali riconosciuti all'imputato dal codice di procedura penale. A lui è riservato il mezzo di impugnazione nel merito che gli consente, nelle tempistiche stabilite dalla legge, di chiedere un nuovo vaglio al secondo giudice sulla statuizione incidente sul proprio patrimonio.

Non così, come si è detto, per i terzi che non siano parti in causa, ma che subiscano la decisione sfavorevole emessa in primo grado, in quanto incidente sul loro diritto di proprietà, senza avere un'occasione adeguata per contraddire in maniera efficace ed immediata in merito alla stessa, disponendo soltanto di poteri di impugnativa avverso il provvedimento cautelare o in fase esecutiva, ma non contro la sentenza di primo grado che contenga la statuizione di confisca. Si tratta di tema, invero, non sondato dalla pronuncia in commento ma su cui, comunque, si è ritenuto di dover spendere qualche riflessione per i profili problematici che lo stesso comporta.

Il ricorso agli strumenti ordinari di impugnazione da parte del terzo interessato che non sia coinvolto nel giudizio in veste di imputato risulta, infatti, precluso in virtù delle disposizioni ostative che si riferiscono, in ossequio al principio di tassatività in materia di impugnazioni, esclusivamente ai soggetti menzionati dalla norma. La mancanza di tale facoltà non può che rappresentare un significativo *vulnus* nel nostro impianto processual-penalistico se solo si pensa alle ricadute potenzialmente irreversibili che simili pronunciamenti possono avere a danno di chi li subisca senza essersi potuto difendere. Si pensi al caso delle piccole, medie imprese che rischiano di vedere fallite le proprie attività a seguito dei provvedimenti di privazione patrimoniale. Diverso sarebbe laddove si riuscisse a garantire anche al terzo una possibilità effettiva di rivalutazione costante del fondamento giustificativo del provvedimento ablativo emesso anche dopo la pronuncia della sentenza di cognizione; cosa che, come detto, non accade in virtù della necessaria osservanza dei contenuti della decisione di merito di primo grado in qualunque procedimento incidentale. Resta da capire se un sistema così congegnato potrà superare i dubbi di legittimità costituzionale paventati e se potrà dirsi davvero rispettoso dei principi sovranazionali che sempre più reclamano una tutela effettiva e costante per tutti i soggetti coinvolti allorquando si dibatta di diritti reali.

<sup>83</sup> Per approfondimenti, cfr. S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988.

## La revisione è inammissibile se la condanna attiene alle sole statuizioni civili

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE II, SENTENZA 9 NOVEMBRE 2016, N. 2656 – PRES. DIOTALLEVI; REL. DI PISA

Poiché la revisione è un mezzo, ancorché straordinario, di impugnazione, anche per essa vale il principio di tassatività di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p. Ne consegue che, riguardando l'art. 629 c.p.p. soltanto le sentenze di condanna e tenuto conto delle complessive disposizioni che disciplinano l'istituto della revisione, le sentenze che dichiarano la prescrizione non sono assoggettabili a revisione, e ciò anche quando la Corte di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione, abbia confermato le statuizioni civili della precedente sentenza, giacché in tal caso non si ha una condanna penale.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

Con ordinanza del 9/06/2016 la Corte d'appello di Reggio Calabria ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di revisione proposta nell'interesse di C.R. avverso la sentenza della Corte di Appello di Messina del 18.5.2015 divenuta definitiva a seguito di sentenza della Corte di Cassazione in forza della quale era stata dichiarata l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione del reato, con conferma della statuizione di condanna al risarcimento del danno in favore della costituita parte civile.

Avverso questa pronuncia C.R., a mezzo del suo difensore, ha proposto ricorso per cassazione formulando quattro motivi di impugnazione:

- con il primo deduce la violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. c), in relazione all'art. 161 c.p.p., comma 5, osservando che il procedimento era viziato da nullità in ragione della mancata notifica al condannato del decreto con il quale era stata fissata l'udienza camerale;

- con il secondo lamenta la violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b), in relazione all'art. 629 c.p.p., assumendo che erroneamente la Corte territoriale aveva rilevato la inammissibilità della richiesta di revisione;

- con il terzo deduce la violazione degli artt. 606, 633 e 624 c.p.p., in ordine alla ritenuta inammissibilità della produzione documentale in quanto non allegata in copia autentica;

- con il quarto deduce violazione dell'art. 606 c.p.p., in relazione all'art. 630 c.p.p., lett. c), assumendo che la Corte di Reggio Calabria aveva errato nell'escludere la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 630 c.p.p., lett. c).

### CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è inammissibile.

Deve essere disatteso, in quanto manifestamente infondato, il secondo motivo in forza del quale il ricorrente ha censurato la declaratoria di inammissibilità dell'istanza di revisione, assumendone la sua esperibilità nel caso in esame ed, in particolare, precisando che "L'art. 629 c.p.p., contrariamente a quanto affermato dalla Corte territoriale non limita la revisione alle condanne escludendo quelle estinte per prescrizione. La norma afferma espressamente nell'ultimo inciso ...anche se la pena è già eseguita o estinta"; e che egli aveva un interesse giuridicamente qualificato, ai sensi dell'art. 568 c.p.p., comma 4, all'impugnazione de qua.

Occorre osservare che nel caso in esame, essendo intervenuta una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione del reato, con conferma delle statuizioni civili, il ricorrente mira, sostanzialmente, alla sola caducazione della condanna civilistica a carico dell'imputato contenuta nella detta sentenza passata in autorità di giudicato.

Deve, quindi, premettersi che la revisione è configurata dal codice di rito come un mezzo di impugnazione straordinario preordinato al "proscioglimento" della persona già condannata in via definitiva; presupposto indefettibile per esperire il rimedio straordinario della revisione, di cui all'art. 629 c.p.p., è, per espressa previsione normativa, l'esistenza di una sentenza di condanna o di un decreto penale di condanna ovvero di una sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., quest'ultima ipotesi introdotta dalla novella di cui alla L. 12 giugno 2003, n. 134, come conseguenza della giurisprudenza delle Sezioni Unite che aveva escluso il patteggiamento dal novero delle sentenze di condanna assoggettabili a revisione (v. Cass. Sez. Un. 25 marzo 1998 n. 6). In tale pronuncia è stato, peraltro, testualmente precisato che "la revisione, che presuppone il "giudicato", è stata espressamente disciplinata dal legislatore quale istituto applicabile unicamente alle sentenze di "condanna" ed ai decreti penali di "condanna" divenuti irrevocabili (art. 629 c.p.p.), ovverosia alle sole decisioni che comportano il riconoscimento della responsabilità dell'imputato per un determinato reato e l'applicazione della relativa pena (Cass. Sez. 1<sup>a</sup> 9.11.94 Ponzetta)".

Nella Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale vigente (GU n. 250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93) si legge, invero, come: "L'articolo 623, intitolato come l'art. 555 del codice vigente, Limiti della revisione, esprime in forma sintetica il risultato potenziale cui deve tendere l'istituto della revisione, esigenza che si spiega con la natura straordinaria dell'impugnazione. È stato adottato il termine prosciolto in luogo del riferimento all'assoluzione, perché vi è un rinvio unitario alle disposizioni di legge, che si riferiscono ad ogni forma di proscioglimento: gli artt. 522 (sentenze di non doversi procedere), 523 (sentenza di assoluzione), 524 (dichiarazione di estinzione del reato)", inciso questo che conferma la finalità di tale mezzo di impugnazione di verifica della sussistenza dei presupposti idonei a fondare una pronuncia di proscioglimento nei confronti del soggetto già condannato.

Proprio muovendo dai principi sopra richiamati e basandosi l'istituto in questione sulla sussistenza di una "sentenza di condanna" passata in autorità di giudicato da porre nel nulla in forza di una statuizione di "proscioglimento" va evidenziato che la declaratoria di inammissibilità adottata dalla Corte di Appello di Reggio Calabria deve ritenersi pienamente condivisibile, occorrendo, in questa sede, dare continuità all'orientamento assolutamente prevalente (v. Cassazione Sez. 5, 2 dicembre 2010, n. 2393, Pavesi, rv. 249781; Cassazione Sez. 3, 3 marzo 2011, n. 24155, Bernardelli, rv. 2506331) secondo cui la revisione è un mezzo, sia pur straordinario, di impugnazione, per cui anche per essa opera il principio di tassatività di cui all'art. 568 c.p.p., comma 1; ne consegue che, riguardando l'art. 629 c.p.p., soltanto le sentenze di condanna, le sentenze che dichiarino l'estinzione del reato, confermando le statuizioni civili della precedente sentenza, non sono suscettibili di revisione (vedi anche, in senso conforme, Cass. Sez. 2, n. 8864/2016).

In passato è stato più volte affermato che l'istituto della revisione è un mezzo straordinario di impugnazione esperibile esclusivamente nei confronti di sentenze o decreti penali di condanna, con la conseguente esclusione di sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere; in virtù del principio di tassatività non sono, pertanto, assoggettabili a revisione le sentenze di applicazione di amnistia, che comportano l'estinzione del reato (vedi Sez. 5, n. 15973 del 24/02/2004 - dep. 06/04/2004, Decio, Rv. 22876301), precisandosi che, riguardando l'art. 629 cod. proc. pen. soltanto le sentenze di condanna, le sentenze che applichino l'amnistia non sono assoggettabili a revisione. E ciò anche quando la corte di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia, abbia confermato le statuizioni civili della precedente sentenza, giacché anche in tal caso non si ha una condanna penale. (Sez. 6, n. 4231 del 30/11/1992 - dep. 22/01/1993, Melis, Rv. 19345701); in senso conforme anche Sez. 1, n. 1672 del 15/04/1992 - dep. 15/05/1992, Bonaceto, Rv. 19000201.

Il principio secondo cui la revisione è praticabile soltanto se suscettibile di dar luogo ad un proscioglimento del condannato trova, ancora, conferma in quella giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui è inammissibile la richiesta di revisione fondata sulla prospettazione di elementi tali da dar luogo, se accertati, non al proscioglimento, ma esclusivamente al riconoscimento di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo, ovvero a una dichiarazione di responsabilità per un diverso e meno grave reato. (Fattispecie relativa ad un'istanza di revisione volta ad escludere la ricorrenza di una circostanza ag-

gravante con la conseguente riduzione della pena inflitta). (Sez. 6, n. 12307 del 03/03/2008 – dep. 19/03/2008, Racco, Rv. 23932801), cfr., anche, in senso conforme Sez. 1, n. 19342 del 22/04/2009 – dep. 08/05/2009, P.G. in proc. Nicodemi, Rv. 24377801 e Sez. 1, n. 20470 del 10/02/2015 – dep. 18/05/2015, Pelle, Rv. 26359201.

Questo Collegio non ignora il precedente di segno contrario di cui alla sentenza Cass. Sez. 5 n. 46707/2016 in data 03/10/2016 ove è stato affermato il principio che è ammissibile la richiesta di revisione ex art. 630 c.p.p., comma 1, lett. c), avverso la sentenza del giudice di appello che abbia prosciolto l'imputato per intervenuta prescrizione del reato e contestualmente confermato la sentenza di condanna al risarcimento del danno in favore della parte civile, le cui conclusioni, tuttavia, non appaiono condivisibili.

In particolare in seno a detta pronuncia è stato evidenziato come l'art. 629 c.p.p., indica tra i provvedimenti soggetti a revisione "le sentenze di condanna", senza precisare ulteriormente l'oggetto delle stesse e così il successivo art. 632, nell'individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, evoca in maniera altrettanto generica la figura del "condannato", precisandosi come dalle disposizioni che disciplinano la decisione sull'azione civile esercitata nel processo penale si evince che la soccombenza dell'imputato nei confronti della parte civile viene "veicolata da una pronuncia di condanna che presuppone l'accertamento della colpevolezza dell'imputato per il fatto di reato, come espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p., e che, dunque, lo stesso imputato sia "condannato" alle restituzioni ed al risarcimento del danno".

La detta sentenza, a fondamento della propria impostazione, ha pure richiamato i principi sanciti dalle Sezioni Unite secondo cui "È legittimato alla proposizione del ricorso straordinario, a norma dell'art. 625 bis c.p.p., anche l'imputato condannato al solo risarcimento dei danni in favore della parte civile, che prospetti un errore di fatto nella decisione della Corte di cassazione relativamente al capo concernente le statuizioni civili, per l'ontologica identità di diritti processuali tra l'azione penale e l'azione civile". (Sez. U, n. 28719 del 21/06/2012 – dep. 17/07/2012, Marani, Rv. 25269501).

Invero, proprio nell'arresto da ultimo citato, si legge tuttavia che: "Per un verso, infatti, la locuzione "condannato" che delimita soggettivamente la sfera di applicabilità del rimedio straordinario che viene qui in discorso, non può arbitrariamente scandirsi in ragione del tipo di condanna in capo al soggetto che sia stato sottoposto, come imputato, al processo penale, giacché l'essere stato costui evocato in giudizio tanto sulla base della azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili. Ma di tale distinzione non v'è traccia nel testo dell'art. 625 bis c.p.p., né può dirsi ricavabile una qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma a emendare l'errore che coinvolga la posizione dell'imputato", sicché la tesi della ammissibilità di detto istituto in favore del soggetto condannato solo civilmente discende dalla oggettiva insussistenza di elementi di segno contrario rinvenibili nella "complessiva" disciplina dell'istituto del ricorso straordinario.

Orbene proprio il complessivo quadro normativo riguardante l'istituto in questione induce a concludere, in linea con la prevalente giurisprudenza di legittimità, nel senso della inammissibilità della revisione nel caso in esame.

Invero l'art. 631 codice di rito nell'individuare i "limiti della revisione" (e, quindi, i presupposti indefettibili della stessa a pena di inammissibilità ex art. 634 c.p.p.) stabilisce che gli elementi in base ai quali si chiede la revisione devono "essere tali da dimostrare, se riscontrati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli artt. 529, 530 e 531": la norma è chiara, quindi, nel limitare l'esperibilità di detto mezzo di impugnazione ai soli casi in cui il condannato debba essere prosciolto ai sensi dei citati articoli del codice di rito, fra cui l'art. 531, che riguarda la dichiarazione di estinzione del reato.

[Omissis]

Rosalba Normando

Professore Associato di Procedura penale – Università degli Studi di Salerno

## Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione

*Civil sentences established in criminal procedure do not allow for new trial*

---

Con la sentenza in commento la Corte di cassazione, confermando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ha ribadito che sono impugnabili per revisione le sole condanne penali e non anche le condanne civili statuite nei processi penali. Secondo i giudici di legittimità la revisione è un mezzo di impugnazione straordinario esclusivamente penalistico ed ogni ipotesi estensiva di tale strumento contrasta con il principio di tassatività delle impugnazioni previsto dall'art. 568 c.p.p.

*With the judgment in question, the Court of Cassation has restated that a new trial only is only possible for criminal sentences and not for civil sentences established in criminal procedure, thus confirming the prevalent court decisions. According to the supreme judicial authority, reviewing is an extraordinary means of appeal of an exclusively criminal-law nature, and any possible extension of this instrument goes against the principle of legal certainty of appeals provided for in art. 568 of the Italian Code of Criminal Procedure.*

---

### LA VICENDA PROCESSUALE E LA DECISIONE DEI GIUDICI DI LEGITTIMITÀ

L'intervento della Corte di cassazione è occasionato dal ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Reggio Calabria, che ha affermato l'inammissibilità dell'istanza di revisione proposta dall'imputato contro la decisione che ha dichiarato l'estinzione del reato di violenza sessuale per intervenuta prescrizione, confermando, però, le statuizioni civili per il risarcimento del danno licenziate dai Giudici del primo grado in favore della persona offesa costituita parte civile.

In particolare, il legale del ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p. in relazione all'art. 629 c.p.p. in quanto, a suo parere, la Corte d'appello ha erroneamente ritenuto l'inammissibilità della richiesta di revisione. Con il ricorso si lamenta, inoltre, la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p. in relazione all'art. 630 c.p.p., poiché si contesta l'erronea esclusione della sussistenza dei presupposti per procedere alla revisione della sentenza. In sintesi, la difesa, valorizzando l'inciso esplicitato nell'art. 629 c.p.p. «*anche se la pena è già eseguita o estinta*», sostiene l'insussistenza di limiti alla possibilità di revisione in caso di prescrizione.

Il giudice nomofilattico, chiamato a risolvere la questione, ha dichiarato il ricorso inammissibile, rilevando che, nel caso *de quo*, la declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione del reato, con conferma delle statuizioni civili, rende il ricorso finalizzato ad ottenere la sola caducazione della condanna civilistica a carico dell'imputato, contenuta nella sentenza passata in giudicato. Da tale palese finalità, in forza della *ratio* dell'istituto, discende l'inammissibilità della revisione, che nel codice di rito penale si configura, per definizione, come di mezzo di impugnazione straordinario, preordinato al proscioglimento della persona già condannata in via definitiva. In altre parole, si fa capo alla necessaria sussistenza di una sentenza penale di condanna passata in giudicato da porre nel nulla, all'esito di una statuizione di proscioglimento.

Sulla scorta di questo canone, i giudici di legittimità, condividendo la declaratoria di inammissibilità adottata dalla Corte d'appello di Reggio Calabria, hanno confermato l'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente<sup>1</sup>, secondo cui la revisione in quanto mezzo, sia pur straordinario, di impu-

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 8864, in *www.cortedicassazione.it*; Cass., sez. III, 3 marzo 2011, n. 24155, in *CED Cass.*, n. 2506331; Cass., sez. V, 2 dicembre 2010, n. 2393, in *CED Cass.*, n. 249781; Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15973, in *CED Cass.*, n. 22876301; Cass., sez. VI, 30 novembre 1992, n. 4231, in *CED Cass.*, n. 19345701; Cass., sez. I, 15 maggio 1992, n. 1682, in *CED Cass.*, n. 19000201.

gnazione non può sottrarsi al principio di tassatività di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p.; di conseguenza, poiché le ipotesi individuate nell'art. 629 c.p.p. presentano il dato unificante di presupporre una condanna, le sentenze che dichiarano l'estinzione del reato, pur confermando le statuizioni civili della precedente sentenza, non sono suscettibili di revisione.

## LE DECISIONI SOTTOPONIBILI A REVISIONE ED I LIMITI OGGETTIVI DELLA DOMANDA

Per inquadrare la problematica nell'alveo delle necessarie premesse metodologiche, è opportuno focalizzare l'attenzione sugli aspetti essenziali della *subiecta materia*.

La revisione<sup>2</sup>, tradizionale rimedio all'ingiusta sentenza<sup>3</sup>, appartiene alla categoria dei mezzi di impugnazione straordinari. L'istituto si distingue dai rimedi ordinari, che solitamente valgono a sollecitare il controllo in forma critica dei provvedimenti giurisdizionali, per la sua natura di strumento predisposto contro decisioni già divenute esecutive<sup>4</sup> implica un giudicato e mira a risolverlo<sup>5</sup>, qualora si debba impedire il perpetuarsi di un'antinomia tra accertamento ed esigenze di giustizia.

Il travolgimento della *res iudicata* a seguito di revisione è riservato ad ipotesi normativamente predefinite, limitate, per espresso dettato dell'art. 629 c.p.p., alle sentenze di condanna, comprese quelle emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p.<sup>6</sup>, e ai decreti penali di condanna. L'opzione è stata costantemente privilegiata nel nostro ordinamento, ove non trova ingresso la revisione *in peius*, salvo ipotesi eccezionali<sup>7</sup> dettate da fenomeni di criminalità particolarmente allarmanti.

In ragione della funzione riparatoria morale, oltre che patrimoniale<sup>8</sup>, riconosciuta alla revisione, è indifferente che la pena sia stata eseguita, sia estinta o condizionalmente sospesa, che si tratti di un delitto o di una contravvenzione, che siano stati o meno esperiti gli ordinari mezzi di impugnazione. È parimenti irrilevante la morte del condannato.

Inoltre, la presenza nel tessuto codicistico del principio di tassatività, espresso dall'art. 568 c.p.p., che opera come canone generale dell'intero regime delle impugnazioni, depone chiaramente per l'inammissibilità della revisione proposta avverso un provvedimento non riconducibile a quelli espressamente previsti<sup>9</sup>. Restano, quindi, escluse dalla latitudine dell'istituto le ordinanze, indipendentemente dal giudice che le ha emesse, e le sentenze di proscioglimento, anche quando il proscioglimento sia conse-

<sup>2</sup>Per approfondimenti sull'istituto si rinvia, tra gli altri, a G. Galli, *Sentenza penale (revisione della)*, in *Ns. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 1204; R. Vanni, *Revisione del giudicato*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 179; A. Presutti, *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1; R. Normando, *Prime riflessioni sulla "nuova" revisione del giudicato penale*, in *Annali dell'Istituto di Diritto e procedura penale*, Università degli Studi di Salerno, 1993, p. 239; A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995; G. Spangher, *Revisione*, in *Dig. pen.*, XII, Torino, 1997, p. 137; G. Dean, *Revisione*, Padova, 1999.

<sup>3</sup>V. R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, p. 103.

<sup>4</sup>In questi termini A.A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2016, p. 863.

<sup>5</sup>Così F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 1217.

<sup>6</sup>Infatti, l'art. 3, l. 12 giugno 2003, n. 134, ha affiancato alle sentenze di condanna e ai decreti penali, le sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p. Tale scelta è stata valutata positivamente da quella parte della dottrina che sottolinea come il nostro sistema lasci ampio spazio ai riti negoziali e, di conseguenza, aumenti il pericolo di errori giudiziari (I. Calamandrei, *Sentenza di patteggiamento e revisione*, *Giur. it.*, 2005, p. 214; E. Amodio, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, *Cass. pen.*, 2004, p. 705). Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che tale scelta sia criticabile data l'incompatibilità strutturale tra la revisione e la sentenza di patteggiamento, la quale a causa di un incompleto accertamento, non è realmente equiparabile ad una decisione di condanna (L. Cremonesi, *Patteggiamento "tradizionale" e "allargato", ecco le differenze*, *Dir. e giustizia*, 2003, p. 15). Una posizione intermedia, infine, è stata assunta da chi ha criticato l'omessa previsione di una disciplina differenziata per la revisione della sentenza di patteggiamento (A. Scalfati, *Patteggiamento e revisione: tra recupero del giudizio e attriti di sistema*, in F. Peroni (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, 2004, p. 51). Un'ulteriore critica alla modifica normativa *de qua* è data dal riferimento alle sole sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p.: infatti, si è sottolineato come il richiamo al comma 2, stante il principio di tassatività, escluda quelle emesse ai sensi dell'art. 448 c.p.p. (F. Peroni, *Le nuove norme in tema di patteggiamento "allargato" e di sanzioni sostitutive*, *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1074).

<sup>7</sup>Trattasi dei casi previsti dall'art. 8, commi 3, 4 e 5, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso, e dall'art. 16-*septies* nel testo del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito dalla l. 15 marzo 1991, n. 82.

<sup>8</sup>Sul punto cfr. A. Presutti, sub art. 629 c.p.p., in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, p. 2801.

<sup>9</sup>In questi termini, P. Spagnolo, sub art. 629 c.p.p., in G. Spangher (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, 2013, p. 3418.

guenza di un'amnistia<sup>10</sup> ovvero dell'applicazione del perdono giudiziale o sia pronunciato per mancanza di imputabilità. Escluse sono pure le sentenze di non luogo a procedere, per le quali è prevista la revoca ai sensi dell'art. 434 c.p.p. Sempre in ragione dell'esistenza di un'espressa disciplina, non possono essere oggetto di revisione i casi di *abolitio criminis*<sup>11</sup>, le sentenze pronunciate dai giudici speciali<sup>12</sup>, i provvedimenti applicativi di una misura di prevenzione<sup>13</sup>; del pari, si ritiene che il rimedio straordinario non sia attivabile per le sentenze pronunciate dal giudice civile o amministrativo, per le sentenze penali sulle statuizioni civili e per le sentenze straniere riconosciute in Italia<sup>14</sup>.

A questa precisa individuazione dei provvedimenti che possono dar luogo a revisione, fa da corollario la funzione demandata all'istituto: rimuovere il *dictum* cognitivo laddove emerga la necessità di prosciogliere la persona già condannata in via definitiva<sup>15</sup>. Infatti, l'art. 631 c.p.p., nello stabilire che gli elementi in base ai quali può chiedersi la revisione devono essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto ai sensi degli artt. 529, 530 e 531 c.p.p.<sup>16</sup>, richiama tutte le formule di proscioglimento dibattimentale, sottolineando come questo possa pronunciarsi per qualsiasi causa, senza limitazioni connesse alla formula utilizzabile.

La funzione precipua cui è preordinata la revisione traspare anche dalla Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale vigente<sup>17</sup>, laddove si afferma che «l'art. 623 c.p.p., intitolato "Limiti della revisione", esprime in forma sintetica il risultato potenziale cui deve tendere l'istituto della revisione. È stato adottato il termine "prosciolto" in luogo del riferimento all'assoluzione, perché vi è un rinvio unitario alle disposizioni di legge, che si riferiscono ad ogni forma di proscioglimento: gli artt. 522 (sentenze di non doversi procedere), 523 (sentenza di assoluzione), 524 (dichiarazione di estinzione del reato)». Significativamente, tale indicazione sta a confermare che la finalità della revisione consiste nel verificare se, nel processo cui l'istanza si riferisce, ricorrano o meno i presupposti idonei a fondare una pronuncia di proscioglimento nei confronti del soggetto già condannato.

#### IL DIVERGENTE ORIENTAMENTO CHE AMMETTE LA REVISIONE NEL CASO DI CONDANNA AL RISARCIMENTO IN SEDE CIVILE

Facendo leva sul postulato che presume la sussistenza di una sentenza penale di condanna passata in autorità di cosa giudicata, da annullare in forza di una decisione di proscioglimento<sup>18</sup>, la Corte di cassazione, con il provvedimento in esame, ha condiviso la declaratoria di inammissibilità adottata dal giudice di merito, ribadendo che le sentenze che dichiarano la prescrizione non sono assoggettabili a revisione anche qualora la Corte d'appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione, abbia confermato le statuizioni civili di una precedente sentenza.

A fronte di questa posizione giurisprudenziale, pressoché costante, non si può fare a meno di segna-

<sup>10</sup> Cfr. Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15973, in *Riv. pen.*, 2005, p. 642; Cass., sez. I, 15 aprile 1992, n. 1672, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 625; Cass., sez. VI, 30 novembre 1992, n. 4231, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 817.

<sup>11</sup> Ipotesi in cui si applica l'art. 673 c.p.p. che riguarda anche le sentenze di proscioglimento per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità. In tal senso F. Callari, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 337; *contra* C. Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, Cedam, 2008, p. 230.

<sup>12</sup> Delle quali si occupano gli artt. 29 e 33, l. 25 gennaio 1992, n. 20 (decisioni della Corte costituzionale) e 401 c.p.m.p. (tribunali militari).

<sup>13</sup> La cui impugnabilità mediante revoca, prevista dall'art. 7, comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, consente di valutare sia le situazioni sopravvenute che l'insussistenza originaria delle condizioni per l'applicazione della misura.

<sup>14</sup> Tale ultima ipotesi deriva dagli effetti limitati del riconoscimento che «non assorbono mai...il contenuto precettivo sanzionatorio del provvedimento giudiziario straniero». Così E. Jannelli, *sub art. 629 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale commentato*, Torino, Utet, 1991, p. 328.

<sup>15</sup> Testualmente M. R. Marchetti, *La revisione*, in G. Spangher – A. Marandola – G. Garuti – L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. IV, L. Kalb (a cura di), Milano, Wolters Kluwer, 2015, p. 431.

<sup>16</sup> Così M. Gialuz, *sub art. 631 c.p.p.*, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, 2010, p. 7621.

<sup>17</sup> Cfr. *Relazione al Progetto preliminare*, in *G.U., Suppl. ord. n. 2*, 24 ottobre 1988, n. 250, p. 136.

<sup>18</sup> In questi termini C. Santoriello, *Niente revisione per le sentenze che abbiano dichiarato la prescrizione del reato*, *Quotidiano giuridico*, n. 2, 2017.

lare la soluzione di opposto tenore, di un isolato, recente, orientamento<sup>19</sup>, che ha ritenuto ammissibile la richiesta di revisione della sentenza definitiva di proscioglimento quando non sia pienamente liberatoria, come nel caso in oggetto. Infatti, secondo il decidente, la funzione della revisione non consentirebbe di escludere dal perimetro del rimedio il caso di proscioglimento per estinzione del reato con condanna alle spese civili. Si accorda una decisa preminenza alla *ratio essendi* dell'istituto: la revisione è volta ad impedire il perpetuarsi, successivamente all'irrevocabilità, della contraddittorietà tra accertamento ed esigenze di giustizia svolgendo un ruolo integrativo di completamento funzionale del sistema, ruolo che non può venire limitato in ragione del tipo di condanna subito dall'imputato.

E così, ferma restando la natura straordinaria della revisione e l'operatività del principio di tassatività delle impugnazioni, la Corte con la sentenza n. 46707 del 2016, in aperto contrasto con l'orientamento consolidato, prospetta una chiave di lettura dell'art. 629 c.p.p. che trae origine da esigenze ordinamentali, commisurate, nella specifica ipotesi, alla necessità di porre rimedio al permanere di conseguenze pregiudizievoli, anche se di natura civilistica, che risulti necessario rimuovere *post rem iudicatam*.

Mette conto, pertanto, scandire i passaggi fondamentali che hanno ispirato questa scelta decisoria, profondamente divergente dall'univoca interpretazione giurisprudenziale.

Segnatamente, la citata pronuncia prende atto che l'art. 629 c.p.p., nell'indicare i provvedimenti soggetti a revisione, fa riferimento soltanto alle sentenze di condanna, ma rileva come, nel contesto della norma, non venga fatta alcuna ulteriore specificazione finalizzata a circoscrivere l'oggetto delle stesse. Del pari, l'art. 632 c.p.p., che individua i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, non pone distinzioni laddove richiama, in maniera altrettanto generica, la figura del condannato.

Nello sviluppo dell'*iter* logico-argomentativo si osserva, inoltre, che dalle disposizioni che disciplinano la decisione sull'azione civile esercitata nel processo penale si evince che la soccombenza dell'imputato nei confronti della parte civile viene «veicolata da una pronuncia di condanna che presuppone l'accertamento della colpevolezza dell'imputato per il fatto di reato, come espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p. e che, dunque, lo stesso imputato sia "condannato" alle restituzioni ed al risarcimento del danno»<sup>20</sup>.

Pertanto, limitare l'incidenza e l'ambito dell'operatività della revisione sulla *ratio distinguendi* del tipo di condanna subita dall'imputato significherebbe introdurre un'arbitraria e ingiustificata distinzione tra chi sia stato convenuto in giudizio tanto sulla base dell'azione penale quanto in forza dell'azione civile esercitata nel processo penale. Né, d'altro verso, opina la Corte, può ricavarsi una qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma atta a non consentire la revisione al condannato solo per gli interessi civili. Si esclude, inoltre, la necessità di «ricorrere all'analogia od evocare la potenziale incoerenza costituzionale del dettato normativo di riferimento per ammettere che la condanna per la responsabilità civile pronunciata nel processo penale sia assoggettabile a revisione secondo le regole del rito penale, atteso che tale eventualità già discende dalla stessa lettera della legge processuale»<sup>21</sup>.

A sostegno della soluzione, viene richiamato il principio elaborato dalle Sezioni Unite secondo cui «è legittimato alla proposizione del ricorso straordinario, a norma dell'art. 625 bis c.p.p., anche l'imputato condannato al solo risarcimento dei danni in favore della parte civile, che prospetti un errore di fatto nella decisione della Corte di cassazione relativamente al capo concernente le statuizioni civili, per l'ontologica identità di diritti processuali tra l'azione penale e l'azione civile»<sup>22</sup>, ritenendosi significativo che la citata disposizione, così come l'art. 629 c.p.p., evochi la figura del condannato senza offrire alcun criterio distintivo.

Alla luce degli indicati passaggi giustificativi, la sentenza n. 46707 del 2016, nel discostarsi dalla consolidata giurisprudenza sulla *quaestio iuris* dell'assoggettabilità o meno a revisione delle sentenze che dichiarano la prescrizione, ha affermato l'ammissibilità della richiesta proposta, ai sensi dell'art. 630, comma 1, lett. c), c.p.p., avverso la sentenza del giudice d'appello che abbia prosciolto l'imputato per l'intervenuta prescrizione del reato e confermato contestualmente la condanna dello stesso al risarcimento del danno nei confronti della parte civile.

<sup>19</sup> Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>20</sup> Così Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707, cit.

<sup>21</sup> In questi termini ancora Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707, cit.

<sup>22</sup> Il principio è espresso da Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 28719, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

## RILIEVI CONCLUSIVI

L'interpretazione prospettata dalla sentenza in commento non ignora, nella sequenza argomentativa, il precedente che ammette la revisione in caso di condanna ai soli effetti civili con prescrizione del reato, secondo il quale rientrerebbero nel perimetro della revisione tutti i verdetti di condanna<sup>23</sup>, senza distinzione. Quindi anche quelli di condanna al risarcimento in sede civile. Ma si tratta di una lettura alla quale si ritiene di non poter dare seguito, in ragione della prevalenza della combinazione fra norme rispetto allo stretto argomento letterale<sup>24</sup>.

I criteri-guida adottati, con riferimento al disposto dell'art. 629 c.p.p., che limita la revisione ai casi in cui il condannato deve essere prosciolto ai sensi degli artt. 529, 530 e 531 c.p.p., e al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, ex art. 568, comma 1, c.p.p., rimangono ancorati all'interpretazione restrittiva che riconduce l'impugnativa ad un perimetro propriamente penalistico<sup>25</sup>, escludendosi soluzioni di differente tenore.

Resta, però, insoluta, avvolta nelle pieghe del sistema, la problematica inerente all'interesse sostanziale del soggetto prosciolto in capo al quale permangano conseguenze pregiudizievoli, sia pure in sede civile.

E proprio intorno a questo fulcro ruota la decisione n. 46707 del 2016, laddove afferma una correlazione univoca tra condanna, anche alle spese civili, ed esigenze di giustizia e ammette la revisione nel caso *de quo*, risolvendo con un radicale capovolgimento di indirizzo il *thema decidendum*.

Le coordinate seguite al riguardo dall'opinione dissenziente della Suprema Corte, che configura un fatto processuale idoneo ad ammettere il rimedio straordinario anche nel caso di condanna riguardante le spese civili, si inseriscono nella prospettiva della mutata concezione della *res iudicata*, non più baluardo predisposto per attuare il *dictum* cognitivo, ma dato terminale flessibile, proteso ad assicurare la giusta soluzione della controversia. Il conseguente epilogo decisorio è imperniato su una lettura delle norme che muove dalla visione di un processo penale inteso come "attuazione giusta di giustizia"<sup>26</sup>, ove la revisione risponde allo scopo, genetico e finalistico, di assicurare, anche successivamente all'irrevocabilità, la tutela dei diritti e delle garanzie individuali.

Peraltro, in dottrina, da tempo si era osservato che l'esclusione di tutte le sentenze di proscioglimento dall'ambito di operatività della revisione poteva concretizzare un'irragionevole disparità di trattamento per coloro che, nel ricorrere dei presupposti, avessero interesse a chiedere la revisione di una sentenza di proscioglimento a fronte del residuo di pregiudizi, come nel caso di sentenze con le quali viene applicata una misura di sicurezza o viene concesso il perdono giudiziale<sup>27</sup>.

La sentenza n. 2656 del 2016 si innesta nel solco dell'orientamento, oggetto di ampia convergenza, che ritiene suscettibile di revisione la sola decisione penale di condanna, in forza del principio di tassatività di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p., valevole anche per le impugnazioni straordinarie, e della lettera dell'art. 629 c.p.p. che richiama solo le sentenze di condanna e quelle di patteggiamento, oltre ai decreti penali. Tuttavia, è difficile disconoscere che la norma da ultimo citata, nell'evocare la figura del condannato, non prevede espressamente alcuna distinzione, sì che l'esclusione del soggetto condannato solo per gli interessi civili resta affidata esclusivamente a scelte ermeneutiche.

Per tal ragione, atteso il doveroso e riconosciuto presupposto della necessità di una condanna, emerge la percezione che l'isolato, divergente, orientamento potrebbe essere il preludio per una più estesa interpretazione dell'operatività della revisione, in relazione all'ampiezza della locuzione sentenza di condanna, "sul riflesso di un sempre più accentuato *favor* per la tutela degli interessi materiali e morali di chi sia stato a torto condannato"<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> In questi termini G. Negri, *No alla revisione della prescrizione*, in [www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com](http://www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com), 20 gennaio 2017.

<sup>24</sup> Così F.G. Capitani, *Impugnabili per revisione le sole condanne penali*, *Dir. e giustizia*, 14, 2017, p. 6.

<sup>25</sup> Sul punto cfr. M.R. Marchetti, *La revisione*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. V, Milano, Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer, 2009, p. 929.

<sup>26</sup> G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, Milano, 1959, IV, p.153.

<sup>27</sup> In tal senso, S. Lonati, *Applicazione dell'art. 587 c.p.p. nel giudizio di revisione e riassunzione della qualità di imputato (un aspetto particolare del "caso Sofri")*, *Cass. pen.*, 2001, p. 3144; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori*, cit., p. 105; G. Spangher, *Revisione*, cit., p. 137.

<sup>28</sup> C. cost., sent. 5 marzo 1969, n. 28, in *Giur. cost.*, 1969, p. 391.

## Le Sezioni Unite escludono la rilevabilità della prescrizione in relazione ai capi della sentenza oggettivamente complessa impugnati con motivi inammissibili

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 27 MAGGIO 2016, N. 6903 – PRES. CANZIO; REL. CAMMINO

In caso di ricorso avverso una sentenza di condanna che riguardi più reati ascritti allo stesso imputato l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali l'impugnazione sia inammissibile e preclude per detti reati, in relazione ai quali si è formato il giudicato parziale, la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Genova, con sentenza del 9 ottobre 2014, dichiarava A.A. colpevole di due distinti reati di falsa testimonianza, commessi, il primo, deponendo dinanzi al Tribunale di Genova all'udienza dell'(OMISSIS) nella qualità di persona offesa dal reato di estorsione nel processo penale n. 4928/06 R.G. a carico di D.M. (capo A) e, il secondo, deponendo all'udienza del (OMISSIS) dinanzi al Tribunale di Genova nel procedimento n. 2186/06 R.G. relativo all'impugnativa del licenziamento del D. da parte del datore di lavoro Cetena s.p.a. (capo B).

Il Tribunale, ritenuta la continuazione tra i reati e riconosciute le circostanze attenuanti generiche, condannava l'A., con i benefici della sospensione condizionale e della non menzione nel certificato del casellario, alla pena di un anno e sei mesi di reclusione, oltre al risarcimento del danno, da liquidare separatamente, in favore della parte civile D.M. cui veniva riconosciuta una provvisionale nella misura di 10.000 Euro.

L'imputato, titolare della Sicom s.r.l., era stato chiamato a testimoniare nei due procedimenti avendo denunciato il D., dipendente della Cetena s.p.a., che a suo dire gli aveva chiesto la somma di 1.200 Euro per sbloccare il pagamento di una fattura relativa ad una fornitura alla soc. Cetena, con la minaccia in caso di mancato pagamento di ostacolare i rapporti commerciali tra le due società. Il D. era stato arrestato in flagranza del reato di estorsione e aveva giustificato il possesso del denaro ricevuto dall' A. sostenendo che si trattava del compenso dovutogli per prestazioni lavorative rese al di fuori dell'orario di lavoro presso la soc. Cetena.

Condannato in primo grado in ordine al reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni e in appello assolto da detto reato per insussistenza del fatto, il D. era stato licenziato dalla soc. Cetena ed aveva impugnato il licenziamento. Nel corso delle deposizioni testimoniali rese dinanzi al Tribunale di Genova, l'A. aveva dichiarato di non aver mai fatto regalie ai dipendenti della soc. Cetena e, in particolare, al D. ed aveva escluso categoricamente che il D. avesse mai svolto attività lavorativa per suo conto, avendolo solo aiutato, per un paio di ore, in occasione di un trasloco.

2. La Corte di appello di Genova, con sentenza in data 2 luglio 2015, ha riformato la sentenza di primo grado limitatamente alla condanna al pagamento della provvisionale, che è stata eliminata, ed ha confermato le restanti statuizioni.

3. Avverso la predetta sentenza l'imputato, tramite il difensore, ha proposto ricorso per cassazione.

3.1. Con il primo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e), la violazione degli artt. 192 e 530 c.p.p. e il vizio della motivazione nella parte in cui il giudice di merito aveva affermato la falsità delle dichiarazioni testimoniali rese dall'imputato; l' A. infatti, deponendo nel processo penale e nella causa di lavoro, si sarebbe limitato a contrastare la tesi difensiva del D., negando di avergli fatto delle regalie diverse da quelle destinate ai dipendenti della soc. Cetena nell'ambito del rapporto contrattuale di fornitura con la soc. Sicom ed escludendo la sussistenza di un rapporto lavorativo autonomo e parallelo che giustificasse la corresponsione allo stesso D. di somme di denaro.

3.2. Con il secondo motivo si deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art. 157 c.p. e art. 159 c.p., comma 1, n. 3, in relazione alla mancata dichiarazione di estinzione per prescrizione di entrambi i reati di falsa testimonianza; si richiamano gli interventi della giurisprudenza di legittimità, in particolare delle Sezioni Unite nella sentenza n. 4909 del 18/12/2014 sugli effetti ai fini della prescrizione del rinvio dell'udienza con riguardo al legittimo impedimento dell'imputato e del difensore oltre il limite massimo di sessanta giorni.

4. La Sesta Sezione penale con ordinanza in data 12 febbraio 2016 ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

4.1. Rilevata la genericità del primo motivo di ricorso, peraltro attinente al merito, la Sezione rimettente ha osservato, quanto al secondo motivo, che "il difensore pare dedurre per entrambi i rinvii un proprio duplice impedimento professionale"; dei due rinvii richiesti dalla difesa dell'imputato, invece, il primo era stato disposto per legittimo impedimento dell'imputato ed aveva comportato la sospensione della prescrizione per sessantasette giorni (sette giorni di prognosi per la malattia diagnosticata e sessanta giorni dalla cessazione dell'impedimento), mentre il secondo era stato disposto per l'adesione del difensore all'astensione dalle udienze deliberata da un'associazione di categoria ed aveva determinato la sospensione della prescrizione per tutto il periodo del rinvio, pari a poco meno di otto mesi (dall'11 luglio 2013 al 4 marzo 2014).

Tenuto conto del periodo complessivo di sospensione della prescrizione, il reato consumato il (OMISSIS) (capo B) si era estinto, per decorso del termine massimo di prescrizione, prima della sentenza di appello emessa il 2 luglio 2015; per l'altro reato commesso l'(OMISSIS) (capo A), invece, il termine massimo di prescrizione, considerato il periodo di sospensione correttamente calcolato, non era decorso alla data della sentenza di appello.

4.2. In presenza di un ricorso relativo a due capi di imputazione diversi e autonomi ascritti allo stesso imputato, per uno dei quali (capo B) il ricorso doveva ritenersi parzialmente fondato, la Sesta Sezione ha evidenziato la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale circa la possibilità di dichiarare, nei ricorsi avverso sentenze oggettivamente cumulative, la prescrizione maturata successivamente alla sentenza di appello per il reato in relazione al quale i motivi di ricorso risultino affetti da cause di inammissibilità.

Nell'ordinanza di rimessione si osserva che, secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, va esclusa la rilevanza, nei processi oggettivamente cumulativi, della prescrizione intervenuta dopo la sentenza di appello in relazione ai reati per i quali siano stati presentati motivi inammissibili, anche se i motivi di ricorso relativi alle altre imputazioni siano ammissibili.

Un secondo orientamento, minoritario, ammette invece la rilevanza della prescrizione maturata dopo la sentenza di appello per un reato in relazione al quale i motivi sono inammissibili, anche nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso sia stata esclusa per altro reato contestato all'imputato nel medesimo procedimento (Sez. 2, n. 31034 del 05/07/2013, Santacroce, Rv. 256557 e Sez. 5, n. 16375 del 13/01/2014, Cavina, Rv. 262763).

Sulla base di tale impianto argomentativo, la Sesta Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito: "Se, in presenza di un ricorso cumulativo per diversi e autonomi capi di imputazione, per i cui reati sia intervenuta la prescrizione dopo la deliberazione di appello, l'accoglimento dei motivi afferenti un capo imponga o meno la dichiarazione di prescrizione anche per i distinti ed autonomi capi di imputazione, pur quando i pertinenti motivi siano invece giudicati originariamente inammissibili".

5. Il Primo Presidente, con decreto in data 16 marzo 2016, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'udienza pubblica del 25 maggio 2016 in cui l'avv. Ida Blasi, sostituto processuale del difensore di parte civile avv. Ernesto Monteverde del Foro di Genova, ha dichiarato di aderire all'astensione dalle udienze deliberata dall'Unione delle Camere penali il 7 maggio 2016. La Corte, preso atto anche della dichiarazione di astensione depositata in cancelleria dal difensore dell'imputato

avv. Mario Iavicoli del Foro di Genova, ha rinviato il giudizio all'odierna udienza, senza ulteriori avvisi.

5. Il Procuratore generale, in data 23 maggio 2016, ha depositato una memoria a sostegno della tesi dell'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione.

Diritto

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La Corte preliminarmente rileva che con il primo motivo di ricorso, come già posto in evidenza nell'ordinanza di rimessione, si tende a sottoporre al giudizio di legittimità aspetti attinenti alla ricostruzione del fatto e all'apprezzamento del materiale probatorio rimessi alla esclusiva competenza del giudice di merito.

Secondo l'incontrastata giurisprudenza di legittimità, esula dai poteri della Corte di cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è riservata al giudice di merito, senza che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (Sez. U, n. 6402 del 30/04/1997, Dessimone).

Nella sentenza impugnata, che conferma quella di primo grado in punto di responsabilità, l'obbligo di motivazione è stato esaustivamente soddisfatto con argomentazioni coerenti sotto il profilo logico-giuridico con le quali il ricorrente non si confronta.

2. Il secondo motivo di ricorso è solo parzialmente fondato.

Va premesso che la censura, relativa alla mancata dichiarazione di estinzione per prescrizione di entrambi i reati, pur essendo formulata con argomentazione priva di consistenza (come sottolineato anche nell'ordinanza di rimessione), è tuttavia specifica, essendo diretta chiaramente a contestare le modalità di calcolo del periodo di sospensione della prescrizione per effetto dei rinvii disposti in primo grado su richiesta della difesa e concentrandosi sostanzialmente sull'espressa esclusione da parte della Corte territoriale dell'intervenuto decorso del termine massimo di prescrizione in relazione ad entrambi i reati. Nella motivazione della sentenza impugnata (f. 1) la Corte territoriale infatti afferma: "Preliminarmente (pur non essendo ciò motivo di appello), si rileva che i reati non sono prescritti, essendovi stati periodi di sospensione d. il giudizio di primo grado (67 giorni dal 22/1/2013 al 30/3/2013, nonché il periodo compreso tra l'11 luglio 2013 e il 4/3/2014)".

Detta affermazione è parzialmente errata.

2.1. Il periodo di sospensione della prescrizione per effetto dei due rinvii citati nella motivazione della sentenza impugnata è pari a 303 giorni. Il primo rinvio è stato infatti disposto all'udienza del 22 gennaio 2013, a causa del legittimo impedimento dell'imputato per malattia documentata da un certificato medico che indicava una prognosi di guarigione in sette giorni, con conseguente sospensione del termine di prescrizione di ulteriori sessanta giorni decorrenti ex art. 159 c.p., comma 1, dalla data di cessazione dell'impedimento, ed ha comportato pertanto – come correttamente indicato nella motivazione della sentenza impugnata – la sospensione della prescrizione per sessantasette giorni. Il secondo rinvio, al 4 marzo 2014, è stato disposto all'udienza dell'11 luglio 2013 per effetto dell'adesione del difensore all'astensione deliberata da un'associazione di categoria e il corso della prescrizione è rimasto sospeso per tutto il periodo del rinvio, come dalla Corte territoriale correttamente ritenuto in applicazione della consolidata giurisprudenza sul punto (cfr. per tutte Sez. U, n. 4909 del 18/12/2014, dep. 2015, Torchio, Rv. 262914), e quindi per duecentotrentasei giorni.

Al termine massimo di prescrizione di sette anni e sei mesi, scadente il 16 agosto 2014 per il reato la cui data di commissione è antecedente (capo B, relativo al reato di falsa testimonianza commesso il (OMISSIS)), va quindi aggiunto il periodo complessivo di sospensione indicato. Ne consegue che il reato contestato al capo B alla data in cui è stata emessa la sentenza di appello (2 luglio 2015) era già estinto, essendo il termine massimo di prescrizione decorso interamente sin dal 15 giugno 2015. Per il reato di falsa testimonianza contestato al capo A, commesso l'(OMISSIS), la causa di estinzione della prescrizione è invece intervenuta successivamente alla sentenza impugnata, il 31 luglio 2015.

2.2. Il secondo motivo di ricorso risulta quindi fondato in relazione alle censure inerenti alla mancata declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di falsa testimonianza ascritto al capo B, per il quale effettivamente il termine massimo di prescrizione era decorso prima della sentenza di appello. Come affermato recentemente dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, Rv. 266819), deve ritenersi ammissibile il ricorso per cassazione con il quale si deduce, anche con un unico motivo,

l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione maturata prima della sentenza impugnata ed erroneamente non dichiarata dal giudice di merito (come avvenuto nel caso in esame quanto al reato ascritto al capo B), integrando tale doglianza un motivo consentito ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b).

La censura difensiva è manifestamente infondata invece in relazione al reato di falsa testimonianza ascritto al capo A commesso in data (OMISSIS), in relazione al quale la Corte territoriale ha correttamente escluso l'intervenuta estinzione per prescrizione.

2.3. Alla ritenuta fondatezza del secondo motivo di ricorso in relazione al capo B consegue che limitatamente a detto reato la sentenza impugnata debba essere annullata senza rinvio perché il reato è estinto per prescrizione.

2.4. Quanto al reato ascritto al capo A, non vi è dubbio che il ricorso, se avesse riguardato esclusivamente detto reato, sarebbe stato definito con sentenza di inammissibilità per manifesta infondatezza, essendo risultata errata la censura difensiva sull'estinzione per prescrizione intervenuta prima della sentenza di appello. E' infatti principio giurisprudenziale unanimemente condiviso che il decorso del termine massimo di prescrizione dopo la sentenza di appello, in presenza di ricorso per cassazione inammissibile per manifesta infondatezza o per altre ragioni diverse dalla rinuncia, non consente di dichiarare la causa estintiva del reato. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, ribadita anche recentemente nella citata sentenza delle Sezioni Unite n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, l'inammissibilità del ricorso per cassazione anche per manifesta infondatezza dei motivi non consente infatti il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude pertanto la possibilità di rilevare e dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione a norma dell'art. 129 c.p.p. (Sez. U, n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266; Sez. U, n. 33542 del 27/06/2001, Cavalera, Rv. 219531).

Nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 12602 del 2016, in particolare, viene ripercorsa, attraverso l'esame dei plurimi interventi delle Sezioni Unite, la problematica del rapporto tra inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. che è stata contrassegnata da una progressiva dilatazione dell'area delle cause originarie di inammissibilità rispetto a quelle sopravvenute (Sez. U, n. 21 dell'11/11/1994, dep. 1995, Cresci, Rv. 199903; Sez. U, n. 15 del 30/06/1999, Piepoli, Rv. 213981) fino al definitivo abbandono di tale distinzione, attraverso l'elaborazione di una categoria unitaria di inammissibilità dell'impugnazione comprendente, oltre alla mancanza di specificità dei motivi e alla proposizione di motivi non consentiti o non dedotti in sede di appello, anche la manifesta infondatezza tra le cause di inammissibilità intrinseche al ricorso, preclusive della possibilità di far valere o di rilevare di ufficio una causa di non punibilità già maturata in sede di merito come la prescrizione (oltre a Sez. U., De Luca, cit. e Sez. U, Cavalera, cit., v. Sez. U, n. 23428 del 22/03/2005, Bracale, Rv. 231164).

La successiva giurisprudenza delle sezioni penali della Corte ha ribadito il principio secondo cui tutte le cause di inammissibilità del ricorso per cassazione (ad eccezione della rinuncia ad un valido atto di impugnazione, costituente causa sopravvenuta di inammissibilità) integrano un vizio intrinseco dell'atto, impediscono la valida costituzione di un rapporto processuale e sono di ostacolo a far valere o a rilevare di ufficio, ex art. 129 c.p.p., l'estinzione del reato per prescrizione maturata successivamente alla sentenza di appello.

2.5. Nel caso specifico sottoposto alle Sezioni Unite l'applicazione di detto consolidato principio della giurisprudenza di legittimità si pone tuttavia in maniera problematica. La sentenza impugnata riguarda infatti due distinte fattispecie di reato ascritte allo stesso imputato (sentenza oggettivamente cumulativa) e con il ricorso per cassazione sono stati dedotti plurimi motivi di ricorso aventi ad oggetto entrambi i reati per i quali è stata pronunciata condanna. Il ricorso risulta tuttavia ammissibile per uno solo dei reati (capo B), essendo fondato il secondo motivo di impugnazione relativo alla prescrizione intervenuta prima della sentenza di appello ed erroneamente non dichiarata dal giudice di appello, mentre è inammissibile per l'altro reato (capo A), in relazione al quale entrambi i motivi di impugnazione sono manifestamente infondati e la prescrizione è maturata dopo la sentenza di appello.

La soluzione della questione di diritto controversa sottoposta all'esame delle Sezioni unite è quindi rilevante con riferimento alla possibilità o meno di dichiarare l'estinzione per prescrizione, intervenuta dopo la sentenza di appello, del reato ascritto al capo A, in relazione al quale sono stati presentati motivi manifestamente infondati, pur risultando fondato il secondo dei motivi proposti con il medesimo ricorso in relazione al reato oggetto di diverso e autonomo capo di imputazione (capo B).

3. Il contrasto di giurisprudenza esiste, ma va dato atto della netta prevalenza dell'orientamento giurisprudenziale che ritiene, nel caso di ricorso avverso sentenza plurima o cumulativa dal punto di vista

oggettivo, autonoma l'azione penale e plurimi i rapporti di impugnazione relativi ai diversi reati e ai relativi capi (e punti) della sentenza impugnata.

Secondo l'orientamento opposto il rapporto processuale, in caso di motivi di ricorso riguardanti distinti capi di imputazione, è unico e, nel caso di ammissibilità dei motivi riguardanti uno dei reati, esso è da reputare validamente instaurato per tutti i capi impugnati, quindi anche per i reati in relazione ai quali l'impugnazione risulti inammissibile.

Quest'ultimo orientamento, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, è stato affermato in due isolate pronunce (Sez. 2, n. 31034 del 05/07/2013, Santacroce, Rv. 256557; Sez. 5, n. 16375 del 13/01/2014, Cavina, Rv. 262763), di cui la prima è sostanzialmente assertiva sul punto, mentre la più recente contiene un più articolato esame della questione. Nella sentenza n.16375 del 2014 il Collegio, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un diverso e prevalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità, ha sostenuto che la Corte deve rilevare la prescrizione del reato maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata anche nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso risulti esclusa con riferimento ad altro reato, valorizzando l'instaurazione, ad opera di siffatto ricorso, di un valido rapporto processuale e, dunque, l'attitudine del ricorso stesso ad "introdurre il rapporto processuale di impugnazione".

4. Al di là della sostanziale mancanza di approfondite argomentazioni nelle motivazioni delle sentenze che sostengono l'orientamento minoritario, la soluzione della questione controversa sottoposta alle Sezioni Unite va individuata alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in ordine al tema dell'autonomia dei rapporti processuali di impugnazione relativi ai singoli capi e punti nel caso di ricorso avverso una sentenza plurima o cumulativa.

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 373 del 16/01/1990, Agnese, Rv. 186164 e nell'ordinanza n. 20 del 09/10/1996, Vitale, Rv. 206170.

Nella sentenza n. 373 del 1990, che ha esaminato la questione della rilevabilità della prescrizione del reato intervenuta dopo la sentenza di annullamento parziale emessa dalla Corte di cassazione, si afferma che la sentenza di annullamento parziale esaurisce il giudizio in relazione a tutte le disposizioni contenute nella sentenza impugnata e non comprese in quelle annullate, né ad esse legate da un rapporto di connessione essenziale, potendo il giudicato avere una formazione progressiva, non solo quando la sentenza di annullamento parziale viene pronunciata nel processo cumulativo e riguarda solo alcuni degli imputati ovvero alcune delle imputazioni contestate, ma anche quando la stessa pronuncia ha ad oggetto una o più statuizioni relative ad un solo imputato e ad un solo capo d'imputazione. Le Sezioni Unite hanno riconosciuto in sostanza l'autonomia dei capi della sentenza che non hanno una connessione essenziale con le "parti della sentenza" (espressione utilizzata dall'art. 545 c.p.p. del 1930 e riprodotta nell'art. 624 c.p.p. del 1998) annullate, definendo "capi autonomi" di una sentenza "le decisioni che concludono l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un reato" e aggiungendo che non è "certo contestabile l'autonomia delle azioni penali confluenti nel processo cumulativo, sia in relazione al loro esercizio che alla loro consumazione".

Analoghe considerazioni circa l'autonomia delle statuizioni relative ai diversi "capi" nei processi cumulativi e l'idoneità delle stesse a passare in giudicato sono espresse nell'ordinanza n. 20 del 1996, Vitale, in cui le Sezioni Unite affermano che nel caso in cui la sentenza, pur documentalmente unica, ricomprenda una pluralità di capi e di imputazioni a carico dello stesso imputato, dalla autonomia di ciascuno di essi deriva il passaggio in giudicato di quei capi della sentenza non investiti dall'annullamento con rinvio a seguito della sentenza della Corte di cassazione, sicché la competente autorità giudiziaria può porre legittimamente in esecuzione il titolo penale per la parte divenuta irrevocabile.

La tesi dell'autonomia dei singoli capi di imputazione e nell'ambito di questi dei singoli punti è stata ribadita e sviluppata con estrema chiarezza nella sentenza Sez. U, n. 1 del 28/06/2000, Tuzzolino, Rv. 216239, in cui, sulla questione relativa alla possibilità di dichiarare estinto il reato per prescrizione quando i motivi di impugnazione riguardino solo la pena, si stabilisce la rilevanza delle cause estintive sopravvenute anche nei casi in cui non sia ulteriormente in discussione, nel procedimento pendente, il tema della responsabilità. La Corte chiarisce che il giudicato parziale può formarsi solo con riguardo ai "capi" e non con riguardo ai "punti" della decisione. Per "capo" della sentenza deve intendersi "ciascuna decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all'imputato" e tale nozione ha rilievo in particolare per la sentenza plurima o cumulativa, caratterizzata dalla confluenza nell'unico processo dell'esercizio di più azioni penali e dalla costituzione di una pluralità di rapporti processuali, ciascuno dei quali inerisce ad una singola imputazione, "tale da poter costituire da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza". Il concetto di "punto della decisione", cui fa espresso riferimento l'art. 597 c.p.p., comma 1, ha in-

vece una portata più ristretta, riguardando “tutte le statuizioni ma non le relative argomentazioni svolte a sostegno – suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo”. I punti della decisione vengono a coincidere con le parti della sentenza relative alle “statuizioni indispensabili per il giudizio su ciascun reato” e nell’ambito di ogni capo i singoli punti della decisione segnano un “passaggio obbligato” per la completa definizione di ciascuna imputazione, sulla quale il potere giurisdizionale del giudice non può considerarsi esaurito se non quando siano stati decisi tutti i punti che costituiscono i presupposti della pronuncia finale su ogni reato (l’accertamento del fatto, l’attribuzione di esso all’imputato, la qualificazione giuridica, l’inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza, e – nel caso di condanna – l’accertamento delle circostanze aggravanti ed attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena e l’eventuale sospensione condizionale, e le altre eventuali questioni dedotte dalle parti o rilevabili di ufficio). La Corte ha definito il capo come “un atto giuridico completo, tanto che la sentenza che conclude una fase o un grado del processo può assumere struttura monolitica o composita, a seconda che l’imputato sia stato chiamato a rispondere di un solo reato o di più reati, nel senso che, nel primo caso, nel processo è dedotta un’unica regiudicanda, mentre, nel secondo, la regiudicanda è scomponibile in tante autonome parti quanti sono i reati per i quali è stata esercitata l’azione penale. Nell’ipotesi di processo cumulativo o complesso la cosa giudicata può coprire uno o più capi e il rapporto processuale può proseguire per gli altri, investiti dall’impugnazione, onde, in una simile situazione, è corretto utilizzare la nozione di giudicato parziale”.

In caso di sentenza cumulativa relativa a più imputazioni, quindi, i singoli capi della sentenza sono autonomi ad ogni effetto giuridico e, perciò, anche ai fini dell’impugnazione, stante il principio della pluralità delle azioni penali, tante per quanti sono gli imputati e, per ciascun imputato, tante quante sono le imputazioni; con la conseguenza che, per quanto i diversi capi siano contenuti in una sentenza documentalmente unica con la quale il giudice di merito ha statuito in ordine alle distinte imputazioni, ognuno di essi conserva la propria individualità e passa in cosa giudicata se non investito da impugnazione e con l’ulteriore conseguenza che le cause estintive del reato sono applicabili indipendentemente dai limiti devolutivi dell’impugnazione, tranne l’ipotesi in cui esse attengano ad un capo di sentenza passato in giudicato perché non toccato, nella sua interezza, dalle censure formulate con i motivi di gravame operando in tal caso la preclusione processuale correlata all’effetto devolutivo delle impugnazioni ed al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni.

Il principio dell’autonomia dei singoli capi della sentenza – già affermato, anche nella vigenza del codice del 1930, dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7 del 26/02/1955, Zoccola, Rv. 097507 – è stato ribadito dalle Sezioni Unite, successivamente alla sentenza Tuzzolino, nella sentenza n. 10251 del 09/03/2007, Michaeler, Rv. 235699, in cui si condivide la definizione del capo come atto giuridico completo, tale da poter costituire da solo, anche separatamente, il contenuto di una sentenza con la conseguenza che nel caso di processo relativo ad un solo reato la sentenza passa in giudicato nella sua interezza, mentre nell’ipotesi di processo cumulativo o complesso la cosa giudicata può coprire uno o più capi e il rapporto processuale può proseguire per gli altri, investiti dall’impugnazione, onde, in una simile situazione, è corretto utilizzare la nozione di giudicato parziale. La Corte nella sentenza Michaeler sottolinea che la dicotomia capi-punti della sentenza “è ormai canonizzata in un precetto fondamentale nel regime delle impugnazioni, quello concernente la “forma dell’impugnazione”; il precetto, cioè, dell’art. 581 secondo cui l’impugnazione deve contenere (comma 1, lettera a) “i capi o i punti della decisione cui su riferisce l’impugnazione”, così annidando l’atto d’impugnazione entro lo stretto ambito del devolutum, a pena di inammissibilità, comminata dall’art. 591 c.p.p.”. La Corte sottolinea che la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il tema della distinzione tra “capo” e “punto” della sentenza con prevalente riferimento, oltre che alla tematica del giudicato parziale, alla specificità dell’atto di impugnazione, essendo la norma dell’art. 581 c.p.p. diretta a delimitare con precisione l’oggetto dell’impugnazione e a scongiurare “impugnazioni generiche e dilatorie”, prevedendo che sia lo stesso impugnante a segnare gli esatti confini dell’oggetto del gravame. La Corte si è anche soffermata sull’espressione “parte” della sentenza, ritenuta rilevante al fine sia di un suo autonomo divenire giudicato sia per il restare ancora sub iudice in quanto abbia connessione essenziale con la “parte annullata”.

5. Numerose sono anche le sentenze di diverse sezioni semplici che, per i ricorsi proposti avverso sentenze oggettivamente cumulative, hanno riconosciuto, come era già avvenuto sotto la vigenza del precedente codice, il principio dell’autonomia dei singoli capi della sentenza ad ogni effetto giuridico, quindi anche ai fini dell’impugnazione e del giudicato, in caso di pluralità delle azioni penali seppure riunite in una sentenza documentalmente unica.

Meritano di essere segnalate le pur non recenti sentenze Sez. 1, n. 4506 del 05/03/1991, Teardo e Sez. 2, n. 1312 del 13/02/1997, Mazza, Rv. 207126, in cui il principio di autonomia delle statuizioni sui singoli capi delle sentenze oggettivamente cumulative viene applicato, rispettivamente, con riferimento alla configurabilità del giudicato parziale e alla rilevabilità della prescrizione nei processi oggettivamente cumulativi.

Ulteriori sentenze emesse da sezioni semplici hanno condiviso e approfondito il principio espresso nella sentenza delle Sezioni Unite n. 1 del 2000, Tuzzolino, della pluralità dei rapporti di impugnazione per i singoli reati, con il corollario della soggezione per ciascuno dei capi oggetto di impugnazione alla regola di ammissibilità della corrispondente doglianza, indispensabile a costituire il singolo rapporto processuale di impugnazione nel senso chiarito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 32 del 2000, De Luca.

Va ricordata, in particolare, la sentenza Sez. 6, n. 6924 del 20/10/2011, dep. 2012, Fantauzza, Rv. 256556, in cui si afferma che l'autonomia della statuizione di inammissibilità del ricorso per cassazione in relazione ad un capo di imputazione impedisce la declaratoria di estinzione per prescrizione del reato con esso contestato, pur in presenza di motivi ammissibili con riferimento agli altri addebiti. In tal senso si era già espressa, anche se in maniera non specificamente argomentata, Sez. 6, n. 34171 del 04/07/2008, Mannina, Rv. 241464, non mass. sul punto.

In conformità si sono espresse, con esplicito riferimento alla sentenza Tuzzolino, anche Sez. 6, n. 50334 del 02/10/2013, La Chimia, Rv. 257846 e Sez. 6, n. 33030 del 24/07/2014, A.L., Rv. 259860.

Nella sentenza n. 50334 del 2013 la Corte afferma che ciascun capo di sentenza, proprio in ragione della autonomia dei rapporti processuali, malgrado la trattazione unitaria del processo, mantiene una autonomia attitudine al giudicato, a prescindere dalla sorte delle altre imputazioni; ciò sia nel caso di impugnazione parziale, per i capi di sentenza non impugnati, ma anche in ipotesi di annullamento parziale ex art. 624 c.p.p., a seguito dell'accoglimento del ricorso solo per alcuni capi di condanna e non per altri. L'unicità del ricorso non equivale infatti a inscindibilità delle sottese situazioni processuali corrispondenti ad imputazioni diverse, come confermato dal fatto che, nel disciplinare la riunione o separazione in fase di legittimità, il codice di rito (art. 610, comma 3) non fa riferimento ai ricorsi bensì ai "giudizi", riconoscendo implicitamente che al singolo ricorso ben possono corrispondere giudizi e, quindi, rapporti processuali distinti e che può procedersi alla separazione anche tra giudizi promossi, per più capi di condanna, da un unico ricorrente con un unico ricorso. La Corte aggiunge che, nel caso in cui l'estinzione sia maturata nelle more tra la sentenza di secondo grado e il giudizio di cassazione, "il decorso del tempo acquisisce rilievo solo in presenza di una ragione, prospettata e prospettabile in termini tali da poter ritenere validamente incardinato il rapporto processuale sotteso al controllo di legittimità mediante la indicazione di motivi consentiti ex art. 606 c.p.p., comma 1, o non manifestamente infondati; ciò avuto riguardo alla specifica imputazione oggetto di condanna e contestazione innanzi alla Corte, non ad ogni possibile altro capo di decisione in ordine al quale i motivi di ricorso siano stati ritenuti invece fondati". Nella sentenza Sez. 6 n. 33030 del 2014, A.L., Rv. 259860, si afferma inoltre che l'occasionale trattazione congiunta delle diverse regiudicande (come avviene appunto nelle sentenze plurime o cumulative) non può stravolgere il principio dell'autonomia dei singoli capi di imputazione e della pluralità dei rapporti di impugnazione che si costituiscono per ciascuno di essi (sentenza Tuzzolino) nè quello della mancata instaurazione di un valido rapporto di impugnazione in caso di inammissibilità dei motivi che preclude di rilevare e dichiarare cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p., tra cui la prescrizione maturata successivamente alla sentenza impugnata (sentenza De Luca); manca, afferma la Corte, alcuna ragione sistematica che giustifichi la "contaminazione positiva" tra regiudicande autonome.

Anche nella sentenza Sez. 4, n. 51744 del 13/11/2014, Campagnaro, Rv. 261576, si richiama, a sostegno della tesi dell'autonomia dei rapporti di impugnazione per i singoli reati, l'art. 610 c.p.p., comma 3, che consente la separazione dei "giudizi" da parte della Corte di cassazione, così riconoscendo la possibilità di ravvisare distinti rapporti processuali afferenti i singoli capi e confermando che "all'interno dell'unico, ma complesso, rapporto processuale che si costituisce nel caso di processo oggettivamente cumulativo (pluralità di contestazioni nei confronti di un unico soggetto), le singole contestazioni, che rappresentano distinti capi della sentenza, mantengono la loro individualità". Di conseguenza, conclude la Corte, l'ammissibilità o meno dei motivi di ricorso deve essere valutata con riferimento alle singole contestazioni "senza che sia possibile ritenere che l'ammissibilità o perfino la fondatezza del ricorso su un distinto capo della sentenza abbia l'effetto di rendere consentito o non manifestamente infondato, e quindi ammissibile, il ricorso anche sugli altri capi".

Nella sentenza Sez. 5, n. 15599 del 19/11/2014, dep. 2015, Zagarella, Rv. 265119, infine, si ribadisce che l'impugnazione oggettivamente plurima, anche se contenuta in un documento formalmente unico, "deve considerarsi concettualmente distinta ed autonoma per quanto riguarda i singoli reati, cioè i vari capi della sentenza. Con la conseguenza che l'ammissibilità o inammissibilità della stessa deve essere valutata in relazione ai singoli capi cui si riferisce".

