

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

4-2018

Comitato di direzione:

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

La nuova disciplina delle intercettazioni
The new wiretapping's discipline

Preclusioni cautelari: interferenze nel procedimento di merito
Precautionary proceedings can affect the proceedings on the merits of the case

Non punibilità per particolare tenuità del fatto
e autonomia delle responsabilità dell'ente
*Causes of non-punishment (particular tenuousness of the crime)
and corporate crime liability*

Giudizio penal-tributario e compatibilità dell'art. 649 c.p.p.
con il *ne bis in idem* europeo
*Criminal judgment on tax matter and compatibility of the art. 649 c.p.p.
to the european ne bis in idem*

Le ultime modifiche alla disciplina delle impugnazioni
The changes to the discipline of the procedures in appeal

Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione
The referral process and the renewal of the trial inquiry



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

4-2018

Comitato di direzione:

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



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

COMITATO DI DIREZIONE

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

COORDINAMENTO DELLE SEZIONI

Teresa Bene, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Maria Elena Catalano, professore associato di procedura penale, Università dell'Insubria
Marilena Colamussi, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
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
Alessandra Sanna, professore associato di procedura penale, Università di Firenze
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 – *Antonio Corbo*, magistrato – *Gaetano De Amicis*, magistrato – *Francesca Delvecchio*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Foggia – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *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 – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

PEER REVIEW

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

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

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

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

PEER REVIEWERS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Angelo Pennisi, professore di procedura penale, Università di Catania

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

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

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

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

Email per la corrispondenza: actis@giappichelli.it

Email dell'Editore: editoriale@giappichelli.it

Sommario

Editoriale | *Editorial*

OLIVIERO MAZZA

Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni / *Legal amorphism and constitutional indifference in the new wiretapping's discipline*

683

Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / *National Legislative News* (CARLA PANSINI)

690

De jure condendo (LORENZO PULITO)

693

Corti europee / *European Courts* (GIORGIO CREPALDI)

697

Corte costituzionale (FRANCESCA DELVECCHIO)

705

Sezioni Unite (PAOLA GAROFALO)

710

Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI)

714

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

La nomina del difensore di fiducia da parte dell'amministratore di sostegno dell'imputato

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 25 gennaio 2018, n. 3659 – Pres. Rosi; Rel. Scarcella

716

Appunti sul ruolo dell'amministratore di sostegno nel processo penale / *Notes about the incapable's administrator role in the criminal trial* (GUIDO COLAIACOVO)

723

Le Sezioni Unite circoscrivono l'operatività dell'effetto estensivo

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 24 gennaio 2018, n. 3391 – Pres. Canzio; Est. Rotundo

728

Il passaggio in giudicato impedisce l'estensione dell'epilogo prescrittivo al coimputato non impugnante / *The force of 'res judicata' prevents the extension of the statute of limitations to the co-defendant not appealing* (EMMA AVELLA)

734

Il perdurante contrasto giurisprudenziale sull'operatività di una preclusione cautelare nel procedimento di merito

Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 18 ottobre 2017, n. 3314 – Pres. Fumu; Rel. Verga

744

L'ultimo tassello in materia di preclusioni cautelari: una possibile interferenza del procedimento incidentale su quello di merito / *The last step in establishing precautionary estoppels: precautionary proceedings can affect the proceedings on the merits of the case* (ELISA GRISONICH)

746

La tenuità del fatto per l'imputato non preclude il processo all'ente

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 28 febbraio 2018, n. 9072 – Pres. Ramacci; Est. Soggi

759

Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente / *Causes of non-punishment (particular tenuousness of the crime) and corporate crime liability* (ALESSANDRO BERNASCONI)

761

Quando vige un divieto di *bis in idem* se sugli stessi fatti è già stata applicata una sanzione in sede extrapenale?

Corte costituzionale, sentenza 2 marzo 2018, n. 43 – Pres. Lattanzi	764
Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto di “ <i>double jeopardy</i> ” europeo / <i>Integrated legal response in criminal and tax matters and compatibility of the art. 649 c.p.p. to the european “double jeopardy” prohibition</i> (MARCO LO GIUDICE)	771

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

Minima immoralia: le ultime modifiche alla disciplina delle impugnazioni / Minima immoralia: the changes to the discipline of the procedures in appeal (CRISTIANA VALENTINI)	779
La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata / The interception reform: a waltz of an unordered orchestra (FRANCESCO VERGINE)	787
Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza / Not investigative video footage and privacy protection (LORENZO BELVINI)	797

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale / The referral process and the renewal of the trial inquiry (FILIPPO GIUNCHEDI)	811
---	-----

Indici | *Index*

Autori / <i>Authors</i>	819
Provvedimenti / <i>Measures</i>	820
Materie / <i>Topics</i>	821

OLIVIERO MAZZA

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università di Milano-Bicocca

Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni

Legal amorphism and constitutional indifference in the new wiretapping's discipline

Anche dopo la recente riforma, peraltro attesa da circa un ventennio, le intercettazioni sono destinate a rimanere una prova largamente atipica, plasmabile a piacimento dalla giurisprudenza e dalle prassi operative, senza effettive garanzie per gli interessi costituzionali che ne risultano coinvolti e con un significativo arretramento della tutela del diritto di difesa. Il tutto aggravato dal potere sempre maggiore riconosciuto alla polizia giudiziaria, vero *dominus* della prova.

After the recent reform, awaited for about twenty years, wiretapping is going to remain a largely atypical evidence: its use can be shaped by jurisprudence and praxis, without effective guarantees for the constitutional interests involved and with a significant regression of the right of defense protection. The ever-increasing power of the judicial police, the true dominus of evidence collecting, is aggravating the situation.

UNA LUNGA ATTESA PER UN RISULTATO DELUDENTE

Dopo oltre vent'anni di tentativi falliti e almeno cinque disegni di legge scritti sull'onda emotiva dello scandalo generato, di volta in volta, dalla pubblicazione di conversazioni riguardanti per lo più esponenti politici, l'originaria disciplina codicistica delle intercettazioni è stata riformata dal d.lgs. n. 216 del 2017¹.

Parlare di riforma delle intercettazioni è, tuttavia, eccessivo. All'interno dell'ampio mosaico rappresentato dalla "riforma Orlando" della giustizia penale, a questa delicata materia sono state dedicate solo poche tessere mirate. L'intervento è risultato condizionato da una delega legislativa dettagliata e, al tempo stesso, angusta, portato evidente del timore parlamentare di affrontare una vera riforma che ripensasse *ab imis* la prova principe del processo penale del ventunesimo secolo.

Si è così optato per un risultato minimale, forse l'unico politicamente raggiungibile nell'attuale congiuntura socio-politica, costituito dalla riscrittura selettiva di alcune disposizioni attraverso la quale pervenire, almeno nelle intenzioni, al duplice obiettivo di tutelare la riservatezza dei terzi estranei al procedimento e di dare regolamentazione normativa all'impiego del captatore informatico.

A fronte delle numerose questioni e dei gravi problemi sollevati dall'impiego di tecnologie sempre più invasive e agevolmente praticabili, la scelta del legislatore si presenta subito poco risolutiva e, tutto sommato, marginale. Nessuno si era certamente illuso che un Parlamento a fine legislatura, guidato da maggioranze eterogenee e precarie, potesse fornire una convincente risposta all'esigenza, costituzionalmente imposta, di circoscrivere le intercettazioni in un ambito di effettiva eccezionalità. Sicuramente, però, una volta assunta la decisione di mettere mano a tale delicata materia, era ragionevole attendersi un intervento più organico che toccasse almeno una parte dei nodi irrisolti emersi dalla prassi applicativa quasi trentennale del codice di procedura penale.

¹Per un primo complessivo commento alla riforma, sia consentito rinviare ad AA.VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*.

Al contrario, il d.lgs. n. 216 del 2017 non solo ha deluso le aspettative, ma non è nemmeno riuscito a trovare un accettabile punto di equilibrio fra il diritto di difesa, la tutela della riservatezza, la libertà di stampa e il diritto di cronaca.

UNA LEGISLAZIONE ADIAFORA AI VALORI COSTITUZIONALI

Il dato che più sconcerta è proprio il difetto genetico di aver posto in un indebito bilanciamento di valori l'inviolabile diritto di difesa e l'interesse alla tutela della privacy dei soggetti estranei alla vicenda processuale. Il diritto di difesa è un principio costituzionale rafforzato dalla clausola di inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento. Lo stesso art. 24, comma 2, Cost. non prevede possibili limitazioni alla difesa, a differenza di altri diritti costituzionali, a partire dalla segretezza delle comunicazioni, che il legislatore può circoscrivere. Siamo quindi in presenza di un "super" diritto costituzionale che non patisce né limitazioni né bilanciamenti. La difesa deve essere garantita nella sua pienezza in ogni contesto processuale e di fronte ad essa ogni altra esigenza, anche se, a sua volta, di rilievo costituzionale, risulta subvalente.

Posta questa salda premessa, non è difficile comprendere come il legislatore, tanto delegante quanto delegato, sia incorso in un gravissimo errore di sintassi costituzionale nel porre in bilanciamento la tutela della riservatezza dei soggetti casualmente coinvolti, o anche solo evocati, nelle intercettazioni con il diritto di difesa dell'imputato. Da questo difetto d'impostazione, seriamente contestabile sul piano della legittimità costituzionale, è poi derivata una disciplina di dettaglio che assomma al *vulnus* inferto al diritto di difesa un'inefficace tutela dello stesso interesse al rispetto della riservatezza su informazioni non processualmente rilevanti. Senza tacere dell'improvvida scelta di affidare alla polizia giudiziaria il compito, palesemente al di sopra delle sue possibilità, di selezionare i materiali processualmente rilevanti, destinati ad essere conosciuti e divulgati, da quelli irrilevanti, confinati nell'archivio riservato. I controlli postumi del pubblico ministero (art. 268, comma 2-ter, c.p.p.) non sembrano sufficienti per compensare l'assenza di garanzie insita nell'operato selettivo della polizia giudiziaria né il potere di interlocuzione consentito alla difesa appare concretamente praticabile in un procedimento acquisitivo che rende materialmente impossibile la conoscenza dell'intero materiale intercettivo.

Sullo sfondo non è difficile cogliere un ulteriore profilo di patente illegittimità costituzionale determinato dalla irragionevole scelta di circoscrivere la tutela della riservatezza ai soli soggetti terzi, estranei al procedimento. Il discrimine non può essere rappresentato dallo *status* soggettivo di intraneo o di estraneo al procedimento penale, ma deve riguardare il versante oggettivo della natura delle informazioni che si presentano processualmente irrilevanti e, al tempo stesso, ricadenti nella sfera della vita privata. Il diritto alla riservatezza avrebbe dovuto essere garantito su tutte le notizie prive di rilevanza ai fini dell'accertamento penale, a prescindere dai soggetti interessati. Al contrario, l'art. 268, comma 2-bis, c.p.p. vieta la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni irrilevanti ai fini delle indagini «sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano i dati personali definiti sensibili dalla legge». Una disposizione tecnicamente mal formulata, come quasi tutto il decreto legislativo, che si presta ad essere letteralmente interpretata nel senso di escludere dalle trascrizioni e di destinare all'archivio riservato solo quelle informazioni connotate dalla doppia irrilevanza, per l'oggetto e per il soggetto interessato, con la ridondante specificazione riferibile ai dati sensibili processualmente irrilevanti, a sua volta foriera di dubbi interpretativi. Tuttavia, non si vede per quale ragione non dovrebbe essere riconosciuto anche all'indagato il preciso diritto di non vedere divulgate informazioni processualmente irrilevanti riguardanti la sua vita privata.

ABUSI MEDIATICI E DIVIETI ILLEGITIMI

Tornando al tema di fondo, appare evidente come il ceto politico, maturata da tempo la consapevolezza dell'abuso mediatico delle intercettazioni, non sia stato in grado o, peggio, non abbia voluto incidere seriamente sulle condotte devianti di certa stampa, preferendo intervenire, a monte, sulla circolazione delle informazioni all'interno del processo.

Per punire l'abuso si è vietato l'uso, contravvenendo al brocardo *abusus non tollit usum*. In ogni democrazia compiuta l'abuso di certe prerogative non può mai giustificare il divieto dell'uso e la forza di

un ordinamento giuridico, ma anche di un sistema giudiziario, si misura proprio sulla capacità di reprimere gli abusi senza vietare gli usi legittimi. Questo principio avrebbe dovuto indurre a garantire la piena fruibilità di tutte le intercettazioni ad opera delle parti processuali, nella certezza di punire in modo proporzionato ogni eventuale abuso mediatico di informazioni estranee all'accertamento processuale e lesive della reputazione di soggetti terzi o coinvolti nel procedimento.

La scelta compiuta assume, invece, i caratteri di un'imbarazzante ammissione d'impotenza nel sanzionare indebite pubblicazioni di dati processualmente irrilevanti e parimenti lesivi della riservatezza che li dovrebbe accompagnare, proprio perché non rilevanti per l'accertamento penale.

Del resto, stride non poco, sul versante del diritto sostanziale, la decisione di introdurre una nuova discutibile fattispecie di reato, di cui probabilmente non vi era necessità, volta a punire casi limite di divulgazione emulativa di registrazioni operate occultamente da uno degli interlocutori, lasciando invariato il tasso, praticamente nullo, di deterrenza della punizione di condotte di divulgazione arbitraria degli atti processuali affidata a una contravvenzione suscettibile di oblazione (art. 684 c.p.), senza farsi troppe illusioni circa la concreta punibilità di chi, coperto da un inscalfibile anonimato, abbia violato il segreto d'ufficio.

Tutto ciò denota la precisa volontà politica di scaricare sull'imputato e sul suo diritto di difesa il costo dell'inefficienza di un sistema giudiziario che non riesce a garantire il rispetto della privacy, diritto fondamentale della persona.

IL LIMITE POLITICO DELLA RIFORMA, L'AUTOFAGIA DELLA MAGISTRATURA E IL MANCATO RIPENSAMENTO DELLA (LIMITATA) POTENZIALITÀ PROBATORIA DELLE INTERCETTAZIONI

Fra i tratti distintivi del d.lgs. n. 216 del 2017 non vi sono, tuttavia, solo l'insipienza del legislatore delegato e, a monte, delegante, l'errore di bilanciare il diritto alla riservatezza con quello di difesa, l'insensibilità verso le potenzialità ancora inesplorate di nuove tecnologie capaci di inverare i peggiori incubi orwelliani. La critica più penetrante che si può muovere alla novella è quella di aver lasciato rigorosamente fuori dai lavori preparatori i grandi temi delle intercettazioni, forse per timore delle reazioni scomposte di una parte dell'opinione pubblica fomentata dalle frange più demagogiche della politica oppure per mera inadeguatezza intellettuale ad affrontare radicali riforme di sistema.

Eppure, oggi più che mai, sarebbe indispensabile un potere politico forte che spezzasse la spirale perversa che si è creata fra una crescente criminalizzazione delle condotte in ogni settore della società e il potere smisurato assunto dai magistrati chiamati a controllare, con mezzi sempre più invasivi, non solo la vita privata dei cittadini, ma anche l'economia e la stessa politica. Come lucidamente denunciato nella contemporanea esperienza francese², il potere della magistratura, anche nel nostro Paese, sta assumendo i tratti preoccupanti dell'autofagia, rivolgendosi contro gli stessi organi del potere politico che supinamente lo sostengono con riforme e strumenti repressivi sempre più efficaci a discapito dei diritti e delle garanzie fondamentali.

Il rapporto conflittuale fra politica e magistratura, entro certi limiti fisiologico³, non può però tramodare nel freno preventivo a qualsiasi riforma che voglia introdurre garanzie effettive per i diritti costituzionali (ed europei) dell'accusato e, in genere, degli individui, anche a costo di salutari limitazioni dei poteri di indagine.

Si finisce oltretutto per dimenticare che le regole probatorie "di garanzia" non sono assiologicamente orientate solo alla tutela dell'imputato, ma svolgono una più generale funzione di profilassi epistemologica che le pone quali condizioni della stessa validità del risultato cognitivo.

Tornano alla mente le parole con le quali Francesco Carnelutti, nel lontano 1931, presentava lo studio di Cesare Musatti sulla psicologia della testimonianza: «come la malaria e la tubercolosi, così la cattiva testimonianza miete a migliaia le sue vittime»⁴.

Lo stesso monito potrebbe perfettamente adattarsi, oggi, alle intercettazioni che, come un tempo la testimonianza, rischiano di risultare tanto decisive quanto nocive per il processo penale.

² Cfr., fra gli altri, A. Garapon-D. Salas, *La repubblica penale*, Fermo, Liberilibri, 1998, *passim*.

³ Sul tema sono ancora attuali le riflessioni di E. Gallo, *Sul rapporto conflittuale fra politica e magistratura*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 7 ss.

⁴ F. Carnelutti, *Prefazione*, in C.L. Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza* (1931), Milano, Rizzoli, 1991, p. 20.

Soprattutto le cattive intercettazioni possono mietere vittime sia fra gli imputati sia fra i terzi estranei che si vedano, loro malgrado, coinvolti negli ascolti occulti. Il rischio, tuttavia, non è solo per la vita privata delle persone, ma anche per la stessa finalità cognitiva del processo: informazioni distorte nel dialogo riservato o comunque non accuratamente verificate dall'autorità procedente possono fuorviare non poco la stessa attività decisoria del giudice, sebbene questo profilo di rischio sia da sempre sottovalutato in ogni disegno di riforma.

Le intercettazioni presentano, dunque, una potenzialità lesiva elevatissima e una capacità pervasiva altrettanto unica che vanno di pari passo con la loro sempre crescente rilevanza nell'orizzonte probatorio processuale. A dispetto dell'evidente pericolosità, questo mezzo di ricerca della prova, in tutte le sue poliedriche forme messe a disposizione dalle nuove tecnologie, si è saldamente collocato al centro della scena processuale, divenendo lo strumento imprescindibile in ogni indagine penale che non riguardi fatti trascurabili.

Il paradosso, solo apparente, è così rappresentato da uno strumento investigativo tanto efficace quanto potenzialmente dannoso e non solo nei confronti di beni costituzionalmente protetti, quali la segretezza delle comunicazioni o l'inviolabilità del domicilio, ma anche per una seria e rigorosa ricostruzione del fatto, risultato, a sua volta, di evidente rilevanza costituzionale.

L'intercettazione è divenuta così indispensabile per il contesto di ricerca da trasformarsi, mediante una singolare nemesi, in uno strumento anticognitivo nel contesto decisorio e di giustificazione. Di fronte alla narrazione intercorsa nei dialoghi privati di certi accadimenti, la ricostruzione processuale del loro effettivo verificarsi passa in secondo piano o viene del tutto pretermessa. Emerge in giurisprudenza un approccio di carattere fideistico ai risultati delle intercettazioni per cui è massima consolidata che «le dichiarazioni auto ed etero accusatorie registrate nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata hanno piena valenza probatoria e, pur dovendo essere attentamente interpretate e valutate, non necessitano degli elementi di corroborazione previsti dall'art. 192, comma 3, c.p.p.»⁵. Alle dichiarazioni captate occultamente viene così generalmente riconosciuta una patente di intrinseca genuinità che non ha, tuttavia, fondamento giuridico razionale. Non si comprende, infatti, per quale motivo la prova dichiarativa assunta secondo le stringenti regole codicistiche di precauzione epistemica debba essere valutata anche alla luce delle regole di prova legale dettate dall'art. 192 c.p.p., mentre la narrazione resa in un contesto certamente meno garantito, qual è il dialogo privato, sia accreditata di una potenzialità persuasiva superiore tale da esonerare il giudice da ogni riscontro fattuale.

Dalla rinnovata disciplina delle intercettazioni non si poteva, come detto, pretendere un ripensamento teorico-generale di un mezzo di ricerca della prova che dovrebbe servire nella fase investigativa a porre il tema di prova, piuttosto che a dimostrarlo autonomamente. Detto per inciso, se l'intercettazione non fosse una prova autosufficiente, la svalutazione del risultato investigativo sarebbe il miglior deterrente per scongiurare il ricorso eccessivo e spesso indiscriminato a questa tecnica di indagine da tutti denunciato come il più grave dei tradimenti della disciplina codicistica che vorrebbe, invece, le intrusioni dell'autorità giudiziaria nelle comunicazioni confinate ai casi eccezionali in cui risultassero realmente indispensabili (*rectius*, non utilmente surrogabili con altri mezzi di prova) per la conduzione delle indagini.

ALTRE GRAVI SMAGLIATURE E PERICOLOSI VUOTI DI TUTELA

Ripensare la stessa natura delle intercettazioni sarebbe stata un'operazione culturale troppo raffinata per un Parlamento e per un Governo, come detto, di fine legislatura, impegnati più nella ricerca del consenso elettorale che in un serio disegno riformista della giustizia penale.

Ciò nondimeno, su altri aspetti, di minor portata sistematica, ma di rilevante impatto nell'economia complessiva della materia, era lecito aspettarsi una risposta convincente.

Sono invece rimasti fuori dall'orizzonte della novella tutti i nodi problematici della disciplina delle intercettazioni.

Inspiegabilmente, manca tuttora una regolamentazione legislativa dell'acquisizione dei tabulati la cui introduzione del processo rimane governata dagli asserti giurisprudenziali, in spregio non solo del generale principio costituzionale di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.), ma anche della speci-

⁵Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 22471, in *CED Cass.*, n. 26371401.

fica riserva di legge che dovrebbe governare ogni intromissione nella libertà e nella segretezza delle comunicazioni (art. 15, comma 2, Cost.), compresi i relativi dati esteriori.

Non si è intervenuti per garantire che l'addebito provvisorio formulato durante le indagini non sia strumentale all'impiego delle intercettazioni o all'applicazione del loro regime normativo differenziato⁶. Il tema è stato parzialmente affrontato dalla delega con riguardo al captatore informatico, salvo poi edulcorare nel decreto delegato quella che sembrava una condivisibile linea di principio. Il pubblico ministero non può essere il *dominus* assoluto di contestazioni preliminari fantasiose e cangianti, valide solo per giustificare, anche *ex post*, il ricorso massiccio alle intercettazioni in tutte le loro proteiformi tecnologie. È intollerabile che la "contestazione a fini d'intercettazione" possa svanire nel processo senza conseguenze sulla utilizzabilità delle prove acquisite solo grazie a evidenti forzature dell'ipotesi accusatoria compiute nel fluido contesto investigativo. In particolare, quando sono in gioco i diritti fondamentali, connotati dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione, appare costituzionalmente illegittimo escludere un controllo giurisdizionale anche sulla correttezza dell'ipotesi di reato formulata dal pubblico ministero che rappresenta la prima delle condizioni di accesso alle intercettazioni. Valutazione che deve reggere al vaglio giurisdizionale *ex ante*, ma anche a quello *ex post* da compiersi quando si tratta di utilizzare i risultati delle intercettazioni in un processo che magari non riguarda più i reati per i quali è possibile ricorrere a tale mezzo di ricerca della prova.

La riforma non ha investito nemmeno le condizioni generali di utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti. L'intervento mirato sul captatore informatico (art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p.) introduce un nuovo termine di riferimento, il reato, che mal si concilia con una disciplina generale rimasta ancorata alla diversità del procedimento, concetto peraltro abrogato da una giurisprudenza ispirata al ben noto canone ermeneutico del *male captum, bene retentum*, secondo cui non sussiste mai la diversità del procedimento quando la notizia del reato si fonde con la prova della condotta criminosa ed emerge dagli stessi dialoghi intercettati nel procedimento *a quo*.

Non è nemmeno pensabile che, sempre in una materia governata da una riserva rafforzata di legge, rimangano fuori dal perimetro normativo prassi operative di dubbia legittimità, avallate in modo pressoché acritico dalla giurisprudenza, come le remotizzazioni o l'instradamento.

In tema di intercettazioni ambientali, ancora più grave è il persistente vuoto normativo sulle attività necessarie all'installazione e alla disinstallazione del materiale tecnico impiegato nelle captazioni. Queste operazioni, oggi nel dominio riservato della polizia giudiziaria, non vengono in alcun modo documentate, non sono controllabili né dal pubblico ministero né dal giudice e non possono nemmeno essere sindacate *ex post* dalla difesa o dai terzi comunque interessati⁷. Si tratta, però, di intrusioni nel domicilio o comunque in luoghi riservati che, per giustificarsi alla stregua di limitazioni consentite ai diritti costituzionali, dovrebbero essere disciplinate dalla legge ed espressamente autorizzate dall'autorità giudiziaria secondo modalità operative prestabilite.

IL BUCO NERO DEL CAPTATORE INFORMATICO NELLA PROIEZIONE DIGITALE DELL'ESISTENZA DEGLI INDIVIDUI

La novella ha clamorosamente fallito anche l'obiettivo dichiarato di regolamentare l'uso processuale della micidiale tecnologica che va sotto la denominazione di captatore informatico.

Come è noto, la prassi e la giurisprudenza hanno avallato l'impiego processuale del captatore informatico per una molteplicità di scopi investigativi: intercettazioni vocali ambientali mediante l'attivazione del microfono dello smartphone; intercettazioni telefoniche; video riprese operate dalla microcamera del dispositivo portatile; intercettazioni audio-video ambientali; copia dei dati contenuti nella

⁶ Per l'estensione soggettiva di questi contestabili criteri, v., di recente, Cass., sez. VI, 6 aprile 2017, n. 28252, in *CED Cass.*, n. 27056501.

⁷ V., ad esempio, Cass., Sez. VI, 23 giugno 2017, n. 39403, in *CED Cass.*, n. 27094101, secondo cui «in tema di intercettazioni ambientali, le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni costituiscono atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, non essendo compito del pubblico ministero indicare le modalità dell'intrusione negli ambiti e luoghi privati ove verrà svolta l'intercettazione. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali)».

memoria informatica, previa relativa perquisizione da remoto; lettura della posta elettronica e di ogni forma di messaggistica; intercettazioni delle comunicazioni di posta elettronica in atto o delle chat in corso di svolgimento; pedinamento elettronico con posizionamento gps; rilevamento delle tracce della navigazione internet effettuata e controlli in presa diretta sulla stessa, solo per citare le più frequenti modalità d'impiego.

Il tutto aggravato dal fatto che tale ampio ventaglio di indagini può confidare sulla collaborazione (in)volontaria del soggetto obiettivo il quale, abitualmente, non si separa mai dal suo smartphone.

Lo smartphone è ormai divenuto la proiezione digitale dell'intera esistenza di un individuo, e lo stesso discorso vale per ogni altro device abitualmente in uso nella società contemporanea.

A fronte delle immense potenzialità investigative del virus informatico, l'art. 267, comma 1, c.p.p. si è limitato a disciplinare l'impiego del captatore per «l'intercettazione tra presenti», con la precisazione che, al di fuori dei procedimenti del "doppio binario", occorre determinare, anche indirettamente, i luoghi e il tempo dell'attivazione del microfono.

Prescindendo, ancora una volta, dalla scadente tecnica normativa, che aprirà prevedibili controversie interpretative, ad esempio, sul concetto di determinazione indiretta dei luoghi e dei tempi dell'attivazione ovvero sull'effettiva possibilità tecnica di prestabilire il funzionamento del captatore solo al di fuori del domicilio, resta il quesito di fondo: prevedere un solo impiego, quello per le intercettazioni ambientali tra presenti, significa escludere e vietare ogni altra utilizzazione investigativa?

Se potessimo fare affidamento sulla corretta interpretazione delle disposizioni di procedura penale, da intendersi quali limiti imposti all'operato dell'autorità procedente, secondo il principio per cui si possono compiere solo gli atti limitativi delle libertà espressamente previsti dalla legge, mentre ogni altra attività non regolamentata deve ritenersi vietata in forza di un generale divieto implicito, la risposta non potrebbe che essere affermativa. Tuttavia, l'approccio giurisprudenziale e, in parte, anche dottrinale è assai diverso. Prendendo le mosse dal *bug* – per usare una terminologia informatica quanto mai appropriata *in subiecta materia* – della prova atipica, inoculato nel codice dallo stesso legislatore con la previsione dell'art. 189 c.p.p., la libertà della prova, per di più finalisticamente giustificata dal raggiungimento del superiore scopo di efficienza repressiva, è ormai un principio consolidato del nostro sistema processuale.

Nel contesto di un diritto delle prove che in giurisprudenza si ritiene non governato dai principi di tassatività e di stretta legalità, la disciplina delle sole intercettazioni vocali ambientali non sarà prevedibilmente considerata un limite legale all'impiego di tutte le altre pervasive funzionalità del captatore informatico.

Il vuoto di tutela che in questo modo si viene a determinare è però contrastante con l'esigenza costituzionale (art. 14 e 15 Cost.) ed europea (art. 8 CEDU) di disciplinare dettagliatamente tutte quelle investigazioni che incidono sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni o che risultano invasive del domicilio.

IL PERDURANTE AMORFISMO LEGALE DELLE INTERCETTAZIONI

Si potrebbe proseguire a lungo in questo *cahier de doléances* senza, peraltro, modificare l'amara conclusione già raggiunta: anche dopo il d.lgs. n. 216 del 2017, le intercettazioni rimangono una prova largamente atipica, destinata a essere ancor più governata dalla giurisprudenza e, addirittura, dalle prassi, senza effettive garanzie per gli interessi costituzionalmente rilevanti che ne risultano coinvolti e con un significativo arretramento della tutela del diritto di difesa. Il tutto aggravato dal potere sempre maggiore riconosciuto alla polizia giudiziaria, vero *dominus* della prova.

Se volessimo impiegare le nuove intercettazioni come metro su cui misurare le libertà costituzionali o i rapporti fra autorità e cittadino, vi sarebbero buone ragioni per preoccuparsi della democrazia nel nostro Paese.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2018

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di *Carla Pansini*

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2016/680 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DEL 27 APRILE 2016, RELATIVA ALLA PROTEZIONE DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DA PARTE DELLE AUTORITÀ COMPETENTI A FINI DI PREVENZIONE, INDAGINE, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DI REATI O ESECUZIONE DI SANZIONI PENALI, NONCHÉ ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE DI TALI DATI E CHE ABROGA LA DECISIONE QUADRO 2008/977/GAI DEL CONSIGLIO

(D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51)

Il d.lgs. n. 51/2018, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 119 del 24 maggio, attua la direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il trattamento dei dati personali delle persone fisiche contenuti in un archivio o a questo destinati da parte dell'autorità competente per le attività di prevenzione, indagine e accertamento di reati, nonché per l'esecuzione di sanzioni penali.

I criteri entro cui il legislatore delegato avrebbe dovuto muoversi sono contenuti nella l. 25 ottobre 2017, n. 163, in particolare nell'art. 11, laddove si invita il Governo a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi generali contenuti all'art. 1, comma 1, di quella stessa legge, l'indicazione specifica di prevedere, per le violazioni delle disposizioni adottate a norma della direttiva europea, «l'applicazione della pena detentiva non inferiore nel minimo a sei mesi e non superiore nel massimo a cinque anni», oltre alle fattispecie penali già disciplinate in materia.

Il provvedimento – composto di cinquanta articoli e suddiviso in otto Capi, dedicati a specifici aspetti della materia, che rinviano al regolamento (UE) 2016/679 nelle parti il cui contenuto risulta coincidente con la direttiva – fornisce una disciplina organica del trattamento di dati personali per fini, appunto, di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Siffatta disciplina supera e sostituisce gran parte di quella di cui ai titoli I e II della Parte seconda del Codice privacy, che – per il settore giudiziario – si applicava ai trattamenti svolti nell'esercizio di funzioni giudiziarie in sede civile e penale.

L'Italia, insomma, si è dotata di un quadro normativo più solido e coerente in materia di protezione dei dati personali nell'ambito dell'unione europea, uniformandosi a quanto previsto in sede europea. Del resto, è indubbio che la condivisione di dati e informazioni tra forze dell'ordine e autorità giudiziarie dei vari Paesi membri rappresenta – anche alla luce dei drammatici fatti di terrorismo – uno strumento irrinunciabile per garantire la sicurezza all'interno dell'Europa.

I PRINCIPI GENERALI

Una volta designato l'oggetto e l'ambito di applicazione del decreto (art. 1) e indicate le consuete definizioni preliminari (art. 2), il legislatore delegato ha provveduto, nel Capo I, ad elencare i principi generali applicabili al trattamento dei dati personali. Nello specifico, si prevede che i dati personali debbano essere:

- a) trattati in modo lecito e corretto;
- b) raccolti per finalità determinate, espresse e legittime, e trattati in modo compatibile con tali finalità;
- c) adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono trattati;
- d) esatti e, se necessario, aggiornati; anzi, devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati;
- e) conservati con modalità che consentano l'identificazione degli interessati per il tempo necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati, sottoposti a esame periodico per verificarne la

persistente necessità di conservazione, cancellati o anonimizzati una volta decorso tale termine;

f) trattati in modo da garantire un'adeguata sicurezza e protezione da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali.

Il titolare del trattamento dovrà fornire all'interessato tutta una serie di informazioni, in modo gratuito, tempestivo e completo, tra cui i dati di contatto del responsabile per la protezione dei dati, le finalità del trattamento, la sussistenza del diritto di chiedere al titolare l'accesso ai dati, la rettifica, la cancellazione o la limitazione al trattamento.

Una previsione molto importante è quella contenuta nell'art. 5, che individua i presupposti di liceità del trattamento dati, ammettendo anche il regolamento quale fonte normativa ulteriore – accanto a quella legislativa e al diritto dell'Unione europea – idonea alla previsione di trattamenti specifici (art. 5, comma 1).

Viene, altresì, posto il divieto di trattare per finalità diverse i dati personali raccolti per le finalità *lato sensu* di "giustizia e sicurezza" di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 51 del 2019, salvo che ciò non sia diversamente consentito dalla legge o dal diritto dell'Unione (art. 6). Potranno, inoltre, essere trattati dati sensibili, purché sussistano garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato (art. 7). Viceversa, è prevista una esclusiva riserva di legge circa la previsione, assistita da specifiche garanzie, di processi decisionali automatizzati (ivi inclusa la c.d. "profilazione"), in ragione dei rischi che tali trattamenti possono comportare per le libertà e i diritti dell'interessato (art. 8).

DIRITTI DELL'INTERESSATO

Questi ultimi sono individuati nel Capo II del decreto legislativo che, però, tutto sommato, si limita a recepire i diritti contenuti nel Capo III della Direttiva di cui dà attuazione – ovvero diritto ad ottenere informazioni sul contenuto dei dati trattati (art. 10), diritto di accesso (art. 11), diritto di rettifica o cancellazione di dati personali (art. 12) – con la previsione restrittiva che l'esercizio di tali diritti possa essere limitato, ritardato o escluso ove necessario a non compromettere procedimenti giudiziari, procedimento di prevenzione o comunque funzionali alla tutela della sicurezza pubblica o di altri interessi specificamente indicati nell'art. 14, comma 2.

Il Capo III contiene, invece, tutte le disposizioni riguardanti il titolare e il responsabile del trattamento, oltre alla previsione di alcuni importanti obblighi, suddivisi tra obblighi generali (artt. 15-24, come ad es. quello della "pseudonimizzazione" ovvero «il trattamento dei dati personali in modo tale che [questi] non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che i dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile»), adempimenti funzionali alla sicurezza dei dati personali (art. 25-27, che prevedono il coinvolgimento del Garante) e alla nomina del responsabile della protezione dati (artt. 28-30). Un aspetto rilevante contenuto in questo capo riguarda gli obblighi di sicurezza del trattamento e la conseguente attività di controllo (art. 25), nonché l'onere di notificazione al Garante della privacy in caso di violazione di dati personali (art. 26).

TRASFERIMENTO DEI DATI PERSONALI VERSO PAESI TERZI O ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Un intero Capo, il IV, è dedicato a disciplinare i trasferimenti di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali, consentiti nei soli casi indicati nell'art. 31 e sempreché siano garantiti livelli di protezione adeguati (art. 32). Il legislatore ha, poi, riconosciuta la permanenza in vigore, fino alla loro modifica, sostituzione o revoca, degli accordi internazionali relativi al trasferimento di dati personali verso Paesi terzi o organizzazioni internazionali conclusi anteriormente al 6 maggio 2016 e che sono conformi al diritto dell'Unione europea applicabile a tale data (art. 36).

TUTELA, SANZIONI AMMINISTRATIVE E ILLECITI PENALI

Un altro nucleo di importanti disposizioni è contenuto nel Capo V. Si individua l'autorità di controllo incaricata di vigilare sull'applicazione delle norme contenute nel decreto in commento nel Garante

per la protezione dei dati personali, «al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento di dati personali e di agevolare la libera circolazione dei dati all'interno dell'Unione europea» (art. 37). Il Garante è, altresì, il destinatario di un reclamo proposto – con le modalità di cui agli articoli 142 e 143 del Codice – dall'interessato, qualora questi ritenga che il trattamento dei dati personali che lo riguardano violi le disposizioni del decreto (art. 39). È previsto, inoltre, il riconoscimento di un risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale cagionato da un trattamento o da qualsiasi altro atto compiuti in violazione delle disposizioni del decreto (art. 41).