6. Le Sezioni Unite condividono l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime che, sulla base del principio dell'autonomia dei rapporti di impugnazione relativi ai singoli capi, ritiene nei processi oggettivamente cumulativi che l'ammissibilità del ricorso relativo ad un capo non si comunichi agli altri capi per i quali il ricorso, preso in esame isolatamente, sarebbe stato dichiarato inammissibile.

Le numerose sentenze favorevoli alla valutazione frazionata dell'ammissibilità dei singoli capi della sentenza oggettivamente cumulativa, motivate con argomentazioni razionali e convincenti, corrispondono ad un indirizzo giurisprudenziale consolidatosi da tempo (già nella sentenza Tuzzolino era evocato "un filone cospicuo ed ininterrotto della giurisprudenza di questa Corte" in cui, fin da quando era in vigore il codice del 1930, si affermava, in caso di sentenza cumulativa relativa a più imputazioni, l'autonomia dei singoli capi ad ogni effetto giuridico e, quindi, anche ai fini delle impugnazioni), condiviso a livello dottrinario e supportato da elementi testuali tratti dal codice di rito.

La principale base normativa del principio dell'autonomia dei capi della sentenza impugnata si rinviene in particolare nell'art. 581 c.p.p., comma 1, lett. a), che prevede, a pena di inammissibilità, che nell'atto di impugnazione siano enunciati, tra l'altro, "i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione" (con riferimento ai motivi nuovi, l'art. 167 disp. att. c.p.p. richiede a sua volta l'indicazione dei capi e dei punti enunciati ai quali i motivi nuovi si riferiscono).

Da altre norme del codice di rito si trae conferma dell'autonomia dei rapporti processuali inerenti a singoli fatti-reato, nel caso di indagini preliminari "cumulative", e a singole imputazioni, nei giudizi di merito e di legittimità plurimi sotto il profilo oggettivo.

Sin dalla fase delle indagini preliminari è infatti prevista l'iscrizione da parte del pubblico ministero nell'apposito registro (art. 335 c.p.p.) di "ogni notizia di reato" nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito, e si fa esplicito riferimento a "nuove iscrizioni", che riguardano generalmente il caso in cui il pubblico ministero acquisisca nel corso delle indagini elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona già iscritta o al medesimo o ad un nuovo reato a carico di persone diverse da quella originariamente sottoposta ad indagini. In tal caso il termine per le indagini preliminari, previsto dall'art. 405 c.p.p., decorre di regola in modo autonomo per ciascuna successiva iscrizione nell'apposito registro (ex plurimis, Sez. 2, n. 29143 del 22/03/2013, Doronzo, Rv. 256457; Sez. 3, n. 32998 del 18/3/2015, M., Rv. 264191).

Il regime della riunione (art. 17 c.p.p.) o della separazione di processi (art. 18 c.p.p.), prevista quest'ultima anche con riferimento a "singole imputazioni", si estende inoltre al giudizio di cassazione, attraverso la previsione della riunione o della separazione "dei giudizi nei casi previsti dall'art. 17 e la separazione dei medesimi quando giovi alla speditezza della decisione" (art. 610 c.p.p., comma 3).

L'art. 533 c.p.p. prevede che, se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione.

L'art. 624 c.p.p. disciplina il caso dell'annullamento parziale da parte della Corte di cassazione della sentenza impugnata che assume "autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata" e prescrive che la Corte, quando occorre, dichiari nel dispositivo quali parti della sentenza diventano irrevocabili.

7. Può in conclusione affermarsi il seguente principio di diritto:

"In caso di ricorso avverso una sentenza di condanna che riguardi più reati ascritti allo stesso imputato (sentenza oggettivamente cumulativa) l'autonomia dell'azione penale e dei rapporti processuali inerenti ai singoli capi di imputazione impedisce che l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali l'impugnazione sia inammissibile e preclude per detti reati, in relazione ai quali si è formato il giudicato parziale, la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello".

Non appare superfluo auspicare, per una maggiore chiarezza anche in sede esecutiva, che nei dispositivi delle sentenze emesse dalla Corte su ricorsi cumulativi, oltre che nelle motivazioni, siano specificati i termini delle distinte valutazioni (inammissibilità o rigetto del ricorso in relazione a singoli capi; annullamento con o senza rinvio e rigetto o inammissibilità per gli ulteriori capi con dichiarazione di

parti della sentenza divenute irrevocabili) compiute sui motivi riguardanti i singoli “capi” e le conseguenze che ne derivano in tema di prescrizione.

8. Applicando al caso concreto sottoposto all’esame della Corte il principio enunciato, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio limitatamente al reato di cui al capo B per essere lo stesso estinto per prescrizione prima della sentenza di appello.

Il ricorso, relativamente al reato di cui al capo A, va dichiarato inammissibile.

La pena, eliminato l’aumento in continuazione per il reato ascritto al capo B, va rideterminata per il reato ascritto al capo A in anni uno, mesi quattro di reclusione.

Le statuizioni civili vanno confermate. Si richiama, in ordine alla necessaria valutazione ex art. 578 c.p.p. relativamente al reato di cui al capo B per il quale viene dichiarata l’estinzione per prescrizione, quanto rilevato ai punti 1 e 2 della parte motiva.

Il ricorrente va condannato alla rifusione in favore della parte civile D.M. delle spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente al reato di cui al capo B per essere lo stesso estinto per prescrizione.

Dichiara inammissibile il ricorso relativamente al reato di cui al capo A e ridetermina la pena in anni uno, mesi quattro di reclusione.

Conferma le statuizioni civili e condanna il ricorrente alla rifusione in favore della parte civile D.M. delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 3.500,00, oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 27 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 14 febbraio 2017

ROSSELLA FONTI

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università di Perugia*

## Impugnazione cumulativa parzialmente inammissibile e immediata declaratoria delle cause di non punibilità

*Partially inadmissible cumulative appeal and immediate declaration of causes of non-punishment enshrined in art. 129 c.p.p.*

Chiamate a pronunciarsi sulla possibilità di dichiarare, in presenza di un ricorso cumulativo ammissibile solo per un capo della sentenza, la prescrizione – maturata successivamente alla sentenza di appello – del reato oggetto di un altro capo impugnato con motivi inammissibili, le Sezioni Unite accolgono la soluzione negativa. In tal modo il Supremo Consesso recepisce e assembla le consolidate quanto discutibili conclusioni giurisprudenziali sulle due tematiche che fanno da sfondo alla risoluzione della questione, ossia la formazione del c.d. “giudicato parziale” e il rapporto tra l’inammissibilità dell’impugnazione e le cause di non punibilità di cui all’art. 129 c.p.p.

*The Supreme Court called to declare the offence, object of a heading of a judgment challenged on the basis of inadmissible grounds, time barred, with reference to a cumulative appeal admissible only for a heading of the judgment, gave a negative answer.*

*In this way, the Supreme Court accepted the consolidated but questionable case law on two topics that were behind the question to solve: the progressive construction of “partial” res iudicata and the relationship between the inadmissibility of appeal and the immediate declaration of causes of non-punishment enshrined in art. 129 CPP*

### CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite affrontano una questione delicata, nella quale si sommano e si intrecciano due tematiche oggetto di risalenti e accesi dibattiti interpretativi: da un lato, le interrelazioni tra i diversi capi della sentenza oggettivamente complessa ai fini dell’impugnazione e del giudicato e, dall’altro lato, il rapporto tra la declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione e l’immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità.

La vicenda da cui la *quaestio iuris* trae origine può essere così sintetizzata. Avverso la sentenza di appello che aveva confermato la condanna per due distinti reati di falsa testimonianza, l’imputato proponeva ricorso per cassazione adducendo, tra l’altro, la mancata declaratoria della prescrizione di entrambi i reati da parte del giudice di secondo grado. La Sezione assegnataria del ricorso, nel riscontrare che effettivamente il reato di cui al capo B si era prescritto durante lo svolgimento del giudizio d’appello, riteneva, in linea con l’assunto secondo cui l’omessa pronuncia della maturata prescrizione integra un *error in iudicando* deducibile in sede di legittimità<sup>1</sup>, ammissibile e fondata la censura in relazione al capo in questione. Quanto al capo A, venivano invece giudicati inammissibili per manifesta infondatezza tutti i motivi proposti, incluso quello con cui ci si doleva della mancata declaratoria della prescrizione del reato; a quest’ultimo proposito, la Cassazione rilevava che in ordine a tale reato la causa estintiva si era verificata – contrariamente all’assunto dell’impugnante – non prima, ma successivamente alla definizione del giudizio di secondo grado.

L’esito della vicenda sarebbe stato piuttosto scontato, per i giudici di legittimità, là dove il ricorso avesse avuto ad oggetto solo il reato di cui al capo A: secondo un granitico orientamento giurisprudenziale l’inammissibilità del ricorso per cassazione (anche per manifesta infondatezza dei motivi), non consentendo l’instaurazione di un valido rapporto processuale di impugnazione, impedisce la declaratoria della

<sup>1</sup>In tal senso v. Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, in *CED Cass.*, n. 266819, secondo cui «è ammissibile il ricorso per cassazione con il quale si deduce, anche con un unico motivo, l’intervenuta estinzione del reato per prescrizione maturata prima della sentenza impugnata ed erroneamente non dichiarata dal giudice di merito, integrando tale doglianza un motivo consentito ai sensi dell’art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen.».

prescrizione intervenuta dopo la sentenza d'appello<sup>2</sup>. Senonché, l'immediato approdo a tale epilogo era ostacolato, nel caso di specie, dalla peculiarità di essere al cospetto di un'impugnazione cumulativa che risultava ammissibile in ordine ad un diverso capo della sentenza oggettivamente complessa.

Si trattava, in definitiva, di stabilire se la richiamata conclusione giurisprudenziale sull'(in)operatività della declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* dovesse essere rimodulata, nel caso di ricorso cumulativo parzialmente ammissibile, in ragione della eventuale "contaminazione positiva"<sup>3</sup> tra le regiudicande sotto il profilo della valida instaurazione del rapporto processuale di impugnazione.

Preso atto dell'esistenza di un contrasto interpretativo sul punto<sup>4</sup>, la Sesta Sezione rimetteva, pertanto, alle Sezioni Unite la questione concernente la possibilità o meno, in presenza di un ricorso cumulativo per diversi e autonomi capi di imputazione, di dichiarare la prescrizione – maturata dopo la sentenza di secondo grado – del reato il cui capo è stato impugnato con motivi inammissibili, nel caso di accoglimento del motivo afferente ad un altro capo della sentenza oggettivamente complessa<sup>5</sup>.

Nell'accogliere la soluzione negativa<sup>6</sup>, patrocinata dall'orientamento prevalente, le Sezioni Unite condividono e sviluppano gli elementi tradizionalmente richiamati a sostegno della tesi della formazione frazionata del giudicato nel caso di impugnazione parziale impropria<sup>7</sup>, sul presupposto che «sul piano degli effetti processuali la mancata impugnazione equivale all'impugnazione originariamente invalida»<sup>8</sup>.

Coerente e consequenziale rispetto alla ricostruzione giurisprudenziale dell'istituto del giudicato parziale, la conclusione adottata nella sentenza in esame condivide con essa i numerosi profili di criticità da tempo evidenziati in dottrina; alle perplessità in questione si aggiungono inoltre ulteriori riserve, tra le quali, in particolare, quella suscitata dall'incondizionata adesione all'assunto della prevalenza della declaratoria d'inammissibilità (anche per manifesta infondatezza dei motivi) sulla pronuncia *ex art. 129 c.p.p.*

#### L'ITER ARGOMENTATIVO DELLE SEZIONI UNITE: L'AUTONOMIA DEI CAPI DELLA SENTENZA OGGETTIVAMENTE COMPLESSA AI FINI DELL'IMPUGNAZIONE E DEL GIUDICATO

La soluzione della questione sottoposta alle Sezioni Unite è fortemente condizionata dalla ricostruzione sistematica dei rapporti tra i diversi capi della sentenza cumulativa, dovendosi stabilire se essi, ancorché contenuti in una decisione documentalmente unica, siano autonomi e scindibili ai fini dell'instaurazione del rapporto di impugnazione e della formazione del giudicato ovvero se la loro trattazione congiunta generi legami destinati a ripercuotersi sulla successiva evoluzione della vicenda processuale.

La tesi dell'autonomia e scindibilità delle regiudicande costituisce il fulcro argomentativo dell'elaborazione giurisprudenziale sul tema della formazione progressiva del giudicato nel caso di impugnazione della sentenza oggettivamente complessa.

<sup>2</sup>V., *ex multis*, Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, cit.; Cass., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33542, in *CED Cass.*, n. 219531; Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, in *CED Cass.*, n. 217266.

<sup>3</sup>Per tale espressione v. Cass., sez. VI, 29 maggio 2014, n. 33030, in *CED Cass.*, n. 259860.

<sup>4</sup>Nel senso che l'autonomia della statuizione di inammissibilità del ricorso per cassazione in relazione ad un capo di imputazione impedisca la declaratoria di estinzione per prescrizione del reato con esso contestato, pur in presenza di motivi ammissibili con riferimento agli altri addebiti, v. Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 15599, in *CED Cass.*, n. 263119; Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, n. 51744, in *CED Cass.*, n. 261576; Cass., sez. VI, 29 maggio 2014, n. 33030, cit.; Cass., sez. VI, 2 ottobre 2013, n. 50334, in *CED Cass.*, n. 257846; Cass., sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 6924, in *CED Cass.*, n. 256556. In senso contrario si erano espresse solo Cass., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 16375, in *CED Cass.*, n. 262763 e Cass., sez. II, 5 luglio 2013, n. 31034, in *CED Cass.*, n. 256557, stando alle quali «la Corte di Cassazione deve rilevare la prescrizione del reato maturata dopo la pronuncia della sentenza impugnata, anche nel caso in cui la manifesta infondatezza del ricorso risulti esclusa con riferimento ad altro reato».

<sup>5</sup>Cass., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 7730, in *Dir. e giustizia*, 26 febbraio 2016, con nota di P. Grillo, *Prescrizione anche se il ricorso per cassazione è inammissibile? Lo diranno le Sezioni Unite*; a commento di tale ordinanza v. anche A. Marandola, *Sentenza cumulativa e prescrizione maturata dopo l'appello per i capi d'imputazione non impugnati in Cassazione*, in *www.ilpenalista.it*, 4 aprile 2016.

<sup>6</sup>Di conseguenza, le Sezioni Unite definiscono il caso di specie con tali esiti: annullamento della sentenza senza rinvio limitatamente al reato di cui al capo B per essersi lo stesso estinto per prescrizione prima della sentenza di appello; declaratoria di inammissibilità del ricorso relativamente al reato di cui al capo A.

<sup>7</sup>Con l'espressione "impugnazione parziale impropria" si allude all'impugnazione concernente solo alcuni capi della sentenza, mentre si parla di "impugnazione parziale propria" per indicare l'impugnazione avente ad oggetto solo alcuni punti del medesimo capo: su tale distinzione v. G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, p. 39, nota 28.

<sup>8</sup>Cass., sez. VI, 12 febbraio 2016, n. 7730, cit.

Sebbene la possibilità di una formazione frazionata della *res iudicata* (il c.d. giudicato parziale o progressivo<sup>9</sup>) sia espressamente contemplata solo in relazione all'annullamento parziale con rinvio pronunciato dalla Corte di Cassazione – ai sensi dell'art. 624, comma 1, c.p.p. quando l'annullamento non concerne tutte le disposizioni della sentenza «questa ha *autorità di cosa giudicata* nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata» –, un consolidato orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi già durante la vigenza del codice del 1930, ritiene che l'irrevocabilità asincronica possa altresì verificarsi nella diversa ipotesi dell'impugnazione parziale della sentenza<sup>10</sup>. A questo proposito, si era anche registrato un indirizzo pretorio che, pretendendo di estendere alla situazione *de qua* l'esegesi giurisprudenziale sul concetto di “parti della sentenza” di cui all'art. 624 c.p.p.<sup>11</sup>, aveva ritenuto che, nell'ipotesi di impugnazione di una sentenza solo *quoad poenam*, fosse inibita al giudice *ad quem* l'applicazione dell'art. 129 c.p.p., stante l'avvenuta formazione del giudicato progressivo sul punto non impugnato concernente la responsabilità dell'imputato<sup>12</sup>. Conclusione, questa, sconfessata da una nota pronuncia delle Sezioni

<sup>9</sup>Sul fenomeno del giudicato “parziale” o “progressivo” v., specialmente, D. Arrigo, *Il giudicato “parziale” e le cause estintive del reato*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 607; F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Torino, 2011, p. 49; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, p. 27; E. Jannelli, *La definizione costituzionale del giudicato penale: conseguenze sull'ammissibilità del c.d. giudicato parziale ovvero progressivo*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 129; L. Iafisco, *Ennesimo intervento della Corte di cassazione in tema di formazione progressiva del giudicato penale: acquisibili ex art. 238 bis anche le sentenze parzialmente irrevocabili*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 543; B. Lavarini, *La formazione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1177; Ead., *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004, p. 40; S. Lorusso, *Declaratoria ex art. 129 c.p.p., preclusione processuale e giudicato progressivo*, in *Urb. Appalti*, 1998, p. 680; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 285; R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, p. 18; M. Pierdonati, *Formazione “progressiva” del giudicato penale e preclusioni nel giudizio di rinvio*, in L. Marafioti e R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, p. 89; S. Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 64; R. Vanni, *Giudicato progressivo e limiti all'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 1998, II, p. 781.

<sup>10</sup>V., tra le tante, Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, n. 10251, in *Guida dir.*, 2007, 19, p. 79; Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2972.

<sup>11</sup>Il generico riferimento alle “parti della sentenza” è stato foriero di contrastanti orientamenti interpretativi in dottrina ed in giurisprudenza a proposito dell'individuazione dei casi in cui si forma il giudicato parziale. Una prima impostazione, di matrice essenzialmente dottrinale, ritiene che l'espressione debba essere riferita unicamente ai capi della decisione, con la conseguenza che, nel caso di annullamento di singoli punti della decisione, il giudice di rinvio ha il potere-dovere di applicare l'art. 129 c.p.p. (v., per tutti, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 7ª ed., 2003, p. 1163; F.R. Dinacci, *Gli ambiti decisori del giudizio di rinvio*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, p. 721; Id., *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, p. 41). Diversamente, secondo l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza (Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, cit.; Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 4904, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2684; Cass., sez. un., 9 ottobre 1996, n. 20, *ivi*, p. 691; Cass., sez. un., 19 gennaio 1994, n. 4460, *ivi*, 1994, p. 2028; Cass., sez. un., 11 maggio 1993, n. 6019, *ivi*, 1993, p. 2499; Cass., sez. un., 23 novembre 1990, n. 373, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 110) alla locuzione “parti della sentenza” dovrebbe attribuirsi il significato di statuizioni della decisione che hanno «autonomia giuridico-concettuale»; caratteristica, questa, da riconoscersi non solo alle decisioni che concludono il giudizio in relazione a un determinato capo di imputazione, ma anche in riferimento ai punti della sentenza. Corollario di tale impostazione è che nel caso di annullamento con rinvio da parte della Cassazione di punti diversi dall'accertamento del fatto e della penale responsabilità, la formazione del giudicato sulla condanna impedisce nel giudizio di rinvio la declaratoria delle cause di non punibilità, tanto se sopravvenute, quanto se preesistenti, alla pronuncia del giudice di legittimità. Peraltro, la stessa giurisprudenza – analogamente a quanto si è statuito in tema di inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria di non punibilità – riconosce che, anche quando l'annullamento non abbia attinto i punti della decisione riguardanti i presupposti della condanna, il giudice di rinvio possa pronunciare il proscioglimento ex art. 129 c.p.p. nei casi di sopravvenuta *abolitio criminis* (Cass., sez. VI, 19 ottobre 2010, n. 41683, in *CED Cass.*, n. 248720), di remissione di querela (Cass., sez. I, 7 ottobre 2008, n. 42994, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4296), nonché nell'ipotesi di morte dell'imputato (Cass., sez. III, 25 gennaio 2000, n. 6607, in *CED Cass.*, n. 216964; Cass., sez. IV, 29 gennaio 1998, n. 2290, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1852). In relazione all'ulteriore profilo dell'esecutività delle parti della sentenza divenute irrevocabili, la giurisprudenza distingue a seconda che si tratti di capi o punti: nel caso di annullamento parziale improprio la sentenza deve essere posta in esecuzione (Cass., sez. un., 9 ottobre 1996, n. 20, cit.; secondo l'orientamento prevalente ciò vale anche quando l'annullamento riguardi profili concernenti l'applicazione della continuazione tra più reati e la sentenza contenga già l'indicazione della pena minima da eseguire: v. Cass., sez. I, 19 giugno 2013, n. 32477, in *CED Cass.*, n. 257003; Cass., sez. I, 21 febbraio 2013, n. 15949, in *CED Cass.*, n. 256255); nel caso di annullamento parziale proprio, invece, la sentenza non è eseguibile fino alla completa definizione del giudizio sui punti annullati (cfr., sia pur con argomentazioni non del tutto coincidenti, Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 4904, cit.; Cass., sez. un., 19 gennaio 1994, n. 4460, cit.; Cass., sez. un., 23 novembre 1990, n. 373, cit.).

Per una recente analisi critica della ricostruzione giurisprudenziale sul tema v. A. Didì, *La vexata quaestio relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza: le Sezioni Unite fanno buona guardia*, in questa *Rivista*, 2015, n. 3, p. 127.

<sup>12</sup>Cass., sez. IV, 5 febbraio 1999, n. 8310, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 523; Cass., sez. VI, 21 ottobre 1998, n. 13416, in *Cass. pen.*, 2000, p. 941; Cass., sez. I, 11 luglio, 1997, n. 8609, in *CED Cass.*, n. 208583.

Unite<sup>13</sup> che, nell'escludere la possibilità di trasporre la disciplina dell'annullamento parziale ad una fattispecie ontologicamente eterogenea, aveva precisato che, nel caso di impugnazione parziale, il giudicato parziale può formarsi non con riguardo ai "punti" della decisione, ma solo in relazione ai "capi" della sentenza cumulativa. Veniva pertanto confermato che i capi della sentenza complessa, essendo «autonomi ad ogni effetto giuridico e, perciò, anche ai fini dell'impugnazione, stante il principio della pluralità delle azioni penali, tante per quanti sono gli imputati e, per ciascun imputato, tante quante sono le imputazioni», passano in giudicato se non risultano investiti da impugnazione, con l'ulteriore conseguenza dell'inapplicabilità delle cause estintive qualora esse «attengano ad un capo della sentenza passato in giudicato perché non toccato, nella sua interezza, dalle censure formulate con i motivi di gravame»<sup>14</sup>.

Tali statuizioni vengono riprese e condivise nella sentenza in esame che ne incrementa l'apparato argomentativo sulla scorta delle indicazioni della giurisprudenza successiva.

Più in particolare, ravvisata la principale base normativa dell'autonomia dei capi della sentenza impugnata nell'art. 581, comma 1, lett. a), c.p.p. – ai sensi del quale, nell'atto di impugnazione devono essere specificamente enunciati, a pena di inammissibilità, "i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione" –, ulteriori conferme al principio in esame vengono desunte da quelle norme processuali che, nel caso di indagini preliminari "cumulative" e nei giudizi di merito e di legittimità plurimi sotto il profilo oggettivo, fanno comunque riferimento, rispettivamente, a singoli fatti-reato (artt. 335 e 405 c.p.p.), e a singole imputazioni (artt. 17, 18, 610, 533 e 624 c.p.p.).

Dalla constatazione che a ciascuna imputazione corrisponde una distinta situazione processuale si fa derivare che l'impugnazione oggettivamente plurima, anche se contenuta in un documento formalmente unico, «deve considerarsi concettualmente distinta ed autonoma per quanto riguarda i singoli reati, cioè i vari capi della sentenza. Con la conseguenza che l'ammissibilità o inammissibilità della stessa deve essere valutata in relazione ai singoli capi cui si riferisce»<sup>15</sup>, a prescindere dalla sorte processuale delle altre impugnazioni sulla medesima sentenza. Nel condividere il rilievo stando al quale non sussisterebbe alcuna ragione sistematica che giustifichi la "contaminazione positiva" tra regiudicande autonome<sup>16</sup>, le Sezioni Unite escludono che «l'ammissibilità dell'impugnazione per uno dei reati possa determinare l'instaurazione di un valido rapporto processuale anche per i reati in relazione ai quali l'impugnazione sia inammissibile e preclude per detti reati, in relazione ai quali si è formato il giudicato parziale, la possibilità di rilevare la prescrizione maturata dopo la sentenza di appello».

In definitiva, mediante tale soluzione viene fornito un ulteriore tassello alla tesi della formazione progressiva del giudicato nel caso di impugnazione della sentenza oggettivamente complessa: il giudicato parziale si verificherebbe, oltre che nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia stata esperita solo nei confronti di alcuni capi della stessa decisione, anche là dove, a fronte di un ricorso cumulativo, l'impugnazione risulti ammissibile solo con riferimento ad alcune regiudicande.

Al contempo, la pronuncia in esame, nell'escludere la possibilità di dichiarare l'estinzione per prescrizione, intervenuta dopo la sentenza di appello, del reato in relazione al quale sono stati presentati motivi manifestamente infondati, conferma e corrobora il consolidato approdo della giurisprudenza in ordine al rapporto tra la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* e quella di inammissibilità.

Prevedibile sviluppo delle acquisizioni giurisprudenziali che ne costituiscono la premessa e l'*humus* argomentativo, la conclusione delle Sezioni Unite replica e amplifica le criticità dei relativi risultati esecutivi. All'analisi di tali profili sono dedicate le considerazioni che seguono.

#### LE PERPLESSITÀ SULLA CONFIGURABILITÀ DEL GIUDICATO PARZIALE IN RELAZIONE AI CAPI DELLA SENTENZA OGGETTIVAMENTE CUMULATIVA NON IMPUGNATI O IMPUGNATI INVALIDAMENTE

Per quanto sia consolidata nell'elaborazione giurisprudenziale, la tesi della formazione del giudicato parziale nel caso di impugnazione della sentenza oggettivamente complessa si espone a obiezioni tutt'altro che infondate.

<sup>13</sup> Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, cit.

<sup>14</sup> Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, cit. Le medesime conclusioni sono state ribadite da Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, n. 10251, cit. Nello stesso senso v., in dottrina, E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., p. 296.

<sup>15</sup> Così Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, n. 51744, cit.; negli stessi termini Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 15599, cit.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 29 maggio 2014, n. 33030, cit.

Premesso che il prodursi del giudicato «è fenomeno troppo importante perché lo si possa ravvisare di fronte al più assoluto silenzio legislativo»<sup>17</sup>, un primo dato inconfutabile è costituito proprio dall'assenza di esplicite previsioni che contemplino la formazione della *res iudicata* sul capo non impugnato. L'immutabilità delle parti della sentenza non impugnate non è prevista, infatti, né dalle norme che regolano l'effetto devolutivo delle singole impugnazioni (artt. 597 e 609 c.p.p.), né dall'art. 648 c.p.p., che, nel disciplinare l'irrevocabilità – tanto conseguente all'intempestiva presentazione dell'impugnazione, quanto sviluppatasi a seguito della proposizione dell'impugnazione –, si riferisce «alla sentenza nel suo complesso, anziché ai singoli capi o punti della medesima»<sup>18</sup>.

Priva di un espresso referente normativo, la configurabilità del giudicato progressivo sui capi non impugnati non si giustifica pienamente neanche a livello sistematico. Sebbene sia indubitabile che ogni capo di una medesima sentenza possa astrattamente costituire da solo il contenuto di una pronuncia, non può essere considerata irrilevante e scevra da implicazioni, ai fini della successiva sorte delle reg giudicande, la circostanza che le diverse imputazioni siano state definite nell'ambito dello stesso processo. Ed invero, la trattazione congiunta di più reati, lungi dal costituire un dato meramente casuale/occasionale, dipende evidentemente da precisi nessi sostanziali e processuali, che sono idonei a condizionare il seguito della vicenda processuale. Per un verso, sono gli stessi presupposti del processo oggettivamente cumulativo ad evidenziare il legame che avvince le diverse imputazioni, le quali possono essere accertate nell'ambito dello stesso contesto processuale solo in quanto risultino connesse o probatoriamente collegate<sup>19</sup>; per altro verso, l'accertamento unitario genera ulteriori interconnessioni a livello processuale, rendendo necessariamente comuni alle diverse reg giudicande eventuali violazioni della legge processuale che coinvolgano il processo e la sentenza nel loro complesso.

Tali nessi sono suscettibili di emergere o comunque di proiettarsi anche durante il giudizio di impugnazione validamente instaurato solo nei confronti di alcuni capi della sentenza complessa. Si consideri, ad esempio, l'eventualità in cui l'assoluzione per il reato oggetto dell'unico capo impugnato risulti inconciliabile con la condanna del medesimo imputato per l'altro reato, o ancora l'ipotesi in cui il giudice *ad quem* rilevi la sussistenza di una nullità assoluta che invalidi l'intero processo: in tali casi negare, in ragione delle asserite autonomia e scindibilità delle reg giudicande<sup>20</sup>, che i poteri di cognizione e decisione del giudice dell'impugnazione possano coinvolgere i capi non impugnati significa esporre il sistema a gravi incongruenze e/o al rischio di giudicati contraddittori (idonei, questi ultimi, a fondare la richiesta di revisione *ex art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p.*).

Proprio alla luce di tali rilievi, una consistente parte della dottrina ha respinto la conclusione giurisprudenziale dell'irrevocabilità *tout court* dei capi non impugnati, elaborando impostazioni esegetiche alternative, basate sul raffronto con disposizioni che regolano situazioni limitrofe a quella in esame.

In quest'ottica, un primo orientamento, ritenendo applicabile analogicamente all'ipotesi *de qua* la disciplina dell'effetto estensivo dettata dall'art. 587 c.p.p. in relazione alle sentenze soggettivamente complesse<sup>21</sup>, sostiene che il capo non impugnato non passi in giudicato e possa essere travolto da una deci-

<sup>17</sup> G. Conso, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 159. Occorre sottolineare, peraltro, che l'A. riferiva tali rilievi esclusivamente all'impugnazione parziale avente ad oggetto singoli punti, mentre non escludeva la formazione del giudicato rispetto ai capi.

<sup>18</sup> F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale*, cit., p. 52. Nello stesso senso, A.M. Capitta, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 2010, p. 171; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, pp. 324 e 330.

<sup>19</sup> Le ipotesi in presenza delle quali può aver luogo la riunione di processi, *ex art. 17 c.p.p.*, sono, infatti, quelle di cui agli artt. 12, comma 1, lett. b) e c), e 371, comma 2, lett. b), c.p.p.

<sup>20</sup> Sull'incostanza giurisprudenziale a proposito dell'operatività, ad ogni effetto giuridico, del principio di autonomia e scindibilità dei capi v. F. Centorame, *Ricorso cumulativo parzialmente inammissibile e prescrizione del reato: per le Sezioni Unite prevale l'autonomia dei singoli capi impugnati*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 marzo 2017, la quale giustamente evidenzia la presenza di orientamenti pretori che, nell'escludere la possibilità di accogliere istanze di patteggiamento "parziale" o di messa alla prova per alcuni soltanto dei reati contestati all'imputato, premettono il principio di autonomia delle imputazioni «in favore dell'antitetico recupero di una visione unitaria ed inscindibile dei rapporti processuali inerenti ai singoli addebiti».

<sup>21</sup> L'art. 587 c.p.p. disciplina l'effetto estensivo dell'impugnazione e della sentenza nei confronti degli imputati non impugnati (o la cui impugnazione sia dichiarata inammissibile), i quali possono giovare dell'impugnazione proposta da un altro imputato, purché la medesima si fondi su motivi non esclusivamente personali (comma 1) e, nell'ipotesi di riunione di procedimenti per reati diversi (comma 2), anche a condizione che riguardino la violazione della legge processuale (nei commi 3 e 4 sono regolamentate le fattispecie estensive che concernono l'imputato e le parti eventuali ad esso accostate, ossia il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria). Quanto al rapporto tra tale istituto e la *res iudicata*, occorre considerare che, sebbene la dottrina maggioritaria (v. F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 55; B. Lavarini, *La formazio-*

sione concernente il capo impugnato che sia idonea a giovare all'imputato<sup>22</sup>; tale idoneità sussisterebbe in presenza di una nullità che determini l'invalidità dell'intero processo<sup>23</sup>, ovvero anche – se non si prende come parametro solo il comma 2 dell'art. 587 c.p.p. – al cospetto di legami “sostanziali” tra i diversi capi<sup>24</sup>.

Ad esiti in parte simili giungono coloro che escludono la formazione del giudicato sui capi non impugnati, qualora essi risultino “inscindibilmente connessi” con i capi impugnati, ossia «legati così intimamente da rendere logicamente e giuridicamente impossibile una loro valutazione autonoma»<sup>25</sup>. Viene esteso in tal modo all'impugnazione parziale impropria il limite posto – a proposito annullamento parziale con rinvio pronunciato dalla Cassazione – dall'art. 624, comma 1, c.p.p., ai sensi del quale la sentenza «ha autorità di cosa giudicata nelle parti che *non hanno connessione essenziale* con la parte annullata». Tale ricostruzione, di fatto, dilata notevolmente i margini di intervento del giudice dell'impugnazione, dal momento che, in ragione dei presupposti sui quali si fonda la riunione dei processi, la sussistenza della connessione essenziale potrebbe essere sostenuta piuttosto agevolmente nella maggior parte dei casi di impugnazioni parziali improprie<sup>26</sup>.

Il raffronto con l'art. 624 c.p.p. è valorizzato anche da un'altra condivisibile impostazione, che trae dalla formulazione di tale norma un significativo elemento per approdare alla più radicale conclusione dell'esclusione, in ogni caso, del verificarsi della *res iudicata* sui capi non impugnati: l'art. 624, comma 1, c.p.p. pone non solo il limite alla formazione del giudicato progressivo in presenza di una connessione essenziale tra le diverse parti della sentenza, ma anche e anzitutto la regola per cui prima della sentenza di annullamento parziale della Cassazione il giudicato sul singolo capo, in pendenza del procedimento di impugnazione su un altro capo, non è configurabile<sup>27</sup>.

Unica disposizione del codice di rito in cui è contemplata *expressis verbis* l'eventualità di una produ-

---

*ne del giudicato*, cit., p. 1180; I. Pileri, *Natura ed implicazioni in executivis dell'effetto estensivo dell'impugnazione*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 607; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 326; C. Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, p. 267) configuri l'effetto estensivo di cui all'art. 587 c.p.p. quale condizione sospensiva della formazione del giudicato, la giurisprudenza appare del tutto compatta nel sostenere che l'estensione *in utilibus* della sentenza, lungi dall'impedire l'irrevocabilità della decisione nei confronti del non impugnato, operi come rimedio straordinario capace di risolvere il giudicato formatosi sul capo relativo al coimputato rimasto inerte o la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile: v., per tutte, Cass., sez. un., 24 marzo 1995, n. 9, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2497. Sul tema, volendo, R. Fonti, *L'effetto estensivo dell'impugnazione*, Padova, 2013, p. 105 ss.

<sup>22</sup> Cfr. F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 58; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 332. In senso contrario v. Cass., sez. I, 24 marzo 2005, n. 15288, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p. 219, che, nel rilevare come l'art. 587 c.p.p. sia dettato «dall'esigenza di evitare disarmonie di trattamento tra soggetti in identica posizione», ha ritenuto che tale disposizione non sia «invocabile al fine di estendere al medesimo imputato gli effetti favorevoli dell'impugnazione da lui stesso proposta avverso una sentenza per un fatto diverso, ancorché connesso a quello oggetto di una precedente sentenza»; perplessità in ordine alla presenza della identità di *ratio*, necessaria ai fini dell'operazione analogica, sono espresse anche da A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 176, nota 39.

<sup>23</sup> In tal senso L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 332. L'A., sul rilievo che l'ipotesi dell'impugnazione parziale impropria della sentenza oggettivamente cumulativa si avvicini sensibilmente a quella dell'impugnazione proposta solo da alcuni imputati di un processo soggettivamente cumulativo avente ad oggetto reati diversi, ritiene che alla prima situazione possa essere applicata la disciplina dettata per la seconda dall'art. 587, comma 2, c.p.p., ai sensi del quale «nel caso di riunione di procedimenti per reati diversi, l'impugnazione proposta da un imputato giova a tutti gli altri imputati soltanto se i motivi riguardano violazioni della legge processuale e non sono esclusivamente personali»; solo in presenza di tali presupposti e nei limiti degli stessi potrebbe trovare applicazione l'art. 129 c.p.p. anche in relazione al capo non impugnato.

<sup>24</sup> Così F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 58, secondo cui, pertanto, se l'imputato, condannato per due reati commessi in concorso formale tra di loro, impugna la sentenza solo rispetto ad un capo e viene proscioltto in appello per difetto di imputabilità, il proscioglimento dovrà estendersi anche al reato oggetto del capo non impugnato.

<sup>25</sup> Cfr. G. Tranchina, *L'esecuzione*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004, p. 575. Cfr., altresì, M. Busetto, *Annullamento parziale e declaratoria della prescrizione nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2483. In senso critico rispetto a tale ricostruzione v. E.M. Mancuso, *Il giudicato*, cit., p. 300.

<sup>26</sup> Cfr. L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 334. In proposito, v. anche B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., p. 56, la quale rileva, peraltro, che la connessione essenziale non potrebbe essere accertata già al momento della proposizione dell'impugnazione, contesto in cui, inoltre, vi sarebbe incertezza sul soggetto al quale affidare detta operazione (che, di fatto, finirebbe per essere svolta dal cancelliere del giudice *a quo*, a cui gli artt. 27 e 28 reg. esec. c.p.p. assegnano il compito di attestare, agli effetti esecutivi, che la sentenza è divenuta irrevocabile).

<sup>27</sup> Così B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., pp. 56-57. In questo senso v., già con riferimento alla normativa del codice di rito del 1930, G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, II, *I singoli mezzi di impugnazione*, Milano, 1965, p. 548.

zione parcellizzata del giudicato, l'art. 624 c.p.p. conferma, in definitiva, la regola generale della formazione sincronica e unitaria del giudicato evincibile dalla formulazione dell'art. 648 c.p.p.: la lettura sinergica degli artt. 624 e 648 c.p.p. induce a ritenere che la prima disposizione introduca un'esplicita deroga alle previsioni della seconda, in ragione delle peculiari caratteristiche delle sentenze pronunciate dalla Cassazione – geneticamente irrevocabili – e dei consequenziali limiti del giudizio di rinvio nel quale non possono essere scalfite le parti della sentenza non annullate, quando esse non siano connesse in modo essenziale con quelle annullate. A tali limiti (totalmente) preclusivi non possono essere assimilati quelli che si pongono per il giudice *ad quem* al cospetto di un'impugnazione parziale: i primi, essendo diretta conseguenza dell'irrevocabilità *in parte qua* della pronuncia della Corte di Cassazione, sterilizzano i margini di intervento sulle parti della sentenza sottratte all'oggetto del giudizio di rinvio<sup>28</sup>, mentre i secondi, derivanti dall'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione, determinano una mera preclusione processuale<sup>29</sup> che non impedisce al giudice di trattare e decidere questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Tali rilievi sono stati espressamente condivisi dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite<sup>30</sup>, che, tuttavia, li ha circoscritti esclusivamente al caso dell'impugnazione parziale propria, ossia quella avente ad oggetto solo alcuni punti del medesimo capo. Un'analoga conclusione dovrebbe essere ribadita anche con riferimento all'impugnazione concernente singoli capi della sentenza: in presenza di una devoluzione parziale – tanto sui punti, quanto sui capi – non si verifica il giudicato, ma solo una preclusione che, pur impedendo, di regola, al giudice *ad quem* la riforma delle parti non investite dai motivi di impugnazione, non ostacola la pronuncia di declaratorie adottabili *ex officio*<sup>31</sup>.

In ragione dei richiamati dati sistematici, sembra potersi condividere la conclusione secondo cui l'impugnazione parziale impropria non determina il giudicato sui capi non impugnati, rispetto ai quali il giudice dell'impugnazione potrà pronunciarsi «ove questi, alla luce dei motivi della decisione, risultino essenzialmente connessi con i capi impugnati ovvero quando egli rilevi una causa di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* o debba dichiarare una nullità assoluta o un altro vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento»<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Peraltro, come si è già avuto modo di ricordare (v. *retro* nota 11), in presenza di alcune peculiari cause di non punibilità, la stessa giurisprudenza riconosce che il giudice del rinvio possa emettere la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.*, pur se l'annullamento non abbia riguardato i punti della decisione concernenti i presupposti della condanna.

<sup>29</sup> Sul tema della preclusione, in ambito processual-penalistico, v., tra i contributi più recenti, AA.VV., in L. Marafioti e R. Del Coco (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit.; G. Canzio-E. Marzaduri-G. Silvestri, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 241; C. Conti, *Preclusione*, in *Dig. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, p. 408; Ead., *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, *passim*; R. Del Coco, *La preclusione*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, p. 361; F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190; R. Orlandi, *Principio di preclusione e processo penale*, in questa *Rivista*, 2011, 5, p. 1; G. Silvestri, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 555.

<sup>30</sup> V. Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, cit., secondo cui la regolamentazione dell'art. 624 c.p.p. «è legata indissolubilmente alle peculiari connotazioni delle sentenze della Corte di cassazione ed alla intrinseca irrevocabilità connaturata alle statuizioni dell'organo posto al vertice del sistema giurisdizionale», nonché Cass., sez. un., 23 novembre 1990, n. 373, cit., la quale precisa anche che «gli effetti preclusivi che impediscono al giudice di rinvio di estendere la sua indagine oltre i limiti oggettivi del giudizio a lui affidato non sono in alcun modo assimilabili a quelli che conseguono alla delimitazione del contenuto dei motivi di impugnazione».

<sup>31</sup> In questo senso v. A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 175. L'A. sottolinea che, con riferimento al giudizio di cassazione, l'esclusione della presunta formazione del giudicato parziale sui capi non impugnati si fonda, oltre che sull'art. 129 c.p.p., anche sul disposto dell'art. 609, comma 2, c.p.p. (*ibidem*, p. 179).

<sup>32</sup> In questi termini B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., p. 57. Analogamente A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 175. Si è obiettato a tale ricostruzione che essa potrebbe condurre anche ad un peggioramento della situazione dell'imputato: qualora nel giudizio di impugnazione venisse accertata una nullità assoluta, tale rilevazione finirebbe per travolgere anche l'assoluzione per il reato oggetto del capo non impugnato (v. L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., pp. 335-336, la quale sostiene che l'inconveniente in questione possa essere scongiurato solo ritenendo che il capo non impugnato sia riformabile ai sensi e nei limiti dell'art. 587, comma 2, c.p.p.). Una simile eventualità potrebbe prospettarsi, tuttavia, solo in ipotesi estremamente residuali, posto che, per un verso, nel caso di impugnazione del solo imputato un epilogo finale peggiorativo sarebbe impedito dal divieto di *reformatio in peius*, e, per altro verso, la maggior parte delle nullità assolute si ricollegano alla violazione di norme poste a tutela del diritto di difesa, con la conseguenza che esse (secondo la convincente interpretazione di F. Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, pp. 730-731) non potrebbero essere rilevate quando l'imputato abbia conseguito il miglior risultato difensivo possibile, ossia l'assoluzione nel merito (B. Lavarini, *L'esecutività*, cit., p. 58, nota 52; v. anche A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 176, nota 39).

Le considerazioni appena svolte sono destinate a valere ovviamente anche in ordine alla fattispecie oggetto della pronuncia in esame. Se si esclude il passaggio in giudicato dei capi non impugnati, analogamente non può che respingersi la possibilità che si determini l'irrevocabilità su quelli impugnati invalidamente con ricorso ammissibile in relazione alle altre regiudicande: rispetto ad entrambe le situazioni – impugnazione parziale impropria e impugnazione cumulativa parzialmente inammissibile – la pendenza di un valido rapporto di impugnazione su alcuni capi della sentenza dovrebbe escludere la formazione della *res iudicata* anche sui capi non devoluti o devoluti con motivi inammissibili, con il successivo corollario dell'operatività dell'art. 129 c.p.p.<sup>33</sup>.

#### LE RISERVE CIRCA LA PREVALENZA DELLA DECLARATORIA DI INAMMISSIBILITÀ SULL'IMMEDIATA DECLARATORIA DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ

Anche e a prescindere dalle riflessioni appena esposte, la conclusione delle Sezioni Unite presta comunque il fianco a rilievi critici.

La presunta parcellizzazione e autonomia della verifica sull'ammissibilità delle distinte impugnazioni che, secondo la ricostruzione del Supremo Consesso, scaturirebbero dal ricorso cumulativo potrebbe essere sostenuta evidentemente solo in ordine ad alcune cause di inammissibilità. È del tutto ovvio che il vaglio di ammissibilità non potrebbe essere scisso e/o pervenire ad epiloghi differenti per le varie regiudicande con riferimento a quelle cause di inammissibilità – quali, ad esempio, il mancato rispetto dei termini per impugnare o l'inosservanza delle formalità di formazione (in punto di identificazione del provvedimento impugnato o di sottoscrizione), presentazione o spedizione dell'atto di impugnazione – che, concernendo presupposti necessariamente comuni ai diversi capi decisi con un unico provvedimento e impugnati con lo stesso ricorso, comportano *in re ipsa* una "contaminazione" di accertamento sull'idoneità ad introdurre il valido rapporto processuale di impugnazione.

La valutazione frazionata dell'inammissibilità, pertanto, potrebbe riguardare – come si è verificato nel caso di specie – essenzialmente quelle cause di inammissibilità concernenti la parte motiva delle censure formulate in relazione ai singoli capi. Senonché, rispetto a tali cause, la cui diagnosi si risolve, in tutto o in parte, in una incursione anticipata nel merito (sia pure nell'ambito di una valutazione in rito), si pone in termini particolarmente problematici la controversa tematica dei rapporti tra la declaratoria di inammissibilità e quella di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*<sup>34</sup> e risulta tutt'altro che convincente

<sup>33</sup> Là dove si accogliesse l'impostazione che ritiene di applicare analogicamente l'art. 587 c.p.p., l'operatività dell'art. 129 c.p.p. sarebbe molto più circoscritta, nel senso che, alla luce dei limiti dell'effetto estensivo, le cause di non punibilità potrebbero essere dichiarate solo se comuni ai due capi della sentenza complessa.

<sup>34</sup> Sulla tematica, nella vigenza del codice del 1988, cfr. M. Atzei, *Il problema dei rapporti tra cause di inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità al vaglio delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 481; A. Bargi, *Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 179; G.V. Bocchino, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria delle cause di non punibilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 1101; A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 198; D. Carcano, *Il percorso della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra inammissibilità e prescrizione del reato*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 88; A. Ciavola, *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2988; F. Falato, *Immediata declaratoria e processo penale*, Padova, 2010, p. 329; V. Grevi, *Un "caso clinico" in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 1167; A. Marandola, *Sul rapporto tra l'inammissibilità dell'impugnazione e l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*, in *Cass. pen.*, p. 1995, 3296; Ead., *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1534; Ead., *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, V, G. Spangher (a cura di), *Impugnazioni*, Torino, 2009, p. 244; L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, p. 132; B. Monastero, *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 92; R. Orlandi, *Se la condanna è per un reato prescritto*, in *Dir. e giustizia*, 2005, 30, p. 58; A. Presutti, *Ancora un intervento delle Sezioni unite in tema di inammissibilità della impugnazione e declaratoria ex art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 843; C. Santoriello, *Inammissibilità dell'impugnazione e declaratoria immediata di cause di non punibilità: una giurisprudenza elusiva del giusto processo*, in G. Cerquetti-C. Fiorio (a cura di), *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova, 2002, p. 262; A. Scella, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, p. 134; L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 296; G. Spangher, *Impugnazione inammissibile e applicabilità dell'art. 129 c.p.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 569; E. Turco, *Cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. e inammissibilità dei mezzi di impugnazione ex art. 591 c.p.p. tra garanzia ed efficienza*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1250; Ead., *L'impugnazione inammissibile. Uno studio introduttivo*, Padova, 2012, p. 177; C. Valentini, *I profili generali*, cit., p. 257; A. Verdirame, *Declaratoria immediata di cause di non punibilità e inammissibilità dell'impugnazione*, in *Giust. pen.*, 2004, III, c. 65. In argomento, volendo, v. altresì R. Fonti, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, p. 98 e, più di recente, Ead., *L'inammissibilità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., p. 211.

la (ormai) consolidata conclusione giurisprudenziale alla quale la sentenza in esame mostra di aderire pienamente, confermandola anche in relazione ai singoli capi oggetto di impugnazione.

A proposito di tale *vexata quaestio*<sup>35</sup>, il dibattito, come noto, ruota intorno al seguente interrogativo: si tratta di stabilire se il giudice dell'impugnazione, che ravvisi il contemporaneo ricorrere di una causa d'inammissibilità dell'impugnazione e di una causa di non punibilità, sia tenuto a dichiarare l'inammissibilità o debba, invece, emettere la declaratoria di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Così come le previgenti codificazioni, anche la normativa attuale si caratterizza per la contemporanea presenza di due norme che impongono al giudice delle obbligatorie declaratorie dal contenuto di fatto antitetico, senza stabilire alcun esplicito ordine di priorità tra le rispettive pronunce<sup>36</sup>: in particolare, da un lato, l'art. 591 c.p.p., che delinea l'ordinario svolgimento dell'attività del giudice dell'impugnazione, impegnato nella verifica delle condizioni di ammissibilità dell'atto introduttivo e, quindi, più in generale, del valido esercizio del potere petitorio finalizzato al controllo della decisione impugnata e, dall'altro lato, l'art. 129 c.p.p., ispirato alla tutela del *favor rei*<sup>37</sup>, nella forma del *favor innocentiae*, il quale impone l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità.

Nei primi anni di vigenza del codice del 1988 la giurisprudenza si è approssiata alla questione proponendo la soluzione di tipo intermedio – consolidatasi sotto l'imperio del codice di rito del 1930 – secondo cui la declaratoria immediata delle cause di non punibilità (*illo tempore* disciplinata nell'art. 152) era preclusa solo a fronte di cause di inammissibilità "originarie", ossia di cause che, risultando afferenti alla dichiarazione di impugnazione, impedivano la valida instaurazione del rapporto processuale, e non anche di quelle cause di inammissibilità "sopravvenute", cioè concernenti *lato sensu* i motivi di impugnazione<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> La complessità del tema è, del resto, confermata dalla circostanza che nell'arco di un decennio sono intervenute in proposito ben sette pronunce delle Sezioni Unite: Cass., sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, in *Dir. e giustizia*, 2005, 30, p. 79; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 24246, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 171; Cass., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33542, in *Cass. pen.*, 2002, p. 81; Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.; Cass., sez. un., 30 giugno 1999, n. 30, cit.; Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 11493, in *Cass. pen.*, 1999, p. 843; Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 481. A tali sentenze si è aggiunta, da ultimo, Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, cit.

<sup>36</sup> Il problema della mancanza di espresse previsioni normative sull'ordine di priorità delle pronunce si registra anche con riferimento ad altre declaratorie che devono essere emesse d'ufficio in ogni stato e grado del processo, quali quelle concernenti le nullità assolute, il difetto di giurisdizione e l'incompetenza per materia. A proposito della contestuale sussistenza di una causa estintiva del reato e di una nullità assoluta, le Sezioni unite hanno sancito la prevalenza della declaratoria ex art. 129 c.p.p., a condizione che, nel giudizio di legittimità, l'epilogo estintivo non presupponga specifici accertamenti e valutazioni da parte del giudice di merito: così Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, n. 4, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 820; v. anche Cass., sez. un., 28 novembre 2001, n. 1021, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1308. Da ultimo, Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 28954, in *www.processo penalegiustizia.it*, ha statuito che «nell'ipotesi di nullità della sentenza predibattimentale d'appello, pronunciata in violazione del contraddittorio, con la quale, in riforma della sentenza di condanna di primo grado, è stata dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, la causa estintiva del reato prevale sulla nullità assoluta ed insanabile della sentenza, sempreché non risulti evidente la prova dell'innocenza dell'imputato, dovendo la Corte di cassazione adottare in tal caso la formula di merito di cui all'art. 129, comma 2, c.p.p.».

<sup>37</sup> Su tale concetto v., per tutti, G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, *passim*; Id., *Favor rei*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 10; Gius. Sabatini, *Del «favor rei» come principio generale del diritto*, in *Giust. pen.*, 1955, III, c. 1.

<sup>38</sup> V., *ex multis*, Cass., sez. II, 28 novembre 1980, in *Cass. pen.*, 1982, p. 544; Cass., sez. IV, 19 novembre 1979, *ivi*, 1981, p. 383. La soluzione in questione era stata teorizzata da V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1932, p. 523, secondo cui l'art. 152 c.p.p. 1930 non può trovare applicazione e l'inammissibilità deve essere dichiarata senz'altro ed in via pregiudiziale in presenza delle cause d'inammissibilità «che ne viziano l'origine, cioè la dichiarazione, in quanto questa riguardi un provvedimento inoppugnabile, o non impugnabile col gravame proposto, o sia stata proposta da chi non ne aveva il diritto, od oltre il termine legale»; diversamente l'art. 152 c.p.p. «deve essere applicato anche d'ufficio senza prendere in considerazione la questione riguardante l'ammissibilità della impugnazione» nelle ipotesi in cui «la dichiarazione d'impugnazione risulta validamente proposta, mentre il gravame apparisce inammissibile per una causa sopravvenuta (omessa o irrituale presentazione dei motivi; mancata costituzione in carcere; rinuncia al gravame), essendo tuttora in corso il procedimento per effetto della regolare dichiarazione». Sotto la vigenza del codice del 1913, una soluzione analoga era stata proposta già da E. Florian, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1927, p. 334-335. La conclusione basata sulla distinzione tra cause di inammissibilità originarie e cause di inammissibilità sopravvenute – alla quale in alcuni casi si associava anche quella tra cause di inammissibilità rilevabili dal giudice *a quo* e cause di inammissibilità rilevabili solo dal giudice *ad quem* (v. U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, pp. 452-453; Gius. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 392) – risultava ben congeniale al sistema allora vigente imperniato sulla bipartizione dell'impugnazione nell'atto di impugnazione e nella presentazione dei motivi, nonché sul potere ripartito tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* nella verifica dell'inammissibilità.

Altre (e più rigide) soluzioni fornite dalla dottrina alla questione in esame erano quelle dell'assoluta prevalenza della declaratoria di inammissibilità (v., specialmente, G. Foschini, *Inammissibilità dell'impugnazione ed obbligo di declaratoria di cause di non*

Al fine di rimodulare la richiamata distinzione per adattarla alla nuova disciplina – che, per un verso, opera una fusione in un unico atto della dichiarazione di impugnazione e della presentazione dei motivi e, per altro verso, attribuisce unicamente al giudice *ad quem* il potere di dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione –, la prima pronuncia delle Sezioni Unite<sup>39</sup> sul tema aveva individuato nell'art. 581 c.p.p. la norma cardine per la risoluzione della problematica<sup>40</sup>. Tale disposizione, nell'indicare i requisiti necessari dell'atto di impugnazione, avrebbe configurato la nuova categoria delle cause di inammissibilità "originarie", ossia quelle che avrebbero impedito la declaratoria di non punibilità. Viceversa, si sarebbero dovute considerare cause di inammissibilità "sopravvenute" (e come tali non ostative al proscioglimento immediato) non solo la rinuncia all'impugnazione, ma anche la manifesta infondatezza dei motivi e l'enunciazione di motivi di ricorso per cassazione non consentiti o concernenti violazioni di legge non dedotte in appello (art. 606, comma 3, c.p.p.); a fronte del carattere particolarmente complesso e – specialmente con riferimento alla manifesta infondatezza – opinabile dell'accertamento di queste cause di inammissibilità, si era ritenuto illogico e pregiudizievole attribuire ad esse un'attitudine preclusiva al proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.

L'impostazione delle prime pronunce delle Sezioni Unite<sup>41</sup> è stata, peraltro, successivamente abbandonata dal Supremo Consesso, anche e soprattutto per soddisfare l'avvertita esigenza di scoraggiare i ricorsi puramente dilatori, le cui porte erano state schiuse dall'iniziale orientamento<sup>42</sup>.

In tale direzione, ad un primo intervento che riconduceva la proposizione di motivi non consentiti o di quelli concernenti violazioni di legge non dedotte in appello alle cause di inammissibilità originarie, facendo salva, tuttavia, la manifesta infondatezza dei motivi, la cui singolarità non consentiva di accomunarla alle altre due figure contemplate nell'art. 606, comma 3, c.p.p.<sup>43</sup>, seguiva il definitivo *revirement* a favore della tesi rigorista, operato mediante l'assimilazione anche della manifesta infondatezza alle altre cause d'inammissibilità, che risolvendosi in una *absolutio ab instantia*, impediscono l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p.<sup>44</sup>.

Questa crescente erosione dell'operatività dell'art. 129 c.p.p., realizzata dalla giurisprudenza di legittimità, è stata condivisa da una parte della dottrina, la quale, al fine di individuare argini all'uso pretestuoso e meramente dilatorio delle impugnazioni<sup>45</sup>, ha avallato l'indirizzo "rigorista"<sup>46</sup>, evocando gli argomenti che, già nella vigenza del codice del 1930, erano stati valorizzati da quanti sostenevano la prevalenza della declaratoria di inammissibilità: la priorità logica di tale pronuncia rispetto a quella di non punibilità (la quale diversamente si attergerebbe, peraltro, ad una sorta di sanatoria impropria rispetto alle cause di inammissibilità), l'effetto preclusivo all'accertamento del merito proprio dell'inam-

---

*punibilità*, in *Arch. pen.*, 1945, II, p. 156, e G. Galli, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 277, sulla scia di G. Delitala, *Le così dette pregiudiziali alla validità dell'impugnazione*, in *Rassegna Penale*, 1929, p. 900 ss.) e, all'opposto, quella dell'assoluta prevalenza della declaratoria *ex art.* 152 c.p.p. 1930 (M. Gallo, *Sulla pregiudizialità della declaratoria delle cause di non punibilità rispetto alla declaratoria della inammissibilità dell'impugnazione*, in *Giur. it.*, 1948, II, c. 113; G. Tranchina, *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 7580).

<sup>39</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, cit.

<sup>40</sup> La scelta del parametro normativo di riferimento è stata giustamente criticata in dottrina (M. Atzei, *Il problema dei rapporti*, cit., c. 488; A. Scella, *Il vaglio d'inammissibilità*, cit., pp. 140-141, nota 94), in quanto non si comprende, a fronte delle stesse argomentazioni svolte dalla Corte, il motivo della differenziazione delle inosservanze dell'art. 581 c.p.p. da tutte le altre previste dagli artt. 585 e 591, comma 1, lett. b), c.p.p. che certamente, nel contemplare l'inammissibilità per vano decorso dei termini e per l'inoppugnabilità del provvedimento, dovevano rientrare nella prospettiva "Manziniana", accolta dalle Sezioni Unite, delle cause d'inammissibilità originarie. Alla luce di tali osservazioni sarebbe stato più opportuno indicare quale referente normativo l'art. 591 c.p.p., così come, del resto, ha fatto la giurisprudenza successiva.

<sup>41</sup> In senso completamente adesivo a Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 21, cit., si pone Cass., sez. un., 24 giugno 1998, n. 11493, cit.

<sup>42</sup> «(...) sarebbe semplicistico ritenere che la nuova conclusione origini dalla adesione ad una impostazione meramente teorica del problema, astratta da una realtà che registra un utilizzo delle impugnazioni e del ricorso per cassazione in particolare, in chiave dilatoria, ben al di là, quindi, della loro naturale funzione di controllo circa la correttezza della decisione adottata»: così A. Presutti, *Ancora un intervento*, cit., p. 849.

<sup>43</sup> Cass., sez. un., 30 giugno 1999, n. 30, cit.

<sup>44</sup> Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit.

<sup>45</sup> Per tutti, cfr. G. Grevi, *Un "caso clinico"*, cit., pp. 1170-1171.

<sup>46</sup> Per l'utilizzo delle espressioni tesi "liberale" e tesi "rigorista" al fine di indicare le opposte impostazioni sviluppatesi a proposito dell'interpretazione dei rapporti tra cause d'inammissibilità e cause di non punibilità v. M. Atzei, *Il problema dei rapporti*, cit., c. 483 ss.

missibilità, nonché l'esclusione del carattere di stato del processo rilevante ai fini dell'art. 129 c.p.p. del vaglio di inammissibilità<sup>47</sup>.

Tale ricostruzione potrebbe apparire difficilmente confutabile: è indubitabile, infatti, che la peculiarità del vaglio di inammissibilità sia quella di configurarsi in termini di esame preventivo rispetto all'analisi del merito, e che il principale effetto-sanzione associato alla riscontrata imperfezione in cui si concretizza il vizio-inammissibilità sia quello di precludere l'accertamento del merito.

Ciò nondimeno, la soluzione proposta dall'indirizzo rigorista stride fortemente con i principi fondamentali sui quali si fonda l'attuale sistema processuale penale: in un ordinamento improntato alla presunzione di non colpevolezza e al diritto di difesa, disconoscere priorità alla declaratoria di proscioglimento ex art. 129 c.p.p. a fronte di una causa di inammissibilità significa accordare un preminente valore al formalismo rispetto alle istanze di giustizia sostanziale e di equità<sup>48</sup>; il tutto a discapito di quella norma, portatrice dei valori appena menzionati, che appare chiamata a manifestare la sua massima esplicazione proprio in situazioni – come quella della contestuale sussistenza di cause di non punibilità e di cause di inammissibilità – in cui l'apertura di «varchi a pronunce *ultra petita*»<sup>49</sup> consente di far prevalere una declaratoria di proscioglimento anche a costo di sacrificare il normale svolgimento dell'*iter* processuale.

Ragioni, queste, che hanno indotto una parte della dottrina ad un ripensamento della questione, specialmente là dove una causa di non punibilità concorra con una causa di inammissibilità implicante una diagnosi di tipo “sostanziale”: in tali ipotesi, poiché l'accertamento dell'inammissibilità, lungi dall'estrinsecarsi in una «constatazione», richiede invece una «valutazione» di idoneità dell'atto ad introdurre il giudizio di impugnazione<sup>50</sup>, l'esclusione dell'operatività dell'art. 129 c.p.p. è parsa ancora più inaccettabile e suscettibile di apprezzamenti eccessivamente arbitrari.

Peraltro, l'astratta priorità del controllo di ammissibilità non si traduce sempre in una netta separazione ed autonomia con l'accertamento del merito: si è giustamente sottolineato come tali accertamenti siano di sovente tra loro sovrapponibili<sup>51</sup>, essendo ben possibile che il giudice si renda conto di una causa d'inammissibilità nel corso della valutazione del merito – come del resto sottintende lo stesso testo dell'art. 591, comma 4, c.p.p.<sup>52</sup> – e viceversa che il giudicante ravvisi la sussistenza di una causa di non punibilità durante il vaglio di inammissibilità. Eventualità, queste, tutt'altro che irrilevanti o infrequenti solo a considerare «la possibile evidenza di talune cause di non punibilità o di non procedibilità da un lato, raffrontata, dall'altro, alla complessità ed alla discrezionalità di valutazione di talune cause di inammissibilità»<sup>53</sup>, e che appaiono idonee ad incrinare quel rapporto di causa ed effetto che i fautori della tesi rigorista invitano a tracciare tra la priorità logica del vaglio di ammissibilità e l'inoperatività dell'art. 129 c.p.p.

Alla stregua di tali considerazioni, sembra preferibile negare una completa equiparazione di soluzioni in ordine alle richiamate fattispecie d'inammissibilità, implicanti diagnosi del tutto differenti quanto a tipologia e a discrezionalità dell'accertamento. In tal senso, si può sostenere che la declaratoria di inammissibilità prevalga, e dunque impedisca l'applicazione dell'art. 129 c.p.p., nei casi di impugnazione presentata fuori

<sup>47</sup> Cfr., tra i molti e, sia pur con varietà di accenti, B. Lavarini, *La formazione del giudicato*, cit., p. 1204; A. Scella, *Il vaglio d'inammissibilità*, cit., p. 147; C. Valentini, *I profili generali*, cit., p. 263.

<sup>48</sup> Cfr. M. Atzei, *Il problema dei rapporti*, cit., c. 499-500.

<sup>49</sup> Così L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi*, cit., p. 147, secondo cui la funzione dell'art. 129, comma 1, c.p.p. «verrebbe svilita se la si ritenesse limitata a stabilire solo la prevalenza delle cause di improcedibilità ed una gerarchia tra le formule di proscioglimento da attuare soltanto nella naturale sede del giudizio di merito o del controllo di legittimità operato con le forme ordinarie, senza che essa operi mai in ulteriori e diversi momenti del procedimento» (L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi*, cit., p. 143).

<sup>50</sup> A. Bargi, *Inammissibilità dell'impugnazione*, cit., p. 188: «(...) si deve ritenere applicabile l'art. 129 c.p.p. ogniquale volta si sia in presenza di una causa di inammissibilità che comporti un giudizio di valutazione di idoneità dell'atto ad introdurre il giudizio di grado superiore. Infatti, in tal caso, l'esercizio del potere di *jus dicere* ricade nell'ambito della sequenza del procedimento di verifica processuale della causa di inammissibilità che involge un giudizio di idoneità dell'atto e non una mera constatazione dell'invalidità dell'impugnazione». In proposito, cfr., altresì, L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi*, cit., p. 153.

<sup>51</sup> Cfr. M. Atzei, *Il problema dei rapporti*, cit., c. 490. Sulla sovrapposibilità degli accertamenti, sotto la vigenza del codice del 1930, v. G. Lozzi, *Considerazioni in ordine alla competenza del giudice a quo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1018, nonché G. Leone, *Sistema delle impugnazioni penali*, cit., p. 169.

<sup>52</sup> Nel prevedere che «l'inammissibilità, quando non è stata rilevata a norma del comma 2, può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento», l'art. 591, comma 4, c.p.p. induce a concludere nel senso che la causa di inammissibilità, sfuggita al vaglio preliminare e preventivo, possa essere rilevata durante la valutazione del merito.

<sup>53</sup> Così M. Atzei, *Il problema dei rapporti*, cit., c. 491.

termine ovvero contro un provvedimento intrinsecamente inoppugnabile – in ragione dell'automatica formazione dell'irrevocabilità sul provvedimento –<sup>54</sup> e in relazione ad ipotesi di inammissibilità derivanti da vizi esclusivamente formali, stante l'agevole o comunque asettica constatazione necessaria alla diagnosi, mentre dovrebbe escludersi che un'analogia inibizione all'applicazione dell'art. 129 c.p.p. possa sussistere in ordine a quelle fattispecie di inammissibilità derivanti da vizi il cui accertamento implica una valutazione assai più complessa e – non fosse altro che per i parametri di incerta distinzione con il merito – opinabile<sup>55</sup>.

Per altro verso, occorre sottolineare che, piuttosto che sulle caratteristiche ontologiche e/o strutturali delle eterogenee cause di inammissibilità, parte della dottrina e della giurisprudenza giustifica una diversità di soluzioni della problematica *de qua* in relazione alle differenti cause di non punibilità. In quest'ottica si ritiene che l'inammissibilità non precluda la declaratoria di non punibilità nelle ipotesi di morte del reo, di remissione della querela intervenuta in pendenza del ricorso – purché questo sia stato tempestivamente proposto –<sup>56</sup>, di *abolitio criminis* o di declaratoria di incostituzionalità della norma penale incriminatrice<sup>57</sup> e di mancata previsione del fatto come reato in conseguenza dell'inapplicabilità delle norme nazionali incompatibili con la normativa comunitaria<sup>58</sup>.

Un'analogia apertura è stata invece negata – all'esito dell'ultimo acceso contrasto giurisprudenziale sul tema – all'estinzione del reato determinata da prescrizione<sup>59</sup>. In proposito, le Sezioni Unite hanno escluso che la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* possa prevalere sull'inammissibilità non solo quando la prescrizione sia maturata nel periodo compreso tra la decisione impugnata e la proposizione del ricorso<sup>60</sup>, ma anche quando tale causa estintiva sia intervenuta in data anteriore alla pronuncia di appello e non sia stata né dedotta né rilevata dal giudice<sup>61</sup>. Rimessa in discussione da un condivisibile orientamento

<sup>54</sup>In tal senso, v. per tutti, G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, p. 646.

<sup>55</sup>Cfr. L. Marafioti, *Selezione dei ricorsi*, cit., p. 153, il quale afferma che, in un'ottica particolarmente rigorista, si potrebbe anche ammettere una preclusione alla declaratoria di determinate cause di non punibilità (oltre che nelle ipotesi di impugnazione proposta fuori termine ovvero nei confronti di un provvedimento intrinsecamente inoppugnabile) in presenza di situazioni d'inammissibilità «frutto di vizi assolutamente formali», mentre deve essere escluso «fermamente che l'operatività dell'art. 129 c.p.p. possa essere bloccata da discutibili "valutazioni", quali quelle circa la manifesta infondatezza o l'estraneità alla legge dei motivi allegati». Condivide questa ricostruzione anche F. Centorame, *Ricorso cumulativo*, cit., p. 6.

La differenza tra cause di inammissibilità riconducibili a vizi formali e cause di inammissibilità che attengono alla parte motiva dell'atto attualmente rileva, a livello normativo, ai fini delle forme procedurali del vaglio preliminare di inammissibilità in cassazione: il comma 5 *bis* dell'art. 610 c.p.p. – introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 – prevede che l'inammissibilità sia dichiarata «senza formalità di procedura» nelle ipotesi di difetto di legittimazione ad impugnare, di non impugnabilità del provvedimento, di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 582, 583, 585, 586, e di rinuncia all'impugnazione, oltre che nei casi di ricorsi inammissibili contro la sentenza di patteggiamento e quella del concordato sui motivi di appello; il provvedimento che dichiara l'inammissibilità può essere impugnato con il ricorso straordinario in cassazione *ex art. 625 bis c.p.p.* Per altro verso, lo stesso recente provvedimento normativo ha incrementato il contraddittorio cartolare nell'ambito della procedura camerale che si svolge dinanzi alla Sezione "filtro", stabilendo che l'avviso di cui all'art. 610, comma 1, c.p.p. dovrà contenere l'enunciazione della causa di inammissibilità rilevata «con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso».