Accanto alla previsione di sanzioni amministrative per la violazione delle norme di recepimento della direttiva, secondo lo schema generale previsto dal Regolamento, con i criteri e le garanzie ivi previsti, nonché con cornici edittali più elevate qualora la violazione concerna i diritti degli interessati o le norme sul trasferimento dei dati all'estero (art. 42), il legislatore delegato ha individuato anche sanzioni penali, nel rispetto dello specifico criterio direttivo di cui all'articolo 11 della legge di delega.

Oltre alla sostanziale riproduzione, in termini invariati, dei peculiari delitti di false dichiarazioni al Garante e inosservanza di provvedimenti dell'Autorità già previsti dal Codice, si introduce una specifica fattispecie delittuosa (strutturalmente in parte simile a quella prevista dall'attuale art. 167 del Codice) di trattamento illecito di dati personali (art. 43). Tale norma sanziona, in particolare, i trattamenti realizzati in violazione di talune specifiche disposizioni ritenute maggiormente rilevanti, con dolo (specifico) di danno o di profitto e in presenza della condizione di punibilità (intrinseca) della determinazione di un nocumento nei confronti dell'interessato.

DISPOSIZIONI PER DISCIPLINARE IL REGIME DELLE INCOMPATIBILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI GIUDIZIARI, DEI LORO COADIUTORI, DEI CURATORI FALLIMENTARI E DEGLI ALTRI ORGANI DELLE PROCEDURE CONCURSUALI

(D.lgs. 18 maggio 2018, n. 54)

È stato pubblicato (G.U., Sr. gen., 26 maggio 2018, n. 121) il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 54, recante «*Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 17 ottobre 2017, n. 161*», avente come scopo precipuo quello di disciplinare il regime delle incompatibilità relative agli uffici di amministratore giudiziario e di coadiutore dell'amministrazione giudiziaria, nonché di curatore nelle procedure fallimentari e figure affini delle altre procedure concorsuali. La disciplina mira a intervenire su specifiche cause di incompatibilità, al fine di evitare indebite commistioni e la compromissione della credibilità della funzione giudiziaria, attribuendo il potere di vigilanza sulle nomine al presidente della Corte d'Appello.

L'incompatibilità riguarda, in particolare, le ipotesi di legami di parentela, affinità, convivenza o rapporti di assidua frequentazione con i magistrati dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che conferisce l'incarico, completando la rivisitazione della materia già iniziata con l'introduzione di limitazioni (massimo tre) al cumulo di incarichi. È il c.d. "effetto Palermo", che permea quest'ultima novella – e, prima di essa, la riforma del 2017 – ad incidere profondamente sulla figura dell'amministratore giudiziario, introducendo, su taluni aspetti, dei correttivi significativi che senza dubbio contribuiranno ad assicurare la trasparenza nel conferimento degli incarichi e un corretto svolgimento degli stessi.

Il decreto prevede l'incompatibilità delle figure degli amministratori giudiziari e dei loro coadiutori, per rapporti di parentela, affinità, convivenza e, comunque, assidua frequentazione con magistrati addetti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che conferisce l'incarico.

L'Amministratore giudiziario, al momento dell'accettazione dell'incarico e comunque entro due giorni dalla nomina, è tenuto a depositare, presso la cancelleria da cui ha ricevuto l'incarico, una dichiarazione attestante l'insussistenza di cause di incompatibilità. Analoga dichiarazione deve essere depositata dal coadiutore all'amministratore giudiziario che, a sua volta, entro i due giorni successivi al ricevimento, deve consegnarla alla cancelleria.

La stessa incompatibilità per rapporti di parentela, affinità, convivenza e, comunque, assidua frequentazione con magistrati addetti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che conferisce l'incarico è prevista anche per il curatore fallimentare e i suoi coadiutori.

DE JURE CONDENDO

di Lorenzo Pulito

REVISIONE DEL PROCESSO A SEGUITO DI SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Il d.d.l. S. n. 23, d'iniziativa dei senatori Unterberger, Durnwalder e Steger, comunicato alla Presidenza il 23 marzo 2018, si propone di soddisfare una "vecchia" esigenza, quella di introdurre un istituto giuridico funzionale a garantire alla vittima di un processo iniquo, dichiarato tale da una pronuncia della Corte e.d.u., di essere posta – mediante la "riapertura del processo" – nelle condizioni in cui si sarebbe trovata in assenza della violazione della norma convenzionale.

Sullo sfondo vi è l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo – sancito a carico delle Parti contraenti dall'art. 46, par. 1, Cedu – che, con la propria giurisprudenza costante, ha ritenuto che la pattuizione comporti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi.

L'assenza, nell'ordinamento italiano, di un apposito rimedio diretto a porre «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza [...] della Convenzione» (*ex plurimis*, Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, punto 151; Corte e.d.u., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, punto 55; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, punto 86), è stata reiteratamente stigmatizzata dagli organi del Consiglio d'Europa nonché dalla Corte costituzionale (sent. 30 aprile 2008 n. 129), che non aveva mancato di rivolgere un «pressante invito» al legislatore affinché colmasse, con i provvedimenti ritenuti più idonei, la lacuna normativa in contestazione.

Sono state diverse le iniziative parlamentari – molte delle quali ricordate nella relazione che accompagna il d.d.l. in oggetto, il cui testo dichiaratamente riprende quello presentato dal Governo Prodi nel settembre del 2007 (S. n. 1797, XV legislatura) – che hanno tentato invano di colmare la lacuna (a partire dai d.d.l. di iniziativa parlamentare C. n. 1447 e n. 1992, oggetto di esame congiunto nel corso dell'anno 2003 e, successivamente, S. n. 2441, già approvato dalla Camera dei deputati e in discussione al Senato della Repubblica nell'anno 2004, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo», passando per la p.d.l. C. n. 1780, del 13 ottobre 2008, d'iniziativa dei deputati Di Pietro ed altri; ancora, si ricorda la p.d.l. S. n. 1440 del 10 marzo 2009, presentata dal Ministro Alfano; infine, la p.d.l. C. n. 1538, d'iniziativa del deputato Pecorella che, abbinata con C. 1780, C. 2163 e C. 2871, era stata adottata come testo base in Commissione Giustizia alla Camera nel 2009, ma il cui esame si è interrotto, prima nello stesso anno e poi, di nuovo, nel 2011).

Al punto che la Consulta – quando nel frattempo altri Stati dell'Unione europea, come la Francia e il Belgio, si erano dotati di normative *ad hoc*, alle quali, per taluni aspetti, la presente proposta si ispira –, intervenendo per la seconda volta sul "caso Dorigo" con la nota sentenza additiva di principio del 7 aprile 2011 n. 113, ha dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'articolo 46, par. 1, della Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Il principio oggetto dell'addizione lasciava inevitabilmente irrisolti seri problemi applicativi, tra cui il nodo dell'indispensabile raccordo tra il vizio rilevato in ambito europeo, quale causa d'iniquità del processo, e il vizio dell'atto processuale secondo le norme interne.

Neppure la recente l. 23 giugno 2017, n. 103, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, pur "sensibile" ad alcune indicazioni della Cedu (ci si riferisce ai principi espressi dalla Corte e.d.u., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, che hanno influenzato il novellato art. 603 c.p.p.), aveva inteso occuparsi del problema.

Di tanto si fa carico la proposta d'intervento legislativo *de qua*, recante «Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», con cui si novella il codice di procedura penale, inserendo con l'art. 1, nel libro IX, dopo il titolo IV, il titolo IV-bis e una serie di disposizioni dopo l'art. 647 c.p.p.

Nonostante la Consulta abbia precisato, nella decisione summenzionata, come l'incidenza della declaratoria d'incostituzionalità sull'art. 630 c.p.p. non implichi «una pregiudiziale opzione a favore dell'istituto della revisione», la proposta si ispira chiaramente al mezzo di impugnazione straordinario evocato, pur disciplinandolo in maniera parzialmente autonoma: del resto, la revisione consegue ad un contrasto tra verità processuale cristallizzata nel giudicato e verità storica desunta da elementi esterni ed è volta al proscioglimento del condannato, laddove la "revisione europea" richiede la riapertura del processo per una finalità "ripristinativa", il cui soddisfacimento non comporta necessariamente la riforma – totale o parziale – della decisione (connotata da iniquità) già precedentemente assunta.

Infatti, con l'art. 647-bis c.p.p. s'introduce l'istituto straordinario della revisione della sentenza di condanna, sistematicamente collocato nel nuovo titolo IV-bis per confermare la natura straordinaria del rimedio e sottolinearne la distinzione con quello della revisione di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p.

Va rilevato come il summenzionato art. 647-bis c.p.p. si limita a prevedere che «è ammessa la revisione delle sentenze di condanna quando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato con sentenza definitiva la violazione di taluna delle disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 3»: il proponente legislatore, nella sua discrezionalità di scelta dei limiti e dei modi nei quali eventualmente valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, parrebbe non aver inteso impegnarsi nel compito di specificare e disciplinare le condizioni legittimanti la riapertura del procedimento, collegandole alla natura delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all'incidenza su quest'ultima della violazione accertata.

Uno sguardo comparatistico induce a far notare come, nelle normative riguardanti la "revisione europea" di altri Stati europei aderenti, esistano limiti espressi: nell'ordinamento tedesco, l'art. 359, comma 6, StPO, introdotto nel 1998, richiede in particolare il *nesso causale*, ossia che la decisione interna sia "fondata" sulla violazione accertata dalla Corte e.d.u.; in quello francese, la l. 15 giugno 2000, n. 2000-516, che ha inserito nel Codice di procedura penale un capitolo appositamente dedicato al «riesame di una decisione penale in seguito ad una sentenza della Corte e.d.u.» (artt. da 626-1 a 626-7, libro III, capitolo III), ammette la revisione della sentenza passata in giudicato qualora, in ragione della natura e gravità della violazione dei diritti o libertà fondamentali, la stessa danneggi il condannato in modo tale da rendere irrisoria l'equa soddisfazione erogata in applicazione dell'art. 41 della Cedu; in Spagna, la legge organica 21 luglio 2015, n. 7, ha introdotto tra i motivi del *recurso de revisión* l'esistenza di una previa sentenza di condanna della Corte e.d.u. e ha ammesso il ricorso purché la violazione, per la sua natura e gravità, comporti effetti ancora persistenti e che non possano cessare in altro modo che con la revocazione).

Del resto, anche i progetti di legge sopra ricordati specificavano i limiti di accesso (ad esempio, C. n. 2871, presentato il 30 ottobre 2009, innanzi ricordato, nell'introdurre, analogamente a quello qui annotato, una nuova impugnazione straordinaria con l'art. 647-bis c.p.p., la ammetteva al ricorrere delle condizioni della «incidenza determinante» della violazione riscontrata dalla Corte e.d.u. sull'esito del procedimento interno e della persistente attualità – al momento della presentazione della richiesta di revisione – delle conseguenze negative sofferte dal condannato (criteri chiaramente ispirati alla Raccomandazione del Comitato dei ministri, sopra richiamata).

Il tenore dell'art. 647-bis c.p.p., stante la sicura inoperatività del limite di cui all'art. 631 c.p.p., indurrebbe a ritenere rilevante, per i proponenti, qualsiasi elemento atto a cambiare il dispositivo della decisione censurata dalla Corte di Strasburgo: tuttavia, la lettura trasversale degli artt. 647-*quater* c.p.p. (che disciplina la forma della richiesta di revisione) e 647-*quinquies* c.p.p. (che affida all'opera selettiva della Corte di cassazione la decisione in ordine all'ammissibilità della richiesta stessa) valgono a escludere la possibilità che la "revisione europea" diventi una soluzione obbligata in ogni caso di accertata violazione della Cedu e che, quindi, si assolutizzi l'obbligo di *restitutio in integrum*.

Più nello specifico della proposta, infatti, si demanda alla Suprema Corte di cassazione – sulla scia del modello francese e di quello belga richiamati nella relazione accompagnatoria – la pronuncia in ordine all'ammissibilità della richiesta, di cui il d.d.l. dettaglia, questa volta più puntualmente, sia i soggetti legittimati a proporla (l'art. 647-*ter* c.p.p. li individua nella persona del condannato e in quella del Procuratore generale presso la Corte di cassazione), che – all'art. 647-*quater* c.p.p. – i requisiti formali (può essere presentata personalmente o per mezzo di un procuratore speciale e sottoscritta da un difensore iscritto all'albo speciale per il patrocinio davanti alle magistrature superiori; va corredata di una copia autentica della sentenza definitiva della Corte di Strasburgo), sostanziali (deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione specifica delle violazioni riscontrate dalla Corte e.d.u. e della loro «in-

cidenza determinante» sul processo interno) e temporali (il termine per il deposito è di un anno e il *dies a quo* decorre dalla data in cui la sentenza della Corte e.d.u. è diventata definitiva) di ammissibilità.

L'art. 647-*quinquies* c.p.p., oltre a fissare i casi in cui l'istanza di revisione debba essere dichiarata inammissibile (circoscrivendoli al mancato rispetto di quanto previsto dai sopra descritti artt. 647-*bis* e 647-*quater* c.p.p.), impone che la decisione della Corte di cassazione sia adottata, all'esito di procedimento camerale *ex art.* 127 c.p.p. e nelle forme dell'ordinanza inoppugnabile, entro il termine di trenta giorni dal deposito della richiesta e che, qualora l'istanza venga dichiarata ammissibile, gli atti siano trasmessi alla corte d'appello del distretto individuato ai sensi dell'art. 11 c.p.p.

L'art. 647-*sexies* c.p.p. mira a disciplinare la sospensione dell'esecuzione della sentenza "iniqua", attribuendone il potere alla Corte d'appello, chiamata – entro venti giorni dalla ricezione degli atti e osservando le forme dell'incidente di esecuzione – a emanare la relativa ordinanza (ricorribile in ogni caso per cassazione). Con esso si prevede che, laddove la Corte distrettuale ravvisi che l'esecuzione della sentenza interna possa tradursi in un'ingiusta detenzione, dichiari la sospensione dell'esecuzione e che, tuttavia, in caso di riconoscimento della sussistenza di taluna delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., applichi una delle misure coercitive previste dagli artt. 281, 282, 283, 284 e 285 c.p.p., determinando l'eventuale permanenza *in vinculis* a titolo di custodia cautelare.

Il tratto maggiormente distintivo tra l'istituto in esame e la revisione tradizionale è apprezzabile attraverso la lettura dell'art. 647-*septies* c.p.p., che disciplina il procedimento di revisione, precisando che, oltre a restare sospesi durante il giudizio i termini di prescrizione del reato, si procede alla rinnovazione dei soli atti ai quali si riferiscono le violazioni accertate dalla Corte e.d.u. e delle sole prove ritenute assolutamente indispensabili, ferma restando la validità e l'utilizzabilità, ai fini della decisione, di tutti gli altri atti processuali compiuti, così del tutto differentemente dalla revisione di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p., il cui connotato essenziale è rappresentato dall'automatismo della rinnovazione dell'intero processo.

Il delicato compito di definire le conseguenze della violazione convenzionale sugli atti nazionali rimane affidato al giudice del singolo caso, il quale dovrebbe individuare nel giudizio di revisione l'attività processuale più idonea a rimuovere la lesione dei diritti garantiti dalla Cedu (che, in alcune ipotesi – si pensi a quella in cui sia violata l'imparzialità del giudice – non potrebbe essere limitata soltanto ad alcuni atti).

L'art. 647-*octies* c.p.p. rappresenta, infine, una norma di rinvio, dal momento che richiama l'applicabilità di tutte le altre disposizioni in tema di revisione delle sentenze di condanna di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p.

Completano l'articolato l'art. 2 (che, introducendo l'art. 201-*bis* norme att. c.p.p., prevede adempimenti finalizzati alla trasmissione della sentenza europea dichiarativa dell'iniquo processo al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, uno dei soggetti legittimati alla presentazione dell'istanza di revisione, proprio al fine di favorirla); l'art. 3 (che detta norme transitorie); l'art. 4 (che reca la clausola di invarianza della spesa); l'art. 5 (che stabilisce l'entrata in vigore dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella G.U.).

ESCLUSIONE DELL'APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA NEI PROCEDIMENTI PER DELITTI SESSUALI CONTRO I MINORI

A distanza di circa cinque anni dall'adozione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 e in vigore sul piano internazionale dal 1° luglio 2010, l'Italia, con la l. 1° ottobre 2012, n. 172, ha dato esecuzione al trattato.

La spinta a predisporre un testo convenzionale specificamente rivolto alla lotta allo sfruttamento minorile era stata data dal rilievo del costante aumento di reati contro minori, soprattutto a sfondo sessuale, perpetrati anche attraverso il *web*.

L'obiettivo dichiarato era quello di realizzare un'adeguata azione preventiva e, laddove essa fallisse, una particolare salvaguardia del minore vittima.

Il nostro legislatore, con la predetta legge, è dunque intervenuto sia sul versante del diritto penale sostanziale (a titolo semplificativo e per quanto qui interessa, prevedendo una nuova formulazione dell'art. 600-*bis* c.p., in tema di attività illecite connesse alla prostituzione minorile, modificando l'art. 609-*quinquies* c.p., in tema di corruzione di minorenni, nonché introducendo – con l'art. 609-*undecies* c.p. – il

reato di adescamento di minorenni), che sul versante processuale (tra la serie di modifiche incidenti sul codice di rito, l'art. 5, comma 1, lett. l) ha modificato l'art. 444 c.p.p. per escludere dal c.d. "patteggiamento allargato" tutti i delitti di prostituzione minorile di cui all'art. 600-*bis* c.p.).

La proposta di legge C. n. 305, presentata il 23 marzo 2018 d'iniziativa dell'on. Meloni ed altri, recante «Modifica all'art. 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per delitti sessuali contro i minori», si inserisce nel contesto sopra delineato e, prendendo atto – per quanto si legge nella relazione illustrativa – dei dati allarmanti sull'utilizzo di bambini (due milioni ogni anno) nell'industria del sesso, numericamente aggravati a causa dell'uso dei mezzi di comunicazione tecnologicamente più avanzati, si propone di colmare le lacune ancora esistenti nel nostro ordinamento, nello specifico quella riguardante l'istituto del patteggiamento.

Prendendo atto del difettoso coordinamento tra le nuove fattispecie di reato introdotte a seguito della predetta ratifica e le norme processuali che disciplinano il rito pattizio, la proposta, che si compone di un unico articolo, mira pertanto ad ampliare i limiti oggettivi di accesso al rito speciale, inserendo, tra i reati esclusi dall'applicazione del c.d. "patteggiamento allargato", quelli di corruzione di minorenni (come modificato) e adescamento di minorenni (come introdotto a seguito della Convenzione di Lanzarote e che ricomprende anche condotte poste in essere mediante l'utilizzo della rete *internet* o di altre reti o mezzi di comunicazione).

Inoltre, si propone di sostituire le parole «600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma» con le parole «600-*ter*, 600-*quater*», con l'effetto di escludere dal rito premiale – alla luce delle modifiche che l'art. 600-*ter* c.p.p. ha subito con la l. 172 del 2012 – l'ipotesi di reato che si configura nell'assistere a esibizioni o a spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto, nonché i casi di cessione di materiale pedopornografico anche non di ingente quantità.

Ampliare i limiti oggettivi di accesso ai benefici del rito premiale ed escludere che fattispecie criminose di una certa gravità siano negoziabili, rappresenta, indubbiamente, un'opportuna reazione alle dimensioni inquietanti raggiunte dai casi di sfruttamento e di abusi sessuali riferiti ai bambini «in particolare per quanto attiene all'utilizzo crescente delle tecnologie di comunicazione e di informazione», di fronte alle quali le ragioni deflative del carico giudiziario risultano del tutto recessive rispetto alla salute e allo sviluppo psicosociale dei minori.

Tuttavia, sul terreno politico criminale, è importante sempre ricordare che la protezione del bambino si attua soprattutto sul piano della prevenzione, sul quale è auspicabile sempre maggiore attenzione da parte del legislatore.

CORTI EUROPEE

EUROPEAN COURTS

di Giorgio Crepaldi

DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

(Corte e.d.u., 17 aprile 2018, Uche c. Svizzera)

Nella decisione in commento la Corte e.d.u. torna a concentrarsi sull'art. 6 della Convenzione e sul generale diritto dei consociati ad un processo equo.

La sentenza, tuttavia, prende posizione su un aspetto particolare del diritto *de quo*, ossia il diritto dell'imputato di conoscere il merito dell'accusa e l'obbligo del giudice di motivare provvedimenti giudiziari. Giungendo alla soluzione, i giudici alsaziani danno conto di come tale dovere, e più in generale il diritto ad un equo processo, non si presenti come assoluto e uniforme ma debba necessariamente parametrarsi al caso concreto e alle disposizioni nazionali di ciascuno stato membro.

Compito della Corte è, infatti, quello di vagliare il procedimento nel suo complesso stabilendo, nel concreto, se l'obbligo motivazionale di volta in volta adempiuto dai giudici nazionali sia conforme al dettato della Convenzione o, al contrario, integri una violazione dei precetti europei.

Nella decisione in apice il ricorrente veniva sospettato di concorrere nel reato di traffico di un'ingente quantità di stupefacenti. Le indagini venivano condotte anche mediante l'utilizzo di intercettazioni telefoniche.

Le conversazioni captate tra il ricorrente ed i corrispettivi *loquentes* erano tutte in lingua nigeriana.

Le contestazioni mosse all'imputato riguardavano gravi violazioni della normativa svizzera in materia di stupefacenti (*Narcotic Drugs Act* del 3 ottobre 1951), riciclaggio di denaro e violazione delle leggi sull'ingresso e sul soggiorno clandestino di stranieri.

Per ciò che attiene ai capi d'imputazione sui narcotici, l'accusa contestava al ricorrente l'importazione, l'acquisto e la vendita di una quantità sconosciuta di cocaina tagliata (*mélange de cocaïne*), comunque superiore a 1748,80 gr, oltre ad una quantità indeterminata di eroina miscelata ad altre sostanze (*mélange d'héroïne*). Pur non quantificando esattamente la sostanza importata, l'accusa attribuiva ai proventi dell'illecito un valore assai cospicuo (attorno ai 155.600 euro).

In data 19 novembre 2004 l'imputato veniva condannato alla pena di 69 mesi di reclusione per l'acquisto e la vendita di 4,4 kg di cocaina e 153 grammi di eroina.

Nel proprio atto d'impugnazione il ricorrente sosteneva la violazione del principio del contraddittorio per non avere l'accusa determinato e quantificato in modo preciso la quantità di sostanza oggetto di reato, oltre a censurare il mancato svelamento dell'identità di colui che aveva tradotto le intercettazioni telefoniche.

La Corte d'appello ribadiva che la quantità di sostanza stupefacente, seppur sconosciuta, ammontasse approssimativamente a 1748,80 grammi, per un ricavo illecito correttamente stimato e che, in ogni caso, tale eccezione doveva essere sollevata dal difensore durante il corso del processo di primo grado. Per ciò che attiene alle intercettazioni telefoniche, la Corte sosteneva la non necessità di divulgare l'identità del traduttore soprattutto in ragione del fatto che il contenuto della captazione non era stato contestato nel merito.

Avverso la sentenza della Corte d'appello il ricorrente proponeva ricorso al *Tribunal Federal* adducendo la violazione del principio accusatorio e dell'incompletezza dell'accusa a fronte di una contestazione di un quantitativo di 1748,80 grammi e di una corrispettiva condanna per una quantità di stupefacente di gran lunga superiore, stimata in 4,4 kg.

Tale *vulnus* avrebbe sicuramente compromesso il principio del contraddittorio, ponendo l'imputato nell'incapacità di approntare una concreta ed efficace difesa.

Secondariamente, il ricorrente censurava il vizio afferente all'identità dell'interprete sostenendo la qualifica dello stesso come testimone e non come esperto ai sensi dell'art. 63 c.p.p.

Con una sentenza del 20 giugno 2008 il *Tribunal Federal* prendeva posizione solamente sulla seconda

doglianza affermando che la stessa non costituisca ragione per l'annullamento della decisione, posto che l'interprete rivestiva il ruolo di ausiliario del giudice e che, in ogni caso, non vi era stata contestazione nel merito degli apporti probatori né, tantomeno, era stata chiesta l'escussione di costui, in qualità di testimone.

Dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il ricorrente sosteneva la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. a), Cedu, stante l'inosservanza del diritto di conoscere la natura dell'accusa a proprio carico, oltre a quella del dovere, in capo al giudice, di motivare i propri provvedimenti; oltre a ciò, sarebbe stato vulnerato anche l'art. 6, § 3, lett. d) che sancisce il diritto al confronto con il testimone a carico.

I giudici europei ammettono che nella giurisprudenza nazionale il quantitativo della sostanza stupefacente costituisca un elemento rilevante, nel caso in cui l'autore «*sappia o non possa ignorare che il reato coinvolga una quantità di sostanza tale da mettere in pericolo la salute di molte persone*» (*quantité de stupéfiants qui peut mettre en danger la santé de nombreuses personnes*) e che lo stesso debba valutarsi in combinato con altri parametri quali la connotazione associativa dello spaccio (*Il agit comme affilié à une bande*) oltre che la vastità e le dimensioni del giro d'affari (*lorsqu'il se livre au trafic par métier et qu'il réalise ainsi un chiffre d'affaires ou un gain important*).

La Corte afferma, inoltre, che la violazione all'art. 6, § 3, lett. a) dev'essere valutata avendo riguardo alla complessiva equità del processo penale, di cui la conoscenza del merito dell'accusa costituisce uno specifico aspetto.

La precisione e l'esatta qualificazione del capo d'imputazione è senza dubbio una condizione essenziale per l'equità del procedimento (*ex multis Pélissier e Sassi c. Francia [GC], 25 marzo 1999, § 52 e Pérez Martínez c. Spagna, 23 febbraio 2016, § 23*).

Occorre, tuttavia, notare – chiosano i giudici – che il livello di accuratezza e di dettaglio dell'accusa varia a seconda delle circostanze particolari del caso e si parametrizza alla concreta e complessiva possibilità dell'imputato di realizzare un'appropriate difesa (sul punto *Mattochia c. Italia, n. 23969/94, § 60, 25 luglio 2000* e *Mandelli c. Italia n. 44121/09, § 45, 20 ottobre 2015*). Difatti, se vi è stata una violazione del contraddittorio, determinata da un difetto d'accuratezza dell'imputazione, tale carenza potrebbe essere comunque emendata dal giudice dell'impugnazione (così in *Amirov c. Azerbaigian (déc.), 18 gennaio 2011*).

Dai fatti di causa si evince come al ricorrente fosse noto che il quantitativo di sostanza stupefacente, oggetto di contestazione, superasse i 1748,80 grammi e che dall'ammontare dei ricavi illeciti se ne sarebbe potuta dedurre l'ingente quantità.

Anche laddove si ammettesse che la quantità di stupefacente non fosse stata accuratamente definita, e che la stessa fosse stata determinata solamente a seguito della decisione del tribunale di primo grado, e che sino a quel momento fosse ravvisabile una violazione del canone in commento, tale aporia sarebbe stata comunque sanata grazie alla possibilità di adire la Corte d'appello di Berna.

Dinnanzi alla Corte di secondo grado, difatti, il ricorrente ha potuto avere piena contezza dell'accusa a suo carico e dei relativi elementi di prova, posti alla base della declaratoria di colpevolezza: in tale sede, l'imputato ha, quindi, avuto la possibilità di rilevare la violazione del principio accusatorio e dei propri diritti difensivi.

In buona sostanza i giudici alsaziani non ritengono violato l'art. 6, §§ 1 e 3, lett. a), Cedu in quanto i vizi che possono aver inciso il provvedimento di primo grado sono stati rilevati dinnanzi alla Corte d'appello rendendo così il procedimento equo nel suo complesso.

Allo stesso modo la Corte si pronuncia sulla violazione lamentata dell'art. 6, §§ 1 e 3, d) per la mancata comunicazione dell'identità del traduttore delle intercettazioni telefoniche.

I Giudici alsaziani, a questo proposito, propendono per la manifesta inammissibilità del motivo di doglianza *ex art. 35, § 3, lett. a)* della Convenzione, avendo riguardo alla circostanza che le corti nazionali avessero attentamente ed accuratamente valutato i fatti di causa e che le loro statuizioni apparivano dimostrate nel dettaglio.

Inoltre al ricorrente era stato ampiamente consentito l'accesso al fascicolo ed al materiale probatorio con la conseguente possibilità di apportare una strategia difensiva contestando il merito dell'accusa.

Non può sostenersi, pertanto, la violazione del diritto ad un processo equo a fronte di un comportamento volontario dell'imputato disinteressatosi totalmente del proprio procedimento.

Differente il giudizio sulla violazione all'art. 6, § 1, per ciò che attiene al diritto dell'imputato ad un giudizio motivato.

La Corte e.d.u. ribadisce come le decisioni dell'Autorità giudiziaria debbano essere accuratamente

motivate dettagliando i motivi posti a loro fondamento. L'entità e le modalità esplicative di tale onere variano a seconda delle circostanze del caso concreto (*García Ruiz c. Spana [GC]*, n. 30544/96, § 26, e *Morreira Ferreira c. Portogallo (n. 2) [GC]*, n.19867/12, § 84). Pur non ritenendo che tale obbligo implichi la necessità di rispondere a ciascuna singola doglianza esposta in sede d'impugnazione, tale dovere sarà, tuttavia, imprescindibile qualora la censura afferisca a questioni decisive per l'esito del procedimento (*Taxquet c. Belgio [GC]*, 16 novembre 2010, § 91 e *Lebedinschi c. Moldavia*, 16 giugno 2015, § 31).

Inoltre, pur non prevedendo l'art. 6 l'istituzione di tribunali d'appello, se questi esistono, le garanzie dell'articolo citato devono essere rispettate (*Pedro Ramos c. Svizzera*, n. 10111/06, § 34, 14 ottobre 2010, e *Lebedinschi, cit.*, § 32).

Pur affermandosi che non spetta alla Corte esaminare il merito di un motivo di appello, nel caso specifico il *Tribunal Federal* non aveva motivato in ordine alla censura del ricorrente circa la doglianza relativa alla violazione dei principi cardine del processo penale, tra i quali quello dell'esatta e precisa contestazione dei fatti e delle circostanze. A fronte di un motivo di ricorso sufficientemente chiaro e dettagliato, insistente su una questione essenziale e rilevante, il silenzio del giudice superiore non consente di comprendere se la doglianza sia stata ritenuta infondata e, in quest'ultima eventualità, su quali argomenti il rigetto sia stato basato (così come *Nichifor c. Moldavia*, n. 52205/10, § 30, 20 settembre 2016).

Di fronte alle due opzioni di ritenere fondato il motivo d'appello, con conseguente annullamento della decisione di prime cure, o di rigetto dello stesso, il silenzio della Corte d'appello sulla questione, omettendo totalmente la motivazione sulla circostanza in questione, integra una concreta violazione del diritto di difesa e del generale diritto ad un processo equo.

I giudici di Strasburgo ritengono, per tale aspetto, manifesta la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione.

DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO, RINVIO PREGIUDIZIALE E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

(Corte e.d.u., 24 aprile 2018, *Bayard c. Olanda*)

In questa seconda decisione il tribunale di primo grado Olandese (*rechtbank*) emetteva sentenza di condanna nei confronti del ricorrente per trasporto di 2,8 kg di cocaina e per il reato di traffico di esseri umani (*mensensmokkel*) come definito dall'art. 197 c.p.

La corte d'appello confermava la condanna per il traffico di stupefacenti ma modificava quello afferente al traffico di esseri umani circoscrivendolo a 4 episodi rispetto ai 7 inizialmente contestati.

I giudici ritenevano provata la colpevolezza dell'imputato e dei correi per aver favorito la permanenza non autorizzata (*unauthorised residence*) di venti migranti iracheni all'interno del territorio olandese, tedesco e danese.

Innanzi alla Corte di cassazione il ricorrente sosteneva che la condanna a suo carico fosse stata emessa a norma dell'art. 197, comma 2, c.p. ma che, dal materiale probatorio in possesso della corte d'Appello, non fosse dimostrabile una "residenza" bensì solamente l'organizzazione ed il finanziamento di un semplice "trasporto" (*the Iraqi migrants transportation*).

Poiché la permanenza dei migranti nel territorio olandese e tedesco era stata breve e transitoria, e poiché gli stessi non erano riusciti nemmeno ad entrare nella vicina Danimarca, non poteva ritenersi sussistente la condotta della "permanenza".

Il ricorrente, a tal proposito, richiamava la Direttiva 2002/90/CE del Consiglio la quale distingueva i concetti di "ingresso" con quelli di "transito" e "soggiorno" non autorizzati e la Decisione quadro del Consiglio 2002/946/JBZ sul rafforzamento delle sanzioni penali per impedire l'agevolazione delle condotte descritte dalla direttiva citata.

Alla luce delle fonti comunitarie il ricorrente sosteneva che il concetto di "residenza" di cui all'art. 197, comma 2, dovesse essere inteso come soggiorno di lunga durata da tenersi distinto dai concetti di "transito" o "ingresso" di cui al comma 1 del medesimo articolo del codice penale. Tale distinzione risulterebbe conforme agli obiettivi stabiliti dal diritto comunitario.

Al fine della soluzione interpretativa della controversia il ricorrente chiedeva alla Corte di cassazione di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE.

Il Procuratore Generale, attraverso un parere preliminare previsto dall'art. 80 della legge sull'Organizzazione della Giustizia (*Wet op de rechterlijke organisatie*), affermava che i motivi di ricorso doveva-

no essere respinti in quanto il concetto di “residenza” necessitava di un’interpretazione estensiva al punto tale da ricomprendere anche il “transito”. Lo stesso riteneva che la previsione di due condotte distinte ai commi 1 e 2 dell’art. 197 non comportasse comunque il restringimento della portata del concetto di “residenza”.

Il ricorrente presentava alla Corte di cassazione osservazioni scritte (c.d. *Borger letter*), riferite al parere preliminare dell’Avvocato Generale, sostenendo la necessità di una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia.

La Corte di cassazione rigettava la predetta richiesta richiamando l’art. 81 delle norme sull’Organizzazione della Giustizia secondo il quale la questione non appariva rilevante per l’uniformità e la corretta interpretazione del diritto («*this requires no further reasoning as the grievances do not give rise to the need for a determination of legal issues in the interests of legal uniformity or legal development*»).

In riferimento a tale diniego il ricorrente adiva la Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione dell’art. 6 della Convenzione a causa della mancanza di adeguate motivazioni, sostanziatesi solamente nel mero richiamo all’art. 81 citato.

Preliminarmente, i giudici alsaziani analizzano il combinato disposto degli articoli 80 e 81 della legge sull’Organizzazione della Giustizia olandese. Dette norme giuridiche giustificano il rigetto da parte della Suprema corte, della questione proposta, previo parere del procuratore Generale, laddove questa non incida sull’uniformità del diritto e sul suo sviluppo interpretativo: i diritti della difesa vengono, del resto, tutelati dalla suddetta *lettera di Borger*, che comunque consente una breve finestra di contraddittorio.

Anche la Corte di Giustizia, con la sentenza del 26 maggio 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1332), aveva preso posizione in merito all’istituto *de quo* e, dopo averne sancito la legittimità, dava conto dell’onere motivazionale in capo alla Cassazione, tenuta ad esprimere il ragionamento sintetico della decisione assunta.

Secondo la Corte di Giustizia, anche il meccanismo del rinvio pregiudiziale ex 276 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea può essere regolato dagli articoli 80 ed 81.

La Corte e.d.u. richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia, oltremodo incidente sulla questione. Sul punto con la sentenza *S.r.l. CILFIT e Lanificio di Gavardo S.p.a. c. Ministero della salute* (C-283/81) i giudici lussemburghesi avevano affermato come non sussistesse un obbligo per i giudici nazionali di devolvere le questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia solamente quando: (1) la risposta alla questione non sia rilevante ai fini della decisione del caso concreto; (2) la questione sia già stata risolta dalla Corte di Giustizia, indipendentemente dalla natura del procedimento da cui deriva; (3) la questione interpretativa del diritto comunitario appaia ovvia. Tali caratteristiche devono essere considerate alla luce dei principi del diritto comunitario.

Ancora, viene precisato come sia compito del giudice nazionale, e non delle parti, adire la Corte di Giustizia (*György Katz c. István Roland Sós*, C-404/07, 9 Ottobre 2008) prevedendo una procedura indipendente da qualsiasi iniziativa delle parti (*VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ference Schneider*, C-137/08, 9 novembre 2010).

I poteri dei giudici nazionali dinnanzi alla procedura dell’art. 267 TFUE sono molto ampi e conformemente a quelle interne allo stato membro, è data loro la possibilità di dichiarare irricevibile la domanda qualora il quesito non sia rilevante o pertinente o se il giudice ritiene di essere in grado di applicare correttamente il diritto dell’Unione (*Lucio Cesare Aquino c. Belgio*, C-3/16, 15 marzo 2017).

La Corte europea preliminarmente ricorda come sia un generale compito dei giudici nazionali interpretare ed applicare il diritto interno conformemente ai principi del diritto europeo e, allo stesso modo, formulare rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia. La Convenzione non sancisce esplicitamente l’obbligo di sottoporre la questione ad un differente tribunale nazionale o alla Corte di Giustizia. Tuttavia il rifiuto di un tribunale nazionale di concedere un rinvio può rientrare nelle violazioni dell’art. 6, § 1, soprattutto quando tale scelta risulti arbitraria ed immotivata.

L’arbitrarietà della decisione può essere ricondotta al fatto che non sussistano norme che la consentano, se questa sia fondata su disposizioni differenti da quelle regolative della fattispecie concreta, ovvero in caso di motivazione inadeguata. L’obbligo motivazionale, difatti, si pone come la principale protezione contro l’arbitrarietà dei giudicanti (*Ullens e Schooten and Rezabek c. Belgio*, 20 Settembre 2011, §§ 54-59). Lo stato di diritto e l’eliminazione dell’arbitrarietà giudiziaria sono obiettivi cardine della Convenzione, in quanto finalizzati a promuovere la fiducia e la considerazione della collettività dei cittadini degli stati membri (*Roche c. Inghilterra [GC]*, n. 32555/96, § 116, e *Taxquet c. Belgio [GC]*, 16 Novembre 2010, § 90).

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'obbligo di motivazione imposto ai tribunali nazionali non investe ogni singolo quesito dell'istante ma varia a seconda del caso concreto oltre che in base alla natura ed alla rilevanza del quesito.

Occorre, inoltre, operare un serio bilanciamento tra le questioni proposte dalle parti e le disposizioni di diritto interno incidenti sulla motivazione dei provvedimenti.

Per tal ragione, la violazione dell'art. 6 Cedu in relazione all'obbligo motivazionale può determinarsi solamente alla luce delle circostanze del caso concreto (*Borovská e Forrai v. Slovacchia*, § 57, 25 Novembre 2014 e *García Ruiz c. Spagna [GC]*, § 26).

I Giudici alsaziani avvalorano la propria tesi affermando che sarebbe convenzionalmente legittimo il rigetto della richiesta di rinvio pregiudiziale nell'ipotesi in cui l'istanza sia formulata in termini generici, ovvero motivata attraverso il mero rimando alle disposizioni regolatrici dell'istituto, purché la relativa questione non insista su aspetti giuridici di fondamentale importanza (*John c. Germania (dec.)*, 13 Febbraio 2007), ovvero laddove tale richiesta appaia manifestamente infondata (*Wallishausser c. Austria*, 20 giugno 2013, §; e *Rutar Marketing D.O.O. c. Slovenia (dec.)*, 15 Aprile 2014).

Non spetta alla Corte entrare nel merito della valutazione circa l'opportunità o meno del rigetto. Tuttavia, ribadendo l'obbligo per i tribunali nazionali di motivazione, se questa viola i principi dell'art. 6 Cedu, alla Corte spetta solamente la valutazione circa l'adeguatezza e la concretezza della stessa.

Il limite della competenza della Corte si delinea nella valutazione dell'arbitrarietà e della manifesta irragionevolezza delle decisioni dei tribunali nazionali (*Talmane c. Lettonia*, 13 Ottobre 2016, § 31).

In sostanza non spetta ai Giudici alsaziani entrare nel merito dell'interpretazione o dell'applicazione della legge operata dai tribunali nazionali. Il vaglio della Corte, nell'ipotesi di rigetto di un'istanza ex art. 267 TFUE, deve insistere sulla motivazione del provvedimento, avendo riguardo alle pronunce ed ai parametri espressi della Corte di Giustizia.

Nel caso di specie, la Corte e.d.u. ritiene accettabile il rigetto operato dalla Corte di cassazione in forza del semplice richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 80 e 81, poiché la questione veniva ritenuta giuridicamente irrilevante o non determinante.

Deve, in conclusione, osservarsi come il combinato disposto degli artt. 80 e 81 della legge sull'Organizzazione della Giustizia persegue uno scopo deflattivo per non aggravare il carico della Corte di cassazione, soprattutto nella propria funzione nomofilattica. Tale aspetto dev'essere necessariamente considerato ed entrare in bilanciamento con valori potenzialmente confliggenti qualora sia in gioco la valutazione strutturale dei provvedimenti emessi a norma di tali articoli.

Non è, pertanto, ravvisabile alcuna violazione dell'art. 6 Cedu quando l'inammissibilità o il rigetto è motivato in modo sintetico, ovvero qualora dalle circostanze del caso concreto risulti che la decisione non è arbitraria o manifestamente irragionevole. Tale principio risulta applicabile al caso di specie: la Cassazione ha, infatti, dimostrato di aver preso in considerazione i motivi della richiesta formulata dal ricorrente, sia attraverso la valutazione del parere del procuratore Generale e della c.d. lettera Borgers sia pronunciando una decisione che lo stesso Ordinamento prevede come collegiale.

PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E DELL'IMMEDIATEZZA IN SEDE D'IMPUGNAZIONE

(Corte e.d.u., 13 marzo 2018, *Vilches Coronado e altri c. Spana*)

Nella terza decisione in commento i giudici europei si pronunciano in merito ad uno specifico aspetto dell'equità processuale, vale a dire il principio del contraddittorio e dell'immediatezza in sede d'impugnazione.

Con sentenza del 31 ottobre 2013 il Tribunale di primo grado spagnolo assolveva gli imputati dal reato di cui all'art. 305 § 1 c.p. secondo il quale «*Chiunque, per azione o omissione, commetta una frode contro il Tesoro pubblico (...) è punito con la reclusione da uno a quattro anni e il pagamento di un'ammenda (...)*».

Il Tribunale procedeva all'esame degli imputati – uno dei quali si avvaleva del diritto al silenzio – oltre che dei periti e dei consulenti tecnici, esperti nel settore tributario e fiscale (*inspecteurs des finances*). L'assoluzione poggiava sull'insussistenza di prove sufficienti per dimostrare l'elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie contestata.

Il pubblico ministero e l'avvocatura di Stato proponevano appello sostenendo gravi errori nella valutazione delle prove, soprattutto per ciò che atteneva all'apporto dei consulenti tecnici e dei periti.

Il Giudice di secondo grado, c.d. *Audiencia Provincial* di Valencia, dopo aver dato la possibilità ai ricorrenti di avvalersi della facoltà di presentare osservazioni e memorie difensive, dichiarava nulla la sentenza impugnata accogliendo le doglienze degli appellanti. Nello specifico la Corte, rinviando la causa al giudice di primo grado, esortava lo stesso a «*valutare la totalità delle prove dichiarate ammissibili e valutare l'imparzialità degli ispettori finanziari [che hanno contribuito] durante l'audizione pubblica in qualità di periti*».

In data 27 febbraio 2013 il Tribunale di primo grado, dopo aver proceduto nuovamente, in pubblica udienza, all'esame degli imputati, dei periti e dei consulenti tecnici, assolveva nuovamente gli imputati. La decisione ribadiva come l'esistenza di una simulazione fiscale, elemento oggettivo del reato ascritto, non fosse da sola sufficiente ad integrare la fattispecie difettando la prova circa l'elemento soggettivo, ovvero del dolo di frode ai danni del Tesoro.

La pubblica accusa e l'avvocatura dello Stato proponevano nuovamente appello adducendo la nullità della sentenza per carenza della motivazione e chiedendo la condanna degli imputati.

La Corte d'Appello nuovamente ricordava come, in conformità con la sentenza n. 88/2013 della Corte Costituzionale, costituiva garanzia di un processo equo il tenere una pubblica udienza in seconda istanza quando la diversa natura dei fatti oggetto di causa derivava da una differente valutazione di prove dichiarative che, per loro natura, richiedevano la presenza degli imputati ed il rispetto del principio di immediatezza. Per altro verso, l'assenza di una pubblica udienza non avrebbe contraddetto i principi del giusto processo nel caso in cui la valutazione concernesse solamente l'analisi di prove documentali o una semplice rivalutazione delle circostanze basate sull'applicazione di mere "regole di esperienza". La presenza degli imputati, in sostanza, appariva necessaria quantunque fosse necessario discutere sugli elementi costitutivi della fattispecie o sulla propria colpevolezza.

Fatta questa premessa la Corte dichiarava il fascicolo completo e ammetteva le parti ad integrarlo attraverso nuove prove.

Il pubblico ministero e l'avvocatura dello Stato presentavano brevi dichiarazioni nel merito dei loro appelli mentre le difese degli imputati si rimettevano ai propri atti facendo presente che gli appellanti si erano limitati a contestare l'iter logico motivazionale della decisione impugnata e la valutazione delle prove assunte in primo grado, concludendo che il procedimento di prime cure aveva comunque rispettato i canoni e le garanzie dell'equo processo.

Al termine dell'udienza pubblica la Corte d'appello chiedeva agli imputati presenti se vi fosse l'intenzione di apportare argomenti supplementari alle proprie difese o se preferissero rimettersi *in toto* alle memorie depositate dagli avvocati difensori.

Gli imputati optavano per questa seconda opzione.

Con sentenza del 29 maggio 2013, la Corte d'Appello rigettava il ricorso del pubblico ministero ma accoglieva quello dell'avvocatura dello Stato annullando la sentenza impugnata e condannando gli imputati per il reato di cui all'art. 305 c.p.

La circostanza che avesse avuto luogo una pubblica udienza, con possibilità per le parti di esercitare i propri diritti difensivi, legittimava la modifica apportata della Corte d'appello.

La Corte d'appello basava la condanna sulle prove documentali, le quali consentivano, *ictu oculi*, di considerare acclarata la colpevolezza degli imputati ritenendo superflua una nuova audizione di periti e consulenti tecnici.

I giudici di secondo grado ritenevano provati tanto l'elemento oggettivo, ossia la condotta simulatoria, quanto quello psicologico, alla luce di "*fatti ed elementi comprovati*" (*faits externes et objectifs prouvés*). Nello specifico, la difesa sosteneva che quest'ultimo non sussistesse stante l'esito negativo delle precedenti ispezioni fiscali, le quali avrebbero indotto gli imputati a ritenere di operare in conformità alla legge fiscale.

La Corte d'appello non avallava tale ragionamento, sostenendo la difformità tra le precedenti ispezioni e quella posta a fondamento della declaratoria di colpevolezza, evidenziando la differenza dei documenti forniti dalle parti nel corso dei precedenti accessi e la non omogeneità nelle condotte materiali oggetto delle ispezioni stesse.

Gli imputati proponevano ricorso in Cassazione adducendo l'illegittimità della decisione poiché basata sulle sole prove documentali senza prendere in considerazione l'apporto di periti e consulenti tecnici.

La Suprema Corte non riteneva fondata la doglianza in quanto le prove documentali erano ritenute da sole sufficienti a dimostrare la colpevolezza. L'apporto di periti e consulenti – chiosava la Corte – avrebbe potuto, al più, aiutare i Giudici nella mera valutazione del compendio documentale, operazio-

ne che, in ogni caso, gli stessi erano in grado di compiere efficacemente in modo autonomo.

Gli imputati proponevano ricorso alla Corte e.d.u. per presunta violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione. In particolare criticavano la circostanza che il diverso accertamento fattuale, sotteso alla prova degli elementi costitutivi del reato, fosse stato compiuto sulla scorta di una mera ri-valutazione cartolare delle prove dichiarative (il contributo dei periti e dei consulenti tecnici) irrispettosa dei principi dell'immediatezza e del contraddittorio.

Il Governo, richiamando alle decisioni *Valbuena Redondo c. Spagna* del 13 dicembre 2011 e *Roman Zurdo e altri c. Spagna* del 8 ottobre 2013 (in questa *Rivista*, 2014, n. 1, p. 22), affermava la differenza con queste ultime in quanto, nel presente caso, un'udienza pubblica si era comunque tenuta

Di tal guisa l'art. 790 c.p.p. avrebbe consentito agli imputati d'introdurre nuove prove nel corso di un procedimento orale dinanzi all'*Audiencia*; tuttavia gli stessi non si sarebbero avvalsi di tale facoltà.

Infine, a differenza del caso *Valbuena Redondo*, la registrazione video del procedimento orale dinanzi al Tribunale di primo grado era a disposizione dell'*Audiencia*.

Nel presente caso, dunque, avrebbero dovuto trovare applicazione i principi sanciti in *Naranjo Acevedo c. Spagna* del 22 ottobre 2013 e in *Bazo Gonzalez c. Spagna* del 16 dicembre 2008, in cui la Corte non aveva riscontrato alcuna violazione dell'art. 6 Cedu.

I ricorrenti contestavano le similitudini con i casi *Naranjo Acevedo* e *Bazo Gonzalez c. Spagna*, sostenendo che la Corte d'appello non si fosse limitata solamente ad una mera valutazione in punto di diritto, ma si fosse pronunciata su questioni di fatto sulle quali poggiava la sussistenza degli elementi costitutivi del reato: tale circostanza avrebbe dovuto imporre una maggiore garanzia dei diritti difensivi e partecipativi degli imputati, primi tra tutti il diritto al contraddittorio e all'immediatezza. I ricorrenti sostenevano, inoltre, che le prove documentali presenti nel fascicolo non fossero da sole sufficienti e che occorresse una nuova assunzione dell'apporto dichiarativo dei periti e dei consulenti tecnici. Si sarebbero, in tal modo, dovuti rispettare i principi poc'anzi indicati, soprattutto alla luce della valutazione da parte della Corte d'appello circa la sussistenza e dimostrabilità dell'elemento soggettivo.

Quanto alla sostenuta inerzia nell'introduzione di nuovi elementi dimostrativi innanzi alla Corte d'appello, i ricorrenti affermavano che, anche a fronte della pronuncia assolutoria di primo grado, l'onere della prova gravasse in capo all'accusa e non alle difese.

I Giudici alsaziani richiamano, in primo luogo, i principi enucleati in seno al precedente *Hernández Royo c. Spagn*, 20 Settembre 2016, §§ 32-35.

La Corte e.d.u. ribadisce, in primo luogo, la non assolutezza dell'art. 6: né la lettera né lo spirito della disposizione ostano, infatti, alla possibilità di rinunciare – in termini taciti od espliciti – alle garanzie pro-mananti dalla norma in commento (così anche in *Kwiatkowska contro Italia*, 30 novembre 2000).

Tuttavia, tale rinuncia, e nello specifico quella afferente al rinnovo di prove dichiarative, dev'essere desunta in modo inequivocabile e bilanciata con altre garanzie procedurali, in considerazione anche dell'incidenza della stessa sull'esito del processo (in tal senso *Poitrimol c. Francia*, 23 novembre 1993, § 31).

In ogni caso, non deve ledersi alcun interesse pubblico significativo (*Håkansson e Sturesson c. Svezia*, 21 febbraio 1990, § 66).

Applicando i principi richiamati al caso concreto la Corte osserva come non appaia contestato il fatto che sia stata tenuta una pubblica udienza alla quale erano presenti i ricorrenti.

La decisione degli imputati, al termine dell'udienza predetta, di rimettersi alle conclusioni formulate dai propri difensori non può non essere presa in considerazione.

Sul punto la Corte d'appello, nel riesaminare elementi di fatto e di diritto attinenti all'elemento materiale del reato si è basata sulla valutazione di prove documentali presenti sia nel fascicolo del giudice di prime cure che in quello di seconda istanza, a totale conoscenza delle parti, ritenendo queste assolutamente sufficienti per dimostrare la colpevolezza.

Spetta ai Tribunali nazionali la valutazione dei fatti di causa, non potendo i giudici europei ingerirsi nel merito di tale valutazione.

Sul punto, pertanto, la scelta della Corte d'appello di non risentire i periti ed i consulenti tecnici non può essere censurata alla luce del diritto ad un equo processo, non apparendo questa immotivata o non valutata adeguatamente.

Inoltre, la giurisprudenza costituzionale spagnola avrebbe consentito agli imputati di richiedere la rinnovazione di tali prove dichiarative alla luce della nuova valutazione fattuale richiesta alla Corte d'appello.

La conoscenza dei motivi di ricorso presentati dalla pubblica accusa e dall'avvocatura dello Stato, ol-

tre alla concreta possibilità di una pronuncia contenente una *reformatio in peius* devono essere presi in considerazione nella valutazione complessiva dell'equità del procedimento (*Kashlev v. Estonia*, 26 aprile 2016, § 46 e, *per converso*, *Destrehem c. Francia*, 18 maggio 2004, §§ 45-47).

Ad abundantiam, la valutazione chiesta alla Corte d'appello circa la sussistenza dell'elemento soggettivo presupponeva necessariamente un'ingerenza nel merito dell'organo giudicante attraverso una nuova escussione degli imputati, non potendo ritenersi sufficiente la mera valutazione di prove documentali (così in *Lacadena Calero c. Spagna*, 22 novembre 2011, § 47).

La Corte d'appello, diligentemente ed in conformità ai principi dell'equo processo, aveva fornito tale possibilità ai ricorrenti i quali, volontariamente, hanno deciso di non avvalersene.

Alla luce degli argomenti espressi, i giudici di Strasburgo evidenziano come la presenza dei ricorrenti all'udienza e la possibilità di esprimersi in tale occasione sulla nuova valutazione dei fatti, qualifichi il processo come complessivamente equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

CORTE COSTITUZIONALE

di *Francesca Delvecchio*

LA ROGATORIA PER L'AUDIZIONE DEL MINORE IN INCIDENTE PROBATORIO FRA TUTELA DELLA VULNERABILITÀ E RISPETTO DEL CONTRADDITTORIO

(C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 92)

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 398, comma 5, e 133 c.p.p., sollevata dal G.i.p. del Tribunale di Lecce, in riferimento agli artt. 3 e 4 della Convenzione sui diritti del fanciullo e, di riflesso, all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui tali disposizioni «non prevedono che, laddove la mancata comparizione del testimone minorenni [in sede di incidente probatorio] sia dovuta a situazioni di disagio che ne compromettono il benessere, e sia possibile ovviare ad esse procedendo all'esame del minore presso il tribunale competente in relazione al luogo della sua dimora, [...] possa ritenersi giustificata la sua mancata comparizione e rogarsi il compimento dell'incidente al [giudice per le indagini preliminari] del tribunale nel cui circondario risiede il minore».

Più nel dettaglio, il giudice *a quo*, a fronte del disagio provato dal minore nel far ritorno ove si erano consumati i presunti episodi di maltrattamento, rilevava come l'obbligo di rendere testimonianza in incidente probatorio, e ancor più il suo accompagnamento coattivo, avrebbero comportato l'ingiustificata prevalenza delle esigenze di razionale distribuzione degli affari e di agevolazione dell'esercizio del diritto di difesa rispetto a quelle di tutela della serenità e dell'equilibrio psichico dell'infradiciottenne. In simili frangenti – continuava l'ordinanza di rimessione – l'impossibilità di delegare l'esecuzione dell'incidente probatorio al G.i.p. del luogo di residenza del teste, e la conseguente necessità di disporre l'accompagnamento coattivo, si porrebbero in contrasto con gli obblighi internazionali derivanti dagli artt. 3 e 4 della Convenzione sui diritti del fanciullo e, quindi, con l'art. 117 Cost.

La Consulta, pur concludendo per l'infondatezza della questione, ha analizzato *funditus* le censure, dapprima ricostruendo il panorama assiologico di riferimento, poi concentrandosi sull'analisi di dettaglio degli strumenti codicistici preposti alla raccolta della testimonianza del minore.

La pronuncia si è mossa con cautela e sin dall'*incipit* ha chiarito la necessità di procedere ad un meditato bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco: da un lato, la tutela del *best interest* del minore, che va preservato da meccanismi di vittimizzazione secondaria (sent. nn. 63 del 2005 e 283 del 1997); dall'altro, nell'ottica dell'imputato, i principi del contraddittorio e del diritto di difesa, in forza dei quali l'accusato deve essere posto in grado di confrontarsi in modo diretto con il materiale probatorio; infine, in una prospettiva ancora più ampia, le regole sulla competenza territoriale, da ricondurre al principio del giudice naturale che impone la celebrazione del processo in "quel" luogo per ripristinare il diritto e la giustizia proprio lì dove sono stati violati (sent. n. 168 del 2006).

Alla luce di questi parametri i giudici hanno evidenziato come, pur dovendosi preservare i minori dal trauma psicologico connesso alla loro deposizione in un contesto formale quale quello processuale, per di più dinanzi all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante, al contempo, l'attivazione di misure di protezione avanzate non può essere giustificata da un semplice "disagio da testimonianza", effetto collaterale generalmente riscontrabile in ogni dichiarante, ma da un *vulnus* psichico rilevante, tale da controbilanciare l'attenuazione del contraddittorio e del diritto di difesa.

Tracciato il perimetro di riferimento, i giudici sono passati ad analizzare tutti i rimedi previsti dal codice a tutela del dichiarante debole, ripercorrendo in modo puntuale le tappe evolutive che hanno condotto alla creazione di un sottosistema teso alla contrazione delle audizioni, alla salvaguardia della genuinità della prova ed alla tutela del teste vulnerabile, incentrato sulla valorizzazione dell'incidente probatorio come momento essenziale, e tendenzialmente esclusivo, di raccolta della testimonianza.

Fra gli strumenti in dotazione, la Consulta ha ricordato l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. che abilita il giudice a conformare discrezionalmente le modalità di escussione del minore alla luce delle concrete esigenze di tutela – apprezzabili non solo in termini di "necessità", ma anche di semplice "opportunità" – ferma restando la contrapposta esigenza di rispetto del principio del contraddittorio. Tale discrezionalità investe anzitutto il luogo dell'assunzione della prova, potendo il giudice disporre che l'esame

avvenga in luoghi alternativi ed eventualmente – quando ciò sia richiesto dalle contingenze – anche in località diversa da quella in cui ha sede l'ufficio giudiziario.

Ebbene, questo ampio ventaglio di possibilità permette di calibrare le modalità di assunzione delle dichiarazioni testimoniali alle esigenze del caso concreto, consentendo al giudice di spostarsi nel luogo che si rivela più idoneo a salvaguardare la genuinità della prova e la salute del dichiarante, senza che quest'ultimo debba necessariamente presentarsi presso la sede giudiziaria ove è incardinato il processo.

La delocalizzazione del giudice procedente, ha concluso quindi la Corte, rappresenta di certo un rimedio preferibile all'invocata rogatoria fuori dei casi di urgenza: si tratta di una scelta ragionevole e ben bilanciata che, a fronte di un contenuto disagio correlato alla "trasferta" del giudice, garantisce che la delicata testimonianza sia assunta dal magistrato che procede.

Per questa via, la Corte costituzionale è giunta a dichiarare infondata la questione sottoposta, escludendo l'asserita necessità costituzionale di introdurre nuovi rimedi al "danno da audizione" del dichiarante vulnerabile e concludendo per la superfluità del *petitum* additivo del giudice rimettente.

L'ISTITUTO DELLA MESSA ALLA PROVA SUPERA IL TEST DI COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI SUPREMI IN MATERIA PENALE

(C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91)

Con la sentenza n. 91 del 2018 la Consulta è tornata ad esprimersi sulla compatibilità della messa alla prova con i principi sanciti dalla Costituzione nella materia penale. Non è la prima volta, infatti, che la Corte interviene sul tema (*ex multis*, ord. nn. 85 del 2018, 7 del 2018 e 19 del 2017; sent. nn. 201 del 2016 e 240 del 2015), ma questa sentenza rappresenta di certo la disamina più compiuta in materia, involgendo svariati aspetti e risolvendo numerose questioni di legittimità.

Nell'articolata ordinanza di rimessione il Tribunale di Grosseto si lanciava in uno scontro diretto con l'istituto, censurandone diversi profili: a) l'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 111, comma 6, 25, comma 2, e 27, comma 2, Cost., nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel procedimento speciale di messa alla prova, proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova; b) gli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p. che, nel prevedere l'irrogazione e l'espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata alcuna condanna, violerebbero la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost.; c) l'art. 168-*bis*, commi 2 e 3, c.p.p., in quanto si prevede l'applicazione di sanzioni penali non legalmente determinabili e ciò in spregio all'art. 25, comma 2, Cost.; d) l'art. 464-*quater*, comma 4, c.p.p. nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento, e in ciò contrasterebbe con il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), con le direttive del giusto processo (art. 111, comma 2, Cost.), nonché con il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

In una densa decisione la Corte Costituzionale ha spazzato via tutti i dubbi di compatibilità, analizzando ciascun aspetto in modo dettagliato e concludendo per l'inammissibilità della questione *sub a*) e l'infondatezza delle altre eccezioni.

Con riferimento alla prima censura, e dunque sull'asserita impossibilità di integrare la base cognitiva necessaria per la decisione eventualmente ricorrendo ad attività istruttorie mirate in sede dibattimentale, la Corte ha precisato come, sulla scorta di quanto già avviene per le richieste di patteggiamento, viene fatta salva la possibilità per l'autorità procedente di accedere al fascicolo del pubblico ministero e decidere sulla base di quegli atti.

Questa interpretazione è frutto dell'applicazione analogica dell'art. 135 norme att. c.p.p., il quale stabilisce che «[il] giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero» (sull'estensione della norma nel giudizio abbreviato v. sent. n. 240 del 2015; Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711).

Molto interessante appare anche la seconda questione inerente il contrasto fra la presunzione di non colpevolezza e l'applicazione di una pena in assenza di condanna.

La *quaestio* ricorda le ripetute censure mosse negli anni nei confronti della sentenza di patteggiamento (sent. n. 313 del 1990 e ord. n. 399 del 1997) e la Corte le ha risolte ricorrendo alle stesse argomentazioni: una verifica giudiziale, se pur minima, è assicurata dalla prospettiva del proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p.; e in ogni caso la rinuncia a far valere la presunzione costituzionale è liberamente assunta dall'imputato, evidentemente più interessato ai benefici susseguenti all'accesso al rito.

Pur potendosi accontentare di queste affermazioni per decretare l'infondatezza della questione di legittimità, la Corte ha richiamato altri argomenti che valgono a corroborare ulteriormente l'inconsistenza delle censure mosse dal giudice *a quo*.

La messa alla prova, anche se può assimilarsi al patteggiamento per la base consensuale del procedimento e del conseguente trattamento, presenta aspetti che la rendono un *unicum* fra i riti alternativi. A tal proposito la Consulta ha ricordato un autorevole *dictum* di legittimità che ha valorizzato proprio l'originalità dell'istituto, che «segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio» infrangendo «la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto» (Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272).

In altre parole, mentre la sentenza che dispone l'applicazione della pena su richiesta delle parti è «equiparata» a una sentenza di condanna *ex art.* 445 c.p.p. e, coerentemente, costituisce un titolo esecutivo per l'applicazione di una sanzione tipicamente penale; al contrario, nella messa alla prova il trattamento programmato, a cui l'imputato accede dopo che il giudice ha disposto la sospensione del processo, non è «una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso».

Proprio questa è la caratteristica fondamentale del nuovo istituto, il cui protagonista assoluto è l'imputato alla cui discrezionalità è rimessa non solo la scelta del rito ma anche la sua materiale esecuzione.

Al tempo stesso, la volontà dell'accusato non è fattore da solo sufficiente ad attivare la misura, posto che residua in capo al giudice l'onere di verificare che il fatto non sussista o che l'imputato non l'abbia commesso.

Se così è, ha concluso la Consulta, la presunzione di non colpevolezza trova protezione non solo nella libertà di scelta dell'imputato, che può impedire o interrompere l'esperimento quando vuole, ma anche nei doveri di verifica comunque imposti al giudice.

Relativamente alla questione di legittimità dell'art. 168-*bis*, commi 2 e 3, c.p., sollevata in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., la Corte ha parimenti concluso per l'infondatezza.

Le norme che regolano la qualità e la durata della misura applicabile in caso di sospensione del procedimento sarebbero, nella visione del rimettente, generiche ed indeterminate, lasciando all'Ufficio di esecuzione esterna una discrezionalità troppo ampia.

La Consulta, nel respingere ogni censura, ha ricordato innanzitutto un proprio recente approdo ermeneutico che aveva risolto la questione concernente la durata del lavoro di pubblica utilità (ord. n. 54 del 2017), notando come la stessa debba essere contenuta entro il termine di durata fissato per la sospensione del procedimento. La medesima soluzione – hanno rilevato i giudici nel caso che ci occupa – può estendersi alla durata massima dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Né può dirsi violato il principio di determinatezza in relazione agli aspetti qualitativi del programma di trattamento, il quale «per sua natura può essere determinato legislativamente solo attraverso l'indicazione dei tipi di condotta che ne possono formare oggetto, rimettendone la specificazione, come infatti è avvenuto, all'ufficio di esecuzione penale esterna e al giudice, con il consenso dell'imputato». In altre parole, dovendo perseguire una finalità special-preventiva e risocializzante, il trattamento non può che essere ampiamente malleabile.

Last but not least, la Corte si è concentrata sulla critica più radicale avanzata dal rimettente: l'art. 464-*quater*, comma 4, c.p.p., lasciando «alla volontà dell'imputato la capacità sovrana di integrare la condizione meramente potestativa cui resta indiscutibilmente subordinato ogni profilo di efficacia formale ed utilità sostanziale del provvedimento giurisdizionale di messa alla prova nonché [...] dell'intera procedura già celebrata strumentalmente alla pronuncia del medesimo» comporterebbe una menomazione dei poteri riconosciuti al giudice dalla legge (art. 101 Cost.).

Non solo. La norma censurata contrasterebbe altresì sia con «i principi costituzionali di buon andamento ed efficienza delle attività dei pubblici poteri (art. 97 Cost.) sia con i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111, comma 2, Cost.)», nella misura in cui stabilisce lo svol-

gimento di attività para-giudiziarie e giudiziarie che, «senza riguardo al dispendio di tempi e risorse processuali all'uopo occorrenti, [...] devono essere immediatamente disimpegnat[e] dai competenti pubblici uffici (prima l'ufficio esecuzione penale esterna e poi il giudice procedente) per il solo fatto che ne faccia richiesta la medesima parte processuale al cui mero insindacabile beneplacito, contestualmente, si attribuisce anche la prerogativa di deciderne a posteriori la sorte: ossia il potere di stabilire a piacimento [se], una volta che tali attività abbiano avuto luogo, [...] siano state compiute o meno soltanto a titolo di dissipazione di tempi processuali e denari pubblici».

Si tratta, per la Corte, di rilievi non condivisibili. In riferimento all'art. 101 Cost., la Consulta ha evidenziato come l'intera procedura non potrebbe legittimamente aver luogo senza il consenso dell'imputato: ove il giudice consideri il programma proposto inidoneo a perseguire le finalità del trattamento, egli deve poter scegliere se accettare le integrazioni o le modificazioni indicate oppure proseguire il giudizio nelle forme ordinarie. Ciò non viola la sfera riservata al potere giudiziario, ma semplicemente ricollega l'accesso al procedimento speciale a un accadimento processuale (il consenso, appunto) naturalmente rimesso a una parte del processo. Pare ovvio, in effetti, che l'intera disciplina dei negozi processuali penali si debba fondare sull'interazione tra provvedimento giudiziale assunto in base alla legge e volontà di adesione dell'interessato, senza che questo si trasformi in una menomazione dei poteri giudiziali.

Molto rapidamente, poi, i giudici hanno liquidato la questione relativa all'art. 97 Cost. ritenendola inconferente atteso che «il principio del buon andamento è riferibile all'amministrazione della giustizia soltanto per quanto attiene all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, non all'attività giurisdizionale in senso stretto» (sent. nn. 65 del 2014 e 272 del 2008; ord. nn. 84 del 2011 e 408 del 2008).

Quanto, invece, alla violazione dell'art. 111, comma 2, Cost., la Corte si è limitata a osservare che la disposizione non comporta affatto alcun dispendio di tempi e risorse processuali posto che il consenso è richiesto solo per quelle integrazioni e modificazioni che il giudice ritenga di apportare prima della sospensione del procedimento e dunque in via preliminare rispetto a qualsivoglia attività processuale.

L'istituto della messa alla prova, in definitiva, supera il vaglio di legittimità costituzionale. La pronuncia si apprezza non solo per il puntuale raffronto tra la normativa censurata ed i parametri costituzionali indicati dal rimettente, ma anche per la compiuta ricostruzione della disciplina fornita, i cui spunti ermeneutici ben potranno guidare le future applicazioni giurisprudenziali.

LA CONSULTA TORNA SULLA LEGGE PINTO: UNA NUOVA DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ

(C. cost., sent. 26 aprile 2018, n. 88)

All'attenzione della Corte Costituzionale una questione di legittimità avente ad oggetto l'art. 4, l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto) in materia di equa riparazione per irragionevole durata del processo, in riferimento agli artt. 3, 24, 111, comma 2 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 13 Cedu, nella parte in cui prevede che «la domanda di riparazione [possa] essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva».

La questione traeva origine in sede amministrativa allorché alcuni ricorrenti si rivolgevano alla Corte d'appello per ottenere l'equa riparazione del danno non patrimoniale loro derivato dall'irragionevole durata del giudizio instaurato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio definito con decreto di perenzione del 14 gennaio 2013. L'adita Corte d'appello dichiarava la domanda inammissibile, pronuncia poi confermata in sede di opposizione.

La Corte di cassazione, interpellata sulla legittimità del decreto che aveva deciso in merito all'opposizione, pur evidenziando come l'art. 4, l. n. 89 del 2001 inequivocabilmente escluda la proponibilità della domanda di equa riparazione durante la pendenza del giudizio presupposto, dubitava però della sua legittimità costituzionale, laddove ravvisava nel differimento dell'esperibilità del rimedio all'esito del giudizio un pregiudizio alla sua effettività; veniva così sollecitato l'intervento correttivo della Consulta.

Nell'accogliere l'eccezione di incostituzionalità del giudice *a quo*, la Corte ha ricordato, innanzitutto, la sentenza n. 30 del 2014 con la quale, nello scrutinare una simile questione di legittimità costituzionale, aveva già ravvisato un *deficit* di effettività nella disciplina dell'equa riparazione, sollecitando l'inter-

vento di perfezionamento del legislatore. Espressamente si chiariva come oggi possa dirsi acquisita «la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo [...] e che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al problema individuato nella presente pronuncia» (sent. n. 30 del 2014).

La risposta a questo monito, ha ricordato la Consulta, si è materializzata nella l. n. 208 del 2015 che, nel modificare la l. n. 89 del 2001, ha meritoriamente introdotto una serie di rimedi preventivi (quali l'impiego di riti semplificati o la formulazione di istanze acceleratorie) al danno da irragionevole durata. Un intervento, hanno chiarito i giudici, di certo apprezzabile, laddove si dimostra fedele anche alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ha rilevato a più riprese come i rimedi preventivi siano non solo ammissibili, eventualmente in combinazione con quelli indennitari, ma addirittura preferibili, in quanto volti a evitare che il procedimento diventi eccessivamente lungo (cfr., per tutte, Corte e.d.u., Grande Camera, 29 marzo 2006, Scordino c. Italia).

Tali strumenti in chiave rimediale, tuttavia, non sono destinati a operare in tutte le ipotesi – tra cui quelle al vaglio nel giudizio *a quo* – nelle quali, al 31 ottobre 2016, la durata del processo abbia superato la soglia della ragionevolezza sicché il suggerimento allora impartito sarebbe rimasto inascoltato.

A ciò si aggiunga che la Corte di Strasburgo ha riconosciuto in numerose occasioni che «questo tipo di mezzo di ricorso è “effettivo” nella misura in cui esso velocizza la decisione da parte del giudice competente» (da ultimo Corte e.d.u., 22 febbraio 2016, Olivieri e altri c. Italia).

Nella fattispecie, da un lato, tutti i rimedi preventivi introdotti, alla luce della loro disciplina processuale, non vincolano il giudice a quanto richiestogli e, dall'altro, per espressa previsione normativa, «restano ferme le disposizioni che determinano l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti» (art. 1-ter, comma 7, della legge Pinto come modificata). Tali rilievi, evidentemente, ne pregiudicano la concreta efficacia acceleratoria.

Alla luce di questo quadro, ha concluso la Corte, non avendo il legislatore rimediato al *vulnus* costituzionale già denunciato, non può che dichiararsi l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. n. 89 del 2001 nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione, una volta maturato il ritardo, possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto.

SEZIONI UNITE

di Paola Garofalo

REFORMATIO IN MELIUS DELLA SENTENZA DI CONDANNA: NON È OBBLIGATORIA LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO

(Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800)

Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi circa l'obbligo di riasunzione della prova dichiarativa nel caso in cui il giudice dell'appello riformi *in melius* la sentenza di condanna di primo grado.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dal Primo Presidente su segnalazione di un potenziale contrasto giurisprudenziale, rilevato dall'ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi presso la prima Sezione Penale, tra Cass., sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, che sostiene la necessità della rinnovazione della prova dichiarativa anche in caso di *reformatio in melius*, ed i principi affermati dalle Sezioni Unite Dasgupta (28 aprile 2016, n. 27620) e Patalano (19 gennaio 2017, n. 18620), che invece sostengono l'insussistenza di tale obbligo.