<sup>56</sup>Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 24246, cit.; nello stesso senso v., tra le altre, Cass., sez. II, 8 luglio 2014, n. 37688, in *CED Cass.*, n. 259989; Cass., sez. II, 28 aprile 2010, n. 18680, in *CED Cass.*, n. 247088.

<sup>57</sup>Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit. e Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 24246, cit., sul rilievo che l'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul giudicato «parrebbe comportare che a tanto possa provvedere il giudice dell'impugnazione inammissibile». Sotto altro profilo, è opportuno ricordare che, sempre facendo leva sulla deducibilità della questione innanzi al giudice dell'esecuzione, le Sezioni Unite hanno ammesso la possibilità di rilevare d'ufficio altre questioni, nonostante l'inammissibilità del ricorso: v., ad esempio, Cass., sez. un., 28 febbraio 2015, n. 33040, in *CED Cass.*, n. 264207, secondo cui l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione d'incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio (v. Corte cost., n. 32 del 2014) è rilevabile d'ufficio nel giudizio di cassazione anche in caso di inammissibilità del ricorso.

<sup>58</sup>In tal senso v. Cass., sez. I, 5 ottobre 2011, n. 39566, in *CED Cass.*, n. 251176; Cass., sez. III, 3 luglio 2008, n. 38033, in *CED Cass.*, n. 241280; Cass., sez. VII, 6 marzo 2008, n. 21579, in *CED Cass.*, n. 239960; *contra* Cass., sez. III, 8 giugno 2011, n. 29895, in *CED Cass.*, n. 251080.

<sup>59</sup>In senso critico verso l'incoerente distinguo tra cause di non punibilità dichiarabili sempre ed altre ragioni di proscioglimento alle quali si nega la prevalenza sulla declaratoria di inammissibilità v. A.M. Capitta, *La declaratoria immediata*, cit., p. 209.

<sup>60</sup>Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, cit., nonché Cass., sez. un., 27 giugno 2001, n. 33542, cit., secondo cui «è inammissibile, in quanto proposto al di fuori dei casi tassativi previsti dalla legge, il ricorso per cassazione che abbia ad oggetto esclusivo la richiesta di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione maturata nel periodo intercorrente tra la pronuncia della sentenza impugnata e la proposizione del ricorso medesimo».

<sup>61</sup>Cass., sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, cit., la cui conclusione è condivisa da R. Orlandi, *Se la condanna è per un reato prescritto*, cit., p. 78, il quale, dopo aver precisato che la «constatata inammissibilità ostacola la declaratoria di prescrizione a

delle Sezioni semplici<sup>62</sup>, quest'ultima conclusione è stata ribadita da una ulteriore e recente sentenza delle Sezioni Unite, alla quale si deve, peraltro, l'importante precisazione che è ammissibile il ricorso per cassazione con il quale si deduce, anche con un unico motivo, l'intervenuta estinzione del reato per prescrizione maturata prima della sentenza impugnata ed erroneamente non dichiarata dal giudice di merito, in quanto la doglianza integra un motivo consentito ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.<sup>63</sup>.

Tali richiamate acquisizioni giurisprudenziali sul rapporto tra la declaratoria di inammissibilità e quella di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.* sono completamente recepite dalla pronuncia in esame che ne amplifica la portata nella misura in cui ne fa applicazione anche nel contesto del ricorso cumulativo, escludendo che l'ammissibilità del medesimo in relazione ad un capo possa determinare la valida instaurazione del rapporto processuale di impugnazione rispetto ad un altro capo oggetto di censure inammissibili. Questo ulteriore *step* esegetico è reso possibile proprio dalla piena condivisione dell'assunto della totale autonomia e scindibilità delle reg giudicande su cui è costruita la teoria del giudicato parziale nel caso di impugnazione della sentenza oggettivamente complessa.

In definitiva, assemblando le discutibili conclusioni giurisprudenziali sulle due tematiche lambite dalla questione *de qua*, le Sezioni Unite segnano un ulteriore sviluppo del *trend* giurisprudenziale orientato verso una progressiva dilatazione dell'operatività dell'inammissibilità e uno svilimento delle potenzialità applicative dell'art. 129 c.p.p.; sullo sfondo emerge l'evidente intento di fronteggiare l'uso pretestuoso, strumentale e dilatorio (e dunque l'abuso a scapito dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo) degli strumenti processuali a disposizione delle parti. Per quanto comprensibile, tale finalità non dovrebbe sconfinare in forzature sistematiche *contra reum* e nella lettura asfittica di norme di garanzia, quali l'art. 129 c.p.p., che sono espressione di principi di rilievo costituzionale.

---

prescindere dal momento in cui si matura», auspica, in ordine alla specifica questione, la novella dell'art. 676 c.p.p. al fine di offrire «la possibilità di una “correzione d'ufficio” all'omesso esercizio di un “dovere d'ufficio”».

A proposito del *punctum dolens* rappresentato dalle prescrizioni maturate nel giudizio di secondo grado, la recente introduzione (mediante l. 23 giugno 2017, n. 103) delle nuove ipotesi di sospensione della prescrizione a seguito di condanna non definitiva di cui all'art. 159, commi 2 e 3, c.p. potrebbe non essere risolutiva: cfr., al riguardo, S. Zirulia, *Riforma Orlando: la “nuova” prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2017, il quale, alla luce dei dati ministeriali sull'istituto della prescrizione in Italia, sottolinea il rischio che il tempo di 18 mesi (pari alla durata massima di ciascuno dei due nuovi periodi di sospensione) non sia sufficiente a contrastare il fenomeno delle prescrizioni sopraggiunte in appello.

<sup>62</sup> Nel ritenere che la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* debba prevalere sull'inammissibilità nell'ipotesi di prescrizione maturata in data anteriore alla pronuncia di appello, tale orientamento valorizza le similitudini tra la fattispecie in questione e le altre ipotesi “derogatorie”, soffermandosi, altresì, sul fondamento costituzionale della causa estintiva *de qua*: cfr. Cass., sez. V, 17 settembre 2012, n. 42950, in *CED Cass.*, n. 254633, nella quale si precisa che «se, dunque, il giudice non può fare a meno di constatare la morte del reo, non si vede come possa fare a meno di riconoscere la “morte del reato”. Per altro (...) la prescrizione ha anche un suo fondamento costituzionale: essa costituisce una garanzia personale per l'individuo, che non può (non deve) essere esposto, al di là di ragionevoli limiti temporali, al “rischio” di essere penalmente punito per fatti commessi anni addietro». In senso analogo v. anche Cass., sez. III, 21 marzo 2014, n. 15112, in *CED Cass.*, n. 259185; Cass., sez. III, 30 gennaio 2014, n. 14438, in *CED Cass.*, n. 259135; Cass., sez. II, 16 maggio 2013, n. 34891, in *CED Cass.*, n. 256096; *contra* Cass., sez. VI, 14 marzo 2014, n. 25807, in *CED Cass.*, n. 259202; Cass., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 6693, in *CED Cass.*, n. 259205; Cass., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 42839, in *CED Cass.*, n. 244999.

<sup>63</sup> Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, cit. In base alla precisazione contenuta in tale decisione, l'esclusione della possibilità di dichiarare la prescrizione, maturata anteriormente alla conclusione del giudizio d'appello, sussiste nel caso in cui il ricorrente si sia limitato a dedurre con il ricorso censure inammissibili, senza dolersi dell'omessa applicazione dell'art. 129 c.p.p., comma 1, c.p.p. da parte del giudice di merito, ma non anche in quest'ultima eventualità. In relazione a tale profilo, pertanto, è stato sconfessato anche l'orientamento secondo cui non poteva essere valutato il motivo (unico o associato ad altri motivi pacificamente inammissibili) di ricorso per cassazione volto a fare valere l'estinzione del reato per prescrizione verificatasi prima della pronuncia della sentenza d'appello, per non essere stata tale causa estintiva dedotta né rilevata nel giudizio di merito (Cass., sez. VI, 14 marzo 2014, n. 25807, cit.; Cass., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 6693, cit.; Cass., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 42839, cit.).

## Overruling sfavorevole in appello e prova tecnico-scientifica: non opera l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V, SENTENZA 13 GENNAIO 2017, N. 1691 – PRES. LAPALORCIA; REL. MORELLI

In caso di riforma in appello della sentenza di assoluzione, non sussiste l'obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione dibattimentale della dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico, non trattandosi di una prova dichiarativa decisiva assimilabile a quella del testimone.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata, la Corte d'Assise d'Appello di Catanzaro ha riformato la sentenza della Corte d'Assise di Catanzaro del 16.7.14, che aveva condannato alla pena di giustizia ed al risarcimento dei danni in favore delle parti civili, A.A., in quanto colpevole del reato di lesioni gravi in danno di R.C., così derubricata l'originaria imputazione di omicidio preterintenzionale, ed aveva assolto O.S.L., C.A. e F.M. dall'addebito di omicidio colposo in danno della stessa R. perché il fatto non sussiste.

La Corte d'Assise d'Appello ha invece riconosciuto la responsabilità dell'A. per omicidio preterintenzionale e degli altri tre imputati per omicidio colposo.

1.1. Secondo quanto ricostruito dal giudice di primo grado, A. aveva avuto una accesa discussione con S.G. e lo aveva aggredito con pugni e calci; era intervenuta la moglie dello S., R.C., e l'imputato aveva colpito anche lei con un pugno facendola rovinare a terra.

La donna era stata ricoverata al Pronto Soccorso dell'Ospedale (*Omissis*), ove era stata visitata dalla dr.ssa O.S. ed era stata sottoposta ad accertamenti radiografici refertati dalla dr.ssa C.

Entrambi i coniugi, rimasti feriti dopo l'aggressione da parte dell'A., erano stati dimessi il giorno stesso, il (*Omissis*), ma la R. era rientrata presso la propria abitazione con una ambulanza privata, visti i forti dolori che permanevano e, fino al (*Omissis*), era rimasta a letto, finché era stata nuovamente ricoverata in Ospedale ove le era stata diagnosticata la frattura del femore, non rilevata in occasione del primo ricovero; la paziente, sottoposta ad intervento chirurgico, era morta il (*Omissis*).

1.2. La Corte d'Assise, pur ammettendo l'esistenza di un errore diagnostico da parte delle dr.sse O.S. e C., che non si avvidero della rottura del femore, ben evidente nelle lastre, esclude vi sia prova certa dell'esistenza del nesso causale fra tale condotta colposa e il decesso della paziente, facendo proprie le conclusioni dei consulenti del PM secondo cui il decorso delle condizioni della R. non era quello tipico della diagnosi tardiva della frattura del femore; in altre parole, le complicanze a seguito delle quali era intervenuto il decesso non sarebbero state chiaramente riconducibili alla tardività della diagnosi, peraltro imputata a titolo di colpa anche al dr. F., il medico di base che seguì la R. durante la permanenza a casa.

Così concluso rispetto al reato di omicidio colposo, il giudice di primo grado esclude l'ipotesi di omicidio preterintenzionale, in quanto la condotta dell'A. avrebbe rappresentato una mera occasione rispetto agli eventi che condussero alla morte la parte offesa, e pronuncia condanna soltanto con riguardo al diverso reato di lesioni gravi.

2. Adita su appello del Procuratore generale e del difensore dell'imputato condannato, la Corte d'As-

si d'Appello ha, invece, ritenuto fondata l'accusa nei termini originariamente contestati, sulla base del medesimo compendio probatorio.

In estrema sintesi, questi i dati su cui si fonda la sentenza impugnata:

- le radiografie effettuate sulla R. in occasione del ricovero presso il Pronto Soccorso evidenziavano chiaramente la rottura del femore;

- vi fu quindi un colpevole errore diagnostico da parte del radiologo dr.ssa C. che redasse il referto e del medico di Pronto Soccorso, dr.ssa O.S., che si accontentò di tale risultato nonostante fosse in netto contrasto con le condizioni della paziente, la quale lamentava forte dolore e non era in grado di muoversi;

- analogamente versava in una situazione di colpa il medico di base, dr. F., il quale non tentò un diverso inquadramento diagnostico e non sollecitò ulteriori accertamenti pur essendo stato chiamato a visitare la parte offesa, sempre allettata e sempre sofferente nell'arco di quasi un mese;

- il (Omissis), dopo il secondo ricovero e dopo che l'intervento di riduzione della frattura era stato eseguito il (Omissis), la paziente era stata ricoverata in rianimazione e posta in condizioni di coma farmacologico in quanto erano subentrate disartria e insufficienza respiratoria, successivamente era stato evidenziato un quadro di atelettasia (cioè il collasso degli alveoli polmonari) bilaterale e le condizioni della donna erano peggiorate inesorabilmente sino al decesso;

- la atelettasia dei lobi polmonari, che viene individuata come causa del decesso, in assenza di altri fatti morbosi idonei a cagionarlo, è ricollegata alla immobilizzazione da allettamento e rappresenta una delle complicanze tipicamente associate al ritardo nella esecuzione del trattamento chirurgico delle fratture del femore;

- di qui il giudizio di colpevolezza dei tre medici, per avere colposamente determinato la morte della paziente, costituendo i presupposti per il ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico;

- quanto all'A., non è vero che fra la sua condotta e la morte della donna si siano inseriti fattori potenzialmente idonei ad esplicare efficacia causale esclusiva rispetto ad essa, sicché egli deve essere condannato per omicidio preterintenzionale.

Propongono tempestivo ricorso i difensori dei quattro imputati.

3. Il ricorso presentato nell'interesse di A. si articola su quattro motivi.

Con il primo motivo si deducono vizi motivazionali con riferimento al ribaltamento del giudizio di primo grado sulla base di dati travisati e, comunque, contraddittori, posto che, si sostiene, l'atelettasia non poteva essere conseguenza del prolungato allettamento, dal momento che la paziente non presentava piaghe da decubito allatto del secondo ricovero.

Si nega, quindi, che la prolungata permanenza a letto, dovuta all'errore diagnostico, costituisca la causa del decesso.

3.1. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge in quanto la Corte d'Appello avrebbe ingiustificatamente riconosciuto l'esistenza del nesso di causa fra la condotta del ricorrente e il decesso, essendo stato comunque interrotto dalle condotte colpose in capo ai sanitari.

3.2. Con il terzo motivo si deduce violazione dell'art. 584 c.p., in quanto la sentenza impugnata avrebbe erroneamente applicato tale norma.

3.3. Con il quarto motivo si deduce la violazione dell'art. 69 c.p., per il mancato giudizio di prevalenza delle attenuanti generiche sulle contestate aggravanti.

4. I ricorsi proposti nell'interesse di C. e di O.S. hanno contenuto analogo.

Si deduce la violazione dell'art. 111 Cost. e dell'art. 533 c.p.p. nonché dell'art.6 CEDU, in quanto la Corte d'Assise d'Appello avrebbe modificato la sentenza di assoluzione pronunciata in esito al giudizio di primo grado dopo avere rigettato la richiesta di riapertura dell'istruttoria dibattimentale proposta dal PM e volta all'effettuazione di una nuova consulenza tecnica senza procedere, inoltre, ad una nuova audizione dei consulenti del PM, dalle cui conclusioni si era discostata ritenendole "edulcorate" in vantaggio degli imputati.

4.1. Si deduce, altresì, violazione di legge, manifesta illogicità della motivazione e travisamento della prova laddove i giudici di secondo grado hanno ritenuto che la causa del decesso fosse la atelettasia dovuta al prolungato allettamento e non piuttosto a complicanze neurologiche insorte dopo il secondo ricovero.

Tale seconda interpretazione, esplicitamente menzionata dai consulenti tecnici, sarebbe più consona rispetto alla riscontrata assenza di problematiche respiratorie al momento del secondo ricovero.

Il percorso logico del giudice di appello non apparirebbe, quindi, dotato di una maggiore forza per-

suasiva tale da superare le conclusioni del giudice di primo grado, essendo fondato su dati contrastanti e neppure approfonditi in fase dibattimentale.

5. Il ricorso nell'interesse di F. evidenzia la perdurante incertezza circa il nesso di causa fra le condotte dei medici che ebbero in cura la R. ed il decesso ed, altresì, l'erronea disapplicazione del principio dell'affidamento, che avrebbe dovuto indurre i giudici di secondo grado ad escludere la responsabilità del medico di base, il quale nulla avrebbe potuto e dovuto fare per disattendere la diagnosi dei medici specialisti. Con il terzo motivo si deducono violazione di legge e vizi motivazionali, avendo la Corte condannato l'imputato senza prova di colpa grave, anche con riferimento ai principi enunciati nella legge "Balduzzi".

Con il quarto motivo si deducono violazione di legge e vizi motivazionali quanto al trattamento sanzionatorio.

5. La difesa O.S. ha depositato, in data 11.8.16, una memoria difensiva in cui chiede l'annullamento della sentenza per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiamandosi alla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 27620 del 28.4.16.

5.1. È stato depositato, da parte del rappresentante dell'associazione Codici Salute, un atto denominato "atto di costituzione", con cui si eccepisce l'inammissibilità e l'infondatezza dei ricorsi e se ne chiede il rigetto, di nessun valore processuale in quanto l'associazione era stata estromessa, quale parte civile, dal giudizio d'appello.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Prioritario appare l'esame del tema proposto nei ricorsi di O.S. C. relativo alla asserita violazione degli artt. 111 Cost. e 6 CEDU.

In proposito, vale la pena di prendere le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite del 28.4.16 n. 27620, Dasgupta, che ha posto alcuni punti fermi sull'argomento ed è stata ampiamente citata anche nella memoria depositata dalla difesa O.S.

1.1. A partire dalla sentenza Dan c. Moldavia, la Corte EDU ha affermato che il rovesciamento del giudizio assolutorio basato sulla valutazione di prove dichiarative postula necessariamente la nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, si incorre, altrimenti, nella violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d) CEDU, che assicura il diritto dell'imputato ad esaminare e a far esaminare i testimoni a carico e ad ottenere la convocazione dei testimoni a discarico.

1.2. Basandosi su tale principio, la Corte di Cassazione ha ripetutamente affermato che il giudice d'appello non può pervenire a condanna in riforma della sentenza assolutoria di primo grado basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative delle quali non abbia proceduto, anche d'ufficio, ad una rinnovata assunzione.

1.3. Nella sentenza delle Sezioni Unite sopra richiamata, si è affermato che:

– il mancato rispetto da parte del giudice dell'appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in pejus* va inquadrato non nell'ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione;

– l'esigenza di rinnovazione della prova dichiarativa riguarda i testimoni "puri", i testimoni "assistiti", i coimputati di reato connesso e si può prospettare anche nell'ambito di un giudizio abbreviato o in caso di impugnazione ai soli effetti civili;

– il dovere di rinnovare gli apporti dichiarativi si configura con riguardo a quelli decisivi, non potendosi ritenere tali quelli il cui valore probatorio, in sé considerato, non possa formare oggetto di diversificate valutazioni fra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste ultime, nella valutazione del giudice d'appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione di responsabilità.

2. I principi esposti debbono essere adattati al caso concreto, in cui si verte in tema di mancata riasunzione dei consulenti tecnici sentiti in primo grado e di mancato espletamento di una perizia medico legale, ed andranno quindi letti in unione a quelli espressi dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alla valutazione, da parte del giudice, di perizie e consulenze.

"Il principio di libera valutazione della prova concerne anche la prova tecnica e, pertanto, il giudice, quale *peritus peritorum*, può esprimere il proprio giudizio in motivato contrario avviso rispetto a quello del perito" (Sez. 2, n. 12991 del 19/02/2013 Rv. 255196).

“In tema di prova, in virtù del principio del libero convincimento, il giudice di merito, pur in assenza di una perizia d’ufficio, può scegliere tra le diverse tesi prospettate dai consulenti delle parti, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita, delle ragioni della scelta nonché del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti e, ove tale valutazione sia effettuata in modo congruo, è inibito al giudice di legittimità procedere ad una differente valutazione, trattandosi di accertamento di fatto, come tale insindacabile in sede di legittimità” (Sez. 4, Sentenza n. 8527 del 13/02/2015 Rv. 263435).

“Nel dibattimento del giudizio di appello, la rinnovazione di una perizia può essere disposta soltanto se il giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti (La S.C. ha precisato che, in caso di rigetto della relativa richiesta, la valutazione del giudice di appello, se logicamente e congruamente motivata, è incensurabile in cassazione, in quanto costituente giudizio di fatto)” (Sez. 2, n. 36630 del 15/05/2013 Rv. 257062).

“In tema di prova scientifica, la Cassazione non deve stabilire la maggiore o minore attendibilità scientifica delle acquisizioni esaminate dal giudice di merito e, quindi, se la tesi accolta sia esatta ma solo se la spiegazione fornita sia razionale e logica; essa, infatti, non è giudice del sapere scientifico ed è solo chiamata a valutare la correttezza metodologica dell’approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all’affidabilità delle informazioni utilizzate ai fini della spiegazione del fatto. Ne deriva che il giudice di legittimità non può operare una differente valutazione degli esiti di una consulenza, trattandosi di un accertamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato” (Sez. 5, Sentenza n. 6754 del 07/10/2014, dep. 16/02/2015, Rv. 262722).

2.1. Naturalmente, resta ferma la regola di giudizio secondo cui il giudice d’appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l’obbligo di delineare le linee portanti del proprio alternativo ragionamento probatorio e di confutare specificamente gli argomenti rilevanti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni dell’incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento (Sez. U. n. 33748 del 12.7.05 Rv. 231679).

In tal senso tutta la giurisprudenza successiva, fra cui, da ultimo Sez. 6, n. 8705 del 24/01/2013 Rv. 254113, “Nel giudizio di appello, in assenza di mutamenti del materiale probatorio acquisito al processo, la riforma della sentenza assolutoria di primo grado, una volta compiuto il confronto puntuale con la motivazione della decisione di assoluzione, impone al giudice di argomentare circa la configurabilità del diverso apprezzamento come l’unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente sostenibilità del primo giudizio” (vedi anche Rv. 233083; Rv. 262524; Rv. 256869).

3. Così ripercorsi i principi di diritto che debbono trovare applicazione nel caso in esame, si deve ritenere che, pur se il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni (Sez. 1, n. 26845 del 16/05/2002 Rv. 221737), la loro relazione forma parte integrante della deposizione ed inoltre essi sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione.

La loro posizione non è, quindi, totalmente assimilabile al concetto di “prova dichiarativa” espresso nella sentenza Dasgupta, tanto è vero che nella motivazione delle Sezioni Unite, laddove si elencano i casi in cui è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa, non si menzionano periti e consulenti.

3.1. Nel merito, va evidenziato come vi sia piena concordanza fra le due sentenze di merito circa il fatto che vi fu un errore di diagnosi da parte delle dottoresse O.S. e C., le quali non si avvidero della frattura del femore ben evidente nelle radiografie, e che si trattò di un errore dipeso da colpa.

Parimenti condivisa dai giudici di merito l’affermazione per cui vi fu una sofferenza polmonare (atelettasia) che portò la R. alla morte.

Il punto su cui divergono le valutazioni dei giudici di merito è rappresentato dalla sussistenza del nesso causale fra l’errore diagnostico e il decesso, in quanto la Corte d’Assise ritiene che soltanto astrattamente la sofferenza polmonare, causa del decesso, possa essere ricondotta al prolungato allettamento, dal momento che la paziente, all’atto del secondo ricovero, versava in buone condizioni e la radiografia al torace non dava indicazioni di segno contrario.

Vi sarebbe, quindi, una soluzione di continuità fra l’allettamento e, a monte, l’omessa diagnosi, rispetto alla sofferenza polmonare che portò al decesso.

La Corte d’Assise d’Appello ribalta il ragionamento sulla scorta di elementi fattuali e di considerazioni logiche tratte dalle consulenze scritte e dalle deposizioni rese dai consulenti nel giudizio di primo

grado (sono stati sentiti il consulente del PM, il consulente della parte civile e il consulente della difesa).

Si afferma che:

- il ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico aumenta le complicanze associate all'allettamento, fra le quali le atelettasie polmonari;
- la letteratura scientifica attesta uniformemente che la chirurgia precoce è associata ad un più basso tasso sia di mortalità che di complicanze (dopo 24 ore la mortalità aumenta del 30%, dopo 48 ore raddoppia mentre per ritardi ulteriori non esiste una casistica, trattandosi di eventi assai rari);
- il ritardo nell'intervento praticato alla R., dovuto all'errore diagnostico, è stato ben superiore alla soglia di tre giorni indicata dalla letteratura.

Alla affermazione fatta dal giudice di primo grado secondo cui "non sono stati rilevati nel decorso clinico della R. dati oggettivi idonei a dimostrare l'effettiva verifica, in concreto, delle ipotesi patologiche astrattamente formulabili come complicanze indotte dalla frattura non diagnosticata", la Corte d'Assise d'Appello replica che nella relazione del consulente del PM si legge che la atelettasia riscontrata nella TAC eseguita il 1° dicembre in occasione del secondo ricovero (quella che portò alla morte la paziente), era, per le sue caratteristiche, non certo recente ma dovuta alla prolungata immobilizzazione e tale quadro patologico non poteva essere evidenziato semplicemente da un RX toracico (pag. 18).

Risulta così ampiamente superato l'argomento utilizzato dai primi giudici e dalla difesa per sostenere che la sofferenza polmonare (più scientificamente atelettasia) non potesse essere dipesa dal prolungato allettamento viste le buone condizioni generali della paziente all'atto del secondo ricovero e la negatività dell'RX toracico.

I contrari argomenti sostenuti a pag. 13 del ricorso C. difettano di specificità, laddove si contesta, in termini generici e non documentati, l'affermazione per cui non sarebbe dimostrato che una sofferenza polmonare di quel tipo non avrebbe potuto essere evidenziata da una semplice radiografia toracica.

Il ricorso è parimenti generico laddove afferma che assenza di dispnea, tosse o piaghe da decubito (queste ultime genericamente evocate nel ricorso A.) contrasti con l'ipotesi di una sofferenza polmonare dovuta al prolungato allettamento.

Evidenzia, altresì, la Corte d'Assise d'Appello che la diversa ipotesi prospettata dai giudici di primo grado, come idonea a giustificare l'insorgenza dell'atelettasia in alternativa al prolungato allettamento, vale a dire quella di un danno neurologico non meglio precisato, sia stata svalutata dallo stesso consulente del PM, che l'ha definita, nel corso della deposizione dibattimentale, suggestiva e priva di riscontri strumentali o anatomopatologici (pag.18).

La Corte di secondo grado ritiene, conclusivamente, che le approfondite valutazioni scientifiche contenute negli elaborati scritti dei consulenti del PM siano suffragate da coerenti ed univoci accertamenti di carattere strumentale e anatomopatologico e siano state ingiustificatamente svalutate dal primo giudice in ragione di alcune valutazioni dubitative espresse nel corso dell'esame.

Tali valutazioni sono tuttavia specificamente esaminate e superate a pag. 20 della sentenza impugnata.

3.2. Si può, allora, concludere che l'avvenuta *reformatio in pejus* della sentenza di primo grado, in assenza di una rinnovazione dell'istruttoria con la nuova escussione dei consulenti o l'effettuazione di una perizia medico legale, non viola l'art. 6 CEDU data la peculiarità della prova testimoniale rappresentata dalle deposizioni di periti e consulenti.

La Corte di secondo grado ha fondato il proprio giudizio su elementi e circostanze (la ricostruzione degli avvenimenti, l'individuazione della causa della morte, le teorie scientifiche esposte, i riscontri strumentali ed anatomopatologici) già valutati dal primo giudice, discostandosi, in forma argomentata, dal giudizio espresso dalla Corte d'Assise soltanto con riferimento a talune osservazioni dei consulenti in dibattimento. In altre parole, il dubbio circa la sussistenza del nesso causale è sorto sulla base di alcune precisazioni fornite dai consulenti in dibattimento che, tuttavia, la sentenza impugnata ha smentito alla luce delle stesse affermazioni contenute nelle relazioni, oltre che dei principi scientifici enunciati e dei riscontri ottenuti in sede di indagine medico legale.

Non si tratta, quindi, di un caso in cui la riforma della sentenza si è fondata esclusivamente o in modo determinante sulla rilettura della prova dichiarativa.

3.3. Quanto esposto, consente di ritenere, inoltre, che la Corte d'Assise d'Appello si sia attenuta alla regola di giudizio di cui al punto 2.1. proponendo una adeguata motivazione anche confrontandosi con i principi in tema di nesso di causalità nei reati omissivi (pagg. 21-22-23).

Debbono essere, quindi, rigettati i ricorsi presentati nell'interesse delle dottoresse O.S. e C.

4. Diversa appare la posizione del terzo imputato medico, il dr. F., medico curante della signora R., al quale si addebita di non avere prescritto una visita specialistica al fine di pervenire ad una esatta diagnosi, pur avendo seguito la paziente nei 18 giorni di degenza a casa ed avendone ben presenti le condizioni di sofferenza.

Pur ammessa la sussistenza del nesso di causa fra il ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico, il prolungato allettamento e la morte, la sentenza impugnata non chiarisce il giudizio controfattuale in base al quale ritenere che se il medico di base avesse prescritto la visita specialistica in un momento precedente rispetto al giorno 25 novembre, giorno in cui la paziente venne visitata da uno specialista che prescrisse l'effettuazione di una TAC all'anca e al bacino, l'evento morte non si sarebbe verificato.

Non è chiaro, infatti, in quali e quante occasioni la R. venne visitata dal dr. F. e se le visite fossero apprezzabilmente precedenti il secondo ricovero, così da poter sostenere che una tempestiva iniziativa del medico di base avrebbe scongiurato l'evento.

4.1. Il tema andrà approfondito nel corso del giudizio di rinvio ed appare assorbente rispetto alle altre censure dedotte nel ricorso.

5. Il ricorso presentato nell'interesse di A. è infondato, da un lato in quanto ripropone, in parte, le medesime censure già analizzate circa l'esistenza e la prova del nesso causale, dall'altro in quanto si richiama a principi, in materia di interruzione del nesso causale, contrari a quelli costantemente enunciati da questa Corte.

5.1. Ai fini dell'integrazione del reato di omicidio preterintenzionale è necessario che l'autore dell'aggressione abbia commesso atti diretti a percuotere o a ledere e che esista un rapporto di causa ed effetto fra tali atti e l'evento letale, senza necessità che la serie causale che ha prodotto la morte rappresenti lo sviluppo dell'evento di percosse o lesioni voluto dall'agente (Sez. 5, n. 41017 del 12/07/2012 Rv. 253744). È ormai superata, nella giurisprudenza di legittimità, la teoria per la quale in passato si riteneva che l'omicidio preterintenzionale fosse punibile a titolo di dolo misto a colpa. Si è infatti pervenuti, da ultimo, all'approdo interpretativo secondo cui l'elemento psicologico del reato in questione è costituito soltanto dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni: "In tema di omicidio preterintenzionale (art. 584 cod. pen.), l'elemento soggettivo è costituito, non già da dolo e responsabilità oggettiva né da dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato" (Sez. 5, n. 13673 del 08/03/2006, Haile, Rv. 234552).

In quest'ambito va accertato se e in che misura influisca l'eventuale operato negligente dei sanitari ai fini di escludere il nesso causale.

"In tema di omicidio preterintenzionale, l'omesso rispetto da parte della vittima delle cure e delle terapie prescritte dai sanitari non elide il nesso di causalità tra la condotta di percosse o di lesioni personali posta in essere dall'agente e l'evento morte, non integrando detta omissione un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale" (Sez. 5, n. 35709 del 02/07/2014 Rv. 260315).

"In tema di omicidio preterintenzionale, le eventuali negligenze dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il nesso di causalità tra la condotta di percosse o di lesioni personali posta in essere dall'agente e l'evento morte, non costituendo un fatto imprevedibile od uno sviluppo assolutamente atipico della serie causale" (Sez. 5, Sentenza n. 39389 del 03/07/2012 Rv. 254320).

"In tema di omicidio doloso, le eventuali omissioni dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il nesso di causalità tra la condotta lesiva posta in essere dall'agente e l'evento morte" (Sez. 1, n. 36724 del 18/06/2015 dep. 10/09/2015, Rv. 264534).

5.2. La difesa A. si duole altresì del mancato riconoscimento della prevalenza delle attenuanti generiche rispetto alla contestata aggravante, sostenendo che non sarebbe stata adeguatamente valorizzata la giovane età dell'imputato e l'assenza di qualsiasi collegamento con persone o reati di particolare allarme sociale.

Si sostiene che vi sarebbe stata, da parte della Corte d'Assise d'Appello, una errata applicazione dell'art. 69 c.p.

Da un lato, va osservato che nella sentenza impugnata vi è specifica motivazione sul punto: il giudizio di equivalenza è dettato dalla particolare carica aggressiva che l'imputato rivolse contro i coniugi S.-R., molto più anziani e deboli fisicamente, e dal completo disinteresse che dimostrò nei loro confronti dopo averli spinti a terra.

D'altro canto, costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello per cui "Le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale ti-

pica del giudizio di merito, sfuggono al sindacato di legittimità qualora non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico e siano sorrette da sufficiente motivazione, tale dovendo ritenersi quella che per giustificare la soluzione dell'equivalenza si sia limitata a ritenerla la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto" (Cass. Sez. U, n. 10713 del 25/02/2010 Rv. 245931).

6. Va, infine, osservato che il reato di omicidio colposo non è, allo stato, prescritto, in quanto al termine ordinario, scaduto il 28.6.16, debbono essere aggiunti ulteriori 228 giorni di sospensione, dovuta ad astensione dei difensori dalle udienze nei due gradi di giudizio.

[*Omissis*]

ROBERTA RIZZUTO

Dottore in Giurisprudenza – Università L.U.M.S.A. Palermo

## Riforma *in pejus* della sentenza di proscioglimento e rinnovazione in appello della prova tecnico-scientifica di tipo dichiarativo

### *Reform in pejus of judgment of acquittal and innovation in appeal concerning the legal report of declaratory type*

La legittimità della *reformatio in peius* della sentenza di proscioglimento senza la previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, già all'indomani del recente intervento delle Sezioni Unite, torna a far discutere. Di recente, infatti, l'interesse dei giudici di legittimità è stato pungolato in ordine al caso in cui l'operazione di *overruling* in appello di una sentenza di proscioglimento sia ancorata a un diverso apprezzamento dei contenuti di una perizia e/o di una consulenza tecnica. Nello specifico, è stata negata la riferibilità alla prova tecnica dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, così come tratteggiato nei *dicta* dei giudici di Strasburgo, nonché nella conseguente elaborazione giurisprudenziale interna.

*The vexed question of legitimacy of reformatio in peius of the judgement of acquittal without renewing the preliminary debate, after the recent judgment of Supreme Court is already debatable. Recently, the interest of the judges has been focused in the event in which the overruling during the appeal of a judgment of acquittal is anchored to a different appreciation of the contents into the legal reports. Specifically, in the appeal, the duty of renewal concerning the legal report has been denied, as outlined by the terms of the Strasbourg's judgments and the resulting internal jurisprudence.*

#### LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE NEL GIUDIZIO DI APPELLO: CASSAZIONE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO A CONFRONTO

L'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (art. 603 c.p.p.), coerentemente con la natura di mera *revisio prioris instantiae* propria del giudizio penale di secondo grado, è stato tradizionalmente percepito quale meccanismo processuale connotato dal crisma dell'eccezionalità<sup>1</sup>. Caratteristica quest'ultima oggi non più granitica come in passato, stante la sopravvenuta necessità di conformare, quantomeno in via interpretativa, il quadro normativo interno allo "statuto convenzionale".

I giudici di Strasburgo, difatti, allorché chiamati a pronunciarsi in materia di impugnazioni, hanno preliminarmente provveduto all'enunciazione di un principio-base, cioè a dire premessa teorica da cui deve muovere qualsivoglia riflessione critica sui giudizi di gravame: trattasi, nello specifico, dell'assunto secondo cui le garanzie proprie del giusto processo, così come cristallizzate nella lettera dell'art. 6 Cedu, debbono considerarsi operanti anche con riferimento al giudizio d'appello, ove previsto<sup>2</sup>. Indi, i medesimi, prendendo le mosse da tale principio, apparso sin dalla sua enunciazione ben lontano dal poter rimanere mera astrazione teorica, hanno delineato un orientamento giurisprudenziale – oggi qualificabile in termini di diritto vivente – dalle forti ripercussioni, dirette e indirette, sugli ordinamenti giuridici aderenti alla Cedu.

<sup>1</sup>Per maggiori approfondimenti, in proposito, v., tra i tanti, G. Spangher, *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 192 ss.; G. Tranchina-G. Di Chiara, *Appello (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, 1999, p. 2000; M. Ceresa Gastaldo, voce *Appello, (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 11; A. Macchia, *L'appello*, in G. Spangher (a cura di), *Le impugnazioni, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, vol. V, Torino, 2009; D. Chinnici, voce *Appello (evoluzione)*, in *Dig. pen.*, VII Agg., Torino, 2014. Per una ricostruzione della disciplina dell'appello inteso quale giudizio dominato dalla logica del "controllo" e non anche del "*novum iudicium*" si rinvia alle non più recenti, ma pur sempre attuali, riflessioni di M. Massa, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969.

<sup>2</sup>Corte e.d.u., 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, *www.echr.coe.int*.

Ci si riferisce, nel dettaglio, al *trend* ermeneutico della Corte europea secondo cui l'art. 6 Cedu impone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale al giudice d'appello che, a compendio probatorio immutato, intende modificare *in peius* una sentenza di assoluzione, posto che il medesimo deve avere la possibilità di saggiare direttamente le fonti di prova orale in tal senso decisivo<sup>3</sup>.

L'audizione diretta dei testimoni da parte del giudice di secondo grado e la conseguente possibilità per lo stesso di valutarne in prima persona l'attendibilità rilevano, pertanto, quali condizioni essenziali affinché la sua decisione, adottata attraverso il sostanziale ribaltamento del precedente proscioglimento, possa considerarsi "equa", ovvero sia conforme al dettato dell'art. 6, par. 1 e 3 lett. d), Cedu. In questa direzione è stato osservato che il controllo sull'attendibilità di un propalante non può essere realizzato in modo soddisfacente in via cartolare, cioè a dire attraverso la sola rilettura delle dichiarazioni dallo stesso rese innanzi al giudice di prime cure, in quanto determinanti, ai fini della corretta realizzazione di siffatto accertamento, sono soprattutto quegli elementi la cui percezione può essere garantita soltanto da una visione diretta del contegno del deponente.

Gli appena illustrati *dicta* della Corte di Strasburgo, benché enunciati in relazione a Paesi all'interno dei quali le impugnazioni penali rispondono ad una logica differente rispetto a quella, in proposito, rintracciabile nel nostro ordinamento<sup>4</sup>, non possono per ciò soltanto reputarsi privi di incidenza sul processo penale italiano. Da una parte, difatti, la genesi casistica della elaborazione giurisprudenziale convenzionale non impedisce agli *itinerari* motivazionali, tratteggiati dai giudici di Strasburgo in ordine alla singola vicenda concreta, di acquisire il valore di *guidelines* ermeneutiche utili agli operatori del diritto di tutti gli Stati aderenti alla Cedu<sup>5</sup>; d'altra parte, inoltre, non può omettersi di considerare che gli arresti della giurisprudenza convenzionale, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., s'affacciano all'ordinamento giuridico italiano in qualità e, quindi, altresì con la forza del "parametro interposto"<sup>6</sup>.

Orbene, i giudici italiani, chiamati a confrontarsi con le indicazioni provenienti da Strasburgo, da subito hanno notato la distonia esistente, *ex littera legis*, tra la configurazione normativa interna della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello e quella puntualizzata nelle decisioni dei giudici europei. Nello specifico, se in sede convenzionale il meccanismo processuale *de quo* rileva come requis-

<sup>3</sup>I giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno specificato che «qualora un giudice di appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove». In questi termini, Corte e.d.u, 24 novembre 1986, Unterperntinger c. Austria; Id., 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio; Id., sez. I, 27 giugno 2000, Costantinescu c. Romania; Id., sez. II, 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; Id., grande sezione, 21 gennaio 2006, Garcia Ruiz c. Spagna; più recentemente, Id., sez. III, 5 novembre 2011, Dan c. Moldavia; Id., 26 giugno 2012, Găitanaru c. Romania; Id., sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., sez. III, 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania; Id., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Id., 29 ottobre 2013, Hogeș c. Romania; Id., 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania; tutte in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>4</sup>Nello specifico, gran parte delle pronunce che ravvisano la violazione delle garanzie convenzionali di cui all'art. 6 Cedu nel capovolgimento *ex actis* del *dictum* di prime cure riguardano la Romania, cioè a dire uno Stato il cui sistema processuale è caratterizzato da una Corte Suprema dotata sia di un potere rescindente sia di un generale potere rescissorio, in virtù del quale può anche essere chiamata a decidere nel merito della vicenda concreta con proprio provvedimento inoppugnabile.

<sup>5</sup>Può, pertanto, parlarsi di "efficacia trasversale" dei principi di diritto enunciati dalla Corte europea, atteso che le *rationes* convenzionali sono giuridicamente vincolanti non soltanto per il Paese nei cui confronti la decisione è stata adottata, ma anche per tutti gli altri Stati aderenti alla Cedu.

<sup>6</sup>Com'è noto, si è pervenuti a siffatta conclusione attraverso l'approfondimento del seme ermeneutico che la Corte costituzionale ha individuato nelle note sentenze "gemelle" (nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007) e ha, poi, approfondito con le sentenze n. 317 del 2009 e n. 80 del 2011. Il giudice delle leggi nelle suindicate occasioni ha precisato che le norme interne che confliggono con quelle pattizie-convenzionali non possono essere disapplicate, dovendosi procedere all'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale in relazione alle medesime: esse, difatti, nel porsi in contrasto con i principi sanciti nella Cedu, violano la prescrizione di cui all'art. 117 della nostra Carta fondamentale. Invero, suddetto sindacato di legittimità costituzionale non ha alcuna ragione di essere promosso nelle ipotesi in cui tale contrasto sia soltanto apparente, ossia superabile attraverso una semplice interpretazione convenzionalmente orientata della norma nazionale. In proposito, giova sottolineare che i giudici italiani, nel realizzare l'interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina normativa interna, debbono rifarsi non già alle disposizioni, bensì alle *norme* convenzionali, per tali intendendosi quelle risultanti dall'interpretazione delle stesse fornitaci dalla Corte di Strasburgo. Di recente, inoltre, la Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015 ha ulteriormente specificato che i giudici nazionali, allorché debbano procedere alla realizzazione dell'interpretazione convenzionalmente orientata di una disposizione interna, debbono reputare per sé vincolanti soltanto i principi indicati dai giudici europei nelle sentenze "pilota" o nelle pronunce sintomatiche di un orientamento giurisprudenziale consolidato, cioè a dire riconducibile sotto l'etichetta del "diritto vivente".

to indispensabile ai fini dell'equità dell'intero giudizio, a livello domestico lo stesso ha, invece, la fisionomia di un istituto eccezionale, atteso che l'art. 603 c.p.p. ne àncora l'operatività all'individuazione della lacunosità del quadro probatorio offerto al giudice d'appello<sup>7</sup>.

Da qui, l'esigenza, avvertita dai giudici nazionali soprattutto all'indomani della pronuncia Dan c. Moldavia, di dover conformare, attraverso il proprio intervento ermeneutico, la disciplina codicistica dell'appello alle indicazioni provenienti dalla Corte europea. Tuttavia, non vi è chi non veda nell'attività adeguatrice realizzata dai giudici di legittimità alcune dissonanze rispetto allo statuto convenzionale: discrasie che, inoltre, sembrano aver, in concreto, circoscritto la portata innovativa della guarentigia di che trattasi<sup>8</sup>. In particolare, secondo l'opzione esegetica maggiormente condivisa dalla Corte di cassazione, il giudice di secondo grado ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dell'attività istruttoria ogniqualvolta sia propenso, dinanzi a un quadro probatorio del tutto invariato, a fornire un differente apprezzamento in ordine all'attendibilità della sola prova dichiarativa<sup>9</sup>, a condizione, inoltre, che questa sia decisiva per il ribaltamento della sentenza di assoluzione di primo grado<sup>10</sup>.

Ebbene, sempre secondo siffatto indirizzo l'obbligo di rinnovazione non sussiste ove la diversa valutazione di una prova orale già in atti, posta a fondamento dell'*overruling* sfavorevole del *dictum* di prime cure, discenda unicamente dal diverso apprezzamento di elementi ulteriori ed esterni alle propalazioni stesse. In questa ipotesi, infatti, ad essere oggetto di differente giudizio è non già l'attendibilità intrinseca delle prove testimoniali, bensì quella che viene comunemente indicata con la formula linguistica "attendibilità estrinseca"<sup>11</sup>. Parimenti, il giudice d'appello non è obbligato a rinnovare l'audizione delle fonti di prova dichiarativa – decisive nel senso poc'anzi chiarito – allorché si limiti a dedurre dagli atti eventuali travisamenti della prova in cui è incorsa l'autorità giudicante di primo grado o, ancora, a valorizzare profili, del tutto o in parte, inosservati dal precedente giudice<sup>12</sup>.

Altro orientamento, ponendosi sull'abbrivio delle *rationes* provenienti da Strasburgo, non ha operato alcuna distinzione tra "attendibilità intrinseca" e "attendibilità estrinseca". Dalla lettura delle sentenze ascrivibili a siffatto approccio esegetico si evince, difatti, che deve considerarsi viziata, poiché iniqua, la pronuncia d'appello che, sulla base della sola rivalutazione *in actis* dell'attendibilità delle testimonianze acquisite in primo grado, modifichi *in peius* un'assoluzione<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 603 c.p.p., il giudice d'appello può procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale se ritiene di non poter decidere allo stato degli atti (comma 1), nonché nell'ipotesi in cui la medesima, ad onta della mancanza di una richiesta di parte in tal senso, si riveli assolutamente necessaria (comma 2).

<sup>8</sup> S. Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 249 s.

<sup>9</sup> I giudici di legittimità hanno escluso la riferibilità dell'obbligo di rinnovazione "convenzionale" alle prove documentali: tra queste possono essere citate, a titolo esemplificativo, quelle risultanti dalle attività di intercettazione. In tal senso, v. Cass., sez. II, 17 maggio 2013, n. 29452, in *C.E.D. Cass.*, n. 256467, ove è stato affermato il seguente principio di diritto: «in base all'interpretazione che i giudici di Strasburgo hanno dato dell'art. 6 CEDU con la sentenza del 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, il giudice di appello, per riformare "in peius" una sentenza di assoluzione, non è obbligato alla rinnovazione della prove dichiarative assunte in primo grado quando la sua decisione si sia fondata su un diverso apprezzamento di conversazioni oggetto di intercettazioni telefoniche».

<sup>10</sup> Nel senso che l'art. 6 Cedu imponga la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in presenza di due requisiti, ovverosia la decisività della prova testimoniale e la necessità di procedere ad un diverso apprezzamento circa l'attendibilità intrinseca dei propalanti, v., *ex plurimis*, Cass., sez. II, 24 luglio 2013, Marotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 255984.

<sup>11</sup> In questi termini, Cass., sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, in *C.E.D. Cass.*, n. 265879; in precedenza, Cass., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566, in *C.E.D. Cass.*, n. 254623, nella quale si specifica che «laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice d'appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per potere operare un'adeguata valutazione di attendibilità [...] si tratta, comunque, di una questione di attendibilità intrinseca. Diverso il caso nel quale il giudice di primo grado non abbia negato l'attendibilità della prova orale e, quindi, non è su questo che si incentra la discorde valutazione del giudice di secondo grado. In tale diverso caso non può ritenersi alcuna necessità di una nuova raccolta della prova non essendovi alcuna divergenza nei due giudizi. Si tratta di casi in cui, evidentemente, la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti è conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti, etc.».

<sup>12</sup> In tal senso, v., *ex multis*, Cass., sez. II, 9 aprile 2015, Maricosu, in *C.E.D. Cass.*, n. 263763.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 29 novembre 2012, R.P., in *C.E.D. Cass.*, n. 254850.

## I "NUOVI" ORIZZONTI TRACCIATI DALLE SEZIONI UNITE

Di recente, l'ondivaga elaborazione giurisprudenziale appena descritta si è ulteriormente arricchita grazie ad un intervento delle Sezioni Unite<sup>14</sup>, in verità sollecitato al fine precipuo di superare l'*impasse* della rilevanza o meno d'ufficio, da parte del giudice di legittimità, della omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello<sup>15</sup>. Se è vero che questo era il quesito originario sottoposto all'attenzione del Supremo consesso, non può però negarsi che i giudici di legittimità hanno sfruttato tale occasione per delineare un *obiter dictum* ben più articolato, esemplificativo di una *summa* dei requisiti necessari affinché l'*overruling* dell'assoluzione in condanna possa considerarsi conforme ai parametri di legalità convenzionale<sup>16</sup>.

La Corte di cassazione nella sua composizione apicale, facendo proprio l'insegnamento del giudice delle leggi<sup>17</sup>, ha preliminarmente chiarito che le disposizioni convenzionali, così come interpretate nelle pronunce dei giudici di Strasburgo ascrivibili a un orientamento consolidato, null'altro sono se non parametri ermeneutici cui debbono ispirarsi i giudici interni nell'applicazione della disciplina nazionale.

Ciò detto, il Supremo Consesso ha asserito che il giudice di secondo grado, allorquando sia orientato a capovolgere la pronuncia assolutoria di primo grado, deve procedere «anche d'ufficio, a norma 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».

Principio di diritto quest'ultimo ricavato dall'estensione all'appello della regola di giudizio, posta a presidio della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), a mente della quale la pronuncia di una condanna presuppone la verifica, appunto, della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c.p.p.).

Entrando nel merito delle argomentazioni a tal riguardo formulate, l'organo nomofilattico sembra aver ragionato nei seguenti termini: atteso che nemmeno l'audizione diretta dei testimoni ha spinto il giudice di primo grado a reputare soddisfatto il criterio di cui all'art. 533 c.p.p., allora non può razionalmente non riconoscersi l'iniuria della pronuncia d'appello che, sulla base di una mera rivalutazione cartolare delle prove dichiarative già acquisite in atti, ritenga oltrepassata la soglia dell'ogni ragionevole dubbio. Sembra quasi, dunque, che una pronuncia assolutoria di primo grado indirettamente comporti un innalzamento dello *standard* qualitativo richiesto affinché possa dirsi rispettata la suddetta regola: incremento quest'ultimo che, a sua volta, provoca l'indispensabilità della rinnovazione delle prove dichiarative che siano decisive in vista dell'*overturning* del proscioglimento. In altre parole, il dichiarante che ha già deposto in primo grado e il cui narrato acquisisce, nella visione del giudice d'appello, valore dirimente rispetto all'esito del processo, deve essere sottoposto a nuova audizione da parte di suddetta autorità decidente, non potendo quest'ultima procedere ad una riforma cartolare *in peius* dell'assoluzione.

<sup>14</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203 s.

<sup>15</sup> L'ordinanza di rimessione (Cass., sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2451, in *Dir. pen. cont.*, 2016, con nota di E. Lorenzetto, *Reformatio in peius in appello in violazione del diritto all'equo processo (art. 6 CEDU): alle Sezioni Unite stabilire se la questione sia rilevabile d'ufficio*) chiedeva al Supremo Consesso soltanto «se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 CEDU per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione». A tal riguardo, all'interno della giurisprudenza di legittimità si registrava un primo orientamento restrittivo, a mente del quale il vizio derivante dall'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello doveva reputarsi rilevabile *ex officio* nel giudizio di cassazione. E, precisamente, si asseriva che il vizio *de quo* poteva essere rilevato d'ufficio soltanto allorquando l'imputato avesse avanzato una richiesta in tal senso e, una volta ottenuto il rigetto di questa da parte della Corte territoriale, avesse censurato la violazione della norma convenzionale *ex art. 606, comma 1 lett. c), c.p.p.* (in questa direzione, v., Cass., sez. I, 9 giugno 2015, n. 26860, in *C.E.D. Cass.*, n. 263961; *Id.*, sez. V, 20 novembre 2013, n. 51396, in *C.E.D. Cass.*, n. 257831; *Id.*, sez. IV, 19 novembre 2013, n. 18432, in *C.E.D. Cass.*, n. 261920). In senso contrario, altro orientamento asseriva l'irrilevanza di una specifica richiesta di parte in tal senso, dovendo la Cassazione medesima rilevare anche autonomamente il vizio *de quo* e, di conseguenza, censurare la pronuncia emessa in dispregio dello statuto convenzionale (in questi termini, Cass., sez. I, 3 marzo 2015, n. 24384, in *C.E.D. Cass.*, n. 263896; *Id.*, sez. V, 24 febbraio 2015, n. 25475, in *C.E.D. Cass.*, n. 263903; *Id.*, sez. III, 20 gennaio 2015, n. 19322, in *C.E.D. Cass.*, n. 263513).

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203 s.

<sup>17</sup> Tra i primi commenti alla sentenza delle Sezioni Unite in questione, V. Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s.; F.G. Capitani, *Per condannare il già assolto vanno ancora sentiti i testi. In mancanza la Cassazione può rilevare d'ufficio il vizio*, in *Dir. e giustizia*, 2016, 24, p. 50 s.; F. Giunchedi, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni Unite impongono la rilevanza d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); E. Lorenzetto, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

Dal ragionamento svolto dalle Sezioni Unite si evince, pertanto, che la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, da una parte, "s'intreccia" in un nodo gordiano coi principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, pilastri del sistema processuale accusatorio, e, d'altra parte, si salda in uno con l'obbligo di motivazione rafforzata<sup>18</sup>. In buona sostanza, l'approccio esegetico del Supremo collegio pare condensarsi nell'assunto secondo cui la regola oggettiva di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. ricava dal trinomio contraddittorio – oralità – immediatezza la forza maieutica necessaria per instradare il giudizio d'appello nella logica accusatoria, di cui è fortemente intriso il processo penale di primo grado<sup>19</sup>. Indi, se il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio rileva quale regola alla cui stregua deve essere adottata la sentenza d'appello, allora, *a fortiori*, i tre anzidetti pilastri del modello processuale accusatorio debbono considerarsi operanti nel giudizio che si svolge dinanzi al giudice di secondo grado, non sussistendo ragione alcuna che osti a siffatta loro estensione.

Quanto alla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali adottati al termine del secondo grado di giudizio, la Cassazione, oramai da tempo, afferma che il giudice d'appello per poter capovolgere una pronuncia assolutoria, in mancanza di prove sopravvenute, deve fornire del compendio probatorio (formato nel giudizio di primo grado) una valutazione che, dotata di maggiore efficacia persuasiva, sia idonea a fugare qualsivoglia ragionevole dubbio<sup>20</sup>.

La Suprema Corte con la sentenza n. 27620 del 2016, in sintonia con l'opzione esegetica appena indicata, ha delineato altresì una profonda connessione tra l'obbligo di motivazione rafforzata e il criterio di cui all'art. 533, comma 2, c.p.p., in forza della quale richiede al giudice di appello che intende capovolgere una sentenza assolutoria la prospettazione di argomenti, in questa direzione, dirimenti, ovvero sia tali da privare la ricostruzione del quadro probatorio, risultante dalla decisione di primo grado, di ogni ragionevole sostegno. Conseguenza immediata di siffatto assunto va ravvisata nella conclusione secondo cui la sentenza d'appello che, sulla base di un diverso apprezzamento cartolare delle prove dichiarative decisive, condanni colui il quale è stato assolto in primo grado, deve considerarsi affetta da vizio motivazionale. Diversamente, nessuna criticità rileva nel caso in cui l'*overruling* sia favorevole all'imputato, posto che in questa seconda ipotesi il ribaltamento va ritenuto *ex se* conforme alla presunzione di non colpevolezza, altro principio-cardine dell'ordinamento giuridico italiano alla cui tutela è preposta, come già sopra asserito, la regola oggettiva di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Altro profilo interessato da suddetta *quaestio iuris* è stato ravvisato nel "diritto di difendersi provando", il quale si profila come principio prescrittivo immanente al processo penale, sicché la sua operatività non può essere limitata al solo giudizio di prime cure, dovendosi, viceversa, individuare i meccanismi, di volta in volta, maggiormente idonei a consentirne un esercizio consapevole in ogni stato e grado del processo<sup>21</sup>.

Ebbene, l'appello, poiché normativamente strutturato in termini di giudizio avente mera finalità di controllo, in astratto pare di per sé contrastare con il diritto appena citato. Invero così non è, ma una dissonanza sembra concretizzarsi allorché il giudice di secondo grado ribalti, *ex actis* (tenuto conto, cioè, di tutti i dati probatori formati nel contraddittorio tra le parti dinanzi al giudice di primo grado e risultanti dal fascicolo del dibattimento a sé consegnato), una precedente pronuncia assolutoria. È stato, così, rilevato dalle Sezioni Unite che l'imputato, quando in appello si procede soltanto ad una rapida rivalutazione cartolare delle prove orali decisive, viene, per ciò soltanto, privato della sua capacità di confutare con successo, o quantomeno consapevolmente, dinanzi ad un'autorità giudicante terza e imparziale, le argomentazioni formulate dalla pubblica accusa. Il carattere pregiudizievole di un simile *modus procedendi* rischia, poi, di divenire di grossolana evidenza in tutti quei casi in cui ad esso si accompagni l'operazione, compiuta dal giudice di appello, di *overruling* sfavorevole. Da qui, l'individua-

<sup>18</sup> Per maggiori approfondimenti, v., A. Fallone, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 820.

<sup>19</sup> In questi termini, A. Gaito, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>20</sup> Si segnala, in particolare, Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *C.E.D. Cass.*, n. 231679, in cui è stato asserito che «in tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado (precisamente, una decisione di assoluzione) ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato».

<sup>21</sup> Il diritto di difesa nella sua accezione di "diritto di difendersi provando" racchiude in sé il senso ultimo del principio del contraddittorio cd. "forte".

zione di un potenziale contrasto della *reformatio in peius* cartolare con la tutela del “diritto di difendersi provando” di cui è titolare l'imputato, a norma sia dell'art. 111, comma 3, Cost. sia della Cedu sia del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'Uomo.

Ancora, la Corte di cassazione nella sua composizione verticistica, a completamento del percorso interpretativo dalla stessa tracciato in ordine all'articolato rapporto che viene ad instaurarsi tra principi del *fair trial*, l'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale di cui all'art. 603 c.p.p. e, altresì, l'*overturning* della assoluzione, ha menzionato espressamente taluni soggetti per i quali s'impone l'esigenza di una nuova escussione. Nello specifico, i giudici di legittimità, in linea col carattere generale dell'obbligo di nuova audizione dinanzi al giudice di secondo grado<sup>22</sup>, hanno indicato *expressis verbis* il testimone puro (art. 197 c.p.p.), il teste “assistito” (art. 197-bis c.p.p.), l'imputato di fatto connesso o collegato (art. 210 c.p.p.) – per il quale è altresì irrilevante il fatto che sia stato giudicato nello stesso procedimento penale o separatamente – e, da ultimo, l'imputato che abbia reso anche dichiarazioni autoincriminanti (art. 208 c.p.p.).

In aggiunta a questa prima elencazione, che ben può reputarsi di natura solo esemplificativa, i giudici di legittimità hanno puntualizzato che la necessità per il giudice di appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione delle prove dichiarative incidenti sulle sorti del giudizio, nell'alternativa “proscioglimento-condanna”, s'impone altresì nell'ipotesi in cui il giudizio d'appello sia stato instaurato soltanto su gravame della parte civile<sup>23</sup>. Parimenti a dirsi in relazione al caso in cui il giudizio di primo grado sia stato celebrato nelle forme del giudizio abbreviato, a nulla rilevando il fatto che i contributi dichiarativi decisivi siano stati apprezzati dal giudice di prime cure in forma cartolare o a seguito di integrazione disposta a norma degli artt. 438 comma 5 o 441 comma 5 c.p.p.

Ciò posto, appare opportuno segnalare che la decisione del Supremo Consesso, in questa sede illustrata ponendo l'accento su quei contenuti che appaiono funzionali ad una maggiore comprensione di quel che a breve si dirà, non ha avuto efficacia risolutiva di tutti i dubbi connessi a quello che può considerarsi come uno dei temi più “delicati” in materia processual-penalistica, ossia il difficile rapporto tra garanzie convenzionali e *overruling* sfavorevole. Ciò è tanto più vero se soltanto si considera che essa non ha impedito a una sezione semplice, chiamata a pronunciarsi in ordine a un caso in cui la riforma *in peius* involveva un'assoluzione pronunciata al termine di un giudizio celebrato nelle forme del rito abbreviato secco, di discostarsi dalle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite<sup>24</sup>. Perplexità applicativa, questa, “recisa sul nascere” attraverso un ulteriore tempestivo intervento nomofilattico<sup>25</sup>.

## OVERRULING E PROVA TECNICO-SCIENTIFICA

Una linea di continuità sembra caratterizzare, salvo qualche sporadica eccezione, l'atteggiamento maturato dalla Corte di cassazione con riferimento all'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, da adempiersi in vista della riforma *in peius* di un'assoluzione. Ci si riferisce, in par-

<sup>22</sup> La Cassazione nella sua composizione di vertice (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.) ha, altresì, chiarito che debbono considerarsi decisive quelle prove che hanno determinato o, comunque, hanno contribuito a determinare l'assoluzione e che, pur in presenza di ulteriori fonti di prova, se espunte, appaiono idonee a incidere sulle sorti del processo. Parimenti, sono decisive quelle prove che, seppur reputate dal giudice di primo grado, in toto o in parte, prive di valore, sono nell'ottica dell'appellante determinanti in vista dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato.

<sup>23</sup> In ordine alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603 c.p.p. quando l'appello è stato proposto, ai sensi dell'art. 575 c.p.p., dalla sola parte civile, v., A. De Francesco, *Deve rinnovarsi la prova in appello anche nel caso di impugnazione della sentenza assolutoria della sola parte civile*, in *Dir. e giustizia*, 2016, 24, p. 38 s.

<sup>24</sup> Cass., sez. II, 28 ottobre 2016, n. 47015, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Nello specifico, all'organo nomofilattico è stato rimesso il seguente quesito: «se, nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato non condizionato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice ed il cui valore sia stato posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice d'appello debba porre in essere i poteri di integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della sentenza appellata».

<sup>25</sup> Le sezioni unite, con sentenza n. 18260, depositata il 14 aprile 2017, hanno affermato il seguente principio di diritto: «è affetta da vizio di motivazione, per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio”, la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero avverso assoluzione disposta all'esito di giudizio abbreviato non condizionato, affermi la responsabilità dell'imputato operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni».

ticolare, al fatto che i giudici di legittimità, ogniqualvolta siano stati sollecitati a riflettere su suddetta tematica, quasi con costanza assoluta, hanno finito col riferire tale obbligo alle sole prove dichiarative testimoniali che, diversamente apprezzate dal giudice d'appello sotto il profilo dell'attendibilità, appaiono decisive ai fini dell'*overruling* di una pronuncia assolutoria.

Conclusione, questa, raggiunta dalla Cassazione nella convinzione di avere, in tal modo, al meglio interpretato i *dicta* della Corte di Strasburgo. È utile ricordare, in breve, che i giudici europei, in verità, reputano non conforme ai principi del giusto processo la condanna dell'imputato pronunciata dal giudice d'appello sulla base della mera rilettura di quelle stesse dichiarazioni che l'autorità decidente di primo grado ha, viceversa, reputato insufficienti a fondare un giudizio di colpevolezza. Sul riconoscimento di siffatta iniquità sembra incidere, in particolar modo, la circostanza che il giudice di prime cure, avendo assistito personalmente alla formazione di siffatte prove orali, ha avuto altresì modo di beneficiare degli elementi ulteriori desumibili dal contegno visivamente percepito<sup>26</sup>. Già al termine della sintetica rappresentazione delle *rationes* della Corte di Strasburgo appena realizzata, può notarsi come la Cassazione, nel prendere posizione rispetto all'obbligo di rinnovazione di che trattasi, si sia parzialmente discostata dalle indicazioni provenienti da Strasburgo, dacché ha tratteggiato taluni contemperamenti, quale, primo fra tutto, il richiamo al solo diverso apprezzamento dell'attendibilità intrinseca delle prove testimoniali.

Per riempire di maggiori contenuti quest'ultimo assunto, si può richiamare l'attenzione sulla decisione qui annotata, in occasione della quale l'interesse dei giudici di legittimità è stato pungolato su un profilo che, benché connesso alla problematica in esame, prima era rimasto quasi del tutto inesplorato<sup>27</sup>. Precisamente, trattasi dell'ipotesi in cui il capovolgimento dell'assoluzione sia ancorato dal giudice di appello a un diverso apprezzamento "cartolare" degli esiti di una perizia o dell'attività svolta da un consulente tecnico di parte<sup>28</sup>.

Nello specifico, la presa di posizione della Cassazione *in subiecta materia* origina da una vicenda in cui la Corte d'Assise d'Appello, in riforma della pronuncia di assoluzione emessa dal giudice di primo grado, ha condannato tre degli imputati per omicidio colposo, sul presupposto che *gli elementi fattuali e le considerazioni logiche desumibili dalle consulenze scritte e dalle deposizioni rese dai consulenti in primo grado* dimostravano la sussistenza del nesso causale tra la commissione da parte dei medesimi di un errore diagnostico e il successivo verificarsi della morte per atelettasia. Come già anticipato, in quest'ipotesi concreta il capovolgimento della pronuncia assolutoria è connesso – si badi bene, non anche fondato in via esclusiva – a una differente valutazione delle relazioni scritte dei consulenti tecnici di parte e dei verbali documentanti le loro escussioni svoltesi dinanzi all'autorità giudicante di primo grado<sup>29</sup>.

Orbene, i giudici di legittimità della V sezione hanno statuito che la «reformatio in pejus della sentenza di primo grado, in assenza di una rinnovazione dell'istruttoria con la nuova escussione dei consulenti o l'effettuazione di una perizia medico-legale, non viola l'art. 6 Cedu data la peculiarità della prova testimoniale rappresentata dalla deposizione di periti e consulenti»<sup>30</sup>.

Principio di diritto, questo, che sembra affondare le proprie radici in un'interpretazione "minimalista" delle articolate argomentazioni svolte nel recente arresto delle Sezioni Unite. Nell'ottica dei giudici estensori, difatti, pare acquisire valore dirimente l'elencazione, formulata nella suesposta pronuncia nomofilattica, dei dichiaranti in ordine ai quali la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello si profila come assolutamente necessaria *ex art. 603, comma 3, c.p.p.* allorquando s'intenda disporre una modifica sfavorevole della sentenza di primo grado.

Essi, avendo conferito a siffatto elenco carattere tassativo, non anche meramente esemplificativo,

<sup>26</sup> *Ex plurimis*, v. Corte e.d.u., sez. III, 5 novembre 2011, Dan c. Moldavia, cit.

<sup>27</sup> Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 16901, *www.cortedicassazione.it*.

<sup>28</sup> Per una generale ricostruzione degli istituti della perizia e della consulenza tecnica v., tra gli altri, R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993; A. Scalfati, *Consulenza tecnica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, VI Agg., Torino, 1997; A. Scalfati, *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1997; G. Varraso, *La prova tecnica*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari, I, Le prove (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, Vol. II, Torino, 2009, p. 225 ss.

<sup>29</sup> Va puntualizzato che la Cassazione, in linea con il proprio *modus operandi*, ha approfittato del caso sottoposto alla sua attenzione per puntualizzare ulteriormente i contenuti dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria in appello risultante dalle decisioni della Corte di Strasburgo. Nondimeno, il principio di diritto ivi specificato non ha avuto efficacia risolutiva del caso concreto, poiché a questo non è stato applicato, stante la mancanza dei relativi presupposti.

<sup>30</sup> Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 16901, cit.

non potevano pervenire ad altra conclusione all'infuori di quella secondo cui la deposizione peritale nonché quella resa dal consulente tecnico, poiché ivi non espressamente enumerate, debbono considerarsi escluse dalla sfera di operatività del principio di diritto a mente del quale l'*overturning* di un'assoluzione deve essere preceduto dalla rinnovazione delle prove dichiarative in tal senso determinanti.

D'altra parte, l'elencazione in parola, giacché concernente soltanto propalanti riconducibili alla prova testimoniale tecnicamente intesa, può aver influito sull'affermazione dei giudici di legittimità anche sotto differente profilo. In particolare, può aver spinto i medesimi a verificare la persistenza o meno della distonia tradizionalmente percepita tra la natura giuridica del consulente tecnico e quella propria del teste<sup>31</sup>: precisamente, il primo è un professionista incaricato da una delle parti (o, nel caso del perito, direttamente dal giudice) ad espletare un'attività di supporto tecnico-scientifico, ossia indagini e accertamenti la cui corretta realizzazione richiede la specifica competenza in suo possesso<sup>32</sup>; il secondo, invece, altro non è se non un soggetto che, essendo casualmente entrato in contatto con i fatti oggetto di un procedimento penale, per dovere di solidarietà è chiamato a fornire il proprio contributo cognitivo.

Il codice di procedura penale vigente è ben lungi dal trascurare la diversità *de qua*, così come si evince dalla lettura del dettato normativo di cui agli artt. 468 c.p.p. e 149 norme att., 391-bis e 391-sexies c.p.p., concernenti le indagini difensive<sup>33</sup>. Ancor più significativo appare, a tal proposito, l'art. 501 c.p.p., stante la previsione, al suo primo comma, di una clausola di compatibilità, in virtù della quale all'esame dei periti e dei consulenti tecnici devono applicarsi, appunto "in quanto compatibili", le regole relative all'escussione dei testimoni. Non meno rilevante, sempre in questa direzione, può considerarsi l'enunciazione al secondo comma della disposizione da ultimo citata della regola secondo cui i consulenti, a differenza dei testimoni, hanno sempre la facoltà di consultare, durante la loro deposizione, documenti, note scritte e pubblicazioni<sup>34</sup>.