La sentenza in esame prende atto dell'attuale panorama giurisprudenziale ripercorrendone gli aspetti evolutivi e le varianti registrate nell'attuazione del principio della necessaria rinnovazione in appello delle prove dichiarative decisive nel caso di riforma di sentenza assolutoria resa in primo grado. In un primo momento, con la nota sentenza Dasgupta, le Sezioni Unite hanno escluso la sussistenza dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva nell'ipotesi del ribaltamento in appello di una decisione di condanna; successivamente la sentenza Patalano, con riferimento al giudizio abbreviato, aveva rilevato il vizio di motivazione, per violazione della regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 533 c.p.p., della sentenza pronunciata in appello in riforma di quella assolutoria di prima istanza.

La necessità della rinnovazione in appello delle prove orali decisive, nei casi di riforma di sentenze assolutorie, è conforme alla previsione di cui all'art. 6, par. 3, lett. d), Cedu, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo a partire dalla nota sentenza Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011.

Ciò posto, le Sezioni Unite, con la sentenza in annotazione, individuano nel principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza il nucleo centrale imprescindibile per la risoluzione del potenziale conflitto ad esse devoluto.

Con l'introduzione del canone del ragionevole dubbio, la l. 20 febbraio 2006, n. 46, ha modificato l'art. 533 c.p.p., prevedendo al comma 1 il canone di giudizio a presidio proprio del principio della presunzione di non colpevolezza.

Da ciò si ricava, come efficacemente affermato da Cass., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, che la condanna «presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza».

La riforma di una sentenza assolutoria, pronunciata all'esito di giudizio ordinario o abbreviato, impone pertanto la rinnovazione delle prove dichiarative decisive assunte in primo grado proprio al fine di fugare ogni ragionevole dubbio.

La sentenza n. 41571 del 2017, che ha dato origine all'intervento delle Sezioni Unite, riconosce invece centralità al principio di immediatezza della prova orale, in qualche modo già richiamato dalla stessa sentenza Dasgupta.

Per i giudici della seconda Sezione della Suprema Corte, però, la percezione diretta è presupposto irrinunciabile per una corretta valutazione, in ogni caso, anche quando si intenda ribaltare una sentenza di condanna in assoluzione nei casi di appello proposto dall'imputato.

Stando alla sentenza n. 41571 del 2017, dunque, il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio cede il passo al principio di immediatezza, ancor più, quando oggetto di valutazione sono le dichiarazioni della persona offesa cui la Corte Europea e recenti interventi del legislatore nazionale riconoscono sempre maggior tutela.

Il percorso argomentativo della sentenza n. 41571 del 2017, però, non è condiviso dalle Sezioni Unite

secondo cui il legislatore del 2006, avendo inserito nell'art. 533 c.p.p. il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ha voluto dare attuazione al principio di presunzione di non colpevolezza cui consegue l'incompatibilità della sentenza di condanna con il dubbio.

Tanto non vale nell'ipotesi inversa (di assoluzione in appello dopo condanna in primo grado) rimanendo inalterato il testo dell'art. 530 c.p.p., il cui secondo comma impone l'assoluzione in caso di dubbio.

Le Sezioni Unite non mancano, comunque, di affermare l'obbligo del giudice di appello di motivare con particolare rigore la sentenza di assoluzione a seguito di una condanna pronunciata dal giudice che ha avuto percezione diretta della prova dichiarativa.

Alla luce, dunque, dei richiamati principi di rango costituzionale, della giurisprudenza della Corte e.d.u. e del nuovo comma 3-bis dell'art. 630 c.p.p. (che espressamente prevede l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel solo caso di appello del pubblico ministero avverso sentenze di proscioglimento), le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: «*Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 c.p.p.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado*».

L'ORDINANZA DEL RIESAME CHE ABBAIA ANNULLATO O REVOCATO IL SEQUESTRO CONSERVATIVO È RICORRIBILE DALLA PARTE CIVILE ESCLUSIVAMENTE PER VIOLAZIONE DELLE REGOLE SUL CONTRADDITTORIO

(Cass., sez. un., 5 aprile 2018, n. 15290)

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione della parte civile a proporre ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza del riesame che abbia annullato o revocato il sequestro conservativo, in caso di violazione delle regole sul contraddittorio.

La Quinta Sezione, cui è stato assegnato il ricorso, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, sostenendo che, pur mancando un contrasto giurisprudenziale sul punto, poiché Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 47999, ha già escluso che la parte civile possa impugnare in Cassazione *ex art.* 325 c.p.p. il provvedimento di revoca o annullamento del sequestro conservativo, sia necessario individuare un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. In particolare, la Quinta Sezione offre una interpretazione del paradigma normativo di cui agli artt. 316, 318, 324 e 325 c.p.p. diretta a riconoscere una tutela della parte civile non limitata solo alla fase della proposizione della richiesta di sequestro conservativo.

Preliminarmente, le Sezioni Unite precisano che la questione rimessa implica la soluzione di due distinti interrogativi; se la parte civile ha diritto a ricevere l'avviso di fissazione dell'udienza innanzi al Tribunale del riesame avente ad oggetto l'impugnativa avverso l'ordinanza applicativa del sequestro conservativo e se, conseguentemente, la parte civile è legittimata a proporre ricorso in Cassazione *ex art.* 325 c.p.p. avverso il provvedimento del riesame di annullamento o di revoca del sequestro.

Sebbene, dunque, il tema sia già stato affrontato e risolto da Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 47999, Alizzi, le Sezioni Unite, pur condividendone gli approdi ermeneutici, individuano ulteriori opportune precisazioni.

La corretta interpretazione dell'art. 324, comma 6, c.p.p. è dirimente per la soluzione del primo quesito che impone la verifica di eventuali violazioni del diritto al contraddittorio in caso di omissione alle parti civili dell'avviso di fissazione dell'udienza innanzi al Tribunale del riesame, chiamato a pronunciarsi sull'impugnativa dell'ordinanza applicativa del sequestro conservativo. Una interpretazione meramente letterale dell'art. 324 c.p.p. sembrerebbe escludere un diritto di partecipazione della parte civile all'udienza di riesame, poiché l'avviso dell'udienza deve essere notificato al difensore dell'imputato ed al pubblico ministero.

Secondo il Supremo collegio, però, tale interpretazione, escludendo dal contraddittorio proprio il soggetto (parte civile) titolare del diritto di garanzia cautelare, riproporrebbe quei sospetti di incostituzionalità già messi in evidenza con la sentenza Alizzi. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 324, comma 6, c.p.p., che espressamente richiama la disposizione generale di cui all'art. 127 c.p.p., consente di affermare che l'avviso dell'udienza di riesame è dovuto a tutti i soggetti "interessati" alla decisione tra cui, ovviamente, la parte civile.

Dunque, pur aderendo alle conclusioni della sentenza Alizzi, con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite precisano che l'estromissione della parte civile dal procedimento di riesame del sequestro conservativo viola il principio del contraddittorio ed il relativo provvedimento conclusivo è nullo *ex art.* 178, comma 1, lett. c) c.p.p.; la violazione del diritto al contraddittorio conferisce alla parte civile la facoltà di impugnare mediante ricorso per cassazione, *ex art.* 606, comma 1, lett. c) c.p.p. il provvedimento di revoca o di annullamento del sequestro cautelare adottato dal riesame.

Le Sezioni unite affermano il seguente principio di diritto: «*Il difensore della parte civile ha diritto di ricevere avviso dell'udienza sulla richiesta di riesame*» ed in mancanza «*la parte civile è legittimata a proporre ricorso per cassazione contro l'ordinanza che abbia annullato o revocato, in tutto o in parte, il sequestro*».

La sentenza in commento, che si segnala anche per completezza, entra dunque nel merito della definizione del perimetro di ricorribilità per cassazione riconosciuto alla parte civile avverso ordinanze del riesame pronunciate in suo pregiudizio.

Dunque le Sezioni Unite, affermando che il dato testuale dell'art. 325, comma 1, c.p.p. non autorizza interpretazioni estensive, traggono la conseguenza che la parte civile non è abilitata a proporre ricorso per cassazione *ex art.* 325 c.p.p. per ragioni diverse dalla violazione delle regole sul contraddittorio.

IL PROVVEDIMENTO DI RESTITUZIONE DEGLI ATTI AL P.M. PER VALUTARE LA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE EX ART. 131-BIS C.P. NON È ABNORME

(Cass., sez. un., 9 maggio 2018, n. 20569)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla impugnabilità del provvedimento con cui il G.I.P. restituisce gli atti al P.M. affinché rivaluti la richiesta di emissione del decreto penale di condanna tenendo conto della possibilità di archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.).

Secondo un primo indirizzo (Cass., sez. I, 21 dicembre 2016, n.15272) la restituzione degli atti al P.M. per motivi diversi dall'ammissibilità del rito, dalla qualificazione giuridica del fatto o dalla dosimetria della pena, si risolverebbe in un atto abnorme, tenuto conto che al giudice, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, non è consentito alcun sindacato sulle scelte del P.M. relative all'esercizio dell'azione penale.

Altro indirizzo, maggioritario, ritiene non abnorme il provvedimento di restituzione degli atti al P.M., purché non sia motivato esclusivamente da ragioni di opportunità (Cass., sez. IV, 25 ottobre 2016, n. 48888; Cass., sez. IV, 25 ottobre 2016, n. 48886; Cass., sez. VI, 1° dicembre 2015, n. 6663).

Preliminarmente le Sezioni Unite ritengono necessario svolgere alcune considerazioni sul concetto di abnormità. In mancanza di riferimenti normativi, tale invalidità è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per rimediare agli effetti pregiudizievoli derivanti da provvedimenti affetti da anomalie funzionali o genetiche, che li rendono difforni ed eccentrici rispetto al sistema processuale. La Suprema Corte, dunque, ripercorre gli approdi interpretativi, affermati con la sentenza delle Sezioni Unite, 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, e ribadisce che l'abnormità presenta carattere eccezionale e derogatorio al principio di tassatività.

Le Sezioni Unite, con la sentenza in esame, procedono alla verifica circa l'abnormità o meno dell'atto con cui il giudice per le indagini preliminari, senza formalmente rigettare la richiesta del P.M. di emissione del decreto penale di condanna, invita l'organo requirente ad una valutazione sulla possibile archiviazione *ex art.* 131-bis c.p.

L'art. 459, comma 3, c.p.p., conferisce al G.I.P. un ampio sindacato sulla domanda del P.M. che incontra essenzialmente il limite delle ragioni di mera opportunità che, da sole, si risolverebbero in un'invasione del giudice nell'area di discrezionalità riservata alla pubblica accusa.

In tal senso chiare indicazioni provengono dalla sentenza n. 447 del 1990 della Corte Costituzionale che, chiamata a scrutinare la conformità alla Costituzione dell'art. 460, comma 2, c.p.p. nella parte in cui preclude al giudice l'applicazione della pena in una misura diversa da quella richiesta dal pubblico ministero – limitazione ritenuta dal giudice rimettente non ovviabile mediante il rigetto della richiesta e la restituzione degli atti al pubblico ministero per essere consentita tale possibilità dall'art. 459, comma 3, c.p.p., per motivi attinenti unicamente al rito – disattendeva tale lettura limitativa della norma in quanto erronea e non autorizzata dal suo testo e dalla considerazione sistematica della disciplina del procedimento per decreto.

In particolare, la Consulta, in questa decisione, affermava che l'art. 459, comma 3, c.p.p. attribuisce al

giudice un potere di controllo completo, nel rito e nel merito, sulla richiesta del pubblico ministero, che può respingere anche nel caso non ritenga adeguata la misura della pena in essa indicata, senza che la restituzione degli atti comporti effetti vincolanti e limitativi dei poteri spettanti al pubblico ministero, cui resta consentito reiterare una richiesta di contenuto adeguato ai rilievi critici del giudice, instaurare altri riti semplificati o procedere nelle forme ordinarie.

Rientrando, pertanto, nel modello legale di cui all'art. 459 c.p.p. l'ordinanza con cui il G.I.P. restituisce gli atti all'organo requirente per le valutazioni sull'eventuale particolare tenuità del fatto, ne va esclusa l'abnormità ed affermata la non ricorribilità per cassazione.

Sulla scorta di tutto quanto sopra, tenuto conto che la regressione dalla fase processuale a quella procedimentale non determina condizioni di stallo, le Sezioni Unite formulano il seguente principio di diritto: «*Non è abnorme, e quindi non è ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di emissione di decreto penale di condanna, restituisca gli atti al pubblico ministero perché valuti la possibilità di chiedere l'archiviazione del procedimento per particolare tenuità del fatto, ex art. 131 bis c.p.*».

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI SPONTANEE RESE IN ASSENZA DEL DIFENSORE

(Cass., Sez. II, 28 marzo 2018, n. 14320)

Nell'ambito delle dichiarazioni rese dalla persona indagata alla polizia giudiziaria a norma dell'art. 350 c.p.p., una disciplina apposita ricevono le dichiarazioni rese sul luogo e nell'immediatezza del fatto e le dichiarazioni spontanee. Le prime, sollecitate dalla polizia giudiziaria e acquisite senza garanzie "sul luogo e nell'immediatezza del fatto", sono utilizzabili solo per l'immediata prosecuzione delle indagini: in assenza del difensore non sono documentate, né utilizzabili neppure nella fase procedimentale e nella cognizione cautelare. Le seconde, rese spontaneamente alla polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 350, comma 7, c.p.p., non sono utilizzabili nel dibattimento, se non ai fini delle contestazioni. È discusso tuttavia se le dichiarazioni rese spontaneamente senza garanzie difensive possano essere utilizzate nella fase procedimentale e dunque ai fini dell'applicazione di misure cautelari.

Secondo parte della giurisprudenza qualunque dichiarazione, sia essa spontanea o sollecitata, assunta senza le garanzie previste dall'art. 64 c.p.p., è radicalmente inutilizzabile in quanto la regola prevista dall'art. 63, comma 2, c.p.p. ha una portata generale: la norma, che stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi fin dall'inizio doveva essere sentito in qualità di imputato o indagato, non distingue tra dichiarazioni sollecitate e dichiarazioni spontanee, né limita l'inutilizzabilità alle dichiarazioni di imputato o indagato interessato o a quelle di imputato o indagato in reato connesso e, neppure alle dichiarazioni di chi abbia già la veste formale di imputato o di indagato. Il principio fissato dall'art. 63 c.p.p., avendo carattere assoluto e generale, vale anche nell'interpretazione dell'art. 350 c.p.p. (Cass. sez. III, 5 maggio 2015, n. 24944; Cass. sez. III, 7 giugno 2012, n. 36596).

Riprendendo un recente arresto giurisprudenziale (Cass., sez. II, 3 aprile 2017, n. 26246), la pronuncia in esame si discosta da questa lettura e fornisce una diversa interpretazione dell'art. 350 c.p.p. alla luce anche delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza convenzionale, sulla base di argomentazioni non del tutto convincenti.

Secondo questo diverso orientamento, il testo dell'art. 350, comma 7, c.p.p. espressamente prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni spontanee solo con riguardo al dibattimento e si configura come un'espressa eccezione alla disciplina generale che sancisce l'inutilizzabilità assoluta delle dichiarazioni rese dall'indagato senza garanzie: la previsione della inutilizzabilità relativa, cioè solo dibattimentale, trova la sua *ratio* nella natura eminentemente difensiva e libera delle dichiarazioni spontanee. Tale disposizione, secondo questa giurisprudenza, è peraltro compatibile con la normativa europea e in particolare con la direttiva 2012/13/UE in materia di diritti di informazione dell'indagato, che ha trovato attuazione con il d.lgs. n. 101 del 2014. La necessità di una tempestiva informazione circa il diritto ad avvalersi di un avvocato ed il diritto a restare in silenzio, affermata dall'art. 3 della Direttiva 2012/13/UE, è stata soddisfatta a partire dal momento dell'applicazione delle misure cautelari e del compimento di atti "garantiti": il legislatore italiano ha scelto di lasciare che il contatto tra indagato e polizia giudiziaria potesse essere spontaneo e deformalizzato nel corso di tutta la attività processuale, considerato che le dichiarazioni spontanee non sono funzionali a raccogliere elementi di prova. L'interpretazione proposta dalla sentenza in esame è infine ritenuta compatibile con la giurisprudenza della Corte europea in cui si sottolinea la necessità che l'indagato sia tutelato e preservato da ogni forma di coercizione – attraverso la presenza del difensore e l'avviso relativo al diritto al silenzio – quando viene "escusso" nel corso dell'interrogatorio disposto dall'autorità procedente, in una situazione diversa da quella in cui si trova chi rende dichiarazioni spontaneamente. Pertanto secondo la pronuncia in esame, quando emerga con chiarezza che l'indagato abbia scelto di rendere dichiarazioni liberamente, senza alcuna coercizione o sollecitazione, le dichiarazioni spontanee, anche se rese in assenza del difensore e senza l'avviso di poter esercitare il diritto al silenzio, sono utilizzabili. Naturalmente, stante il limite previsto dall'art. 350, comma 7, c.p.p., il perimetro di utilizzabilità risulta circoscritto alla fase procedimentale e dunque all'incidente cautelare e ai riti a prova contratta, non avendo alcuna efficacia probatoria in dibattimento.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2018

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

La nomina del difensore di fiducia da parte dell'amministratore di sostegno dell'imputato

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA 25 GENNAIO 2018, N. 3659 – PRES. ROSI; REL. SCARCELLA

In tema di nomina del difensore fiduciario, ove l'indagato (o l'imputato) sia sottoposto all'istituto dell'amministrazione di sostegno, ove la nomina del difensore di fiducia venga effettuata dall'amministratore dell'imputato espressamente autorizzato in tal senso dal giudice tutelare, non sussiste alcuna violazione del diritto di difesa; ne consegue che, competendo al giudice tutelare conformare i poteri dell'amministratore, eventualmente attribuendogli espressamente la facoltà di nominare un difensore fiduciario all'amministrato nel processo penale ove ritenuto necessario in relazione alla capacità del beneficiario in funzione delle esigenze di protezione di quest'ultimo, la nomina fiduciaria eseguita dall'amministratore garantisce al beneficiario la scelta del professionista maggiormente idoneo a curarne gli interessi nel processo.

La Corte ha, altresì, affermato che la semplice sottoposizione dell'imputato all'istituto dell'amministrazione di sostegno non determina automaticamente l'incapacità del medesimo a partecipare scientemente al processo (art. 70 c.p.p.), atteso che quest'ultima è diversamente disciplinata rispetto alla mancanza di imputabilità (art. 86 c.p.p.) costituendo stati soggettivi che, pur accomunati dall'infermità mentale, operano su piani del tutto diversi e autonomi: ne consegue che, solo ove sia stata in concreto accertata l'incapacità dell'imputato-amministrato di partecipare coscientemente al processo, il giudice è tenuto a disporre, ai sensi dell'art. 71 c.p.p., la sospensione del processo.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 17.03.2016, depositata in data 1.06.2016, la Corte d'appello di Trieste, in parziale riforma della sentenza del tribunale di Udine del 21.07.2011, appellata dal P.G. presso la Corte d'appello, dichiarava il P. colpevole dei reati di violenza sessuale continuata ed aggravata ai danni di tre minori, due dei quali non avevano ancora compiuto all'epoca dei fatti gli anni dieci e, il terzo, non ancora quattordicenne, reati commessi secondo le modalità esecutive e spazio – temporali meglio descritte nei capi di imputazione, in relazione a fatti contestati come commessi in epoca antecedente e prossima al (OMISSIS) (capo a) e fino al (OMISSIS) (capo b), condannandolo alla pena di 4 anni di reclusione, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e dell'attenuante del vizio parziale di mente, dichiarate prevalenti sulle contestate aggravanti e ritenuta la continuazione tra gli episodi ascritti, oltre alle pene accessorie di legge ed al risarcimento dei danni in favore delle costituite parti civili.

2. Contro la sentenza emessa dalla Corte d'appello di Trieste ha proposto ricorso per cassazione il P., a mezzo del difensore di fiducia iscritto all'albo ex art. 613 c.p.p., deducendo tre motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. c.p.p.

2.1. Deduce, con il primo motivo, il vizio di cui all'art. 606 c.p.p., lett. b) e c) per violazione di legge in relazione agli artt. 70 e 96 c.p.p., nonché in relazione all'art. 24 Cost., e CEDU, art. 6. In sintesi, sostiene la difesa del ricorrente che questi non avrebbe mai potuto nominare il proprio difensore di fiducia, in quanto il processo è iniziato in primo grado con la nomina a difensore dell'avv. F. Vespasiano, con mandato sottoscritto dall'amministratore di sostegno all'epoca nominato nel sig. Ma.Cl.; quest'ultimo era stato nominato in data (OMISSIS) e nel relativo verbale di nomina, si attribuiva all'amministratore di sostegno anche la facoltà di nominare un difensore a beneficio del ricorrente nell'odierno procedimento penale; sostiene la difesa del ricorrente che detto mandato abilitava l'amministratore di sostegno solo a concludere con un legale un contratto di difesa in tale procedimento penale, ma non avrebbe po-

tuto autorizzarlo a sottoscrivere la nomina di un difensore in quel procedimento in luogo dell'amministrato; la nomina del difensore di fiducia, infatti, e la elezione di domicilio, costituiscono atti di natura personalissima dell'imputato, sicché, ove egli non sia in condizioni di effettuare consapevolmente la scelta, questi non avrebbe nemmeno potuto essere processato, sicché il processo avrebbe dovuto essere sospeso ex art. 70 c.p.p.; in definitiva, sostiene la difesa del ricorrente, che ove si fosse accertato che difettavano le condizioni di partecipare scientemente al processo, quest'ultimo avrebbe dovuto essere sospeso, laddove, ove si fosse invece accertato che questi fosse stato capace, allora la nomina del difensore di fiducia avrebbe dovuto essere effettuata unicamente dall'imputato e non dall'amministratore di sostegno; ciò comporta, a giudizio della difesa, la radicale nullità di tutti gli atti processuali posti in essere successivamente alla "nomina", ivi inclusa la sentenza impugnata, violandosi anche la CEDU, art. 6, per essere stato privato della facoltà di scegliersi un proprio difensore di fiducia, atteso che, ove tale diritto fosse stato esercitato personalmente, il processo avrebbe potuto avere altra istruttoria ed altri esiti.

2.2. Deduce, con il secondo motivo, il vizio di cui all'art. 606 c.p.p., lett. c), per violazione di legge in relazione all'art. 157 c.p.p.

In sintesi, sostiene la difesa del ricorrente che la citazione dell'imputato in grado di appello è stata notificata al domicilio eletto con la nomina a difensore sottoscritta dall'amministratore di sostegno di allora; essendo illegittimo, per le ragioni indicate al primo motivo, il mandato rilasciato all'Avv. Vespasiano, in cui era indicata anche l'elezione di domicilio, quest'ultima non potrebbe avere alcuna efficacia, con conseguente nullità delle notifiche eseguite ai sensi dell'art. 157 c.p.p., comma 8-bis.

2.3. Deduce, con il terzo motivo, il vizio di cui all'art. 606 c.p.p., lett. b) e c), per violazione di legge in relazione agli artt. 96 e 97 c.p.p., e art. 24 Cost.

In sintesi, sostiene la difesa del ricorrente che attesa la dichiarazione di rinuncia al mandato dell'Avv. F. Vespasiano, il Presidente della Corte d'appello aveva provveduto a nominare quale nuovo difensore d'ufficio l'Avv. M. Perna, mai presentatosi ad alcuna delle udienze in cui si era celebrato il processo di appello; in tal fase processuale, si era altresì disposta la rinnovazione dell'istruttoria con l'ammissione di una perizia, svolgendosi anche una serie di udienze, a nessuna delle quali ha mai partecipato l'avvocato nominato d'ufficio; si sostiene che la Corte d'appello avrebbe dovuto nominare un difensore d'ufficio "stabile ed efficiente", sostituendo quello nominato e rimasto sempre assente, in quanto il motivo di sostituzione era ampiamente giustificato.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Premessa la ritualità dell'avviso dell'odierna udienza al difensore fiduciario, eseguita nei termini, con l'indicazione del r.g. impugnazione davanti a questa Corte nonché con l'indicazione degli estremi della sentenza impugnata (ciò che rende irrilevante l'indicazione erronea nell'avviso del cognome dell'imputato come Pu. anziché P.), osserva il Collegio che il ricorso, con cui si svolgono esclusivamente censure afferenti alla violazione della legge processuale, è infondato e dev'essere rigettato.

4. La questione giuridica su cui il Collegio è chiamato a pronunciarsi è se l'imputato, assistito da un amministratore di sostegno, conservi – in presenza di un decreto del giudice tutelare che autorizzi l'amministratore di sostegno a nominare un difensore ad assisterlo in un determinato procedimento penale in cui l'amministrato è sottoposto – il proprio diritto di nomina del difensore di fiducia, ove, a tal uopo, vi abbia provveduto, in forza dell'autorizzazione del giudice, l'amministratore di sostegno; la soluzione di tale questione, ovviamente, riflette le proprie conseguenze anche sulla ritualità della notifica eseguita al domicilio eletto presso il difensore fiduciario nominato dall'amministratore di sostegno.

La questione dev'essere risolta negativamente.

5. Al fine di rendere intelligibile la soluzione cui è pervenuto il Collegio, si osserva. L'amministrazione di sostegno – introdotta nell'ordinamento dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6, art. 3 – ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 427 c.c. Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la

valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie (Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 22332 del 26/10/2011, Rv. 619848).

6. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 440/2005, ha avuto, in particolare, modo di chiarire che "la complessiva disciplina inserita dalla L. n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità; e consente, ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, che l'ambito dei poteri dell'amministratore sia puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'invalidazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno status di incapacità, estesa per l'invalidato agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria".

7. La persona beneficiaria non è, quindi, considerata dal legislatore incapace di intendere e di volere, essendo estranee in linea di principio all'istituto dell'amministrazione di sostegno specifiche situazioni di infermità mentale che rendano la persona totalmente incapace.

L'art. 409 c.c., ha, infatti, cura di precisare che il beneficiario "conserva" la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Questo significa che la capacità di agire residua della persona con disabilità consta di una semplice "limitazione", escludendosi dalla stessa solamente gli atti che, a tenore di decreto, possono essere compiuti unicamente dall'amministratore di sostegno. In ogni caso, la nomina dell'amministratore di sostegno non richiude il beneficiario nello status di amministrato di sostegno.

8. È opportuno osservare che la valutazione della congruità e conformità del contenuto dell'amministrazione di sostegno alle specifiche esigenze del beneficiario appartiene all'apprezzamento del giudice il quale deve tenere conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto dell'interessato, della gravità e durata della malattia o della situazione di bisogno in cui versa l'interessato, nonché di tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie (v. Cass. Civ. nn. 13584/2006, 22332/2011); fermo restando che l'ambito dei poteri dell'amministratore deve puntualmente correlarsi alle caratteristiche del caso concreto (v. Corte cost. n. 440/2005 cit.).

Vi è, quindi, un onere di valutare l'eventuale conformità dell'amministrazione di sostegno alle esigenze del destinatario, alla stregua della peculiare flessibilità del nuovo istituto, della maggiore agilità della relativa procedura applicativa, nonché della complessiva condizione psico-fisica del soggetto e di tutte le circostanze caratterizzanti il caso di specie.

9. Dal momento che l'amministratore di sostegno può essere autorizzato al compimento di atti sia in rappresentanza esclusiva del soggetto sia in sua assistenza, non può, invero, non considerarsi che nella fattispecie in esame, secondo quanto si evince dal verbale di giuramento dell'allora amministratore di sostegno, Ma.Cl., formato in data (OMISSIS), che, a parte alcune attribuzioni che esulano dal procedimento conclusosi con la condanna dell'attuale ricorrente, all'amministratore di sostegno era stata, specificamente, attribuita "la facoltà di conferire mandato a difesa per rappresentanza penale del beneficiario nel procedimento penale n. 2025/08 r.g.n.r. della Procura della Repubblica di Udine e/o nomina di periti per difesa".

Il difensore di fiducia del ricorrente (che anche in questa fase di legittimità è stato nominato dall'amministratore di sostegno, giusta quanto disposto dal giudice tutelare del tribunale di Udienza che, con decreto del 22.07.2016, autorizzava con efficacia immediata l'amministratore di sostegno succeduto, Avv. Me., a nominare all'amministrato un difensore di fiducia per questa fase di legittimità nell'avv. Missera, sottoscrittore del ricorso unitamente all'imputato ed all'amministratore di sostegno, non svolge tuttavia censure avverso il provvedimento con cui il (OMISSIS) all'allora amministratore di sostegno venne conferita la facoltà di nominare un difensore fiduciario all'amministrato (né documenta eventuali impugnazioni avverso detto decreto di nomina, essendo noto che l'art. 720 bis c.p.c., commi 2 e 3, prevedono, in materia di amministrazione di sostegno, un sistema di impugnazioni articolato su due rimedi: precisamente, il decreto del giudice tutelare è reclamabile davanti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c.; il decreto con cui la corte d'appello decide sul reclamo è a sua volta ricorribile in cassazione, così come stabilisce lo stesso art. 720 bis c.p.c., u.c.). Né, del resto, questa Corte, in considerazione del proprio, limitato, ambito cognitivo in questa sede di legittimità, può spingersi sino a sindacare tale provvedimento autorizzativo (come non potrebbe farlo con quello che in data (OMISSIS) ha consentito la nomina fiduciaria al nuovo amministratore di sostegno), trattandosi di valutazione di esclusiva spettanza del giudice tutelare cui,

come già detto in precedenza, compete di conformare i poteri dell'amministratore e le limitazioni da imporre alla capacità del beneficiario in funzione delle esigenze di protezione della persona e di gestione dei suoi interessi patrimoniali, ricorrendo eventualmente all'ausilio di esperti e qualificati professionisti del settore (v., in termini: Sez. 1, Sentenza n. 17962 del 11/09/2015, Rv. 637102 – 01).

10. Alla luce di quanto sopra, dunque, essendo stato autorizzato dal giudice tutelare l'amministratore di sostegno dell'epoca alla nomina di un difensore fiduciario per il procedimento penale in questione, del tutto legittima era stata l'investitura quale difensore di fiducia del ricorrente dell'Avv. F. Vespasiano, che ha provveduto ad assisterlo giudizialmente in quel processo. Nessuna violazione del diritto di difesa può dirsi dunque intervenuta, né tantomeno della norma processuale evocata (art. 96 c.p.p.). È ben vero che il diritto di nominare un difensore è strettamente personale e riservato al solo imputato (o indagato), salvo quanto eccezionalmente previsto dall'art. 96 c.p.p., comma 3, ove si configura un'ipotesi di legittimazione alla designazione fiduciaria in capo a soggetti diversi dal diretto interessato. L'interposizione dei prossimi congiunti nell'atto di nomina del patrocinatore del soggetto arrestato, fermato o in stato di custodia cautelare, risulta contemplata sia al fine di sopperire alle difficoltà pratiche che la persona in *vinculis* può incontrare nell'individuazione di un legale di fiducia, sia per scongiurare possibili suggerimenti o condizionamenti (Rei. testo def., 175).

La disciplina processuale dettata dall'art. 96 c.p.p., tuttavia, dev'essere contemperata con la disciplina civilistica dettata in relazione alla particolare figura del soggetto "amministrato" e, in particolare, in ossequio alle disposizioni previste dagli artt. 412 e 413 c.c. Dette disposizioni, infatti, confermano il regime di protezione dianzi delineato per evitare che il beneficiario danneggi sé stesso con atti che non passino per il filtro dell'amministrazione di sostegno e l'autorizzazione del Giudice tutelare. Nella specie, dunque, il giudizio preventivo svolto dal giudice tutelare, tenuto conto del grado di "capacità" dell'amministrato-imputato, era stato espresso nel senso di conformare i poteri dell'amministratore attribuendogli espressamente la facoltà di nominare un difensore fiduciario all'amministrato nel presente procedimento, in quanto ritenuto necessario in relazione alla capacità del beneficiario in funzione delle esigenze di protezione di quest'ultimo, garantendogli una scelta del professionista maggiormente idoneo a curarne gli interessi nel processo penale, come avvenuto del resto nel corso del giudizio.

Non può quindi ritenersi violato né l'art. 96 c.p.p., né l'art. 24 Cost., né la CEDU, art. 6. A tal ultimo proposito, va del resto ricordato che è la stessa Corte Costituzionale ad aver delimitato il diritto all'assistenza di un difensore di propria scelta, riconosciuto dalle disposizioni pattizie (CEDU, art. 6, lett. c), e Patto ONU, art. 14, lett. d), affermando che "né la legge processuale né, tantomeno la Costituzione assicurano incondizionatamente all'imputato il diritto ad essere assistito da un determinato difensore: se ciò fosse, non potrebbe mai farsi ricorso... alla sostituzione del difensore non comparso" (Corte Cost., sentenza 31 maggio 1996, n. 175).

11. Deve, pertanto, essere affermato il seguente principio di diritto:

"In tema di nomina del difensore fiduciario, ove l'indagato (o l'imputato) sia sottoposto all'istituto dell'amministrazione di sostegno, ove la nomina del difensore di fiducia venga effettuata dall'amministratore dell'imputato espressamente autorizzato in tal senso dal giudice tutelare, non sussiste alcuna violazione del diritto di difesa; ne consegue che, competendo al giudice tutelare conformare i poteri dell'amministratore, eventualmente attribuendogli espressamente la facoltà di nominare un difensore fiduciario all'amministrato nel processo penale ove ritenuto necessario in relazione alla capacità del beneficiario in funzione delle esigenze di protezione di quest'ultimo, la nomina fiduciaria eseguita dall'amministratore garantisce al beneficiario la scelta del professionista maggiormente idoneo a curarne gli interessi nel processo".

12. Né, peraltro, può ritenersi che sia stata violata la previsione dell'art. 70 c.p.p.

Ed infatti, si è già chiarito supra che la persona beneficiaria dell'amministrazione di sostegno non è considerata dal legislatore incapace di intendere e di volere, essendo estranee in linea di principio all'istituto dell'amministrazione di sostegno specifiche situazioni di infermità mentale che rendano la persona totalmente incapace. La capacità processuale dell'imputato consiste nella partecipazione cosciente, cioè nella percezione da parte dello stesso del senso degli avvenimenti in corso, del fatto oggetto del processo, e delle conseguenze dell'eventuale assoluzione o condanna. Si tratta di situazioni (imputabilità ex art. 85 c.p., capacità/incapacità di partecipare al processo penale ex art. 70 c.p.p.) del tutto distinte ed autonome l'una dall'altra (si veda, ad Sez. 1, n. 1381 del 06/03/1995 – dep. 17/05/1995, *Insana*, Rv. 201279; Sez. 3, n. 23215 del 26/03/2003 – dep. 27/05/2003, *PM in proc. Cusano*, Rv. 225375). Si tratta di stati soggettivi accomunati dall'infermità mentale, ma che operano su piani diversi e con finalità diverse che, per

quanto riguarda l'art. 70 c.p.p., sono la possibilità di autodifesa quale garanzia del giusto processo presidiata dall'art. 24 Cost. Da qui, dunque, la conseguenza che solo una volta che sia stata accertata l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo, il giudice deve disporre, ai sensi dell'art. 71 c.p.p., la sospensione del processo (sempre che l'imputato non debba essere prosciolto o non debba essere pronunciata sentenza di non doversi procedere: v., Sez. 5, n. 47455 del 17/11/2004 – dep. 07/12/2004, P.M. in proc. Velardinelli, Rv. 230418). Ne discende, dunque, l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muove la difesa del ricorrente-amministrato nel caso in esame, in quanto la circostanza che la nomina fiduciaria fosse stata eseguita dall'amministratore di sostegno in luogo dell'amministrato-imputato, non determinava automaticamente l'incapacità processuale di quest'ultimo, essendo del resto facoltizzato il giudice ("se occorre", recita l'art. 70 c.p.p., comma 1) a disporre anche di ufficio, perizia solo quando "vi è ragione di ritenere che, per infermità mentale (sopravvenuta al fatto: v. Corte cost., sentenza 7-20 luglio 1992, n. 340, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, limitatamente alle predette parole), l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo". Ciò significa che, non essendo stata tale incapacità processuale evocata nel giudizio di merito – e nessun elemento la difesa del ricorrente documenta a sostegno di tale assunto – la relativa doglianza, in sede di legittimità, oltre che generica, si appalesa infondata in quanto basata su una mera "supposizione", non provata, dell'esistenza di tale stato di incapacità processuale (ciò, del resto, lo si evince anche dal tenore dell'impugnazione, in cui – v. pag. 3 – la difesa del ricorrente afferma "qualora si fosse accertato che mancavano le condizioni di "partecipare scientemente al processo", lo stesso andava sospeso", con ciò esprimendo una mera ipotesi, non supportata dal alcun elemento).

13. Deve, quindi, essere affermato il seguente principio di diritto:

"La semplice sottoposizione dell'imputato all'istituto dell'amministrazione di sostegno non determina automaticamente l'incapacità del medesimo a partecipare scientemente al processo (art. 70 c.p.p.), atteso che quest'ultima è diversamente disciplinata rispetto alla mancanza di imputabilità (art. 86 c.p.p.) costituendo stati soggettivi che, pur accomunati dall'infermità mentale, operano su piani del tutto diversi e autonomi: ne consegue che, solo ove sia stata in concreto accertata l'incapacità dell'imputato-amministrato di partecipare coscientemente al processo, il giudice è tenuto disporre, ai sensi dell'art. 71 c.p.p., la sospensione del processo".

14. Non miglior sorte merita il secondo motivo, con cui si deduce la violazione dell'art. 157 c.p.p., per la notifica della citazione per il giudizio d'appello, domicilio eletto presso il difensore fiduciario nominato dall'amministratore di sostegno dell'epoca.

Accertata la ritualità e la legittimità della nomina fiduciaria per le ragioni esposte in precedenza, perde infatti di spessore argomentativo quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente-amministrato, circa la presunta nullità della notifica.

Deve, peraltro, aggiungersi che la correttezza di tale assunto è confortata anche dalla lettura data ad una questione analoga da parte della Corte costituzionale. Per inquadrare correttamente la vicenda giurisdizionale presupposta occorre infatti richiamare i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza 11 marzo 2009, n. 116, nella quale veniva esaminata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 166 c.p.p., sollevata dal Tribunale di Trieste, con ordinanza emessa il 21/05/2008, in riferimento all'art. 3 Cost., e art. 111 Cost., commi 1 e 3, nella parte in cui la norma censurata non prevedeva che le notifiche ai soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno venissero effettuate nei confronti dell'amministratore nominato (cfr. C. cost., n. 116 dell'11/03/2009, in C.E.D. Cass., n. 33351).

Secondo il Tribunale di Trieste, la disciplina dell'amministrazione di sostegno, introdotta dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6, non era qualitativamente diversa dagli strumenti approntati dal codice civile in materia di sostegno a soggetti deboli, quale l'interdizione e l'inabilitazione, in ragione del fatto che la differenza tra tali istituti non si fondava sulla gravità dell'infermità mentale del soggetto assistito. Ne conseguiva che la limitazione operata dall'art. 166 c.p.p., ai soli casi di interdizione e inabilitazione, con riferimento all'assistenza del soggetto processuale debole nella fase della notificazione, si poneva in contrasto con i principi affermati nell'art. 3 Cost., e art. 111 Cost., commi 1 e 3.

Alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Trieste la Corte costituzionale rispondeva negativamente, affermando un principio di carattere generale, applicabile alle ipotesi di notifiche eseguite nei confronti di soggetti processuali deboli, che deve ritenersi estensibile al caso di specie, individuandosi, con la pronuncia richiamata, i parametri in base ai quali devono essere effettuate le notifiche nei confronti degli imputati interdetti o inabilitati. Con la sentenza n. 116 del 2009, la Corte costituzionale, con specifico riferimento alla posizione del soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, affermava la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 166 c.p.p., censura-

to in riferimento all'artt. 3 Cost., e art. 111 Cost., commi 1 e 3, nella parte in cui non prevedeva che le notifiche ai soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno siano effettuate "all'amministratore nominato, contrariamente a quanto sarebbe previsto per il tutore dell'interdetto e il curatore dell'inabilitato" (cfr. C. cost., n. 116 dell'11/03/2009, cit.).

Nel valutare la doglianza in esame, invero, occorre tenere presente, nel rispetto di quanto affermato dalla Corte costituzionale (cfr. C. cost., n. 116 dell'11/03/2009, cit.), che se è certamente vero che la disposizione dell'art. 166 c.p.p., prevede, per l'imputato interdetto, la notificazione degli atti processuali nei confronti del suo tutore, tale norma non prende affatto in considerazione l'ipotesi dell'amministrazione di sostegno, in cui versa l'attuale ricorrente, della quale, difatti, la giurisprudenza di questa Corte non si è mai espressamente occupata (si v., da ultimo, con riferimento al soggetto inabilitato: Sez. 1, n. 18141 del 22/03/2017 – dep. 10/04/2017, G, Rv. 269636).

In ipotesi di questo genere, si prevede solamente che, nel caso in cui il processo penale venga sospeso dal giudice perché lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento, ai sensi dell'art. 71 c.p.p., comma 1, le notificazioni debbano essere effettuate anche al curatore speciale nominato sulla base della stessa disposizione.

Pertanto, per potere effettuare le notifiche integrative previste dall'art. 166 c.p.p. (norma in astratto applicabile al caso di specie), occorre che l'imputato sottoposto ad amministratore di sostegno si trovi nelle condizioni di infermità mentale previste dall'art. 71 c.p.p., comma 1. In altri termini, il presupposto per l'esecuzione della notificazione integrativa prevista dall'art. 166 c.p.p., per il curatore speciale dell'imputato sottoposto ad amministrazione di sostegno è costituito dall'esistenza di una condizione patologica tale da compromettere la sua partecipazione cosciente al processo penale che lo riguarda, dovendosi ribadire, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale, che questa procedura comunicativa rafforzata presuppone in capo agli imputati (sia inabilitati che amministrati) che "il loro stato mentale sia tale da comprometterne effettivamente la loro piena e consapevole partecipazione al processo" (cfr. C. cost., n. 116 dell'11/03/2009, cit.).

Ne discende che, nel caso in esame, tenendo conto di tale principio e della condizione di amministrato del P., rispetto al quale non emergeva una condizione di infermità mentale rilevante ai sensi dell'art. 71 c.p.p., comma 1, la notifica della citazione per il giudizio di appello al domicilio eletto presso il difensore di fiducia nominatogli dall'amministratore di sostegno era da considerarsi assolutamente rituale.

Questa ragione processuale impone di pervenire ad un giudizio di infondatezza anche per il secondo motivo di ricorso.

15. Deve, infine, esaminarsi l'ultimo motivo di ricorso, con cui si censura la nomina, quale difensore d'ufficio, a seguito della rinuncia al mandato da parte del difensore di fiducia, dell'Avv. M. Perna da parte del Presidente della Corte d'appello. Non essendosi mai presentato detto legale nel corso del giudizio di secondo grado, in cui si era svolta anche attività istruttoria ex art. 603 c.p.p., ne sarebbe derivata una violazione del diritto di difesa, avendo presenziato alle udienze un sostituto volta per volta nominato ex art. 97 c.p.p., comma 4. La Corte d'appello, in altri termini, avrebbe dovuto nominare un difensore d'ufficio "stabile ed efficiente", sostituendo il legale nominato d'ufficio mai comparso.

Anche tale motivo è privo di pregio.

L'art. 97 c.p.p., infatti, prevede che "l'imputato che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio". La legge processuale non attribuisce alcuna facoltà discrezionale al giudice in tale nomina, ma prevede una ben determinata procedura, stabilendo al comma 2 della richiamata disposizione che "Il difensore d'ufficio nominato ai sensi del comma 1 è individuato nell'ambito degli iscritti all'elenco nazionale di cui all'art. 29 disp. att. c.p.p. I Consigli dell'ordine circondariali di ciascun distretto di Corte d'appello predispongono, mediante un apposito ufficio centralizzato, l'elenco dei professionisti iscritti all'albo e facenti parte dell'elenco nazionale ai fini della nomina su richiesta dell'autorità giudiziaria e della polizia giudiziaria. Il Consiglio nazionale forense fissa, con cadenza annuale, i criteri generali per la nomina dei difensori d'ufficio sulla base della prossimità alla sede del procedimento e della reperibilità". L'art. 97 c.p.p., comma 4, poi, con una disposizione di valenza generale (cioè applicabile tanto al difensore di fiducia che a quello di ufficio nominato a norma dell'art. 97 c.p.p., commi 2 e 3), stabilisce poi che quando è richiesta la presenza del difensore e questi non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa, il giudice designa come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile per il quale si applicano le disposizioni di cui all'art. 102 c.p.p. Non va infine, trascurato che (art. 97 c.p.p., comma 5) il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo, ces-

sando dalle sue funzioni (art. 97 c.p.p., comma 6) se viene nominato un difensore di fiducia.

16. Così richiamata la disciplina processuale vigente, deve rilevarsi l'assoluta ritualità della procedura seguita dalla Corte d'appello. Il Presidente della Corte, come riconosciuto dallo stesso difensore del ricorrente nell'atto di impugnazione, a seguito della rinuncia al mandato del difensore fiduciario, ha provveduto alla designazione di un nuovo difensore di ufficio nella persona dell'Avv. M. Perna; quest'ultimo, per quanto dedotto in ricorso, non si sarebbe mai presentato nel corso delle udienze tenutesi del giudizio di appello, così determinando la Corte territoriale alla nomina del "sostituto" ai sensi del richiamato art. 97 c.p.p., comma 4.

La difesa del ricorrente si duole per non aver provveduto il giudice di merito alla nomina di un nuovo difensore d'ufficio che garantisse "stabilità ed efficienza", ricorrendo le condizioni per la sua sostituzione. È ben vero, come anticipato, che l'art. 97 c.p.p., comma 5, dopo aver stabilito il principio che il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio, prevede anche la "possibilità" della sua sostituzione, condizionandola però all'esistenza di un "giustificato motivo".

Alla locuzione "giustificato motivo" può, è vero, ricondursi il prolungato e persistente inadempimento ai doveri dell'ufficio, configurabile nella concreta mancata attivazione di alcuna incombenza difensiva (Sez. 1, n. 24582 del 28/05/2009 – dep. 15/06/2009, Adil e altro, Rv. 243820; Sez. 3, n. 25812 del 07/06/2005 – dep. 14/07/2005, Vitale, Rv. 231816; Sez. 1, n. 1616 del 02/12/2004 – dep. 20/01/2005, P.M. in proc. Abdellah, Rv. 230651; Sez. 3, n. 24334 del 11/05/2004 – dep. 28/05/2004, Fiderio, Rv. 228974; Sez. 2, n. 48238 del 20/11/2003 – dep. 17/12/2003, Palmieri, Rv. 227083; Sez. 2, n. 9815 del 05/12/2001 – dep. 11/03/2002, Lu Zhong Q, Rv. 221520; Sez. 5, n. 8002 del 19/05/1998 – dep. 07/07/1998, Bortolan A, Rv. 211483; Sez. 1, n. 6493 del 10/02/1998 – dep. 03/06/1998, Esposito G. e altri, Rv. 210759, ove si è precisato che in tali casi la sostituzione può avvenire anche attraverso un provvedimento implicito di dispensa dall'incarico, quale la nomina di un diverso difensore d'ufficio nel decreto di irreperibilità), spettando comunque al difensore, ricevuta la comunicazione relativa l'attribuzione dell'incarico, avvertire l'Autorità giudiziaria dell'impossibilità di adempiere all'incarico affinché la stessa provveda alla sostituzione (art. 30 disp. att. c.p.p.) nel rispetto dei turni di reperibilità predisposti.

Tuttavia, e ciò assume valenza dirimente nel caso in esame, il mancato esercizio della "facoltà" prevista dall'art. 97 c.p.p., comma 5 (come desumibile dalla chiara indicazione "può essere sostituito") non comporta alcuna conseguenza processuale, tant'è che la stessa giurisprudenza di questa Corte ha costantemente affermato che l'inosservanza dell'art. 97 c.p.p., comma 5 non dà luogo ad alcuna nullità (Sez. 6, n. 17554 del 26/04/2006 – dep. 22/05/2006, Di Carlo, Rv. 234507; Sez. 1, n. 4347 del 06/10/1994 – dep. 23/11/1994, Motisi, Rv. 199484), così come non si configura alcuna nullità nel caso di omessa indicazione, da parte del giudice, delle ragioni che hanno determinato la sostituzione, non prescrivendo la legge tale indicazione (Sez. 6, n. 4321 del 08/11/1994 – dep. 13/12/1994, Patané, Rv. 199882).

17. Deve, quindi, essere ribadito il seguente principio di diritto:

"Il mancato esercizio da parte del giudice della facoltà di sostituire il difensore d'ufficio per giustificato motivo, prevista dall'art. 97 c.p.p., comma 5, non comporta (come desumibile dalla chiara indicazione può essere sostituito) alcuna conseguenza processuale; ne consegue che l'inosservanza della predetta disposizione processuale non dà luogo ad alcuna nullità".

18. Alla stregua di quanto sopra il ricorso deve essere, conclusivamente, rigettato con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali nonché al pagamento delle spese relative all'azione civile, liquidate in misura media in base ai criteri di cui al D.M. n. 55 del 2014 per l'ammontare in dispositivo indicato.

19. Deve, infine, rilevarsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, devono essere omesse le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52, in quanto imposto dalla legge, trattandosi di violenza sessuale, peraltro a danno di minori.

PQM

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali ed alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili D.S.T. e S.P., nella qualità di esercenti la potestà genitoriale nei confronti dei figli minori S.G., S.C. e S.E., che liquida in Euro 4.500,00, oltre accessori di legge.

[Omissis]

GUIDO COLAIACOVO

Dottore di ricerca in Diritto e procedura penale – Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Appunti sul ruolo dell'amministratore di sostegno nel processo penale

Notes about the incapable's administrator role in the criminal trial

L'autore esamina in chiave critica una sentenza con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che l'amministratore di sostegno può nominare il difensore di fiducia dell'imputato.

The Author critically examines a Supreme Court decision which stated that the incapable's administrator can nominate the defense attorney on behalf of the defendant.

PREMESSA

La sentenza in rassegna delinea un percorso di indagine suggestivo: dalla consultazione dei repertori non risulta che la giurisprudenza di legittimità si sia mai pronunciata per chiarire il ruolo che l'amministratore di sostegno può svolgere nel processo penale, assolvendo al proprio compito di supporto in favore dell'imputato che non sia in grado di compiere determinate attività. Piuttosto, questa figura civilistica¹, si è timidamente affacciata nel processo penale in un ambito diverso: la Suprema Corte, in rare decisioni, ha tratteggiato l'attività che l'amministratore di sostegno può svolgere in favore della persona offesa. Qui, peraltro, ha adottato una lettura invero restrittiva, poiché, dopo aver escluso che all'amministratore sia conferita, *sic et simpliciter*, la rappresentanza dell'offeso dal reato², ha perimetrato i suoi poteri, precisando che essi devono essere di volta in volta individuati prendendo come punto di riferimento il decreto giudiziale di nomina³.

La decisione della Suprema Corte, quindi, segna un mutamento nell'approccio esegetico. Notevoli le differenze, tanto dal punto di vista soggettivo, che dal punto di vista oggettivo. Per un verso, infatti, la pronuncia riguarda l'imputato; per altro verso, invece, si sofferma su due profili fondamentali del diritto di difesa, ossia la nomina del difensore e la notifica degli atti. In quest'ultima prospettiva, poi, lambisce anche un'altra questione alquanto delicata, come quella della capacità dell'imputato a partecipare al processo a suo carico.

Pare utile esplorare le evoluzioni interpretative che potrebbero originare da questo nuovo paradigma. Più precisamente, si tratta di indagare sugli approfondimenti che possono scaturire da una simile esegesi, che, ove fosse ancora coltivata, potrebbe spingersi fino a consentire ad *altri* soggetti di sostituirsi all'imputato nell'esercizio di *altri* diritti: dalla nomina del difensore di fiducia, infatti, si potrebbe immaginare, ad esempio, un'estensione anche alla scelta dei riti alternativi. Una simile conclusione, tuttavia, impone un esperimento preliminare, volto a verificare la compatibilità del principio di diritto enunciato dalla Corte con le disposizioni del codice di rito che disciplinano la partecipazione dell'imputato al processo e con i principi, anche di rilievo costituzionale, dei quali esse sono espressione.

¹ L'istituto è disciplinato nel codice civile dagli artt. 404-416, modificati dalla l. 9 gennaio 2004, n. 6.

² In questo senso, Cass., sez. II, 21 dicembre 2016, n. 2661, in *CED Cass.*, n. 269530.

³ Su questa linea interpretativa, in concreto, si è affermato che l'amministratore non ha un autonomo potere di querela, potendo al massimo sollecitare il giudice tutelare alla nomina di un curatore speciale (Cass., sez. II, 15 gennaio 2015, n. 14071, in *CED Cass.*, n. 263294). In termini sostanzialmente conformi, Cass., sez. IV, 8 maggio 2012, n. 32338, in *CED Cass.*, n. 253155 ha affermato che è valida la querela proposta, nei limiti dei poteri individuati dal decreto di nomina del giudice tutelare, dall'amministratore di sostegno nell'interesse del figlio quale persona offesa dal reato, non essendo necessaria la nomina di un curatore speciale per l'assenza di un conflitto di interessi tra le persone interessate.

LA CAPACITÀ DELL'IMPUTATO DI PARTECIPARE AL PROCESSO

Sulla persona coinvolta in un procedimento penale – di qualsiasi tipo⁴ – si riversa l'enorme tensione che scaturisce dall'attivazione del meccanismo giudiziario e dalla natura delle conseguenze che, più o meno direttamente, possono derivarne⁵. Così, a prescindere dallo scopo e dalla natura del procedimento – di cognizione, cautelare, esecutivo – questa persona, rispetto all'autorità giudiziaria, viene a trovarsi in una posizione di soggezione che richiede l'allestimento di strumenti finalizzati a consentirgli di difendersi dalla pretesa statale⁶. Questo nucleo di diritti – che contribuisce a comporre la nozione di “giusto processo”⁷ – va garantito in ogni momento della vicenda processuale. Sintetizzando estremamente, l'imputato ha il diritto di partecipare al processo a suo carico e, affinché tale partecipazione sia effettiva, l'art. 111 Cost. esige che l'imputato sia portato a conoscenza, in tempo utile, dell'accusa mossa nei suoi confronti e sia assistito da un interprete ove non parli la lingua utilizzata per compiere le attività processuali. L'utilizzo di questi strumenti e l'impostazione della strategia difensiva presuppongono che colui che viene processato, anche con l'ausilio del proprio difensore, sia in grado di comprendere cosa sta accadendo, il significato delle proprie scelte e le conseguenze che da esse possono derivare.

A garantire che la partecipazione dell'imputato sia consapevole provvede l'istituto disciplinato dagli artt. 70-73 c.p.p., in forza del quale, nell'ipotesi in cui si accerti una condizione di incapacità, il processo viene sospeso⁸. La delicatezza di questo aspetto si rinviene tanto nella prospettiva dell'autodifesa, intesa nella sua declinazione attiva e passiva, sia nella prospettiva della difesa tecnica. Quest'ultima, il cui esercizio è affidato a un soggetto diverso dall'imputato⁹ deve essere considerata soprattutto dal punto di vista della scelta del difensore e della condivisione delle singole scelte processuali o, quantomeno, nell'impostazione di fondo della linea difensiva. La sentenza in rassegna interviene proprio su quest'ultimo profilo, nella parte in cui ritiene legittima la nomina del difensore dell'imputato da parte dell'amministratore di sostegno.

LA NOMINA DEL DIFENSORE DI FIDUCIA

La soluzione della Suprema Corte, tuttavia, desta alcune perplessità. Il diritto processuale penale conosce alcune ipotesi nelle quali la nomina del difensore di fiducia può essere effettuata da persone diverse dal diretto interessato.

Rimanendo all'interno delle previsioni del codice di rito, si può fare riferimento all'art. 96, comma 3, c.p.p., in forza del quale la nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi abbia provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto. Si tratta, tuttavia, di una facoltà sostitutiva affatto limitata e precaria, sia perché il suo esercizio è soltanto eventuale, nel senso che i prossimi congiunti non sono tenuti alla nomina e sono legittimati soltanto finché l'imputato non abbia provveduto personalmente, sia perché l'interessato, in ogni momento, può togliere efficacia alla nomina, indicando autonomamente un proprio difensore¹⁰. D'altro canto, anche il

⁴Nel prosieguo, si farà riferimento alla figura dell'imputato, ma, a titolo esemplificativo, le considerazioni ben possono essere adattate, non soltanto all'indagato, ma anche alla persona della quale si chiede l'extradizione, alla persona nei cui confronti è richiesta l'applicazione di una misura di prevenzione e a qualsiasi altro soggetto venga a trovarsi in una posizione analoga.

⁵Sul punto, *ex plurimis*, G. Spangher, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 42.

⁶Conviene precisare che la “soggezione” alla quale si fa riferimento deve essere intesa come impossibilità di sottrarsi alla celebrazione del processo e a talune attività che ne costituiscono lo svolgimento; situazione dalla quale, appunto, deriva l'obbligo per il legislatore di predisporre adeguati strumenti di tutela.

⁷Sul punto, *ex plurimis*, G. Ubertis, *Giusto processo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 420.

⁸Anche questo istituto ha vissuto una controversa esperienza legislativa, che sembra essersi conclusa soltanto con la l. 23 giugno 2017, n. 103, che ha introdotto l'art. 72-bis c.p.p. Sul punto, *ex plurimis*, M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, Giuffrè, 1992, *passim*, e, più di recente, G.P. Voena, *La difficile scomparsa degli eterni giudicabili*, in AA.VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 29 ss.

⁹Sul punto, a sottolineare l'importanza del difensore, è necessario sottolineare come la maggior parte dei diritti dei quali è titolare l'imputato sono in concreto esercitati dal difensore (G. Spangher, *Considerazioni*, cit., p. 42).

¹⁰In questo senso, A. Ricci, *Il difensore*, in G. Spangher-G. Dean, *I soggetti*, I, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2008, p. 699.

presupposto per l'applicazione della regola speciale poggia su una situazione ben diversa da quella trattata nella sentenza in rassegna: qui, infatti, il conferimento dei poteri ai prossimi congiunti è giustificato dalla necessità di evitare che l'interessato possa subire condizionamenti determinati dall'ambiente carcerario nel quale si trova¹¹. Da tale circostanza, peraltro, si fa discendere anche l'ulteriore affermazione secondo la quale la previsione non è applicabile in via analogica, a situazioni simili¹².

Alla luce di ciò, sembra da escludere, per un verso, che l'intrusione di altri soggetti nella scelta del difensore di fiducia abbia cittadinanza nel sistema processuale penale fuori dalle ipotesi tassativamente individuate, e che, per altro verso, la scelta effettuata da tali soggetti circa la nomina del difensore, non possa essere superata da quella dell'imputato.

Identico discorso può ripetersi per la nomina ufficiosa, ai sensi dell'art. 97 c.p.p., anch'essa giustificata da presupposti ben precisi e destinata ad essere superata da una scelta diversa dell'interessato¹³.

Una lettura differente circa l'esercizio esclusivo da parte dell'imputato del diritto a nominare il difensore, non può essere proposta neppure evocando le disposizioni sul procedimento minorile. Nel rito penale minorile, infatti, è previsto l'intervento di altri soggetti a supporto dell'imputato: è il caso, ad esempio, dell'esercente la responsabilità genitoriale, che interviene in funzione integrativa dell'autodifesa del minore esercitando determinati diritti¹⁴. Ma, anche a tacere del fatto che le disposizioni del procedimento minorile, per le peculiarità di *ratio*, non sono utile riferimento per il procedimento contro imputati maggiorenni, va rilevato che, questi poteri sono ben delimitati e non elidono del tutto la partecipazione dell'imputato, coerentemente con l'impostazione di fondo, che riconosce al minorenni piena capacità processuale¹⁵.

Queste considerazioni giustificano la convinzione che, al di fuori di ipotesi tassativamente previste e collegate a presupposti ben precisi, per la nomina del difensore di fiducia non sono ammessi interventi di altri soggetti che possano avocare i poteri dell'imputato. Questa conclusione deve essere ribadita con maggior vigore nei casi in cui l'intromissione di soggetti terzi miri a supplire a carenze dell'imputato dal punto di vista della capacità processuale: per un verso, l'incapacità di nominare il difensore potrebbe essere indice di una più grave situazione di disagio; per altro verso, non sembrerebbe superabile una situazione nella quale l'imputato e il suo amministratore di sostegno non concordino sulla scelta del professionista.

LA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO E L'ESCLUSIONE DI UN SUO INTERVENTO NEL PROCESSO PENALE

La soluzione negativa al quesito della nomina del difensore di fiducia da parte dell'amministratore di sostegno, suggerisce di ampliare il campo di indagine e verificare se, nell'ordinamento processuale penale, sia consentito un intervento di questa figura particolare per svolgere attività diverse.

È utile, in via preliminare, delineare brevemente i connotati dell'istituto, muovendo proprio dalla descrizione che ne offre la sentenza in rassegna. La Suprema Corte, richiamando la giurisprudenza civile di legittimità, ha posto l'accento su un tratto fondamentale dell'amministrazione di sostegno, che si

¹¹ Più precisamente, stando alla Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale, nel disciplinare tale modalità di nomina, si è tenuto conto delle condizioni di obiettiva difficoltà in cui possono trovarsi le persone nei primi giorni di restrizione, dato che non hanno la possibilità di consultarsi con persone diverse da quelle presenti nello stesso carcere e finiscono spesso con l'accogliere deprecabili suggerimenti di queste ultime.

¹² Ad esempio, la prevalente giurisprudenza di legittimità esclude che della previsione in parola possano far uso i prossimi congiunti del latitante (*ex plurimis*, Cass., sez. II, 2 febbraio 2017, n. 9209, in *CED Cass.* n. 269437).

¹³ In questo senso è chiarissima la previsione del sesto comma dell'art. 97 c.p.p., che è la più evidente espressione della volontà del legislatore di riservare esclusivamente all'imputato la scelta del proprio difensore.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 34 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, l'esercente la responsabilità genitoriale può anche proporre impugnazione. Per una esaustiva panoramica dei poteri di tale soggetto, V. Patanè, sub *art. 7*, in G. Giostra, *Il processo penale minorile*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 96 ss.

¹⁵ Rimanendo ancora sull'art. 34, e ponendo lo sguardo sul secondo comma, si evince che, nel caso in cui vi sia contraddizione tra l'impugnazione proposta dall'imputato minorenni e quella proposta dall'esercente la responsabilità genitoriale, prevalga la prima. Secondo V. Bosco, sub *art. 34*, in G. Giostra, *Il processo penale minorile*, cit., p. 670, questa previsione testimonia proprio l'intento del legislatore di escludere una limitazione della capacità processuale del minorenni.

caratterizza per un *quid minus* – in termini di incapacità del soggetto beneficiario – rispetto al presupposto che giustifica l'interdizione o l'inabilitazione¹⁶. Nel confronto con questi istituti, infatti, si deve aver riguardo non tanto al grado di infermità, più o meno intenso, ma all'idoneità dello strumento ad adeguarsi alle esigenze dell'amministrato, al fine di offrirgli un valido supporto¹⁷. In altre parole, la meno intrusiva misura dell'amministrazione di sostegno troverà applicazione soltanto quando non sussistono specifiche situazioni di infermità mentale che rendano la persona totalmente incapace. Nel delineare i poteri dell'amministratore di sostegno, ancora in rima con le statuizioni della giurisprudenza civile, la Suprema Corte ha evidenziato, poi, come sia necessario un approfondito giudizio circa le esigenze dell'amministrato al fine di sagomare l'intervento dell'amministratore entro i limiti strettamente necessari¹⁸. Da queste considerazioni si fa discendere una duplice conclusione: per un verso, si afferma che non possono muoversi censure alla nomina del difensore di fiducia effettuata dall'amministratore di sostegno autorizzato dal giudice tutelare; per altro verso, si evidenzia che la condizione dell'amministrato non presenta alcuna implicazione con la previsione dell'art. 70 c.p.p. In quest'ultima prospettiva, infatti, i due istituti operano su piani differenti¹⁹.

Si deve senz'altro convenire che la nomina di un amministratore di sostegno non è indice di una incapacità dell'imputato a partecipare al processo a suo carico, posto che tale condizione deve essere di volta in accertata con le modalità previste dal codice di rito penale. Anche se non può dimenticarsi che il presupposto per l'applicazione dell'istituto rimane *un certo grado di incapacità*, come ha precisato la Corte costituzionale²⁰, ovvero una condizione di disagio che incide sulla autodeterminazione dell'amministrato, che mal si concilia con il pieno possesso delle facoltà mentali che la partecipazione al processo penale, invece, richiede.

Il profilo problematico si colloca però in un differente aspetto della materia, proprio perché gli istituti operano su piani e soprattutto in contesti differenti.

L'amministrazione di sostegno, come si è detto, è un istituto caratteristico del diritto civile, che offre al problema della capacità giuridica una soluzione affatto diversa da quella adottata nel processo penale. Nel diritto civile, infatti, la declaratoria di interdizione di un soggetto non comporta la paralisi delle sue attività: egli, ai sensi dell'art. 357 c.c., attraverso il suo tutore continuerà a porre in essere tutti gli atti necessari per sbrigare i suoi affari. In questa prospettiva, l'istituto dell'amministrazione di sostegno mira ad escludere che provvedimenti di questo tipo siano la regola e consente di adattare l'intervento di un altro soggetto contenendolo nei limiti del necessario. Nel processo penale, invece, l'accertamento dell'incapacità dell'imputato comporta la sospensione di ogni attività finché perduri tale condizione ovvero finché non si sarà verificata una causa estintiva. Qui, la scelta del legislatore è ben più stringente, nel senso che non si rinvengono posizioni intermedie, nelle quali si possa ritenere che l'imputato, pur impossibilitato a compiere alcune attività, sia nelle condizioni di compierne altre.

Del resto, poiché nel processo penale sono in gioco interessi e diritti personalissimi, appare anche difficile ipotizzare delle attività che non incidano su questi diritti e possano, pertanto, essere compiute da terzi²¹. In questa ottica, la sospensione del processo nei confronti dell'imputato sia una peculiarità del rito penale emerge anche dal raffronto con le discipline di altre materie. Ad esempio, nel processo civile non è contemplata una sospensione del processo in quanto l'incapace starà

¹⁶ In generale, sull'amministrazione di sostegno, P. Cendon, *Amministrazione di sostegno (profili generali)*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, Giuffrè, 2014, p. 21, e R. Rossi, *Amministrazione di sostegno (disciplina normativa)*, ivi, p. 31.

¹⁷ Sul punto, la sentenza richiama Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 22332, in *Guida dir.*, 2011, 46, p. 66.

¹⁸ Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Guida dir.*, 27, p. 81.

¹⁹ Peraltro, l'istituto dell'amministrazione di sostegno pone rimedio a infermità non soltanto psichiche, come l'interdizione e l'inabilitazione, ma anche a infermità fisiche, che non compromettono le facoltà mentali dell'amministrato, come avviene, ad esempio, per il portatore di *handicap* (A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 110; Cass. civ., sez. I, 2 agosto 2012, n. 13917, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2587).

²⁰ C. cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4746, che ha individuato uno stato di infermità quale elemento di fatto per l'applicazione dell'istituto e, in questa ottica, ha puntualizzato che, con riguardo ai più incisivi istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, si può ricorrere all'amministrazione di sostegno quando l'incapacità abbia una minore gravità.

²¹ Esemplificando, devono ricondursi in questo contesto non soltanto la scelta del difensore, ma anche la decisione sull'accesso ai riti alternativi o sull'impugnazione della sentenza. Si potrebbe immaginare un ruolo dell'amministratore di sostegno soltanto in alcune attività marginali, ma una simile affermazione sarebbe difficilmente sostenibile, posto che un imputato che non è in grado di compiere scelte tanto semplici e ininfluenti difficilmente sarà in grado di compiere quelle di maggior significato.

in giudizio per mezzo del tutore²². Peraltro, anche qualora la perdita della capacità avvenisse in corso di causa, l'integrità del contraddittorio sarebbe assicurata dall'interruzione del processo che, tuttavia, è una situazione che non preclude la prosecuzione o la riassunzione, ai sensi degli artt. 299 ss. c.p.c.²³.

La conclusione, quindi, è che le peculiarità del processo penale non sembrano consentire un intervento dell'amministratore di sostegno a supportare l'imputato²⁴ che sia impedito per una infermità di carattere psichico²⁵. In questo senso, peraltro, può essere letta anche la decisione della Corte costituzionale sull'art. 166 c.p.p.²⁶, che lascia emergere due elementi di interesse: in primo luogo, che il legislatore, allorché ha introdotto l'istituto dell'amministrazione di sostegno, non ha ritenuto di modificare il codice di rito penale, aggiungendo tale soggetto nel novero dei destinatari della notifica; in secondo luogo, che l'unico istituto di matrice civilistica che regola la capacità delle persone rilevante per il processo penale è quello dell'interdizione, poiché coincide con una situazione che determina la sospensione del processo.

Ragionando altrimenti si dovrebbe pervenire a una conclusione difficilmente accettabile, in base alla quale l'intervento dell'amministratore di sostegno potrebbe supplire a determinate difficoltà psichiche dell'imputato che ostacolano non soltanto la scelta del difensore, ma, ad esempio, anche l'accesso ai riti premiali, o l'impugnazione di una sentenza²⁷. Così, tuttavia, l'attività di supplenza dell'amministratore di sostegno sarebbe di volta in volta ampliata finendo per comprendere l'esercizio di diritti personalissimi e, in tal modo, si svuoterebbe di significato l'istituto della sospensione del processo per incapacità dell'imputato che rischierebbe di subire le conseguenze di scelte non sue.

²² A sostegno di questa affermazione è sufficiente ricordare che la parte civile costituita nel processo penale ben può coltivare le proprie pretese, intraprendendo un nuovo giudizio civile, poiché, ai sensi dell'art. 71, comma 6, c.p.p. non opera la previsione dell'art. 75, comma 3, c.p.p.

²³ Peraltro, si deve evidenziare che la scelta di render noto l'evento è rimessa al difensore della parte, che, quindi, ben può far proseguire il processo (sul punto, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 251).

²⁴ Diverso è, il discorso per la persona offesa: in questo caso, il ruolo differente di tale soggetto all'interno del processo penale non preclude l'intervento dell'amministratore di sostegno.

²⁵ Al contrario, non dovrebbero ravvisarsi impedimenti all'intervento dell'amministratore di sostegno nominato a causa di una infermità fisica dell'imputato. In simili ipotesi, infatti, l'amministrato rimarrebbe comunque il *dominus* delle proprie scelte.

²⁶ C. cost., 11 marzo 2009, n. 116, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3817.

²⁷ Un intervento di questo tipo, stando alla motivazione della sentenza in rassegna, si dovrebbe giustificare ogni qualvolta si ravvisi una situazione nella quale l'imputato potrebbe danneggiare se stesso, non essendo in grado di cogliere il vantaggio che deriverebbe dal corretto esercizio dei suoi diritti processuali.

Le Sezioni Unite circoscrivono l'operatività dell'effetto estensivo

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 24 GENNAIO 2018, N. 3391 – PRES. CANZIO; EST. RONTUNDO

Non è estensibile ex art. 587 c.p.p., nei confronti del coimputato non impugnante concorrente nel medesimo reato, la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione se la causa estintiva è maturata successivamente all'irrevocabilità della sentenza emessa nei confronti del medesimo.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 14 dicembre 2010, ha dichiarato V.P. e S.F. responsabili dei reati di furto e lesioni personali commessi in concorso tra loro in data 20 settembre 2006, condannandoli alle pene di giustizia ed al risarcimento dei danni in favore della parte civile. Avverso la predetta sentenza ha proposto appello S.F., chiedendo l'assoluzione perché il fatto non sussiste, mentre V.P. ha solo chiesto di partecipare al giudizio ex art. 587 cod. proc. pen. Con sentenza del 24 settembre 2015 la Corte di appello di Napoli ha dichiarato non doversi procedere per essere i reati estinti per prescrizione nei confronti sia del S. sia del coimputato non appellante V.P., per il quale la sentenza di condanna era divenuta nel frattempo irrevocabile. I giudici di appello hanno dato atto in motivazione dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale e hanno deciso di aderire al filone interpretativo in base al quale il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del non impugnante non era di ostacolo all'estensione nei suoi confronti della declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione ai sensi dell'art. 587 cod. proc. pen., affermando a tale proposito che l'unica condizione prevista dalla predetta norma è che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali, nulla rilevando che la prescrizione nel caso di specie si sia verificata successivamente alla irrevocabilità della sentenza di condanna per il non appellante.

2. Avverso l'indicata sentenza ha presentato ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte di appello di Napoli, nei confronti di V.P., denunciando l'inosservanza o erronea applicazione degli artt. 157 cod. pen., 531, comma 1, 650, comma 1, e 587 cod. proc. pen. per avere la sentenza impugnata seguito erroneamente un orientamento già disatteso da Sez. U, n. 19054/2013, Vattani, adottando un'interpretazione che minerebbe la certezza del giudicato e creerebbe confusione nella sua esecuzione.

3. La Quinta Sezione penale, con ordinanza del 2 febbraio 2017, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite, ma, in data 22 febbraio 2017, il Primo Presidente ne aveva disposto la restituzione ai sensi dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen., rilevando che la giurisprudenza di legittimità si era espressa, anche a Sezioni Unite, nel senso della non operatività dell'effetto estensivo della impugnazione nella ipotesi in cui il giudicato di condanna si sia formato per il coimputato non impugnante prima della maturazione del termine della prescrizione del reato al medesimo addebitato; e che nella ordinanza di rimessione non si prendeva argomentatamente posizione per una diversa soluzione. Con successiva ordinanza del 17 maggio 2017 la Quinta Sezione ha rimesso nuovamente il ricorso alle Sezioni Unite.

La Quinta Sezione ha individuato la questione oggetto del contrasto giurisprudenziale, enunciandola nei seguenti termini: 'Se l'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione operi in favore del coimputato non impugnante solo qualora detta causa estintiva sia maturata prima dell'irrevocabilità della sentenza nei confronti dello stesso, ovvero – fermo restando il presupposto che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali dell'impugnante – anche nell'ipotesi in cui la causa di estinzione sia maturata dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna nei confronti del coimputato non impugnante'.