In senso contrario, può, tuttavia, notarsi come l'art. 501 c.p.p., seppur linguisticamente chiaro e perentorio, non sembra escludere una sua lettura differente rispetto a quella sin qui illustrata. Difatti, se è vero che il legislatore non avrebbe avuto alcuna ragione di prevedere la clausola di compatibilità laddove la figura del consulente tecnico fosse stata pienamente sovrapponibile a quella del testimone, non può, però, ragionevolmente negarsi che proprio simile previsione, in concreto, finisce col "denunciare" la sussistenza di effettivi punti di contatto di non scarsa rilevanza tra tali due categorie di soggetti. Da questa premessa, ad esempio, muovono coloro i quali sostengono che il consulente tecnico abbia natura ibrida, atteso che il medesimo, da un lato, diviene parte integrante dell'ufficio della difesa e, dall'altro, le sue dichiarazioni, alla stregua di quel che accade con riferimento al teste, possono rappresentare fonti da cui trarre elementi di prova<sup>35</sup>.

Ad onta del fatto che le disquisizioni teoriche sin qui svolte paiono deporre a favore della tesi, avallata dai giudici di legittimità, secondo cui la consulenza tecnica di parte e la perizia non sono riconducibili al vasto *genus* della prova dichiarativa testimoniale, siffatte prove di natura scientifica non possono, per ciò soltanto, considerarsi escluse dalla sfera di operatività della garanzia che, specificata nei suoi contenuti essenziali dalle Sezioni Unite, discende dall'art. 6 Cedu.

<sup>31</sup> R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici*, cit., p. 117 ss.

<sup>32</sup> Dalla qualifica soggettiva di colui che provvede a nominare gli esperti discende una rilevante differenza tra perito e consulente tecnico: nello specifico, il primo va ad integrare le conoscenze del giudice – che rimane, pertanto, *peritus peritorum* – e opera *super partes*, nel senso che mira, grazie alle proprie competenze tecniche, ad agevolare la ricostruzione della verità processuale. Il consulente tecnico, viceversa, non può definirsi soggetto imparziale, atteso che l'essere stato nominato da una delle parti fa sì che il medesimo sottoponga all'attenzione del giudice gli elementi corroboranti la linea difensiva di colui che gli ha conferito l'incarico. A tal riguardo giova specificare che la dignità del consulente risiede nel fornire un contributo nel contraddittorio tecnico alla formazione del parere del perito d'ufficio e, per tal via, eventualmente del libero convincimento del giudice. In questi termini, *Relazione al Progetto preliminare del c.p.p.*, G.U., suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, n. 250, serie gen., p. 66.

<sup>33</sup> La discrasia intercorrente tra la natura giuridica dei testimoni e dei consulenti tecnici di parte (nonché dei periti) è, altresì, avvalorata da quelle norme che delineano una certa assonanza tra il ruolo del consulente e quello del difensore: a titolo esemplificativo si citano l'art. 103 c.p.p., il cui secondo comma vieta il sequestro di carte e documenti inerenti l'oggetto della difesa presso i difensori e presso i consulenti tecnici, per poi al quinto comma vietare altresì l'intercettazione delle conversazioni tra difensore e consulente tecnico nonché quelle intercorrenti tra quest'ultimo e l'assistito. Da ultimo, va menzionato l'art. 200, comma 1, lett. b), c.p.p., il quale plasma la facoltà del consulente tecnico di eccepire il segreto professionale sulla corrispondente facoltà del difensore.

<sup>34</sup> Trattasi di quei supporti documentali che, tra l'altro, successivamente alla deposizione dell'esperto potranno essere acquisiti dal giudice *ex officio*.

<sup>35</sup> In questi termini è avuto peculiare riguardo alla consulenza tecnica extraperitale (art. 233 c.p.p.), v., C. cost., 19 febbraio 1999, n. 33, in *Giur. cost.*, 1999, p. 251 ss.

Prima di argomentare le ragioni a sostegno dell'estensione alla perizia e alla consulenza tecnica dell'operatività dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, così come ricostruito dai giudici di Strasburgo, va specificato, innanzitutto, che la tesi della tassatività dell'elenco dei dichiaranti – tratteggiato nella pronuncia nomofilattica n. 27620 del 2016 – ben può considerarsi sconfessata dal fatto che tale enumerazione sembra unicamente ribadire quanto già affermato, con costanza inafferrabile, *in subiecta materia*, ossia il fatto che detto obbligo di rinnovazione involve le sole prove dichiarative e non anche quelle di natura documentale<sup>36</sup>.

Ebbene, l'affermazione secondo cui sarebbe stato preferibile che la conclusione raggiunta dai giudici della V sezione fosse di segno opposto sembra potersi desumere sia da una lettura critica e convenzionalmente orientata delle asserzioni di principio formulate nella decisione del Supremo consesso sopra rappresentata sia, altresì, dal perfezionamento di un'interpretazione sistematica e assiologicamente orientata del quadro normativo interno.

Nella prima direzione, non priva di rilevanza appare la circostanza che le Sezioni Unite, nel solco del summenzionato "diritto vivente europeo", hanno ancorato l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, inteso quale garanzia di fondamentale importanza per l'imputato, alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533, comma 2, c.p.p.) e, per tal via, altresì ai cardini dell'oralità, del contraddittorio e dell'immediatezza. Rapportando retrospettivamente quest'assunto al caso in cui la prova da rinnovare sia una perizia e/o una consulenza tecnica di parte, vale la pena osservare che il contraddittorio, criterio epistemologico maggiormente affidabile in vista della ricostruzione della verità processuale, in campo tecnico-scientifico rileva, altresì, quale corollario applicativo della moderna epistemologia che diffida dalle verità assolute e unilaterali<sup>37</sup>.

Come è ben noto, in primo grado la prova tecnica si può formare tramite l'escussione dell'esperto nonché attraverso la predisposizione da parte del medesimo di una relazione scritta, con la conseguenza che il giudice d'appello, a seguito dell'acquisizione del fascicolo dibattimentale, gode della possibilità di visionare siffatta relazione tecnica. Una simile circostanza non può, però, tradursi, in via automatica, nella non necessità di disporre una nuova audizione di tale esperto (o la nomina di un perito), posto che l'essenza ultima della prova scientifica trova piena attuazione soltanto attraverso l'istituto dell'esame incrociato. Mediante quest'ultimo, infatti, l'attenzione viene a focalizzarsi non più sull'attività tecnica in precedenza realizzata, bensì direttamente sull'esperto che, pertanto, diviene, "soggetto di prova"<sup>38</sup>.

Può, dunque, osservarsi che i tre anzidetti principi cardine del sistema processuale accusatorio appaiono coesenziali anche rispetto alla prova scientifica. Essi, difatti, seppur non costituenti un dogma processuale – così come indirettamente dimostrato dalla configurazione normativa di talune eccezioni ai medesimi –, poiché dotati non già di carattere ottativo, bensì immediatamente precettivo, ben possono reputarsi immanenti a qualsiasi istituto rinvenibile nel sistema processuale penale italiano e, al contempo, ad ogni grado di giudizio in cui questo si articola. Per inciso, in ordine a quest'ultimo profilo, può essere utile richiamare l'art. 598 c.p.p., a tenore del quale al giudizio appello si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni afferenti al giudizio di primo grado, nonché l'art. 6 Cedu, posto che la Corte di Strasburgo estende i principi del *fair trial*, tra i quali spiccano proprio detti tre corollari, anche ai giudizi di appello.

Non sembra, dunque, sussistere ragione alcuna per circoscrivere la loro riferibilità o al solo giudizio di prime cure o, limitatamente al giudizio di secondo grado, soltanto all'assunzione di determinate prove.

Invero, al di là di quanto sinora asserito, i giudici estensori della sentenza qui chiosata ben potevano pervenire a un *decisum* di senso contrario in considerazione del sostrato assiologico sotteso al processo penale, sia esso di primo o di secondo grado. Difatti, se è vero che il giudice d'appello replica i poteri del giudice di primo grado, al punto da poter ribaltare le pronunce emesse dall'autorità decidente di prime cure, allora coerentemente non dovrebbe poi pervenirsi ad una limitazione, più o meno logica, dei suoi poteri probatori. Detto altrimenti, alla vasta latitudine della capacità decisoria di cui è titolare il giudice di secondo grado, dovrebbero opportunamente ricollegarsi, o meglio farsi corrispondere, dei

<sup>36</sup> Cass., sez. II, 17 maggio 2013, n. 29452, cit.

<sup>37</sup> R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici*, cit., p. 321.

<sup>38</sup> R.E. Kostoris, *I consulenti tecnici*, cit., p. 306; cfr., D. Siracusano, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, II, Milano, p. 337 ss.

poteri probatori parimenti ampi: ciò appare (in verità, in termini più netti, “*id est*”) condizione essenziale affinché la sua decisione possa reputarsi equa, ossia conforme ai principi del giusto processo, così come affermati nella nostra Carta fondamentale nonché nella Cedu.

Non può, inoltre, essere invocato a giustificazione di una differente articolazione dei poteri probatori tra primo e secondo grado di giudizio il principio della ragionevole durata del processo, posto che, com'è ben noto, la necessità di eliminare la c.d. elefantiasi dei tempi del processo penale giammai può tradursi in un pregiudizio per i diritti, costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti, interessati dall'accertamento penale.

In definitiva, soltanto un nuovo giudizio pieno, incentrato sul contraddittorio e sull'immediatezza, pare possa essere considerato “giusto”, ragion per cui è quantomeno auspicabile l'ampliamento, non anche la restrizione, della sfera di operatività dell'istituto di cui all'art. 603 c.p.p.

Nondimeno, sia le Sezioni Unite sia i giudici della V sezione, autori della sentenza in commento, con le loro asserzioni di principio, magari perché consci di non potere capovolgere *in toto*, in via esegetica, il dato normativo di cui alla disposizione codicistica testé citata, finiscono col circoscrivere la portata di quella garanzia, viceversa, enunciata in termini tendenzialmente assoluti dai giudici europei.

Deve, comunque, porsi in adeguato rilievo che, con specifico riguardo alla riferibilità o meno dell'obbligo di rinnovazione *de quo* alla perizia e alla consulenza tecnica, allorché diversamente valutate dal giudice di appello, altra recentissima pronuncia della Cassazione ha concluso nel senso di ritenere operante anche in detta ipotesi la regola convenzionale del *direct assessment*<sup>39</sup>. In verità, in siffatta decisione non vi è una approfondita argomentazione delle ragioni poste a fondamento di un simile approccio, anzi, sembra quasi che quest'ultimo sia un dato pacifico o, meglio, la sola conclusione logicamente raggiungibile alla luce dei *dicta* europei così come specificati nella sentenza del Supremo Collegio n. 27620 del 2016.

Da ultimo, si consideri che qualcosa di nuovo sembra essersi profilato all'orizzonte. Tra le molteplici novità risultanti dalla “riforma Orlando” della giustizia penale e attinenti, in particolar modo, al processo penale italiano, emerge l'innesto nell'art. 603 c.p.p. di un nuovo comma 3-*bis*<sup>40</sup>. Nello specifico, tale neonata disposizione normativa, al solo scopo di impedire l'avanzamento dello spettro di una condanna *ex actis* in appello non suscettibile di un ulteriore sindacato di merito, impone al giudice, nel caso di impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale<sup>41</sup>. Come può notarsi, il legislatore italiano ha trasfuso in una norma quanto già affermato dalla Cassazione, salvo poi discostarsi dall'approccio esegetico di quest'ultima sia nella parte in cui riferisce la regola genericamente alla prova dichiarativa sia nell'omettere un qualsivoglia riferimento alla nozione di attendibilità.

In questa sede preme, perlopiù, porre in evidenza come la lettera del comma 3-*bis*, ponendosi maggiormente sull'abbrivio delle *rationes* convenzionali, non opera alcuna distinzione all'interno del *genus* prova dichiarativa, sicché non è da escludere che la sfera di operatività della regola ivi sancita verrà intesa come includente, per espressa previsione legislativa, anche la deposizione di periti e consulenti. Può, pertanto, ragionevolmente opinarsi che la “riforma Orlando”, seppure indirettamente, null'altro ha fatto se non confermare la non piena condivisibilità della conclusione raggiunta dai giudici di legittimità nella decisione qui chiosata.

<sup>39</sup> Cass., sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 6366, in *C.E.D. Cass.*, n. 269035.

<sup>40</sup> La legge 23 giugno 2017, n. 103, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”, è stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale Serie Generale* n. 154 del 04.07.2017.

<sup>41</sup> Per una lettura dei lavori preparatori della legge 23 giugno 2017, n. 103, consultare il sito [www.senato.it](http://www.senato.it).

## Le Sezioni Unite risolvono l'annosa questione in tema di ammissibilità dell'atto di appello non correlato alla decisione impugnata

---

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 22 FEBBRAIO 2017, N. 8825 – PRES. CANZIO; REL. ANDRONIO

L'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 18 gennaio 2012 resa all'esito di giudizio abbreviato, il Tribunale di Parma ha condannato (*omissis*) alla pena di un mese di reclusione e euro 50 di multa, in relazione al delitto di tentato furto pluriaggravato di un telefono cellulare (così diversamente qualificata l'originaria imputazione di furto consumato), con esclusione della contestata recidiva, applicazione delle attenuanti di cui agli artt. 62, n. 4, e 62-*bis* cod. pen., ritenute prevalenti sulle aggravanti di cui all'art. 625, n. 2 e 7, cod. pen., ed applicazione della diminvente per il rito.

Il Tribunale, dopo avere esposto le ragioni alla base della derubricazione, della concessione delle predette attenuanti con giudizio di prevalenza e dell'esclusione della recidiva, ha determinato il trattamento sanzionatorio – «visti e valutati i parametri di cui all'art. 133 c.p.» – partendo da una pena base di mesi tre di reclusione ed euro 150 di multa e ha negato la concessione dei benefici di legge, richiamando i precedenti penali, indicati come ostativi.

2. Avverso la sentenza il difensore dell'imputato ha presentato appello, lamentando che il Tribunale, nella quantificazione della pena, avesse posto come pena-base una condanna elevata, secondo i criteri di cui all'art. 133 cod. pen., ed eccessiva in considerazione delle modalità del fatto. Su tali basi, ha formulato le seguenti richieste: rideterminazione della pena in senso favorevole all'imputato; applicazione del minimo della pena; prevalenza delle attenuanti sulle contestate aggravanti; applicazione della diminvente per il rito, concessione dei benefici di legge.

3. Con ordinanza del 24 maggio 2015, emessa d'ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 2, cod. proc. pen., la Corte di appello di Bologna ha dichiarato inammissibile l'appello dell'imputato, rilevando che l'impugnazione constava della mera richiesta di riduzione della pena, in quanto «eccessiva in considerazione delle modalità del fatto» e che le richieste risultavano palesemente deficitarie, sia con riferimento ad elementi oggettivi di valutazione, sia per i profili di critica rispetto alle argomentazioni del Tribunale.

4. Il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per cassazione, contestando la ritenuta genericità dell'atto d'appello, poiché, avendo lamentato l'eccessività della pena nonostante la derubricazione del reato e la mancata concessione delle attenuanti generiche in regime di prevalenza sulle aggravanti, non era necessaria «una esposizione lunga, prolissa e maggiormente specifica».

Il difensore ha svolto poi ulteriori doglianze relative all'equivalenza tra le circostanze che – a suo dire – il Tribunale avrebbe ritenuto, e ha censurato la quantificazione della pena (che si era discostata «in

maniera illegittima e immotivata dal minimo edittale») e la riduzione per le attenuanti generiche in misura inferiore ad un terzo (da due mesi a quarantacinque giorni di reclusione), chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato.

5. Con decreto del 29 luglio 2016, il Primo Presidente ha assegnato d'ufficio il ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 610, comma 2, cod. proc. pen., per la trattazione in camera di consiglio ai sensi dell'art. 611 cod. proc. pen., in considerazione della necessità di risolvere il persistente contrasto rilevabile, nella giurisprudenza della Suprema Corte, sul tema della specificità dei motivi di appello e dei poteri di declaratoria di inammissibilità delle impugnazioni, ai sensi dell'art. 591 cod. proc. pen.

6. Con memoria depositata il 29 settembre 2016, il Procuratore generale ha preso posizione sul contrasto giurisprudenziale oggetto della rimessione alle Sezioni Unite, concernente la necessità o meno di valutare "con minore rigore" la specificità dei motivi di appello rispetto a quelli di ricorso in cassazione: necessità sostenuta da uno dei contrapposti indirizzi, talora in base al c.d. *favor impugnationis*, talaltra in base ai tratti distintivi dei due giudizi (manifesta infondatezza rilevabile solo in cassazione; diversità del meccanismo devolutivo).

Al riguardo, il P.g. ha osservato che tali peculiarità non possono implicare un minore rigore valutativo, né incidere di per sé sulla portata del requisito della specificità, sul rilievo che le differenze tra i due mezzi di impugnazione riguardano i vizi deducibili e la cognizione attribuita al giudice, ma sempre nell'ambito di una impugnazione ammissibile e quindi dotata di motivi specifici.

In ordine, poi, alla definizione della "specificità" del motivo di impugnazione, il P.g. ha ritenuto di dover distinguere tra le questioni di fatto (in relazione alle quali è necessario esporre con precisione le circostanze fattuali poste a sostegno delle richieste, indicandone la rilevanza e il collegamento logico rispetto alla conclusioni critiche prospettate nei confronti della sentenza impugnata), le questioni di diritto (dove la specificità assume una minore pregnanza, essendo necessario enunciare con chiarezza il principio di diritto posto a fondamento della richiesta) e le questioni concernenti il trattamento sanzionatorio e le circostanze (che implicano necessariamente un riferimento alla situazione di fatto, non potendo quindi ritenersi sufficiente il mero richiamo agli elementi previsti dall'art. 133 cod. proc. pen.).

Infine, ha esaminato la questione della necessità che vi sia, anche in appello, una correlazione tra le argomentazioni svolte nel motivo di impugnazione e quelle poste a base della decisione impugnata; questione che per il P.g. assorbe quella, non meno controversa in giurisprudenza, relativa alla possibilità di riproporre le questioni prospettate in primo grado e disattese dalla sentenza. Sul punto, il P.g. ha osservato che la correlazione deve ritenersi necessaria, anche alla luce della rilevanza costituzionale conferita all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, e che quindi l'appello non può non contenere una critica alla motivazione del provvedimento impugnato. Peraltro, attese le peculiarità del giudizio di appello, la critica non deve necessariamente evidenziare – a differenza di quanto avviene con il ricorso per cassazione – profili di illogicità o contraddittorietà della motivazione, essendo sufficiente che il motivo di appello non sia avulso dalle argomentazioni svolte in sentenza, delle quali deve tener conto. Ne consegue che, con i motivi di appello si possono anche riproporre questioni, di fatto e di diritto, già affrontate dal giudice di primo grado, ma si deve comunque tenere conto della motivazione della sentenza impugnata: il giudice d'appello dovrà valutare, ai fini dell'ammissibilità, non la fondatezza della tesi esposta, ma l'esistenza di una critica pertinente ed argomentata.

Su tali basi ricostruttive, il P.g. ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, evidenziando l'intrinseca genericità del motivo di appello proposto nel caso in esame, con cui la difesa si era limitata a dedurre l'eccessività della pena, richiamando le modalità del fatto (non meglio precisate), ed aveva tra l'altro invocato un giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti che era già stato in realtà formulato in primo grado.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, in presenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, è la seguente:

*"Se, e a quali condizioni e limiti, il difetto di specificità dei motivi di appello comporti l'inammissibilità dell'impugnazione".*

1.1. Si tratta di un problema che concerne uno dei più delicati snodi dell'intero sistema processuale penale, perché concerne l'ampiezza del "filtro" costituito dalla declaratoria di inammissibilità delle impugnazioni, previsto dall'art. 591, comma 2, cod. proc. pen.; declaratoria che il giudice deve emettere,

tra l'altro, qualora l'atto impugnatorio difetti di uno dei requisiti individuati dall'art. 581 dello stesso codice (art. 591, comma 1, lettera c, cod. proc. pen.). Tali disposizioni si collocano entrambe nel Titolo I («Disposizioni generali») del Libro IX («Impugnazioni») e sono, perciò, certamente applicabili sia all'appello che al ricorso per cassazione. Esse disciplinano i requisiti formali e sostanziali cui deve sottostare l'atto introduttivo, e rappresentano il superamento del principio di libertà delle forme che caratterizzava il previgente codice di rito del 1930, nel quale, tra l'altro, il momento della presentazione dell'impugnazione era separato da quello della presentazione dei motivi.

Il codice vigente delinea, dunque, un "modello" di impugnazione in forma scritta che, da un lato, deve consentire l'individuazione del provvedimento impugnato, attraverso l'indicazione anche della data e dell'autorità emittente (art. 581, alinea) e, dall'altro lato, deve "enunciare" i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione (art. 581, lettera a), le richieste (lettera b) nonché i motivi, per i quali – a differenza degli altri requisiti di cui alle lettere a e b – è prevista la necessità dell'indicazione "specifica" delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta (lettera c). E la dottrina individua le ragioni di tale impostazione – ritenuta funzionale ad una rigorosa definizione sia dell'oggetto del giudizio di controllo, sia dell'ambito dei poteri cognitivi e decisorii attribuiti al giudice dell'impugnazione – nella finalità di garantire il diritto alla verifica della giustizia, in senso ampio, della decisione, evitando, però, iniziative pretestuose e dilatorie.

La giurisprudenza di legittimità si pone in armonia con tale ricostruzione interpretativa, evidenziando, a proposito dei requisiti di forma richiesti dall'art. 581 cod. proc. pen., che «il contenuto tipico della impugnazione è stato [ rigorosamente definito dal codice di rito che, nel riconoscere alla parte le più ampie possibilità di iniziativa contro le decisioni ritenute erranee, ha inteso al tempo stesso evitare ogni uso strumentale e meramente dilatorio dei rimedi previsti» (Sez. 6, n. 5489 del 29/04/1999, Bassi).

1.2. L'individuazione dell'ambito di applicazione dei richiamati artt. 581, comma 1, lettera c), e 591, con riferimento agli atti introduttivi del giudizio di appello costituisce, dunque, una problematica di rilevanza tutt'altro che teorica, ove solo si consideri che la declaratoria di inammissibilità può essere adottata anche d'ufficio in sede di legittimità, qualora l'inammissibilità stessa non sia stata rilevata dal giudice d'appello. Dagli artt. 591, comma 4, e 627, comma 4, cod. proc. pen., infatti, emerge che l'inammissibilità può essere dichiarata in ogni stato e grado del processo, se non rilevata dal giudice dell'impugnazione, salvo che nel giudizio conseguente ad annullamento con rinvio, in cui è invece preclusa la rilevazione delle inammissibilità verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari.

A ciò deve aggiungersi che anche l'inammissibilità dell'impugnazione per il difetto di specificità dei motivi, come ogni altro vizio "genetico", preclude non solo l'esame del merito, ma anche l'eventuale rilevazione, ex art. 129 cod. proc. pen., di eventuali cause di non punibilità, come la prescrizione del reato, anche se intervenuta prima della sentenza impugnata, e tuttavia non rilevata né eccepita in quella sede, e neppure dedotta con i motivi di ricorso. L'inammissibilità dell'impugnazione deve essere considerata, infatti, una categoria unitaria, nell'ambito di un sistema contraddistinto dal principio dispositivo, «nel senso che è nella facoltà delle parti dare ingresso, attraverso un atto conforme ai requisiti di legge richiesti, al procedimento di impugnazione e delimitare i punti del provvedimento da sottoporre al controllo dell'organo giurisdizionale del grado successivo. Ne consegue che il momento di operatività dell'effetto devolutivo *ope legis* non può che coincidere con la proposizione di una valida impugnazione, che investa l'organo giudicante della cognizione della *res iudicanda*, con riferimento sia ai motivi di doglianza articolati dalle parti sia a quelli che, inerendo a questioni rilevabili d'ufficio, si affiancano per legge ai primi [...]. Esistono all'interno dell'ordinamento fondamentali esigenze di funzionalità e di efficienza del processo, che devono garantire – nel rispetto delle regole normativamente previste e in tempi ragionevoli – l'effettivo esercizio della giurisdizione e che non possono soccombere di fronte ad un uso non corretto, spesso strumentale e pretestuoso, dell'impugnazione» (Sez. U, n. 12602 del 17/12/2015, dep.2016, Ricci, Rv. 266818).

2. Prima di esaminare il contrasto giurisprudenziale emerso in ordine alla specificità dei motivi di appello, appare opportuno richiamare, in sintesi, gli orientamenti di legittimità relativi alle conseguenze derivanti dal mancato o difettoso assolvimento, da parte dell'impugnante, dell'onere di "indicare" ed "enunciare", nel proprio atto, gli altri elementi menzionati dall'art. 581 cod. proc. pen., ovvero gli elementi identificativi del provvedimento impugnato, i capi o punti censurati e le richieste.

2.1. Quanto al primo dei requisiti sopra menzionati, si afferma che, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, l'omessa od errata indicazione del provvedimento impugnato, della data del medesimo e

del giudice che lo ha emesso non ha rilievo di per sé, ma solo in quanto può determinare incertezza nell'individuazione dell'atto (*ex multis*, Sez. 1, n. 23932 del 17/05/2013, Marini, Rv. 255813). E ciò, perché il combinato disposto degli artt. 591, comma 2, e 581, alinea, cod. proc. pen. deve esser letto non isolatamente, bensì nel contesto normativo complessivo concernente le impugnazioni, che denota la scelta legislativa del *favor impugnationis* (*ex multis*, Sez. 6, n. 13832 del 26/02/2015, Bertolucci, Rv. 262935 Sez. U, n. 10296 del 12/10/1993, Balestriere, Rv. 195000).

2.2. In relazione all'enunciazione dei "capi" o dei "punti" cui si riferisce l'impugnazione (art. 581, lettera a), le Sezioni Unite hanno chiarito che la nozione di "capo di sentenza", riferibile soprattutto alle sentenze plurime o cumulative, va riferita ad ogni decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all'imputato: si tratta, cioè, di «un atto giuridico completo, tale da poter costituire anche da solo, separatamente, il contenuto di una sentenza»; laddove invece «il concetto di "punto della decisione" ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo, tenendo presente, però, che non costituiscono punti del provvedimento impugnato le argomentazioni svolte a sostegno di ciascuna statuizione». E lo scopo della enunciazione dei capi o punti della decisione è quello di delimitare con precisione l'oggetto dell'impugnazione e di scongiurare impugnazioni generiche e dilatorie, in modo tale che sia lo stesso impugnante a segnare gli esatti confini dell'oggetto del gravame. Il requisito della specificità costituisce, così, l'asse portante delle prescrizioni richieste dal richiamato art. 581: dall'indicazione dei capi e dei punti della decisione che si impugna, per terminare con le richieste ed i motivi (Sez. U, n. 6903 del 27/05/2016, dep. 2017, Aiello, e Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006, dep. 2007, Michaeler, Rv. 235697, che hanno espressamente richiamato i principi espressi da Sez. U, n. i del 19/01/2000, Tuzzolino, Rv. 216239). Anche per tale requisito, comunque, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento antiformalistico: si è infatti esclusa l'inammissibilità dell'impugnazione nel caso in cui il capo della sentenza che si intende impugnare sia stato erroneamente indicato, purché tale capo possa essere agevolmente identificato attraverso la lettura dei motivi di gravame che costituiscono parte integrante dell'atto di impugnazione, concorrendo efficacemente a delinearne il reale contenuto (Sez. 6, n. 539 del 17/02/1998, Sacco, Rv. 210753; Sez. 6, n. 1441 del 01/12/1993, dep. 1994, Marongiu, Rv. 197180).

2.3. Anche quanto alle "richieste" di cui all'art. 581, lettera b), si registra nella giurisprudenza di legittimità un orientamento non formalistico, essendosi più volte affermato che esse possono anche desumersi implicitamente dai motivi quando da questi emergano in modo inequivoco; e ciò perché l'atto di impugnazione va valutato nel suo complesso in applicazione del principio del *favor impugnationis* (Sez. 5, n. 23412 del 06/05/2003, Caratossidis, Rv. 224932; in senso analogo, Sez. 6, n. 29235 del 18/05/2010, Amato, Rv. 248205; Sez. 6, n. 7742 del 06/02/2004, Gaudiso, Rv. 228978). Si è precisato, peraltro, che la valutazione giudiziale può supplire ad un'enunciazione erronea o insufficiente delle richieste, ma non alla sua assoluta mancanza (Sez. 6, n. 42764 del 18/09/2003, Scalia, Rv. 226934).

3. A differenza che per i profili appena esaminati, l'art. 581 cod. proc. pen. prevede espressamente, per l'enunciazione dei "motivi" di impugnazione, il requisito della "specificità", riferita alle «ragioni di diritto» e agli «elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta». E la precisazione delle caratteristiche e dei contorni di tale specificità assume rilevanza decisiva ai fini della valutazione di ammissibilità, da effettuarsi ai sensi dell'art. 591, comma 1, lettera c), cod. proc. pen.

4. A prescindere dalla casistica giurisprudenziale che ha per oggetto le ipotesi, assolutamente patologiche, nelle quali l'impugnazione risulta intrinsecamente priva di specificità e prima di passare ad analizzare la questione della specificità dell'appello, è opportuno richiamare la consolidata giurisprudenza che ha affermato l'inammissibilità del ricorso per cassazione in caso di mancanza di correlazione tra le ragioni argomentate dalla decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione.

Sul piano generale, si è evidenziato che i motivi di ricorso per cassazione sono inammissibili «non solo quando risultano intrinsecamente indeterminati, ma altresì quando difettano della necessaria correlazione con le ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato» (Sez. 5, n. 28011 del 15/02/2013, Sammarco, Rv. 255568), e che le ragioni di tale necessaria correlazione tra la decisione censurata e l'atto di impugnazione risiedono nel fatto che quest'ultimo «non può ignorare le ragioni del provvedimento censurato» (Sez. 2, n. 11951 del 29/01/2014, Lavorato, Rv. 259425).

Più in particolare, si è ritenuto «inammissibile il ricorso per cassazione fondato su motivi che si risolvono nella pedissequa reiterazione di quelli già dedotti in appello e puntualmente disattesi dalla corte di merito, dovendosi gli stessi considerare non specifici ma soltanto apparenti, in quanto omettono di assolvere la tipica funzione di una critica argomentata avverso la sentenza oggetto di ricorso» (Sez. 6, n. 20377 del

11/03/2009, Arnone, Rv. 243838). Nella medesima prospettiva è stata rilevata, per un verso, l'inammissibilità del ricorso per cassazione «i cui motivi si limitino a enunciare ragioni ed argomenti già illustrati in atti o memorie presentate al giudice a quo, in modo disancorato dalla motivazione del provvedimento impugnato» (Sez. 6, n. 22445 del 08/05/2009, Candita, Rv. 244181). E non è comunque sufficiente, ai fini della valutazione di ammissibilità, che ai motivi di appello vengano aggiunte «frasi incidentali di censura alla sentenza impugnata meramente assertive ed apodittiche, laddove difettino di una critica argomentata avverso il provvedimento 'attaccato' e l'indicazione delle ragioni della loro decisività rispetto al percorso logico seguito dal giudice di merito» (Sez. 6, n. 8700 del 21/01/2013, Leonardo, Rv. 254584)».

5. Le considerazioni che precedono valgono, però, solo con riferimento ai requisiti di specificità estrinseca dei motivi di ricorso per cassazione. Diversa è invece la situazione con riferimento alla valutazione dei motivi di appello, in relazione alla quale si è sviluppato il contrasto interpretativo oggetto della presente decisione.

Prima di procedere all'analisi dei due indirizzi interpretativi in contrasto, è opportuno evidenziare preliminarmente che la questione controversa è stata trattata, anche di recente, da un numero elevatissimo di pronunce: ciò rende inevitabile fare riferimento solo alle decisioni che sono apparse particolarmente rappresentative, perché contengono esplicite enunciazioni di principio. Tali decisioni si differenziano dal gran numero di quelle in cui i diversi criteri valutativi utilizzati hanno costituiscono un presupposto implicito del decidere, e non l'espressione di un principio enunciato e giuridicamente motivato sul piano astratto.

5.1. L'indirizzo favorevole ad una differente valutazione dell'inammissibilità dei motivi di appello, con specifico riguardo alla necessità di sottoporre ad una puntuale critica la motivazione della sentenza impugnata, afferma la necessità di valutare il requisito della specificità dei motivi di appello in termini meno stringenti e comunque diversi rispetto al corrispondente scrutinio dei motivi di ricorso per cassazione, talora limitandosi a richiamare il principio del *favor impugnationis*, in altre occasioni valorizzando anche la diversa struttura del giudizio di appello rispetto a quello di legittimità, con particolare riferimento alla differente funzione rispettivamente svolta, dai motivi di ricorso, nell'individuazione dei poteri cognitivi e decisorii del giudice dell'impugnazione.

Le sentenze che sono espressione di tale indirizzo non negano la necessità di valutare con rigore la c.d. "genericità intrinseca" dei motivi, ritenendo inammissibili gli appelli fondati su considerazioni generiche o astratte, o comunque non pertinenti al caso concreto (*ex plurimis*, Sez. 6, n. 3721 del 2016 e Sez. 1, n. 12066 del 05/10/1992, Makram), ovvero su generiche doglianze concernenti l'entità della pena a fronte di sanzioni sostanzialmente coincidenti con il minimo edittale (*ex multis*, Sez. 6, n. 18746 del 21/01/2014, Raiani, Rv. 261094).

Il segnalato contrasto ha, dunque, per oggetto la sola c.d. "genericità estrinseca" dei motivi di appello, ovvero la mancanza di correlazione fra questi e le ragioni di fatto o di diritto su cui si basa la sentenza impugnata.

5.1.1. Si è infatti sostenuto che la valutazione del tasso di determinatezza dei motivi di impugnazione, da cui dipende l'ammissibilità dell'atto, deve essere volta ad accertare la loro chiarezza e specificità in rapporto ai principi della domanda, della devoluzione e del diritto di difesa dei controinteressati. E ciò in considerazione del fatto che, pur essendo le norme in materia d'impugnazione ispirate ad un principio di articolato formalismo, nella implicita e necessaria prospettiva di delimitare nei suoi esatti confini il campo di indagine del giudice del gravame, tale formalismo non deve essere inutilmente esasperato, ogni qualvolta sia possibile la sicura individuazione dei vari elementi dell'atto di impugnazione, altrimenti mortificandosi il principio del *favor impugnationis*. Si valorizza, dunque, la necessità di valutare l'atto di appello nel suo complesso, al fine di apprezzarne la completezza e quindi l'idoneità a dare impulso al successivo grado di giudizio, e si esclude che l'inammissibilità possa discendere dal fatto che le censure, riproposte con i motivi di appello, siano state già esaminate e confutate dal giudice di primo grado. E ciò in quanto «tale rilievo, se è pertinente nell'ambito del giudizio di cassazione, nel quale costituisce motivo di 'aspecificità' la mancanza di correlazione tra le ragioni argomentative della decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione, non può essere utilizzato con riferimento al giudizio di appello in considerazione dell'effetto devolutivo dei motivi di impugnazione, che consente ed impone al giudice di secondo grado la rivisitazione dei capi e dei punti impugnati» (Sez. 2, n. 36406 del 27/06/2012, Livrieri, Rv. 253983; in senso analogo, *ex multis*, Sez. 3, n. 23317 del 09/02/2016; Sez. 5, n. 8645 del 20/01/2016, Stabile; Sez.3, n. 5907 del 07/01/2014, F.R.; Sez. 2, n. 6609 del 03/12/2013, dep. 2014, Diop, Rv. 258199).

Le conclusioni appena esposte sono state ribadite da numerose pronunce, anche in tempi recenti, con varietà di accenti argomentativi (*ex multis*, Sez. 3, n.30388 del 13/04/2016, Curti; Sez. 6, n. 3721 del 24/11/2015, dep. 2016, Sanna, Rv. 265827; Sez. 5, n. 5619 del 24/11/2014, dep. 2015, Stankovic, Rv.262814; Sez. 1, a. 1445 del 14/10/2013, dep. 2014, Spada, Rv. 258357).

Altre pronunce riconducibili all'indirizzo in esame pongono l'accento non tanto sulla diversità strutturale e funzionale del giudizio di appello rispetto a quello di cassazione, quanto sulla centralità del principio del *favor impugnationis*, inteso come una clausola generale, alla cui stregua deve essere interpretato l'art. 581, lettera c), cod. proc. pen. per evitare che esso divenga uno strumento di fatto per la deflazione dei carichi di lavoro (Sez. 6, a. 9093 del 14/01/2013, Lattanzi, Rv. 255718. V. anche Sez. 2, a. 16350 del 03/02/2016, Cerreto; Sez. 2, a. 2782 del 24/11/2015, dep. 2016, Tavella; Sez. 5, a. 41082 del 19/09/2014, dep. 2015, Sforzato, Rv. 260766).

5.1.2. Vi sono poi alcune pronunce che si collocano in posizione intermedia tra l'orientamento di cui sopra e l'opposto orientamento, restrittivo, di cui si dirà. Esse riguardano, in particolare, il profilo della riproposizione, nell'atto di impugnazione, di questioni già esaminate e disattese nella sentenza impugnata ed affermano che è la diversità strutturale tra i due giudizi a far escludere che la riproposizione di questioni già esaminate e disattese in primo grado sia causa di inammissibilità dell'appello, che ha per contenuto la rivisitazione integrale del punto "attaccato", con i medesimi poteri del primo giudice ed anche a prescindere dalle ragioni dedotte nel motivo: inammissibilità che sussiste invece nel giudizio di cassazione, dove la censura deve colpire uno dei vizi della motivazione tassativamente indicati nella lettera e) dell'art. 606 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 13449 del 12/02/2014, Kasem, Rv. 259456; Sez. 4, n. 48469 del 07/12/2011, El Katib, Rv. 251934).

Si tratta di affermazioni che sono state in più occasioni riprese da altre pronunce, che hanno anch'esse escluso, per ragioni sistematiche, l'inammissibilità del motivo di appello contenente una mera richiesta di rivalutazione delle prove. Si è osservato, in particolare, che il carattere peculiare del giudizio di appello è proprio quello di avere ad oggetto la riproposizione delle medesime questioni prospettate e respinte in primo grado ed una nuova valutazione degli elementi probatori acquisiti in primo grado, dal momento che non si verte in un caso di ricorso di legittimità, bensì di una impugnazione di merito, naturalmente diretta ad una piena *revisio prioris instantiae*, ovviamente nei limiti del devoluto (*ex multis*, Sez. 3, n. 11678 del 03/03/2015, Mazzucchetti; Sez. 6, n. 50613 del 06/12/2013, Kalboussi, Rv. 258508; Sez. 3, n. 1470 del 20/11/2012, dep. 2013, Labzaoui, Rv. 254259).

5.2. Il secondo orientamento che ha dato vita al contrasto oggetto del presente giudizio è quello che afferma la sostanziale omogeneità della valutazione della specificità estrinseca dei motivi di appello e dei motivi di ricorso per cassazione; omogeneità che trova la sua base in considerazioni di tipo sistematico, imperniate sulla struttura del giudizio di appello. Si tratta anche in questo caso di affermazioni formulate con accenti diversi, a cui la giurisprudenza di legittimità è giunta attraverso percorsi argomentativi non sempre omogenei.

Una prima ragione alla base della piena equiparazione tra appello e ricorso per cassazione, quanto alla specificità dei motivi di censura, è stata individuata – come anticipato – nella natura del giudizio di appello, che non costituisce un "nuovo giudizio", ma «uno strumento di controllo o, *rectius*, di censura, su specifici punti e per specifiche ragioni, della decisione impugnata»; con la conseguenza che l'impugnazione deve «esplicitarsi attraverso una critica specifica, mirata e necessariamente puntuale della decisione impugnata e da essa deve trarre gli spazi argomentativi della domanda di una decisione corretta in diritto ed in fatto» (Sez. 6, n. 13621 del 06/02/2003, Valle, Rv. 227194).

In alcuni casi, peraltro, il requisito della specificità estrinseca è delineato in termini di particolare rigore, nel senso che sono stati ritenuti generici i motivi non attinenti alla effettiva *ratio decidendi* della decisione appellata, e quelli che «non impongono le strutture portanti del costruito argomentativo della decisione appellata nella prospettiva, prescritta dal rito, della confutazione dialettica delle ragioni specifiche effettivamente poste dal giudice a quo a fondamento della decisione impugnata» (Sez. 1, n. 26336 del 09/06/2011, Borra). E si è osservato che solo la rilevazione di una "manifesta carenza" di specificità del motivo, per la mancanza di ogni concreta correlazione con le ragioni esposte nella sentenza impugnata, può ritenersi compatibile – secondo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 591, comma 2, cod. proc. pen. – con la procedura de piano ivi prevista (Sez. 3, n. 12355 del 07/01/2014, Palermo, Rv. 259742).

Il variegato panorama delle pronunce ascrivibili all'orientamento "restrittivo" è poi arricchito da una serie di decisioni che hanno evidenziato la necessità di valutare «con minor rigore» la specificità

dei motivi di appello, rispetto a quelli di ricorso per cassazione, pur contestualmente precisando che tale differente valutazione «non può comportare la sostanziale elisione» del requisito di cui all'art. 581, lettera c), cod. proc. pen. (*explurimis*, Sez. 6, n. 2345 del 18/12/2015, dep. 2016, Carpiceci; Sez. 7, n. 17461 del 03/07/2015, dep. 2016, Pantano; Sez. 5, n. 39210 del 29/05/2015, Jovanovic, Rv. 264686).

6. Ritengono le Sezioni Unite, condividendo le considerazioni svolte dal Procuratore generale, che il secondo dei due orientamenti sopra descritti sia più coerente con il dato normativo, perché assimila sostanzialmente l'appello e il ricorso per cassazione, ricostruendo correttamente l'ambito e la portata degli artt. 581 e 591 cod. proc. pen., dai quali emerge che, tra i requisiti di ammissibilità dell'appello, rientrano anche l'enunciazione e l'argomentazione di rilievi critici relativi alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata.

6.1. È opportuno procedere preliminarmente a delineare i tratti comuni e i tratti distintivi dei due mezzi di impugnazione, ai fini che qui interessano.

6.1.1. Sotto il primo profilo, vengono in rilievo i richiamati artt. 581 e 591 cod. proc. pen., disposizioni che si collocano entrambe nel Titolo I («Disposizioni generali») del Libro IX («Impugnazioni»). La prima delle due disposizioni disciplina la «forma dell'impugnazione, prevedendo che questa si «propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso, e sono enunciati: a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) le richieste; c) i motivi, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta». Essa deve essere letta in combinato disposto con la seconda, la quale – tra le altre fattispecie di inammissibilità dell'impugnazione (di cui alle lettere a, b, d, del comma 1) – prevede, alla lettera c), l'inosservanza di una serie di disposizioni, tra le quali è indicato l'art. 581. I successivi commi dell'art. 591 disciplinano il procedimento per la dichiarazione di inammissibilità, che ha una struttura fortemente semplificata. Si prevede, infatti: a) che «il giudice dell'impugnazione, anche di ufficio, dichiara con ordinanza l'inammissibilità e dispone l'esecuzione del provvedimento impugnato» (comma 2)»; b) che tale ordinanza è notificata a chi ha proposto l'impugnazione ed è soggetta a ricorso per cassazione e che, se l'impugnazione è stata proposta personalmente dall'imputato, è notificata anche al difensore (comma 3); c) che «l'inammissibilità, quando non è stata rilevata a norma del comma 2, può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento» (comma 4). Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio tale speciale procedimento, essendo sufficiente qui rimarcare che la sua previsione codicistica conferma la centralità della valutazione dell'ammissibilità dell'impugnazione, nonché l'autonomia di tale valutazione, logicamente prioritaria ed eventualmente preclusiva, rispetto a quella del merito.

6.1.2. Quanto ai tratti distintivi, va evidenziato che l'appello costituisce un'impugnazione «a critica libera», non essendo tipizzate dal legislatore le categorie dei motivi di censura che possono essere formulati, ed «attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti» (art. 597, comma 1, cod. proc. pen.). Invece, il ricorso per cassazione costituisce un mezzo di impugnazione a critica vincolata (essendo inammissibile se proposto per motivi diversi da quelli stabiliti dalla legge, ai sensi dell'art. 606, commi 1 e 3, cod. proc. pen.), che, di regola, «attribuisce alla corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti» (art. 609, comma 1, cod. proc. pen.).

6.2. In tale contesto normativo si colloca il contrasto giurisprudenziale oggetto del presente giudizio, che trova il suo fondamento nella tensione che indubbiamente esiste fra il principio di specificità dell'appello, enunciato dal richiamato art. 581, comma 1, lettera c), cod. proc. pen., che non opera alcuna distinzione fra appello e ricorso per cassazione, e il principio devolutivo fissato dall'art. 597, comma 1, secondo cui la cognizione del giudice d'appello non è limitata ai motivi proposti, ma si estende ai punti della decisione ai quali essi si riferiscono.

Si tratta di un contrasto che non ha per oggetto il requisito della «specificità intrinseca» dei motivi, la cui mancanza è pacificamente causa di inammissibilità dell'appello. E così devono essere ritenuti inammissibili gli appelli fondati su considerazioni di per sé generiche o astratte, o evidentemente non pertinenti al caso concreto.

Le difformità tra le soluzioni giurisprudenziali sopra evidenziate riguardano, dunque, la cosiddetta «specificità estrinseca», che può essere definita come la esplicita correlazione dei motivi di impugnazione con le ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata.

7. La tesi della riferibilità della «specialità estrinseca» anche all'appello, oltre che al ricorso per cassazione, si fonda su solide basi letterali e sistematiche.

7.1. Deve preliminarmente rilevarsi che il richiamo all'esigenza di specialità estrinseca dei motivi di appello non è ostacolato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di processo equo (art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo). Infatti essa ammette che vi siano requisiti di ammissibilità delle impugnazioni ed evidenza che non sussiste una «garanzia alla “doppia conforme” sul merito della regiodicanda», richiamando l'ampia discrezionalità degli Stati in ordine alla configurazione dei mezzi di impugnazione e dei conseguenti giudizi.

7.1.1. Sotto il primo profilo, assume rilievo la sentenza della Corte EDU, Sez. 4, 16/06/2015, Mazzoni c. Italia, § 39-40, in cui si afferma che «il ‘diritto a un tribunale’, di cui il diritto di accesso costituisce un aspetto particolare, non è assoluto e si presta a limitazioni implicitamente ammesse, soprattutto per quanto riguarda le condizioni di ricevibilità di un ricorso, perché per sua stessa natura richiede anche una regolamentazione da parte dello Stato, il quale a tale proposito gode di un certo margine di apprezzamento. Tuttavia, queste restrizioni non possono limitare l'accesso disponibile alla parte in causa in maniera o a un punto tali che il suo diritto a un tribunale venga leso nella sua stessa sostanza; infine, esse si conciliano con l'articolo 6 § 1 soltanto se tendono ad uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito (si veda, fra molte altre, Edificaciones March Gallego S.A. c. Spagna, 19 febbraio 1998, § 34 [ Inoltre, la compatibilità delle limitazioni previste dal diritto interno con il diritto di accesso a un tribunale, riconosciuto dall'art. 6 § 1 della Convenzione, dipende dalle particolarità della procedura in causa e dall'insieme del processo condotto nell'ordinamento giuridico interno (*ex multis*, Khalfaoui c. Francia, n. 34791/97, CEDU 1999-IX; Mohr c. Lussemburgo, n. 29236/95, 20 aprile 1999; in senso analogo, Corte EDU, Sez. 3, 12/10/2010, Atanasiu c. Romania, § 114-115; Corte EDU, Sez. 2, 03/11/2009, Davran c. Turchia, § 37-38).

7.1.2. Sotto il secondo profilo – quello della garanzia del doppio grado di giurisdizione – viene in rilievo l'art. 2 del Protocollo n. 7 della Convenzione, il cui primo comma prevede che «ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge». E l'interpretazione giurisprudenziale (Corte EDU, Sez. 4, 20/10/2015, Di Silvio c. Italia, § 50) ha chiarito che tale disposizione regola principalmente questioni istituzionali, «come l'accesso a una corte di appello o la portata del riesame che può essere effettuato da quest'ultima (Shvydka c. Ucraina, n. 17888/12, § 49, 30 ottobre 2014)»; con la conseguenza che gli Stati contraenti dispongono, in linea di principio, di un ampio potere discrezionale per decidere le modalità di esercizio del relativo diritto.

Sempre sotto tale profilo, vengono anche in rilievo le affermazioni contenute nella recente sentenza della Corte EDU, Sez. 1, 15/09/2016, Trevisanato c. Italia, riferita al sistema del cosiddetto filtro “a questi”, di cui all'abrogato art. 366-b/s cod. proc. civ. Tali affermazioni, pur essendo riferite a una diversa categoria di giudizio e a un diverso mezzo di impugnazione, sono suscettibili di essere estese anche all'appello penale. Con esse si ribadisce, infatti, che il legislatore, nell'ambito del suo margine di apprezzamento, può imporre requisiti formali, anche rigorosi, per l'ammissibilità dell'impugnazione, a condizione che questi rispettino il principio di proporzionalità, ovvero: non siano tali da vanificare il diritto a una pronuncia di merito attraverso l'imposizione eccessivi formalismi, siano chiari e prevedibili, non impongano eccessivi oneri alla parte impugnante per l'esercizio del diritto di difesa.

7.2. Venendo all'ordinamento interno, deve osservarsi che, dal combinato disposto degli artt. 581, comma 1, lettera c), 591, comma 1, lettera c), e 597, comma 1, cod. proc. pen., emerge che l'ultima di tali disposizioni – nello stabilire che la cognizione del procedimento è attribuita al giudice d'appello limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti – non può essere interpretata nel senso che sia sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, che i motivi si riferiscano semplicemente a “punti della decisione”. Infatti l'espressione “si riferiscono”, contenuta nella disposizione, deve essere riempita di contenuto proprio sulla base dell'art. 581, comma 1, lettera c); con la conseguenza che essa non può che significare “indicano specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta”, in relazione ai punti della sentenza e, dunque, in relazione alla motivazione della sentenza che sorregge tali punti. In altri termini, il richiamato combinato disposto delinea: una prima fase, necessaria, di delibazione dell'ammissibilità, che ha per oggetto tutte le verifiche richieste dal comma 1 dell'art. 591, compresa quella sulla specificità estrinseca dei motivi; una seconda fase, successiva ed eventuale, di valutazione del merito. Dunque, alla circostanza che la valutazione del merito nel giudizio di appello sia riferita ai “punti” e non ai “motivi” e che all'esito di tale valutazione il giudice di appello possa giungere anche a ricostruzioni di fatto o di diritto diverse da quelle prospettate

dall'appellante non consegue che il giudice d'appello possa accedere alla valutazione del merito a fronte di motivi che non rispettino il requisito della specificità. In altri termini, la piena *cognitio* che caratterizza i poteri del giudice d'appello – privo di vincoli rispetto sia al contenuto dei motivi di ricorso, sia alle argomentazioni svolte dal primo giudice – viene in rilievo solo se e nei limiti in cui questo sia stato legittimamente investito di quei poteri: ciò che può avvenire solo a seguito di un'impugnazione che risulti rispettosa anche delle previsioni di cui all'art. 581 cod. proc. pen., funzionali alla tutela di esigenze sistematiche che assumono rilievo costituzionale.

A tale conclusione non si può opporre il principio del *favor impugnationis* – richiamato nelle sentenze che sono espressione dell'indirizzo interpretativo qui non condiviso – perché tale principio non può che operare nell'ambito dei rigorosi limiti rappresentati dalla natura intrinseca del mezzo di impugnazione, che è delineata non solo dall'art. 597, comma 1, ma anche dall'art. 581, comma 1, lettera c). In altri termini, la necessità di valutare con minore rigore la specificità dei motivi di appello, rispetto a quelli di ricorso per cassazione, non può comportare la sostanziale elisione di tale requisito, con la sua riduzione alla sola specificità intrinseca. E non si tratta, come pure affermato in giurisprudenza, di una indebita utilizzazione della lettera c) del comma 1 dell'art. 581, quale strumento di fatto per una generalizzata “deflazione dei carichi di lavoro”, perché la valorizzazione del requisito della specificità estrinseca dei motivi di appello consente, invece, una selezione razionale delle impugnazioni, escludendo la trattazione nel merito per quelle che non contengono sufficienti riferimenti “ai punti della decisione”, che delimitano la cognizione del giudice d'appello.

7.3. Sul piano sistematico, la necessità della specificità estrinseca dei motivi di appello trova fondamento nella considerazione che essi non sono diretti all'introduzione di un nuovo giudizio, del tutto sganciato da quello di primo grado, ma sono, invece, diretti ad attivare uno strumento di controllo, su specifici punti e per specifiche ragioni, della decisione impugnata. E in un processo accusatorio, basato sulla centralità del dibattimento di primo grado e sull'esigenza di un diretto apprezzamento della prova da parte del giudice nel momento della sua formazione, il giudizio di appello non può e non deve essere inteso come un giudizio a tutto campo; con la conseguenza che le proposizioni argomentative sottoposte a censura devono essere, in relazione al punto richiesto, enucleate dalla decisione impugnata. L'impugnazione deve, in altri termini, esplicitarsi attraverso una critica specifica, mirata e necessariamente puntuale della decisione impugnata e da essa deve trarre gli spazi argomentativi della domanda di una decisione corretta in diritto ed in fatto. Le esigenze di specificità dei motivi non sono, dunque, attenuate in appello, pur essendo l'oggetto del giudizio esteso alla rivalutazione del fatto. Poiché l'appello è un'impugnazione devolutiva, tale rivalutazione può e deve avvenire nei rigorosi limiti di quanto la parte appellante ha legittimamente sottoposto al giudice d'appello con i motivi d'impugnazione, che servono sia a circoscrivere l'ambito dei poteri del giudice stesso sia a evitare le iniziative meramente dilatorie che pregiudicano il corretto utilizzo delle risorse giudiziarie, limitate e preziose, e la realizzazione del principio della ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost.

Né può essere invocata la necessità di presidiare il “diritto di difesa” in considerazione del fatto che il giudizio d'appello configurerebbe l'ultima possibilità di rivalutazione del merito della vicenda processuale, poiché il giudizio di appello non è configurato come pura e semplice *revisio prioris instantiae*; mentre, nel sistema delineato dagli artt. 581, 591, 597, comma 1, cod. proc. pen., si ravvisa l'esigenza di delimitare e circoscrivere i poteri del giudice di appello, in modo da rendere effettivo l'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica coordinata di atti, rispondente al valore costituzionale della ragionevole durata (Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, Battistella).

Ed è per questo che i motivi, per indirizzare realmente la decisione di riforma, devono contenere, seppure nelle linee essenziali, ragioni idonee a confutare e sovvertire, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice. Solo attribuendo tali connotazioni al requisito di specificità dei motivi di appello, in definitiva, il giudice dell'impugnazione può dirsi efficacemente investito dei poteri decisorii di cui all'art. 597, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., nonché legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica, senza essere vincolato alle alternative decisorie prospettate nei motivi di appello.

7.4. L'affermazione della necessaria esplicita correlazione dei motivi di appello con la sentenza impugnata si pone, peraltro, in coerenza con l'attuale indirizzo di riforma legislativa, rappresentato dal disegno di legge recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”, approvato dalla Camera dei Deputati il 23/09/2015, ed attualmente all'esame del Sena-

to (Atti Senato, n. 2067), diretto, fra l'altro, alla razionalizzazione, deflazione ed efficacia delle procedure impugnatorie.

Tale intervento modificativo si muove in una duplice direzione: da un lato, si prevede la costruzione di un modello legale di motivazione in fatto della decisione di merito, che si accorda con l'onere di specificità dei motivi di impugnazione; dall'altro, si interviene sui requisiti formali di ammissibilità dell'impugnazione, che vengono resi coerenti con tale modello. In particolare, l'art. 18 del disegno di legge reca una modifica radicale dell'art. 546, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., disponendo che la sentenza debba contenere «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con la indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con la enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo: 1) all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono alla imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza; 3) alla responsabilità civile derivante dal reato; 4) all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali». In sostanza, si riconosce e si rafforza il necessario parallelismo che sussiste fra motivazione della sentenza e motivo di impugnazione, richiedendo, per entrambi, un pari rigore logico-argomentativo. E, in tale ottica, l'art. 21, comma 2, del disegno di legge interviene sull'art. 581 cod. proc. pen., anzitutto prevedendo in via generale che, a pena di inammissibilità, l'enunciazione dei vari requisiti sia "specificata" (laddove invece l'attuale testo dell'art. 581 richiede la specificità per i soli motivi, non anche per i capi o punti della decisione censurati, né per le richieste); inoltre, si richiede l'enunciazione specifica anche «delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione e l'omessa o erronea valutazione»; infine, si dispone che l'enunciazione specifica delle richieste comprenda anche quelle "istruttorie".

Si tratta, dunque, di interventi che, realizzando un collegamento sistematico fra l'art. 581 e l'art. 546 cod. proc. pen. ancora più stretto di quello già esistente, confermano la conclusione che l'onere di specificità dei motivi di impugnazione, proposti con riferimento ai singoli punti della decisione, è direttamente proporzionale alla specificità delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata, con riferimento ai medesimi punti.

7.5. La valorizzazione della specificità dei motivi di appello nel processo risulta pienamente coerente anche con gli sviluppi del modello del processo civile, che risulta caratterizzato – sia nell'interpretazione giurisprudenziale data alla previgente disciplina, sia nel tenore letterale della disciplina attualmente vigente – dal principio di specificità dell'impugnazione, addirittura con la previsione che, ai fini dell'ammissibilità, assuma rilievo la ragionevole probabilità che l'impugnazione sia accolta.

In particolare, la disciplina dei requisiti formali dell'atto di appello è contenuta nell'art. 342 cod. proc. civ., che, nel testo in vigore prima della modifica introdotta dall'art. 54 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, si limitava a prevedere che l'appello contenesse «l'esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione», senza peraltro esplicitamente prevedere conseguenze per il difetto di specificità. Tuttavia, le Sezioni Unite civili avevano ricondotto tale patologica ipotesi nell'alveo dell'inammissibilità, ricostruita come conseguenza della nullità di un atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo (evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado) ed insuscettibile di sanatoria (Sez. U civ., n. 16 del 29/01/2000, Rv, 533632). Le stesse Sezioni Unite civili hanno in seguito ulteriormente precisato i contorni della specificità, anche in relazione alla necessità di correlarsi con il percorso motivazionale del provvedimento impugnato, chiarendo che, «affinché un capo di sentenza possa ritenersi validamente impugnato, non è sufficiente che nell'atto d'appello sia manifestata una volontà in tal senso, ma è necessario che sia contenuta una parte argomentativa che, contrapponendosi alla motivazione della sentenza impugnata, con espressa e motivata censura, miri ad incrinare il fondamento logico-giuridico» (Sez. U civ., n. 23299 del 09/11/2011 Rv. 620062).

La modifica dell'art. 342 cod. proc. civ. introdotta nel 2012 ha fornito pieno riscontro a tale orientamento. Infatti, il nuovo testo del primo comma del predetto articolo ha eliminato il generico riferimento ai "motivi specifici dell'impugnazione", disponendo che l'appello debba essere motivato, e prevedendo espressamente la sanzione di inammissibilità, qualora la motivazione non contenga «l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado» (art. 342, primo comma, n. 1), ovvero «l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata» (art. 342, primo comma, n. 2). Dello stesso tenore sono le prescrizioni introdotte

dalla riforma del 2012 anche nel nuovo testo dell'art. 434 cod. proc. civ., dedicato ai requisiti formali dell'atto di appello nelle controversie in materia di lavoro. E, come anticipato, si è parallelamente introdotta, con il nuovo art. 348-bis cod. proc. civ., una nuova causa di inammissibilità dell'appello, sostanzialmente corrispondente alla manifesta infondatezza, che il giudice deve dichiarare con ordinanza – salvo che nelle ipotesi contemplate dal secondo comma dello stesso art. 348-bis – quando l'impugnazione «non ha una ragionevole probabilità di essere accolta».

8. Affermata la necessità della specificità, anche estrinseca, dei motivi di appello resta da delinearne l'effettiva portata.

8.1. Un primo profilo problematico, che emerge da pronunce ascrivibili ad entrambi gli orientamenti in contrasto sopra descritti è rappresentato dalla riproposizione, attraverso l'appello, di questioni già di fatto dedotte in prima istanza.

Dal complesso di tali pronunce emergono solo difformità marginali, che si manifestano sotto il profilo del maggiore o minore rilievo attribuito all'uno o all'altro argomento nell'economia complessiva della motivazione, essendo chiaramente individuabile un quadro di riferimento comune, rappresentato, anche in questo caso, dalla maggiore ampiezza dell'ambito di cognizione del giudizio d'appello rispetto al giudizio di cassazione.

E proprio la diversità strutturale tra i due giudizi deve indurre ad escludere che la riproposizione di questioni già esaminate e disattese in primo grado sia di per sé causa di inammissibilità dell'appello. Il giudizio di appello ha infatti per oggetto la rivisitazione integrale del punto di sentenza oggetto di doglianza, con i medesimi poteri del primo giudice ed anche a prescindere dalle ragioni dedotte nel relativo motivo. Invece il giudizio di cassazione può avere per oggetto i soli vizi di mancanza, contraddittorietà, manifesta illogicità della motivazione, tassativamente indicati nella lettera e) dell'art. 606 cod. proc. pen.; con la conseguenza che il motivo di ricorso non può, per definizione, costituire una mera riproposizione del motivo di appello, perché deve avere come punto di riferimento non il fatto in sé, ma il costruito logico-argomentativo della sentenza d'appello che ha valutato il fatto.

Per contro – lo si ribadisce – se nel giudizio d'appello sono certamente deducibili questioni già prospettate e disattese dal primo giudice, l'appello, in quanto soggetto alla disciplina generale delle impugnazioni, deve essere connotato da motivi caratterizzati da specificità, cioè basati su argomenti che siano strettamente collegati agli accertamenti della sentenza di primo grado.

8.2. In secondo luogo, va rimarcato che il sindacato sull'ammissibilità dell'appello, condotto ai sensi degli artt. 581 e 591 cod. proc. pen., non può ricomprendere – a differenza di quanto avviene per il ricorso per cassazione (art. 606, comma 3, cod. proc. pen.) o per l'appello civile – la valutazione della manifesta infondatezza dei motivi di appello. La manifesta infondatezza non è infatti espressamente menzionata da tali disposizioni quale causa di inammissibilità dell'impugnazione. Dunque, il giudice d'appello non potrà fare ricorso alla speciale procedura prevista dall'art. 591, comma 2, cod. proc. pen., in presenza di motivi che siano manifestamente infondati e però caratterizzati da specificità intrinseca ed estrinseca.

8.3. Va infine sottolineato che le considerazioni che precedono riguardano, non solo i motivi in fatto, che devono contenere una precisa esposizione degli elementi a sostegno e una puntuale confutazione della motivazione della sentenza impugnata, ma anche i motivi in diritto, con i quali devono essere specificamente dedotte le violazioni di legge, sostanziale o processuale, nonché le ragioni della loro rilevanza nel caso concreto, non essendo sufficiente il mero richiamo delle disposizioni cui si riferiscono.

9. Deve essere dunque enunciato il seguente principio di diritto:

*“L'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata”.*

10. Venendo al caso di specie, in applicazione ditale principio, il ricorso per cassazione proposto nell'interesse dell'imputato deve essere ritenuto infondato.

10.1. L'ordinanza impugnata, emessa d'ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 2, cod. proc. pen., ha correttamente dichiarato inammissibile l'appello dell'imputato, rilevando che esso constava della mera richiesta di riduzione della pena, in quanto «eccessiva in considerazione delle modalità del fatto», evidenziando che una richiesta così formulata risulta palesemente deficitaria sotto il profilo della motivazione, siccome del tutto priva sia di riferimenti ad elementi oggettivi di valutazione, sia di una critica dialettica rispetto alle argomentazioni svolte dal Tribunale.

10.2. La declaratoria di inammissibilità dell'appello assume rilievo preclusivo rispetto all'esame del-

le ulteriori doglianze svolte dal ricorrente, relative: all'equivalenza tra le circostanze che – a suo dire – il Tribunale avrebbe ritenuto; alla quantificazione della pena (che si era discostata «in maniera illegittima e immotivata dal minimo edittale»); alla riduzione per le attenuanti generiche in misura inferiore ad un terzo. Si tratta, infatti, di doglianze che non attengono a vizi dell'ordinanza di inammissibilità impugnata, ma a pretesi vizi della sentenza di primo grado, che avrebbero dovuto essere censurati davanti al giudice d'appello con la formulazione di motivi di impugnazione sufficientemente specifici.

11. Il ricorso deve essere, dunque, rigettato, con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.  
Così deciso il 27/10/2016.

ANTONINO PULVIRENTI

Professore associato di diritto processuale penale – L.U.M.S.A. di Palermo

## La specificità estrinseca dei motivi di appello come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del *favor impugnationis*

### *The extrinsic specificity of the grounds as the admissibility requirement of the appeal: the end of favor impugnationis*

L'autore, ricostruita la fattispecie concreta che ha portato all'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite e dopo aver esposto serie perplessità in ordine alla sussistenza dei requisiti giustificativi di tale scelta, esamina il nucleo principale del ragionamento con il quale la sentenza, pur riconoscendo l'esistenza di una "tensione" concettuale tra gli articoli 581 e 597 c.p.p., aderisce all'orientamento secondo cui il requisito di specificità estrinseca dei motivi di impugnazione non vale solo per il ricorso in cassazione, ma anche per l'appello. Sebbene la suddetta conclusione appaia coerente con l'esigenza di attribuire all'appello una struttura compatibile con il modello accusatorio, il percorso interpretativo tracciato dalle Sezioni unite svela, ancora una volta, la tendenza di quest'ultima a sostituirsi al legislatore. Infine, l'Autore, nel rimarcare alcune affermazioni della sentenza idonee a delimitarne la portata (in particolare, la necessità di correlare la specificità richiesta all'atto di appello al tasso di determinatezza della motivazione della decisione impugnata), segnala la concreta possibilità che il principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite s'inserisca in un più ampio disegno giurisprudenziale, volto a ridurre fortemente l'ambito di operatività del giudizio di secondo grado.

*The author, reconstructed the concrete case that led to the assignment of the recourse to the Plenary Court of Cassation and expressed serious doubts regard to the existence of the justificatory requirements of that choice, he examines the main reasoning through which the judgment, while acknowledging the existence of a conceptual "tension" between Articles 581 and 597 cpp, adheres to the orientation that the requirement of extrinsic specificity of the grounds of appeal applies not only to the application in cassation but also to the appeal. Although this conclusion appears to be coherent with the need to attribute to the appeal a structure compatible with the accusatory model, the interpretative path traced by the Plenary Court reveals once again the tendency of the latter to replace the legislator. Lastly, the author, pointing out certain statements of the judgment capable of delimiting its scope (in particular, the need to correlate the specificity required by the appeal with the rate of determination of the grounds of the contested decision), emphasizes the fact that the principle of law produced by the Plenary Court enters into a wider jurisprudential project aimed at greatly reducing the applicability range of the second instance judgment.*

#### LA FUNZIONE "LEGISLATIVA" DELLE SEZIONI UNITE

Con la sentenza che ci accingiamo a commentare<sup>1</sup> le Sezioni unite hanno risolto una questione che perdurava da troppo tempo<sup>2</sup> e non è da escludere che proprio il fattore tempo abbia avuto un ruolo determinante nella decisione di assegnare il ricorso al massimo organo della nomofilachia. Ripercorrendo la fattispecie processuale oggetto della sentenza, invero, si ha la nitida sensazione che il ricorso proposto dalla difesa dell'imputato non avesse i requisiti minimi per approdare ad una sezione diversa dalla settima, posto che la Cassazione avrebbe potuto rilevare una inammissibilità già maturata in sede di appello per ragioni diverse e autonome da quelle oggetto della questione di diritto approdata alle Sezioni unite<sup>3</sup>. Dagli stessi dati che la sentenza espone è possibile ricavare le doglianze originariamente

<sup>1</sup>Per un primo commento della pronuncia, cfr. A. Muscella, *Ammissibilità dell'atto di appello e difetto di specificità dei relativi motivi*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 1 ss.; R. Bricchetti, *Inammissibile l'appello per difetto di specificità se non risultano argomentati i rilievi critici alla decisione*, in *Guida dir.*, 2017, 13, p. 90 ss.; B. Miglucchi-F. Petrelli, *I limiti sull'appello e quel rischio concreto di depotenziarlo*, in *Guida dir.*, 2017, 19, p. 10 s.

<sup>2</sup>La ricostruzione del lungo "dibattito" giurisprudenziale sul requisito della specificità (estrinseca) dei motivi è rinvenibile in V. Maffeo, *Riflessioni sul rapporto tra domanda di parte e poteri di cognizione nel giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 98 ss.