Ad avviso della Sezione rimettente, il contrasto sulla questione non poteva considerarsi risolto dalla sentenza Sez. U Vattani, che pure aveva pronunciato sul punto un principio di diritto poi massimato, in quanto con tale decisione le Sezioni Unite si erano espresse sul tema in via incidentale, senza prendere in considerazione il diverso orientamento già allora emerso nella giurisprudenza di legittimità.

L'articolata ordinanza di rimessione ha quindi esposto in maniera compiuta gli orientamenti contrapposti prendendo spunto da altre due precedenti sentenze delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 7157 del 18/06/1983, Carbonello, Rv. 160067 resa quando era ancora in vigore il codice di rito abrogato – e Sez. U, n. 9 del 24 marzo 1995, Cacciapuoti, Rv. 201304), le quali si erano pronunciate su questioni diverse ma comunque rilevanti rispetto al tema sopra indicato.

È stato quindi riassunto il primo orientamento, ritenuto prevalente, secondo cui l'estensione dell'impugnazione nei casi contemplati dall'art. 587 cod. proc. pen. non preclude il formarsi ab initio del giudicato per chi non ha proposto impugnazione, con la conseguenza che la declaratoria di estinzione del reato non può essere pronunciata anche nei confronti del coimputato non impugnante, se il giudicato di colpevolezza si è formato nei suoi confronti prima del verificarsi dell'effetto estintivo; e ciò a prescindere dalla circostanza che i motivi di impugnazione siano o meno esclusivamente personali (tra le altre Sez. U, n. 9 del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201304 e Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255297).

Il secondo orientamento ha invece ritenuto che l'estensione al coimputato non impugnante della prescrizione del reato per effetto della disposizione di cui all'art. 587 cod. proc. pen. si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti, dato che l'unica condizione preclusiva all'effetto estensivo dell'impugnazione è costituita dalla natura strettamente personale del motivo di impugnazione della sentenza di condanna (Sez. 2, n. 33429 del 12/05/2015, Guardi, Rv. 264139; Sez. 3, n. 10223 del 24/01/2013, Mikulic, Rv. 254640; Sez. 4, n. 10180 del 11/11/2004, dep. 2005, Antoci, Rv. 231133; Sez. 3, n. 9553 del 08/07/1997, Curello, Rv. 209631; Sez. 3, n. 3621 del 04/11/1997, Giampaoli, Rv. 209969).

L'ordinanza di rimessione ha preso posizione a favore di quest'ultima linea interpretativa, partendo dalla premessa che l'estensione dell'impugnazione prevista dall'art. 587 cod. proc. pen. realizza, da un lato, l'estensione dei motivi di impugnazione non strettamente personali e, dall'altro, l'estensione della sentenza in favor rei emessa nel conseguente giudizio di impugnazione. In questo quadro, secondo la Sezione rimettente, le questioni ex art. 129 cod. proc. pen. e, tra esse, quella della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione sarebbero rilevabili anche oltre i limiti della devoluzione promossa dall'impugnazione.

4. Con decreto del 18 luglio 2017 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite fissando per la trattazione l'odierna pubblica udienza.

5. In data 5 ottobre 2017 l'Avvocato generale ha presentato una memoria, formulando come conclusione la richiesta che la Suprema Corte decida nel senso che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione operi in favore del coimputato non impugnante solo nell'ipotesi in cui detta causa sia maturata prima dell'irrevocabilità della sentenza nei confronti dello stesso.

La Procura generale ha evidenziato che non può essere qualificata come 'comune' ai coimputati una causa estintiva legata al decorso del tempo di prescrizione che, in concreto, può prodursi o meno per effetto di una molteplicità di fattori eminentemente soggettivi influenti sul tempo del processo, che sono frutto delle diverse scelte dei coimputati (sul rito o sulle impugnazioni) o conseguenza della loro diversa situazione personale (es. la presenza della recidiva per alcuno di essi).

Inoltre, ha affermato che l'interpretazione restrittiva dell'art. 587 cod. proc. pen. data dalla giurisprudenza maggioritaria non contrasta con la ratio della norma, che è quella di evitare giudicati contrastanti tra coimputati aventi posizione sostanziale o processuale comune. Infatti, nel caso in cui solo il coimputato che ha impugnato ottenga la declaratoria di estinzione per prescrizione vi sarebbero giudicati 'diversi', scaturenti dal fluire del tempo e da vicende del processo frutto di scelte personali, ma non per questo nella sostanza 'contraddittori'.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione devoluta alle Sezioni Unite può essere così enunciata:

'Se l'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione operi in favore del coimputato non impugnante anche nell'ipotesi in cui la causa di estinzione sia maturata dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna nei confronti dello stesso'.

2. È utile preliminarmente riassumere lo svolgimento del processo.

Con sentenza del 14 dicembre 2010 il Tribunale di Napoli ha dichiarato V.P. e S.F. responsabili dei reati di furto e lesioni personali, commessi in concorso tra loro in data 20 settembre 2006, condannandoli alle pene di giustizia ed al risarcimento dei danni in favore della costituita parte civile.

Avverso la predetta sentenza ha proposto appello il solo S., chiedendo l'assoluzione perché il fatto non sussiste (senza, peraltro, eccepire la prescrizione, non ancora maturata), mentre il V. ha chiesto di partecipare al giudizio ex art. 587 cod. proc. pen.

Con sentenza in data 24 settembre 2015 la Corte di appello di Napoli ha dichiarato non doversi procedere per essere i reati estinti per prescrizione nei confronti sia del S. sia del coimputato non appellante V., per il quale la sentenza di condanna era divenuta nel frattempo irrevocabile.

Il termine di prescrizione dei reati di furto e lesioni personali per i quali i due imputati erano stati condannati in primo grado era, infatti, venuto a scadere per entrambi il 20 marzo 2014, e cioè in data largamente successiva a quella in cui la sentenza del Tribunale di Napoli era divenuta irrevocabile per il V.

Secondo i giudici di appello (che hanno dato atto, in motivazione, dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto), il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del non impugnante non era di ostacolo all'estensione nei suoi confronti della declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione ai sensi dell'art. 587 cod. proc. pen., in quanto l'unica condizione prevista dalla predetta norma è che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali, nulla rilevando che la prescrizione, come nel caso di specie, si verifichi successivamente alla irrevocabilità della sentenza di condanna per il non appellante.

3. Al fine di dare una risposta razionale e coerente al quesito sottoposto alle Sezioni Unite è utile una breve ricognizione in ordine alla ratio ed alla logica dell'istituto della prescrizione e di quello dell'effetto estensivo delle impugnazioni.

4. L'opinione ormai generalizzata, in dottrina ed in giurisprudenza, individua la ratio della prescrizione nella esigenza politica di soprassedere all'irrogazione di sanzioni penali dopo un determinato (non breve) lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato.

Se alla base della rinuncia da parte dello Stato ad esercitare i suoi poteri punitivi si pone il decorso del tempo in assenza di un esito di merito del processo, è evidente l'importanza che assume la relazione tra l'imputato e il termine temporale definito dal legislatore, termine che inizia con la commissione del fatto-reato e si dipana per la durata del processo.

Ne discende che le scelte 'personali' compiute dall'imputato nel corso del processo (si pensi alla scelta del rito o alla proposizione di una impugnazione) non possono non incidere sui tempi della procedura e sul verificarsi o meno della causa estintiva della prescrizione.

In questo quadro il rapporto imputato-tempo (durata) del processo acquista l'autonoma valenza di causa estintiva del reato e determina la fine del processo allo scadere del termine prestabilito dal legislatore, ovvero perde il suo autonomo rilievo allorché prima del decorso del termine prescrizionale sia intervenuta una tempestiva pronuncia irrevocabile, che chiude definitivamente la vicenda processuale e preclude ogni ulteriore valutazione di carattere meramente temporale.

Fino allo spirare del termine fissato dalla legge per l'estinzione del reato per prescrizione si pone per l'imputato una gamma di scelte in ordine al comportamento processuale da seguire, che va dalla totale inerzia (con eventuale rinuncia alla prescrizione) al dinamismo processuale diretto a prolungare i tempi del processo proprio al fine di fruire della causa estintiva.

Ciò che rileva, però, è il rapporto intercorrente tra l'imputato e il tempo del 'suo' processo, da un lato, e il predeterminato termine di prescrizione, dall'altro, restando ininfluenti le cause del maturare della prescrizione.

5. Venendo ora alla estensione dell'impugnazione, va in primo luogo rimarcato che l'art. 587, comma 1, cod. proc. pen. prevede che 'nel caso di concorso di più persone in uno stesso reato, l'impugnazione proposta da uno degli imputati, purché non fondata su motivi esclusivamente personali, giova anche agli altri imputati'.

L'uso da parte del legislatore del termine 'imputati' e non 'condannati', con riferimento ai non impugnanti, sembra chiaramente escludere che l'effetto estensivo possa riguardare i coimputati non impugnanti per i quali la causa estintiva sia maturata dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna pronunciata nei loro confronti.

A parte ciò, giova ricordare che la disposizione dell'art. 587 cod. proc. pen., che prevede l'effetto estensivo dell'impugnazione, è stata uniformemente interpretata come dettata dall'esigenza di evita-

re disarmonie di trattamento tra soggetti in identica posizione, taluno dei quali abbia con esito favorevole proposto valida impugnazione (v., tra le tante: Sez. 1, n. 15288 del 24/03/2003, Manzi, Rv. 231242).

Sulla finalità di evitare 'contraddittori giudicati in causa unica' ha, del resto, insistito la giurisprudenza di questa Corte, chiarendo che, poiché, nel processo plurisoggettivo, la valida impugnazione proposta dal coimputato – ancorché sostenuta da motivo non esclusivamente personale – non impedisce che diventi irrevocabile la sentenza relativamente al rapporto concernente l'imputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile), rimane ferma l'esecutorietà delle statuizioni ivi contenute e non può sospendersi il relativo procedimento esecutivo nell'attesa del verificarsi dell'eventuale effetto risolutivo straordinario di cui all'art. 587 cod. proc. pen., in mancanza di disposizioni che attribuiscono un simile potere al giudice dell'esecuzione, né potendosene altrimenti trarre l'esistenza dal sistema penale (Sez. U, n. 9 del 24/03/1995, Cacciapuoti, Rv. 201305, e successivamente Sez. U, n. 19054 del 20/12/2012, Vattani, Rv. 255297; Sez. 2, n. 9731 del 25/11/2016, dep. 2017, Fiore, Rv. 269219; Sez. 5, n. 15623 del 27/01/2016, Di Martino, Rv. 266551; Sez. 2, n. 26078 del 20/05/2009, Borrelli, Rv. 244664; Sez. 6, n. 23251 del 18/03/2003, Cammardella, Rv. 226007; Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo, Rv. 217393; Sez. 6, n. 2381 del 12/12/1994, dep. 1995, Zedda, Rv. 201245).

In definitiva, nei confronti del coimputato non impugnante si forma il giudicato, che potrà essere revocato solo al momento dell'accoglimento della impugnazione non strettamente personale svolta da altro coimputato.

Davanti a situazioni riguardanti il processo, sostanzialmente comuni a tutti gli imputati coinvolti (si pensi, ad esempio, alla valutazione dell'attendibilità o meno di una prova dichiarativa riguardante in modo identico più imputati, alla decisione sulla utilizzabilità o meno di una intercettazione riguardante nello stesso modo più imputati o al giudizio su un vizio processuale incidente su più imputati in modo identico), non può non operare il fenomeno della estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante. Esso costituisce un rimedio straordinario, che, solo al verificarsi dell'evento consistente nel riconoscimento, in sede di giudizio conclusivo del gravame, del motivo non esclusivamente personale dedotto dall'imputato diligente, è idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, rendendo questi partecipe del beneficio conseguito dal coimputato; con la conseguenza che, fino a quando non si sia verificato tale effetto risolutivo, l'impugnazione altrui non spiega influenza alcuna sulla esecutorietà della sentenza relativa al rapporto processuale concernente il non impugnante.

Si tratta all'evidenza di casi in cui i motivi di impugnazione sono 'non esclusivamente personali', perché investono questioni comuni ed ugualmente incidenti su più imputati, che l'ordinamento esige siano risolte in maniera conforme per ragioni di giustizia sostanziale e di uniforme applicazione delle regole processuali, giustificandosi pertanto l'effetto estensivo delle impugnazioni.

6. Una volta chiariti i tratti peculiari della prescrizione e dell'effetto estensivo, non resta che trarre le conclusioni interfacciando i due istituti.

L'effetto estensivo di cui all'art. 587 cod. proc. pen. riguarda questioni o situazioni oggettive concernenti il processo, sostanzialmente uguali ('comuni') per tutti gli imputati coinvolti. Si tratta di casi in cui i motivi di impugnazione sono 'non esclusivamente personali'.

Diverso è il caso della prescrizione del reato, il cui verificarsi nel corso del processo dipende da scelte individuali (sul rito o inerenti la proposizione di mezzi di impugnazione) ed è legato anche alle situazioni personali degli imputati (si pensi alla presenza della recidiva solo per alcuni di essi).

Ma v'è di più. Il decorso del termine di prescrizione si sostanzia nella relazione tra un imputato, il reato da lui commesso e il tempo trascorso, relazione che cessa definitivamente e perde ogni ragion d'essere quando nei confronti dell'imputato sia intervenuta sentenza irrevocabile.

Ne deriva che dalla applicazione della prescrizione nei confronti di concorrenti nello stesso reato possono derivare giudicati diversi ma non per questo contraddittori, scaturenti dal fluire del tempo e da vicende del processo frutto di scelte personali, senza che ricorrano le condizioni né le finalità dell'effetto estensivo dell'impugnazione ex art. 587, comma 1, cod. proc. pen.

In altre parole, l'effetto estensivo della pronuncia di prescrizione non può riguardare chi ha rinunciato ad avvalersi dello 'scorrere del tempo'; l'opzione del coimputato impugnante di protrarre il procedimento configura una scelta processuale 'esclusivamente personale' non collegata a vizio di procedura nel comune procedimento ovvero al merito della comune accusa.

Solo quando l'effetto estensivo della prescrizione si sia verificato prima del passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del coimputato non impugnante si può sostenere che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione operi in suo favore. In tal caso, infatti, non è intervenuta la cesura della sentenza irrevocabile che segna il limite di ogni possibile computo del tempo di prescrizione e la relazione tra imputazione e tempo di prescrizione è ancora in atto per il coimputato non impugnante.

Ne discende che su una tale situazione possono utilmente riverberarsi gli effetti di una impugnazione altrui che porti ad una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, in quanto 'in tale ipotesi la causa estintiva appare oggettiva (e quindi non esclusivamente personale) poiché svincolata rispetto alla scelta processuale del singolo coimputato non impugnante' (Sez. 5, n. 15623 del 27/01/2016, Di Martino, Rv. 266551).

7. Dal puntuale raffronto tra la disciplina della prescrizione e quella dell'effetto estensivo delle impugnazioni emerge, pertanto, la piena e attuale validità dell'indirizzo giurisprudenziale maggioritario che fa capo alla citata sentenza Cacciapuoti (del resto significativamente ribadita nella successiva sentenza Vattani), il cui nucleo centrale risiede nella affermazione che il tempo successivo alla pronuncia di una sentenza irrevocabile nei confronti del coimputato non impugnante non può essere riqualficato e computato come tempo di prescrizione in suo favore per effetto della impugnazione altrui.

Deve quindi disattendersi il diverso e minoritario orientamento giurisprudenziale, al quale ha aderito l'attuale ordinanza di rimessione, in base al quale l'estensione al coimputato non impugnante della prescrizione del reato per effetto della disposizione di cui all'art. 587 cod. proc. pen. si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti, in quanto l'unica condizione preclusiva all'effetto estensivo dell'impugnazione sarebbe costituita dalla natura strettamente personale del motivo di impugnazione della sentenza di condanna.

In buona sostanza, questo indirizzo si basa sull'assunto che la causa estintiva del reato per prescrizione, applicata all'impugnante dal giudice dell'impugnazione, sarebbe sempre 'comune' all'imputato non impugnante e risulterebbe comunque applicabile a quest'ultimo alla data della pronuncia del giudice della impugnazione, a prescindere dalla anteriormente intervenuta irrevocabilità della sentenza nei suoi confronti.

Si tratta di un assunto che, per le ragioni fin qui esposte, non può essere condiviso. Non si vede, infatti, come possa essere qualificata come 'comune' ai coimputati una causa estintiva legata al decorso del tempo per prescrizione che, in concreto, può prodursi o meno per effetto di una molteplicità di fattori eminentemente soggettivi influenti sul tempo del processo, che sono il frutto delle diverse scelte dei coimputati (sul rito o sulle impugnazioni) o conseguenza della loro diversa situazione personale e delle vicende processuali. Per altro verso, si trascura la 'cesura' che si determina con la intervenuta irrevocabilità della sentenza per il coimputato non impugnante, considerandola sostanzialmente irrilevante ai fini della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, trattandosi, invece, di un evento che sancisce per lui la fine del tempo del processo e priva in radice di giustificazione logica e giuridica ogni ulteriore computo nei suoi confronti del termine di prescrizione del reato.

Infine, le conclusioni alle quali si è giunti sembrano ancora più pertinenti in un caso come quello in esame, in cui l'estinzione del reato per prescrizione non costituiva motivo di appello dell'imputato diligente (del resto essa non si era neanche ancora maturata) ed è stata pronunciata di ufficio ex art. 129 cod. proc. pen. (erroneamente per entrambi) dalla Corte di merito.

8. Per le considerazioni sopra svolte alla questione devoluta queste Sezioni Unite forniscono la seguente risposta:

'L'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione non opera in favore del coimputato concorrente nello stesso reato non impugnante se detta causa estintiva è maturata dopo la irrevocabilità della sentenza emessa nei confronti del medesimo'.

9. Nel caso in esame per il coimputato non appellante V.P. il termine di prescrizione dei reati a lui ascritti è venuto a scadere in data largamente successiva a quella in cui la sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti dal Tribunale di Napoli era per lui divenuta irrevocabile.

Ne discende che la declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione non poteva essere pronunciata anche nei confronti del V., non operando in suo favore l'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen.

Il ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Napoli deve, pertanto, essere accolto e la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio nei confronti del V., con condanna del predetto al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile D.M.A. nel presente grado di giudizio, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata nei confronti di V.P., che condanna al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile D.M.A. nel presente grado di giudizio, liquidate in complessivi Euro 3.200,00 oltre accessori di legge.

EMMA AVELLA

Magistrato, Cultore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Il passaggio in giudicato impedisce l'estensione dell'epilogo prescrittivo al coimputato non impugnante

The force of 'res judicata' prevents the extension of the statute of limitations to the co-defendant not appealing

Con la pronuncia che si annota le Sezioni Unite, prestando ossequio all'orientamento maggioritario in seno alla giurisprudenza di legittimità sul tema dei rapporti tra effetto estensivo e giudicato, escludono che della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione possa beneficiare, ex art. 587 c.p.p., il coimputato dello stesso reato che non abbia impugnato e per il quale la fattispecie estintiva si sia inverata successivamente alla formazione del giudicato.

With the pronouncement noted here, the Joined Chambers of the Court of Cassation, in accordance with the majority orientation proper to the jurisprudence of legitimacy in terms of relations between extensive effect and judgement, exclude that the extinction of the offense by expiry of the statute-of-limitations period ex art. 587 of the Code of Criminal Procedure, may be applied to a co-defendant who has not challenged, and for which the extinctive case occurred after the formation of the sentence.

I TERMINI DELLA QUESTIONE

L'antefatto che ha occasionato la rimessione alle Sezioni Unite è rappresentato da un procedimento svoltosi cumulativamente in primo grado, in ragione della responsabilità concorsuale dei due imputati. Intervenuta sentenza di condanna, uno di essi interpone appello, chiedendo l'assoluzione per insussistenza del fatto. Il coimputato non appellante, a sua volta, si determina a partecipare al nuovo grado di giudizio ex art. 587 c.p.p. Sennonché, nelle more del processo di appello, il giudice emette sentenza ex art. 129 c.p.p. di non doversi procedere per prescrizione del reato, nei confronti di ambedue gli imputati. L'estensione dell'epilogo proscioglitivo è disposta dalla Corte d'appello nonostante il termine di prescrizione fosse maturato successivamente alla formazione del giudicato sul capo di sentenza relativo al non impugnante. Avverso tale decisione ha promosso ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte di appello, paventando gli esiti esiziali in termini di certezza del giudicato cui si perverrebbe avallando la soluzione sposata dal giudice *a quo*.

La rimessione al *plenum* della Cassazione è successiva ad una prima iniziativa intrapresa in tal senso dalla Quinta Sezione penale, alla quale ha fatto seguito la restituzione degli atti ex art. 172 disp. att. c.p.p. motivata dalla circostanza che le Sezioni Unite si fossero già pronunciate sulla specifica questione¹ e non emergessero elementi tali da lasciar presagire la virata verso una differente posizione. Nuovamente, con ordinanza 17 maggio 2017², il contrasto interpretativo è sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite.

L'oggetto della rimessione è così compendiato dalla Quinta Sezione: "se l'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione operi in favore del coimputato non impugnante solo qualora detta causa estintiva sia maturata prima dell'irrevocabilità della sentenza nei confronti dello stesso, ovvero – fermo restando il presupposto che l'impugnazione non sia fondata su motivi esclusivamente personali dell'impugnante – anche nell'ipotesi in cui la causa di estinzione sia

¹ Cass., sez. un., 20 dicembre 2012, n. 19054, in *CED Cass.*, n. 255297.

² Cass., sez. V, ord. 17 maggio 2017, n. 33324, con nota di P. Rivello, *Effetto estensivo dell'impugnazione e declaratoria di estinzione del reato per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it.

maturata dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna nei confronti del coimputato non impugnante". La formulazione del quesito è preceduta da una puntuale ricostruzione del panorama giurisprudenziale in materia e da una decisa adesione del giudice remittente all'orientamento, rappresentato come minoritario, predicativo della praticabilità della seconda delle soluzioni prospettate. In buona sostanza, la Quinta Sezione si interroga sui limiti operazionali dell'art. 587 c.p.p. in relazione alla declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Al di là delle contingenze del caso concreto, la questione evoca il dibattito, di più ampio respiro, relativo ai rapporti esistenti tra effetto estensivo ed effetto sospensivo dell'impugnazione. Al riguardo, sebbene la giurisprudenza pressoché granitica, come peraltro evincibile dal tenore letterale dell'ordinanza di rimessione, presuma la configurabilità di un giudicato parziale sul capo di sentenza relativo al non impugnante, l'assunto non è condiviso dalla dottrina maggioritaria.

Tanto premesso, l'analisi si appunta sull'incidenza dell'intervenuta formazione del giudicato sull'estensibilità dei motivi di annullamento, con particolare riferimento all'ipotesi di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione.

L'ARTICOLAZIONE DUALISTICA DELL'EFFETTO ESTENSIVO

A migliore comprensione del tema indagato si rende necessaria una ricognizione cursoria dell'*ubi consistam* del fenomeno estensivo e degli aspetti particolarmente problematici dell'istituto.

Rubricato "estensione dell'impugnazione"³, l'art. 587 c.p.p. rappresenta il principale referente normativo di un istituto di non agevole inquadramento dogmatico⁴.

Sinteticamente, la norma disciplina il fenomeno in virtù del quale, nell'ambito di un processo soggettivamente cumulativo, gli effetti *in bonam partem* conseguenti all'impugnazione ritualmente proposta da uno dei coimputati si irradiano sulla posizione della parte non impugnante o la cui impugnazione sia stata dichiarata inammissibile⁵.

L'operatività del meccanismo presuppone necessariamente, sul versante subiettivo, l'esistenza di un collegamento processuale tra le posizioni delle parti private, in ragione, alternativamente, della responsabilità a titolo concorsuale⁶ (art. 587, comma 1, c.p.p.) o dell'intervenuta riunione di procedimenti originati da distinte notizie di reato (art. 587, comma 2, c.p.p.)⁷.

L'estensione dell'impugnazione si verifica, nel primo caso, a condizione che la stessa non sia fondata su motivi esclusivamente personali⁸, come tali inidonei a riverberare effetti nella sfera giuridica dei coimputati inerti.

Nell'ipotesi di cui al comma 2, attesa la maggiore tenuità del legame esistente tra le posizioni dei coimputati, la norma subordina l'attivazione del meccanismo estensivo all'eventualità che i motivi di impugnazione stigmatizzino *vitia in procedendo*.

Sebbene il fondamento giuridico primario dell'effetto estensivo sia individuato nell'opportunità di ovviare preventivamente alla formazione di giudicati contraddittori, la disciplina normativa non consente di individuare una *ratio* unidirezionale alla quale ricondurre le singole implicazioni sostanziali e processuali che l'effetto estensivo involge⁹.

³Cfr. *Rel. Prog. Prel. c.p.p.*, in *Gazz.Uff.*, suppl. ord., II, n. 250, 128.

⁴"Discussissima materia" nella definizione datane da G. Conso, *Questioni nuove di procedura penale (1955-1958)*, I, *La parte generale del codice dopo le modificazioni del 1955*, Milano, 1959, p. 197.

⁵È appena il caso di sottolineare come l'efficacia estensiva vada radicalmente esclusa nell'ipotesi in cui il coimputato potenzialmente beneficiario abbia interposto autonoma impugnazione, e questa sia approdata ad una soluzione difforme dopo essere stata esaminata nel merito. In questo senso, v. Cass., sez. VI, 6 febbraio 2008, n. 27701, in *CED Cass.*, n. 240362.

⁶Il riferimento si intende effettuato a qualsiasi ipotesi di concorso: necessario, eventuale e finanche improprio. Sul punto, v. G. Tranchina, *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 736.

⁷Per completezza, si aggiunga che, ai sensi dei successivi commi 3 e 4 dell'art. 587 c.p.p., dell'impugnazione proposta dall'imputato beneficiano il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, e l'impugnazione avanzata da questi ultimi giova all'imputato agli effetti penali, purché non fondata su motivi esclusivamente personali.

⁸In assenza di esemplificazioni da parte del legislatore, è deferito all'interprete il compito di esplicitare il contenuto di tale nozione. Per un approfondimento, v. R. Fonti, *L'effetto estensivo dell'impugnazione*, Padova, Cedam, 2013, p. 44.

⁹Con ogni evidenza, la funzione di prevenire la formazione di un conflitto logico tra giudicati, che consente di istituire un

L'art. 587 c.p.p., con formulazione ellittica, stabilisce che, alle condizioni suindicate, «l'impugnazione proposta da uno degli imputati (...) giova anche agli altri imputati».

Nonostante il tenore della norma evochi una fattispecie sostanzialmente unitaria, di estensione dell'impugnazione si discorre relativamente, da una parte, all'impugnazione *stricto sensu*; dall'altra, alla sentenza che esita il procedimento di grado successivo.

La duplice valenza dell'istituto, recepita pacificamente in dottrina e in giurisprudenza¹⁰, emerge con maggiore chiarezza alla luce del combinato disposto delle norme codicistiche che manifestano interferenze con la fattispecie estensiva.

Alla prima delle due manifestazioni processuali si riconnette il diritto del coimputato non impugnante, ritualmente citato *ex art. 601, comma 1, c.p.p.*¹¹, di prendere parte al giudizio *ad quem* e compiere attività processuale¹².

La natura non personale dei motivi di gravame, pertanto, schiude al coimputato la possibilità di esercitare talune prerogative difensive altrimenti precluse dall'intervenuta decadenza dal diritto di impugnazione.

Diversamente, l'effetto estensivo della sentenza, operante in successione diacronica, si concreta nella propagazione degli effetti *in utilibus* del provvedimento terminativo del giudizio di impugnazione, sia esso conseguente all'accoglimento dei motivi di gravame o emesso d'ufficio *ex art. 129 c.p.p.*

Se così è, onde evitare fuorvianti sovrapposizioni concettuali, limitatamente agli effetti operanti *ex post*, è più esatto riferire l'estensibilità ai motivi di annullamento della sentenza e non a quelli di impugnazione, come peraltro testualmente dispone l'art. 627 c.p.p. relativamente al ricorso in cassazione¹³.

Peraltro, è pacifico che i descritti meccanismi possano operare disgiuntamente, nel senso che l'omessa partecipazione al giudizio non preclude l'estensione al non impugnante della pronuncia ad esso favorevole qualora il capo di sentenza annullato sia ad esso comune¹⁴.

Diversamente, una certa opacità di vedute si registra riguardo all'eventualità che un'impugnazione avanzata per motivi esclusivamente personali, come tale inidonea a determinare l'estensione del rapporto processuale al coimputato non impugnante, possa costituire presupposto per l'operatività dell'effetto estensivo della sentenza nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio d'impugnazione intervenga una pronuncia *extra petita* astrattamente estensibile.

È infatti possibile discorrere di estensione dell'impugnazione con "funzione prodromica rispetto all'estensione degli effetti positivi della sentenza"¹⁵ solo relativamente all'ipotesi di perfetta coincidenza tra la motivazione estensibile alla base del gravame e quella alla base dell'annullamento dell'impugnata pronuncia.

parallelismo tra la fattispecie *de qua* e l'istituto della revisione, non si ataglia alla casistica relativa alla riunione di procedimenti per reati diversi. Cfr. G. Lozzi, *Conflitti di giudicati e favor rei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 1189.

In argomento, si consideri inoltre che, ove tale finalità rivestisse carattere esclusivo, l'effetto estensivo dovrebbe ugualmente operare nelle ipotesi in cui ad interporre impugnazione sia il pubblico ministero.

Sotto questo aspetto, sicuramente, non vanno esenti dall'interesse regolativo del legislatore istanze di *favor rei*, che pure costituiscono un'indispensabile chiave di lettura di diverse tra le questioni alimentate dalla pratica dell'istituto, in uno con l'opportunità di assicurare, a determinate condizioni, l'unitarietà del processo cumulativo penale.

¹⁰ Cfr., *inter alios*, G. Leone, *Sistema delle impugnazioni penali*, Jovene, Napoli, 1935, p. 262.

In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. VI, 30 marzo 1998, n. 6558, in *CED Cass.*, n. 210891.

¹¹ L'estensione del contraddittorio è disposta limitatamente al giudizio di appello e a quello di revisione, atteso il rinvio operato dall'art. 636 c.p.p. all'art. 601.

¹² Cfr. C. Massa, *L'effetto estensivo dell'impugnazione nel processo penale*, Napoli, Jovene, 1955, p. 123. Sulla latitudine delle facoltà ascritte al coimputato non impugnante nell'ambito del giudizio di impugnazione non si registra unanimità di vedute in giurisprudenza. L'indirizzo maggioritario è nel senso di consentire la possibilità di interloquire sulla questione devoluta e presentare memorie integrative, non anche di motivi nuovi *ex art. 585 c.p.p.*

¹³ Cfr. A. Marandola, *L'effetto estensivo dell'impugnazione: questioni applicative e sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, IV, p. 490.

¹⁴ Cfr. A. Marandola, *Effetti dell'impugnazione*, in G. Spangher (a cura di), *Impugnazioni (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, V, Torino, Utet, 2009, p. 221. L'Autrice pone in luce l'esistenza di un rapporto di "complementarietà impropria" tra le questioni interpretative concernenti l'estensione dell'impugnazione e quelle relative all'estensione della sentenza, nella misura in cui la deduzione di motivi di carattere non esclusivamente personale costituisce presupposto perché si verifichi l'effetto estensivo della sentenza.

¹⁵ L'espressione è di V. Mele, *sub art. 587 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, Utet, p. 119.

E tuttavia, è perfettamente ipotizzabile che il giudice *ad quem* disponga l'annullamento o la riforma della sentenza sulla base di una motivazione di matrice oggettiva, e quindi suscettibile di estensione, ai sensi dell'art. 129 c.p.p. o avvalendosi della facoltà prevista all'art. 597, comma 5, c.p.p., o ancora rilevando una nullità assoluta *ex art.* 179 c.p.p.¹⁶.

Ricorrendo tale ipotesi, come si vedrà, l'opzione nel senso dell'applicabilità o meno dell'art. 587 c.p.p. è intimamente correlata alla configurazione che si intenda accordare ai rapporti tra l'effetto estensivo e quello sospensivo di cui all'art. 588 c.p.p.

EFFETTO ESTENSIVO E GIUDICATO

Come acutamente sottolineato in dottrina, le singole questioni alimentate dall'estensione soggettiva dell'impugnazione sono da intendere come particolari angolazioni dalle quali esaminare la problematica focale, che è quella relativa al rapporto intercorrente tra "l'ambito del giudizio che si conclude con la decisione impugnata e l'ambito del giudizio che con l'impugnazione si apre"¹⁷.

Muovendo da tale assunto, profilo particolarmente dibattuto, *in subiecta materia*, è quello relativo all'esatta configurazione dei rapporti tra l'effetto estensivo e l'efficacia sospensiva dell'esecuzione che il legislatore annette alla proposizione di una valida impugnazione ai sensi dell'art. 588 c.p.p.

In altri termini, atteso che il funzionamento del relativo meccanismo presuppone che il soggetto potenzialmente beneficiario non abbia interposto una valida impugnazione, diventa determinante stabilire, in assenza di indicazioni normative esplicite, se il fenomeno estensivo condizioni il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dei coimputati non impugnanti, paralizzando così l'operatività dell'art. 648 c.p.p., che cristallizza l'interrelazione esistente tra l'omessa impugnazione e l'irrevocabilità della pronuncia.

Come accennato, la ricostruzione della questione ha condizionato significativamente gli approdi esegetici cui la Cassazione è pervenuta relativamente alla particolare casistica oggetto del contrasto rimesso alle Sezioni Unite.

Al riguardo, dottrina e giurisprudenza, salvo occasionali convergenze, sono assestate su posizioni antitetiche.

Pur nel quadro di un ventaglio di soluzioni eterogenee, giurisprudenza pressoché costante¹⁸, peraltro in continuità ideale con gli orientamenti maturati nella vigenza del codice di rito abrogato¹⁹, esclude possibili interferenze tra effetto estensivo e formazione del giudicato. Conformemente a tale impostazione, alla fattispecie estensiva è ascritta portata *lato sensu* revocatoria, configurandosi il meccanismo in esame come rimedio di carattere straordinario risolutivo del giudicato *medio tempore* intervenuto sul capo di sentenza non impugnato²⁰. Se così è, il predicato di straordinarietà evoca intuitivamente il parallelismo con l'istituto della revisione, con il quale il meccanismo estensivo condivide la funzionalizzazione al contrasto del conflitto logico di giudicati²¹.

¹⁶ Cfr. sul punto B. Lavarini, *L'esecuzione della sentenza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 51.

L'Autrice adduce la possibilità che la pronuncia estensibile sia emessa *extra petita* quale indice della permanenza *sub iudice* dei capi di sentenza relativi ai non impugnanti.

¹⁷ Così, A. Nappi, *Ambito oggettivo ed estensione soggettiva dei giudizi di impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3239.

¹⁸ In senso contrario, v. Cass., sez. III, 4 novembre 1997, n. 3621, in *CED Cass.* n. 209969. In quest'occasione la Cassazione afferma come "il giudicato non viene a formarsi fin quando il rapporto processuale è in discussione".

¹⁹ V. Cass., sez. un., 21 giugno 1989, Avdullahi, in *Cass. pen.*, 1990, p. 24.

²⁰ La Cassazione ha peraltro escluso che debba procedersi alla revoca del giudicato qualora, essendo la riforma della sentenza circoscritta all'entità della pena comminata, sia sufficiente operare una rideterminazione percentuale della pena residua. Così, Cass., sez. I, 23 gennaio 1995, n. 347, con nota di I. Pileri, *Natura ed implicazioni in executivis dell'effetto estensivo dell'impugnazione*, in *Giur. it.*, 1995, p. 11.

²¹ Al contrario, parte della dottrina argomenta dal parallelismo con l'istituto della revisione, con particolare riferimento alla previsione dell'art. 630, l.a), per disconoscere la natura eliminativa dell'effetto estensivo. In quest'ottica, il rapporto tra i due istituti si spiegherebbe nel senso il congegno estensivo opererebbe in via preventiva quella riconduzione ad equità che la revisione è deputata ad effettuare *ex post*, con efficacia eliminativa. Cfr. B. Lavarini, *L'esecutività della sentenza penale*, cit., p. 47.

Peraltro, si opina in dottrina, il riconoscimento della natura straordinaria del rimedio in parola sembra soprassedere alla necessità che le impugnazioni straordinarie, e pertanto di carattere eccezionale, debbano essere oggetto di disciplina esplicita. Così, I. Pileri, *Natura ed implicazioni in executivis dell'effetto estensivo dell'impugnazione*, cit., p. 13.

Diverse le argomentazioni addotte a sostegno di tale assunto, costituente *ius receptum* in seno alla Corte di Cassazione.

Taluni enunciati motivazionali fanno riferimento alla tassatività ed eccezionalità delle ipotesi sospensive disciplinate dal legislatore, insuscettibili pertanto di estensione analogica²².