<sup>3</sup>Sul fatto che il motivo di inammissibilità non rilevato dalla Corte di appello imponga, in sede di legittimità, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, v. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2010, n. 43207, in *Guida dir.*, 2011, 4, p. 96, e le considerazioni, parzialmente critiche, di V. Maffeo, *Riflessioni*, cit., p. 98.

inserite nell'atto di appello e successivamente reiterate nel ricorso in cassazione: esse attengono alla mancata applicazione nel giudizio di primo grado di provvedimenti (concessione delle attenuanti generiche e giudizio di prevalenza o equivalenza delle stesse sulle contestati aggravanti) che in realtà il giudice di prima istanza aveva puntualmente applicato. Vi erano quindi gli estremi per ritenere che l'impugnazione, al di là della questione processuale inerente alla possibilità di riferire l'aspecificità estrinseca dei motivi anche al giudizio di appello, fosse inammissibile in quanto espressamente volta a perseguire un esito perfettamente sovrapponibile a quello contestato. Inoltre, anche a voler ignorare tale aspetto, sarebbe stato agevole ritenere la questione processuale assorbita dall'esistenza di un ulteriore profilo di inammissibilità, anch'esso riconducibile alla genericità intrinseca dei motivi posti, prima dall'appellante e poi dal ricorrente, a supporto delle proprie pseudo-doglianze, giacché, sempre in base ai dati riportati dalla sentenza annotata, non si riescono ad individuare le ragioni in diritto e in fatto che sarebbero state pretermesse dal giudice di primo grado e si ha, piuttosto, la percezione di trovarsi dinanzi ad atti di impugnazione intrisi di mere clausole di stile e formule assertive a scopo meramente dilatorio. Non può dunque escludersi che i giudici di legittimità non abbiano dichiarato l'inammissibilità del ricorso proprio al fine di non precludersi la possibilità di enunciare un principio di diritto su una questione ermeneutica di lungo corso e di significativa rilevanza sistematica. In termini ancora più audaci, potrebbe quasi sospettarsi che i giudici di Piazza Cavour abbiano atteso la prima occasione utile per intervenire su un tema che era già stato autonomamente inserito nel loro "calendario nomofilattico". Quello ipotizzato, del resto, è uno scenario che, se oggi può essere qualificato come un espediente volto a superare un limite formalmente posto allo *ius dicere* della Cassazione, in un futuro non molto lontano potrebbe corrispondere ad una funzione fisiologicamente attribuita ai giudici di legittimità, vale a dire quella di enunciare un principio di diritto su una questione giuridica ritenuta particolarmente rilevante indipendentemente dal fatto che esso possa avere effetti su un giudizio di impugnazione validamente instaurato. Il riferimento più immediato va alla recente proposta di riforma del codice di procedura penale d'iniziativa governativa, che, in seno ad una visione complessivamente ispirata al rafforzamento del precedente giurisprudenziale e al ruolo centrale delle Sezioni unite, consente a queste ultime di pronunciarsi anche nel caso in cui il ricorso ad esse assegnato sia divenuto inammissibile per una causa sopravvenuta<sup>4</sup>. Una innovazione che, così concepita, avrebbe un impatto abbastanza modesto, posto che il suo ambito operativo sarebbe relegato a situazioni statisticamente poco frequenti, quali la rinuncia dell'impugnazione o la sopravvenuta carenza di interesse; e che, però, potrebbe rappresentare solo l'inizio di un percorso di metamorfosi funzionale della Cassazione penale che, una volta inaugurato, potrebbe poi essere ampliato e completato fino a coincidere con quello portato a compimento (anche qui in modo progressivo) per la Cassazione civile<sup>5</sup>. Ciò che, in fondo, sganciando formalmente l'attività ermeneutica dei giudici dall'esercizio della giurisdizione, finirebbe per "certificare" un fenomeno già in atto, quale quello della coesistenza, accanto al diritto legislativo, di un diritto giurispru-

<sup>4</sup> Il riferimento è al d.d.l. AS 2067, il cui art. 1, comma 66, prevede l'inserimento nell'art. 618 c.p.p. del seguente comma 1-ter: «Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta». In relazione al proposito di rafforzamento del precedente giurisprudenziale, poi, la stessa disposizione si propone di introdurre nella citata disposizione codicistica un nuovo comma 1-bis del seguente tenore: «Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». Per una più ampia visione del citato disegno di legge, cfr. G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 ottobre 2016. Deve segnalarsi che, chiuso il presente lavoro, la riforma suindicata, in data 14 giugno 2017, è stata definitivamente approvata dalla Camera dei deputati ed è divenuta legge (L. 23 giugno 2017, n. 103, in *G.U., Serie generale*, 4 luglio 2017, n. 154).

<sup>5</sup> Nel processo civile lo *ius constitutionis* della Cassazione è oggi riconosciuto dall'art. 363 c.p.c. (così come modificato dall'art. 4 d.lgs. n. 40 del 2006), il cui testo così recita: «1. Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. 2. La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. 3. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. 4. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito.». In base alla precedente versione di tale disposizione, il potere di iniziativa del Procuratore generale non includeva le ipotesi di non impugnabilità del provvedimento e, inoltre, non era previsto il potere officioso del collegio decidente. Sul tema, cfr. M. Esposito, *La Consulta schiva l'occasione per dire la sua sull'attività ultragiurisdizionale della Corte di cassazione (a proposito dell'art. 363 c.p.c. in tema di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge)*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 955 ss.

denziale. Di un diritto cioè che non origina dalla deliberazione degli organi che, in forza della loro rappresentatività, detengono il potere legislativo, ma dall'attribuzione alla magistratura di una vera e propria funzione creativa della norma, la quale, lungi dal costituire una anomalia del sistema, si atteggierebbe a componente essenziale e inevitabile dell'interpretazione.

Prescindendo da qualsiasi considerazione sulla compatibilità di un tale fenomeno con l'assetto costituzionale dei poteri dello Stato<sup>6</sup>, non può non dirsi come un siffatto scenario legislativo renderebbe ancora più indifferibile l'esigenza di regolamentare il regime di applicazione temporale del mutamento giurisprudenziale. Preso atto, in altri termini, che anche la Cassazione crea fisiologicamente diritto, diverrebbe inevitabile porsi il problema della tutela dell'imputato che, confidando nella stabilità di un principio giurisprudenziale consolidato (in quanto affermato dalle Sezioni unite oppure pacificamente riconosciuto dalle sezioni semplici), ad esso abbia improntato il suo comportamento all'interno del procedimento penale. Come può nei confronti di un tale soggetto applicarsi una conseguenza negativa (ad esempio, in termini di invalidità degli atti o di inammissibilità dell'impugnazione) derivante dall'*overturning* giurisprudenziale è un interrogativo al quale, prima o poi, il nostro ordinamento dovrà dare una risposta precisa, che sia idonea a contemperare l'accresciuta spinta del nostro sistema di fonti del diritto verso il modello di *common law* con l'irrinunciabile garanzia dell'individuo a potersi autodeterminare, così da non esporsi a sanzioni inevitabili in quanto imprevedibili<sup>7</sup>. E non è chi non veda come il rischio di *overturning* giurisprudenziali imprevedibili è tanto più concreto quanto più si ritenga ampio lo spazio entro il quale il giudice può legittimamente "creare", piuttosto che "interpretare" la norma. I propositi di riforma, recependo l'idea che la Cassazione a sezioni unite possa enunciare norme astratte, che "utilizzano" il caso concreto, non come presupposto imprescindibile per esercitare la funzione giurisdizionale, ma solo come "occasione" per elaborare principi di diritto aventi valenza generale, vanno in questa direzione. La sentenza in esame, facendo un uso disinvolto del potere di delibazione dell'ammissibilità del ricorso (non in linea con il rigore altre volte adottato in tale sede dalla Cassazione) sembra quasi voler anticipare i tempi della riforma.

<sup>6</sup>Per una severa critica, in tale direzione, del potere ultragiurisdizionale attribuito dall'art. 363 c.p.c. alla Cassazione, cfr. M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 770.

<sup>7</sup>Analogamente a quanto già avvenuto in sede civile, dove è stato elaborato il principio secondo cui, «alla luce della norma costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in un errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ex art. 184 bis c.p.c.». Per l'affermazione di tale principio, e le sue successive delimitazioni, v. Cass. civ., sez. un., 11 aprile 2011, n. 8127, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2009; Cass. civ., sez. un., 13 giugno 2011, n. 12905, in *Guida dir.*, 2011, 37, p. 57; Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Giust. civ. mass.*, 2011, p. 1040. In quest'ultima, in particolare, la Corte, pur muovendo dal presupposto che «il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 cost.) impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice»; al contempo, riconosce che «ove l'*overruling* si connota del carattere dell'imprevedibilità (per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso), si giustifica una scissione tra il fatto (e cioè il comportamento della parte risultante ex post non conforme alla corretta regola del processo) e l'effetto, di preclusione o decadenza, che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che – in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito – deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa (...)». In sede penale, comunque, può già registrarsi una progressiva, seppur "timida", apertura alla possibilità di equiparare, per certi aspetti, il mutamento giurisprudenziale al mutamento legislativo. In questa direzione, v. Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Foro ambrosiano*, 2010, p. 66 («l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu), nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione del cd. "giudicato esecutivo", il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, rendendo così ammissibile la riproposizione della richiesta di cui all'art. 666, comma 2, c.p.p.»); Cass. pen., sez. III, 7 ottobre 2015, n. 47042, in *CED Cass.*, 265543 («il mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni unite o anche di una delle Sezioni della Corte di cassazione nel normale esercizio della funzione nomofilattica, purché connotato da caratteristiche di stabilità ed univocità, integra un "nuovo elemento" di diritto, idoneo a legittimare la riproposizione di richiesta di revoca o modifica di misura cautelare personale non più suscettibile di gravame»); Cass. pen., sez. I, 12 febbraio 2016, n. 12955, in *Cass. pen.*, p. 4517 («il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, integra un nuovo elemento di diritto idoneo a legittimare la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di rideterminazione della pena basata sui medesimi presupposti di fatto, in precedenza rigettata»).

## IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE E LA SCELTA DELLE SEZIONI UNITE NELLA CONSAPEVOLEZZA DELLA "TENSIONE" NORMATIVA

Detto del contesto dal quale la sentenza prende le mosse, entriamo nel merito della questione. Essa concerne la possibilità di dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione (ed, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni ed entro quali limiti) qualora i motivi di appello siano connotati da un «difetto di specificità». Così descritta in apertura del «considerato in diritto» della sentenza, la *quaestio* deve in realtà essere ulteriormente precisata, giacché, come la stessa decisione chiarisce nelle pagine successive, il dubbio riguarda esclusivamente il difetto di «specificità estrinseca» dei motivi e non anche quello di «specificità intrinseca». Per quest'ultimo, che si rinviene tutte le volte in cui l'appello sia fondato su «considerazioni di per sé generiche o astratte, o evidentemente non pertinenti al caso concreto», le Sezioni unite premettono l'assenza di contrasto giurisprudenziale, risultando piuttosto pacifico il suo inquadramento tra le cause di inammissibilità (principio che, come detto, a nostro avviso, ben avrebbe potuto trovare applicazione anche nel caso di specie). La «specificità estrinseca» alla quale attiene invece il contrasto tra le singole sezioni è quella che – così la definisce testualmente la sentenza – si ha quando a mancare sia «la esplicita correlazione dei motivi di impugnazione con le ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata». Si discute, quindi, del motivo sufficientemente argomentato ma non esplicitamente collegato ad una specifica parte della sentenza che si vuole impugnare.

La comprensione del problema implica la ricognizione dei dati codicistici dai quale esso promana. L'art. 581 c.p.p., nel descrivere i requisiti formali dell'impugnazione (generalmente intesa, posto che siamo all'interno del Libro IX, Titolo I, dedicato appunto alle «disposizioni generali» delle impugnazioni), menziona, oltre agli estremi identificativi del provvedimento, ai «capi o ai punti ai quali si riferisce l'impugnazione» e alle «richieste», i «motivi, con l'indicazione specifica (corsivo nostro) delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta». L'art. 591 c.p.p. (sempre in seno al citato Titolo I), dal canto suo, nel dettare le cause tassative di inammissibilità dell'impugnazione, menziona l'inosservanza delle «disposizioni degli artt. 581, 582, 583, 585 e 586». Emergono due dati testuali non suscettibili di confutazione: a) il requisito dei «motivi» è l'unico al quale l'art. 581 c.p.p. attribuisce il connotato della «specificità»; b) l'art. 591 c.p.p. sanziona con l'inammissibilità la mancanza di tutti i requisiti formali indicati nell'art. 581, senza fare alcuna distinzione tra quelli non aggettivati con la specificità e il solo che invece lo è. Dati, è bene precisare, di ordine meramente lessicale, che, isolatamente considerati, potrebbero condurre alle conclusioni più varie e tra loro contrapposte e il cui contenuto, in ragione del più basilare rispetto che si deve all'interpretazione logica, dovrebbe essere enucleato dalla loro implementazione nel «modello» di impugnazione al quale si intende applicarli. Ed è proprio da questa esigenza di implementazione che può trarsi spunto per una seconda precisazione di natura preliminare. La questione affrontata dalle Sezioni unite assume rilevanza unicamente in riferimento al giudizio di appello, risultando ormai da tempo consolidata la giurisprudenza che afferma l'inammissibilità del ricorso per cassazione i cui motivi siano disancorati dalla motivazione del provvedimento impugnato. Il che si spiega per la necessità di leggere le norme sopra citate in coerenza con la struttura del giudizio in cassazione e con la diversa funzione che in tale giudizio sono chiamati ad assolvere i motivi dell'impugnazione. Essendo, cioè, il ricorso in cassazione un mezzo di impugnazione a critica vincolata ai soli vizi del provvedimento tassativamente elencati nell'art. 606 c.p.p., che attribuisce alla Corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti (art. 609 c.p.p.), è fisiologico che questi ultimi debbano prioritariamente consentire al decidente di delimitare il proprio campo di azione in stretta relazione al *decisum*. Lo stesso limite non vale, com'è noto, per il giudizio di appello, il cui attuale modello codicistico attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento, non ai motivi proposti, ma «ai punti della decisione ai quali (i motivi) si riferiscono» (art. 597). Da qui, essenzialmente, il contrasto giurisprudenziale considerato dalle Sezioni unite, composto da un primo orientamento che esclude la configurabilità di una causa di inammissibilità dell'appello per aspecificità estrinseca dei motivi in considerazione della necessità di stabilire il tasso di determinatezza di questi non in astratto ma «in rapporto ai principi della domanda, della devoluzione e del diritto di difesa dei controinteressati»<sup>8</sup>; e da un secondo orientamento che, invece, afferma «la sostanziale omogeneità della valutazione della specificità estrinseca dei motivi di appello e dei motivi di ricorso per cassazione», per il fatto che, nonostante il diverso effetto devolutivo dei due mezzi di impugna-

<sup>8</sup> Affermazione contenuta in Cass., sez. II, 27 giugno 2012, n. 36406, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 72.

ne, il giudizio di appello costituisce pur sempre, non un «nuovo giudizio», bensì «uno strumento di controllo o di censura su specifici punti e per specifiche ragioni, della decisione impugnata»<sup>9</sup>. Le Sezioni unite aderiscono all'orientamento più rigoroso ritenendo che esso sia «più coerente con il dato normativo, perché assimila sostanzialmente l'appello e il ricorso per cassazione, ricostruendo correttamente l'ambito e la portata degli artt. 581 e 591 c.p.p.». Il ragionamento a sostegno di questa presa di posizione non è, però, privo di ostacoli, tant'è che la stessa Corte ammette l'indubbia esistenza di una «tensione (...) fra il principio di specificità dell'appello, enunciato dal richiamato art. 581, comma 1, lett. c), c.p.p., che non opera alcuna distinzione fra appello e ricorso per cassazione, e il principio devolutivo fissato dall'art. 597, comma 1, secondo cui la cognizione del giudice di appello non è limitata ai motivi proposti, ma si estende ai punti della decisione ai quali essi si riferiscono». Una tensione che trova il suo solido fondamento nel più importante degli argomenti utilizzati dal primo orientamento, ovvero quello della necessità, a pena di incoerenza interna del sistema, di correlare il tasso di determinatezza dei motivi di appello all'estensione del potere decisorio attribuito dalla legge al giudice dell'impugnazione. Perché mai – ci si chiede – l'appellante deve delimitare con precisione l'ambito del punto soggetto a critica se poi il giudice d'appello è espressamente autorizzato a prescindere da tale delimitazione per occuparsi di tutto il punto investito dall'impugnazione? Da questo punto di vista, non appare particolarmente persuasivo il richiamo della sentenza alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al fine di sottolineare che la stessa non è di «ostacolo» all'esigenza di specialità estrinseca dei motivi di appello. Al riguardo sono citate molteplici pronunce, in parte riguardanti l'Italia, in parte altri Paesi europei, espressive del principio secondo cui «il diritto al tribunale», sancito dall'art. 6 Cedu, non esclude che il legislatore interno abbia «un certo margine di apprezzamento» nel fissare le «condizioni di ricevibilità di un ricorso», a patto che queste tendano «ad uno scopo legittimo» e che esista «un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito». Ora, da un lato, appare ulteriore il richiamo ad una «giurisprudenza del caso concreto» le cui fattispecie legislative di riferimento non sono sovrapponibili alla fattispecie in esame; e, da un altro lato, il principio enucleato da tale giurisprudenza appare, nella sua genericità, tanto condivisibile, quanto poco incisivo sulla questione alla quale si pretende di applicarlo. Dire, infatti, che le condizioni di ricevibilità del ricorso sono ammesse purché siano «proporzionate» non è certo affermazione risolutiva, dovendosi poi, nel caso concreto, verificare se questo rapporto di proporzionalità sussista. Ciò che la sentenza in commento non fa, limitandosi a enfatizzare il principio convenzionale nella sua dimensione generale e astratta. Ma il vero problema, come detto, non è l'enucleazione del principio e la sua (pacifica) condivisibilità sul piano teorico, quanto la sua verifica nel caso concreto, al fine di stabilire se il limite della «specificità estrinseca» dei motivi risulti, per l'appunto, «proporzionato», nel senso di razionalmente collegato (o forse sarebbe meglio dire «dosato» rispetto) al suo scopo di indirizzo e delimitazione del potere cognitivo del giudice. Nulla, quindi, la giurisprudenza Cedu sembra in grado di aggiungere alla visuale domestica della questione ermeneutica, già autonomamente incentrata sulla «coerenza sistematica» del suddetto requisito di ammissibilità. Ancora meno convincente risulta la parte in cui la sentenza, chiudendo la «trattazione» dedicata alla giurisprudenza europea, dedica una specifica menzione alla recente sentenza Corte e.d.u., sez. I, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia<sup>10</sup>, per ribadire come il legislatore interno, «nell'ambito del margine di apprezzamento», possa «imporre requisiti formali, anche rigorosi, per l'ammissibilità dell'impugnazione»; a condizione che, sempre nel rispetto del superiore principio di proporzionalità, tali requisiti «non siano tali da vanificare il diritto a una pronuncia di merito attraverso l'imposizione di eccessivi formalismi» e «siano chiari e prevedibili, non impongano eccessivi oneri alla parte impugnante per l'esercizio del diritto di difesa». Le affermazioni contenute in detta sentenza, anzitutto, come le stesse Sezioni unite precisano, sono «riferite a una diversa categoria di giudizio e a un diverso mezzo di impugnazione», precisamente al ricorso per cassazione e alla condizione di ammissibilità per questo prevista dall'art. 366 c.p.c., introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, e successivamente abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69. In virtù di tale disposizione, vigente all'epoca del giudizio in cassazione instaurato dal ricorrente, la presentazione di ciascun motivo doveva, a pena di inammissibilità, essere seguita dalla formulazione di un esplicito quesito di diritto tale da circoscrivere la pronuncia del giudice nei limiti di un accoglimento o un rigetto del quesito formulato dalla parte. La Corte europea, effettivamente, ha ritenuto che la previsione di un requisito di questo tipo non viola il diritto

<sup>9</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 6 febbraio 2003, in *CED Cass.*, 227194.

<sup>10</sup> [Http://www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Per la traduzione della sentenza in lingua italiana, v. [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

all'accesso ad un Tribunale sancito dall'art. 6 Cedu, ma lo ha fatto, per un verso, accertando che esso perseguiva «uno scopo legittimo, osservando al tempo stesso le esigenze della sicurezza giuridica e della buona amministrazione», e, per un altro verso, riconoscendo come, in concreto, il ricorrente e il suo avvocato ben avrebbero potuto evitare la sanzione di inammissibilità, essendo perfettamente «in grado di conoscere i propri obblighi in materia, basandosi sul contenuto dell'articolo sopra menzionato e con l'aiuto dell'interpretazione della Corte di cassazione, che presentava una chiarezza e una coerenza sufficienti». Considerazioni fin troppo «tarate» sul giudizio di legittimità e sulle peculiarità della fattispecie concreta per potersene trarre una, benché minima, adattabilità al giudizio di appello e alla questione decisa dalle Sezioni unite. Una prudenza nell'uso del precedente che, del resto, la stessa sentenza Trevisano c. Italia si preoccupa di raccomandare al lettore, laddove afferma che «la compatibilità delle limitazioni previste dal diritto interno con il diritto di accesso a un tribunale riconosciuto dall'articolo 6 § 1 dipende dalle particolarità del procedimento in causa»; e, soprattutto, laddove, senza mezzi termini, ammonisce circa l'esigenza di «tenere conto del processo complessivamente condotto nell'ordinamento giuridico interno e del ruolo che svolge in quest'ultimo la Corte di cassazione, dato che le condizioni di ammissibilità di un ricorso per cassazione possono essere *più rigorose* che per un appello»<sup>11</sup>.

Con tutto ciò – è bene precisarlo – non si vuol certo sostenere che l'orientamento condiviso dalle Sezioni unite sia in contrasto con l'art. 6 Cedu, né che, alla luce della giurisprudenza della Corte europea, quest'ultima disposizione convenzionale sia incompatibile con la previsione del requisito di ammissibilità della specificità estrinseca dei motivi, bensì, più semplicemente, che il richiamo a siffatta giurisprudenza risulta inconferente; al punto da adombrare il sospetto che esso rappresenti un sintomo della difficoltà incontrata dalla Cassazione nel reperire giustificazioni davvero convincenti a sostegno della proprio presa di posizione. E, in effetti, la lettura della sentenza, subito dopo queste considerazioni a margine attinenti alla Cedu, svela il vero nucleo fondante del suo argomentare, che, però, si riduce ad una considerazione di ordine cronologico. La discrasia tra la specificità pretesa dai motivi e la «*plena cognitio* che caratterizza i poteri del giudice di appello» viene giustificata, non sul piano della loro coerenza funzionale, ma su quello della sequenza. La *plena cognitio*, in base a questa impostazione, si legittimerebbe per il solo fatto di rappresentare, rispetto alla «prima fase, necessaria, di delibazione dell'ammissibilità» (avente «per oggetto tutte le verifiche richieste dal comma 1 dell'art. 591, compresa quella sulla specificità estrinseca dei motivi»), una «seconda fase, successiva ed eventuale, di valutazione del merito». Un ragionamento lineare ma che, ancora una volta, non appare determinante, potendosi, con altrettanta dignità, ritenere secondario il dato cronologico al cospetto dell'esigenza di interpretare i requisiti di ammissibilità della prima fase proprio alla luce del contenuto dei poteri del giudice caratterizzanti la seconda fase. In presenza, cioè, di un dato legislativo polisenso (quale potrebbe essere ritenuto quello relativo alla specificità dei motivi), nulla vieterebbe all'interprete di selezionarne il significato in modo tale da porlo in sequenza logica, ancor prima che cronologica, con il contenuto dei provvedimenti che sono configurati come ad esso successivi. In tale ottica, quindi, si potrebbe ribaltare l'argomentazione della Corte dosando il *quantum* di determinatezza estrinseca richiesto per i motivi in modo tale da renderlo omogeneo con il *quantum* del potere cognitivo attribuito al giudice d'appello direttamente dalla legge. Così opinando, il legame tra i due fattori in discussione (il requisito di ammissibilità da una parte e l'effetto devolutivo dall'altra) risulterebbe necessario non sotto il profilo temporale, bensì sotto quello della loro complementarietà funzionale, al punto da invertire l'ordine con il quale essi andrebbero presi in considerazione: la particolare ampiezza del potere cognitivo attribuito *ex lege* al giudice di appello, indipendentemente dal suo «venir dopo» la presentazione dei motivi, giustificerebbe razionalmente il limitato livello di specificità (estrinseca) esigibile da questi ultimi. O, detto in altri termini, il suddetto livello di specificità, per risultare ragionevole, andrebbe commisurato in modo tale da essere inversamente proporzionale al potere cognitivo officioso del giudice di appello.

#### LE ESIGENZE DI COERENZA SISTEMATICA PREVALGONO SUL FAVOR IMPUGNATIONIS

Un altro elemento su cui, secondo l'orientamento giurisprudenziale sconfessato dalle Sezioni unite, dovrebbe fondarsi l'esclusione della specificità estrinseca dal novero delle cause di inammissibilità dell'appello è il c.d. *favor impugnationis*. Esso, sebbene risulti il più delle volte utilizzato dalle sentenze

<sup>11</sup> Il corsivo è nostro.

ascrivibili a detto orientamento in termini quasi esclusivamente enunciativi, senza alcun supporto giustificativo, ha, a ben vedere, una solida base ermeneutica. Così come accade per il *favor libertatis* in relazione alle disposizioni in tema di libertà personale, tale “clausola generale” è destinata a limitare la discrezionalità dell’interprete tutte le volte in cui la *littera legis* pone lo stesso dinanzi ad un vuoto normativo o comunque a termini malleabili, suscettibili di essere riferiti a differenti significati. Un vincolo il cui fondamento teorico è dato dal carattere di inviolabilità che la Costituzione attribuisce alla tutela di quel determinato bene giuridico oggetto del *favor* (nel nostro caso, il «diritto di difesa» di cui all’art. 24, comma 2, Cost.) e, di conseguenza, dalla sua tendenziale “forza espansiva”. In quanto oggetto di particolare tutela sul piano costituzionale, il diritto inviolabile si presume sempre esistente e garantito, a meno che la sua limitazione, compatibilmente con le predeterminazioni autorizzate dalla Carta fondamentale, sia esplicita e di significato univoco. Difettando una limitazione in positivo, la stessa non può essere ricavata implicitamente dall’interprete; allo stesso modo, esistendo una disposizione legislativa idonea ad assumere una portata limitativa o espansiva del bene, l’interprete non ha margini di scelta, dovendo ritenere la seconda l’unica soluzione costituzionalmente compatibile.

Un’*ars ermeneutica* che, a meno di voler disattendere i *dicta* del Giudice delle leggi, appare difficilmente confutabile, ma che, applicata alla fattispecie in esame, probabilmente non ha più un presupposto sostanziale così granitico. Ciò di cui, in sostanza, sembra oggi potersi dubitare è del fatto che, all’interno di un modello processuale penale costituzionalizzato di tipo accusatorio, il diritto all’impugnazione costituisca una proiezione necessaria del diritto di difesa; e, di riflesso, della possibilità che all’impugnazione possa ancora essere riferita quella connotazione di inviolabilità dalla quale, come detto, promana l’evidenziato *favor* ermeneutico.

È in relazione a questo particolare aspetto del problema che, ad avviso di chi scrive, la sentenza annotata mostra la sua parte più condivisibile e, al contempo, maggiormente innovativa. Le Sezioni unite, infatti, ridimensionano il richiamo al *favor impugnationis* rammentando come tale principio sia tenuto ad «operare nell’ambito dei rigorosi limiti rappresentati dalla natura intrinseca del mezzo di impugnazione», la quale, «sul piano sistematico», non può che essere coerente con i caratteri strutturali del «processo accusatorio». Scendendo più nel dettaglio, con due di tali caratteri il confronto è doveroso: l’elezione del “contraddittorio per la prova” a statuto epistemologico del giudizio penale e l’accentuazione dei poteri dispositivi delle parti rispetto al (residuale) potere di iniziativa del giudice-autorità. Sotto il primo profilo, è la stessa esistenza dell’appello che, da più parti, è stata messa in discussione<sup>12</sup>. Del giudizio di secondo grado non convince, in particolare, la pretesa di maggiore attendibilità del suo esito, che, a ben vedere, non poggia su dimostrate tesi “scientifiche”, ma, da un lato, sull’istintivo scetticismo nei confronti della decisione giudiziaria tipico della tradizione culturale italiana, e, da un altro lato, sull’altrettanto radicato convincimento che il giudizio reiterato sia, in quanto tale, meno esposto all’errore cognitivo<sup>13</sup>. Perplessità che, come evidenziato, divengono ancora più forti in considerazione del metodo, ordinariamente cartolare, con il quale il giudizio di appello “pretende” di prevalere sul precedente accertamento orale, concentrato e immediato<sup>14</sup>. Pur non ripetendone l’estrema conclusione (l’obliterazione dell’appello), la sentenza fa uso di questa impostazione teorica per escludere che l’appello possa ancora meritare una paternità sistematica come «giudizio a tutto campo» e per condizionarne la sua compatibilità con il modello accusatorio al fatto che esso funga esclusivamente da strumento di «critica specifica, mirata e necessariamente puntuale della decisione impugnata». Se, insomma, non vuole sconfessarsi la premessa metodologica dalla quale, sul piano costituzionale, muove l’intero processo penale, l’impugnazione nel merito della sentenza penale, quale che sia la sua denominazione codicistica, non può essere concepita come una facoltà difensiva (ma la stessa considerazione potrebbe valere per il pubblico ministero) volta genericamente a verificare se la ripetizione del giudizio possa condurre ad una decisione più “convincente” o più plausibile<sup>15</sup>. Al contrario, il solo spazio che tale impugnazione

<sup>12</sup>Per una dettagliata ricostruzione di tale «prospettiva abolizionista», v. H. Belluta, *Prospettive di riforma dell’appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1059 ss.

<sup>13</sup>Sul presunto «fondamento logico-razionale» del giudizio di appello, cfr. G. Ciani, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione?*, Milano, 2008, p. 177 ss.

<sup>14</sup>Cfr. F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 725; F. Nuzzo, *L’appello nel processo penale*, Milano, 2006, p. 28.

<sup>15</sup>L’incoerenza del giudizio di appello, così come strutturato dal vigente codice di rito, è evidenziata, tra gli altri, da H. Belluta, *L’appello: patologie croniche e acute*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Impugnazioni penali*, Torino, 2013, p. 232, secondo cui «una simile prospettiva» nega «la valenza epistemologica del contraddittorio».

può conservare è quello di una critica mirata, selettiva e responsabile, tramite la quale la parte impugnante individua specificamente l'errore potenzialmente commesso dal giudice di primo grado e lo contesta con argomentazioni razionalmente sostenute dai necessari riferimenti in fatto e/o in diritto. Una critica, quindi, il cui contenuto, non rappresenti semplicemente la manifestazione di volontà necessaria affinché il giudice di appello rivaluti interamente e autonomamente il punto "toccato" dall'impugnazione o gli altri punti che ritiene in connessione logico-giuridica con questo, bensì, la confutazione di uno o più determinati errori con motivi che, autonomamente considerati, siano potenzialmente sufficienti a giustificare una decisione di riforma.

Entra qui in gioco il secondo dei profili sopra evidenziati, quello del riparto dei poteri di intervento tra il giudice e le parti e della delimitazione dei rispettivi confini. In un sistema nel quale, fin dalla fase delle indagini preliminari, alle parti è riconosciuto il diritto di individuare e acquisire i dati probatori a supporto delle proprie tesi e al giudice è tendenzialmente inibito l'esercizio di autonomi poteri istruttori, il logico contrappeso non può che essere la legittima pretesa di responsabilizzazione delle parti. È privo di senso che queste, da un canto, siano ritenute idonee a "dirigere" il progetto cognitivo oggetto del giudizio di primo grado, tanto da esercitare in questo un vero e proprio «diritto alla prova», e poi, da un altro canto, siano improvvisamente deresponsabilizzate nel grado successivo in conseguenza di un potere-dovere del corrispondente giudice chiamato a colmare eventuali loro carenze formali o inerzie concettuali. Coerenza vuole, pertanto, che il principio dispositivo che caratterizza il giudizio dibattimentale abbia nel giudizio di appello (e in quelli successivi) la sua logica proiezione, attraverso la configurazione di precisi oneri adempiuti i quali le parti rendano possibile, fin dall'inizio, la delimitazione cognitiva del controllo e il suo potenziale esito decisivo.

Che le Sezioni unite abbiano percorso questo tracciato argomentativo non può sorprendere, se solo si amplia, per un istante, il nostro campo di indagine e si volge lo sguardo a quanto esse hanno recentemente affermato in ordine al rapporto tra la doverosità dei requisiti di ammissibilità del ricorso in cassazione e la preesistenza di una causa estintiva del reato (prescrizione) maturata ancor prima della sentenza di appello e non dichiarata in tale sede, né dedotta dalle parti con i motivi di ricorso. Nel dire, invero, che anche in questo l'inammissibilità del ricorso per cassazione preclude la possibilità di rilevare d'ufficio, ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e art. 609, comma 2, c.p.p., l'estinzione del reato per prescrizione, la Corte ha richiamato espressamente, a giustificazione del proprio ragionamento, il principio dispositivo del vigente processo penale e – quel che più rileva in questa sede – la sua piena riferibilità alla fase delle impugnazioni<sup>16</sup>.

Orbene, così ricostruita la decisione in commento, il suo epilogo, al di là dei margini di opinabilità di certe argomentazioni poste a suo supporto, appare meritevole di apprezzamento, essendo indubbio che esso vada in una corretta direzione sistematica. Tuttavia, non si può fare a meno di ribadire l'anomalia del metodo con il quale nel nostro ordinamento si produce diritto. Si vuol dire che, per quanto condivisibili, le scelte di sistema, in un contesto ordinamentale allineato ai cardini costituzionali, competerebbero al Parlamento, dotato di forza rappresentativa e non certo alla Magistratura, che tale caratteristica non ha. Da tanti anni la più autorevole dottrina processual penalistica ha provato a stimolare l'intervento riformatore del legislatore denunciando l'incoerenza sistematica dell'appello, sia sotto il profilo dell'*an* sia sotto il profilo del *quomodo*<sup>17</sup>. Sforzo rivelatosi invano, non avendo il legislatore mai percepito una tale esigenza e conseguentemente mai messo mano ad una riforma in tale materia (se si eccettua la c.d. "riforma Pecorella" sull'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, il cui triste epilogo sot-

<sup>16</sup>Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2347, dove si afferma che il «sistema delle impugnazioni» è «contraddistinto» dal «principio dispositivo, nel senso che è nella facoltà delle parti dare ingresso, attraverso un atto conforme ai requisiti di legge richiesti, al procedimento di impugnazione e delimitare i punti del provvedimento da sottoporre al controllo dell'organo giurisdizionale del grado successivo. Ne consegue che il momento di operatività dell'effetto devolutivo *ope legis* non può che coincidere con la proposizione di una valida impugnazione, che investa l'organo giudicante della cognizione della *res iudicanda*, con riferimento sia ai motivi di doglianza articolati dalle parti sia a quelli che, inerendo a questioni rilevabili d'ufficio, si affiancano per legge ai primi».

<sup>17</sup>Sul punto, la letteratura è vastissima. In via del tutto esemplificativa, si rinvia a E. Fassone, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Questioni giustizia*, 1991, p. 623 ss.; M. Deganello, *Ripensare il grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 633 ss.; A. Nappi, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio d'appello*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974; F. Peroni, in *Giusto processo*, cit., 710 ss.; A. Scafati, *Restituito il potere d'impugnazione senza un riequilibrio complessivo*, in *Guida dir.*, 2007, 8, p. 78; G. Spangher, *Riformare il sistema delle impugnazioni*, in R.E. Kostoris (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005, p. 110; G.L. Verrina, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, p. 141 ss.

to i colpi di scure della Corte costituzionale è però ben noto). In compenso, alla riforma si è pervenuti, lentamente ma progressivamente, per via pretoria, dapprima, per quanto attiene al *quomodo*, con la profonda rivisitazione della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (resa, in riferimento all'appello delle sentenze di proscioglimento, non più eccezionale e discrezionale, ma "fisiologica" e doverosa)<sup>18</sup> e ora, per quanto concerne l'*an*, con l'introduzione di un filtro di selettività razionale degli appelli ammissibili. Trattasi, a nostro avviso, di soluzioni condivisibili, ma, seppure per ragioni diverse, non ermeneuticamente obbligate. L'impressione, allora, è che, così facendo, la Cassazione sia andata ben oltre i confini dell'interpretazione, non limitandosi ad adeguare le disposizioni codicistiche esistenti ad un sistema precedentemente "scelto" dal legislatore, ma creando essa stessa un sistema. I due interventi, peraltro, a conferma della loro matrice unitaria, sembrano tra loro dialogare alla ricerca di una composizione compatibile con le esigenze, anch'esse di ordine costituzionale, di ragionevole durata del procedimento penale. In termini di "gestione delle risorse", infatti, è come se la sentenza annotata si preoccupasse, pur senza affermarlo esplicitamente, di "compensare" il maggior dispendio di tempo e di energie umane imposto dalla doverosità della rinnovazione dibattimentale, con la riduzione, in entrata, degli appelli ammissibili. Una scelta, come detto, ineccepibile e razionale, oltre che in linea con le prerogative costituzionali del modello accusatorio, se solo fosse stata fatta dal legislatore e non da chi - a meno di non saper più leggere la Costituzione - legislatore non è o non dovrebbe essere.

#### LA PORTATA DELLA DECISIONE E IL "RISCHIO" DI ULTERIORI TENDENZE SELETTIVE DELL'APPELLO

Ma v'è di più. La sentenza, tra le righe, sembra voler dare indicazioni anche per le future scelte che il legislatore (e, forse, in difetto di quest'ultimo, la stessa giurisprudenza) dovrà adottare, al fine di rendere ancora più selettivo il filtro di ammissibilità dell'appello<sup>19</sup>. La sensazione si coglie allorché la Cassazione, da una parte, nel delimitare la portata della sua decisione, precisa che il vaglio sulla specificità estrinseca dei motivi di appello non può risolversi in una, non prevista, valutazione di manifesta infondatezza degli stessi motivi, per poi, dall'altra, rammentare che nel procedimento civile l'ammissibilità dell'appello è subordinata anche ad una valutazione preliminare di natura discrezionale, che in quel caso può addirittura spingersi financo alla prognosi di non accoglimento dell'impugnazione<sup>20</sup>. Si può leggere, in questo passaggio della sentenza, la manifestazione dell'idea secondo cui la futura implementazione di una tale disciplina nel giudizio di appello penale sarebbe opportuna o non sarebbe, comunque, ostacolata da alcun fattore ostativo di natura costituzionale o solo sistematica? Non è dato

<sup>18</sup> Il principio di diritto al quale si fa riferimento è quello recentemente ribadito da Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 12602, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2347, con nota di V. Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, ivi, p. 3214 ss.: «La sentenza del giudice di appello che, in riforma di quella di proscioglimento di primo grado, affermi la responsabilità dell'imputato sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa, ritenuta decisiva, senza avere proceduto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, è affetta da vizio di motivazione deducibile dal ricorrente a norma dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., in quanto la condanna contrasta, in tal caso, con la regola di giudizio «al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado sull'appello promosso dalla parte civile». Tale orientamento, consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità ancor prima dell'intervento delle Sezioni unite, si è prefisso l'obiettivo di adeguare, in via ermeneutica, la disciplina del giudizio di appello ad alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo e diritto dell'accusato al confronto, anche nelle fasi di impugnazione, con l'accusatore, le quali, però, non hanno mai riguardato direttamente l'Italia, ma altri Paesi (in buona parte dell'ex Unione sovietica). Tra tali decisioni la più importante, o quantomeno la più "citata", è certamente Corte e.d.u., sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, per la cui analisi, v. A. Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 349 ss.

<sup>19</sup> Può già registrarsi una nuova pronuncia delle Sezioni unite che sembra andare nella direzione della riduzione del "carico giudiziario" delle Corti di appello. Con la sentenza 17 marzo 2017, n. 12872, *CED Cass.*, n. 269125, infatti, la Cassazione a sezioni unite ha sancito che «il giudice di secondo grado non può applicare le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nel caso in cui nell'atto di appello non risulti formulata alcuna specifica richiesta al riguardo»; e non a caso, nell'affermare l'insostenibilità della prospettiva contraria (possibilità di ritenere le questioni inerenti all'applicazione delle sanzioni sostitutive incluse nel punto della decisione relativo al trattamento sanzionatorio), si è espressamente richiamata al principio «scolpito» dalla sentenza in commento, secondo cui «l'appello (come il ricorso in cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultino esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici mossi alle ragioni di fatto e di diritto alla base della sentenza impugnata».

<sup>20</sup> Tale ipotesi di inammissibilità dell'appello civile è prevista dall'art. 348-bis, comma 1, c.p.c., introdotto dall'art. 54 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., in l. 7 agosto 2012, n. 134: «Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta».

sapere quale sia la risposta esatta da dare a tale interrogativo, ma il solo fatto che la sentenza accosti le due discipline (senza che, a rigore, ve ne fosse necessità), giustifica il sospetto di una soluzione affermativa. Del resto, anche il requisito di ammissibilità della specificità estrinseca dei motivi, pur rientrando nell'ambito degli accertamenti di natura formale, se non applicato in termini restrittivi, espone già al rischio di valutazioni discrezionali elusive del diritto al contraddittorio dell'impugnante. Rischio che può concretizzarsi tutte le volte in cui il giudice non si limiti a verificare la presenza di un collegamento esplicito tra la critica e il punto della sentenza oggetto di censura, ma ritenga di poter valutare profili ulteriori di tale collegamento densi di genericità e incertezza applicativa, quali la "serietà", la "precisione", la "chiarezza", la "logicità", ecc.

Confidando nel fatto che tale rischio sia remoto, essendo altamente probabile che le Corti di appello (e, di riflesso, in sede di controllo di legittimità, la Cassazione) sapranno far uso di questo ennesimo filtro di ammissibilità con il dovuto *self restraint*, un altro dato della pronuncia, che va sempre nella direzione volta a circoscrivere l'ambito di operatività del requisito di specificità estrinseca dei motivi, merita di essere segnalato. Tra gli argomenti utilizzati dalla Corte per rendere persuasivo, agli occhi del lettore, il principio di diritto da essa elaborato, vi è quello che si rivolge al citato "progetto Orlando" di riforma del codice di procedura penale<sup>21</sup>. In questo vi sono due innovazioni codicistiche che riguardano molto da vicino il tema trattato dalla sentenza: la prima investe proprio l'art. 581, laddove la condizione di ammissibilità della specificità non è più riferita ai soli motivi, ma a tutti i requisiti ivi enunciati, tra i quali quelli di nuovo conio della indicazione "delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione e l'omessa o erronea valutazione" e delle «richieste istruttorie»; la seconda attiene all'art. 546, che prevede la costruzione di un «modello legale di motivazione in fatto della decisione di merito», in base al quale, cioè, la sentenza, nell'espone i motivi su cui si fonda (e ora anche i «criteri di valutazione della prova adottati»), deve rispondere ad uno schema minimo, che comprenda: 1) l'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) la punibilità e la determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza; 3) la responsabilità civile derivante dal reato; 4) l'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Quest'ultima innovazione – evidenziano le Sezioni unite – «si accorda con l'onere di specificità dei motivi», proposti «con riferimento ai singoli punti della decisione», rendendolo «direttamente proporzionale alla specificità delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata, con riferimento ai medesimi punti». Conclusione ovvia e ineccepibile, la cui sussistenza però – è bene sottolinearlo – prescinde dall'entrata in vigore della "riforma Orlando" e deve essere riconosciuta già sul piano del *de iure condito*. Non è chi non veda, infatti, come la specificità della motivazione rappresenti un presupposto logico, ancor prima che normativo, dell'onere di specificità dei motivi di impugnazione. Allorquando le affermazioni motivazionali della sentenza siano generiche è inevitabile che anche la critica ad esse rivolta risenta di genericità e astrattezza, non potendosi pretendere dall'impugnante che ancori le sue censure a ciò che non esiste, vale a dire a concetti determinati e ben individuabili. Già oggi, quindi, indipendentemente dall'esistenza di un modello legale di motivazione, l'appello non potrà essere ritenuto inammissibile per difetto di specificità estrinseca dei suoi motivi tutte le volte in cui si riferisca a parti della sentenza a loro volta aspecifiche. Il che assume particolare rilevanza pratica proprio in ordine a quel tipo di "punto" dal quale ha avuto origine la sentenza delle Sezioni unite, ovvero quello destinato alla determinazione della pena, che, com'è noto, è spesso "liquidato" dai giudici di merito con l'uso di formule asettiche, se non, nei casi più eclatanti, con il mero rinvio al dettato legislativo di cui all'art. 133 c.p.<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Come rilevato in precedenza (v., *retro*, nota 4), in corso di stampa del presente lavoro, il "progetto Orlando" è divenuto legge. Pertanto, le considerazioni formulate nel testo in termini ipotetici possono ora essere ritenute assertive.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr., volendo, A. Pulvirenti, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Torino, 2008, p. 66 ss.





Processo penale e giustizia n. 4 | 2017

# Dibattiti tra norme e prassi

## *Debates: Law and Praxis*

LORENZO BELVINI

*Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*

## Il *dies a quo* per la costituzione della parte civile: aspetti critici e prassi devianti

### *The starting point for the establishment of civil party: critical issues and deviant practices*

L'assenza di regole chiare circa l'individuazione del *dies a quo* per la costituzione di parte civile nel processo penale, genera orientamenti contrastanti; solo una interpretazione sistematica della norma consente di poter dirimere la questione e di censurare prassi applicative che, in modo ingiustificato, ostacolano la costituzione della parte civile.

*The absence of clear rules about the starting point for the establishment of civil party in criminal trial, produces conflicting interpretative guidelines; only a systematic interpretation allows to settle the question and denounce application practices that hamper the establishment of civil party.*

#### PREMESSA

L'individuazione del termine iniziale della costituzione della parte civile nel processo penale ha prodotto un ampio dibattito.

Le incertezze sono generate dal dato normativo il quale nel prevedere che la costituzione di parte civile «può avvenire per l'udienza preliminare» (art. 79 c.p.p.) non fornisce chiare coordinate entro cui muoversi.

Si tratta di un dibattito che, lungi dall'essere sopito, coinvolge non solo aspetti teorici ma anche (e soprattutto) di carattere pratico; invero l'esatta individuazione del *dies a quo* per l'ingresso processuale del danneggiato da reato, consente di individuare il momento in cui tale soggetto acquista la veste di parte civile. La risoluzione del problema è rilevante, per determinare il momento a partire dal quale, il danneggiato da reato può azionare le proprie pretese esercitando i diritti e le facoltà previsti dal codice.

Il dibattito si affianca al più ampio scenario relativo alla distinzione tra il «titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice» (persona offesa) e il soggetto che ha subito un danno derivante dal reato (unico legittimato a costituirsi parte civile)<sup>1</sup>.

Le figure di persona offesa e di danneggiato sono, infatti, concettualmente diverse e non sempre coincidono<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>Sul tema, tra gli altri, cfr.: M.G. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 319; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000, p. 186; E. Aprile, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1723; L. Bresciani, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1995, p. 529; A. Confalonieri, *La persona offesa dal reato*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, 2009, p. 633; G. Di Chiara, *Parte civile*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 238; A. Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, p. 1; P. Gualtieri, *Soggetto passivo, persona offesa e danneggiato dal reato: profili differenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1080 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, p. 135; C. Pansini, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. pen.*, I agg., Torino, 2011, p. 409; P.P. Paulesu, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, p. 593; A. Pennisi, *Parte civile*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 783; C. Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, p. 158; P. Spagnolo, sub. art. 90 c.p.p., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2012, p. 919; E. Squarcia, *Persona offesa dal reato e persona danneggiata dal reato: una distinzione non sempre agevole*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3119; G. Tranchina, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

<sup>2</sup>P. Gualtieri, *Soggetto passivo, persona offesa e danneggiato dal reato: profili differenziali*, cit., p. 1082.

Se da un punto di vista teorico il distinguo tra i ruoli sembra aver raggiunto un sufficiente grado di nitidezza, nella prassi si verificano sempre più spesso fenomeni di sovrapposizione delle due figure; non è raro, peraltro, nei provvedimenti di matrice pretoria, l'utilizzo di una locuzione ambigua quale «*parte lesa*»<sup>3</sup>, che genera disorientamenti tra le figure dell'offeso e del danneggiato<sup>4</sup>. A ciò si aggiunga che spesso si tende a riconoscere la legittimazione a costituirsi parte civile anche in capo a soggetti che rivestono esclusivamente la veste di offeso dal reato e non anche quella di danneggiato, omettendo così la doverosa verifica sull'effettivo diritto all'esercizio dell'azione civile nel processo penale<sup>5</sup>.

Le incertezze nella prassi circa la distinzione dei ruoli non sono risolte dagli interventi normativi sovranazionali che si sono succeduti dall'inizio del nuovo millennio<sup>6</sup>. L'elaborazione di matrice europea rivolge la propria attenzione alla «*vittima del reato*» e non vi è traccia della distinzione, sviluppatasi nell'ordinamento italiano, tra la persona offesa ed il danneggiato dal reato<sup>7</sup>.

Nell'ottica (pragmatica) del diritto dell'Unione Europea, sembra acquisire maggior peso la tutela di chi ha subito un danno causato direttamente dal reato, in luogo della protezione del titolare del bene protetto (peraltro non sempre agevolmente individuabile) dalla norma incriminatrice; si assiste ad un mutamento di prospettiva che, prescindendo dalle elaborazioni del diritto interno, focalizza l'attenzione sui diritti soggettivi violati dall'illecito penale<sup>8</sup>.

Ciò considerato, al fine di poter correttamente determinare il termine da cui il danneggiato può far valere i propri interessi risarcitori nel processo penale, è necessario ripercorrere le tappe del dibattito circa l'individuazione del momento in cui detto soggetto acquista la veste di parte e analizzare gli aspetti critici del vigente quadro normativo, facendo attenzione alle prassi applicative spesso legate ad un eccesso di formalismo.

## LE ORIGINI DEL DIBATTITO

Sin dall'entrata in vigore del vigente codice di rito, la carente precisione semantica dell'art. 79, comma 1, c.p.p. ha prodotto linee interpretative divergenti circa l'esatta determinazione del *dies a quo* della costituzione della parte civile.

Sebbene l'espressione «*per l'udienza preliminare*» – usata dalla previsione – di certo non brilli per chiarezza, secondo una esegesi ampiamente condivisa, la possibilità di costituirsi parte civile inizia a partire dalla fase processuale, dunque, contestualmente all'esercizio dell'azione penale<sup>9</sup>.

<sup>3</sup>Sul punto si veda C. Pansini, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 409, l'A. evidenzia che «è consuetudine utilizzare indifferentemente espressioni quali “soggetto passivo”, “persona offesa”, “parte offesa”, “vittima” o, ancora “parte lesa” come indicanti una medesima situazione giuridica».

<sup>4</sup>A.A. Sammarco, *Considerazioni sulla persona offesa dal reato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1989, p. 732; Impostazione giurisprudenziale criticata da E. Squarcia, *Persona offesa dal reato e persona danneggiata dal reato: una distinzione non sempre agevole*, cit., p. 3119 ss.

<sup>5</sup>Sul fenomeno dell'ampliamento della *legitimatō ad causam* della parte civile: A. Confalonieri, *La persona offesa dal reato*, cit., pp. 533-546; E. D'Angelo, sub. art. 74 c.p.p., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 802 ss.

<sup>6</sup>In particolare si fa riferimento alla Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 attuata dall'Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

<sup>7</sup>Sulle novità introdotte dal diritto dell'Unione Europea si veda: L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 846; S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881 ss; E. Mazzilli, *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: I primi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 721; L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di “ascolto effettivo” nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3293; P. Spagnolo, sub. art. 90 c.p.p., cit., p. 913 ss; L. Tavassi, *Lo statuto italiano della “vittima” del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *questa rivista*, 3, 2016, p. 108 ss.

<sup>8</sup>Detta prospettiva appare confortata dal considerando n. 9 della direttiva 2012/29/UE secondo la quale «un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime» in dottrina si veda S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, cit., p. 882 «la visione sottesa al considerando n. 9 della direttiva 2012/29/UE, difatti, altro non è che il riflesso (rectius, la summa) di un mutamento di prospettiva generalizzato – sociale e politico, ancor prima che giuridico – nel modo di percepire (e di far operare) la giustizia penale, in atto oramai da quasi vent'anni nella collettività, che ineluttabilmente sposta il baricentro del processo in direzione (e dalla parte) della vittima».

<sup>9</sup>Per una analisi *ex multis*: N. Carulli-G. Esposito-C. Massa-A. Palumbo, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Napoli, 1989, p.

L'esclusione della parte civile dalla fase procedimentale appare conforme all'intenzione del codificatore del 1988 di estromettere il danneggiato da reato, che non sia anche persona offesa, dalla fase delle indagini preliminari, al fine di snellire lo svolgimento dell'attività investigativa<sup>10</sup>.

L'orientamento sopra delineato si fonda anche sull'esigenza di garantire la distinzione dei ruoli tra la persona offesa, la cui sede naturale è quella delle indagini<sup>11</sup>, e il danneggiato, che può attivare la propria pretesa risarcitoria solo nella fase giurisdizionale cognitiva<sup>12</sup>; sul punto non è superfluo rammentare che solo con l'esercizio dell'azione penale viene delineato il soggetto nei cui confronti può essere fatta valere la pretesa civilistica<sup>13</sup>.

Tenuto conto dei motivi che giustificano la prospettazione sopra indicata, si comprende il fallimento delle linee esegetiche tese ad anticipare il momento della costituzione della parte civile alla fase delle indagini preliminari<sup>14</sup>; va infatti considerato che in tale fase non è ancora possibile delineare la concreta possibilità di conseguire il risarcimento del danno nel procedimento penale, atteso che non sono ancora note le determinazioni del pubblico ministero, il quale potrebbe optare anche per una richiesta di archiviazione<sup>15</sup>.

### ... QUESTIONI (ANCORA) IRRISOLTE E PRASSI DEVIANTI

Emerge, dalla elaborazione menzionata, un rapporto di dipendenza anche temporale tra l'esercizio dell'azione penale e la costituzione di parte civile<sup>16</sup>; tuttavia l'anodino dato normativo (art. 79, comma 1, c.p.p.) non consente di chiarire se il danneggiato da reato, per poter inserirsi nella fase processuale, debba necessariamente attendere la fissazione dell'udienza preliminare (o in assenza la prima udienza dibattimentale) o se può costituirsi anche antecedentemente.

Sul punto non vi sono unicità di vedute.

Secondo una prima prospettiva, i termini indicati dall'art. 79, comma 1, c.p.p., rappresentano un

43; A. Chiliberti-C. Brusco, *L'azione civile nel processo penale*, Milano, 2017, p. 302 ss.; G. Conti-A. Macchia, *Il nuovo processo penale*, Roma, 1989, p. 34; F. Cordero, sub art. 79 c.p.p., in F. Cordero (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990; G. Di Chiara, *Parte Civile*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 241; G. Ichino, sub art. 79 c.p.p., in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, p. 469; R. Li Vecchi, *Parte offesa e parte danneggiata: un dualismo ancora irrisolto dal legislatore*, in *Riv. pen.*, 1990, p. 403; E.M. Mancuso, *La parte civile, responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in G. Dean (a cura di) *Soggetti e atti*, I, t. 1, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), cit., p. 555; M. Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, p. 203; A. Pennisi, *Parte civile*, cit., p. 785; E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002, p. 207; E. Strina-S. Bernasconi, *Persona Offesa. Parte Civile*, Milano, 2001, p. 297; F. Vergine, *Invalidità del decreto di citazione diretta a giudizio ed interferenze sulla costituzione di parte civile*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1064.

<sup>10</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff., suppl. ordinario n. 2*, 24 ottobre 1988, n. 93. In dottrina cfr. G. Di Chiara, *Parte Civile*, cit., p. 241 e v. C. Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso da reato*, Milano, 2003, p. 94 il quale evidenzia che l'esclusione della parte civile dalla fase delle indagini si fonda «sul presupposto che in tale fase non esiste ancora un vero rapporto processuale e il pubblico ministero svolge le investigazioni necessarie ai fini delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale». L'orientamento è confermato anche da C. cost., sent. 2 maggio 1991, n. 192, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1797 secondo la quale la presenza della parte civile nella fase delle indagini «... è stata esclusa per non complicare lo svolgimento delle attività necessarie ai suddetti fini, pur essendosi tenuto presente che il suo intervento poteva contribuire alla acquisizione di elementi di prova da utilizzare poi nelle susseguenti fasi del giudizio. Si è però data prevalenza alla esigenza di non aggravare oltre misura questa fase, che si è voluta la più spedita possibile».

<sup>11</sup> E. Amodio, *Premessa al titolo V libro I*, in E. Amodio-O. Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, p. 434. Sul punto la Corte costituzionale ha affermato che la disciplina concernente la persona offesa si caratterizza «per il rapporto di complementarità tra le garanzie per essa apprestate nella fase delle indagini preliminari e quelle riconosciute alla parte civile nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale», cfr. C. cost., sent. 28 dicembre 1990, n. 559, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3188.

<sup>12</sup> Sul punto si veda E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, cit., pp. 207-208, secondo il quale nella fase investigativa «non essendovi un momento giurisdizionale vero e proprio, ma solamente una fase destinata all'acquisizione ed alla verifica della notizia di reato, non vi sono spazi neppure per avanzare pretese civilistiche ed evidentemente dirette al giudice».

<sup>13</sup> In tal senso O. Bruno, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere sulla pena negoziata*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1134-1135.

<sup>14</sup> La tesi che consente la costituzione della parte civile nella fase investigativa è sostenuta da G. De Roberto, *Responsabile civile e processo penale*, Milano, 1990, p. 175; F. Mencarelli, *Parte Civile*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 7; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 834; si segnala inoltre il singolare tentativo di un isolato provvedimento di merito che ammette la costituzione della parte civile nella fase delle indagini: Pretura di Sassari, ord. 1 marzo 1990, con nota di C. De Chiara, in *Foro it.*, 1991, p. 113.

<sup>15</sup> C. Maina, *Il nuovo rito garantisce alla parte civile l'esecutività immediata della provvisoria*, in *Guida dir.*, 1996, 6, p. 17.

<sup>16</sup> F. Vergine, *Invalidità del decreto di citazione diretta a giudizio ed interferenze sulla costituzione di parte civile*, cit., p. 1064, secondo cui la costituzione di parte civile è «legata all'atto di esercizio dell'azione penale da un rapporto di dipendenza logica e giuridica».

ostacolo per la costituzione antecedente alla fissazione dell'udienza preliminare<sup>17</sup>; la norma *de qua* indicherebbe rigide scansioni temporali che escludono la possibilità per il danneggiato di costituirsi anzitempo. Ne consegue che solo quando è stata fissata l'udienza preliminare il danneggiato potrà attivare la pretesa risarcitoria.

Una diversa e isolata linea interpretativa sostiene, in un'ottica ancor più stringente, che il danneggiato non può costituirsi prima dell'udienza preliminare e che, pertanto, sarebbe necessario attendere la celebrazione di detta udienza<sup>18</sup>; tuttavia siffatta conclusione non appare persuasiva poiché contrasta con la possibilità di praticare l'iniziativa civilistica fuori udienza prevista, in modo esplicito, dall'art. 78 c.p.p.

In ogni caso, tali orientamenti omettono di considerare che il dato normativo non qualifica in termini di perentorietà il *dies a quo* per la costituzione del danneggiato dal reato; pertanto deve ritenersi ammissibile la facoltà di esercitare l'azione civile nel processo penale anche prima della fissazione dell'udienza preliminare<sup>19</sup>. Detta esegesi è peraltro confermata dall'assenza di una espressa sanzione di inammissibilità per la prematura costituzione di parte civile<sup>20</sup>.

Il dibattito sopra delineato svela, poi, la propria rilevanza pratica nelle ipotesi in cui il procedimento penale non segua il modulo ordinario di esercizio dell'azione penale mediante la richiesta di rinvio a giudizio, ma si sviluppi a seguito delle altre modalità dell'iniziativa d'accusa previste dall'art. 405 c.p.p., in cui è omessa l'udienza preliminare.

Nei riti in cui, infatti, manca l'udienza preliminare (giudizio immediato, rito direttissimo, patteggiamento *ex art.* 447 c.p.p., procedimento dinanzi al giudice monocratico con citazione diretta e procedimento dinanzi al giudice di pace) il momento dal quale è ammissibile la costituzione di parte civile coincide con l'atto con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale; nessuna norma impone di attendere che venga fissata una udienza<sup>21</sup>.

Tuttavia, con specifico riferimento ai riti che obliterano l'udienza preliminare, non mancano prassi giudiziarie secondo cui il solo esercizio dell'azione penale non legittima la costituzione di parte civile, essendo invece necessario anche che vi sia il provvedimento con il quale è stata fissata la prima udienza<sup>22</sup>.

In altri termini si ritiene, sulla scia di quanto affermato da autorevole giurisprudenza<sup>23</sup>, che non sussiste un nesso di dipendenza tra l'avvenuto esercizio dell'azione penale e la possibilità di costituirsi parte civile. Però siffatta soluzione non appare convincente.

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Tivoli, sez. GIP, ord. 23 dicembre 2016, inedita, secondo cui la *ratio* dell'art. 79, comma 1, c.p.p. «è che la costituzione di parte civile debba avvenire in udienza o, al massimo in vista di un'udienza, in modo che possa essere valutata dal giudice».

<sup>18</sup> A. Pennisi, *Parte civile*, cit., p. 783 il quale afferma che «a differenza di quanto avveniva sotto il codice abrogato che non prevedeva il *dies a quo* per la costituzione di parte civile (così che la stessa poteva avvenire anche all'inizio dell'istruzione preliminare), il codice vigente stabilisce che la costituzione di parte civile non possa avvenire prima dell'udienza preliminare» e ove manchi tale udienza «la costituzione potrà avvenire solo per il dibattimento, dopo l'emissione del decreto di citazione a giudizio».

<sup>19</sup> In dottrina si veda O. Bruno, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere sulla pena negoziata*, cit., p. 1134; R. Cantone, sub. art. 79 c.p.p., in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2017, p. 794; A. Mangiaracina, sub. art. 79 c.p.p., in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2012, p. 863; C. Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., p. 94 ss. Tale tesi è sostenuta con sfumature diverse da G. Spangher, *Soggetti*, in G. Conso-V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, IV ed., 1996, p. 87 ss., e da F. Mencarelli, *Parte Civile*, cit., p. 7, secondo i quali la prematura costituzione della parte civile sebbene ammissibile sarebbe solo inefficace.

<sup>20</sup> Così come affermato anche da Cass., sez. I, 23 febbraio 1993, n. 1767, in *CED Cass.*, n. 193516 secondo cui «l'espressione "la costituzione di parte civile può avvenire per l'udienza preliminare" dettata dall'art. 79 cod. proc. pen. relativamente al termine di costituzione, non significa che il danneggiato debba necessariamente attendere l'udienza preliminare per effettuare la costituzione di parte civile. Essa designa, invece, il termine finale entro il quale deve avvenire la costituzione di parte civile a pena di decadenza, mentre nessuna sanzione processuale è prevista per il mancato rispetto del termine iniziale»; principio ribadito da Cass., sez. III, 15 aprile 2010, n. 21338, in *Riv. pen.*, 2011, p. 584.

<sup>21</sup> In questi termini C. Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., p. 95, secondo cui nei riti in cui non è prevista l'udienza preliminare il *dies a quo* per la costituzione di parte civile decorre nel giudizio immediato dal momento della richiesta del p.m. (artt. 453-454 c.p.p.), nel giudizio direttissimo dalla presentazione dell'imputato in udienza (art. 449 c.p.p.), nel procedimento dinanzi al giudice monocratico dalla citazione diretta a giudizio (artt. 550-552 c.p.p.).

<sup>22</sup> Trib. Tivoli, sez. GIP, ord. 23 dicembre 2016, cit., in particolare con detta decisione è stata ritenuta inammissibile la costituzione di parte civile depositata dopo la richiesta del p.m. di rito immediato e prima della fissazione dell'udienza.

<sup>23</sup> Cfr. Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2313, con la quale la Corte ha affermato che «non vi è corrispondenza biunivoca tra esercizio dell'azione penale e possibilità di costituzione di parte civile», tuttavia la indicata sentenza si riferisce specificamente all'udienza di patteggiamento nella fase delle indagini (*ex art.* 447 c.p.p.) e non a tutti i riti speciali.

Preliminarmente è doveroso precisare che il riferimento al *dictum* delle Sezioni Unite sopra indicato, non appare dirimente per poter individuare il momento iniziale per la costituzione di parte civile; invece in quella occasione la Suprema Corte si era pronunciata, sulla diversa questione della legittimazione del danneggiato da reato a costituirsi nell'udienza, prevista dall'art. 447 c.p.p., nel caso di patteggiamento nel corso delle indagini preliminari<sup>24</sup>. In particolare con detta sentenza, dopo aver precisato che la costituzione di parte civile è consentita solo se tra i possibili esiti del processo vi sia la condanna dell'imputato al risarcimento del danno, è stata preclusa l'iniziativa civilistica nel rito introdotto ai sensi dell'art. 447 c.p.p.: in questo caso, la domanda risarcitoria non potrebbe essere accolta perché l'oggetto del giudizio è limitato alla pronuncia sulla richiesta di applicazione della pena<sup>25</sup>; si è inoltre precisato che nel patteggiamento il diritto alla rifusione delle spese processuali è previsto solo in favore della parte civile già costituita<sup>26</sup>.

Pertanto, il richiamo alla menzionata decisione delle Sezioni Unite non appare confacente alla individuazione del *dies a quo* per la costituzione di parte civile ed appare legato ad una lettura inutilmente formalistica dell'art. 79, comma 1, c.p.p. Sul terreno strettamente letterale, peraltro, si potrebbe ugualmente sostenere che se il legislatore avesse voluto subordinare alla fissazione dell'udienza il termine iniziale per la costituzione di parte civile avrebbe usato l'espressione "nell'udienza" anziché "per l'udienza preliminare".

Ma sul versante contenutistico, non vi è alcun valido motivo per ritenere che la costituzione sia legittima solo se avviene in udienza o "in vista" di un'udienza. Se i motivi ispiratori della scelta legislativa stanno nel fatto che il danneggiato può acquisire la veste di parte solo nella fase processuale, che inevitabilmente viene introdotta con il promovimento dell'azione penale, non vi è alcuna ragione per subordinare la sua iniziativa risarcitoria al momento in cui viene fissata una udienza.

La tesi secondo cui la costituzione può avvenire solo dal momento in cui è fissata una udienza, non appare, peraltro, compatibile con la disciplina del decreto di citazione per il giudizio immediato (artt. 456, comma 1, e 429 c.p.p.) nel quale devono essere indicate le generalità delle parti private e dei relativi difensori; il che dimostra la possibilità, nei riti in cui non è prevista l'udienza preliminare, che vi siano già delle parti costituite<sup>27</sup>.

Peraltro subordinare l'ingresso del danneggiato nel processo alla fissazione di un'udienza ostacolerebbe l'accesso alla tutela cautelare reale delle pretese risarcitorie. La parte civile, dal momento in cui è esercitata l'azione penale, è, infatti, legittimata a chiedere il sequestro conservativo sui beni dell'imputato e non vi è alcuna necessità di attendere che il giudice fissi la data dell'udienza<sup>28</sup>. Posticipando la costituzione della parte civile, risulterebbe frustrato l'interesse del danneggiato ad ottenere, in breve tempo, un vincolo reale sui beni dell'imputato idoneo a garantire l'effettiva soddisfazione del diritto al risarcimento del danno; nell'attesa della fissazione dell'udienza – nella prassi non sempre celere – la funzione cautelare potrebbe essere facilmente vulnerata.

<sup>24</sup> Per una analisi di detta pronuncia si veda M. Pinna, *Il ruolo della parte civile nel patteggiamento: tutelare l'aspettativa ad una decisione sulla domanda risarcitoria*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3901; L. Pistorelli, *Per le sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3901. Per un commento critico O. Bruno, *Esclusa la parte civile all'udienza per decidere sulla pena negoziata*, cit., p. 1131.

<sup>25</sup> La Corte osserva che «... nella speciale udienza fissata nel corso delle indagini, a norma dell'art. 447 c.p.p., il danneggiato dal reato, conoscendo in partenza l'oggetto del giudizio, ristretto alla decisione circa l'accogliibilità della richiesta di applicazione di pena su cui è intervenuto il patteggiamento tra imputato e pubblico ministero, non ha ragioni giuridiche per costituirsi parte civile».

<sup>26</sup> Sul punto le Sezioni Unite scrivono che «... le ragioni risarcitorie del danneggiato dal reato non possono trovare ascolto nel giudizio della pena su richiesta; e che l'art. 444 c.p.p., comma 2, nel recepire il portato della sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1990, si limita a stabilire il diritto della parte civile già costituitasi nell'udienza preliminare, e cioè in un momento processuale antecedente alla introduzione di questo speciale rito, alla rifusione delle spese processuali sostenute».

<sup>27</sup> A medesime conclusioni deve giungersi anche in riferimento al procedimento dinanzi al giudice monocratico nei casi in cui è prevista la citazione diretta dell'imputato atteso che l'art. 552 c.p.p. tra i requisiti previsti per il decreto prevede espressamente l'indicazione delle altre parti private e dei relativi difensori. Sul punto si veda A. Chiliberti, *L'azione civile nel processo penale*, cit., p. 303.

<sup>28</sup> P. Gualtieri, *Sequestro conservativo*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 2 (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, 2009, p. 351, secondo l'A. la richiesta di sequestro conservativo può «essere presentata e la misura concessa nel corso della udienza preliminare o anche antecedentemente» purché sia stata esercitata l'azione penale e il danneggiato si sia costituito prima dell'udienza; in giurisprudenza *Cass.*, sez. VI, 5 marzo 1996, n. 995, in *CED Cass.*, n. 205442, secondo cui «è legittimo il sequestro conservativo adottato dopo la richiesta di rinvio a giudizio e prima dell'udienza preliminare dal momento che con la richiesta si conclude la fase delle indagini preliminari e si instaura il rapporto processuale tra le parti».

Nel complesso si tratta di considerazioni che consentono di superare le incertezze semantiche dell'art. 79, comma 1, c.p.p., potendosi affermare che l'uso (infelice) dell'espressione «*per l'udienza preliminare*» deve essere interpretato nel senso che il danneggiato da reato può legittimamente costituirsi parte civile dal momento in cui è stata esercitata l'azione penale, senza attendere la fissazione della successiva udienza.

Le prassi applicative che subordinano la costituzione della parte civile alla fissazione dell'udienza preliminare, non sembrano radicarsi su solide basi argomentative ma sono legate ad un eccessivo e ingiustificato formalismo, teso ad allontanare il danneggiato dal reato dal processo penale. Tra l'altro, per concludere, una lettura così contratta dell'art. 79, comma 1, c.p.p. non sarebbe giustificata da nessuna valida ragione di sistema, né di funzionalità della procedura.

È innegabile che il nucleo essenziale del processo penale è l'accertamento della responsabilità dell'imputato; tuttavia se il vigente codice di rito consente al danneggiato da reato di far valere i propri interessi risarcitori in quella sede, è altresì doveroso consentire la costituzione della parte civile dal momento in cui l'imputazione viene formulata, soprattutto al fine di garantire una piena ed effettiva tutela anche delle parti, diverse dall'imputato, in conformità alle recenti spinte sovranazionali che mirano a garantire i diritti individuali della vittima<sup>29</sup>; effettività che verrebbe menomata e procrastinata, in modo ingiustificato, ove la costituzione della parte civile fosse subordinata alla fissazione di un'udienza successiva all'esercizio dell'azione penale.

---

<sup>29</sup> Cfr. nota n. 8.

LUIGI CUOMO-LUIGI GIORDANO

Magistrati

## Informatica e processo penale

### *Computer science and criminal trial*

---

La prova digitale ha assunto un rilievo centrale per la sorte di molte indagini, sia della polizia giudiziaria che della difesa, che fanno ormai frequentemente ricorso all'acquisizione di tracce elettroniche e all'analisi di dati informatici. Si analizzano i principali mezzi di ricerca della prova digitale, soffermandosi in particolare sul sequestro e sull'utilizzo del *virus trojan* per compiere intercettazioni ambientali.

*The digital evidence took primary role for the outcome of many investigations. Police or the defendant frequently used electronic traces and computer data analysis. We would analyze the main digital evidence search, focusing on the seize and the use of trojan viruses in eavesdropping.*

---

#### INTRODUZIONE

La prova digitale ha assunto un'importanza determinante per la sorte di molte indagini, sia di polizia giudiziaria che difensive, basate sull'acquisizione di tracce elettroniche e sull'analisi di dati informatici.

È sufficiente considerare la crescente informatizzazione della società civile, la digitalizzazione della pubblica amministrazione, l'aumento del livello di sicurezza informatica e l'adozione di misure per tutelare la riservatezza dei dati, che impongono uno sfruttamento sempre maggiore degli elementi di prova digitale e degli strumenti utili alla loro raccolta.

I *computer* possono essere gli strumenti necessari per la commissione di reati (soggetto attivo di delitti), possono contenere le prove dei crimini di tipo tradizionale (testimoni di delitti) oppure possono essere l'obiettivo di atti criminali (soggetto passivo di delitti)<sup>1</sup>.

All'incremento della commissione di reati mediante sistemi informatici si è contrapposta una maggiore e più sofisticata capacità investigativa delle forze di polizia in grado non solo di sfruttare la tecnologia per fini di accertamento e repressione dei reati, ma anche di preservare i dati nella loro integrità e genuinità impedendone l'alterazione<sup>2</sup>.

Oltre alle prove tipiche del processo penale, entrano nella dinamica processuale, fin dalla fase delle indagini, ulteriori elementi di prova di natura digitale strettamente legati ai sistemi informatici o telematici, ugualmente idonei a individuare un fatto o una circostanza utile all'accertamento della verità<sup>3</sup>.

La prova digitale viene definita come il «*complesso delle informazioni digitali che sono in grado di stabilire se un crimine è stato commesso o che possono rappresentare un collegamento tra un crimine e i suoi esecutori*»<sup>4</sup>.

La particolarità delle "prove digitali" risiede nel fatto che devono essere raccolte in un luogo virtuale, dove perde consistenza la naturale propensione dell'uomo a rapportarsi con il mondo circostante con l'uso dei sensi e, in particolare, con il tatto.

Dal punto di vista investigativo e operativo si tratta di salvaguardare le esigenze di: a) acquisire le prove senza modificare il sistema informatico su cui si trovano; b) garantire che le prove trasportate su

---

<sup>1</sup>L. Cuomo-R. Razzante, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino, 2009, p. 59.

<sup>2</sup>Oggi gli elementi di prova digitale possono essere utili non soltanto in ambito penale, ma anche nel processo civile e in quello amministrativo. Basti pensare all'importanza che riveste l'acquisizione di elementi di prova digitale in tutti settori che ruotano intorno alla responsabilità civile, alle responsabilità per danni derivanti dalla circolazione stradale (poiché tutte le centraline delle automobili sono informatizzate e contengono dati importantissimi), finanche alla responsabilità amministrativa, contabile e tributaria (così S. Aterno, *Digital Forensics (Investigazioni informatiche)*, in *Dig. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 217).

<sup>3</sup>P. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 401 ss.

<sup>4</sup>E. Casey, *Digital evidence and computer crime*, in *Academic Press*, 2000, p. 196 ss.

un altro supporto siano perfettamente identiche a quelle originarie; c) analizzare i dati senza apportare alcuna alterazione in grado di falsare il risultato<sup>5</sup>.

L'obiettivo principale di un'indagine in ambito digitale è la preservazione, l'identificazione e la documentazione delle attività che sono state compiute con un sistema informatico o telematico al fine di acquisire la prova della colpevolezza.

Le azioni illecite consistono nella creazione, modificazione o cancellazione di informazioni e, avvenendo normalmente attraverso connessioni telematiche, è evidente che le modalità di ricerca e di acquisizione delle prove sono differenti rispetto alle analoghe attività di investigazione e di repressione per i reati comuni.

A fronte della diversità delle categorie di illeciti, restano uniche le regole di legalità poste dalla legge a garanzia della genuinità, attendibilità, ammissibilità e utilizzabilità delle prove.

Le caratteristiche dell'ambiente informatico impongono di acquisire più approfondite conoscenze delle nuove metodiche di investigazione e di acquisizione dei dati: il luogo del delitto è costituito da «record», «file», «codici sorgente», tracce digitali e programmi contenuti nella memoria del sistema o nella rete in cui transitano le energie e i flussi di *bit*<sup>6</sup>.

Per contrastare le nuove forme di criminalità, la l. 18 marzo 2008, n. 48 ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001, introducendo nel sistema tratteggiato dal codice di procedura penale una disciplina specifica in tema di acquisizione degli elementi di prova digitali grazie alla modifica degli articoli in materia di perquisizione, sequestro, acquisizione e conservazione dei dati presenti su supporti informatici<sup>7</sup>.

## ISPEZIONE E PERQUISIZIONE DI SISTEMI INFORMATICI

Per ispezione si intende l'atto con il quale si esamina una persona, una cosa od un luogo, allo scopo di acquisirne conoscenza e di rilevare le tracce o gli effetti del reato<sup>8</sup>.

Si tratta di un mezzo di ricerca della prova che sembra maggiormente attinente al reato informatico e alle sue caratteristiche, specie se si considera che l'ispezione dei luoghi e di cose ha generalmente per oggetto beni tendenzialmente immateriali o deteriorabili, facilmente inquinabili o comunque volatili.

L'ispezione si caratterizza per la sua limitazione all'esame obiettivo e al rilevamento di una situazione di fatto attuale, nel modo in cui essa cade sotto la percezione sensoriale dell'organo procedente<sup>9</sup>.

Questa caratteristica permette di distinguere l'ispezione dagli altri mezzi di ricerca della prova, come la perquisizione, da cui si differenzia proprio per l'assenza di un'attività di ricerca, limitandosi a una pura e semplice osservazione della realtà<sup>10</sup>.

L'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione (art. 244, comma 2, c.p.p.).

L'attività di ricerca di dati, informazioni, *file* o programmi all'interno di un sistema informatico appare riferibile più all'ipotesi di una perquisizione, mentre sono inquadrabili nell'ambito dell'ispezione l'osservazione esterna dell'elaboratore elettronico o, comunque, ciò che viene visualizzato sullo schermo, attraverso una analitica descrizione della connessione a periferiche (collegate o scollegate), l'installazione di particolari *software* applicativi, il sistema di connessione utilizzato per il collegamento alla rete (*wireless*, *adsl* o *fibra*) o altro.

<sup>5</sup> Sui poteri della polizia giudiziaria v. A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, 2002; A. Scaglione, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1090.

<sup>6</sup> F. Berghella-R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2329; F. Bravo, *Crimini informatici e utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nella conduzione delle indagini*, in *Riv. giur. polizia*, 1998, 3, p. 711; F. Buffa, *Internet e criminalità*, Milano, 2001; C. Serra-M. Strano, *Nuove frontiere della criminalità*, Milano, 1997.

<sup>7</sup> I.V. Felcher, *Una rassegna giurisprudenziale con riferimento alla Legge n. 48 del 2008 e alle investigazioni digitali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 1, p. 131.

<sup>8</sup> P. Moscarini, *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Milano, 1998, p. 464; G. Nicolucci, *L'assunzione di nuove prove in dibattimento: il caso dell'ispezione*, in *Giur. merito*, 2001, 45, p. 573.

<sup>9</sup> In tema di mezzi di ricerca della prova, non costituisce sequestro probatorio l'acquisizione, mediante riproduzione su supporto cartaceo, dei dati informatizzati contenuti in un archivio informatico visionato nel corso di una ispezione legittimamente eseguita ai sensi dell'art. 244 c.p.p. (Cass., sez. II, 26 gennaio 2000, n. 384, in *CED Cass.*, n. 217687).

<sup>10</sup> C. Bellora, *Ispezione Giudiziale*, in *Dig. pen.*, Torino, 1993, p. 275.

Trattandosi di un atto irripetibile, per l'immaterialità dei beni coinvolti e per la facilità con cui possono essere disperse o inquinate le prove, il verbale descrittivo delle operazioni compiute è inserito nel fascicolo per il dibattimento e può assumere valore di prova documentale.

La perquisizione è nel diritto processuale penale un mezzo di ricerca della prova diretto a individuare e acquisire il corpo del reato o le cose pertinenti al reato.

Quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione (art. 247, comma 1-bis, c.p.p.).

La norma autorizza il Pubblico Ministero o la polizia giudiziaria non alla clonazione o duplicazione delle informazioni originali, ma alla ricerca nel sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, di dati, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato.

L'attività di perquisizione informatica o telematica tende al sequestro delle cose attraverso l'adozione di misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione, che concerne la fase di esecuzione della ricerca e dell'ablazione delle informazioni rinvenute all'interno del sistema esplorato<sup>11</sup>.

L'osservanza di misure tecniche per l'integrità e la conservazione dei dati originali attiene alle modalità con cui procedere alla custodia giudiziale dell'oggetto rinvenuto ed appreso in esito alla perquisizione.

La perquisizione è disposta con decreto motivato a fini di controllo sulla legittimità del provvedimento restrittivo dell'altrui libertà e limitativo del domicilio informatico.

Nella flagranza del reato, ovvero nei casi in cui si deve procedere all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare, quando sussistono i presupposti e le altre condizioni previste dalla legge, gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione, procedono alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, se hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi (art. 352, comma 1-bis, c.p.p.).

Una procedura alternativa alla perquisizione è l'esame di atti, documenti e corrispondenza presso banche per rintracciare le cose da sottoporre a sequestro o per accertare altre circostanze utili ai fini delle indagini.

È consentito esaminare presso banche atti, documenti e corrispondenza nonché dati, informazioni e programmi informatici e, in caso di rifiuto, l'autorità giudiziaria può procedere a perquisizione (art. 248, comma 2, c.p.p.).

L'attività acquisitiva della prova può essere suddivisa in alcune scansioni fondamentali, come l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei flussi di dati in formato digitale.

Lo svolgimento delle operazioni, pur incidenti sulla genuinità e sull'attendibilità della prova informatica, interferente con l'immaterialità e alterabilità dei dati digitali, non deve seguire procedure pre-stabilite, anche se la prassi e l'analisi forense (*computer forensics*<sup>12</sup>) hanno elaborato alcuni protocolli per preservare l'integrità delle tracce informatiche e la conformità del duplicato all'originale (es. impiego di *software* certificati, applicazioni crittografiche e di firma digitale per impedire l'alterazione delle informazioni, particolari modalità di estrazione dei dati, garanzia di conformità all'originale, ecc.).

In tal senso, la giurisprudenza ha affermato che le norme in tema di perquisizione di sistemi informatici o telematici si limitano a richiedere l'adozione di misure tecniche e di procedure idonee a garantire la conservazione dei dati informatici originali e la conformità e immodificabilità delle copie estratte per evitare il rischio di alterazioni, ma non impongono misure e procedure tipizzate<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> A. Cisterna, *Perquisizioni in caso di fondato motivo*. (Legge 18 marzo 2008 n. 48), in *Guida dir.*, 2008, 16, p. 66; A. Logli, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2946.

<sup>12</sup> L. Chirizzi, *Computer forensics: brevi cenni tecnici e procedurali sulla ricerca della fonte di prova informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 4, p. 463; S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 4, p. 955; L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4509; G. Costabile, *Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 3, p. 465.

<sup>13</sup> Cass., sez. III, 28 maggio 2015, n. 37644, in *CED Cass.*, n. 265180.

## SEQUESTRO DI SISTEMI INFORMATICI

Il sequestro probatorio ha una precisa finalità di accertamento dei fatti e, per la sua emissione, è indispensabile l'astratta configurabilità di un reato, nonché l'esistenza di un collegamento funzionale del sistema informatico con il fatto illecito.

Al sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato, necessarie per l'accertamento dei fatti, provvede l'autorità giudiziaria con decreto motivato (art. 253 c.p.p.).

L'art. 254-bis c.p.p. disciplina le modalità di acquisizione dei dati, prevedendo in modo analitico il metodo e le procedure da adottare in caso di sequestro probatorio o di acquisizione di dati elettronici presso i fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni<sup>14</sup>.

La norma intende regolamentare la metodologia di acquisizione dei dati, prevedendo indicazioni di principio per garantire l'estrazione di copia su adeguato supporto, con una procedura che sia in grado di assicurare la conformità delle informazioni acquisite a quelle originali e la loro immodificabilità.

Al contempo, la norma impone al fornitore dei servizi, destinatario del provvedimento cautelare, di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali, anche oltre i termini di cancellazione e conservazione stabiliti dalla legge.

Secondo la previsione dell'art. 354 c.p.p., in relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, costituenti corpo del reato o cose a questo pertinenti, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione o l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità<sup>15</sup>.

Il sequestro crea un vincolo di indisponibilità su una cosa mobile o immobile, qualificabile come corpo del reato o cosa pertinente al reato, attraverso un provvedimento che determina, nei confronti del titolare, uno spossessamento coattivo del bene.

È riconosciuto all'autorità giudiziaria, al fine di esaminare un'ampia massa di dati i cui contenuti sono potenzialmente rilevanti per le indagini, il potere di disporre un sequestro dai contenuti molto estesi, comprendente un intero archivio di informazioni, a condizione che si provveda, nel rispetto del principio di proporzionalità ed adeguatezza, alla immediata restituzione delle cose sottoposte a vincolo non appena sia decorso il tempo ragionevolmente necessario per gli accertamenti<sup>16</sup>.

Ormai è pacifica in giurisprudenza l'ammissibilità del sequestro di risorse e sistemi informatici utilizzati per commettere l'illecito penale, trattandosi di mezzo di ricerca della prova e di strumento indispensabile per acquisire le tracce e gli altri elementi in grado di ricostruire la rilevanza penale della condotta<sup>17</sup>.

È stato ritenuto legittimo il sequestro di sistemi informatici e telematici costituenti corpo del reato<sup>18</sup> o cosa pertinente al reato con l'esame dei quali può essere dimostrato il fatto criminoso, comprese le modalità di preparazione ed esecuzione<sup>19</sup>, di apparecchi del tipo "totem internet" per giochi d'azzardo a distanza<sup>20</sup>, di dispositivi destinati a "console" per videogiochi illecitamente duplicati o scaricati abusivamente da inter-

<sup>14</sup> G. Bono, *Il divieto di indagini ad explorandum include i mezzi informatici di ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1523; G. Corrias Lucente, *Perquisizione e sequestro informatici: divieto di inquisitio generalis*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 6, p. 1146.

<sup>15</sup> Va, comunque, puntualizzato che l'esame dell'*hard-disk* di un *computer* in sequestro e la conseguente estrazione di copia dei dati ivi contenuti non sono attività che le parti possono compiere durante il termine per comparire all'udienza dibattimentale senza contraddittorio e alla sola presenza del custode, in quanto implicano accertamenti e interventi di persone qualificate e l'utilizzo di appositi strumenti, sì che devono essere necessariamente svolti in dibattimento, nel contraddittorio, e sotto la direzione del giudice (Cass., sez. III, 9 giugno 2009, n. 28524, in *CED Cass.*, n. 244594).

<sup>16</sup> Cass., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 53168, in *CED Cass.*, n. 268489.

<sup>17</sup> F.M. Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 696; E. Lorenzetto, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1522; F. Novario, *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 4, p. 1069.

<sup>18</sup> Cass., sez. VI, 29 gennaio 1998, n. 337, in *CED Cass.*, n. 210820.

<sup>19</sup> Cass., sez. V, 19 marzo 2002, n. 2816, in *CED Cass.*, n. 224913 in materia di sequestro di un intero *server* presso uno studio legale.

<sup>20</sup> Cass., sez. III, 18 febbraio 2010, n. 11877, in *CED Cass.*, n. 246461.

net<sup>21</sup>, di tablet del tipo Ipad o di elaboratori utilizzabili per la commissione di violazioni finanziarie<sup>22</sup>, nonché di penne USB necessarie alla prova della falsificazione di documentazione fiscale<sup>23</sup>.

L'acquisizione del bene deve assicurare le possibili e future prove del processo penale garantendo, ove possibile, anche l'integrità e la conservazione dei dati digitali, in una forma che consente il mantenimento delle caratteristiche della cosa e del suo contenuto.

In specifici contesti investigativi è stata ritenuta legittima la prassi di restituire all'avente diritto il materiale informatico sottoposto a sequestro, previa conservazione e acquisizione di una copia fedele dell'originale.

La possibilità di estrarre copia degli atti o dei documenti sottoposti a sequestro probatorio, con conseguente restituzione degli originali al titolare dei beni, dei documenti e dei supporti informatici, previa estrazione di copia, ha formato oggetto di approfondimento giurisprudenziale in ordine alla persistenza dell'interesse a proporre ricorso per cassazione.

In dottrina è stato sottolineato come la clonazione delle tracce informatiche non sia soltanto una semplice conservazione di dati digitali, quanto piuttosto un sequestro di informazioni, che deve essere soggetto alle norme sul sequestro e sul riesame, a prescindere dalla sua intrinseca capacità di essere agevolmente duplicato o restituito, con la conseguenza che permane l'interesse a richiedere il controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento impositivo della misura di coercizione reale<sup>24</sup>.

In argomento è stato affermato che il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che abbia disposto, previo trattenimento di copia dei dati informatici estratti, la restituzione al ricorrente degli apparecchi e delle strutture "hardware" coercitivamente acquisiti, è ammissibile esclusivamente nel caso in cui il ricorrente dimostri il proprio concreto interesse all'esclusiva disponibilità delle informazioni contenute nei documenti elettronici, facendo così ritenere l'estrazione di copia un vero e proprio sequestro di "informazioni" autonomamente apprezzabile<sup>25</sup>, e ciò tanto più quando il trattenimento della copia determina la sottrazione all'interessato della esclusiva disponibilità dell'informazione<sup>26</sup>.

Il sequestro indiscriminato dell'intero sistema informatico, in carenza di presupposti, in taluni casi può rivelarsi eccessivamente invasivo ed eccedente rispetto allo scopo di tutela della genuinità della prova, ledendo in tal modo i diritti fondamentali della persona protetti a livello costituzionale dalle disposizioni relative alla riservatezza, alla segretezza, al diritto di proprietà e al diritto di difesa<sup>27</sup>.

Applicando i principi generali di proporzionalità e adeguatezza delle misure cautelari, è stato affermato che è illegittimo il sequestro a fini probatori di un intero sistema informatico, qual è un *personal computer*, che conduca, in difetto di specifiche ragioni, ad una indiscriminata apprensione di tutte le informazioni ivi contenute<sup>28</sup>.

## IL SEQUESTRO PREVENTIVO DI UNA PAGINA WEB

Accanto al tema del sequestro probatorio del sistema informatico, si pone quello altrettanto delicato della possibilità giuridica di rendere inaccessibile, ricorrendo all'istituto del sequestro preventivo, un sito o una pagina *web*. In questo caso, infatti, il vincolo cautelare non consiste nell'apprensione della cosa per-

<sup>21</sup> Cass., sez. III, 11 maggio 2010, n. 23765, in *CED Cass.*, n. 247793.

<sup>22</sup> Cass., sez. III, 16 aprile 2014, n. 19886, in *CED Cass.*, n. 261506.

<sup>23</sup> Cass., sez. II, 22 marzo 2013, n. 29154, non massimata.

<sup>24</sup> V. Zamperini, *Impugnabilità del sequestro probatorio di dati informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 508; S. Carnevale, *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472; S. Lorusso, *Sequestro probatorio e tutela del segreto giornalistico*, in *Giur. it.*, 2015, 6, p. 1504; C. Costanzi, *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 3, p. 269.

<sup>25</sup> Cass., sez. II, 9 settembre 2016, n. 40831, in *CED Cass.*, n. 267610.

<sup>26</sup> Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in *CED Cass.*, n. 264093.

<sup>27</sup> Il sequestro probatorio della memoria del *personal computer* di un giornalista che abbia opposto il segreto professionale è consentito soltanto ove sia ritenuta l'infondatezza del segreto e la necessità dell'acquisizione per l'indagine, anche se l'attività investigativa deve essere condotta in modo da non compromettere il diritto del professionista alla riservatezza della corrispondenza e delle proprie fonti (Cass., sez. I, 16 febbraio 2007, n. 25755, in *CED Cass.*, n. 237430).

<sup>28</sup> Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, cit.

tinente al reato, come avviene normalmente a seguito del sequestro impeditivo, ma nell'imposizione all'indagato o all'imputato ovvero anche a terzi di un *facere*, cioè la realizzazione delle operazioni tecniche necessarie per oscurare la risorsa telematica. Più in particolare, l'obbligo di fare si sostanzia nell'imposizione ai soggetti che svolgono le funzioni di "access provider" di inibire, mediante un sistema di "filtraggio" dei codici, l'accesso degli utenti al sito o alla pagina *web* posti sotto vincolo cautelare.

Al riguardo, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità era incline a ritenere ammissibile l'oscuramento di interi siti *internet* o di singole pagine *web* per mezzo del provvedimento di sequestro preventivo<sup>29</sup>. Questo indirizzo, però, presentava due profili critici. La normativa sulla cautela reale consente l'apprensione, in senso materiale o giuridico, della *res* da cui consegue il connesso vincolo d'indisponibilità della stessa, ma non l'imposizione di un fare. L'art. 254-bis c.p.p., inoltre, disciplina il sequestro probatorio di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, mentre un'analoga regolamentazione del sequestro preventivo non è prevista.

Una recente decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha affrontato questi temi, ritenendo ammissibile un simile provvedimento<sup>30</sup>.

Secondo questa decisione, l'istituto del sequestro preventivo presenta un immediato fine di difesa sociale che ne consente l'operatività anche come misura inibitoria, senza che venga meno la sua connotazione "reale"<sup>31</sup>.

Pur essendo connesso al compimento di un reato, il sequestro può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di "colpevolezza" del destinatario in ragione della sua funzione preventiva che si proietta sul bene, il quale deve presentare un vincolo di pertinenzialità con l'illecito. È la nozione di pertinenza di cui all'art. 321 c.p.p., infatti, a delimitare il campo di operatività del sequestro, nel senso che il vincolo d'indisponibilità al quale la cosa è sottoposta deve valere a scongiurare il pericolo della *perpetuatio criminis* ovvero della commissione di altri reati.

Il dato informatico, inoltre, rientra nel concetto di "cosa", presentando una sua fisicità, sicché può essere oggetto del sequestro. Al riguardo, il supremo collegio ha sottolineato che, mentre «... *Internet non è un luogo, né uno spazio, ma semplicemente una metodologia di comunicazione ipertestuale che consente l'accesso a qualsiasi contenuto digitale posto su sistemi informatici connessi alla rete ...*», la dimensione fisica delle informazioni reperibili attraverso la rete telematica consiste nella struttura di ciascun *file* e si radica spazialmente nel *computer*, al cui interno il documento è materialmente memorizzato «... *i documenti reperibili in rete non sono altro che file (registrazioni magnetiche o ottiche di bytes) registrati all'interno dei servers degli Internet Service Providers ovvero sugli elaboratori degli utenti, utilizzando un sia pure infinitesimale spazio fisico. Il dato informatico, quindi, è incorporato sempre in un supporto fisico, anche se la sua fruizione attraverso la rete fa perdere di vista la sua fisicità ...*».

A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, stipulata a Budapest il 23 novembre 2001, tuttavia, il dato informatico è esplicitamente equiparato al concetto di "cosa", e dunque, se pertinente al reato, ben può essere oggetto di sequestro. Anche le modifiche apportate al codice penale e a quello di procedura penale, dalla l. n. 48 del 2008 di esecuzione della detta Convenzione, confermano l'assimilazione del dato informatico alle "cose"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Cass., sez. I, 4 giugno 2014, n. 32846, in *CED Cass.*, n. 261195; Cass., sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, in *CED Cass.*, n. 259887; Cass., sez. V, 30 ottobre 2013, n. 11895, in *CED Cass.*, n. 258333; Cass., sez. V, 19 settembre 2011, n. 46504, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., sez. V, 18 gennaio 2011, n. 47081, in *CED Cass.*, n. 251208; Cass., sez. V, 10 gennaio 2011, n. 7155, in *CED Cass.*, n. 249510; Cass., sez. VI, 28 giugno 2007, n. 30968, in *CED Cass.*, n. 237485; Cass., sez. III, 27 settembre 2007, n. 39354, in *CED Cass.*, n. 237819.

<sup>30</sup> Cass., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Foro it.*, 2016, 1, 2, p. 52. Sulla sentenza si veda, tra gli altri, C. Melzi d'Eril, *Contrordine compagni: Le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2016; S. Lorusso, *Sequestro preventivo di una testata giornalistica on line – un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica on line*, in *Giur. it.*, 2015, 8-9, p. 2002; B. Piattoli, *Il sequestro preventivo di una pagina web: il funzionalismo della rete e le sue intersezioni nelle dinamiche processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 201; V. Pezzella, *La diffamazione*, Torino, 2016, p. 641 ss.

<sup>31</sup> La sentenza precisa che, già nella Relazione al Progetto preliminare del codice di rito del 1988, è stato evidenziato che il sequestro preventivo non mira semplicemente a privare la disponibilità della *res*, ma tende piuttosto ad inibire al destinatario della misura certe attività (la vendita o l'uso), in quanto «*fondamento dell'istituto in questione resta l'esigenza (...) di tutela della collettività con riferimento al protrarsi dell'attività criminosa e dei suoi effetti*».

<sup>32</sup> Secondo la decisione in esame, in particolare, la modifica dell'art. 254 c.p.p. rende palese che il dato informatico in sé, in quanto normativamente equiparato a una "cosa", può essere oggetto di sequestro. Sebbene la norma attenga al sequestro probatorio, essa può essere estesa anche a quello preventivo. Pur distinguendosi per le finalità, entrambi hanno in comune la

Secondo la Suprema Corte, poi, le particolari modalità del “sequestro informatico” – ossia l’imposizione a terzi di un obbligo di impedimento all’accesso al sito – sono conformi ai principi di legalità e proporzionalità.

A tal proposito è stato compiuto un richiamo alle disposizioni contenute nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che, in attuazione della Direttiva 2000/31/CE, ha regolamentato taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico. Queste norme tratteggiano una vera e propria inibitoria. Il meccanismo processuale, attraverso il quale si consegue l’obiettivo di paralizzare la protrazione delle conseguenze dannose del reato o il rischio di reiterazione dell’attività criminosa, implica, a seguito del sequestro preventivo con cui s’imponne al fornitore dei servizi telematici di bloccare l’accesso degli utenti alle risorse elettroniche incriminate, l’intervento tecnico di tale fornitore, che deve rendere indisponibili tali risorse<sup>33</sup>.

Secondo la decisione in esame, in conclusione «... nell’ambito del mondo digitale, il sequestro preventivo, ove ne ricorrano i presupposti, investe direttamente la disponibilità delle risorse telematiche o informatiche d’interesse, equiparate normativamente a “cose”, e ridonda, solo come conseguenza, anche in inibizione di attività, per garantire concreta incisività alla misura ...».

Dopo aver superato il tema dell’astratta possibilità di ricorrere al sequestro preventivo per “oscurare” una pagina *web* o un sito, la sentenza illustrata si è confrontata con un’altra questione delicata, rappresentata dall’applicabilità della misura nei confronti di una testata giornalistica *on line*.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente, invero, le garanzie costituzionali in tema di sequestro preventivo della stampa non sono estensibili alle manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, poiché il termine “stampa” sarebbe stato assunto dalla norma costituzionale in una precisa accezione tecnica riferita alla sola “carta stampata”<sup>34</sup>. Gli spazi comunicativi sul *web* non godono della protezione prevista per la libertà di stampa e rientrano in una categoria più ampia e meno efficacemente tutelata costituita dalla sfera di espansione della libera manifestazione del pensiero. Veniva automaticamente esclusa l’applicazione della tutela costituzionale non solo nei confronti dei *blog*, *mailinglist*, *chat*, *newsletter*, *e-mail*, *newsgroup*, da cui si desumeva la sequestrabilità; anche la versione *on line* della carta stampata si riteneva esulasse dalla speciale salvaguardia della stampa, stante appunto l’accezione tecnica del lemma “stampa”<sup>35</sup>.

Questo indirizzo, in verità, si poneva in chiara frizione con il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. Detta difficoltà, tuttavia, veniva superata evidenziando la differenza tra stampa e informatica, consistente nella cd. “eternità mediatica”, nel senso che, diversamente da quanto avviene per una notizia diffusa per mezzo della “carta stampata”, la notizia immessa in rete, rimane fruibile a tempo indeterminato (finché non sia rimossa, ammesso che lo sia) e per un numero indeterminato di fruitori. La differenza tra i due fenomeni e, dunque, l’esclusione del mondo del *web* dalle tutele riservate alla stampa, pertanto, non sarebbe irragionevole, né iniqua.

La decisione delle Sezioni Unite in esame supera il tradizionale indirizzo interpretativo.

Secondo la Corte, anche le testate giornalistiche *on line*, al pari di quelle diffuse con mezzi tradizionali, sono riconducibili alla nozione di “stampa”. I loro contenuti, quindi, godono delle garanzie costituzionali e sono sottoposti alle regole che l’ordinamento prevede per l’attività di informazione professionale. Il giornale *on-line* registrato, pertanto, come quello cartaceo, non può essere sottoposto a sequestro preventivo, salvo nelle ipotesi specificatamente previste dall’art. 21 Cost.

Secondo la Corte, infatti, «la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di stampa e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l’attività d’informazione professionale diretta al pubblico». Di conseguenza, «il giornale *on line*, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa».

In questo modo, la Suprema Corte ha allargato l’area della nozione di “stampa” di cui all’art. 1, l. 8 febbraio 1948, n. 47. Questa disposizione, considerando stampe o stampati «tutte le riproduzioni tipografi-

---

caratteristica fondamentale di scongiurare una indiscriminata utilizzabilità della *res* che ne forma oggetto, sottraendola alla disponibilità materiale e/o giuridica del proprietario, possessore o detentore; di modo che le considerazioni in ordine all’equiparazione normativa del dato informatico alla *res* devono essere estese al sequestro preventivo avente ad oggetto dati informatici.

<sup>33</sup> Cfr., seppur in tema di *copyright*, Cass., sez. III, 29 luglio 2009, n. 49437, in *CED Cass.*, n. 245937.

<sup>34</sup> Cass., sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, in *CED Cass.*, n. 259887.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., sez. V, 7 dicembre 2007, n. 7319, in *CED Cass.*, n. 239103.

che o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione», appare ancorata alle tecnologie dell'epoca in cui è stata promulgata. Non è esclusa, peraltro, una sua lettura evolutiva in modo da tener conto dei notevoli progressi avvenuti nel settore.

Le due condizioni ritenute essenziali ai fini della sussistenza del prodotto "stampa" per come definito dalla l. n. 47 del 1948 – attività di riproduzione e destinazione alla pubblicazione – sono presenti anche nella testata giornalistica telematica. Nella misura in cui la produzione di un testo avviene su *internet*, il giornale *on line* è funzionale alla possibilità di "riprodurlo" e leggerne il contenuto sul *computer* o altro strumento di connessione in uso all'utente. La nozione di "pubblicazione" ben può essere legata all'immissione dell'informazione giornalistica in rete e alla volontà di diffondere una notizia che diventa fruibile da parte di un numero indeterminato di utenti.

Le caratteristiche proprie della testata giornalistica telematica, pertanto, in quanto assolutamente riproduttive dell'omologa testata tradizionale e, di converso, la diversità rispetto ad altri prodotti di manifestazioni del pensiero divulgati nella rete *internet*, giustificano le garanzie che la carta costituzionale riserva alla stampa<sup>36</sup>.

Da tanto consegue, secondo la sentenza in esame, che sarebbe del tutto irragionevole ritenere che il giornale *on line* non soggiaccia alla stessa disciplina e alle stesse garanzie previste per la stampa cartacea, per il solo fatto che la tecnica di diffusione al pubblico sia diversa dalla riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici<sup>37</sup>.

## IL RILEVAMENTO SATELLITARE TRAMITE G.P.S.

L'attività di rilevazione satellitare con l'impiego del sistema di posizionamento G.P.S. (*Global Positioning System*) trova frequente applicazione anche nel settore delle investigazioni penali per monitorare a distanza gli spostamenti delle persone.

La localizzazione di una persona (o di un oggetto) in movimento non può essere considerata un'attività di intercettazione, anche se realizzata con modalità e tecnologie simili a quelle con le quali vengono portate ad esecuzione le operazioni di ascolto e registrazione disciplinate dal codice di procedura penale.

Né vi è alcuna necessità di autorizzazione preventiva da parte del giudice, non potendo trovare applicazione le disposizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., ma i risultati dell'attività di rilevamento possono entrare nella valutazione probatoria del giudice attraverso la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria<sup>38</sup> 38.

Sebbene lo strumento in esame presenti alcune affinità con l'intercettazione di comunicazioni, tuttavia i due mezzi investigativi sono profondamente differenti e non è possibile ricondurre il pedinamento satellitare nell'alveo normativo dell'art. 266 c.p.p.

È, quindi, irrilevante che i dati contenenti l'indicazione della posizione e delle coordinate geografiche siano trasmessi alla centrale installata dalla polizia giudiziaria mediante strumenti digitali, atteso che non si realizza alcuna intrusione nelle conversazioni o comunicazioni che la persona monitorata invia o riceve.

Il concetto di intercettazione, non definito esplicitamente dal legislatore, è relativo ad un'attività di ascolto, lettura o captazione del contenuto di una comunicazioni tra due o più persone.

Una volta esclusa ogni riferibilità alla disciplina delle intercettazioni, non sussistono i presupposti per affermare che i supporti informatici relativi a tale attività di indagine debbano essere considerati "atti non ripetibili", così come accade per gli esiti delle intercettazioni che vanno direttamente inseriti nel fascicolo del dibattimento fin dal momento della sua formazione<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> È stato affermato che le Sezioni Unite hanno tracciato una quasi inedita definizione di "stampa", da intendersi in senso «figurato», che, più precisamente, corrisponderebbe all'informazione giornalistica professionale (C. Melzi d'Eril, *Contrordine compagni: Le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, cit., p. 8).

<sup>37</sup> Anche le Corti sovranazionali considerano ormai dato acquisito l'equiparazione tra giornale cartaceo e giornale *on-line* cfr. Corte e.d.u., 16 luglio 2013, *Wegrzynowski e Smolczewsky c. Polonia*, in *Guida dir.*, 2013, 40, p. 103; C. giust. CE, 25 ottobre 2011, *Martinez c. Società MGIM Limited*, in <http://curia.europa.eu>; C. giust. CE, 25 ottobre 2011, *Date Advertising c. X*, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>38</sup> Cass., sez. VI, 11 dicembre 2007, n. 15396, in *CED Cass.*, n. 239638. Mentre i risultati del pedinamento ordinario sono interamente affidati alla percezione sensoriale degli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito le operazioni e, di conseguenza, possono essere acquisiti esclusivamente attraverso la loro testimonianza, nella diversa ipotesi della localizzazione satellitare, i risultati dell'attività investigativa costituiscono il frutto di rilievi elettronici rappresentativi di una realtà spazio-temporale.

<sup>39</sup> «L'art. 431 lett. b) c.p.p. prevede l'allegazione al fascicolo per il dibattimento dei "verbali" degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, mentre nel caso in esame i dati di posizione forniti dall'apparecchio di ricezione G.P.S. sono trasmessi

Al controllo mediante G.P.S. è connaturata l'attività di indagine volta a monitorare i movimenti sul territorio di una persona, a localizzarla e a seguirla a distanza, non rilevando il flusso delle comunicazioni che viene inviato o ricevuto, ma la sua presenza in un determinato luogo e in un certo momento, nonché l'itinerario seguito.

Il controllo satellitare con G.P.S. costituisce una forma di pedinamento e rientra tra i mezzi di ricerca della prova atipici<sup>40</sup>, nella scia della consolidata elaborazione giurisprudenziale, che, facendo ricorso all'art. 189 c.p.p., ha qualificato come mezzi di indagine e di ricerca della prova non disciplinati dalla legge, diverse fattispecie normalmente impiegate nelle attività investigative della polizia giudiziaria, come il riconoscimento in udienza dell'imputato, le riprese videofilmate in luoghi pubblici o aperti al pubblico, le individuazioni fotografiche, la registrazione di conversazioni tra gli interlocutori, nonché l'osservazione, il controllo ed il pedinamento delle persone<sup>41</sup>.

La localizzazione mediante G.P.S. consentirebbe un'estensione delle potenzialità percettive dei verbalizzanti, specie in relazione all'utilizzo di tale metodica di indagine per il monitoraggio degli spostamenti degli autoveicoli, ma il punto nevralgico è costituito dal concetto di privata dimora e, in particolare, dalla riconducibilità ad esso dell'abitacolo degli autoveicoli: si tratta, in realtà, di un'ipotesi abbastanza remota, dato che l'evoluzione tecnologica consente ormai di installare il dispositivo all'esterno dell'abitacolo, utilizzando a tal fine il vano motore, che rappresenta una zona del veicolo, ma certamente di natura non "abitativa"<sup>42</sup>.

Peraltro, l'assenza del supporto informatico contenente l'originale dei tracciati non inficia l'attendibilità probatoria dei dati concernenti le coordinate degli spostamenti di una persona sul territorio segnalate dal sistema e trasfusi nelle annotazioni e nelle relazioni di servizio della polizia giudiziaria<sup>43</sup>.

E ciò perché l'attività di polizia giudiziaria consiste nel trasfondere pedissequamente nelle annotazioni o nelle relazioni di servizio un dato oggettivo, come quello costituito dalle coordinate rilevate dal sistema satellitare, per cui è da escludere che essa sia connotata da profili interpretativi o valutativi<sup>44</sup>.

La giurisprudenza di legittimità ha ribadito che le norme in materia di intercettazioni telefoniche o di captazione del flusso di comunicazioni informatiche e telematiche non si applicano alla localizzazione nello spazio degli individui a mezzo di controlli satellitari, che non devono essere preventivamente autorizzati dal giudice per le indagini preliminari<sup>45</sup>.

Del resto, mentre l'intrusione nelle altrui comunicazioni comporta la compressione delle libertà e segretezza delle stesse, cioè di un valore costituzionalmente tutelato (art. 15 Cost.) e, dunque, la necessità di autorizzazione motivata da parte dell'autorità giudiziaria, la localizzazione, sia pure a distanza, di un soggetto può farsi rientrare nell'ordinaria attività di controllo e accertamento demandata alla polizia giudiziaria (cfr. artt. 55, 347, 370 c.p.p.)<sup>46</sup>.

In effetti, nel caso del G.P.S. sarebbe improprio parlare di intercettazione di «comunicazioni», in quanto si è in presenza di una «ricezione passiva, da parte del ricevente, di segnali attinenti alla posizione geografica»<sup>47</sup>.

---

ad una centrale di controllo, dove vengono registrati (in genere su cd-rom) e visualizzati attraverso la rappresentazione su cartografia elettronica. Rispetto alle tradizionali attività di osservazione, controllo e pedinamento, la polizia giudiziaria individua i movimenti della persona monitorata non già mediante un costante e contestuale controllo a vista, bensì attraverso la constatazione – spesso a distanza di tempo dalla registrazione – dei dati di posizione riportati su mappe elettroniche. Per gli atti di indagine irripetibili – ancorché atipici – è comunque necessario un verbale per documentare l'attività di pedinamento satellitare, compresa quella di constatazione dei dati di posizione registrati su supporto informatico» (A. Laronga, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare G.P.S.*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3050).

<sup>40</sup> Cass., sez. IV, 29 gennaio 2007, n. 8871, in *CED Cass.*, n. 236112.

<sup>41</sup> F. Falato, *Sulla categoria dei mezzi atipici di ricerca della prova e le c.d. intercettazioni GPS*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2417.

<sup>42</sup> S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2012, 2, p. 580; D. Gentile, *Tracking satellitare mediante GPS: attività atipica di indagine o intercettazione di dati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1464.

<sup>43</sup> Cass., sez. IV, 27 novembre 2012, n. 48279, in *CED Cass.*, n. 253954.

<sup>44</sup> Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9416, in *CED Cass.*, n. 246774.

<sup>45</sup> Il provvedimento con cui il P.M. dispone l'installazione di un sistema di localizzazione dei veicoli (GPS) non necessita della preventiva autorizzazione del G.i.p., in quanto è diretto a disporre, mediante l'ausilio di impianti tecnici, un pedinamento e non una intercettazione (Cass., sez. IV, 28 novembre 2007, n. 3017, in *CED Cass.*, n. 238679; Cass., sez. V, 7 maggio 2004, n. 24715, in *CED Cass.*, n. 228731).

<sup>46</sup> L.G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema d'individuazione satellitare G.P.S.*, in *Giur. it.*, 2003, 3, p. 2372.

<sup>47</sup> P. Peretoli, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 93.

Il monitoraggio satellitare si concretizza nella mera registrazione di segnali che sono privi di ogni carattere di riservatezza, in quanto provenienti dai satelliti G.P.S. in orbita attorno alla terra e, dunque, diffusi da apparecchi ad irradiazione circolare<sup>48</sup>.

Ne consegue che il rilevamento tramite sistema G.P.S., non solo non necessita l'osservanza delle disposizioni ex artt. 266 ss. c.p.p., relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ma – non essendo in pericolo il predetto principio costituzionale – nemmeno appare necessario il decreto motivato del pubblico ministero, rientrando nella competenza della polizia giudiziaria<sup>49</sup>.

In mancanza di una analitica disciplina normativa, questa soluzione è stata criticata in dottrina, perché anche l'astratta possibilità di poter essere sottoposti a continua sorveglianza induce nell'individuo cambiamenti nello stile di vita e influisce nella libertà di scelta, autodeterminazione e di spostamento sul territorio, con riflessi sulla libertà di circolazione intesa come comprensiva del "diritto a non essere localizzati"<sup>50</sup>: peraltro l'applicazione ad attività di indagine non tipizzate dal legislatore di quel livello minimo di garanzie, rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, potrebbe porsi in contrasto con l'art. 8 Cedu<sup>51</sup>.

Parrebbe, ad ogni modo, auspicabile un intervento legislativo in materia, teso a tipizzare il ricorso allo strumento in esame e a definirne il preciso ambito di operatività.

## IL CAPTATORE INFORMATICO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

L'evoluzione tecnologica ha portato all'impiego nelle indagini di un *software*, chiamato anche "captatore informatico" o "agente intrusore", installato in un dispositivo "target" (un *computer*, un *tablet* o uno *smartphone*), di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con un'*e-mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento di un programma già installato. Questo strumento consente lo svolgimento di diverse attività: captare il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato"; attivare il microfono (e, dunque, di apprendere i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo); mettere in funzione la *web-camera* (permettendo di carpire le immagini); perquisire l'*hard disk*; decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*).

Il tema ha stimolato notevolmente l'attenzione degli studiosi<sup>52</sup>, nonostante solo poche pronunce finora si sono confrontate con esso<sup>53</sup>. Con la sentenza pronunciata il 28 aprile 2016<sup>54</sup>, le Sezioni Unite

<sup>48</sup> M. Stramaglia, *Il pedinamento satellitare ricerca ed uso di una prova atipica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 213.

<sup>49</sup> Cass., sez. II, 13 febbraio 2013, n. 21644, in *CED Cass.*, n. 255542.

<sup>50</sup> Per approfondimenti sul diritto comparato, v. P. Costanzo, *Note preliminari sullo Statuto giuridico delle geolocalizzazione (a margine di recenti sviluppi giurisprudenziali e legislativi)*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2014, 3, p. 331.

<sup>51</sup> F. Iovene, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3556.

<sup>52</sup> In dottrina si sono dedicati al tema, tra gli altri, S. Aterno, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, cit., p. 217; E. Aprile, *Captazioni atipiche*, in A. Scalfati (diretto da), *Digesto on-line*, Torino, 2012; L. Filippi, *Intercettazioni, tabulati ed altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, I, Torino, 2015, p. 973; R. Flor, *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2012; F. Iovene, *Le cd. perquisizioni on line: tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 febbraio 2014; E. Lorenzetto, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico"*, nota a Trib. Palermo, Sez. riesame, ord. 11 gennaio 2016, Pres. est. Gamberini, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 marzo 2016; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855; Id., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: Una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.; L. Monteverde, *Le nuove frontiere delle intercettazioni*, in <http://www.archiviopenale.it/apw/twp-content/uploads/2014/09/Monteverde.pdf>, 2016; A. Testaguzza, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.* 2014, p. 759; M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1163; M. Trogu, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype, in questa rivista*, 2014, 3, p. 102.

<sup>53</sup> Il tema è stato affrontato da Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *CED Cass.*, n. 246954, che ha giudicato legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel "personal computer" in uso all'imputato e installato presso un ufficio pubblico e da Cass., sez. VI, del 26 maggio 2015, n. 27100, in *CED Cass.*, n. 265654 che ha giudicato legittimo l'impiego dello strumento solo quando il decreto autorizzativo individui con precisione i luoghi in cui espletare l'attività captativa. Nella giurisprudenza di merito il mezzo tecnologico è stato utilizzato nel noto caso denominato dagli organi di stampa "P4" per il quale si rinvia a A.

hanno posto un punto fermo, consentendo l'impiego dello strumento per la realizzazione di intercettazioni ambientali nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata ai quali si applica l'art. 13 d. l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203. Questa disposizione, infatti, derogando ai presupposti fissati dall'art. 266, comma 2, c.p.p., consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto<sup>55</sup>.

Secondo questa la decisione, sebbene compiute con un mezzo informatico, le intercettazioni eseguite per mezzo del cd. "captatore informatico" sono di natura "ambientale". Rispetto alle captazioni compiute con la classica "microspia", tuttavia, presentano una peculiarità: se il *software* è installato in un dispositivo mobile, le intercettazioni possono avvenire in qualsiasi luogo sia condotto, dunque anche in un domicilio, e, in ogni caso, in luoghi non agevolmente prevedibili al momento dell'autorizzazione. Da qui la necessità di compiere un difficile bilanciamento tra le esigenze investigative e la garanzia dei diritti individuali.

La qualificazione dell'attività investigativa ha permesso alla Corte di individuare la base normativa cui fare riferimento. Essa è costituita dalla disciplina delle intercettazioni "ambientali" e, specificamente, dagli artt. 266, 267 e 271 c.p.p. nonché, quando il reato contestato è di criminalità organizzata come nella vicenda esaminata dalle Sezioni unite, dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991. Queste disposizioni vanno interpretate alla luce delle norme di rango costituzionale e sovranazionale che tutelano i diritti fondamentali della persona quali la libertà di comunicazione e la riservatezza.

Sulla base di queste disposizioni, le Sezioni Unite hanno escluso che l'indicazione dello specifico luogo in cui deve essere svolta l'attività investigativa costituisca una condizione di legittimità del provvedimento di intercettazione "ambientale"<sup>56</sup>, specificando che una simile precisazione non è imposta neppure dall'art. 8 Cedu. Si è compiuto, in tal modo, un deciso strappo con l'unico diretto precedente di legittimità in materia<sup>57</sup>.

Per le intercettazioni in luoghi diversi da quelli indicati dall'art. 614 c.p., in particolare, è sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e "la tipologia di ambienti" dove essa va eseguita. Quando la captazione deve intervenire nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p., invece, è necessaria la preventiva fissazione dell'area operativa del mezzo di ricerca della prova perché, in questi casi, l'art. 266, comma 2, c.p.p. prevede che debba ricorrere il «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

Quest'ultimo presupposto ha un rilievo notevole nel caso di impiego per le intercettazioni del cd. "captatore informatico" installato in un apparecchio portatile. Nel momento in cui autorizza un'intercettazione da effettuarsi in tale mezzo, infatti, «il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto» e, quindi, non può compiere un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto di legittimità richiesto dalla norma indicata. Da tale considerazione è stata tratta una conseguenza netta: deve escludersi la possibilità di intercettazioni am-

---

Testaguzza, *I sistemi di controllo remoto: fra normativa e prassi*, cit., *ibidem*, e da M. Torre, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, cit., *ibidem*.

<sup>54</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 76 ss., con nota di A. Camon, *Cavalli di troia in Cassazione*; in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274 ss., con nota di A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*; in *Dir. informaz. e informatica*, 2016, p. 88 ss., con nota di G. Corasaniti, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*; in questa rivista, 2016, 5, p. 21, con nota di P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*; in *www.archiviopenale.it*, 1° luglio 2016, con nota di L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante: Le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*.

<sup>55</sup> La questione proposta alle Sezioni Unite, sollevata dalla Sesta Sezione con ordinanza n. 13884 del 10 marzo 2016, è stata così sintetizzata dalle Sezioni Unite: «Se – anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa – sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (ad es., personal computer, tablet, smartphone, ecc.)».

<sup>56</sup> Nella sentenza delle Sezioni unite è stato precisato che la locuzione "intercettazioni ambientali", adottata dalla prassi, riflette un'epoca in cui detto genere di captazioni necessitava dell'apposizione di un mezzo tecnologico in un preciso ambiente, mentre il codice di rito, più precisamente, utilizza la locuzione intercettazioni «tra presenti», a riprova che, di regola, la determinazione del luogo in cui avvengono le rilevazioni non è un presupposto di legittimità del provvedimento.

<sup>57</sup> Cass., sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, cit., secondo cui l'intercettazione delle conversazioni tra presenti è da ritenersi legittima solo se il relativo decreto autorizzativo individua con precisione i luoghi in cui eseguire tale attività captativa.

bientali con il mezzo informatico in esame, essendo notevole il rischio di compiere captazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.p. in difetto del presupposto di legge dapprima illustrato (o senza poterne valutare la sussistenza in concreto).

A questo punto, peraltro, è intervenuto uno dei passaggi più discussi del ragionamento della Corte<sup>58</sup>.

Anche se fosse possibile seguire gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico, sospendendo la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, «sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione, che verrebbe disposta "al buio"», cioè senza aver valutato preventivamente che in detto luogo si stia svolgendo l'attività criminosa<sup>59</sup>.

Neppure potrebbe invocarsi la tutela "postuma" che deriverebbe dall'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità che colpirebbe le sole intercettazioni eventualmente avvenute in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p.: essa è riservata a gravi patologie degli atti del procedimento e non all'ipotesi di adozione di provvedimenti *contra legem* e non preventivamente controllabili quanto alla loro conformità alla legge<sup>60</sup>.

L'individuazione della base legale ha consentito alle Sezioni Unite di indicare la diversa disciplina che deve trovare applicazione nel caso di reati di criminalità organizzata. Ai sensi dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, infatti, l'intercettazione domiciliare, in deroga al limite di cui all'art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p., è consentita «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa». Sono permesse, pertanto, intercettazioni domiciliari pur in mancanza della gravità indiziaria dello svolgimento nell'ambiente, nel momento in cui sono disposte le captazioni di attività criminosa. In relazione alle intercettazioni relative a procedimenti di criminalità organizzata, dunque, l'indicazione del luogo è del tutto irrilevante e ciò vale a consentire l'impiego della tecnica del *virus* informatico, potendo intervenire captazioni anche nei luoghi di cui all'art. 614 c.p.

Una volta venuta meno la limitazione di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p. per quel che riguarda i luoghi di privata dimora, l'installazione del captatore informatico in un dispositivo "itinerante" costituisce «una delle naturali modalità di attuazione delle intercettazioni», al pari della collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora<sup>61</sup>.

A questo punto, come è stato rilevato<sup>62</sup>, la questione si sposta su un diverso terreno, perché occorre definire, con sufficiente certezza, quali siano i delitti di "criminalità organizzata".

Fornire questa nozione, non costituisce un mero esercizio teorico, perché da essa dipende l'applicazione delle norme processuali che si riferiscono specificamente a detta categoria di reati, tra le quali proprio il citato art. 13 d.l. n. 152 del 1991.

Al riguardo, dopo aver proceduto ad una ricognizione delle disposizioni che concernono tale categoria di reati<sup>63</sup>, le Sezioni Unite hanno ribadito l'opzione interpretativa prevalente che adotta un ap-

<sup>58</sup> Su questo punto, tra gli altri, si veda A. Camon, *Cavalli di troia in Cassazione, nota a Cass.*, sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, cit., *ibidem*.

<sup>59</sup> Secondo una lettura della sentenza delle Sezioni Unite, nei procedimenti relativi a reati diversi da quelli di criminalità organizzata, essa avrebbe ritenuto legittimo l'uso del *trojan* sia nei luoghi che rientrano nella previsione dell'art. 614 c.p. preventivamente indicati nella richiesta di autorizzazione nei quali sia in corso l'attività criminale, sia in luoghi di natura non domiciliare comunque specificamente individuati. Si afferma che, in entrambi i casi, sono rispettati i principi di garanzia, perché non si correrebbe il rischio di realizzare intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora e l'autorizzazione sarebbe concessa sulla base di adeguati controlli (F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4143).

<sup>60</sup> Secondo l'indirizzo consolidato della Corte di cassazione, ad esempio, il divieto di intercettazione dei colloqui tra il difensore e l'indagato di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p. non sussiste quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate non sono pertinenti all'attività professionale svolta dalle persone indicate nell'art. 200 c.p.p. e non riguardano di conseguenza fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata (cfr., di recente, *Cass.*, sez. VI, 17 marzo 2015, n. 18638, in *CED Cass.*, n. 263548; *Cass.*, sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, in *CED Cass.*, n. 261081).

<sup>61</sup> Secondo la sentenza delle Sezioni Unite in esame, per le intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora relative ai delitti di criminalità organizzata, il legislatore ha dato una precisa e significativa indicazione, escludendo espressamente il requisito autorizzativo previsto dall'art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p. Così facendo, «ha operato evidentemente uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto dell'eccezionale gravità e pericolosità, per l'intera collettività, dei (particolari) reati oggetto di attività investigativa per l'acquisizione delle prove».

<sup>62</sup> Cfr., tra gli altri, G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 ottobre 2016, p. 18.

<sup>63</sup> La Corte ha distinto due categorie di norme: nella prima, si annoverano le disposizioni che richiamano espressamente la locuzione "criminalità organizzata"; la seconda è costituita da norme che contengono un catalogo di disposizioni penali sostanziali per le quali opera un regime processuale differenziato. Si allude, in modo specifico, all'elencazione contenuta

proccio “teleologico” o “finalistico”, secondo il quale il significato dell’espressione “criminalità organizzata” deve essere individuato avendo riguardo alle finalità specifiche della singola disciplina, che deroga alle regole processuali generali. È stata così confermata una nozione ampia di “delitti di criminalità organizzata”, che valorizza le finalità perseguite dalla norma, le quali mirano a riconoscere uno strumento efficace di repressione di reati più gravi. Sono ricomprese in detta categoria, pertanto, attività criminose eterogenee, purché realizzate da una pluralità di soggetti, i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo, con esclusione del mero concorso di persone nel reato. Ad essa non sono riconducibili solo i reati di criminalità mafiosa, ma tutte le fattispecie criminose di tipo associativo. È sufficiente la costituzione di un apparato organizzativo, la cui struttura assume un ruolo preminente rispetto ai singoli partecipanti.

Esula dall’area dei delitti di criminalità organizzata il mero concorso di persone nel reato, pur se caratterizzato da un’attività di organizzazione di risorse materiali ed umane, con rilievo predominante rispetto all’apporto dei singoli concorrenti<sup>64</sup>.

La Corte di Cassazione, dunque, ha cercato un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, sul presupposto che, anche nel quadro convenzionale, forme di *surveillance* più intrusive sono giustificate per reati di particolare gravità. Nel contempo, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, se la persona interessata dalle intercettazioni è chiaramente indicata nel decreto di autorizzazione, non è necessario specificare l’ambiente in cui la captazione deve svilupparsi<sup>65</sup>.

Ciò nonostante la decisione ha suscitato critiche. Tra esse va segnalata la “*Denuncia dei rischi connessi all’installazione occulta di virus informatici su smartphone e tablet per finalità di indagine penale*” di alcuni docenti dell’Università di Torino. Traendo spunto dalla preoccupazione ingenerata dall’affermata legittimità del mezzo di ricerca della prova, è stato auspicato l’intervento del legislatore con l’adozione di norme che realizzino un adeguato bilanciamento dei principi costituzionali e convenzionali coinvolti<sup>66</sup>.

Con particolare equilibrio, invece, è stato rivolto un invito a distinguere l’uso del *trojan* per effettuare intercettazioni ambientali dal suo impiego per perquisire a distanza gli archivi di *computer*, *tablet*, *smartphone*. In relazione al primo profilo, in presenza della base legale individuata dalla Suprema Corte, non si pone la necessità di un intervento del legislatore. Semmai si avverte il rischio di abusi investigativi per mezzo del grimaldello della “criminalità organizzata”<sup>67</sup>. Sotto il secondo aspetto, invece, è stato affermato che «l’ipotesi fuoriesce addirittura dal raggio d’azione degli artt. 14 e 15 Cost.». Non sarebbe sufficiente, pertanto, una disciplina normativa, ma bisognerebbe affermare un nuovo diritto fondamentale all’uso libero e riservato delle tecnologie informatiche<sup>68</sup>.

---

nell’art. 51, comma 3-bis, c.p.p. ed a quella di cui all’art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.: queste norme, pur non recando in modo testuale la locuzione “delitti di criminalità organizzata”, prevedono un trattamento processuale differenziato che riguarda proprio crimini in forma organizzata.

<sup>64</sup> La sentenza in esame ha confermato la validità di questo indirizzo giurisprudenziale, «perché consente di cogliere l’essenza del delitto di criminalità organizzata e nel contempo di ricomprendere tutti i suoi molteplici aspetti, nell’ottica riconducibile alla ratio che ha ispirato gli interventi del legislatore in materia, tesi a contrastare nel modo più efficace quei reati che – per la struttura organizzativa che presuppongono e per le finalità perseguite – costituiscono fenomeni di elevata pericolosità sociale».

<sup>65</sup> La sentenza della Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, n. 47143/06, Zakharov c. Russia, in <http://www.archiviopenale.it/corte-eurdir-uomo-gran-cam-4-dicembre-2015-zakharov-c-russia-/contenuti/6545>, in verità, ha preso in considerazione il parametro del luogo al fine di verificare se la misura lesiva della riservatezza rispettasse l’art. 8 CEDU, ma con riferimento generico all’insieme dei luoghi interessati da intercettazioni e non all’indicazione precisa dell’ambiente in cui la captazione deve essere sviluppata.

<sup>66</sup> La denuncia è reperibile in rete nel sito istituzionale dell’Università di Torino all’indirizzo [http://www.dg.unito.it/forms.pl/FillOut?\\_id=goux](http://www.dg.unito.it/forms.pl/FillOut?_id=goux).

<sup>67</sup> R. Orlandi, *Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 25 luglio 2016.

<sup>68</sup> Si rinvia alla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 2008 (Bundesverfassungsgericht 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3, 2009, p. 679 ss., con nota di R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*) che ha affermato l’inadeguatezza dei diritti a tutela delle libertà di domicilio e delle comunicazioni a dare copertura sufficiente allo spazio digitale, e ed è stato inaugurato un nuovo diritto costituzionale «alla garanzia dell’integrità e della riservatezza dei sistemi informatici», fondato sulla dignità umana dell’individuo e dell’utente “informatico”. In seguito, nel 2016, la stessa Corte ha emesso un’altra significativa decisione sul tema (Bundesverfassungsgericht, I Senato, 20 aprile 2016, 1 BVR 966/09, 1 BVR 1140/09, con nota di L. Giordano e A. Venegoni, *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 maggio 2016) che affronta anche il tema dell’uso di *trojans* nelle indagini. La disciplina delle intercettazioni in Germania, peraltro, è caratterizzata dall’intangibilità assoluta del nucleo caratterizzante la vita privata e dal controllo politico – parlamentare (cfr. F. Ruggeri, *Le intercettazioni e la sorveglianza di comunicazioni e dati nei Paesi di area*

Un simile timore non è estraneo alla decisione delle Sezioni Unite. Riconoscendo la forza intrusiva del mezzo usato sulle prerogative individuali, infatti, la Corte ha precisato che «la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso»<sup>69</sup>.

In questa prospettiva, peraltro, la soluzione offerta dalle Sezioni Unite si deve confrontare con l'indirizzo giurisprudenziale prevalente che sterilizza le conseguenze della diversa qualificazione giuridica del fatto per il quale è stata disposta la captazione. I risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite<sup>70</sup>. Questo orientamento accentua il rischio di una strumentalizzazione della qualificazione giuridica associativa nel corso delle investigazioni, finalizzata a conseguire l'autorizzazione di intercettazioni per mezzo del captatore informatico che potrebbero essere utilizzate a fini di prova per reati diversi per i quali lo strumento in esame non sarebbe ammissibile<sup>71</sup>.

L'individuazione della natura associativa del reato è solo uno dei temi interpretativi che la sentenza "Scurato" impone di affrontare. Ad esso si affianca la difficoltà di comprendere l'uso effettivo che è stato fatto del mezzo tecnologico nella specifica indagine, attività prodromica alla relativa qualificazione giuridica.

Nel corso dell'indagine oggetto di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, ad esempio, un virus informatico del tipo *trojan* è stato impiegato per apprendere tutto ciò che veniva digitato sulla tastiera. In questo modo, sono state individuate le credenziali di accesso ad alcune caselle di posta elettronica, così da consentire l'accesso degli investigatori alle e-mail "parcheeggiate" nelle cartelle posta in arrivo o in partenza dell'*account* e, addirittura, ai messaggi "bozza", scritti, ma non inviati al destinatario<sup>72</sup>.

La Corte ha ritenuto che le e-mail pervenute o inviate al destinatario e archiviate nelle cartelle della posta elettronica possono essere oggetto di intercettazione, trattandosi di un flusso di dati già avvenuto ed essendo irrilevante la mancanza del presupposto della loro apprensione contestualmente alla comunicazione<sup>73</sup>. Esulano, invece, dal materiale intercettabile le e-mail "bozza", non inviate al destinatario",

---

tedesca, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni, Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi della procedura penale, Milano, 2007, p. 218).

<sup>69</sup> Al riguardo, l'aspetto più delicato riguarda la difficoltà di tracciare un confine netto tra la fattispecie associativa e il concorso di persone nel corso delle indagini. Su questa delimitazione si fonda la funzione di garanzia del decreto di autorizzazione. Eppure essa, secondo l'indirizzo prevalente in giurisprudenza, si fonda su un dato labile come può essere l'individuazione del tasso di precisione dell'accordo criminoso (Cfr., tra le altre, Cass., sez. II, 4 ottobre 2016, n. 53000, in *CED Cass.*, n. 268540; Cass., sez. IV, 16 ottobre 2013 n. 51716, in *CED Cass.*, n. 257906; Cass., Sez. II, 11 ottobre 2013, n. 933, in *CED Cass.*, n. 258009).

<sup>70</sup> Cass., sez. fer., 23 agosto 2016, n. 35536, in *CED Cass.*, n. 267598. Secondo Cass., sez. V, 16 marzo 2016, n. 45535, in *CED Cass.*, n. 268453, l'utilizzabilità presuppone che tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, cosicché il relativo procedimento possa ritenersi non diverso rispetto al primo, ai sensi dell'art. 270, comma 1, c.p.p. In senso contrario all'impiego delle captazioni per reati per i quali non sussistono i presupposti di ammissibilità dell'istituto si esprime un diverso indirizzo cfr. Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1924, in *CED Cass.*, n. 265989; Cass., sez. III, n. 25 febbraio 2010, n. 12562, in *CED Cass.*, n. 246594; Cass., sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4942, in *CED Cass.*, n. 229999.

<sup>71</sup> In dottrina è stato criticato anche il riferimento ai reati compiuti per finalità di terrorismo contenuto nella decisione che farebbe crescere la difficoltà di individuare l'area operativa del nuovo strumento (cfr. A. Testaguzza, *Exitus acta probat "Trojan di Stato": La composizione di un conflitto*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 17 maggio 2016, p. 2).

<sup>72</sup> Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *CED Cass.*, n. 268228, relativa ad una indagine su un'organizzazione che importava ingenti quantitativi di cocaina dal Sud-America. Più specificamente, durante le investigazioni, per mezzo di servizi di pedinamento e osservazione, era stato appurato che gli imputati frequentavano alcuni *internet point* di Roma per accedere ad alcune caselle di posta elettronica attivate presso il *provider* statunitense "hotmail.com", con le quali intrattenevano una corrispondenza con i complici sudamericani. I contatti informatici avvenivano secondo due diverse modalità. In alcuni casi, i messaggi di posta erano normalmente spediti in via telematica; in altri, invece, venivano scritte e-mail che non erano inoltrate al destinatario, ma archiviate nella cartella "bozze". Esse potevano essere lette dai complici che, in possesso di *username* e *password*, accedevano successivamente alla casella di posta elettronica. Questo singolare modo di comunicare era impiegato soprattutto per le informazioni più riservate, come quelle che avevano ad oggetto i numeri telefonici "dedicati" allo svolgimento delle singole operazioni di importazione di droga.

<sup>73</sup> Secondo questa decisione, perché sia integrata un'intercettazione non è necessaria l'attualità della comunicazione rispetto all'atto acquisitivo, essendo sufficiente che ricorra il dato storico dell'inoltro del messaggio, anche se precedente al decreto autorizzativo. La sentenza ribadisce un indirizzo giurisprudenziale che sembra sorto con riferimento alle *chat* di *Blackberry*. È stata ritenuta legittima l'acquisizione di contenuti di tali messaggi mediante intercettazione operata ai sensi dell'art. 266 c.p.p. poiché le *chat*, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni (Cass., sez. III, 10 novembre 2015, n. 50452, in

le quali possono comunque essere acquisite per mezzo di un sequestro di dati informatici”<sup>74</sup>.

Secondo la decisione, «l'uso del trojan ... è stato limitato ... all'acquisizione delle password di accesso agli account di posta elettronica. Ottenute queste password, gli inquirenti hanno avuto anch'essi accesso ai vari account nomeutente@hotmail.com e hanno preso visione: a) dei messaggi che venivano via via inviati o ricevuti; b) dei messaggi che venivano salvati nella cartella "bozze"». Di conseguenza, «si è usato il programma informatico ... così come si è da sempre usata la microspia per le intercettazioni telefoniche o ambientali».

La soluzione accolta da questa decisione appare opinabile.

Nel caso di specie, infatti, non sembra, invero, che il mezzo sia stato adoperato per cogliere comunicazioni, quanto piuttosto per individuare ciò che era digitato sul computer (in gergo *keylogger*). In questo modo sono state acquisite le password che hanno consentito l'accesso agli account di posta elettronica. Non sembra corretto comprendere la digitazione sulla tastiera di un computer necessaria per accedere ad una casella di posta elettronica nel concetto di comunicazione. Sembra pertanto che il software sia stato usato per realizzare un'ispezione o una perquisizione, di tipo elettronico, che ha condotto all'acquisizione (sequestro) della password.

Pur con le riserve espresse, la sentenza "Scurato" può essere apprezzata ~~una decisione~~ perchè ~~che~~ ha cercato di fissare i limiti necessari per rendere l'impiego del nuovo mezzo compatibile con il rispetto dei diritti individuali. Una chiusura non sarebbe stata proponibile perché gli strumenti informatici di comunicazioni sono a disposizione di tutti. È ormai generalizzato l'impiego di messaggistica (*chat*, audio o video) su computer o su *smartphone*. Tutti, per esempio, usano *Whatsapp* e per molti è usuale servirsi di sistemi *Voip* per le chiamate e non del normale telefono. Ipotizzare che l'attività investigativa possa essere tenuta fuori da queste tecnologie è semplicemente anacronistico.

In particolare, va segnalato che ormai l'indirizzo inarrestabile è verso l'impiego nelle comunicazioni informatiche di sistemi di cifratura "end-to-end". Si pensi al messaggio di *Whatsapp*: «I messaggi che invii in questa chat e le chiamate sono ora protetti con la crittografia end-to-end. Tocca per maggiori informazioni». Questa comunicazione, il cui significato è apparso ignoto ai più, segna un ulteriore passo in avanti: la sicurezza della conversazione si sposta dal server al dispositivo; la chiave di cifratura è nota solo agli interlocutori e non è comune con il server; quest'ultimo non archivia e non legge i messaggi (o non dovrebbe archiviare i messaggi). A questo punto, l'uso del captatore è indispensabile per carpire questo genere di comunicazioni.

Non bisogna neppure commettere l'errore di reputare agevole l'impiego dello strumento.

Dal punto di vista tecnico vanno affrontati una serie di problemi, dall'eccessivo uso delle batterie del dispositivo agli ostacoli rappresentati da *antivirus* e *firewall*. Bisogna, in particolare, superare i vincoli presenti sul dispositivo per impedire l'installazione di "app" che richiedono permessi da "amministratore"<sup>75</sup>. Tutto ciò, come è facilmente intuibile, genera costi elevati che bisogna affrontare nelle indagini.