Inoltre, si sostiene, la necessità di prevenire la contraddittorietà di giudicati o, comunque, difformità di situazioni processuali emerge solo successivamente, in sede di giudizio conclusivo sul gravame e per effetto dell'accoglimento di motivi estensibili.

Ancora, come evidenziato da dottrina adesiva a tale ricostruzione giurisprudenziale, la tesi della necessaria sospensione dell'esecutività si espone al rilievo per cui "l'attuale dinamica dei giudizi di impugnazione non consente di individuare margini d'esegesi per una delibazione di natura preventiva finalizzata alla verifica della possibile estensione degli effetti della pronuncia che sarà resa in esito al grado"²³.

Coerentemente con tali premesse, è ascritta piena esecutività alle statuizioni concernenti la posizione del non impugnante, anche e nonostante la valida impugnazione interposta dal coimputato sia astrattamente idonea a produrre gli effetti di cui all'art. 587 c.p.p., integrando così una fattispecie di formazione progressiva del giudicato.

Quanto alla posizione del coimputato non impugnante nell'ambito del processo *ad quem*, è evidente che l'intervenuta formazione del titolo esecutivo osta all'assunzione della qualità di parte processuale e, per l'effetto, all'esercizio delle prerogative difensive ad essa consustanziali²⁴.

In termini non coincidenti, si attesta poi quell'orientamento giurisprudenziale predicativo della competenza, in capo al giudice dell'esecuzione²⁵, di disporre, a determinate condizioni, la sospensione del titolo esecutivo nella pendenza del giudizio di impugnazione promosso dal coimputato²⁶.

Diversa la ricostruzione del fenomeno suggerita dalla dottrina prevalente, orientata nel senso di escludere l'esecutività parziale della sentenza in costanza di un'impugnazione estensibile.

Tale impostazione argomenta dal tenore letterale dell'art. 587 c.p.p. per inferirne che il riferimento ivi operato agli "altri imputati", anche in ragione del raffronto con l'art. 632 c.p.p., che in materia di revisione utilizza correttamente la definizione di "condannato", deponga inequivocabilmente nel senso di escludere la definitività delle statuizioni non impugate²⁷.

Inoltre, nella stessa direzione militerebbe il dato relativo alla collocazione topografica della norma, che precede la disposizione dell'art. 588 c.p.p., disciplinante l'effetto sospensivo dell'impugnazione²⁸.

Sempre in chiave sistematica, si deduce l'impossibilità di qualificare l'istituto in termini di impugnazione straordinaria in assenza di un'esplicita previsione in tal senso²⁹.

Ulteriore argomento valorizzato è il raffronto in chiave analogica con la disciplina dell'art. 463, com-

²² Sul punto, v. N. Serra, *L'estensione dell'impugnazione penale*, Bari, Cacucci, 2001, p. 108.

²³ Così, E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 197.

²⁴ Non assumendo la qualità di parte, non sarebbe pertanto legittimato ad eccepire l'omessa citazione da parte del giudice di appello ex art. 601 c.p.p., né a dedurre in cassazione il mancato accoglimento di motivi comuni. Sul punto, v. F. Caprioli, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 54.

²⁵ Organo al quale, come sottolineato in dottrina, competerebbe inoltre la modifica sostanziale del provvedimento per l'ipotesi di omissione in tal senso del giudice dell'impugnazione. Così, A. Marandola, *L'effetto estensivo*, cit., p. 493.

²⁶ V. in particolare, Cass., sez. I, 13 luglio 1994, n. 3517, con nota di P. Dubolino, *Effetto estensivo dell'impugnazione e sospensione dell'esecuzione: una discutibile decisione della Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 814. Conformemente a tale impostazione, il giudice dell'esecuzione dovrebbe disporre la sospensione dell'esecuzione ogni qual volta, sulla base di un giudizio prognostico, appaia verosimile che dall'accoglimento dei motivi di impugnazione possa conseguire una modifica sostanziale del giudicato relativo al non impugnante. Più di recente, Cass., sez. II, 28 marzo 1995, n. 1701, in *CED Cass.*, n. 201360. Nello stesso senso, successivamente, Cass., 18 marzo 2003, n. 23251, in *CED Cass.*, n. 226007.

In dottrina, G. Della Monica, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV agg., Torino, Utet, 2008, p. 392, riconduce le questioni in materia di effetto estensivo a quelle sul titolo esecutivo prospettando l'azionabilità dell'art. 670 c.p.p. per consentire al giudice dell'esecuzione di sospendere discrezionalmente l'esecuzione.

²⁷ V., in particolare, F. Nuzzo, *Appunti sull'effetto estensivo delle impugnazioni penali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 92. In senso contrario E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 195. In particolare, l'Autore intende il riferimento all'imputato operato all'art. 587 c.p.p. come relativo "al momento dinamico della presentazione del gravame da parte di uno degli imputati".

²⁸ Cfr. I. Russo, *Titolo sui generis di privazione della libertà personale: l'esecuzione provvisoria della sentenza penale*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 344.

²⁹ V. C. Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in A. Gaito (diretto da), *Le impugnazioni penali*, Torino, Utet, 1998, p. 267. In precedenza, v. C. Barbis, *Effetto estensivo dell'impugnazione e passaggio in giudicato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 1259.

ma 1, c.p.p., che relativamente all'opposizione al decreto penale di condanna pronunciato a carico di più imputati dello stesso reato, dispone la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei coimputati non impugnanti³⁰.

Sotto altro aspetto, è stato sostenuto che l'adesione della giurisprudenza alla tesi dell'irrevocabilità frazionata è alla base della creazione di un titolo privativo della libertà personale *sui generis*, in quanto "non coperto dalle garanzie costituite dalla riparazione per ingiusta detenzione (artt. 314 e 315 c.p.p.) e dell'errore giudiziario (art. 643 c.p.p.)"³¹.

Inoltre, e non secondariamente, si evidenzia la difficoltà esistente nel coerenzare la tesi dell'intervenuta formazione del giudicato in capo ai coimputati non impugnanti e ai soggetti equiparati, con il diritto ad essi riconosciuto, ed in cui si sostanzia l'effetto estensivo dell'impugnazione nel senso sopra specificato, di partecipare attivamente al giudizio di gravame promosso dall'impugnante³².

E ciò *a fortiori* considerando come l'opzione in tal senso esercitata dal coimputato, regolarmente citato ex art. 601 c.p.p., non sia scevra di conseguenze sul piano applicativo, così da rendere necessaria la sospensione dell'esecuzione "quantomeno nei confronti del coimputato non appellante che, partecipando al giudizio, evidenzia un concreto, positivo, inequivocabile comportamento"³³.

Sul punto, basti pensare come anche all'esito dell'abrogazione, intervenuta da ultimo con il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, della previsione dell'art. 595, comma 3, c.p.p., relativa all'appello incidentale del p.m., permangono conseguenze potenzialmente pregiudizievoli sul piano della condanna solidale al pagamento delle spese processuali ai sensi dell'art. 592, comma 2, c.p.p.

Più radicalmente, parte della dottrina ha rimarcato come la tesi del passaggio in giudicato dei capi di sentenza non impugnati importi quale necessario precipitato applicativo l'impossibilità di estendere al non impugnante la causa di non punibilità emessa ex art. 129 c.p.p., sulla base del rilievo per cui «l'obbligo dell'immediata declaratoria delle cause di non punibilità incontra nella formazione del giudicato penale il suo limite fisiologico»³⁴.

Senza considerare che ritenere che la posizione del non impugnante permanga *sub iudice* fino all'esito del giudizio di impugnazione non può comportare, sul piano logico prima ancora che giuridico, che quest'ultimo possa in ipotesi beneficiare di una pronuncia *extra petita*, concernente una nullità assoluta o una causa di non punibilità, che invalidi esclusivamente il relativo capo di sentenza³⁵.

In tal caso, infatti, "non c'è altra soluzione che ritenere l'art. 129 c.p.p. eccezionalmente derogato – e limitato nella sua piena operatività – dall'art. 587 c.p.p."³⁶.

Ciò detto, le tesi che argomentano dall'assunto della sospensione del capo di sentenza non impugnato non convergono in ordine alla latitudine dell'effetto sospensivo e alle sue concrete coordinate operative.

L'impostazione più radicale è quella giusta la quale, nelle ipotesi di processi plurisoggettivi, non essendo configurabile la formazione di un giudicato soggettivamente parziale, il crisma della definitività investa simultaneamente tutti i capi di sentenza, con la conseguenza che l'esecuzione della stessa, anche con riferimento alle statuizioni relative ai coimputati inerti, sia procrastinato al termine del giudizio instaurato con l'impugnazione validamente interposta, e ciò indipendentemente dal carattere personale o meno dei motivi di impugnazione³⁷.

³⁰ Cfr. G. Spangher, *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 230. In termini non sovrapponibili, v. A. Nappi, *Ambito oggettivo*, cit., p. 3251.

³¹ Così, I. Russo, *Titolo sui generis di privazione della libertà personale*, cit., p. 337.

³² Sul punto, v. G. Altieri, *Estensione dell'Impugnazione. Breve commento all'art. 587 c.p.p.*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 648.

³³ Così, A. Marandola, *L'effetto estensivo dell'impugnazione*, cit., p. 495.

³⁴ F. Caprioli, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 51.

³⁵ Sul punto, v. L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 326.

³⁶ F. Caprioli, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 57.

³⁷ Nel senso che "anche le domande fondate su motivi personali impediscano la irrevocabilità della decisione rispetto al non impugnante", v. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 960. Cfr. anche F. Nuzzo, cit., p. 92. Su queste basi, l'Autore stima sussistente in capo al non impugnante il diritto di impugnare autonomamente la pronuncia che "decidendo sul gravame degli altri imputati ometta di rilevare una nullità assoluta o una causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p.". In questo senso v. anche F. Caprioli, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 56. Per l'Autore, "perché operi l'effetto estensivo non è dunque necessario – nonostante la lettera dell'art. 587 – che siano comuni i motivi di impugnazione: è sufficiente che lo siano i motivi di annullamento".

In una prospettiva affine ma non sovrapponibile, la necessità di preservare la coincidenza dell'ambito soggettivo ed oggettivo del giudizio di impugnazione impone di circoscrivere l'attitudine impeditiva del giudicato esclusivamente alle impugnazioni devolutive di questioni astrattamente suscettibili di estensione *ex art. 587 c.p.p.*³⁸.

La conseguenza che se ne trae è l'impossibilità di ritenere estensibili le ragioni di annullamento, quand'anche astrattamente involgenti la posizione del coimputato non impugnante, dichiarate oltre i limiti della devoluzione ad iniziativa di parte ed in quanto tali inidonee ad impedire la formazione del giudicato parziale sui capi non impugnati³⁹.

Quanto alle conseguenze connesse all'esecuzione, eventualmente intervenuta *medio tempore*, dei capi di sentenza non impugnati, la stessa è da considerarsi disposta *sine titulo* e conseguentemente idonea a radicare in capo agli interessati il diritto a promuovere apposito incidente di esecuzione⁴⁰.

ESTENSIONE DELL'IMPUGNAZIONE E PRESCRIZIONE DEL REATO

Ricostruito, seppur sinteticamente, il quadro dogmatico in cui la problematica si iscrive, l'indagine si asside sulla specifica questione devoluta alle Sezioni Unite e, in particolare, sugli indirizzi precedentemente asseverati in giurisprudenza sul tema dell'estensibilità soggettiva della dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione⁴¹.

Ebbene, è opportuno premettere fin da ora come il panorama giurisprudenziale in materia sia "talmente variegato che risulta poco agevole finanche schematizzare le diverse varianti ed indirizzi"⁴².

Presupposto, sul piano logico e giuridico, il consolidamento del giudicato nei confronti del non impugnante, l'impostazione maggioritaria della giurisprudenza di legittimità è nel senso di escludere che la declaratoria di prescrizione del reato, emessa nei confronti dell'imputato validamente impugnante, rivesta *sic et simpliciter* attitudine estensiva.

Più specificamente, da una disamina complessiva dei *dicta* giurisprudenziali, emerge come ai fini dell'operatività dell'effetto estensivo valore dirimente assuma l'accertamento in ordine al termine di maturazione della prescrizione in rapporto alla formazione del giudicato sul capo di sentenza non impugnato⁴³.

Nel solco di tale impostazione, di fondamentale importanza è l'argomento teleologico, che muove dalla considerazione circa la *ratio* che innerva l'art. 587 c.p.p., individuata nella necessità di evitare "contraddittori giudicati in causa unica", eventualità non ritenuta prospettabile nell'ipotesi di prescrizione "postuma"⁴⁴.

Muovendo da tale premessa, la giurisprudenza di legittimità non omette di considerare le peculiarità proprie della casistica in esame, involgente una fattispecie estintiva del reato, se rapportate alle ipotesi, di maggiore linearità applicativa, in cui la prognosi di estensibilità investe statuizioni di diritto sostanziale attinenti ai *merita causae*, "ovvero all'esistenza fenomenologica o no del fatto di reato", o a vizi procedurali incidenti sulle posizioni di tutti i coimputati⁴⁵.

Ancora, si evidenzia, in tale ambito ulteriori sotto-distinzioni possono operarsi con riferimento alle singole ipotesi estintive contemplate dal codice, adeguatamente considerando le caratteristiche proprie di ciascuna di esse e l'eventualità che a venire in rilievo siano circostanze di carattere oggettivo o soggettivo.

³⁸ In questo senso, nel vigore del codice abrogato, v. Cass., sez. un., 18 giugno 1983, n. 7157, in *CED Cass.*, n. 160067. In quell'occasione, le Sezioni unite ebbero a pronunciarsi sull'estensibilità dell'impugnazione al coimputato non impugnante, ai sensi dell'art. 203 c.p.p. abr., dell'amnistia sopravvenuta.

³⁹ A. Nappi, *Ambito oggettivo ed estensione soggettiva dei giudizi di impugnazione*, cit., p. 3245.

⁴⁰ I. Pileri, *Natura ed implicazioni in executivis dell'effetto estensivo dell'impugnazione*, cit., p. 14.

⁴¹ Per una ricognizione complessiva degli orientamenti sul punto, cfr. P. Rivello, *Effetto estensivo*, cit.

⁴² In questi termini, v. R. Fonti, *L'effetto estensivo*, cit., p. 127.

⁴³ Così a far data da Cass., sez. un., 20 dicembre 2012, cit. Peraltro, nel caso di specie, all'esame delle Sezioni Unite è una questione di diritto sostanziale attinente il delitto di peculato, mentre quella relativa all'art. 587 c.p.p. è oggetto di un mero *obiter dictum*. In precedenza, v. Cass., sez. VI, 18 marzo 2003, n. 23251, in *CED Cass.*, n. 226007.

⁴⁴ Così, Cass., sez. un., 24 marzo 1995, n. 9, con nota di R.M. Sparagna, *In tema di effetto estensivo dell'impugnazione*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2497.

⁴⁵ Cass., sez. V, 27 gennaio 2016, n. 15623, in *CED Cass.*, n. 266551.

In quest'ottica, in via esemplificativa, se da una parte è sicuramente ascrivibile natura personale alla causa estintiva della morte del reo (art. 150 c.p.) e del perdono giudiziale (art. 169 c.p.), dall'altra non può disconoscersi la caratura oggettiva, e quindi l'attitudine estensiva, dell'amnistia (art. 151 c.p.) e della remissione di querela (art. 152 c.p.).

Quanto alla prescrizione, se il legislatore, all'art. 161 c.p., ha statuito espressamente in merito all'efficacia soggettiva delle cause interruttrive e sospensive, prevedendo da ultimo che la sospensione produca effetto "limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo"⁴⁶, altrettanto non è a dirsi quanto alla verifica della causa estintiva.

Di qui, la natura anfibologica ascritta alla prescrizione nei *decisa* della cassazione, nel senso che il carattere personale o comune della stessa è fatto dipendere dall'eventualità che sia intervenuta o meno la formazione del giudicato.

In altri termini, relativamente a tale fattispecie, la giurisprudenza di legittimità sostiene l'impossibilità di predicarne aprioristicamente l'attitudine estensiva, atteso il rilievo rivestito, ai fini dell'integrazione dei relativi presupposti, dalle variabili connesse alle opzioni processuali praticate, e, più in generale, dalla condotta processuale del reo.

Pertanto, tale indirizzo ritiene sussistenti le condizioni per l'estensione ogni qual volta i presupposti della causa estintiva preesistano alla formazione del giudicato in capo al non impugnante⁴⁷, "restando altrimenti preclusa l'operatività dal passaggio in giudicato della decisione nei suoi confronti"⁴⁸.

Diversamente opinando, altro orientamento giurisprudenziale ha concluso nel senso dell'insussistenza di elementi preclusivi al funzionamento del meccanismo estensivo, diversi ed ulteriori rispetto a quello, espressamente menzionato all'art. 587 c.p.p., afferente al carattere personale del motivo di ricorso⁴⁹.

Su queste basi, la dichiarazione di estinzione per sopravvenuta prescrizione, alla quale è ascritta valenza oggettiva, spiegherebbe effetti risolutivi indipendentemente dal termine di maturazione, sulla base della considerazione per cui è lo stesso presupposto della piena esecutività della sentenza non impugnata, in pendenza del giudizio di gravame, a implicare fisiologicamente che l'accoglimento dei motivi estensibili comporti la rimozione degli effetti del giudicato.

Al contrario, ritenere che la formazione del giudicato sia eventualità idonea ad incidere sulla natura personale o meno dei motivi di impugnazione indurrebbe alla radicale paralisi del meccanismo estensivo⁵⁰, obliterando "il senso di un meccanismo che è proprio quello di consentire all'imputato non impugnante di usufruire del trattamento più favorevole di quello della sentenza di primo grado che egli avrebbe potuto ottenere ove avesse, invece, proposto gravame".

Né a diversa conclusione dovrebbe pervenirsi alla luce della lezione ermeneutica delle Sezioni Unite del 1995⁵¹, essendo tale pronuncia intervenuta a dirimere la questione, di più ampia portata, relativa all'esecutorietà della sentenza non impugnata; circostanza che non smentisce il prospettato approdo esegetico.

Alla tesi affermativa, peraltro, perviene anche quell'orientamento giurisprudenziale minoritario

⁴⁶ Art. 1, comma 13, l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁴⁷ V. da ultimo Cass., sez. II, 25 novembre 2016, n. 9731, in *CED. Cass.*, n. 269219. In precedenza, v. Cass., sez. I, 23 ottobre 2000, n. 12369, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3471.

⁴⁸ V. Cass., sez. II, 25 novembre 2016, n. 9731, in *CED Cass.*, n. 269219; Cass. sez. II, 20 maggio 2009, n. 26078, in *CED Cass.*, n. 244664; Cass., sez. VI, 18 marzo 2003, n. 23521, in *CED Cass.*, n. 226007.

⁴⁹ Cass. sez. III, 5 novembre 2011, n. 3621, in *CED Cass.*, n. 209969; Cass., sez. IV, 11 novembre 2004, n. 10180, in *CED Cass.*, n. 231133.

⁵⁰ In questi termini, Cass., sez. III, 24 gennaio 2012, n. 10223, con nota adesiva di F.R. Mittica, *Operatività della prescrizione "postuma" nei confronti dell'imputato non appellante*, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2013, p. 73. Successivamente, v. Cass., sez. II, 12 maggio 2015, n. 33429, in *CED Cass.*, n. 264139.

È opportuno evidenziare come, tuttavia, la tesi patrocinata dal contrario orientamento giurisprudenziale non si sia limitata ad escludere tout court l'operatività dell'effetto estensivo per l'ipotesi in cui si sia formato il giudicato sul capo non impugnato, ma perviene alla conclusione negativa, nel caso di specie, valorizzando le peculiarità proprie dell'istituto della prescrizione.

Non è inutile sottolineare come le citate pronunce circoscrivano le possibilità di applicazione estensiva dell'intervenuta prescrizione all'eventualità che i motivi di impugnazione non fossero esclusivamente personali, escludendo quindi l'operatività disgiunta dell'effetto estensivo dell'impugnazione e della sentenza.

V., in precedenza, Cass., sez. III, 8 luglio 1997, n. 9553, in *CED Cass.*, n. 209631.

⁵¹ Cass., sez. un., 24 marzo 1995, cit.

adesivo alla ricostruzione dottrina assertiva dell'efficacia sospensiva dell'art. 587⁵², sulla base della considerazione per cui la possibilità di beneficiare della declaratoria di estinzione del reato, sia emessa *ex officio* o su richiesta di parte, "risulta piana solo quando si condivide che la sentenza cumulativa diventa irrevocabile simultaneamente per tutti i coimputati"⁵³.

Sotto questo aspetto, è appena il caso di sottolineare come, supponendo l'intervenuta sospensione dell'esecuzione del capo non impugnato, e pertanto la protrazione del rapporto processuale in essere, non residuano ostacoli di sorta alla ritenuta estensibilità della prescrizione, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 587 c.p.p.

L'APPRODO DELLE SEZIONI UNITE

È l'opzione restrittiva quella sposata dalle Sezioni Unite con la sentenza in epigrafe⁵⁴.

Preliminarmente, sul piano del diritto sostanziale, la Suprema Corte opera un sintetico *excursus* teso ad evidenziare la *ratio* dell'istituto della prescrizione, individuata "nella esigenza politica di soprassedere all'irrogazione di sanzioni penali" decorso un lasso temporale significativo dalla commissione del reato.

In particolare, l'accento è posto sull'interrelazione sussistente tra le scelte individualmente operate dall'imputato ed i termini di durata complessiva del processo, a sottolineare come la condotta del singolo sia idonea ad incidere sull'*an* e sul *quando* del fenomeno estintivo.

Quanto al meccanismo estensivo, in linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali sul punto, si ritiene che la finalità precipua perseguita dall'istituto risieda nell'esigenza di "evitare disarmonie di trattamento tra soggetti in identica posizione".

In primo luogo, a sostegno della tesi patrocinata, è riprodotto l'argomento letterale, peraltro scarsamente persuasivo⁵⁵, incentrato sulla ricorrenza del termine "imputati" in luogo di "condannati" nel corpo dell'art. 587 c.p.p.

Peraltro, gli ulteriori argomenti spesi dalla cassazione circa il funzionamento in concreto del meccanismo estensivo non presentano profili particolarmente innovativi, limitandosi ad avallare la ricostruzione operata dalla giurisprudenza maggioritaria in tema di rapporti tra art. 587 c.p.p. e giudicato.

Nel prosieguo, entrando *in medias res*, i giudici della Suprema Corte interfacciano i due istituti traendone la conclusione per cui "il tempo successivo alla pronuncia di una sentenza irrevocabile non può essere riqualificato e computato come tempo di prescrizione in suo favore per effetto della impugnazione altrui".

In altri termini, l'attitudine estensiva della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione non può essere improvvidamente affrancata dalla rilevanza dell'intervenuta irrevocabilità del capo di sentenza non impugnato.

La circostanza che l'epilogo prescrittivo dipenda dalle strategie processuali imbastite dal singolo, tra le quali si iscrive l'attivazione del rimedio impugnatorio, o comunque non sia avulso dalla relativa posizione individuale, potendo il tempo necessario a prescrivere variare in ragione dell'eventuale riconoscimento in capo agli imputati delle aggravanti di cui all'art. 157, comma 2, c.p.⁵⁶, importa che la formazione di giudicati differenti non ne implichi per ciò stesso la contraddittorietà.

Non altrettanto è a dirsi per l'ipotesi in cui il termine di prescrizione sia spirato, per il coimputato simultaneamente giudicato, anteriormente al consolidamento del giudicato.

In tal caso, infatti, verrebbe meno ogni legame tra la maturazione della prescrizione e le scelte processuali praticate dal coimputato non impugnante, e con esso il carattere "esclusivamente personale" della causa estintiva.

⁵² Cass., sez. III, 4 novembre 1997, n. 3621, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 74.

⁵³ Così, C. Valentini, *I profili generali*, cit., p. 268.

⁵⁴ Cfr. anche S. Felicioni, *L'estinzione del reato per intervenuta prescrizione non si estende al coimputato non impugnante*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁵ Cfr. A. Marandola, *Estinzione del reato per prescrizione – declaratoria di estinzione del reato per prescrizione ed effetto estensivo: le Sez. Un. Cercano (invano) di mettere un punto*, in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 758.

⁵⁶ Si tratta delle aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale, ricorrendo le quali si tiene conto, ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere, dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.

Ciò detto, come già sottolineato, è il particolare atteggiarsi della causa estintiva della prescrizione, con le connesse difficoltà in punto di qualificazione *sub specie* di motivo oggettivo o soggettivo, ad occasionare la soluzione del caso specifico.

In un'ottica più generale, l'impressione che se ne trae è quella di una tendenziale artificiosità delle costruzioni operate in giurisprudenza in tema di effetto estensivo, anche in ragione dell'assenza di una regolamentazione sufficientemente puntuale della materia.

Le motivazioni alla base delle oscillazioni ermeneutiche sembrerebbero da ricercare, principalmente, nelle difficoltà riscontrate, sul piano processuale, nell'applicazione del congegno estensivo.

L'ubicazione della norma nel titolo I, rubricato "disposizioni generali", se da un lato è elemento perspicuo nel senso di iscrivere il fenomeno estensivo nell'ambito dei principi generali che informano il sistema delle impugnazioni, dall'altro alimenta perplessità circa la qualificazione dell'istituto in termini di impugnazione straordinaria.

Tuttavia, ove si ritenesse, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, che la proposizione di un'impugnazione fondata su motivi non esclusivamente personali importi la sospensione *ope legis* dei capi di sentenza relativi ai coimputati non impugnanti giudicati in regime di simultaneità, emergerebbe con tutta evidenza la difficile praticabilità, anche in termini di tempistica processuale, di un sindacato preliminare, in capo al giudice *ad quem*, circa l'estensibilità dei motivi di gravame.

E ciò fermo restando che tale prognosi non rivestirebbe alcuna utilità ove si ritenesse che le due manifestazioni processuali dell'effetto estensivo, dell'impugnazione e della sentenza, non debbano necessariamente implicarsi vicendevolmente, e pertanto il non impugnante possa lucrare la sentenza favorevole emessa *ex officio*.

D'altronde, l'alternativa di ritenere l'effetto sospensivo sempre e comunque correlato, nell'ambito di un processo plurisoggettivo, alla proposizione di una valida impugnazione, indipendentemente dalla personalità dei motivi adottati, e quindi opinare nel senso dell'irrevocabilità necessariamente contestuale di tutti i capi della sentenza soggettivamente complessa, se da un lato consente di pervenire a conclusioni maggiormente coerenti sul piano dogmatico, dall'altro comporta criticità di non scarso rilievo, anche sul piano delle valutazioni di politica del diritto, quali quelle connesse alla possibilità che nelle more del processo maturino per il coimputato, che abbia prestato acquiescenza alla sentenza di condanna o abbia proposto impugnazione inammissibile, i termini massimi della custodia cautelare eventualmente disposta.

Sicuramente, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore a disciplinare con maggiore compiutezza ed analiticità l'estensione dell'impugnazione, trattandosi di "elemento indispensabile della struttura processuale"⁵⁷.

De iure condendo, una soluzione praticabile potrebbe essere quella di introdurre una causa sospensiva dell'esecuzione *ad hoc* che consenta al giudice dell'esecuzione, ferma restando la consolidata impostazione giurisprudenziale in punto di irrevocabilità, di disporre, a determinate condizioni, la sospensione del capo di sentenza non impugnato.

In alternativa, sarebbe comunque indefettibile, attese le implicazioni in punto di libertà personale che la fattispecie involge, la previsione di un istituto con funzione riparatoria, sulla falsariga degli artt. 314 e 643 c.p.p., che preveda la corresponsione di un indennizzo per l'ipotesi in cui sia stata eseguita una pena detentiva successivamente revocata o comunque rimodulata in termini migliorativi⁵⁸.

⁵⁷ Così, G. Altieri, *Estensione dell'impugnazione*, cit., p. 647.

⁵⁸ Cfr., R. Fonti, *L'effetto estensivo dell'impugnazione*, cit., p. 126.

Il perdurante contrasto giurisprudenziale sull'operatività di una preclusione cautelare nel procedimento di merito

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE II, SENTENZA 18 OTTOBRE 2017, N. 3314 – PRES. FUMU; REL. VERGA

In tema di preclusioni cautelari, è irragionevole ritenere che l'utilizzabilità di una specifica prova possa essere successivamente negata nell'ambito del medesimo procedimento e nei confronti della stessa parte sul presupposto che, una volta stabilita l'utilizzabilità di determinate prove dal giudice di legittimità ex art. 311 c.p.p., in relazione allo stesso procedimento e nei confronti delle medesime parti, l'efficienza processuale postula che, in difetto di elementi nuovi, la decisione resa in precedenza sia vincolante per il giudice del procedimento principale di merito e non consenta di reiterare la questione "ad libitum", "quando piaccia", e "quante volte si voglia", tanto palesemente pregiudicando la ragionevole durata del processo.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

Ricorre per cassazione R.A.M. avverso la sentenza della Corte d'appello di Catania che il 22.6.2016 ha confermato la sentenza del Tribunale che il 4.5.2012 l'aveva condannato per concorso in tentata estorsione e incendio aggravati D.L. n. 152 del 1991, ex art. 7.

Deduce il ricorrente:

[*Omissis*]

2. violazione di legge in relazione all'art. 268 c.p.p., comma 3. Lamenta che con una motivazione solo apparente la corte territoriale ha superato due questioni giuridiche poste con l'atto d'appello. La prima riguardante la preclusione determinata dalla decisione della Corte di Cassazione in sede di procedimento cautelare che ha dichiarato inutilizzabili dette intercettazioni, ritenendo insufficiente la motivazione del decreto autorizzativo riguardante l'utilizzo di impianti diversi da quelli della Procura; la seconda la mancata motivazione delle ragioni di tale dissenso.

[*Omissis*]

CONSIDERATO IN DIRITTO

[*Omissis*]

Il secondo motivo riguarda l'autonomia, o meno, del giudice del dibattimento rispetto al giudizio di inutilizzabilità delle intercettazioni espresso in sede di procedimento incidentale relativo alla libertà personale. Questa Corte ha in più occasioni affermato che le valutazioni in tema di validità ed utilizzabilità della prova, compiute in sede di giudizio incidentale promosso per il riesame di misure cautelari personali, non possono ritenersi vincolanti per il giudice del dibattimento. Questi, invero, non può subire limiti e condizionamenti su questioni attinenti alla prova, che proprio nel dibattimento si pongono ed assumono definitivo rilievo, e che solo nella sede dibattimentale possono trovare il momento finale, naturale e necessario, di verifica. Ciò vale, ovviamente, anche per le questioni attinenti alla validità delle intercettazioni disposte nel corso delle indagini preliminari ed alla loro utilizzabilità, in relazione alle quali qualsiasi decisione adottata nella sede cautelare non può travalicarne i limiti fino a giungere a precludere al giudice del dibattimento il potere-dovere di un'autonoma ed indipendente valutazione della prova, anche sotto il profilo della legittimità delle procedure acquisitive (Cass. N. 10699 del 2013

Rv. 255334; N. 22374 del 2012 Rv. 825333; N. 40301 del 2012 Rv. 25384; N. 19331 del 2006 Rv. 236414). Questo soprattutto perché un giudicato cautelare che intervenga in materia di prove, finirebbe con il determinare, in un procedimento con più imputati e parti, una violazione del principio del contraddittorio, con riguardo a coloro che, rimasti estranei al procedimento cautelare, verrebbero esclusi da tematiche rilevanti, quali quelle attinenti alla validità ed utilizzabilità delle prove.

Infatti le pronunce di questa Corte che affermano che è irragionevole ritenere che l'utilizzabilità di una specifica prova possa essere successivamente negata, lo affermano nell'ambito del medesimo procedimento e nei confronti della stessa parte sul presupposto che, una volta stabilita dal giudice di legittimità, in relazione allo stesso procedimento e nei confronti delle medesime parti, l'utilizzabilità di determinate prove, l'efficienza processuale postula che, in difetto di elementi nuovi, la decisione resa in precedenza sia vincolante e non consenta di reiterare la questione "ad libitum", "quando piaccia", e "quante volte si voglia", tanto palesemente pregiudicando la ragionevole durata del processo) (Sez. 1, Sentenza n. 47655 del 12/10/2011 Ud. (dep. 21/12/2011) Rv. 252181; conforme proprio su intercettazioni, Sez. 1, Sentenza n. 23748 del 24/04/2012 Ud. (dep. 15/06/2012) Rv. 253336; Sez. 1, Sentenza n. 39850 del 01/03/2012 Ud. (dep. 09/10/2012) Rv. 253950).

Il principio che fonda dette pronunce è quello che non appare ragionevole supporre che la utilizzabilità di una specifica prova, una volta affermata in sede di legittimità nei confronti di una determinata parte, possa poi essere negata, in relazione al medesimo procedimento riguardo alla stessa parte.

Ciò premesso deve rilevarsi che nel caso in esame il procedimento incidentale cui si fa riferimento non riguarda l'attuale ricorrente, bensì il coimputato M.M. (sentenza Cass. Sez. 2^a n. 4553 del 2005) che non è stato giudicato dal Tribunale di Siracusa, bensì dalla Corte di Assise di Siracusa in diverso dibattimento.

Ne consegue che il giudizio di inutilizzabilità delle intercettazioni espresso in sede di procedimento incidentale relativo alla libertà personale relativo a M.M. alla luce dei principi esposti è stato correttamente ritenuto non vincolante nel procedimento a carico del R.

Detto ciò deve rilevarsi che il Tribunale di Siracusa (ordinanza 4.12.2007) prima e la Corte d'Appello di Catania poi hanno dato conto che i decreti in contestazione lungi dal sottacere l'indicazione delle ragioni della insufficienza o inidoneità degli impianti installati presso la Procura e la conseguente necessità di ricorrere a strumentazioni collegate a strutture esterne hanno dato conto che le predette operazioni dovevano essere compiute per mezzo degli impianti installati presso la sala ascolto del Nucleo Operativo dei CC di Augusta al fine di consentire il coordinamento in tempo reale fra l'attività di ascolto e l'attività dinamica sul territorio.

E deve ricordarsi che questa Corte ha avuto modo di affermare che l'obbligo di motivazione del decreto del Pubblico ministero in ipotesi di "inidoneità funzionale degli impianti della Procura" è assolto ogniquale volta sia data contezza, sia pure senza particolari locuzioni od approfondimenti, delle ragioni che li rendono concretamente inadeguati al raggiungimento dello scopo, in relazione al reato per cui si procede ed al tipo di indagini necessarie (Cass. sez. Un., 30347/07, 12 luglio 2007, Agunche).

Deve comunque rilevarsi che il ricorrente non contesta le motivazioni dei giudici di merito essendosi limitato a contestare il *decisum* sulla scorta della pronuncia incidentale relativa a diverso imputato. Sul punto il ricorso si appalesa pertanto aspecifico.

[Omissis]

Il ricorso deve quindi essere respinto e il ricorrente condannato al pagamento delle spese processuali.

[Omissis]

ELISA GRISONICH

Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche – Università degli Studi di Udine

L'ultimo tassello in materia di preclusioni cautelari: una possibile interferenza del procedimento incidentale su quello di merito

The last step in establishing precautionary estoppels: precautionary proceedings can affect the proceedings on the merits of the case

Negli ultimi anni, una parte della giurisprudenza ha configurato un'inedita forma di preclusione in materia cautelare, tale da produrre i suoi effetti nel giudizio principale di merito.

La pronuncia offre l'occasione per analizzare il contrasto giurisprudenziale sul tema e interrogarsi sulle ragioni di questo cambiamento. L'intento è, inoltre, quello di delineare i caratteri della nuova fattispecie preclusiva e, in ultima analisi, di comprendere se questa possa essere considerata legittima.

Over the last few years, part of the judiciary has established a new form of precautionary estoppel, causing effects on the main proceedings.

The judgment provides an opportunity to analyze the divergences on the subject and to look for the reasons of this change. Furthermore, the purpose is to describe the features of this new estoppel, and, finally, to understand whether it is legitimate or not.

PREMESSA

La decisione in commento rappresenta un'ulteriore emersione di una tendenza giurisprudenziale che, spinta dal fine di assicurare la ragionevole durata del processo, individua preclusioni all'esercizio di facoltà e di poteri delle parti, laddove non previste dalla legge¹.

Difatti, questa pronuncia si inserisce in un recente orientamento che, in prima approssimazione, ritiene che le questioni sull'inutilizzabilità emesse in sede cautelare *de libertate* dalla Corte di cassazione siano vincolanti, *rebus sic stantibus*, per il giudice del procedimento principale, portando così alle estreme conseguenze gli effetti dell'istituto, di origine pretoria, del cosiddetto "giudicato cautelare".

In particolare, fin dai primi anni di applicazione del nuovo codice di procedura penale² – oltretutto in linea di continuità con un filone giurisprudenziale sorto verso la fine della vigenza del codice Rocco³ – la

¹ Cfr. Cass., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 7931, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 697; Cass., sez. un., 24 giugno 2010, n. 33885, in *Guida dir.*, 2010, 43, p. 86; Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, n. 6026, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2358; Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310; Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28; Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746. Molto significativa sul tema è la decisione delle Sezioni Unite Donati, che ha elevato la preclusione a principio generale dell'ordinamento, il quale «d[arebbe] linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema»: cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., p. 33. In dottrina, si è osservato come il principio di preclusione «[sia] ormai considerato un criterio ermeneutico di diffusa applicazione nel rito penale»: cfr. C. Conti, *Harmonized precedents: le Sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 698.