CED Cass., n. 265615; Cass., sez. IV, 8 aprile 2016, n. 16670, in CED Cass., n. 266983). Superando il presupposto della necessaria captazione in tempo reale rispetto alla comunicazione, si finisce con ritenere legittima anche un'intercettazione che opera "per il passato": il provvedimento adottato in una certa data consente di acquisire pure le comunicazioni avvenute in precedenza. Quest'azione non sembra rispettare la tipicità delle intercettazioni, mezzo di ricerca della prova per definizione rivolto "al futuro", in un sistema processuale che prevede altri strumenti tipici, come i sequestri, che sono circondati da specifiche garanzie, che consistono in atti "a sorpresa", ma che non possono essere compiuti in modo occulto.

<sup>74</sup> Al riguardo, la sentenza in esame confuta la tesi secondo cui un flusso informatico intercettabile sarebbe ravvisabile quando si apre la casella di posta elettronica, così salvaguardando il profilo della contestualità della captazione rispetto alla trasmissione. Sia consentito, sul punto, il rinvio a L. Giordano, *Percorsi della giurisprudenza in tema di intercettazioni*, in *Gli Orientamenti delle sezioni penali 2015*, a cura del Massimario, in *Cass. pen.*, supplemento al volume LVI – giugno 2016, p. 278 ss.

<sup>75</sup> Si devono eseguire processi informatici chiamati, in ambiente *Android*, di *Rooting* o, in ambiente *Ios*, di *Jailbreak*. Quest'ultimo termine in italiano significa "evasione dal carcere" e designa in gergo una procedura che permette di installare su un apparecchio *Apple* meccanismi di distribuzione di applicazioni e pacchetti anche non firmati alternativi a quello ufficiale dell'*App Store*.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2017

# **Analisi e prospettive**

*Analysis and Prospects*

GAETANO CARLIZZI

*Magistrato*

## Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale\*

### *Judge 2.0 and use of specialized knowledge in criminal trial*

La sentenza *Cozzini*, pronunciata dalla Corte Suprema di Cassazione nel 2010, ha stabilito i principali requisiti di affidabilità delle informazioni rese dagli esperti (periti e consulenti) nel processo penale. Il presente articolo esamina contenuti e funzioni di tale regime, anche in confronto all'analoga disciplina vigente nel processo americano, e affronta alcuni interrogativi che impegneranno nei prossimi anni i giudici chiamati ad applicarlo.

*Deciding the Cozzini case in 2010, the Italian Supreme Court of Cassation has ruled the main requirements which expert witnesses must satisfy to be considered reliable in a criminal trial. The paper investigates contents and functions of this regulation, on the one hand comparing it with the similar standard in force in the USA, on the other hand dealing with some questions about it which criminal judges must address in the next years.*

#### INTRODUZIONE

Fino a una manciata di anni fa, grosso modo alla fine del decennio scorso, la gestione delle *questioni probatorie specialistiche* nel nostro processo penale avrebbe potuto essere paragonata a una navigazione a vista<sup>1</sup>. A causa della carenza di una solida cultura extragiuridica, derivante dalla pesante impronta nozionistica e dogmatica della sua formazione, il giurista pratico, in genere, si destreggiava come poteva nelle traversate dell'accertamento scientifico o tecnico. E le non poche eccezioni che pure affioravano nei ranghi della magistratura e dell'avvocatura non bastavano a fugare l'impressione di una certa, diffusa ingenuità epistemologica dei protagonisti del rito criminale<sup>2</sup>.

Nel 2010 sono state poste le basi per un mutamento di regime: la nota sentenza *Cozzini* ha messo finalmente a disposizione degli alterni timonieri della nave – pubblici ministeri, avvocati e giudici – i mezzi necessari per tracciare e mantenere le rotte più sicure. Mezzi, questi, che non consistono in un pilota automatico, e neppure in un navigatore digitale, ma in un set di carte nautiche, squadrette, bussole e compassi, attrezzi che soli consentono di avere il pieno controllo dell'itinerario.

Il regime *Cozzini* presenta talune analogie con quello messo a punto nel 1993 dalla celebre sentenza *Daubert*, della Corte Suprema americana. Prima di esaminarlo, sarà dunque utile ricostruire l'origine, la costituzione e l'evoluzione di quest'ultimo, anche perché molte delle questioni di metodologia probatoria specialistica che stanno emergendo in Italia sono affrontate da tempo negli USA. L'indagine assumerà, infine, un orientamento prospettico: più che dar conto dello stato attuale dell'arte, si concentrerà su alcuni interrogativi che incomberanno sul giudice dell'avvenire, il giudice 2.0, se – com'è auspicabile – vorrà ispirarsi alla logica garantista della sentenza *Cozzini*.

\*Il saggio trae origine dall'intervento svolto al Convegno "Tra scienza e diritto: il metodo scientifico nel processo penale", organizzato il 24 febbraio 2017 a Roma dal Laboratorio Esame Controesame e Giusto processo (Lapec). Ringrazio Vincenzo Omaggio e Giovanni Tuzet per le osservazioni e critiche rivolte a una versione precedente, che mi hanno stimolato a riflettere su aspetti che non avevo considerato.

<sup>1</sup>Non molto diversa era la situazione in altri Paesi, stando al resoconto sulla diffusione al di fuori degli USA di modelli analoghi al modello *Daubert* (sul quale v. *infra*): S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, ediz. it. a cura di G. Tuzet, Milano, 2015, p. 36 s.

<sup>2</sup>Sui problemi e i temi dell'epistemologia giudiziaria, v. S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., spec. pp. 1-38; G. Uberris, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, spec. pp. 1-30.

## L'ESPERIENZA AMERICANA

La “testimonianza esperta” (“*expert testimony*”) del sistema processuale americano corrisponde alla consulenza tecnica del processo penale italiano<sup>3</sup>. Il suo carattere problematico può essere compendiato nel seguente interrogativo: come neutralizzare il rischio che i giurati, in genere unici legittimati a decidere se i fatti di causa siano accaduti, ma al contempo privi di una solida cultura della prova, vengano perciò tratti in inganno da chi si presenti falsamente come esperto, cioè come esclusivo conoscitore degli aspetti specialistici della controversia<sup>4</sup>?

### (SEGUE) LO STANDARD *FRYE*

Sebbene l'interrogativo abbia aleggiato sulle Corti di giustizia americane sin dall'avvento dell'epoca industriale, esso è stato affrontato apertamente per la prima volta soltanto nel 1923, dalla Corte d'appello del Distretto di Columbia, nel noto caso *Frye*. L'appellante, condannato in primo grado per omicidio, denunciava il rigetto, da parte del precedente giudice, della richiesta difensiva di far testimoniare un proprio esperto. Costui avrebbe dovuto riferire sui risultati di un test del poligrafo (o macchina della verità) cui lo stesso appellante si era sottoposto. Il test era basato sulla misurazione della pressione sistolica, come riferisce la stessa Corte: la «teoria [sottostante all'uso del poligrafo] sembra essere che la verità è spontanea ed emerge senza sforzo cosciente, mentre il proferimento di una menzogna richiede uno sforzo cosciente, che si riflette nella pressione arteriosa»<sup>5</sup>. Il giudice di appello fornì una risposta destinata a fare storia<sup>6</sup>: «[il principio o la scoperta scientifica su cui poggia] la deduzione [probatoria] deve essere sufficientemente consolidato per aver ricevuto accettazione generale nel campo particolare al quale appartiene».

In questo senso, in tanto sarebbe stato possibile introdurre un esperto proposto da una delle parti, in quanto egli intendesse far valere un criterio probatorio accettato pressoché da tutti i suoi colleghi. Ciò premesso, la Corte confermò la sentenza di primo grado, ritenendo che «il test della verità basato sulla pressione sanguigna non [avesse] ancora ottenuto un siffatto riconoscimento stabile e scientifico tra le autorità nel campo della fisiologia e della psicologia»<sup>7</sup>.

Non è facile apprezzare con esattezza la diffusione che lo standard *Frye* ha avuto nel corso del XX secolo. Secondo alcuni, la sua successiva recezione nella giurisprudenza non solo è avvenuta in buona parte in maniera implicita, ma è stata limitata soprattutto al caso delle *nuove* prove scientifiche e tecniche richieste nel processo *penale*; nei casi *residuali*, invece, l'ammissibilità della testimonianza esperta è dipesa in genere dalla semplice qualificazione professionale del soggetto chiamato a deporre<sup>8</sup>. Ad ogni modo, a partire dal 1975 si è progressivamente prodotta una biforcazione: lo standard *Frye* è stato sostituito dalla *Federal Rule of Evidence* 702 a livello federale, nonché nell'ordinamento di 39 (dei 50) Stati americani (es.: Arizona, Massachusetts, Texas), mentre ha consolidato e ampliato la sua influenza nell'ordinamento di altri 8 Stati (es.: California, Florida, New York), oltre che del Distretto di Columbia<sup>9</sup>.

<sup>3</sup>In verità, potrebbe istituirsi un parallelo anche con la perizia che il giudice penale può disporre d'ufficio, solo che, in ambito americano, tale possibilità viene fatta valere in via del tutto residuale. Pertanto, per evitare continue precisazioni, nel testo mi riferirò di regola alla testimonianza esperta come strumento utilizzato dalle parti del processo.

<sup>4</sup>Similmente: C.H. Welch, *Flexible Standards, Deferential Review: Daubert's Legacy of Confusion*, in *Harv. Journ. of Law & Public Pol.*, 29, 3, 2006, p. 1085; A.W. Jurs, *Balancing Legal Process with Scientific Expertise: Expert Witness Methodology in Five Nations and Suggestions for Reform of post-Daubert U.S. Reliability Determinations*, in *Marquette Law Rev.*, 95, 2012, *passim*, spec. 1334, 1415. Sulle particolarità del sistema processuale americano, S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., pp. 121-124.

<sup>5</sup>*Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir 1923), col. 1.

<sup>6</sup>Ivi, col. 2.

<sup>7</sup>*Ibidem*. La sfiducia nei confronti del poligrafo non è diminuita, anzi è aumentata nel corso degli anni, come si ricava dal resoconto di A. Eriksson-F. Lacerda, *Charlatanry in forensic speech science: A problem to be taken seriously*, in *Journ. Of Speech, Lang. and the Law*, 2007, pp. 169-193.

<sup>8</sup>Al riguardo, D.E. Bernstein-E.G. Lasker, *Defending Daubert: it's Time to amend Federal Rule of Evidence 702*, in *William & Mary Law Rev.*, 57, 1, 2015, p. 4. Per un breve ma istruttivo profilo storico dello standard *Frye*, v. anche D.E. Bernstein, *Frye, Frye, Again: the Past, Present, and Future of the General Acceptance Test*, in *Jurimetrics*, 41, 3, 2001, pp. 388-393.

<sup>9</sup>Sul punto M. Morgenstern, *Daubert v. Frye. A State-by-State Comparison*, in “The Expert Institute”, 3 aprile 2017, il quale precisa che in ulteriori 3 Stati (Nevada, North Dakota, Virginia) continua a valere uno standard residuale (quello generale originale, secondo cui la scientificità di un principio o di un metodo dipende dalla qualifica di scienziato di chi lo propone: al

L'evoluzione viene spiegata in genere con la marcata *ambiguità* e rigidità dello standard in esame<sup>10</sup>. Sotto il primo profilo, i concetti su cui esso si impernia – in particolare: “campo di appartenenza” e “generale accettazione” – si prestano a essere interpretati in vari modi, ciascuno dei quali comporta un diverso regime di ammissibilità della testimonianza esperta. Sotto il profilo della *rigidità*<sup>11</sup>, pretendendo la generale accettazione del criterio probatorio proposto dall'esperto, lo standard *Frye* non tiene conto dell'esistenza di *discipline* – per dir così – *intermedie* tra *scienze esatte* e *pseudoscienze*. Cioè di discipline in cui, per uno stesso problema specifico: esistono più criteri di giudizio in competizione (es.: psichiatria, economia); esiste un criterio, sì, unico, ma provvisto di consenso largo anziché generale (es.: oncologia, tossicologia); esiste un criterio, sì, unico, ma di nuova scoperta, e perciò condiviso da un numero assai limitato di esperti (es.: genetica, immunologia)<sup>12</sup>. A ciò si aggiunga che lo standard, almeno nella sua originaria formulazione, si limitava al campo della prova *scientifica*, che costituisce solo una delle regioni, seppure la più vasta e importante, dello sconfinato continente della prova *specialistica*.

### (SEGUE) LA VERSIONE ORIGINARIA DELLA *FEDERAL RULE OF EVIDENCE 702*

Nel 1973, la Corte Suprema Americana, considerata la centralità e complessità dell'istituto della prova giudiziaria (non solo *specialistica*), esercitò il potere di proporre al Congresso il progetto di una disciplina generale e organica della materia. Il progetto, seguendo di appena un anno lo scoppio dello scandalo *Watergate*, fu esaminato in maniera alquanto scrupolosa e sottoposto a diverse modifiche, tanto da essere adottato solo nel 1975 sotto il nome di “*Federal Rules of Evidence*”<sup>13</sup>.

Le regole federali che rilevano più o meno direttamente per la prova *specialistica* sono varie. La più significativa è certamente la FRE 702<sup>14</sup>, la quale, nella sua formulazione originaria<sup>15</sup>, suonava così: «*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*».

In questa formulazione, quattro sono i dati che colpiscono in modo particolare:

A) la connotazione del *testimone esperto* come colui che «per conoscenza, abilità, esperienza, formazione o istruzione» è in grado di fornire «informazioni scientifiche, tecniche o per altri versi specialistiche». Dunque, testimone esperto non è soltanto chi sfrutta la propria *conoscenza* in senso stretto, cioè un insieme di nozioni assimilabili e applicabili in modo uniforme o addirittura meccanico (es.: leggi o definizioni scientifiche). Testimone esperto è anche chi impiega capacità di giudizio caratterizzate da maggiore discrezionalità e inventiva: *abilità* naturali (es.: capacità innata di distinguere svariati tipi di fragranze, propria di un profumiere), oppure capacità acquisite per *esperienza* (es.: capacità di un gommista di individuare, attraverso una semplice ispezione visiva e tattile, la causa dello scoppio di uno pneumatico), per *formazione* (es.: capacità di un *sommelier* diplomato di riconoscere diverse qualità di

---

riguardo, v. P.C. Giannelli, *The Supreme Court's "Criminal" Daubert Cases*, in *Seton Hall Law Rev.*, 33, 2003, p. 1102). Ma v. anche l'analisi di D.E. Bernstein-J.D. Jackson, *The Daubert Trilogy in the States*, in *Jurimetrics*, 44, 3, 2004, pp. 358-366, i quali mostrano che, quanto meno fino al 2004, il regime valevole in ciascuno Stato era molto più intricato, in particolare perché solo alcuni Stati avevano recepito la FRE 702 negli stessi termini stabiliti da tutte e tre le pronunce della *Daubert trilogy* (su cui tornerò oltre).

<sup>10</sup> Sul punto, H.F. Fradella-L. O' Neill-A. Fogarty, *The Impact of Daubert on Forensic Science*, in *Pepperdine Law Rev.*, 31, 2, 2004, p. 326.

<sup>11</sup> In senso contrario, M. Taruffo, *Scienza e processo*, in *XXI Secolo*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2009, secondo cui il superamento dello standard *Frye* sarebbe dipeso dalla sua eccessiva *liberalità*: «con l'andare del tempo e con il moltiplicarsi delle ipotesi in cui questo criterio non riusciva a impedire che i giudici utilizzassero conoscenze prive di fondamento scientifico, il *Frye test* apparve sempre più inadeguato». In verità, come si vedrà *infra*, ntt. 16 e 19, la sostituzione dello standard *Frye* ad opera della FRE 702 ha avuto un'ispirazione liberale, mentre l'irrigidimento del regime di ammissibilità della testimonianza esperta che ne è conseguito è in genere considerato tutt'al più un effetto involontario degli interventi riformistici, peraltro circoscritto al campo civile.

<sup>12</sup> A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, in *Univ. of Pittsburgh Law Rev.*, 69, 2007, p. 287.

<sup>13</sup> Per riferimenti storici più dettagliati, v. *Historical Note*, in *Federal Rules of Evidence. December 1, 2008*, pp. VII-X.

<sup>14</sup> Ma v. pure FRE 703: «*The facts or data in the particular case upon which an expert bases an opinion or inference may be those perceived by or made known to the expert at or before the hearing. If of a type reasonably relied upon by experts in the particular field in forming opinions or inferences upon the subject, the facts or data need not be admissible in evidence in order for the opinion or inference to be admitted. Facts or data that are otherwise inadmissible shall not be disclosed to the jury by the proponent of the opinion or inference unless the court determines that their probative value in assisting the jury to evaluate the expert's opinion substantially outweighs their prejudicial effect*».

<sup>15</sup> Per ulteriori notizie sulla versione originaria, v. le *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*, poste a margine della FRE 702.

vino) o *istruzione* (es.: capacità di uno psicologo specializzato in calligrafia di stabilire l'autenticità o non di un documento). In ogni caso, come mostra l'enumerazione, le capacità in esame devono essere guidate da direttive più meno puntuali, idonee perciò ad assicurare giudizi in qualche misura controllabili, dunque non puramente fantastici.

B) *l'ammissione* della testimonianza esperta come vero e proprio oggetto di disciplina ("è autorizzato a testimoniare"). Tale scelta era praticamente vincolata, se solo si considera il funzionamento del processo americano. Qui la valutazione della forza probatoria delle evidenze prodotte è riservata alla giuria, organo non professionale, e non deve essere motivata. Pertanto, per evitare che i giurati siano tratti larvatamente in inganno da informazioni pseudo-scientifiche, tecniche ecc., vi è – appunto – un'unica strada: controllare all'inizio del processo la qualità del sapere che gli esperti propongono di comunicare, e ammettere a deporre soltanto gli esperti che superino il relativo vaglio.

C) *l'apparente dipendenza* di tale ammissione *solo* dalla *rilevanza* delle "informazioni", ossia dalla loro capacità di «aiutare l'organo competente all'accertamento fattuale a comprendere un elemento di prova o a stabilire un fatto in discussione»<sup>16</sup>. Sennonché, tale qualità, oltre a dover concorrere con quelle prescritte per ogni altra forma di testimonianza (cfr., soprattutto, FRE 601 ss.), e in generale per ogni altro mezzo di prova (FRE 401 ss.), non esaurisce i requisiti di ammissibilità di una testimonianza esperta. Come sarà chiarito, essa si collega a ulteriori requisiti, in particolare *l'affidabilità* (o attendibilità) dei "principi" e dei "metodi" fatti valere dal testimone esperto, *nonché* della loro *applicazione* alle evidenze del caso concreto.

D) la larghissima *portata* della norma in esame, non limitata alla prova scientifica, bensì estesa a ogni forma di prova *specialistica*. Tale estensione riflette evidentemente la ricchezza descrittiva illustrata *sub* A). Avendo caratterizzato il testimone esperto come colui che possiede una capacità di giudizio specifica, disciplinata e "fuori dal comune", la FRE 702 coinvolge un insieme di "materie" quanto mai ampio ed eterogeneo. Un insieme, questo, che copre virtualmente l'intero arco dello scibile umano, nel quale "sapere" significa non soltanto essere a conoscenza di qualcosa, ma più in generale essere in grado di giudicare qualcosa<sup>17</sup>.

## (SEGUE) LA "DAUBERT TRILOGY" E LA RIFORMA DELLA FRE 702

Dopo circa un ventennio dalla sua entrata in vigore, la norma espressa dalla FRE 702 ha formato progressivamente oggetto di importanti *precisazioni e integrazioni*, soprattutto per le critiche rivolte alla sua incapacità di sbarrare il passo alla "junk science"<sup>18</sup>. L'evoluzione è stata alimentata da due centri propulsivi: la Corte Suprema, intervenuta più volte negli anni 90 del secolo scorso, e il legislatore federale, attivatosi nel 2000 e nel 2011.

Sul piano della *giurisprudenza* di *massima istanza*, le puntualizzazioni più significative risalgono alle seguenti pronunce, tutte rese – si noti – in cause civili risarcitorie ("*Daubert trilogy*"<sup>19</sup>):

<sup>16</sup> Sull'ispirazione liberale delle FRE, v. A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, cit., pp. 287, 290, i quali ricordano che essa è stata apertamente riconosciuta dalla sentenza *Daubert*, di cui ci occuperemo tra breve; analogamente, P.C. Giannelli, *The Supreme Court's "Criminal" Daubert Cases*, cit., pp. 1077-1079.

<sup>17</sup> A tal proposito, va segnalata un'ambiguità che affligge la FRE 702: essa usa la stessa parola, "knowledge", per denotare ora un patrimonio di nozioni ("by knowledge"), ora un insieme di informazioni ("scientific [...] knowledge": su tale concetto, v. *infra*, nt. 33) che può anche non avere una matrice strettamente nozionistica, bensì latamente "sapienziale". Può darsi pure che quest'ambiguità derivi dalla mancanza nella lingua inglese di un adeguato sinonimo di "sapere" (quale concetto più ampio di quello di "conoscenza").

<sup>18</sup> Sul punto, S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 128. Per un ritratto graffiante della "scienza spazzatura", P.W. Huber, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1993, p. 2 s.: «Scienza spazzatura è l'immagine speculare della scienza vera e propria, che ha molto della stessa forma, ma niente della stessa sostanza [...] È un miscuglio di dati parziali, inferenze spurie e giochi di prestigio logici [...] È un catalogo di ogni sorta di errori: dragaggio di dati, illusioni, dogmatismi truci, nonché, di tanto in tanto, inganni manifesti».

<sup>19</sup> Per un'analisi dell'incidenza pratica di tale trilogia, differenziata a seconda del settore disciplinare considerato (analisi delle impronte digitali, grafologia ecc.), v. H.F. Fradella-L. O'Neill-A-A. Fogarty, *The Impact of Daubert on Forensic Science*, cit., pp. 336-361; v. anche M. Berger, *The Admissibility of Expert Testimony*, in Aa.Vv., *Reference Manual on Scientific Evidence*, Washington D.C., The National Academies Press, 2011, la quale, dopo aver ricostruito sinteticamente lo sviluppo della trilogia (pp. 12-18), ed aver esposto alcuni importanti problemi interpretativi e applicativi posti da essa (pp. 19-22 e, risp., 22-26), si concentra sul tema, assai interessante ai nostri fini, dell'incidenza di *Daubert* sulle scienze forensi, che sono quelle tipicamente

A) *Daubert*, del 1993<sup>20</sup>, che si segnala sotto almeno cinque profili<sup>21</sup>. Innanzitutto, perché ha affermato che lo standard di ammissibilità della testimonianza esperta valevole in generale a livello federale non è quello *Frye* (come avevano ritenuto, invece, i giudici dei gradi precedenti), bensì quello della FRE 702. Inoltre, perché ha precisato che tale standard non si riduce al requisito esplicito della “rilevanza” (o “utilità”) probatoria («*will assist the trier of fact [...]*»), ma comprende altresì il requisito della “affidabilità” della testimonianza. In terzo luogo, perché ha stabilito che tale affidabilità sussiste nel concorso di quattro presupposti, non esclusivi né tassativi, ossia a condizione che la teoria o tecnica fatta valere dall’esperto: 1) sia stata effettivamente, o possa essere, messa alla prova (“test”); 2) sia stata valutata e pubblicata a seguito di *peer review* (qui già si prevede una possibile eccezione, nel caso di teorie o tecniche nuovissime o di nicchia); 3) abbia un tasso di errore noto o potenziale non troppo elevato (ciò vale solo per le tecniche, come, ad es., quella di identificazione della voce); 4) sia stata generalmente accettata nella relativa comunità degli specialisti (ora il requisito non è più necessario e sufficiente, come avveniva in *Frye*)<sup>22</sup>. In quarto luogo, perché ha individuato nelle espressioni del *contraddittorio* (esame e controesame, presentazione di evidenze a discarico e verifiche sull’adempimento dell’onere della prova) le migliori difese contro le informazioni pseudoscientifiche che si infiltrano di soppiatto nel processo. Infine, perché ha coniato l’immagine del “custode” (o “guardiano”: “*gatekeeper*”<sup>23</sup>) per sintetizzare il rapporto tra giudice e sapere scientifico fatto valere dalle parti nel processo: l’uno controlla la sufficiente affidabilità dell’altro, senza per questo stabilire preferenze tra i ragionamenti probatori degli esperti, giacché tale compito, in genere, resta riservato alla giuria. Su tali basi, la Corte Suprema ha annullato con rinvio la sentenza di appello, la quale, facendo applicazione dello standard *Frye*, non aveva ammesso le testimonianze esperte proposte dagli attori. Queste erano intese a provare che il figlio degli stessi attori era nato focomelico a causa dell’assunzione in gravidanza, da parte della madre, di un farmaco antinausea prodotto dall’impresa convenuta *Bendectin*. Nessuna di tali testimonianze, infatti, poteva vantare come appoggio uno studio attendibile che affermasse la tesi dell’efficacia teratogena del *Bendectin*.

B) *Joiner*, del 1997<sup>24</sup>, che spicca per due ragioni, la seconda delle quali rileva particolarmente ai nostri fini. Da un lato, perché ha chiarito, in contrasto col giudice di appello, che il sindacato di quest’ultimo sulla decisione di quello di primo grado circa l’ammissibilità di una testimonianza esperta vale solo nel caso estremo di “abuso di discrezionalità”. Dall’altro lato e soprattutto, perché ha precisato il tipo di controllo che *Daubert* ha imposto al giudice di primo grado in base alla FRE 702: esso non si limita all’affidabilità del criterio probatorio proposto dall’esperto, ma si estende alla sua congruenza con le evidenze processuali. Pertanto, ad avviso della Corte Suprema, bene aveva fatto il giudice di primo grado a non

---

usate nel processo penale (pp. 26-30). D’altro canto, non è chiaro se tale evoluzione abbia determinato una liberalizzazione oppure un irrigidimento del regime di ammissibilità della testimonianza esperta rispetto a *Frye*: D.E. Bernstein-J.D. Jackson, *The Daubert Trilogy*, cit., p. 352; D.E. Bernstein-E.G. Lasker, *Defending Daubert*, cit., p. 5. Per la tesi dell’irrigidimento, realizzatosi in contrasto con le intenzioni della Corte Suprema, quanto meno in materia civile, v. A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, cit., spec. pp. 283, 329. Quanto alla materia penale, v. P.C. Giannelli, *The Supreme Court’s “Criminal” Daubert Cases*, cit., spec. pp. 1072-1076, 1096-1105, 1111, il quale conclude rilevando che “paradossalmente, e forse in maniera disonorevole, [lo standard *Daubert*] non è stato coerentemente imposto nei processi criminali”, dopo aver mostrato che la suddetta evoluzione ha spinto le Corti, tra l’altro, a: *consentire* la messa in discussione persino di metodi consolidati (esame grafologico, analisi delle impronte digitali, identificazione balistica, test tossicologici ecc.); *escludere*, nel caso di Corti di Stati in cui vale ancora lo standard *Frye*, la deroga da loro apportata al requisito della generale accettazione per certi tipi di prova specialistica (es.: identificazione di orme); *rinvigorire* lo stesso standard *Frye* (negli Stati appena indicati), recependo concetti propri dello standard *Daubert* (es.: collaudabilità, *peer review*); *confrontare*, nel caso di Corti di Stati che hanno mantenuto lo standard generale originale della qualifica professionale del testimone esperto (su cui v. *supra*, nt. 9), quest’ultimo standard con quello *Daubert*.

<sup>20</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

<sup>21</sup> Grande attenzione merita anche la sentenza resa dalla Corte d’appello del 9° Cir. in sede di rinvio, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995), nella quale, oltre a diversi spunti interessanti (specie sulle difficoltà derivanti dal modello *Daubert*, che spingono a paragonare il nuovo scenario a un “*Brave New World*”: p. 3, col. 2), si trova anche una sorta di quinto fattore di affidabilità: che “gli esperti stiano proponendo di testimoniare su questioni che sorgono in maniera diretta e naturale da ricerche da loro condotte indipendentemente dalla controversia” (p. 5, col. 2).

<sup>22</sup> Per una critica di ciascuno di tali requisiti, e più in generale del rigore epistemologico della sentenza *Daubert*, cfr. S. Haack, *Legalizzare l’epistemologia*, cit., pp. 130 s. e, risp., pp. 157-205.

<sup>23</sup> Preferisco “custode” a “guardiano”, perché il primo ha serafiche risonanze angeliche, mentre il secondo inquietanti venature kafkiane (il riferimento, ovviamente, è alla geniale parabola *Davanti alla legge*, che compendia il senso del romanzo in cui è contenuta, *Il processo*).

<sup>24</sup> *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

ammettere gli esperti presentati dall'attore, secondo i quali la tesi dell'efficacia cancerogena del PCB, basata su esperimenti consistenti nell'*inoculazione* di dosi *massicce* in cuccioli di gatto, avrebbe dovuto valere anche per lui, sebbene egli fosse entrato *solo esternamente* in contatto con *piccole* quantità di tale sostanza<sup>25</sup>.

C) *Kumho Tire*, del 1999<sup>26</sup>, che compie due importanti puntualizzazioni. Innanzitutto, ampliando la portata della FRE 702 fino a farvi rientrare non solo le testimonianze scientifiche, ma ogni tipo di testimonianza specialistica<sup>27</sup>. In secondo luogo, riconoscendo che il controllo di *affidabilità* ivi previsto possa avere ad oggetto non solo i principi e i metodi (cioè i *criteri probatori*) fatti valere dall'esperto, ma anche la loro *applicazione* al caso concreto. Qui l'attore, assumendo che lo scoppio di un pneumatico per difetti di fabbricazione lascia sempre impressi (almeno 2 di 4) segni visibili e tangibili, aveva chiesto di far deporre un esperto, autore di un'ispezione visiva e tattile sul copertone. Il giudice di primo grado aveva rigettato la richiesta, per sfiducia non tanto nel metodo proposto, quanto nella validità della sua applicazione nel caso concreto. Ciò in quanto era risultato che lo pneumatico, al momento dello scoppio, si trovava in uno stato di grave usura, da considerare tra le cause più probabili dell'incidente. Il giudice di secondo grado aveva ribaltato la decisione, ritenendo che la FRE 702 non si applicasse nel caso di testimonianza esperta non scientifica. La Corte Suprema, a sua volta, ha annullato la sentenza impugnata, mettendo a profitto le due puntualizzazioni sopra illustrate.

Questi gli approdi della *Daubert trilogy*, di cui, peraltro, sono state sottolineate spesso e da più parti le numerose ombre<sup>28</sup>.

D'altro canto, sulla scia di tali interventi, la FRE 702 è stata riformulata dal *legislatore federale*, in due successive occasioni:

D) la prima volta nel 2000, in maniera sostanziale: «*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if:*

<sup>25</sup> In verità, tale precisazione della Suprema Corte riflette una nozione di "criterio probatorio specialistico" assai grezza dal punto di vista epistemologico, ossia l'idea che quest'ultimo possa consistere in affermazioni generiche, come, ad es., «L'esposizione a PCB crea un'elevata probabilità di sviluppare un tumore». Sennonché, se a questa visione se ne sostituisce una più raffinata, secondo cui il suddetto criterio – a rigore – presenta sempre un elevato tasso di specificità (es.: «Nell'x % dei casi in cui y gr. di PCB vengono inoculati in un cucciolo di gatto, questi sviluppa un tumore all'organo z»), ecco che la precisazione della sentenza *Joiner* risulta addirittura superflua. In questa nuova prospettiva, infatti, il contatto esterno tra un essere umano e modeste quantità di PCB esula chiaramente dal novero dei casi applicativi del criterio.

<sup>26</sup> *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>27</sup> Sul valore innovativo di tale presa di posizione, D.E. Bernstein-J.D. Jackson, *The Daubert Trilogy*, cit., p. 355. D'altro canto, scettici sulla sua effettiva capacità di guidare la valutazione di affidabilità delle testimonianze non scientifiche (es.: grafologiche), H.F. Fradella-L. O' Neill-A. Fogarty, *The Impact of Daubert on Forensic Science*, cit., pp. 331 s., 359-361. Per una tipologia di testimonianze esperte non scientifiche che potrebbero creare problemi nell'applicazione dello standard *Daubert*, v. A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, cit., p. 294.

<sup>28</sup> Sulle *modeste capacità direttive* del tetralogo fissato da *Daubert*, la cui flessibilità si tradurrebbe in difetto di chiarezza, lasciando i giudici di merito liberi di decidere quando i relativi requisiti siano stati integrati (problema del significato), se siano stati integrati a sufficienza (problema del peso relativo) e, soprattutto, quanti di essi debbano sussistere in concreto (problema delle combinazioni), ai fini dell'affidabilità della testimonianza esperta, cfr. C.H. Welch, *Flexible Standards, Deferential Review*, cit., pp. 1091-1101, spec. 1091-1093 (in riferimento al caso Brown in cui si discuteva dell'appartenenza di una sostanza alla classe di quelle definite "stupefacenti" dalla legge), la quale conclude proponendo il ritorno al "più conservativo" standard *Frye* (pp. 1102-1105). V., inoltre, A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, cit., sui rischi, connessi allo standard *Daubert*, di violazioni del diritto a un giudizio in fatto da parte della giuria, previsto dal VII Emendamento della Costituzione americana (p. 291 s.), sulle tentazioni opportunistiche che i giudici americani potrebbero (e talvolta hanno mostrato di) avere a far uso di tale standard per impedire l'ingresso degli esperti nel processo e prevenire così il giudizio della giuria (pp. 306-308), nonché sui possibili rimedi a questo stato di cose (pp. 321-323). Correlativa a tali analisi, è quella, assai interessante, di chi evidenzia le ragioni – per dir così – estrinseche, cioè non dipendenti direttamente dal suddetto tetralogo, per cui la valutazione da esso disciplinata risulta problematica: cfr. A.W. Jurs, *Balancing Legal Process with Scientific Expertise*, cit., pp. 1332-1334, 1337-1356, il quale, anche mettendo a profitto i risultati di diversi studi empirici, individua al riguardo quattro ragioni: partigianeria della selezione degli esperti ad opera di chi agisce e di chi resiste in giudizio; logica competitiva degli strumenti tipici del regime accusatorio (es.: esame incrociato); modestia delle competenze epistemologiche giudiziali (in particolare: in campo statistico, epidemiologico); scarso uso da parte dei giudici di strumenti ausiliari efficaci (es.: consultazione autonoma della letteratura specialistica, nomina di esperti indipendenti ai sensi della FRE 706). Per una valutazione complessiva della trilogia, S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., pp. 148-153, che trae, in particolare, i seguenti insegnamenti: impreparazione dei giudici a far uso del tetralogo e conseguente importanza della loro formazione epistemologica; efficacia fuorviante della sovrapposizione tra "affidabile" e "scientifico"; pervasività e decettività dei conflitti di interesse nel campo delle testimonianze esperte.

- (1) the testimony is based upon sufficient facts or data,
- (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and
- (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case».

Le parti nuove (evidenziate in tondo), da un lato, si aggiungono al corpo originario della FRE, rimasto perfettamente intatto, dall'altro, corrispondono alle precisazioni fatte dalla Suprema Corte soprattutto nelle tre sentenze esaminate<sup>29</sup>. In effetti, la prima e la terza condizione corrispondono all'esigenza, fatta valere in particolare da *Joiner*, che il sapere esperto abbia una base empirica consistente e venga applicato a evidenze ad esso congruenti. La seconda condizione, invece, corrisponde all'esigenza, fatta valere da *Daubert* e sviluppata da *Kumho Tire*, che il suddetto sapere abbia qualità ben precise che ne garantiscano l'affidabilità<sup>30</sup>.

E) la seconda volta, nel 2011, sotto il profilo puramente stilistico<sup>31</sup>: «*A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:*

- (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge **will help** the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on **sufficient** facts or data;
- (c) the testimony is the product of **reliable** principles and methods; and
- (d) the expert has **reliably** applied the principles and methods to the facts of the case».

Anche in tal caso è chiaro il fine delle modifiche (sopra evidenziate in tondo): esplicitare ciò che già valeva tra le righe, ossia che la capacità delle informazioni specialistiche di favorire la comprensione o l'accertamento fattuale – in breve: la loro utilità probatoria – costituisce la prima delle quattro condizioni da cui dipende l'ingresso in giudizio del testimone esperto<sup>32</sup>.

*Ricapitolando*, l'attuale regime di ammissibilità della testimonianza esperta nel processo federale americano risulta imperniato su quattro requisiti espliciti (sopra evidenziati in grassetto):

- 1) utilità probatoria delle informazioni proposte dall'esperto;
- 2) consistenza della loro base empirica;
- 3) affidabilità intrinseca dei principi e dei metodi fatti valere a tal fine;
- 4) affidabilità applicativa di questi stessi principi e metodi<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Per interessanti approfondimenti sul retroterra della riforma del 2000, v. le *Committee Notes on Rules – 2000 Amendment*, in cui si legge, in particolare, che la giurisprudenza successiva a *Daubert* ha:

- a) riconosciuto il carattere *non esclusivo, né tassativo* dei quattro fattori enucleati da tale sentenza;
- b) ritenuto che questi ultimi *non siano sempre "agevolmente"* applicabili (es.: testimonianza di un sociologo o di un economista);
- c) valorizzato *fattori ulteriori* (in particolare, il fatto che l'esperto: abbia condotto le proprie ricerche prima e indipendentemente dalla controversia in cui è chiamato a deporre; abbia dato conto di possibili spiegazioni alternative dell'evento in giudizio; abbia deposto con la stessa accuratezza che avrebbe assicurato nella sua attività professionale; lavori in un ambito disciplinare nel quale l'affidabilità delle conclusioni è normalmente non opinabile);
- d) *escluso* che alcuno dei suddetti *fattori* possa essere di per sé *determinante* nel giudizio di affidabilità di una testimonianza esperta;
- e) mostrato che il regime *Daubert* *raramente* comporta il *rigetto* delle richieste di ammissione di testimonianze esperte;
- f) evidenziato che il requisito dell'affidabilità (relativo all'ammissibilità della testimonianza esperta) deve essere distinto da quello della *correttezza* (relativo alla forza probatoria della stessa testimonianza);
- g) precisato che la valutazione di affidabilità riguarda non solo i principi e i metodi proposti dal testimone esperto, ma anche la loro *applicazione* ai fatti in giudizio;

h) chiarito (in verità, in modo un po' grezzo) che le locuzioni "*principi*" e "*metodi*" hanno significati che tendono a coincidere tra loro nel caso di testimonianze scientifiche, e a mantenere la propria autonomia nel caso di testimonianze di altro tipo (es.: di un agente federale sul linguaggio in codice usato dai narcotrafficanti);

i) ribadito che la testimonianza esperta può basarsi anche solo sull'*esperienza* (es.: testimonianza di un grafologo), nel qual caso, tuttavia, l'esperto dovrà illustrare accuratamente il modo in cui questa è stata messa a profitto nel caso concreto.

<sup>30</sup> Sulla genesi e le novità della riforma del 2000 e sulla resistenza spesso opposta dalle Corti ad attuare il regime *Daubert* così come da essa raffinato, D.E. Bernstein-E.G. Lasker, *Defending Daubert*, cit., pp. 12-19 e, risp., pp. 19-43.

<sup>31</sup> Così, esplicitamente, *Committee Notes on Rules – 2011 Amendment*.

<sup>32</sup> Peraltro, se si tiene conto delle criticità dello standard *Daubert*, e dunque della FRE 702 ultima versione, che la prassi e la letteratura americana hanno registrato e che sono state illustrate nelle note precedenti (spec. nt. 28), si comprende il senso delle proposte di modifica di tale norma fatte da D.E. Bernstein-E.G. Lasker, *Defending Daubert*, cit., pp. 43-47, nonché da A.W. Jurs, *Balancing Legal Process with Scientific Expertise*, cit., pp. 1400-1415.

<sup>33</sup> A questo punto si può chiarire che i "*principi*" e i "*metodi*" appena indicati non coincidono perfettamente con le "*informazioni*" di cui si è parlato poco sopra, *sub* 1). A mio avviso, il relativo rapporto può essere chiarito solo dopo aver ade-

Le due valutazioni di affidabilità appena indicate devono essere compiute – ovviamente – secondo le indicazioni della *Daubert trilogy*. Dato il silenzio delle FRE sul punto<sup>34</sup>, ciò avviene di solito all'esito di un'apposita udienza, preliminare all'assunzione delle prove, che non a caso viene chiamata "*Daubert hearing*"<sup>35</sup>.

## L'ESPERIENZA ITALIANA

L'apparente linearità, l'indubbia razionalità e il diffuso impiego dell'assetto risultante dalla *Daubert trilogy*, poi perfezionato con le due riforme del secolo in corso, fanno capire perché esso ha costituito una fonte di ispirazione per diversi ordinamenti stranieri<sup>36</sup>. Qui, tuttavia, si nasconde un'insidia, perché non sempre è facile capire, di volta in volta, se l'ispirazione sia stata libera oppure abbia dato luogo a una semplice replica. Per quanto riguarda il sistema italiano, in particolare penale, viene in rilievo la nota sentenza n. 43786 del 2010, pronunciata dalla IV sez. della Corte di Cassazione nel caso *Cozzini*,

---

guatamente analizzato la struttura logica del ragionamento probatorio specialistico (sul punto sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Dir. Pen. Contemp.* (online), 5 maggio 2017, § 1). Qui mi limito a osservare quanto segue: i "principi" e i "metodi" costituiscono i "criteri probatori specialistici" illustrati dall'esperto; se egli si limita a tale illustrazione, le "informazioni" da lui fornite si esauriranno in ciò; se, invece, l'esperto, come spesso capita, fa anche applicazione di tali "principi" e "metodi", cioè di tali "criteri", allora le "informazioni" da lui fornite comprenderanno anche le conclusioni derivanti da tale applicazione. Questa interpretazione trova riscontro nelle già citate *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*, in particolare nel seguente passo, assai importante anche per la comprensione della struttura logica del ragionamento probatorio specialistico: «La maggior parte della letteratura assume che gli esperti testimonino solo in forma di opinioni. L'assunzione è logicamente infondata. La regola [702], coerentemente a ciò, riconosce che un esperto in giudizio è autorizzato a proporre una illustrazione o esposizione dei principi scientifici o di altro genere rilevanti per il caso, lasciando poi all'organo competente all'accertamento fattuale di applicarli ai fatti. [...] L'uso delle opinioni, comunque, non è abolito dalla stessa regola. Continuerà a essere permesso agli esperti di compiere l'ulteriore passo di suggerire l'inferenza che deve essere tratta dall'applicazione delle informazioni specialistiche ai fatti».

<sup>34</sup> Cfr. *Committee Notes on Rules – 2000 Amendment*.

<sup>35</sup> Sul punto, A Kanner-M.R. Casey, *Daubert and the disappearing Jury Trial*, cit., spec. pp. 323-329 (sulle strategie da seguire per ottenere l'ammissione dei propri esperti), nonché M. Berger, *The Admissibility of Expert Testimony*, cit., pp. 30-36, spec. 35 s., la quale si occupa, più in generale, delle principali questioni procedurali emergenti nell'applicazione dello standard *Daubert*.

<sup>36</sup> Per una rapida enumerazione, S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 36 s., la quale cita i seguenti Paesi: Canada, Inghilterra, Galles, Italia, Messico e Colombia, aggiungendo, però, che l'ispirazione è stata talvolta alquanto libera. Per una ricostruzione più ampia, ma limitata agli ordinamenti di quattro Nazioni, due di *common law* (Canada e Regno Unito), due di *civil law* (Germania e Giappone), A.W. Jurs, *Balancing Legal Process with Scientific Expertise*, cit., pp. 1364-1400, dal quale si ricavano, in particolare, i seguenti dati, di cui si mostra, di volta in volta, la stretta dipendenza dalla disciplina processuale di turno, in particolare dalla sua impronta più o meno accusatoria e dal coinvolgimento o non della giuria nell'accertamento fattuale:

1) in Canada, nel 1994, la sentenza Mohan, della Corte Suprema, ha sancito il superamento del precedente standard della mera "utilità" ("*helpfulness*") e ha introdotto un modello di valutazione di *ammissibilità* della testimonianza esperta quadripartito (più precisamente, basato sui seguenti requisiti: rilevanza probatoria dell'informazione, comprensiva della sua affidabilità; necessità per l'accertamento specialistico da parte dell'organo competente; assenza di regole di esclusione; qualificazione adeguata dell'esperto), che è stato applicato in vari modi, soprattutto a causa della equivocità del requisito della "affidabilità" (spec. p. 1365 s.);

2) nel Regno Unito, fatta la distinzione tra processi civili (nei quali la presenza della giuria è eccezionale) e processi penali (nei quali la presenza della giuria è la regola), la testimonianza esperta pone problemi distinti nei due ambiti. Più precisamente, nel primo ci si concentra sulla *forza probatoria* delle informazioni rese dal teste, sottoposta in genere a un vaglio scrupoloso eppure non disciplinato puntualmente; nel secondo ambito, invece, si tratta di stabilire la stessa *ammissibilità* del mezzo di prova, e la tendenza generale, poggiante sulla sentenza Turner, del 1975, è assai mite, in quanto ci si accontenta ancora della suddetta mera "utilità" della testimonianza esperta, cioè della sua capacità di «fornire alla Corte un'informazione scientifica che esula probabilmente dalla esperienza e dalla conoscenza di un giudice o di una giuria», mentre solo qualche isolata pronuncia (es.: Gilfoyle del 2001) si è richiamata a *Frye* e *Daubert* (spec. pp. 1376-1379);

3) in Germania, nel settore della responsabilità civile, posto che i giudici tendono a seguire l'opinione degli esperti che essi stessi nominano se lo ritengono necessario (secondo una statistica, il tasso di recepimento sarebbe pari al 90%), la loro affidabilità è garantita soprattutto sul piano *procedurale*: il giudice nomina l'esperto che riscuote la fiducia delle parti o, in mancanza, che è iscritto in un apposito albo pubblico (spec. pp. 1386-1390);

4) in Giappone, il cui sistema di responsabilità civile (e non solo) si modella su quello tedesco, la testimonianza esperta soggiace a un regime *analogo* a quello appena illustrato: il testimone esperto, che pure ha un influsso determinante sulla decisione giudiziale, entra nel processo innanzitutto a seguito di nomina del giudice (sollecitata dalle parti) e dà garanzie di affidabilità soprattutto perché deve essere iscritto a un albo fondato su una rigorosa selezione (spec. pp. 1395-1399).

che alcuni commentatori hanno considerato come una sorta di clone di *Daubert*. Sul punto tornerò nel successivo paragrafo, affrontando il primo dei sei interrogativi sollevati dal relativo regime. Ora cercherò di ricostruirne la genesi e la logica.

### (SEGUE) IL CASO COZZINI

Tradizionalmente la gestione del sapere specialistico nella giurisprudenza penale italiana ha oscillato tra due estremi, corrispondenti ad altrettanti modi, distinti ma egualmente radicali, di intendere la formula “*Iudex peritus peritorum*”<sup>37</sup>. Talvolta è prevalso un atteggiamento di *totale autostima*, cioè la convinzione del giudice di essere in grado di individuare e di applicare da sé i criteri scientifici o tecnici rilevanti per la soluzione di certe questioni probatorie; talaltra ha avuto la meglio una linea *rinunciataria*, ossia la tendenza a recepire in maniera alquanto passiva i criteri proposti da uno degli esperti in giudizio (in genere il perito), unitamente alle conclusioni delle loro applicazioni al caso di specie. Questo movimento pendolare è andato avanti fino alla fine del decennio scorso<sup>38</sup>.

Nel 2010, come anticipato, la sentenza *Cozzini* ha concepito in modo essenzialmente nuovo il ruolo del giudice di fronte al sapere specialistico<sup>39</sup>. La pronuncia prende il nome dal principale imputato, un ingegnere che aveva assunto nel 1976 l’incarico di direttore d’esercizio di un’officina ferroviaria, i cui addetti erano intensamente esposti a polveri di amianto, notoriamente patogene, in particolare capaci di provocare il mesotelioma pleurico<sup>40</sup> (gli altri imputati erano stati, in tempi diversi, membri del C.d.a.). Uno degli addetti, impiegato tra il 1971 e il 1982, aveva scoperto nel 2003 di essere affetto da mesotelioma pleurico, ed era deceduto l’anno successivo a causa di tale affezione tumorale. Instaurato il giudizio, l’imputato era stato assolto in primo grado e condannato in appello. Pacifici erano soltanto due dati. Da un lato, che la patogenesi del mesotelioma pleurico è multistadio, cioè consiste in una degenerazione suddivisibile in varie fasi (semplificando: promozione, latenza, comparsa). Dall’altro, che il lavoratore aveva subito la *promozione* del tumore (il compimento irreversibile, ma non ancora rilevabile, dell’alterazione cellulare maligna) a causa dell’esposizione ad amianto avvenuta sotto la gestione di precedenti direttori d’esercizio. Principalmente discusso era, invece, se *Cozzini*, avendo continuato in seguito a esporre il lavoratore a polveri di amianto, avesse causato una riduzione della cd. fase di *latenza*, così anticipando la *comparsa* della malattia e, in ultima analisi, il decesso del paziente<sup>41</sup>. In sostanza:

<sup>37</sup> Sul punto, si permetta di rinviare a G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, cit., § 2.

<sup>38</sup> Si consideri che, nel 2003, un altro illustre componente della IV sez. pen. della S.C., C. Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, in P. Tonini (a cura di), *Dossier La prova scientifica nel processo penale*, alleg. a *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 25, nt. 12, evidenziava: «Solo episodicamente la nostra giurisprudenza di legittimità ha affrontato questi temi[,] senza che venissero però elaborati parametri di valutazione per saggiare la validità della prova o metodo scientifico», e citava in nota, a titolo di esempio virtuoso, addirittura una sentenza di legittimità del 1994. La situazione non era cambiata granché cinque anni dopo (e due anni prima di *Cozzini*), se F. Caprioli, *La scienza “cattiva maestra”. Le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3526, osservava: «[Del vaglio giudiziale di affidabilità dell’esperto], per la verità, esistono finora tracce molto labili nella giurisprudenza di merito e di legittimità: qualcosa timidamente si muove, ma la strada è molto lunga».

<sup>39</sup> *Cass.*, sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, *Cozzini*, est. Blaiotta, in *CED Cass.*, n. 248943 (non massim., tuttavia, proprio sotto il profilo che interessa in questa sede). Per una ripresa e uno sviluppo, cfr., in part., *Cass.*, sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, est. Blaiotta, in *CED Cass.*, n. 255105, p. 12 s.; *Cass.*, sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, Bordogna, est. Dovere (non ancora massim.), pp. 41-44, 53 s. Per un approccio parallelo allo statuto della prova scientifica, cfr. *Cass.*, sez. V, 27 marzo 2015, n. 36080, Sollecito-Knox, est. Bruno, in *CED Cass.*, n. 264861, pp. 33-35. Su quest’ultima pronuncia, v. F. Taroni-J. Vuille-L. Lupària, *La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 12 aprile 2016; P. Tonini-D. Signori, *Il caso Meredith Kercher*, in C. Conti (a cura di), *Processo mediatico e processo penale. Per un’analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco*, Milano, 2016, spec. pp. 140-149. Peraltro, lamenta che il regime *Cozzini* non abbia avuto effettivo seguito nella giurisprudenza di legittimità F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in M. Bertolino-G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Napoli, 2015, pp. 72-74.

<sup>40</sup> Sulla responsabilità penale da esposizione all’amianto, oltre all’analitica *Cass.*, sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, cit., spec. pp. 42-50, cfr. F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*, cit., pp. 68-74, nonché, R. Bartoli, *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 22 luglio 2014.

<sup>41</sup> Fondamentale per la comprensione della patogenesi del mesotelioma, nonché dell’incidenza che le esposizioni ad amianto possono avere nelle varie fasi indicate è lo studio dell’epidemiologo C. Zocchetti, *A proposito del quesito sulla dose-dipendenza nella insorgenza dei mesoteliomi da amianto*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 15 aprile 2011, il quale distingue quattro fasi (iniziazione, promozione, fase preclinica, fase clinica), che ordina conclusivamente in un prezioso diagramma.

soprattutto in discussione era la possibilità di usare come legge di copertura eziologica la “teoria dell’effetto acceleratore” (della comparsa della malattia<sup>42</sup>).

La questione era stata risolta in termini negativi dal Tribunale, che aveva valorizzato la portata puramente epidemiologica, dunque, a suo avviso, non nomologica, delle statistiche relative alla produzione dell’effetto descritto, con conseguente assoluzione dell’imputato<sup>43</sup>.

Di contrario avviso è stata la Corte d’appello, secondo cui «l’effetto acceleratore [è] un dato costante e fermamente acquisito in ambito scientifico, “supportato da evidenziazioni e pubblicazioni scientifiche di indubbio valore”», in breve: l’oggetto di «una generalizzazione statistica idonea a dimostrare l’effetto causale»<sup>44</sup>.

La Suprema Corte annulla la pronuncia d’appello, ritenendo che la motivazione addotta per sostenere l’affidabilità scientifica della teoria dell’effetto acceleratore sia, tra l’altro, carente<sup>45</sup>. Ciò in quanto essa non soddisfa i requisiti imposti da quella che propongo di chiamare “ragione epistemologica”, frutto del temperamento tra la ragione teoretica (le istanze di coerenza e sufficienza logica) e la ragion pratica (le istanze di giustizia e ragionevolezza).

### (SEGUE) I REQUISITI DI AFFIDABILITÀ SPECIALISTICA FISSATI DA COZZINI

Qui non posso dar conto della ricca analisi epistemologica svolta nella sentenza *Cozzini*<sup>46</sup>, ma devo limitarmi a commentare i requisiti da essa enucleati, raccolti nel seguente passo<sup>47</sup>: «Per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L’ampiezza, la rigorosità, l’oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l’ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l’identità, l’autorità indiscussa, l’indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove».

Per esigenze di chiarezza, ripartirò i suddetti requisiti in due sottogruppi:

A) requisiti *soggettivi*, consistenti in qualità personali dell’esperto in giudizio o di un esperto esterno alle cui tesi questi dichiara di aderire:

a1) *identità e autorità indiscussa del soggetto che gestisce la ricerca*. I due requisiti sono considerati unitariamente, in quanto il primo è di per sé privo di valore autonomo: l’identità di una persona è ciò che la contraddistingue da qualunque altra, che la individua in tutti i mondi possibili<sup>48</sup>, ma non ne garantisce l’affidabilità. Piuttosto, a costituire motivo di affidabilità sono le qualità contingenti della persona stes-

<sup>42</sup> Faccio quest’ultima precisazione perché la sentenza *Cozzini* distingue almeno tre problemi (cfr. *ivi*, pp. 32, 49 e spec. p. 33):

1) dell’effetto acceleratore della *comparsa* della malattia, appena illustrato;

2) dell’effetto acceleratore della *promozione* (lì chiamata “iniziazione”) della malattia, analogo a questo, ma diverso perché riguarda il compimento irreversibile dell’alterazione cellulare maligna, il quale precede la comparsa della malattia;

3) della *trigger dose* (o dose grilletto), cioè se l’asserita presenza ubiquitaria dell’amianto nell’ambiente, unita all’asserita idoneità di una singola esposizione a promuovere la malattia (cd. teoria della dose-indipendenza), renda impossibile l’individuazione dell’esposizione concretamente responsabile della patogenesi. Tale problema è risolto in termini senz’altro negativi dalla sentenza di legittimità (in linea con quelle di merito), rilevando che, sebbene sia “vero che non esiste una dose completamente innocua, tuttavia il rischio cresce in modo esponenziale con l’accrescersi dell’esposizione. [...] Dunque, da un lato un rischio assolutamente teorico; dall’altro un ben concreto, drammatico rischio [...]” (p. 41). Il problema della *trigger dose*, dunque, non verrà considerato nel prosieguo. Esso, nondimeno, ha carattere logicamente preliminare: se fosse condivisa la tesi della dose grilletto (che non a caso è la tesi dei difensori di molti imputati nei processi in esame), non avrebbe senso porsi il problema dell’effetto acceleratore.

<sup>43</sup> Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, cit., p. 4. Non avendo potuto leggere direttamente la sentenza di primo grado, non posso criticarla con cognizione di causa. Mi limito però a ricordare che, quanto meno a partire dalla celeberrima sentenza Cass., sez. un., 16 ottobre 2002, n. 38388, Franzese, est. Canzio, in *CED Cass.*, n. 222138, è pacifico che le rilevazioni epidemiologiche, almeno in linea di principio, possono valere anche come criteri di copertura per l’imputazione causale (*ivi* p. 15).

<sup>44</sup> Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, cit., p. 4.

<sup>45</sup> Oltre che contraddittoria: *ivi*, p. 46.

<sup>46</sup> *Ivi*, pp. 36-44.

<sup>47</sup> *Ivi*, p. 44.

<sup>48</sup> Fondamentale al riguardo, S. Kripke, *Nome e necessità*, trad. it. di M. Santambrogio, Torino, 1999.

sa, a cominciare – appunto – dall'autorità che i suoi simili le attribuiscono. Con riguardo alla valutazione in esame, sono opportune almeno due precisazioni. Da un lato, il "soggetto che gestisce la ricerca" è in ogni caso l'esperto che depone in giudizio, ma può essere altresì un esperto esterno. Infatti, se il primo prospetta criteri probatori (leggi, definizioni, descrizioni, istruzioni<sup>49</sup>) elaborati da solo, il giudice dovrà verificare soltanto che goda di particolare credito nella comunità specialistica di appartenenza; se, invece, come spesso capita, l'esperto in giudizio fornisce informazioni elaborate da esperti esterni, il giudice dovrà assicurarsi di regola che anche questi ultimi siano di provata fama. D'altro canto, il concetto di "autorità indiscussa", applicato a esperti di materie scientifiche o tecniche, non può che denotare i risultati che essi hanno già raggiunto nel rispettivo campo disciplinare, in particolare il riconoscimento ottenuto in queste e altre forme canoniche: pubblicazioni in sedi prestigiose (collane, trattati, riviste di spicco), citazioni nei lavori dei colleghi, affidamenti di incarichi specialistici di rilievo, inviti a convegni per addetti ai lavori e così via;

a2) *indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca*. Il fondamento del requisito in esame – che riecheggia il cosiddetto quinto requisito *Daubert*, fissato dalla Corte d'appello del 9° Circuito in sede di rinvio dalla Corte Suprema<sup>50</sup> – è facilmente comprensibile: in linea di massima, di un esperto che mette a profitto ricerche condotte in piena autonomia ci si può fidare pienamente, mentre minor fiducia va riposta in un esperto che propone informazioni elaborate al servizio di interessi particolari. Ad esempio, in un processo per omicidio colposo da diffusione nell'ambiente di sostanze tossiche, un epidemiologo che svolge ricerche solo in ambito accademico e non ha mai ricevuto finanziamenti da imprese produttrici di sostanze di quel tipo merita per principio maggior credito di un collega che lavora alle dipendenze di tali imprese. Mentre ciò sembra ragionevole, più problematico è stabilire se il requisito in esame possa tradursi in un principio che impone al giudice di avere maggior fiducia degli esperti di ufficio rispetto a quelli di parte, ancorché tutti costoro vantino lo stesso grado di indipendenza da interessi particolari *esterni* al processo. In altre parole: è sostenibile che il requisito in esame fondi una sorta di presunzione di minore affidabilità dei consulenti di parte rispetto al perito di ufficio? Non vi è dubbio che, nella prassi giudiziaria, tale principio sia spesso seguito, perlomeno in maniera tacita: i giudici ritengono quasi doveroso fidarsi maggiormente degli esperti da loro stessi nominati. Ciò non toglie che una legittimazione siffatta non sembra compatibile con l'assetto costituzionale del giudizio, in particolare con i principi del diritto di difesa e del giusto processo;

a3) *finalità per le quali si muove il soggetto che gestisce la ricerca*. Anche l'esigenza fatta valere dal requisito in esame si rivela assai ragionevole: sempre in linea di massima, un conto è se l'esperto in giudizio o quello al quale questi si richiami agisce per finalità euristiche, cioè di mera scoperta della verità scientifica o tecnica, altro conto è se agisce anche per finalità *egoistiche*. Più precisamente, il requisito in esame costituisce un complemento di quello precedente, nel senso che impone di valutare situazioni di potenziale rischio per la sincerità, dunque per l'affidabilità, dell'esperto diverse dalla sua dipendenza da *terzi* esterni al processo. Così, ad esempio, bisognerebbe considerare se l'esperto chiamato a deporre su ricerche svolte personalmente ne abbia brevettato o addirittura commercializzato i risultati<sup>51</sup>.

B) requisiti *oggettivi*, consistenti in qualità del criterio probatorio specialistico proposto dall'esperto:

b1) *ampiezza della ricerca*. Il primo requisito oggettivo prescrive che il suddetto criterio non sia fondato su riscontri episodici, bensì di estensione significativa. In questo senso, esso riflette un'esigenza tipica della filosofia della ricerca scientifica, valevole non solo per i criteri che avanzano pretese di validità universali, ma anche per quelli dotati di fondamento soltanto statistico. In effetti, sia che si affermi che una certa qualità o evento segue costantemente un'altra qualità o evento, sia che si affermi che tale successione si verifica solo in una certa percentuale di casi, l'affermazione può ritenersi attendibile solo se largamente collaudata. Qui, peraltro, occorre stare in guardia dalla tentazione di semplificazioni pericolose. Certo, di regola, un collaudo adeguato consisterà innanzitutto nel registrare numerose volte la

<sup>49</sup> Per questa classificazione, cfr., volendo, G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, cit., § 1.

<sup>50</sup> V. *supra*, nt. 21.

<sup>51</sup> Mi chiedo se non sia *anche* in questa prospettiva che debba valutarsi l'affidabilità dell'aIAT, sul quale v. L. Sammicheli-G. Sartori, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. Pen. Contemp. – Riv. trim.*, 2/2015, pp. 281-285, spec. p. 281. Esso, infatti, è stato pubblicizzato dal suo stesso inventore, in vista dell'impiego processuale, su un sito ([https://sites.google.com/site/validazione\\_dellatestimonianza/#oggetto](https://sites.google.com/site/validazione_dellatestimonianza/#oggetto)) dove si legge, tra l'altro, la seguente squillante affermazione: «A nostra conoscenza questa metodologia non può essere sostituita da alcuna altra metodologia in termini di validità, precisione, etc.». Sulle alterne vicende di tale test nella giurisprudenza di merito italiana, v. A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Arch. Pen.* (online), 3, 2014, pp. 20-24.

successione di cui si tratta. Sennonché, non può escludersi che un criterio scientifico sia formulabile sulla base di evidenze, sì, consistenti e in questo senso ampie, ma nondimeno diverse dalla diretta e ripetuta registrazione della regolarità che esso afferma (es.: valorizzando in maniera combinata le risultanze di studi *in vivo*, i resoconti di studi *in vitro*, le rilevazioni epidemiologiche ecc.)<sup>52</sup>;

b2) *rigorosità della ricerca*. Il presente requisito solleva due pretese omogenee ma di diversa portata. La prima, di carattere *particolare*, concerne il rispetto dei metodi di ricerca della disciplina in cui si inserisce il criterio proposto. Ad esempio, i metodi stabiliti per la ricerca epidemiologica sono per molti versi peculiari<sup>53</sup>, giacché richiedono l'uso di tecniche, il ricorso a dispositivi e l'applicazione di protocolli non coincidenti con quelli prescritti, ad esempio, per la ricerca biologica, fisica, neurologica, psichiatrica, economica ecc. La seconda pretesa sollevata dal requisito in esame è di carattere *generale*, poiché concerne il rispetto dei metodi comuni a ogni tipo di ricerca specialistica, oggetto della disciplina chiamata "epistemologia". La riflessione filosofica ha infatti messo in luce che, nonostante la diversità delle varie discipline, esse condividono alcune regole minime di razionalità epistemica<sup>54</sup>, compendiate soprattutto nel metodo *abduittivo-deduttivo-induttivo*, declinato in termini *falsificazionisti*<sup>55</sup>. Così, il ricercatore, dapprima, *escogita*, sulla base dell'esperienza comune, una risposta all'interrogativo che lo stimola; poi, *trae*, sulla stessa base, tutte le conseguenze che dovrebbero o non dovrebbero manifestarsi se l'ipotesi formulata fosse corretta; infine, mette alla prova quest'ultima, *riscontrando* la presenza quanto meno della parte più significativa di quelle conseguenze (positive e negative). Ora, è chiaro che quanto più la ricerca sottostante al criterio proposto risulterà conforme ai suddetti metodi generali e particolari, tanto più esso andrà considerato attendibile. D'altro canto, si potrebbe replicare che il giudice non è in grado di apprezzare in solitudine tale conformità. In tal caso ribatterei che l'apprezzamento, da un lato, deve avvenire pur sempre nel contraddittorio tra le parti, dunque con l'ausilio dei rispettivi esperti; dall'altro, nei casi più complessi e dibattuti, può tradursi innanzitutto nella verifica suggerita dalla sentenza *Daubert*: il criterio controverso deve trovare adesione in pubblicazioni specialistiche prestigiose, che garantiscono la propria qualità grazie al sistema della *peer review*<sup>56</sup> o a sistemi analoghi;

<sup>52</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio a G. Carlizzi, *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, in *Criminalia*, 2015, pp. 614-617, dove ho reso la suddetta alternativa con la distinzione tra "leggi causali osservative" e "leggi causali teoriche".

<sup>53</sup> Per una introduzione generale, v. C. Signorelli, *Elementi di metodologia epidemiologica*, Roma, Società Editrice Universo, 2011<sup>7</sup>, spec. 167-310. In particolare, sugli influenti "criteri Bradford Hill", S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., pp. 275-278, nonché Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, est. Brusco, in *CED Cass.*, n. 235658, p. 10.

<sup>54</sup> Sul punto, D. Goodstein, *How Science Works*, in AA.VV., *Reference Manual on Scientific Evidence*, cit., p. 39 s., il quale, tuttavia, dopo aver affermato "In breve, l'essenza della scienza è il metodo scientifico", aggiunge provocatoriamente "Non sappiamo realmente cos'è il metodo scientifico".

<sup>55</sup> Sulla concezione falsificazionista, fondamentale K.R. Popper, *La logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. it. di M. Trinchero, Torino, 1998. Va evidenziato che tale concezione può essere declinata in due diversi modi, che consentono di affrontare due distinti problemi: da un lato, la *possibilità* di sottoporre un'affermazione a tentativi di *falsificazione* permette di attribuirle carattere scientifico (e più in generale specialistico), e di distinguerla così dai discorsi metafisici (ivi, pp. 21-25, 66-84); dall'altro lato, l'*effettivo* e *infelice* esperimento di rigorosi tentativi di *falsificazione* di un'affermazione – come rilevato *sub b2* – contribuisce alla sua corroborazione, e a distinguerla così dai discorsi scientifici ancora in via di consolidamento (ivi, pp. 276-311). Per due critiche (non convincenti) dell'epistemologia popperiana, D. Goodstein, *How Science Works*, cit., p. 40 s.: a) non può mai dirsi se un'osservazione in contrasto con una teoria riguarda quest'ultima, anziché le ipotesi ausiliarie ad essa sottostanti; b) nella scienza i riconoscimenti vanno a chi conferma, non a chi falsifica le proprie teorie. La prima critica non convince perché le ipotesi ausiliarie – sulle quali v. le illuminanti osservazioni di C.G. Hempel, *Filosofia delle scienze naturali*, trad. it. di A. Berra, Bologna, 1968, pp. 41-46 – possono essere sottoposte a controllo, e dunque essere falsificate, indipendentemente da quelle principali; la seconda è addirittura una sbrigativa caricatura della visione falsificazionista: Popper non ha mai detto che il successo nella scienza consegue alle falsificazioni, bensì alle corroborazioni fondate su metodici, infelici tentativi di falsificazione. Certo, l'epistemologia popperiana può essere criticata e migliorata in certi aspetti particolari (uno di questi è la sottovalutazione della centralità dei paradigmi nella discussione scientifica, su cui v. il celebre T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. di A. Carugo, Torino, 1999, spec. pp. 65-74). Essa, tuttavia, possiede un nucleo di validità universale, che corrisponde a quello della dialettica antica nel campo della filosofia e che è catturato dall'idea della *potenza del negativo*: al di fuori del campo della matematica, un'affermazione relativa a realtà non esperite contestualmente non può mai dimostrarsi vera in via diretta, bensì facendo vedere che essa, a differenza di quelle che vi si oppongono, resiste ai tentativi di critica condotti con metodi intersoggettivamente validi.

<sup>56</sup> Una sintesi dei pregi (esclude le teorie insensate) e dei difetti (non sempre consente di: scegliere le migliori teorie, individuare le frodi, controllare l'uso dei metodi e la raccolta dei dati, valorizzare le nuove scoperte) del sistema della revisione tra pari si trova in D. Goodstein, *How Science Works*, cit., pp. 44 s., 48.

b3) *oggettività della ricerca*. Tale requisito può considerarsi una specificazione di quello precedente. Il primo momento del metodo abduttivo-deduttivo-induttivo, infatti, è tanto necessario e fecondo, quanto pericoloso e manchevole dal punto di vista logico-deduttivo. L'abduzione, infatti, può essere ricostruita come un argomento affetto dalla "fallacia dell'affermazione del conseguente"<sup>57</sup> ( $B; A \rightarrow B; A$ ), e dunque può condurre a conclusioni false. D'altro canto, è solo grazie a essa che il ricercatore individua una possibile risposta all'interrogativo che lo pressa<sup>58</sup>. Tutto sta, allora, nel minimizzare i pericoli e nell'esaltare i pregi insiti nel carattere inventivo dell'abduzione. È proprio qui che viene in gioco l'esigenza di oggettività, la quale si traduce nella pretesa che il ricercatore sottoponga a controllo l'ipotesi ricavata in via abduttiva, passando innanzitutto per la deduzione di cui si è parlato *sub* b2). Infatti, poiché le conseguenze che dovrebbero o non dovrebbero rilevarsi se l'ipotesi formulata fosse corretta (i cosiddetti riscontri) vanno individuate in base all'esperienza comune, cioè *intersoggettivamente* condivisa<sup>59</sup>, ecco che il ricercatore non può trincerarsi dietro a mere autosuggestioni. In questo senso, difetta di oggettività ogni ricerca che si esaurisca sul piano delle intuizioni individuali, e di affidabilità ogni criterio specialistico consistente in un'ipotesi che esibisce condizioni di falsificabilità arbitrarie<sup>60</sup>;

b4) *grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi*. Anche tale requisito costituisce una specificazione di quello indicato *sub* b2): mentre l'oggettività corrisponde al secondo momento del metodo abduttivo-deduttivo-induttivo, il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi corrisponde al terzo momento, quello in cui si tratta di vedere quali e quante delle conseguenze (i fatti) tratte dall'ipotesi abduttivamente formulata sono state riscontrate in concreto, nonché, di risulta, la misura (il grado di conferma) in cui tale riscontro corrobora l'ipotesi stessa (che diventa tesi nel caso di riscontro positivo). Peraltro, quando si parla di "misura" non ci si riferisce propriamente a un dato numerico: per quanti sforzi siano stati fatti per costruire la logica dell'induzione e della probabilità come logica esatta<sup>61</sup>, essa scontrerà sempre margini di incertezza, legati soprattutto alla discrezionalità delle scelte imposte al ricercatore. Il grado di sostegno in esame, dunque, va inteso in termini discorsivi ed elastici, sulla base di una scala lungo la quale possono essere individuati tre punti di orientamento: minimo, medio e massimo<sup>62</sup>. Ed è chiaro che ogni ulteriore tentativo di precisazione determinerebbe modesti progressi, giacché è solo nell'esame dei concreti riscontri adottati a favore di una specifica ipotesi, nonché delle ragioni addotte a loro corredo, che può stabilirsi a quale punto si è approssimata la singola ipotesi da confermare;

b5) *intensità della discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio*. Il presente requisito permette di commisurare l'affidabilità di un criterio probatorio specialistico alla partecipazione alla sua messa a punto da parte degli esperti del settore. Esso spinge, da un lato, a fissare due poli ideali, quello del criterio la cui elaborazione è avvenuta in condizione di assoluta solitudine e opacità, dunque di attendibilità infima, e quello del criterio la cui elaborazione è avvenuta in condizione di totale apertura al controllo di un gruppo di ricerca o di qualunque altro esperto, dunque di attendibilità massima; dall'altro, a inquadrare i criteri di volta in volta proposti dagli esperti in giudizio lungo la serie interclusa tra i due poli. In altre parole, il requisito in esame muove dalla realistica presa d'atto che i criteri

<sup>57</sup> Su tale fallacia, nella letteratura epistemologica, v., per tutti, C.G. Hempel, *Filosofia delle scienze naturali*, cit., p. 21 s.

<sup>58</sup> Sulla fecondità dell'abduzione, con particolare riguardo all'ambito giuridico, G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2006, spec. pp. 115-139.

<sup>59</sup> Sui concetti di "intersoggettività" e di "oggettività", P. Oppenheim-C.G. Hempel, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, A.W. Sijthof's Uitgeversmaatschappij N.V., 1936, pp. 51-63 e, risp., 63-65, dove si trova la seguente interessante definizione di "intersoggettivo": «Una proposizione si definisce intersoggettiva quando si danno per essa 'criteri di controllo intersoggettivi', cioè criteri, (a) sulla base dei quali ciascuno può, in linea di principio, controllare la validità della proposizione, e (b) tali che qualunque esaminatore li applichi giunga allo stesso risultato» (p. 51). Per la connessione tra oggettività e intersoggettività, K.R. Popper, *La logica della scoperta scientifica*, cit., pp. 26-31, spec. 27: «Dirò pertanto che l'oggettività delle asserzioni della scienza risiede nel fatto che esse possono essere controllate intersoggettivamente» (corsivi nell'orig.).

<sup>60</sup> Alla luce di ciò, nonché di quanto osservato nella nt. 55, il presente monito non coincide con quello di K.R. Popper, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it. di G. Pancaldi, Bologna, 1972, spec. pp. 62-67, contro la teoria marxista della storia, la psicanalisi di Freud e la "psicologia individuale" di Adler: questo riguarda i discorsi asseritamente non scientifici, quello i discorsi specialistici carenti di oggettività/intersoggettività.

<sup>61</sup> Mi riferisco, in primo luogo, agli studi raccolti in R. Carnap, *Analiticità, significanza, induzione*, ediz. it. a cura di A. Meotti-M. Mondadori, Bologna, 1971, pp. 357-523, spec. pp. 475-494 (*Probabilità e induzione*).

<sup>62</sup> Per una proposta analoga, relativa ai coefficienti del giudizio di bilanciamento tra principi costituzionali, R. Alexy, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, trad. it. di G. Carlizzi, in *Ars Interpretandi*, 1, 2010, pp. 33-36, spec. p. 35.

probatori specialistici costituiscono soltanto il punto di arrivo di un percorso di ricerca e di collaudo non solo lungo, ma anche complesso e lastricato di dati di vario genere (ipotetici, strumentali, materiali ecc.), la cui corretta individuazione e interconnessione condiziona in maniera determinante la correttezza del risultato. Ecco dunque l'opportunità che tali dati siano sottoposti in tempo reale alla discussione critica di un gruppo di ricerca o di altri esperti interessati (es.: mediante pubblicazione online dei resoconti degli esperimenti di volta in volta effettuati). Ed ecco, soprattutto, che l'attendibilità del criterio di turno dipenderà anche dalla consistenza del dibattito specialistico avvenuto nel corso della sua fissazione. Non è un caso che le principali pseudoscoperie scientifiche propinate nel corso della storia siano state fatte in condizioni di semisegretezza: si pensi alla recente vicenda del "metodo" Stamina<sup>63</sup>;

b6) *attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica*. Tale requisito mette anch'esso a profitto acquisizioni della riflessione epistemologica. In questo senso, quanto più ampia è la portata applicativa di una teoria o di una legge scientifica (e, più latamente, specialistica), ossia la sfera di realtà per la quale essa intende valere, tanto più svariati sono i tentativi di falsificazione cui può esser sottoposta, e dunque elevata l'affidabilità dell'una nel caso di esito infruttuoso degli altri<sup>64</sup>. Illuminante al riguardo è la legge di gravitazione universale di Newton: affermando che *tutti* i corpi dell'universo si attraggono l'un l'altro con una forza direttamente proporzionale al prodotto delle loro masse e inversamente proporzionale al quadrato delle loro distanze, essa ha avanzato una pretesa di validità universale; e poiché tale pretesa si è rivelata sperimentalmente corretta in tutte le sfere empiriche (del mesocosmo e del macrocosmo<sup>65</sup>), non solo in quella geofisica, ma anche in quella astronomica (costituendo pertanto il fondamento esplicativo e predittivo del moto dei pianeti, nonché, tra l'altro, della scoperta di Nettuno<sup>66</sup>), essa è diventata la legge di natura per antonomasia<sup>67</sup>. Semplificando il discorso ai fini giuridici: quanto maggiore è la sfera di realtà per la quale un criterio probatorio specialistico risulta valevole, tanto maggiore è la sua attitudine esplicativa e, in ultima analisi, la sua affidabilità;

b7) *consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica*. L'ultimo requisito costituisce la controparte *ex post* del requisito illustrato *sub* b5). Se in questo secondo caso si esige che il criterio specialistico proposto si formi *attraverso una discussione* critica estesa, non limitata ai suoi scopritori, ma aperta a esperti estranei al loro gruppo di ricerca, nel primo caso si pretende che il *criterio in sé* risulti alquanto condiviso nella comunità degli addetti ai lavori. Ed è anche in base a tale misura che il giudice penale dovrà stabilire il grado di attendibilità del criterio stesso, qualora un esperto in giudizio gli proponga di farne uso nell'ambito del processo. Così, il requisito in esame non fa altro che tener conto della distinzione, anch'essa corrente nella letteratura epistemologica, tra scoperte classiche, da considerare pienamente affidabili, senza bisogno di particolari indagini<sup>68</sup>, e scoperte più o meno nuove, da considerare affidabili, appunto, anche a misura della loro recezione nella comunità specialistica di riferimento. Al presente livello, peraltro, occorre fare attenzione a diversi pericoli di fraintendimento, il principale dei quali può essere riassunto come segue: il grado di adesione che una comunità specialistica presta a un certo criterio probatorio in tanto ha valore, in quanto sia già indiscussa la serietà della disciplina complessiva da essa coltivata. La precisazione è importante perché, ragionando diversamente, qualunque accolita di ciarlatani potrebbe accreditare un criterio probatorio di sua esclusiva invenzione, sol che abbia l'accortezza di farneticare all'unisono<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> Per il giudizio definitivo circa la sua inaffidabilità, v. il Provvedimento 4 novembre 2014 della "Direzione generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico" del Ministero della Salute, adottato in base alla relazione del "Comitato scientifico della sperimentazione clinica", istituito con d.m. 18 giugno 2013.

<sup>64</sup> K.R. Popper, *La logica della scoperta scientifica*, cit., pp. 120-122, spec. p. 121: «A un grado più elevato di universalità o di precisione corrisponde un maggior contenuto (logico o) empirico, e quindi un grado più elevato di controllabilità» (corsivo nell'orig.).

<sup>65</sup> A livello microcosmico, valgono invece i principi della fisica quantistica, che divergono da quelli della meccanica classica newtoniana (per una spiegazione elementare ma preziosa di questi temi immani, C. Rovelli, *La realtà non è come ci appare. La struttura elementare della cose*, Milano, 2014, pp. 97-123).

<sup>66</sup> S. Okasha, *Il primo libro di filosofia della scienza*, trad. it. di M. Di Francesco, Torino, 2006, p. 17 s. (che, peraltro, pone tale esempio alla base di un'interpretazione del falsificazionismo popperiano discutibile sotto un duplice profilo: il criterio di demarcazione tra scienza e pseudoscienza fissato dal filosofo austriaco non è la resistenza ai tentativi di falsificazione, bensì la possibilità di sottoposizione a tali tentativi; in ogni caso, per falsificare una teoria o una legge scientifica, non bastano una o poche osservazioni in contrasto con essa; sul punto v. anche *supra*, nt. 55).

<sup>67</sup> R. Feynman, *La legge fisica*, trad. it. di L. Radicati di Bròzolo, Torino, 1971, pp. 13-37.

<sup>68</sup> In tale senso, esplicitamente, anche Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., cit., p. 592 nt. 11 (dove si fa l'esempio delle leggi della termodinamica).

<sup>69</sup> In termini simili, S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 147 s.

## (SEGUE) LA NUOVA FIGURA DEL GIUDICE-CUSTODE (O GIUDICE-GARANTE)

Su questo sfondo, si può chiarire finalmente l'assetto dei rapporti tra giudice penale e sapere specialistico, fissato nella sentenza *Cozzini*, al quale corrisponde una precisa ed esplicita<sup>70</sup> definizione del principio "*Iudex peritus peritorum*". Così, il giudice «non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico»<sup>71</sup>, ma neppure pretendere di avere sufficienti «conoscenze e [...] competenze per esperire un'indagine [solitaria su quello scenario]»<sup>72</sup>. Egli deve piuttosto confrontarsi con gli esperti condotti davanti a lui, cioè operare come «garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo»<sup>73</sup> e «svolgere un penetrante [...] ruolo critico, divenendo [...] custode del metodo scientifico»<sup>74</sup>. Consapevole dei propri limiti specialistici e, ad un tempo, del proprio ruolo di giustizia, il giudice deve dunque porsi a metà strada tra passivismo ed attivismo epistemico: deve cercare, sì, il conforto del parere di un esperto in giudizio, ma controllare, al contempo, che esso, in quanto fondato sulla retta applicazione di un criterio dotato dei suddetti requisiti, meriti effettivamente di contribuire alla decisione del caso concreto. Ed è proprio in questa prospettiva che si coglie la comune manchevolezza delle due pronunce di merito relative al caso *Cozzini*. Entrambe si rapportano alla teoria dell'effetto acceleratore in maniera più o meno superficiale, facendo affidamento sulle opinioni di questo o quel consulente, senza confrontarsi davvero col problema della loro attendibilità<sup>75</sup>.

La scelta della Suprema Corte, di assegnare al giudice il compito di *custode* dell'affidabilità delle informazioni specialistiche, va condivisa, in quanto solo il giudice-custode può assicurare il perseguimento dello scopo della prova – l'accertamento della verità<sup>76</sup> –, nonché il rispetto dei principi fondamentali di determinatezza e di tassatività delle fattispecie incriminatrici<sup>77</sup>. Egli scruta e, se del caso, recepisce le informazioni rese da un esperto, sotto la *sorveglianza* di altri addetti ai lavori. Tale vaglio, particolarmente delicato nel caso di «questioni scientifiche non ancora dissodate»<sup>78</sup>, si impone su entrambi i piani fondamentali del ragionamento probatorio specialistico<sup>79</sup>. Sia sul piano dell'*individuazione* del relativo criterio, dove si tratta di controllare se quello proposto possieda i suddetti requisiti *minimi* di affidabilità specialistica, sfuggendo, in particolare, al marchio infamante di "*bad*" o "*junk science*". Sia sul piano dell'*applicazione* del criterio, dove si tratta di controllare se le evidenze valorizzate dall'esperto integrano davvero le *basilari* condizioni operative (positive e negative) da lui illustrate o evidenziate da altri specialisti in giudizio<sup>80</sup>. Sotto questo profilo, peraltro, occorre fare attenzione: anche se il singolo risultato probatorio raggiunto dall'esperto si dimostrasse affidabile, non sempre il giudice potrebbe accontentarsi, giacché potrebbe risultare necessaria una verifica probatoria supplementare. Il doppio controllo si impone tipicamente in materia di *imputazione causale*, dove il giudice, dapprima, deve controllare se la legge di copertura proposta dall'esperto è attendibile, se la condotta e l'evento in giudizio sono oc-

<sup>70</sup> Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, cit., p. 37.

<sup>71</sup> Ivi, p. 40.

<sup>72</sup> Ivi, p. 45.

<sup>73</sup> Ivi p. 37.

<sup>74</sup> Ivi, p. 40.

<sup>75</sup> Ivi, p. 45 s.

<sup>76</sup> Sul punto, per finalità di economia argomentativa, rimando a G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, cit., sub 3.1.

<sup>77</sup> Congruente con tale modello è la messa in guardia dal "nuovo positivismo giudiziario" di A. Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 5, 2011, p. 144 s. 149 s., il quale propone *de iure condendo* di potenziare il contraddittorio sia in fase di indagini (nello svolgimento di accertamenti irripetibili), sia in fase di giudizio (nel controllo di affidabilità del metodo scientifico utilizzabile per la decisione); in termini critici sull'acquisita centralità della prova scientifica nel processo penale, anche E.M. Catalano, *Il metodo del controesame sul letto di Procuste. Le insidie e le sfide della prova scientifica*, in D. Negri-R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 147-149, che si duole soprattutto della introduzione di una "*best evidence rule* alla rovescia", in base alla quale il primato in sede istruttoria non spetterebbe più alla prova orale, bensì alla «prova *lato sensu* documentale, di formazione extradibattimentale, cristallizzata in un supporto analogico o digitale» (p. 148).

<sup>78</sup> Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, cit., p. 67.

<sup>79</sup> Su questa bipartizione, cfr., volendo, G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, § 1.

<sup>80</sup> In verità, il discorso principale di *Cozzini* si concentra sul primo piano, perché in quel caso controversa era già l'astratta affidabilità della teoria dell'effetto acceleratore; nondimeno, in diversi passaggi della pronuncia emerge anche la raccomandazione al giudice di assicurarsi della corretta applicazione del criterio specialistico di volta in volta recepto.

corsi proprio nelle circostanze e con le modalità nomologicamente descritte (condizioni positive), e se sono mancate quelle circostanze che la stessa legge indica come ostative alla successione da essa stabilita (condizioni negative)<sup>81</sup>; dall'altro lato, il giudice deve controllare, eventualmente con l'ausilio di quello stesso esperto e sotto la sorveglianza degli altri specialisti in giudizio, se la valenza nel caso concreto del criterio probatorio di cui ha già controllato l'affidabilità intrinseca e applicativa debba escludersi, perché vi sono ragionevoli motivi per ritenere che abbia operato un'altra causa autonoma<sup>82</sup>. Nonostante la diversità delle operazioni compiute nelle due fasi, il *modus procedendi* del giudice è fondamentalmente lo stesso: egli accoglie la soluzione che innanzitutto resiste ai tentativi di *falsificazione* da lui condotti col contributo degli altri esperti in giudizio<sup>83</sup>.

Nella prospettiva del giudice-custode, emerge altresì il carattere soltanto apparente del cosiddetto "*paradosso della perizia*"<sup>84</sup>. Se il controllo giudiziale del perito avviene nel *contraddittorio* coadiuvato dai consulenti di parte<sup>85</sup> e si traduce nel riscontro, di ispirazione *falsificazionista*, di requisiti *minimi* e di condizioni *basilari*, ecco che il giudice, pur avendo bisogno del perito, perché non saprebbe da dove partire, è in condizione, almeno in linea di principio, di valutarne l'operato<sup>86</sup>. Infatti, tale valutazione, da un lato, non si forma in maniera solitaria, bensì col contributo degli altri esperti in giudizio, i quali ben possono guidare il giudice con opportuni interventi (scritti e orali), segnalandogli o, meglio ancora, fornendogli i documenti specialistici (trattati, articoli, direttive ecc.) che materializzano il sapere in discussione e fanno luce sul tema controverso. Dall'altro lato, la valutazione giudiziale non ha carattere *specialistico*, bensì propriamente *epistemologico*<sup>87</sup>, in quanto il giudice non esprime – ad esempio – un giudizio chimico, ortopedico, grafologico, bensì valuta se il chimico, l'ortopedico, il grafologo in giudizio abbia basato la propria conclusione su un criterio affidabile in quanto rispettoso di certi standard minimi di razionalità epistemica (i menzionati requisiti *Cozzini*), e lo abbia applicato in maniera coerente e congruente alle risultanze processuali<sup>88</sup>.

<sup>81</sup> Con un esempio banale: se Tizio assume l'antidoto x con efficacia di un'ora alla sostanza y, ingerisce tale sostanza su invito di Caio dopo un quarto d'ora e muore avvelenato dopo tre ore dalla prima assunzione, la legge di copertura pertinente (Tutte le volte che un essere umano assume la sostanza y e non è in atto la copertura dell'antidoto x, morirà avvelenato dopo tre ore), pur integrata nelle sue condizioni positive (assunzione della sostanza y), non può applicarsi, per mancata integrazione di una condizione negativa (assenza attuale di copertura dell'antidoto x). In tal caso, è dunque presumibile (anche se non necessita di essere provato per l'assoluzione di Caio) che Tizio sia stato avvelenato da altri dopo la scadenza dell'effetto protettivo dell'antidoto.

<sup>82</sup> Con altro esempio banale: se Tizio viene minacciato pesantemente da Caio e muore all'istante per infarto, ma l'esame autoptico consente di stabilire che l'attacco cardiaco aveva avuto inizio poco prima dell'aggressione e aveva già prodotto danni devastanti e irrimediabili, la condotta di Tizio, in mancanza di ulteriori elementi (ad es. deponenti per l'effetto di accelerazione del decesso) potrebbe ritenersi legata alla morte di Caio tutt'al più da un rapporto di causalità generale, non certo individuale.

<sup>83</sup> Una penetrante analisi del metodo falsificazionista (sulla scia di Popper e di Medawar), ritenuto estensibile dall'ambito scientifico a quello giuridico, si trova nella monografia dell'estensore della sentenza *Cozzini*: R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 367-380, in part. p. 372, dove si legge la seguente fulminante sintesi: «Il ragionamento scientifico è perciò un dialogo tra due voci, una immaginativa, l'altra critica; un dialogo tra il possibile e l'attuale, tra la proposta e la realtà, l'ipotesi e la critica, tra ciò che può essere vero e ciò che di fatto lo è».

<sup>84</sup> In termini analoghi, C. Brusco, *La valutazione della prova scientifica*, cit., p. 28; C. Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in P. Tonini (a cura di), *Dossier La prova scientifica nel processo penale*, cit., pp. 33-35; O. Dominiononi, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, pp. 67-69; L. Masera, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, pp. 89-92; M. Taruffo, *La prova scientifica. Cenni generali*, in *Ragion Pratica*, 2, 2016, p. 347.

<sup>85</sup> Sull'importanza del contraddittorio specie su questo terreno, F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra"*, cit., p. 3526 s.; E.M. Catalano, *Il metodo del controesame sul letto di Procuste*, cit., spec. pp. 151-153 (che, peraltro, denuncia l'inadeguatezza dell'attuale cultura dell'esame e del controesame: pp. 153-156); P.P. Rivello, *La prova scientifica*, Milano, 2014, pp. 163-172.

<sup>86</sup> Un discorso analogo vale ovviamente qualora il controllo riguardi il parere di un consulente di parte: qui esso verrà condotto sotto la sorveglianza dell'esperto dell'altra parte e del perito (secondo alcuni, eventualmente, anche nella forma di un confronto ex artt. 211 e 212 c.p.p.).

<sup>87</sup> Similmente, O. Dominiononi, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 69-71, che distingue "cultura di merito" e "cultura di criteri". Adesivamente, F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra"*, cit., p. 3526 s.

<sup>88</sup> Al riguardo, si è efficacemente parlato di un «vincolo di razionalità complementare [a quello richiesto dall'uso del semplice sapere comune]»: F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica*, cit., p. 58. Sul carattere ubiquitario del principio di razionalità all'interno del processo penale, G. Canzio, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in M. Cucci-G. Gennari-A. Gentilomo (a cura di), *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Rimini, 2012, p. 63.

Infine, come anticipato, il modello del giudice-custode assicura altresì il rispetto dei principi di *determinatezza* e di *tassatività* penale<sup>89</sup>. Imponendo di far uso soltanto di criteri specialistici di sicura affidabilità, esso riduce l'area dei dati fattuali deducibili nel processo penale, circoscrive dunque la portata delle fattispecie incriminatrici e, in definitiva, limita il potere giudiziario di individuazione di quest'ultima (es.: le condotte di esposizione ad amianto successive a quella iniziatrice non dovrebbero formare oggetto di imputazione, né tanto meno di condanna, data la non affidabilità allo stato della illustrata teoria dell'effetto acceleratore).

#### SEI INTERROGATIVI RELATIVI AL REGIME COZZINI

Se si dovesse riassumere in poche parole il ruolo di *Cozzini* nella disciplina dell'uso processuale del sapere specialistico, potrebbe dirsi che essa costituisce un punto di svolta, ma non un punto di arrivo – ammesso e non concesso che un punto di arrivo possa darsi per questioni di siffatta portata. Da un lato, essa ha costituito di certo un progresso assai significativo, fissando alcuni requisiti che l'opinione di un esperto in giudizio deve soddisfare per poter contribuire alla soluzione giudiziaria di questioni probatorie specialistiche. D'altro canto, essendo la suddetta sentenza tenuta a controllare *soltanto* l'adeguatezza motivazionale della pronuncia impugnata (ex art. 606 lett. e) c.p.p.), a sua volta vertente su una *specifica quaestio facti*, si comprende che essa ha dovuto tralasciare importanti interrogativi relativi all'uso giudiziario del sapere specialistico.

Sennonché, questi interrogativi non possono passare sotto silenzio, giacché concorrono a caratterizzare la problematicità di quell'uso, e in ultima analisi la logica di quello stesso regime *Cozzini* che ha inteso razionalizzarlo. In questo paragrafo conclusivo, dunque, passerò in rassegna alcuni dei suddetti interrogativi, cercando di fornire altresì qualche sommaria indicazione per la loro soluzione.

#### (SEGUE) IL RAPPORTO TRA IL REGIME DAUBERT E IL REGIME COZZINI

Come anticipato, alcuni dei primi commentatori di *Cozzini* vi hanno ravvisato poco più di una replica di *Daubert*. Sennonché, si può dubitare della correttezza di questo accostamento<sup>90</sup>. I due regimi, infatti, fanno leva, sì, sullo stesso concetto, ma in termini, per scopi e in relazione a istituti giuridici non coincidenti. Il concetto comune è – in sostanza – quello di “affidabilità specialistica di un'informazione”, e per estensione dell'esperto che se ne fa portatore in giudizio. Tuttavia, mentre negli USA esso è determinato esemplificativamente in riferimento a *quattro* requisiti, *soltanto* per neutralizzare il rischio che i *giurati* di ogni specie di *processo*<sup>91</sup> siano *ingannati* da informazioni *immaginarie*, rese in genere da testimoni *di parte*, in Italia i requisiti determinativi, anch'essi indicati in maniera non esclusiva né tassativa, compongono un ventaglio ben più *ampio* e servono *primariamente* a evitare che i *giudici penali sopravvalutino* la forza probatoria di informazioni *opinabili*, da *qualunque* esperto fornite (e solo in via residuale a sottrarre loro la possibilità di far uso di informazioni sostanzialmente prive di riscontro empirico). Correlativamente a ciò, sotto il profilo degli istituti giuridici disciplinati dai rispettivi regimi, mentre il regime *Daubert* è destinato a guidare, nella omonima udienza, *l'ammissione* delle *fonti* di prova specialistiche (testimoni esperti), quello *Cozzini* sta piuttosto a orientare la *valutazione* degli *elementi* probatori specialistici compiuta al termine del dibattimento. Semplificando: il testimone esperto che propone teorie affidabili può sperare di *esporre* alla giuria americana, e di *imporre* al giudice italiano. Ciò posto, è chiaro che tali particolarità definitorie, teleologiche e istituzionali dei due regimi non solo impediscono di assimilarli, ma impongono soprattutto di affrontare le ulteriori questioni che essi sollevano facendo attenzione a valorizzarne la rispettiva dinamica operativa. Questo sarà il principio ispiratore delle riflessioni che seguono.

<sup>89</sup> Non è superfluo ricordare che, tra le ragioni che hanno indotto la sentenza Franzese (citata *supra*, nt. 43) a fissare lo statuto dell'imputazione eziologica penale, vi è stata proprio l'esigenza di rispetto del principio di tassatività: *ivi*, spec. p. 13.

<sup>90</sup> Per una prima formulazione di questa critica, cfr., volendo, G. Carlizzi, *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza*, cit., pp. 607-609.

<sup>91</sup> Ma v. quanto sottolineato *supra*, nt. 19, circa la diversa incidenza della *Daubert trilogy* nei processi civili e, rispettivamente, penali.

## (SEGUE) L'APPLICABILITÀ DEL REGIME COZZINI AI SAPERI NON STRETTAMENTE SCIENTIFICI

Al riguardo, si possono trarre diversi insegnamenti dall'esperienza americana illustrata nel primo paragrafo. Si è visto infatti che, sebbene la principale pronuncia in materia di affidabilità del testimone esperto, la sentenza *Daubert*, fosse stata resa in un processo dove erano intervenuti soltanto cultori di discipline come la biologia, la chimica, l'epidemiologia e simili, e dunque si fosse riferita unicamente al sapere scientifico, la successiva sentenza *Kumho Tire*, valorizzando l'ampia lettera della FRE 702, ha affermato che i requisiti *Daubert* avrebbero potuto e dovuto applicarsi a ogni forma di sapere specialistico. Il riferimento all'esperienza americana è utile perché per *Cozzini* vale un discorso genealogico simile a quello fatto per *Daubert*. Anche la prima pronuncia si è occupata di un caso in cui venivano in rilievo saperi, in particolare l'epidemiologia, la tossicologia e l'oncologia, la cui matrice più o meno scientifica ha finito per influenzare la formulazione delle direttive metodologiche fornite dalla Suprema Corte. Non è un caso che in tali direttive risuoni un'impostazione, quella popperiana, strettamente epistemologico-naturale, ossia modellata sulla ricerca delle "hard sciences" (fisica, chimica, biologia ecc.)<sup>92</sup>, di cui si tratta dunque di stabilire l'adattabilità ad altre discipline scientifiche, e più in generale specialistiche.

Ora, come ho sostenuto in precedenza<sup>93</sup>, tale impostazione contiene un nucleo di validità universale che consente di estenderla oltre il campo della scienza. È l'idea che ogni forma di sapere in tanto può pretendere di imporsi a tutti, in quanto abbia superato i tentativi di critica condotti nei suoi confronti con metodi intersoggettivamente condivisi. E questa idea, appunto, vale non solo per il sapere scientifico-naturale, ma anche per i rimanenti tipi di sapere scientifico (es.: economia, psicologia, sociologia)<sup>94</sup> e specialistico (varie forme di analisi di tracce: voci umane, tagli di coltello, impronte di morsi, orme di animali, squarci in copertoni ecc.)<sup>95</sup>, tanto più se si considera la relatività, anzi la problematicità della stessa distinzione tra le due regioni<sup>96</sup>. D'altro canto, non può negarsi che, proprio per la loro ispirazione epistemologico-naturale, i requisiti *Cozzini* esigano di essere specificati, integrati e, se del caso, rettificati a seconda delle particolarità dei tipi residuali di sapere specialistico. E il principale artefice di questa complessa opera di "adeguamento per tipi di sapere" non potrà che essere la giurisprudenza, ancora una volta – si spera – sotto la guida della Corte Suprema di Cassazione. È chiaro, infatti, che, mai come qui, non solo i tentativi dei giudici di merito di procedere isolatamente, ma anche quelli del legislatore di elaborare una disciplina in via generale ed astratta, sarebbero predestinati al fallimento.

## (SEGUE) IL MODUS OPERANDI DEL REGIME COZZINI NELLE DISCIPLINE "PLURALISTICHE".

Una volta riconosciuto che tale regime può essere applicato in linea di principio a tutti i tipi di sapere specialistico, previo adattamento alle loro rispettive peculiarità, occorre riconoscere che, tra queste ultime, ve n'è una particolarmente problematica dal punto di vista dei requisiti *Cozzini*. Si tratta – appunto – del fatto, tutt'altro che accidentale, che certe discipline sono animate da molteplici indirizzi di pensiero, nessuno dei quali è riuscito a imporsi sugli altri e ognuno dei quali propone in parte tesi incompatibili con quelle degli altri. Tale situazione, in effetti, è diversa da quella sulla quale si è modellata l'epistemologia cui si ispira *Cozzini*, cioè delle "scienze della natura", in cui l'influsso determinante

<sup>92</sup> Sono ben consapevole che distinzioni come quelle tra "scienze della natura" e "scienze dello spirito", "scienze nomotetiche" e "scienze idiografiche" ecc., invalse nel XIX secolo per effetto della speculazione storicistica (Dilthey), prima, e neokantiana (Windelband, Rickert), poi (sul punto, cfr., volendo, G. Carlizzi, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2012, p. 38 s., cui si rimanda anche per le opportune integrazioni bibliografiche), hanno subito una netta relativizzazione per diverse cause (di matrice filosofica – avvento dell'ermeneutica sulla scia di Heidegger e, soprattutto, Gadamer –, scientifica – avvento: delle geometrie non euclidee con Gauss, del principio di indeterminazione con Heisenberg, della meccanica quantistica con Planck, della teoria della relatività generale e speciale con Einstein – e psicanalitica – scoperta dell'inconscio da parte di Freud –, tutte convergenti, in definitiva, verso il superamento della configurabilità di una conoscenza assolutamente oggettiva, non influenzata, cioè, dal soggetto conoscente, sulla quale quelle distinzioni poggiavano. Nondimeno, ritengo che esse conservino ancora un certo valore didascalico, quanto meno ai presenti fini.

<sup>93</sup> Cfr. *supra*, alla fine della nt. 55.

<sup>94</sup> M. Berger, *The Admissibility of Expert Testimony*, cit. p. 16.

<sup>95</sup> S. Haack, *Legalizzare l'epistemologia*, cit., pp. 114-116.

<sup>96</sup> Così, espressamente, *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, cit., p. 148: «Non c'è una linea discretiva netta [tra 'informazioni scientifiche' e informazioni 'tecniche' o 'per altri versi specialistiche']».

del fattore sperimentale e/o misurativo rende marginali i conflitti teorici sincronici all'interno di una stessa disciplina<sup>97</sup>.

Diversamente stanno le cose in altri ambiti, proprio per la mancanza o l'importanza nettamente minore dei suddetti fattori e la connessa centralità del momento teorico (influyente, ma in minor misura, anche nei campi del primo ordine<sup>98</sup>), se non addirittura di quello ideologico (il pensiero corre, ovviamente, alle discipline economiche e finanziarie, che potrebbero rilevare – ad es. – in processi per Manipolazione del mercato oppure per Abuso di ufficio o Truffa da sottoscrizione di derivati<sup>99</sup>). La sfera psichica offre spunti di riflessione particolarmente interessanti al riguardo, contesa com'è da psichiatria e psicologia clinica – l'una più attenta agli aspetti descrittivi e medici dei disturbi mentali, l'altra a quelli esplicativi e ambientali –, discipline che pure nel proprio seno rivelano la presenza di una molteplicità di indirizzi in conflitto (es.: nel campo della psichiatria, conflitto tra modello del DSM e modello ermeneutico-fenomenologico jaspersiano<sup>100</sup>; nel campo della psicologia clinica, conflitto tra i seguenti “modelli di anormalità”: biologico, psicodinamico, comportamentista, cognitivo, umanistico-esistenziale, socio-culturale<sup>101</sup>). Tutto ciò con la conseguenza ultima che, pur a fronte del medesimo fenomeno (es.: comportamenti “bizzarri” tenuti dall'imputato al momento del fatto), ben può accadere che un certo esperto, seguendo un determinato indirizzo, giunga a conclusioni (es.: incapacità intellettiva) contrarie a quelle di un altro, aderente a un diverso indirizzo (es.: piena lucidità). Poniamo che in giudizio si presentino effettivamente più esperti (un consulente del p.m., uno dell'imputato e un perito nominato dal giudice), ciascuno dei quali affronti il tema dell'imputabilità secondo un modello teorico differente ed esprima pertanto un'opinione diversa nelle modalità argomentative o, addirittura, nelle conclusioni (piena capacità, capacità diminuita, piena incapacità). Come dovrà regolarsi il giudice? Qui probabilmente la gran parte dei requisiti *Cozzini* non sarà di ausilio: poiché i modelli teorici fatti valere sono tutti più o meno consolidati, “validi” e discutibili, è probabile che si equivalgano (in positivo o in negativo) per: ampiezza, rigorosità e oggettività della ricerca, grado di conferma empirica, discussione critica retrostante, attitudine esplicativa, grado di consenso riscosso nella comunità scientifica, nonché autorità, indipendenza e spassionatezza dei loro artefici. Il punto è che la competizione in esame non è tra scienza autentica e pseudoscienza, ma tra approcci diversamente ispirati, e per certi versi anche reciprocamente incommensurabili. Una via di uscita, forse semplicistica, ma rispettosa dei pur sempre capitali principi del processo penale, potrebbe consistere nell'accordare preferenza al modello teorico in concreto più favorevole all'imputato (“*in dubio pro reo*”), sempre che risulti che l'esperto di turno lo abbia applicato in maniera corretta e congruente al caso in giudizio.

#### (SEGUE) L'APPLICABILITÀ DEL REGIME COZZINI NELLA FASE DI AMMISSIONE PROBATORIA

La questione si pone perché tale regime è stato pensato innanzitutto per orientare la valutazione probatoria specialistica da compiere al termine della fase istruttoria. Trattandosi di una questione di diritto positivo, essa deve essere risolta innanzitutto in base alle previsioni delle nostre fonti giuridiche<sup>102</sup>. Ebbene, le norme rilevanti in materia sono soprattutto gli artt.: 24, comma 2, 111, commi 2, 3 e 4, Cost., nonché 190, comma 1, 220, 230, 233, comma 1, c.p.p.<sup>103</sup>. In estrema sintesi, da esse è ricavabile il seguente assetto: sia la perizia (per

<sup>97</sup> Come visto *supra*, nt. 65, propriamente conflittuale non può considerarsi il rapporto tra meccanica quantistica e meccanica newtoniana, riguardando esse livelli di realtà diversi, cioè il microcosmo dell'atomo e, rispettivamente, il mesocosmo degli esseri viventi e il macrocosmo degli astri.

<sup>98</sup> Fondamentale al riguardo, N.R. Hanson, *I modelli della scoperta scientifica. Ricerca sui fondamenti concettuali della scienza*, trad. it. di L. Sosio, Milano, 1978, pp. 14-16, 30.

<sup>99</sup> Istruttivo su questi temi L. Piana, *La voragine. La folle scommessa dei derivati di Stato. I contratti segreti con le banche. Il buco nei conti pubblici di cui nessuno parla*, Milano, 2017, spec. pp. 14-36.

<sup>100</sup> Per tale contrapposizione e per una critica del primo modello dal punto di vista del secondo, M. Aragona, *Neopositivism and the DSM psychiatric classification. An epistemological history. Part I: Theoretical comparison*, in *Hist. Of Psychiatry*, 2013, pp. 166-179.

<sup>101</sup> Sul punto, per tutti, R.J. Comer, *Psicologia clinica*, ediz. it. a cura di A. Granieri-F. Rovetto, Torino, 2012, pp. 25-62.

<sup>102</sup> Sul punto, O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., spec. pp. 220-250. P.P. Rivello, *La prova scientifica*, cit., spec. pp. 127-132.

<sup>103</sup> Non considero altresì l'art. 189 c.p.p., in materia di prova atipica (sul punto, O. Dominioni, *La prova penale scientifica*, cit., spec. pp. 83-111), perché ritengo (come altri autori) che “prova atipica” sia quella consistente in un'operazione non disciplinata dalla legge

la collocazione del capo in cui è disciplinata), sia la consulenza tecnica (per la dipendenza operativa – art. 230 – o funzionale – art. 233, comma 1 – dalla perizia) sono mezzi di prova; tali mezzi sono ammessi dal giudice a richiesta di parte a condizione che non siano «vietat[i] dalla legge» né «manifestamente superflu[i] o irrilevanti» (art. 190, comma 1); in aggiunta, la perizia, e dunque – per la segnalata dipendenza – anche la consulenza, è ammessa «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche» (art. 220, comma 1). Alla luce di ciò, affinché una perizia o una consulenza possa essere ammessa nel processo, essa deve soddisfare quattro *condizioni*<sup>104</sup>:

A) *non contrarietà a divieti di legge* (es.: divieto di accertamenti sulle “qualità psichiche indipendenti da cause patologiche”, ex art. 220, comma 2);

B) *non manifesta superfluità*: non deve emergere in modo evidente che le informazioni che l’esperto potrebbe dare sono già riconosciute senz’altro dalle parti, ricavabili con facilità dalle risultanze processuali o comunque del tutto incontroverse, oppure del tutto implausibili;

C) *non manifesta irrilevanza*: non deve emergere in modo evidente che l’esperto potrebbe dare solo informazioni nettamente incongruenti con i dati fattuali da provare (es: consulenza sulla incapacità di deambulazione di un farmacista accusato di aver avvelenato un amico invitato a cena).

D) *utilità specialistica*. Le espressioni pregnanti “occorre” e “richiedono”, contenute nell’art. 220, comma 1, spingono a individuare, altresì, rispettivamente, le due seguenti condizioni. Il giudice in tanto può ammettere la perizia o la consulenza, in quanto:

d1) da solo non sarebbe affatto capace di risolvere una certa questione probatoria specialistica, oppure rischierebbe di risolverla in modo scorretto;

d2) soltanto un esperto gli può consentire di risolverla in maniera corretta.

Ciò posto, torniamo alla questione di partenza che può essere riformulata nei seguenti termini: tra i requisiti individuati (*legalità, non manifesta superfluità, non manifesta irrilevanza e utilità specialistica*) non compare l’affidabilità specialistica, disciplinata dal regime *Cozzini*. Come intendere questa lacuna? In questa sede devo limitarmi a esporre sommariamente gli argomenti a favore e contro la tesi dell’*affidabilità* specialistica come ulteriore condizione di ammissibilità. A favore giocano i seguenti rilievi. Innanzitutto, l’art. 220, comma 1, parlando di “valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche” riecheggia la formulazione della FRE 702, che è stata ritenuta implicare il requisito dell’affidabilità. Inoltre, se l’ingresso dell’esperto in giudizio si giustifica per la sua capacità di fornire un contributo determinante alla soluzione di questioni probatorie specialistiche, questa deve essere apprezzata sin dall’inizio del processo. Infine, consentire l’ingresso nel processo di saperi specialistici non affidabili potrebbe dar luogo a un rallentamento superfluo, in violazione, tra l’altro, del principio costituzionale di ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.).

(sul tema, v. i numerosi contributi raccolti da A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014). La prova specialistica, infatti, può sempre entrare nel processo nelle forme della perizia e della consulenza, cioè di mezzi che non diventano atipici sol perché veicolano informazioni *originali* (es.: nuova teoria scientifica) o si avvalgono di strumenti *originali* per mettere a profitto queste ultime (es.: dispositivi di rilevazione e di elaborazione informatica di tracce ematiche, utilizzati nella “*Bloodstain Pattern Analysis*”, di cui la Suprema Corte si è occupata nella nota sentenza Cass. sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Franzoni, est. Gironi, CED Cass. 240764). Insomma, anche nella cosiddetta “nuova o controversa prova scientifica” (su tale concetto, O. Dominoni, *La prova penale scientifica*, cit., pp. 75-80), l’operato dell’esperto in giudizio si risolve in un’inferenza che parte da un complesso di evidenze (es.: disposizione e forma delle tracce ematiche rilevate sul luogo del delitto) e di criteri probatori specialistici (es.: proposizioni che ricollegano alla disposizione e alla forma delle tracce ematiche una certa dinamica delittuosa) e giunge a una determinata conclusione probatoria (es.: ricostruzione di tale dinamica). Anzi, a mio modesto parere, il riferimento alla “prova scientifica nuova o controversa”, a parte l’improprietà della limitazione alla sola sfera scientifica (con esclusione, dunque, delle altre sfere specialistiche), ha, sì, il merito di richiamare l’attenzione sulla inedita complessità delle perizie e delle consulenze in base a criteri non ancora consolidati, ma anche il difetto di indurre a ritenere che la problematicità della prova scientifica si dia solo in questi casi, mentre in realtà non è così. Basti pensare che un criterio probatorio specialistico “tradizionale” (es.: formula che consente di ricavare la velocità di un veicolo al momento di uno scontro dalle tracce di frenata che esso ha impresso sull’asfalto) può dar luogo a problemi enormi perché i protagonisti del processo sono in disaccordo non tanto sulla sua formulazione (*scil.*: sulla scelta di costanti, variabili e relativi nessi sintattici) o sui risultati delle operazioni preliminari alla sua applicazione (es.: lunghezza registrata delle tracce di frenata), ma proprio sul modo della sua applicazione alle evidenze in giudizio (es.: contestazione della velocità calcolata dal perito, perché avrebbe trascurato o male apprezzato l’incidenza di fattori come l’usura, la viscosità e così via del fondo stradale). Per richiamare l’attenzione su questo punto in funzione critica, altrove ho coniato la metafora del “giudice-agrimensore”, «che perimetra in solitudine la portata di criteri specialistici»: G. Carlizzi, *Iudex peritus peritorum*, cit., sub 2.1.C) (v. anche, *ivi*, sub 3.2.C).

<sup>104</sup> Sul punto, G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, cit., pp. 141-143 (in generale), pp. 143-148 (in materia di prova scientifica), il quale, tuttavia, articola un diverso quadro categoriale, imperniato sul concetto di “rilevanza”, poi scomposto nei concetti di “idoneità” e di “necessità”.

D'altro canto, all'introduzione di un vaglio di affidabilità già al momento dell'ammissione delle fonti di prova si oppongono argomenti anch'essi significativi. Innanzitutto, un argomento *storico-teleologico*: se tale vaglio è stato introdotto negli USA per evitare che giudici "ingenui" come i giurati siano tratti in inganno da scaltri pseudoesperti di parte, anche per la normale assenza di esperti di ufficio, allora non vi è motivo di far valere quel vaglio pure in Italia, dove, al contrario, il giudice togato ha in genere sufficienti anticorpi per evitare intossicazioni probatorie, specie perché può decidere di farsi coadiuvare da periti di provata fama. Inoltre, non può trascurarsi l'argomento *garantistico-costituzionale* relativo al diritto di difesa (art. 24, comma 2), al diritto alla prova (art. 111, comma 3) e al principio del contraddittorio (art. 111, comma 4): se la Pubblica accusa è ammessa a introdurre propri consulenti, alla difesa deve essere data la possibilità di contrastarne le prospettazioni e di introdurne ulteriori a discarico attraverso propri consulenti, anche perché lo scontro dialettico è il metodo migliore per rivelare la verità di una tesi e la falsità di quella contraria. Ancora, non si può sottovalutare l'argomento *prognostico-pragmatico* degli svantaggi derivanti dall'introduzione di un vaglio di attendibilità già nella fase di ammissione probatoria: esigenza di organizzare una impegnativa, apposita udienza, simile alla *Daubert hearing*, in un sistema già elefantiaco, prossimo al collasso; probabilità che il giudice manifesti sul merito della controversia pregiudizi che lo renderebbero ricusabile; rischi di inutili duplicazioni di attività istruttorie, cioè di escussione dei medesimi esperti, in forme analoghe, sia nella fase preliminare sia nella fase istruttoria. Infine, merita considerazione un argomento *empirico-comparatistico*: posto che persino negli USA assai raramente il vaglio di affidabilità imposto da *Daubert* nella fase di ammissione probatoria si è tradotto nell'esclusione degli esperti proposti dall'imputato<sup>105</sup>, vi è motivo di prevedere che esso costituirebbe anche in Italia un inutile aggravio.

Un ragionevole temperamento, risolutivo della convulsa logomachia, potrebbe ottenersi sfruttando la graduabilità del concetto di "affidabilità specialistica", sulla quale tornerò nel prossimo punto. Come detto, quest'ultima potrebbe giustificarsi quale condizione di ammissibilità primariamente *ex art. 220, comma 1*. Ciononostante, in una eventuale fase di ammissione, essa andrebbe intesa secondo la logica liberale dell'art. 190, comma 1, come "*non manifesta inaffidabilità specialistica*", sottospecie di "non manifesta superfluità". In tal modo verrebbero bandite dal processo – com'è giusto che sia – solo le perizie e le consulenze del tutto prive di validità intersoggettiva (es.: di uno stregone), in quanto foriere di informazioni nettamente incongruenti con i dati fattuali da provare.

#### (SEGUE) LA LOGICA OPERATIVA DEL REGIME COZZINI

Questo è il forse l'interrogativo più delicato e stimolante, data la complessità del rapporto che intercorre tra i vari requisiti del regime *Cozzini*. Tale complessità, a sua volta, dipende da due ragioni. Innanzitutto, il rapporto in esame non può essere ridotto ad alcuno dei quattro assetti logicamente concepibili delle condizioni di realizzazione di una proprietà. Infatti, ai fini dell'affidabilità specialistica di un'informazione e, di risulta, dell'esperto che la propone, i requisiti *Cozzini* non sono singolarmente o congiuntamente necessari oppure sufficienti, cioè:

- a) nessuno di essi è di per sé indispensabile;
- b) nessuno di essi è di per sé risolutivo;
- c) non è necessario che siano tutti integrati;
- d) può non bastare che siano tutti integrati.

Cosa suggerisce questa osservazione? A mio avviso, suggerisce che la proprietà "*informazione specialisticamente affidabile*" (nonché, di risulta, "*specialista affidabile*") è una proprietà determinata tipologicamente. Per "*proprietà determinata tipologicamente*" intendo – in sostanza – una proprietà pensata come proteiforme, cioè suscettibile di realizzarsi in modi infiniti per la sua graduabilità. Pensare una proprietà come proteiforme è il frutto di una scelta e serve proprio a rispettare questa infinità fenomenologica, cioè a evitare di fondare la definizione della proprietà su un numero chiuso di caratteristiche necessarie e sufficienti<sup>106</sup>. La determinazione tipologica della proprietà "*informazione specialisticamente affidabile*" ha due corollari di particolare importanza. Da un lato, essa non può mai essere riconosciuta o negata in maniera categorica a un certo contenuto di pensiero, ma sempre attribuita in misura maggiore o

<sup>105</sup>Cfr. P.C. Giannelli, *The Supreme Court's "Criminal" Daubert Cases*, cit., p. 1111.

<sup>106</sup>Per maggiori ragguagli al riguardo, mi permetto di rinviare a G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2016, spec. pp. 97-100.

minore, a seconda delle caratteristiche concrete che lo contraddistinguono<sup>107</sup>. Dall'altro lato, non è possibile predeterminare tali caratteristiche una volta per tutte, ma al più individuarne alcune particolarmente significative, in quanto più spesso ricorrenti nelle realizzazioni della stessa proprietà. Per fare un esempio, neppure il requisito della generale accettazione da parte della comunità degli addetti ai lavori può ritenersi necessario o sufficiente, perché si è visto che potrebbe trattarsi di una comunità di ciarlatani, che come tale merita il discredito in blocco. Ora, come anticipato, una "determinazione tipologica", tacita ma netta, si è avuta proprio in *Daubert*, *Cozzini* e nelle altre pronunce relative all'affidabilità del sapere specialistico nel processo. Prova ne è, quanto meno nel caso delle prime due, che esse hanno avuto cura di precisare che i requisiti da loro individuati non avrebbero dovuto essere considerati tassativi o esclusivi.

L'altra, forse ancor più delicata, ragione di complessità della logica operativa dei requisiti *Cozzini* è che qui viene in rilievo una "graduabilità alla seconda". Tipologicamente connotata, infatti, risulta non solo la proprietà "informazione specialisticamente affidabile", ma anche le caratteristiche indicate a titolo esemplificativo per determinare quest'ultima (rigorosità e oggettività della ricerca, autorità e indipendenza di chi l'ha condotta ecc.). Lasciando da parte la questione degli infiniti modi di realizzazione di ciascuna caratteristica, ciò che qui fa davvero problema è la loro *graduabilità*, alla quale si è fatto più volte cenno in precedenza, nel corso del loro esame. Essa comporta, infatti, che, nel valutare l'affidabilità specialistica delle informazioni proposte dagli esperti in giudizio, il giudice dovrà preoccuparsi non solo di stabilire se siano stati integrati in concreto i requisiti *Cozzini* o altri requisiti analoghi, ma anche in che misura sia avvenuta l'integrazione. In sostanza, il giudice non dovrà limitarsi a valutare se l'esperto abbia messo a profitto una ricerca rigorosa, oggettiva ecc., e se egli sia autorevole, indipendente ecc., ma dovrà decidere *quanto* rigorosa, oggettiva ecc. sia tale ricerca, e *quanto* autorevole, indipendente ecc. sia l'esperto. Ed è proprio qui che si comprendono le particolarità di questa seconda forma di complessità. Infatti, dato che, per la illustrata logica fluida del regime *Cozzini*, ciò che conta è sempre il complesso dei requisiti di affidabilità realizzati in concreto, ecco che il giudice non potrà limitarsi a "calcolare" la misura in cui ciascun requisito è stato integrato e a "sommare" le misure così individuate. Piuttosto, egli dovrà sforzarsi di apprezzare il risultato della loro interazione, senza poter fare affidamento su criteri rigidamente predeterminati, ma potendo contare solo sulla forza delle ragioni adducibili a sostegno delle opinioni maturate. Volendo esemplificare la difficoltà di un'operazione del genere, ben può darsi che un'informazione specialistica sia ritenuta *sufficientemente* affidabile, sebbene proveniente da un consulente *modestamente* indipendente, perché fondata su studi di *ampia* portata e confortata dal consenso di *larga* parte degli esperti. Il giudizio di affidabilità specialistica, in definitiva, consiste in un delicato *bilanciamento* tra i requisiti indicati, in una sintesi ragionata dei loro rispettivi gradi di integrazione, volta alla stima dell'affidabilità di una certa informazione, considerata nel suo complesso.

#### (SEGUE) IL REGIME COZZINI E LO STANDARD PROBATORIO «AL DI LÀ DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO» («BARD»)

Il problema, complementare a quello del punto precedente, sorge perché *Cozzini* si rivolge soprattutto alla fase di valutazione degli elementi di prova raccolti in dibattimento, il cui momento conclusivo è quello in cui opera tipicamente lo standard "BARD" (art. 533, comma 1, c.p.p.)<sup>108</sup>. Ora, ribadito che *Cozzini* stabilisce requisiti di affidabilità specialistica esemplificativi, graduabili e bilanciabili, la misura complessiva in cui essi devono esser soddisfatti è quella (elevatissima) di tale standard? Anche questo è un interrogativo assai impegnativo, tanto più perché *Cozzini* non prende posizione al riguardo. E non a caso, dato che essa non aveva la necessità di affrontare il problema. Infatti, mentre lo standard in esame postula che l'ipotesi accusatoria sia almeno controversa, l'affidabilità scientifica della teoria dell'effetto acceleratore discussa in *Cozzini*, stando alle motivazioni delle sentenze di merito, era risultata pressoché nulla.

<sup>107</sup> Sull'affidabilità specialistica come concetto essenzialmente "non binario" ("tutto-o-niente"), v. le interessanti riflessioni di D.A. Nance, *Reliability and the Admissibility of Experts*, in *Seton Hall Law Rev.*, 34, 2003, *passim*, spec. pp. 198-201.

<sup>108</sup> Sulla formula "al di là di ogni ragionevole dubbio", G. Canzio, *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2004, pp. 303-308; E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, spec. pp. 67-84.

Prendiamo il caso che, in un processo per lesioni colpose da messa in commercio di un medicinale, il consulente dell'accusa sia *altamente indipendente* (perché mai finanziato da imprese farmaceutiche) e *ben conosciuto* (perché autore di diverse pubblicazioni “peer reviewed” sul tema), ma proponga una teoria eziologica *alquanto controversa* (perché avversata da molti altri specialisti della materia, basata su dati raccolti ed elaborati con metodi contestati)<sup>109</sup>. Ora, posto che il grado di affidabilità complessiva dell'informazione in esame può ritenersi non molto elevato, è legittimo utilizzarla come copertura nomologica per la prova del rapporto causale?

Preliminarmente va chiarito che il grado di affidabilità specialistica di un'informazione non coincide col tasso statistico della sua validità: una legge causale può essere *altamente* affidabile (perché sottoposta a controlli rigorosi, da parte di autorità indipendenti, che hanno conseguito riscontri significativi), nonostante il fatto che stabilisca una *bassa* frequenza di successione tra azioni ed eventi di un certo tipo (caso esemplare: la legge sull'idoneità dei rapporti sessuali non protetti con sieropositivi a provocare l'HIV).

Tanto chiarito, a mio avviso, non è tollerabile che il giudice possa far uso di informazioni specialistiche dotate di un grado basso o modesto di affidabilità specialistica. Tale possibilità, a dispetto di quanto sostenuto da una parte della dottrina che ha fatto leva proprio sullo standard “BARD” quale espressione del *favor rei*<sup>110</sup>, va escluso non solo (com'è ovvio) per l'informazione fatta valere dal p.m., ma anche per quella fatta valere dall'imputato. Ragionare diversamente sarebbe come dire che il giudice deve tener conto di una testimonianza oculare a discarico assai sospetta per più versi, dato che essa è capace di ingenerare un ragionevole dubbio circa la responsabilità dell'imputato.

La soluzione preferibile sembra essere quella che esige un'affidabilità elevata (non necessariamente elevatissima), sia dal p.m. sia dall'imputato. Ciò si traduce nella prescrizione di un requisito negativo (questa volta) necessario: l'informazione, pur potendo non esser condivisa da tutti gli esperti del settore, non deve risultare contraddetta da una larga parte di essi. In tal modo si evita che l'imputato, invocando uno standard, come il “BARD”, che serve tipicamente a valutare la forza probatoria delle informazioni risultate affidabili, da un lato, introduca di soppiatto informazioni specialistiche già screditate nella disciplina di riferimento; dall'altro, ponga a carico del p.m. un onere, quello di proporre soltanto informazioni dotate di elevatissima affidabilità, che sarebbe non solo raramente adempibile, ma anche ingiustificato, proprio per la suddetta funzione tipica dello standard.

<sup>109</sup> L'ipotesi non è così campata in aria come potrebbe sembrare, anzi, trova riscontro per certi versi nel “caso Duesberg” del 2012, in cui un professore di Biologia cellulare e molecolare all'University di Berkeley aveva negato l'esistenza di una chiara connessione tra HIV e AIDS. Confesso, tuttavia, che, dei vari casi di contestazione della scientificità di una ricerca, che ho avuto modo di esaminare in molteplici ambiti disciplinari, questo è quello che mi disorienta e mi turba di più: la teoria di un professore di un prestigiosissimo Ateneo, sviluppata in equipe con altri 6 studiosi, corredata di un profluvio di dati statistici, pubblicata su una rivista specialistica (cfr. P.H. Duesberg et al., *AIDS since 1984: No evidence for a new, viral epidemic – not even in Africa*, in *Ital. Journ. of Anat. And Embryol.*, 116, 2, 2011, pp. 73-92; in italiano, è disponibile il più ampio, ma meno aggiornato, P.H. Duesberg, *AIDS. Il virus inventato*, trad. it. di L. Bardare, Milano, 2008) – tale teoria non sembra costituire un caso esemplare di “scienza spazzatura”, eppure ha incontrato le più dure critiche di buona parte degli esperti della materia, che hanno evidenziato le gravi carenze metodologiche e lacune empiriche delle ricerche sottostanti. Devo aggiungere, per onestà, che il disorientamento e l'inquietudine dipendono soprattutto dal fatto che, per il rilievo solo incidentale di tale vicenda, mi sono limitato a un esame solitario e non molto approfondito di alcune fonti – per dir così – a carico e a discarico. Completamente diversa – è ovvio – dovrebbe essere la condotta di un giudice chiamato a verificare l'applicabilità della suddetta teoria in casi come quello citato nello scorcio del presente articolo.

<sup>110</sup> Con riguardo alle tecniche neuroscientifiche, A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova*, cit., p. 30: «[...] una tecnica o saperi inediti che pure registrano un tasso di errore comparativamente più elevato rispetto ad altri più consolidati potranno essere ammessi laddove finalizzati a sollevare un dubbio ragionevole in merito all'innocenza dell'imputato».

**AUTORI / AUTHORS****Gian Marco Baccari**

La Corte costituzionale restringe ancora i confini della testimonianza assistita / *The constitutional Court reduces assisted witness's boundaries once again* 600

**Lorenzo Belvini**

Il *dies a quo* per la costituzione della parte civile: aspetti critici e prassi devianti / *The starting point for the establishment of civil party: critical issues and deviant practices* 710

**Alvise Boldrin**

Corti europee / *European Courts* 574

**Gaetano Carlizzi**

Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale / *Judge 2.0 and use of specialized knowledge in criminal trial* 732

**Paola Corvi**

Decisioni in contrasto 592

**Luigi Cuomo-Luigi Giordano**

Informatica e processo penale / *I Computer science and criminal trial* 716

**Francesca Delvecchio**

Corte costituzionale 584

**Ada Famiglietti**

Novità legislative interne / *National legislative news* 562

**Rossella Fonti**

Impugnazione cumulativa parzialmente inammissibile e immediata declaratoria delle cause di non punibilità / *Partially inadmissible cumulative appeal and immediate declaration of causes of non-punishment enshrined in art. 129 c.p.p.* 656

**Paola Maggio**

Sezioni Unite 588

**Luca Marafioti**

Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale / *Zibaldone-reform drafts, legislature through jurisprudence and procedural praxis management* 553

**Rosalba Normando**

Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione / *Civil sentences established in criminal procedure do not allow for new trial* 642

**Antonino Pulvirenti**

La specificità estrinseca dei motivi di appello come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del *favor impugnationis* / *The extrinsic specificity of the grounds as the admissibility requirement of the appeal: the end of favor impugnationis* 698

**Roberta Rizzuto**

Riforma *in pejus* della sentenza di proscioglimento e rinnovazione in appello della prova tecnico-scientifica di tipo dichiarativo/*Reform in pejus of judgment of acquittal and innovation in appeal concerning the legal report of declaratory type* 676

**Francesca Tribisonna**

Il principio di assorbimento in materia cautelare reale: nessuna rivalutazione del *fumus commissi delicti* dopo il passaggio dal sequestro preventivo alla confisca/*The absorption principle in precautionary measures concerning real property: no revaluation of fumus commissi delicti after the transition from preventive seizure to the confiscation* 622

**Nicola Triggiani**

*De jure condendo* 571

**Pietro Giorgio Zaminga**

Ancora incertezze sulla natura della sentenza di non luogo a procedere/*Uncertainties about the nature of the nonsuit still persist* 609

**Elena Zanetti**

Novità sovranazionali/*Supranational news* 566

**PROVVEDIMENTI / MEASURES***Corte costituzionale*

C. cost., sent. 26 gennaio 2017, n. 21 596  
 C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76 584  
 C. cost., sent. 13 aprile 2017, n. 83 585  
 C. cost., sent. 28 aprile 2017, n. 90 586

*Corte di cassazione – Sezioni Unite penali*

sentenza 22 febbraio 2017, n. 8825 686  
 sentenza 14 aprile 2017, n. 18620 588  
 sentenza 14 aprile 2017, n. 18621 590  
 sentenza 27 aprile 2017, n. 20125 589  
 sentenza 27 maggio 2016, n. 6903 647

*Corte di Cassazione – Sezioni semplici*

Sezione II, sentenza 9 novembre 2016, n. 2656 639  
 Sezione VI, sentenza 23 dicembre 2016, n. 54752 619  
 Sezione V, sentenza 13 gennaio 2017, n. 1691 669  
 Sezione V, sentenza 27 gennaio 2017, n. 4175 606

*Decisioni in contrasto*

Sezione I, 14 aprile 2017, n. 18691 593  
 Sezione I, 4 maggio 2017, 21324 592  
 Sezione I, 11 maggio 2017, n. 23322 593

*Corte europea dei diritti dell'uomo*

Corte e.d.u., 27 aprile 2017, *Asatryan c. Armenia* 574  
 Corte e.d.u., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania* 577  
 Corte e.d.u., 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria* 580

*Atti sovranazionali*

Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio 566

*Norme interne*

Legge 8 marzo 2017, n. 24 «*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*» 562

Decreto legislativo 5 aprile 2017, n. 52 «*Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*» 562

Legge 29 maggio 2017, n. 71 «*Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*» 565

*De jure condendo*

Disegno di legge C. 4339 «*Modifiche all'articolo 260 del codice di procedura penale in materia di sequestro di animali*» 571

Disegno di legge C. 4359 «*Modifica dell'articolo 90-ter del codice di procedura penale, in materia di comunicazioni dovute alle persone offese dal reato*» 572

Disegno di legge S. 2737 «*Istituzione di una sezione specializzata delle corti di assise per i reati perseguiti dalla direzione distrettuale antimafia*» 572

**MATERIE / TOPICS****Appello**

✧ Le Sezioni Unite risolvono l'annosa questione in tema di ammissibilità dell'atto di appello non correlato alla decisione impugnata (*Cass., sez. un., 22 febbraio 2017, n. 8825*), con nota di Antonino Pulvirenti 686

- *rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*

✧ *Overruling* sfavorevole in appello e prova tecnico-scientifica: non opera l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (*Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691*), con nota di Roberta Rizzuto 669

**Confisca**

✧ È appellabile il decreto che rigetta la richiesta del pubblico ministero di applicare la confisca non preceduta dal sequestro (*Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 20125*) 589

✧ Orientamenti contrastanti in tema di incidente di esecuzione promosso dal terzo, proprietario del bene confiscato, rimasto estraneo al procedimento (*Cass., sez. I, 11 maggio 2017, n. 23322; Cass., sez. I, 14 aprile 2017, n. 18691*) 593

**Consulenza tecnica**- *responsabilità sanitaria*

✧ Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (*L. 8 marzo 2017, n. 24 «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»*) 562

**Contraddittorio**

✧ Giusto processo-Diritto di difesa-Contraddittorio-Diritto al confronto (*Corte e.d.u., 27 aprile 2017, Asatryan c. Armenia*) 574

**Cooperazione giudiziaria**

✧ La risposta 2.0 dell'Unione Europea alle nuove forme di terrorismo (*Direttiva (UE) 2017/541*)

<i>del Parlamento e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio)</i>	566
✧ Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione Europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000 ( <i>D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 «Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000»</i> )	562
<b>Decreto penale di condanna</b>	
✧ La competenza a decidere sulla richiesta di messa alla prova presentata in sede di opposizione al decreto penale di condanna ( <i>Cass., sez. I, 4 maggio 2017, n. 21324</i> )	592
<b>Difesa e difensori</b>	
✧ Condizioni di detenzione inumane e degradanti-Equo processo-Diritto all'assistenza di un difensore ( <i>Corte e.d.u., 12 maggio 2017, Simeonovi c. Bulgaria</i> )	580
✧ Giusto processo-Diritto di difesa-Contraddittorio-Diritto al confronto ( <i>Corte e.d.u., 27 aprile 2017, Asatryan c. Armenia</i> )	574
✧ <i>Privacy</i> in ambito professionale-Diritto alla riservatezza nel rapporto tra difensore e assistito-Diritto al rispetto della vita privata-Indagini bancarie sui conti professionali ( <i>Corte e.d.u., 27 aprile 2017, Sommer c. Germania</i> )	577
<b>Diritti fondamentali (tutela dei)</b>	
✧ <i>Privacy</i> in ambito professionale-Diritto alla riservatezza nel rapporto tra difensore e assistito-Diritto al rispetto della vita privata-Indagini bancarie sui conti professionali ( <i>Corte e.d.u., 27 aprile 2017, Sommer c. Germania</i> )	577
<b>Giurisdizione</b>	
- <i>conflitti</i>	
✧ All'udienza sul conflitto di giurisdizione fra il giudice ordinario e il giudice militare è legittimato a partecipare esclusivamente il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione ( <i>Cass., sez. un., 14 aprile 2017, n. 18621</i> )	590
<b>Impugnazioni</b>	
✧ Le Sezioni Unite escludono la rilevanza della prescrizione in relazione ai capi della sentenza oggettivamente complessa impugnati con motivi inammissibili ( <i>Cass., sez. un., 27 maggio 2016, n. 6903</i> ), con nota di Rossella Fonti	647
<b>Messa alla prova per adulti</b>	
✧ La competenza a decidere sulla richiesta di messa alla prova presentata in sede di opposizione al decreto penale di condanna ( <i>Cass., sez. I, 4 maggio 2017, n. 21324</i> )	592
<b>Minori</b>	
✧ Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo ( <i>L. 29 maggio 2017, n. 71 «Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo»</i> )	565
✧ La sospensione delle pene detentive brevi per i minorenni: cadono gli automatismi in favore delle esigenze concrete ( <i>C. cost., sent. 28 aprile 2017, n. 90</i> )	586
<b>Misure cautelari reali</b>	
- <i>impugnazioni (appello)</i>	
✧ È appellabile il decreto che rigetta la richiesta del pubblico ministero di applicare la confisca non preceduta dal sequestro ( <i>Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 20125</i> )	589
✧ Inammissibile l'impugnazione della misura cautelare reale una volta intervenuta la sentenza di condanna ( <i>Cass., sez. VI, 23 dicembre 2016, n. 54752</i> ), con nota di Francesca Tribisonna	619

- <i>sequestro preventivo</i>	
✧ Sequestro preventivo di animali (D.d.l. C. 4339 « <i>Modifiche all'articolo 260 del codice di procedura penale in materia di sequestro di animali</i> »)	571
<b>Ordinamento penitenziario</b>	
✧ Condizioni di detenzione inumane e degradanti-Equo processo-Diritto all'assistenza di un difensore (Corte e.d.u., 12 maggio 2017, <i>Simeonovi c. Bulgaria</i> )	580
✧ La detenzione domiciliare speciale fra rapporto genitoriale e istanze punitive (C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76)	584
✧ Una lettura costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata del risarcimento per detenzione inumana e degradante. Il rimedio è fruibile anche dagli internati (C. cost., sent. 13 aprile 2017, n. 83)	585
<b>Parti eventuali</b>	
- <i>parte civile</i>	
✧ Il <i>dies a quo</i> per la costituzione della parte civile: aspetti critici e prassi devianti / <i>The starting point for the establishment of civil party: critical issues and deviant practices</i> , di Lorenzo Belvini	710
<b>Perizia</b>	
- <i>responsabilità sanitaria</i>	
✧ Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (L. 8 marzo 2017, n. 24 « <i>Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario</i> »)	562
<b>Persona offesa</b>	
✧ Comunicazioni alla persona offesa dal reato vittima di reati commessi con violenza (D.d.l. C. 4359 « <i>Modifica dell'articolo 90-ter del codice di procedura penale, in materia di comunicazioni dovute alle persone offese dal reato</i> »)	572
<b>Processo penale</b>	
✧ Condizioni di detenzione inumane e degradanti-Equo processo-Diritto all'assistenza di un difensore (Corte e.d.u., 12 maggio 2017, <i>Simeonovi c. Bulgaria</i> )	580
✧ Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale / <i>Judge 2.0 and use of specialized knowledge in criminal trial</i> , di Gaetano Carlizzi	732
✧ Giusto processo-Diritto di difesa-Contraddittorio-Diritto al confronto (Corte e.d.u., 27 aprile 2017, <i>Asatryan c. Armenia</i> )	574
✧ Informatica e processo penale / <i>I Computer science and criminal trial</i> , di Luigi Cuomo-Luigi Giordano	716
<b>Prova</b>	
- <i>scientifica</i>	
✧ <i>Overruling</i> sfavorevole in appello e prova tecnico-scientifica: non opera l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691), con nota di Roberta Rizzuto	669
<b>Revisione</b>	
✧ La revisione è inammissibile se la condanna attiene alle sole statuizioni civili (Cass., sez. II, 9 novembre 2016, n. 2656), con nota di Rosalba Normando	639
<b>Testimonianza (assistita)</b>	
✧ Cade l'obbligo dei riscontri anche per le dichiarazioni dell'imputato assolto in via definitiva per insussistenza del fatto (C. cost., sent. 26 gennaio 2017, n. 21), con nota di Gian Marco Baccari	596

**Udienza preliminare**

- *sentenza di non luogo a procedere*

✧ Non luogo a procedere: sentenza processuale o di merito? (*Cass., sez. V, 27 gennaio 2017, n. 4175*), con nota di Pietro Giorgio Zaminga

606