² Tra le pronunce più risalenti sul tema si vedano, oltre alla storica sentenza delle Sezioni Unite Buffa (Cass., sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2928), anche Cass., sez. I, 5 aprile 1991, Mendrino, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 680; Cass., sez. I, 11 marzo 1991, Migliaccio, in *Cass. pen.*, 1992, p. 98; Cass., sez. fer., 6 settembre 1990, Palma, in *Cass. pen.*, 1991, p. 356; Cass., sez. fer., 23 agosto 1990, Macrì, in *Foro it.*, 1991, II, c. 147; Cass., sez. I, 17 marzo 1990, Minuriello, in *Riv. pen.*, 1991, p. 94.

³ Cfr., in particolare, Cass., sez. I, 28 marzo 1989, Bertone, in *Cass. pen.*, 1990, p. 896; Cass., sez. I, 16 gennaio 1989, Buda, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1967; Cass., sez. II, 18 agosto 1988, Nanin, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1805; Cass., sez. I, 24 marzo 1986, Acito, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1785; Cass., sez. V, 10 maggio 1984, Losuriello, in *Foro it.*, 1984, II, c. 440.

materia cautelare ha costituito il primo banco di prova di elaborazione da parte della giurisprudenza di una preclusione al fine di colmare una lacuna normativa, chiamata, appunto, “giudicato cautelare” o “*ne bis in idem* cautelare”⁴.

Tale fattispecie preclusiva è stata configurata con una finalità endoprocessuale, ossia quella di impedire la reiterazione delle medesime questioni all’interno del procedimento incidentale⁵, ed era pacifico che non potesse esplicitare i suoi effetti al di fuori di tale materia. Con la pronuncia in esame, e, più in generale, con l’orientamento giurisprudenziale da questa condiviso, si assiste a una svolta: vi sarebbe un’ipotesi di preclusione cautelare tale da impedire la reiterazione di una questione di diritto processuale nel giudizio principale di merito.

Occorre anticipare che questo cambio di impostazione è sintomo di un mutamento più profondo del modo di intendere i rapporti tra giudizio incidentale e principale, da sempre informati ai principi di autonomia e di minima interferenza⁶. Si riteneva, infatti, da un lato, che il procedimento cautelare non potesse mai esplicitare un’efficacia preclusiva su quello principale di merito⁷, dall’altro, che le decisioni di quest’ultimo potessero essere vincolanti per il primo in presenza del cosiddetto “principio di assorbimento”, ossia qualora contenenti una valutazione più ampia e profonda di quella da effettuare in sede cautelare⁸.

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE

D’altra parte, l’approdo che valorizza la preclusione non è affatto pacifico, poiché vi sono più sentenze della Corte di cassazione che continuano a sostenere il contrario⁹.

Emerge, quindi, come la decisione in commento si collochi all’interno di un panorama giurisprudenziale controverso; pare, quindi, utile analizzare le argomentazioni a fondamento dei due opposti indirizzi.

Il primo filone, che ha un’origine più risalente nel tempo¹⁰, afferma il principio di diritto secondo cui «le pronunce sulla validità e utilizzabilità del mezzo di prova compiuto in sede di giudizio incidentale promosso per il riesame di misure cautelari personali, anche all’esito del giudizio di legittimità, non possono ritenersi vincolanti per il giudice del dibattimento»¹¹.

Tale impostazione viene giustificata, anzitutto, sulla base dell’autonomia tra procedimento cautelare e principale, poiché strutturalmente diversi quanto a «competenza funzionale, strumenti conoscitivi, tempi di espletamento, partecipazione di soggetti»¹², nonché per l’«efficacia dimostrativa dei risultati probatori richiesti per la formulazione delle rispettive decisioni»¹³. Inoltre, si osserva che il giudizio in-

⁴In argomento, si rinvia, per tutti, a C. Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 339-365.

⁵Si veda Cass., sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, cit., pp. 2928-2929.

⁶Sul punto, cfr. F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2190-2192; P. Tonini, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1397, il quale osserva che il principio di autonomia è sorto nell’ambito del sistema inquisitorio, sotto la vigenza del codice Rocco.

⁷V. Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Cass. pen.*, 1994, p. 283.

⁸Il “principio di assorbimento” è stato teorizzato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 71/1996: cfr. C. cost., 15 marzo 1996, n. 71, in *Giur. cost.*, 1996, p. 669. Per un quadro generale sulle interferenze del procedimento principale di merito su quello cautelare, v. P. Felicioni, *Procedimento de libertate e procedimento principale: analisi e reciproche interferenze*, in M. Montagna, (a cura di), *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, III, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 577-588.

⁹Cfr. Cass., sez. V, 4 aprile 2017, n. 32969, *inedita*; Cass., sez. I, 29 novembre 2016, n. 20155, in *Dir. giust.*, 5 maggio 2017; Cass., sez. II, 12 giugno 2014, n. 40254, *inedita*; Cass., sez. II, 4 luglio 2013, n. 40071, *inedita*; Cass., sez. I, 14 giugno 2012, n. 40301, in *CED Cass.*, n. 253842; Cass., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 21990, *inedita*; Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 41113, *inedita*; Cass., sez. I, 2 febbraio 2011, n. 17240, *inedita*; Cass., sez. VI, 27 aprile 2010, n. 19088, *inedita*; Cass., sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1856; Cass., sez. VI, 26 aprile 2007, n. 33810, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2013; Cass., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 14653, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2545; Cass., sez. IV, 4 dicembre 2006, n. 19331, in *Guida dir.*, 2007, 29, p. 98.

¹⁰Si vedano Cass., sez. I, 11 febbraio 1998, n. 1495, in *CED Cass.*, n. 210551; Cass., sez. VI, 12 dicembre 1995, n. 5501, in *CED Cass.*, n. 205649.

¹¹V., di recente, Cass., sez. V, 4 aprile 2017, n. 32969, cit.

¹²Così Cass., sez. VI, 27 aprile 2010, n. 19088, cit.

¹³Cfr. Cass., sez. I, 29 novembre 2016, n. 20155, cit.

cidentale è fisiologicamente «diretto a soddisfare lo specifico e provvisorio interesse in funzione del quale si svolge» e che, pertanto, tutte le situazioni che ne costituiscono l'oggetto «ricevono uno svolgimento autonomo e chiuso in se stesso»¹⁴.

In secondo luogo, si afferma che una diversa conclusione porterebbe a violare il principio del giudice naturale, in quanto le tematiche riguardanti la prova «si pongono ed assumono definitivo rilievo» nel dibattimento; solo in tal sede, infatti, esse «possono trovare il momento finale, naturale e necessario di verifica»¹⁵.

Più specificamente, si rileva che costringere il giudice del dibattimento ad adeguarsi a quanto stabilito in sede incidentale, porterebbe a rendere «immutabili valutazioni determinanti ai fini della decisione finale e, in definitiva, [a] trasferire altrove la sede naturale del giudizio»¹⁶. Quanto sostenuto viene, inoltre, agganciato a un dato normativo, ovverosia all'art. 271, comma 3, c.p.p., nel quale l'utilizzo della parola "processo" al posto di "procedimento" porterebbe a escludere l'obbligo della distruzione della documentazione delle intercettazioni inutilizzabili nella fase delle indagini preliminari: questa scelta lessicale sarebbe dettata dal fatto di permettere al giudice del merito «di esprimere il proprio giudizio in ordine alla prova»¹⁷.

Infine, la terza e ultima argomentazione si sostanzia nella salvaguardia del contraddittorio: qualora si adottasse l'opposta tesi – si argomenta –, tale principio verrebbe violato nei confronti di quelle parti che non abbiano eventualmente partecipato al procedimento incidentale in cui si è formata la decisione vincolante¹⁸.

L'opposto orientamento, invece, sviluppatosi nell'ultimo decennio, prende le mosse da un'innovativa proposta dottrinale¹⁹, secondo cui sarebbe imprescindibile una semplificazione dei rapporti tra procedimento incidentale e principale: è possibile – si osserva – che una medesima eccezione possa essere sollevata e decisa sia in sede incidentale, sia nel giudizio principale e che, pertanto, possano essere emesse più decisioni tra loro contrastanti, pure della stessa Cassazione, con conseguente svuotamento della nomofilachia e allungamento dei tempi processuali²⁰.

Il rimedio sarebbe, allora, da ricercare nella categoria della preclusione che opererebbe solo con riferimento alle questioni di diritto e non anche a quelle di merito. Mentre, infatti, la decisione cautelare sulle *quaestiones facti* non potrebbe ritenersi vincolante per il giudice della cognizione, stante il differente *standard* probatorio e le diverse regole di giudizio dei due procedimenti, ciò non varrebbe per le questioni di diritto, sia processuale, come ad esempio l'inutilizzabilità, sia sostanziale, quale la qualificazione giuridica del fatto. Queste ultime, infatti, verrebbero affrontate con la medesima profondità sia nel giudizio cautelare, sia in quello principale²¹.

Sulle orme di questa tesi, alcune sentenze hanno dunque affermato l'esistenza di una fattispecie preclusiva, dapprima, con riferimento alle questioni sulla competenza²², e, successivamente, rispetto a quelle sull'inutilizzabilità²³.

¹⁴ V. Cass., sez. VI, 26 aprile 2007, n. 33810, cit., p. 2013.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 21990, cit.

¹⁶ V. Cass., sez. V, 17 gennaio 2012, n. 21990, cit. Si veda, altresì, Cass., sez. VI, 27 aprile 2010, n. 19088, cit., secondo cui siffatta preclusione «verrebbe a violare lo stesso principio del giudice naturale, espropriando il secondo di una porzione della sua funzione istituzionale e vanificando così per le parti le più ampie garanzie all'esercizio di questa collegata».

¹⁷ Cfr. Cass., sez. IV, 4 dicembre 2006, n. 19331, cit., p. 98.

¹⁸ V. Cass., sez. IV, 4 dicembre 2006, n. 19331, cit., p. 98.

¹⁹ Ci si riferisce alla tesi di F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2190 ss. Tali considerazioni sono poi riprese in Id., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 263-285; Id., *Le preclusioni processuali: una vecchia categoria per un processo penale moderno*, in L. Marafioti-R. Del Coco, (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno Teramo, 16 giugno 2011*, Torino, 2012, p. 1 ss. Più in generale, per una valorizzazione dell'operatività della preclusione, si vedano G. Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 508; G. Silvestri, in G. Canzio-E. Marzaduri-E. Silvestri, *Opinioni a confronto. Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 253 ss.

²⁰ Cfr. F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., pp. 2190-2192.

²¹ V. F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2195.

²² Cfr. Cass., sez. IV, 12 luglio 2017, n. 41994, *inedita*; Cass., sez. I, 23 maggio 2017, n. 35732, *inedita*; Cass., sez. VI, 22 luglio 2015, n. 43956, *inedita*; Cass., sez. I, 14 febbraio 2013, n. 9413, in *CED Cass.*, n. 255065; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20992, in *Foro it.*, 2011, II, c. 598. In senso favorevole a tale impostazione, v. G. Silvestri, *Verso la semplificazione dei rapporti tra procedimento principale e procedimenti incidentali?*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 603.

²³ V. Cass., sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 54037, *inedita*; Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 24818, *inedita*; Cass., sez. IV, 20 aprile 2016,

Il fondamento di questo indirizzo sarebbe uno solo, vale a dire la ragionevole durata del processo: si sostiene che «una volta stabilita in sede di legittimità, in relazione allo stesso procedimento e nei confronti delle medesime parti, l'utilizzabilità di determinate prove, l'efficienza processuale postula che, in difetto di elementi nuovi, la decisione resa in precedenza sia vincolante e non consenta di reiterare la questione "ad libitum", "quando piaccia", e "quante volte si voglia", tanto palesemente pregiudicando la ragionevole durata del processo»²⁴.

LA DECISIONE

In questo quadro generale, la decisione in commento assume un ruolo peculiare, poiché sembra non aver ravvisato alcun conflitto in materia, condividendo, infine, la tesi favorevole alla preclusione cautelare sulle questioni di inutilizzabilità, nell'ambito del giudizio principale di merito.

Nel caso di specie, la dichiarazione di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, pronunciata dalla Cassazione in sede cautelare *de libertate*, non era stata ritenuta vincolante nel procedimento principale dalla Corte d'appello. Questa, infatti, aveva valutato autonomamente la questione, concludendo per la validità del mezzo di ricerca della prova.

Contro la sentenza, la difesa aveva allora proposto ricorso per cassazione per violazione di legge: i giudici non avrebbero tenuto in considerazione l'asserita preclusione, nata in sede cautelare.

Sul punto, il Supremo Collegio ha precisato che il motivo posto dalla difesa involgerebbe la tematica dell'«autonomia, o meno, del giudice del dibattimento rispetto al giudizio di inutilizzabilità delle intercettazioni espresso in sede di procedimento incidentale relativo alla libertà personale».

La Corte ha, quindi, analizzato sia le pronunce che hanno escluso la possibilità di configurare la preclusione²⁵, sia quelle che l'hanno ammessa, per poi ritenere – come sembra emergere dal suo ragionamento – che non vi sarebbe alcun contrasto giurisprudenziale. Secondo il Collegio, pare, infatti, che tutte le decisioni avrebbero sempre individuato il fenomeno preclusivo, qualora vi fossero stati lo stesso procedimento e le medesime parti, negandolo al di fuori di questa ipotesi.

In particolare, i giudici hanno considerato che una delle giustificazioni avanzate dalle sentenze contrarie alla fattispecie preclusiva si incentrerebbe, come visto, sulla violazione del principio del contraddittorio nei confronti di quelle parti che non hanno partecipato al procedimento cautelare in cui la questione è stata decisa.

Ebbene, – ha osservato la Corte – le pronunce che hanno sostenuto la tesi contraria sarebbero state sempre circoscritte al medesimo procedimento e alla stessa parte: il principio del contraddittorio non sarebbe stato quindi mai violato.

In altri termini, sembra che il massimo Collegio abbia ritenuto che le opposte decisioni, favorevoli o contrarie alla fattispecie preclusiva, sarebbero dipese più semplicemente dal caso concreto, ossia dall'ipotesi in cui vi fosse stata o meno identità di procedimento e di parti.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha riscontrato che, nella fattispecie su cui era stata chiamata a pronunciarsi, il ricorrente era rimasto estraneo al giudizio cautelare in cui la Cassazione aveva dichiarato l'inutilizzabilità delle intercettazioni: i giudici di appello avrebbero, quindi, correttamente escluso la preclusione.

Per concludere, il Collegio, pur ammettendo in astratto l'operatività della fattispecie preclusiva, ne ha negato in concreto l'applicazione, mancando i requisiti di "stessa parte" e "stesso procedimento": ha, quindi, valutato nuovamente la questione, dichiarando l'utilizzabilità delle intercettazioni.

n. 29625, *inedita*; Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 4889, *inedita*; Cass., sez. V, 10 febbraio 2016, n. 26809, in *Cass. pen.*, 2017, p. 708; Cass., sez. I, 7 novembre 2014, n. 4968, *inedita*; Cass., sez. V, 15 marzo 2013, n. 21248, *inedita*; Cass., sez. I, 24 aprile 2012, n. 23748, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1519; Cass., sez. I, 1 marzo 2012, n. 39850, in *CED Cass.*, n. 253950; Cass., sez. I, 12 ottobre 2011, n. 47655, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3778.

²⁴ Così, tra le tante, Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 24818, cit.

²⁵ Va precisato, tuttavia, che la Corte ha fatto rientrare nell'orientamento contrario alla preclusione una sentenza che, in realtà, sembra far parte dell'indirizzo a favore: cfr. Cass., sez. I, 5 febbraio 2013, n. 10699, in *CED Cass.*, n. 255334.

L'INCONGRUA COMPOSIZIONE DEL CONTRASTO

Pare evidente come con questa pronuncia si assista a un tentativo di armonizzare il contrasto sul tema. Tuttavia, alla luce dell'analisi giurisprudenziale, tale conclusione non pare convincere.

Innanzitutto, è da rilevare che il primo indirizzo ha escluso la fattispecie preclusiva anche in casi in cui vi è stata identità di parte e di procedimento²⁶.

In particolare, sono molteplici le pronunce che hanno riguardato una pluralità di imputati, solo alcuni dei quali avevano partecipato al giudizio cautelare²⁷; pertanto, sulla base dell'impostazione della Corte, i giudici avrebbero dovuto individuare la preclusione con riferimento a quelle parti nei cui confronti era stata emessa la decisione cautelare ed escluderla nell'ipotesi inversa. Così, invece, non è stato: il fenomeno preclusivo è stato, infatti, negato *ab origine*, a prescindere dal caso concreto²⁸.

Inoltre, se comunque bisogna dare atto che l'orientamento opposto è perlopiù uniforme nell'individuare la preclusione solo quando vi sono stessa parte e medesimo procedimento²⁹, vi è almeno una sentenza della Cassazione che invece l'ha ritenuta operante in un'ipotesi in cui non c'erano questi due requisiti: la decisione, emessa ai sensi dell'art. 311 c.p.p., aveva riguardato un coimputato diverso dai ricorrenti, il quale era stato inoltre giudicato separatamente³⁰.

Sembra, poi, che la Corte non sia riuscita a sciogliere le divergenze anche sotto un altro aspetto: infatti, i giudici hanno tentato di risolvere solo una delle argomentazioni sostenute dal primo indirizzo, vale a dire l'eventuale violazione del principio del contraddittorio, omettendo, però, di approfondire, da un lato, il tema dell'autonomia tra procedimento incidentale e principale, in quanto strutturalmente diversi, dall'altro, il principio secondo cui il giudice del dibattimento «non p[otrebbe] subire limiti e condizionamenti su questioni attinenti alla prova, che proprio nel dibattimento si pongono e assumono definitivo rilievo»³¹.

Questa, peraltro, non è la prima volta il cui la Suprema Corte ha tentato di armonizzare i due diversi orientamenti giurisprudenziali: a quanto consta, vi sono almeno due pronunce che hanno cercato di fare lo stesso.

La prima ha sostenuto che la tesi favorevole alla preclusione non andrebbe affatto a mettere in discussione l'impermeabilità del giudizio principale rispetto a quello cautelare: tale principio, infatti, «d[ovrebbe] essere tendenzialmente riaffermato», con la sola eccezione delle *quastiones iuris*, rispetto alle quali le decisioni emesse in sede di legittimità *ex art.* 311 c.p.p. avrebbero la stessa ampiezza e profondità di quelle pronunciate nel giudizio principale³².

La seconda, invece, ha più semplicemente affermato che si sarebbe in presenza di un «contrasto inconsapevole», poiché – ha argomentato – l'orientamento contrario al fenomeno preclusivo non si sarebbe mai confrontato con quello a favore³³.

Alla luce di quanto emerso, pare, quindi, che nell'arresto volto a valorizzare la preclusione vi sarebbe una tendenza a darne per assodata l'operatività, sostenendo che, in realtà, il contrasto con i principi affermati dal tradizionale indirizzo sarebbe solo apparente. Tuttavia, come si è tentato di dimostrare, i due orientamenti sono tra loro opposti e di per sé inconciliabili, essendo basati su argomentazioni diverse che portano rispettivamente a escludere la fattispecie preclusiva – indipendentemente dalle medesime parti e stesso procedimento – o a configurarla.

²⁶ Emblematica è, ad esempio, Cass., sez. I, 2 febbraio 2011, n. 17240, cit.

²⁷ V. Cass., sez. IV, 27 aprile 2010, n. 19088, cit.; Cass., sez. V, 16 marzo 2010, n. 16285, cit., p. 1856; Cass., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 14653, cit., p. 2545.

²⁸ Nelle decisioni di cui alla nota precedente, la Corte non si è infatti soffermata sull'identità o meno delle parti che avevano partecipato al giudizio cautelare, ma ha escluso per tutte la preclusione.

²⁹ Cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 54037, cit.

³⁰ V. Cass., sez. V, 17 novembre 2014, n. 52235, *inedita*.

³¹ Queste le parole di Cass., sez. IV, 4 dicembre 2006, n. 19331, cit., p. 98.

³² Cfr. Cass., sez. I, 24 aprile 2012, n. 23748, cit., p. 1519.

³³ V. Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 24818, cit.

I CARATTERI DELLA NUOVA FATTISPECIE PRECLUSIVA: INCERTEZZE APPLICATIVE

A questo punto della trattazione, pare utile interrogarsi su quali siano i caratteri e la portata della preclusione che emergono dalla pronuncia in esame, in un'ottica anche di confronto con l'istituto del cosiddetto giudicato cautelare di cui costituisce l'evoluzione.

In primo luogo, è da considerare che questa fattispecie preclusiva è stata elaborata in assenza di una norma che la preveda, al fine di assicurare l'efficienza processuale e la ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost.: la pronuncia, dunque, costituisce uno degli ultimi esempi in giurisprudenza, in cui è stato valorizzato il fenomeno preclusivo per colmare una presunta lacuna normativa.

Peraltro, è da precisare che la Corte non ha utilizzato espressamente il concetto di "preclusione", limitandosi a riportare il principio di diritto dell'orientamento da questa condiviso, secondo cui «[...] in difetto di elementi nuovi, la decisione resa in precedenza [è] vincolante e non consent[er]e di reiterare la questione "ad libitum", quando piaccia, e quante volte si voglia, tanto palesemente pregiudicando la ragionevole durata del processo».

Nonostante questa imprecisione lessicale, è comunque chiaro che la categoria richiamata dai giudici è proprio quella della "preclusione" e, più nello specifico, della "preclusione per intervenuta consumazione del potere"³⁴, vale a dire quella fattispecie preclusiva che trova causa nell'«avere già una volta validamente esercitato la facoltà»³⁵. Dalle parole della Corte, sembra infatti ricavarsi che, dopo una pronuncia della Cassazione ex art. 311 c.p.p. sull'inutilizzabilità, la facoltà di reiterare la stessa eccezione è da ritenersi consumata, dando vita a un fenomeno preclusivo. Questo opererebbe, nei confronti delle parti, impedendo loro di riproporre la questione già decisa; nei riguardi del giudice del procedimento principale, obbligandolo a ritenere vincolante la pronuncia, senza poter effettuare un'autonoma valutazione.

Per quanto concerne i caratteri del nuovo istituto, sebbene alcuni sembrino abbastanza chiari, altri invece non paiono ben definiti, con la conseguenza di provocare una pericolosa incertezza applicativa.

Di certo, la pronuncia in esame ha precisato che la fattispecie preclusiva opera esclusivamente nei confronti di quella stessa parte che aveva partecipato al giudizio cautelare e nell'ambito del medesimo procedimento.

Inoltre, dalla sentenza pare emergere che l'istituto si formi solo a seguito di una decisione emessa dalla Cassazione ai sensi dell'art. 311 c.p.p., a differenza, peraltro, del *ne bis in idem* cautelare, il quale si configura, per quanto riguarda l'imputato, anche per effetto di una pronuncia non impugnata del tribunale della libertà³⁶; con riferimento al pubblico ministero, invece, pure nell'ipotesi di omessa impugnazione dell'ordinanza reiettiva della richiesta di applicazione di una misura cautelare³⁷.

In aggiunta, la preclusione sembra operare *rebus sic stantibus* o allo stato degli atti, potendo sempre essere superata sulla base di «elementi nuovi»: tale caratteristica riecheggia quella tipica del giudicato cautelare e trova giustificazione nella struttura stessa del giudizio incidentale *de libertate*, ossia nella tendenziale fluidità del materiale conoscitivo³⁸.

È da rilevare però che né la sentenza né, più in generale, l'orientamento che valorizza la preclusione, hanno dato una definizione di "quid novi", circostanza che crea un disorientamento per l'interprete. Sul punto, si potrebbe trovare una risposta nella giurisprudenza sul *ne bis in idem* cautelare, la quale ha adottato una nozione particolarmente estesa di "fatti nuovi", intendendo sia quelli sopravvenuti alla decisione, sia quelli preesistenti, ma conosciuti in un momento successivo, e infine quelli che, seppure anteriori e già acquisiti al procedimento, non sono stati vagliati dal giudice³⁹.

³⁴ Cfr. E. Valentini, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione del principio di preclusione per consumazione del potere*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3782.

³⁵ In questi termini, G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1933, p. 5, i cui studi sono considerati le basi di questo istituto. Più in generale, sul tema della preclusione e delle sue implicazioni, si rinvia, per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, a C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit.; R. Del Coco, *La preclusione*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, Utet, 2015, p. 361 ss.

³⁶ Così l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi fin dalla sentenza delle Sezioni Unite Buffa: cfr. *Cass.*, sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, cit., p. 2928. Più di recente, si veda, *Cass.*, sez. III, 28 settembre 2017, n. 57958, *inedita*.

³⁷ *V. Cass.*, sez. V, 9 febbraio 2011, n. 13083, in *CED Cass.*, n. 249845; *Cass.*, sez. V, 13 ottobre 2009, n. 43068, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 33.

³⁸ Cfr. F. Viggiano, *Cautele personali e merito*, Padova, Cedam, 2004, p. 35.

³⁹ *V.*, tra le tante sentenze conformi, *Cass.*, sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 14300, in *CED Cass.*, n. 259450.

Sempre connessa a tale tematica, sembra di estremo interesse una sentenza, che ha fatto rientrare nel concetto di “elemento nuovo” anche il *novum* giurisprudenziale, rappresentato da una decisione delle Sezioni Unite⁴⁰: emerge dunque come, sotto tale profilo, la nuova fattispecie preclusiva sia stata allineata a quanto già affermato in tema di giudicato esecutivo⁴¹ e cautelare⁴². Peraltro, merita altresì rilevare che nella pronuncia è stato dato peso a un mutamento giurisprudenziale sfavorevole all’imputato, ammettendo così l’operatività di un *overruling* interpretativo *in malam partem*⁴³.

Ancora, dalle parole della sentenza in commento emergono dubbi sul perimetro operativo del fenomeno preclusivo. Non vi è infatti alcuna espressa presa di posizione sul punto, a differenza delle decisioni sul *ne bis in idem* cautelare, in cui compare la formula secondo cui la preclusione coprirebbe solo il dedotto esplicito e implicito, ma non il deducibile⁴⁴ e, soprattutto, non riguarderebbe quelle questioni, che seppure dedotte, non sono state decise⁴⁵. Elemento imprescindibile affinché possa formarsi questa fattispecie preclusiva sarebbe dunque una pronuncia nel merito da parte del giudice⁴⁶.

Dal principio di diritto riportato dalla Corte, e, in particolare, dall’utilizzo dell’espressione «una volta stabilita [l’utilizzabilità di una prova] dal giudice di legittimità», si potrebbe forse dedurre un ambito di estensione pari a quello del giudicato cautelare; oltretutto, altre pronunce che hanno valorizzato la preclusione in parola paiono confermare l’assunto⁴⁷. Sennonché, vi è almeno una sentenza che, viceversa, sembra dimostrare il contrario: i giudici hanno infatti ritenuto operante la fattispecie preclusiva anche se la Cassazione, in sede cautelare, non si era pronunciata nel merito sull’eccezione di inutilizzabilità delle intercettazioni sollevata dalla difesa, ma si era limitata a dichiarare l’inammissibilità del ricorso⁴⁸.

Un altro problema interpretativo, strettamente legato a quello appena affrontato, riguarda la stessa ampiezza del significato di “dedotto” e di “deducibile” e, più specificamente, se questi termini si riferiscano, in generale, ai punti, quali l’inutilizzabilità o la competenza, oppure alle singole questioni all’interno del punto, come, ad esempio, l’inosservanza delle disposizioni dell’art. 267 c.p.p., oppure l’omessa motivazione delle eccezionali ragioni di urgenza *ex art.* 268, comma 3, c.p.p.

La massima che compare nella decisione sembrerebbe avallare la nozione più estesa e, quindi, affermare l’operatività della preclusione sull’intero punto. Tuttavia, se si passa ad analizzare altri casi decisi dalla Corte, pare potersi ricavare che, nonostante si ritrovi lo stesso – o comunque simile – principio di diritto, la fattispecie preclusiva è stata ravvisata solo rispetto alle singole questioni del punto “inutilizzabilità” che avevano già formato oggetto di pronuncia da parte della Cassazione in sede incidentale; le altre invece sono state valutate nel merito⁴⁹.

⁴⁰ V. Cass., sez. I, 5 febbraio 2013, n. 10699, cit.

⁴¹ Cfr. la nota sentenza delle Sezioni Unite Beschi: Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Foro it.*, 2010, II, c. 566.

⁴² V. Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1846.

⁴³ Questo non sembra essere in linea con quanto affermato da Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, cit., c. 573, secondo cui l’inclusione del mutamento giurisprudenziale nel concetto di “nuovo elemento di diritto” sarebbe dettata dalla necessità di «garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo».

⁴⁴ V., ad esempio, Cass., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47482, in *CED Cass.*, n. 265858. Si veda, anche, Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3229.

⁴⁵ V., tra le tante, Cass., sez. III, 8 settembre 2016, n. 55005, *inedita*; Cass., sez. IV, 4 settembre 2009, n. 32929, in *CED Cass.*, n. 244976.

⁴⁶ Questo di certo vale per quanto riguarda la materia cautelare personale. Invece, nell’ambito del giudizio cautelare reale, è da rilevare che, di recente, si era formato un indirizzo giurisprudenziale – in contrasto con quanto affermato da Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3097 –, che affermava l’esistenza del giudicato cautelare anche sul deducibile e, più specificamente, sulle questioni relative alla legittimità originaria del provvedimento cautelare, le quali avrebbero potuto essere dedotte con l’istanza di riesame. La questione era stata così rimessa alle Sezioni Unite (v. Cass., sez. III, ord. 13 marzo 2018, n. 11935, in *Dir. giust.*, 16 marzo 2018), le quali si sono pronunciate, ribadendo la portata tradizionale del *ne bis in idem* cautelare: cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2018, Edil Noemi Group (informazione provvisoria), in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2018.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, Cass., sez. I, 1 marzo 2012, n. 39850, cit., in cui la Corte ha affermato che «è preclusa [...] la proposizione dell’eccezione difensiva di inutilizzabilità delle conversazioni intercettate, che sia stata già compiutamente esaminata e respinta dalla Corte di cassazione nel procedimento cautelare nei confronti degli stessi imputati».

⁴⁸ V. Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 24818, cit.

⁴⁹ Cfr. Cass., sez. V, 15 marzo 2013, n. 21248, cit.; Cass., sez. I, 1 marzo 2012, n. 39850, cit. Va osservato che, anche con riferimento al *ne bis in idem* cautelare, la nozione di “dedotto” e “deducibile” è interpretata dalla giurisprudenza in modo analogo. Sul punto, si veda, in senso critico, F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., pp. 289-291.

Infine, un ulteriore interrogativo che solleva la sentenza riguarda lo stesso ambito applicativo della preclusione. In particolare, la Corte si è limitata a valutare, coerentemente con quanto richiesto dal caso di specie, una questione di inutilizzabilità, senza però chiarire se l'impostazione sostenuta debba operare anche con riferimento a tutte le questioni di diritto, e quindi, oltre a quelle di diritto processuale⁵⁰, anche a quelle di diritto sostanziale⁵¹, accogliendo così *in toto* quanto proposto dalla dottrina⁵².

Il dubbio non è di poco conto perché, a seconda della soluzione data, la difesa o la pubblica accusa potrebbero essere indotte a non attivare il giudizio di Cassazione *ex art.* 311 c.p.p. per evitare il formarsi di una preclusione, ad esempio, sulla qualificazione giuridica del fatto, e per poter così essere libere di proporre l'eccezione nel giudizio principale di merito.

LE RAGIONI DELL'AFFERMARSI DELLA PRECLUSIONE CAUTELARE NEL GIUDIZIO PRINCIPALE DI MERITO

La pronuncia permette di fare un'ulteriore riflessione.

Come emerso, la decisione incide inevitabilmente sui rapporti tra il giudizio cautelare *de libertate* e quello principale di merito: ritenendo infatti precluse, *rebus sic stantibus*, – pur nella medesimezza di parti e di procedimento – le questioni sull'inutilizzabilità che sono già state oggetto di decisione *ex art.* 311 c.p.p., si ammette un'influenza di non poco rilievo del procedimento cautelare su quello principale.

Tuttavia, preme chiarire che questo indirizzo costituisce il riflesso di una molteplicità di fattori e, in particolare, pare conseguenza di un percorso già avviato dal legislatore⁵³ e non censurato del tutto dalla Corte costituzionale.

Difatti, la causa dell'erosione del principio di autonomia è da rinvenirsi in un duplice intervento legislativo⁵⁴, con il quale sono state introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento delle ipotesi di interferenza di una pronuncia cautelare sul giudizio principale di merito: ci si riferisce alla cosiddetta "archiviazione coatta" *ex art.* 405, comma 1-*bis*, c.p.p.⁵⁵, e al "giudizio immediato custodiale", di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 453 c.p.p.⁵⁶.

Come noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del primo istituto, per contrasto con i principi di ragionevolezza e di obbligatorietà dell'azione penale⁵⁷; così facendo, la Consulta ha delineato importanti indicazioni sulle possibili interferenze tra il procedimento cautelare e quello principale.

Più specificamente, essa ha, da una parte, confermato che il principio di impermeabilità del giudizio principale rispetto alle decisioni *de libertate* deve essere considerato alla base del rapporto fisiologico tra i due procedimenti, in quanto le regole di giudizio e il materiale cognitivo nelle rispettive sedi sono diversi. Dall'altra, la Corte ha ammesso la situazione inversa, chiarendo che, in presenza del principio di assorbimento, le decisioni del giudizio principale possono sempre esplicare un effetto preclusivo nel procedimento cautelare⁵⁸.

Tra le righe del suo ragionamento, la Consulta ha, tuttavia, fatto un'ulteriore e assai rilevante precisazione: in particolare, essa ha sostenuto che non sarebbe di per sé esclusa «pregiudizialmente ed in assoluto» l'eventuale incidenza del giudizio cautelare su quello principale, purché questa risponda «a so-

⁵⁰ Si ricordi che, per il momento, la giurisprudenza ha ritenuto configurabile la preclusione in ipotesi in cui sono venute in rilievo questioni sulla competenza (v., *supra*, nota 22) o sull'inutilizzabilità (cfr., *supra*, nota 23). Peraltro, è da rilevare che, in alcune di queste sentenze, la Corte ha, altresì, affermato che la fattispecie preclusiva si forma, più genericamente, sulle «questioni in rito»: v., ad esempio, Cass., sez. I, 22 giugno 2016, n. 24818, cit.

⁵¹ La giurisprudenza, quantomeno con riferimento alla questione sulla qualificazione giuridica del fatto, sembra continuare ad affermare l'autonomia del procedimento principale rispetto a quello cautelare: v. Cass., sez. VI, 13 luglio 2017, n. 52171, *inedita*.

⁵² Ci si riferisce sempre alla tesi di F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2195.

⁵³ Cfr., in particolare, E. Valentini, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione*, cit., pp. 3780-3781.

⁵⁴ Cfr. R. Del Coco, *Incidente cautelare e procedimento principale: autonomie e interferenze*, in L. Marafioti-R. Del Coco, (a cura di), *Il principio di preclusione*, cit., p. 49.

⁵⁵ Come è noto, tale istituto è stato introdotto dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46.

⁵⁶ Il giudizio immediato custodiale è stato predisposto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125.

⁵⁷ Cfr. C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1131, con nota di L. Scomparin, *Incostituzionale l'archiviazione coatta: quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*

⁵⁸ Cfr. C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., pp. 1136-1140.

lidi canonici di razionalità, quanto a presupposti ed effetti»⁵⁹. È chiaro, dunque, come la Corte abbia ammesso delle eccezioni al principio di impermeabilità; in questo modo, oltretutto, pare abbia implicitamente ritenuto, quantomeno sotto questo profilo, la compatibilità costituzionale del giudizio immediato custodiale, l'altra novità normativa che ha inciso sul regolare rapporto tra i due procedimenti⁶⁰.

Se si considerano, dunque, da un lato, la svolta impressa dal legislatore e, dall'altro, il fatto che la Consulta abbia avallato, sebbene in maniera molto circoscritta, la possibile influenza del giudizio cautelare su quello principale, l'indirizzo giurisprudenziale in parola sembra porsi come una sorta di evoluzione rispetto a queste premesse.

I fattori appena analizzati non esauriscono, però, gli elementi che hanno influenzato il configurarsi della preclusione.

Un'altra causa sembra rinvenirsi nel cambiamento che la concezione del procedimento cautelare *de libertate* ha assunto con il nuovo codice di procedura penale: mentre, infatti, in precedenza, il valore della libertà personale era considerato secondario, nel sistema attuale, e, in particolare, con l'impostazione personalistica adottata dalla Costituzione, esso ha acquisito un'importanza pari ai beni coinvolti nel procedimento principale⁶¹.

Ciò ha avuto delle ripercussioni sulla struttura del giudizio cautelare personale, determinando così un «progressivo isomorfismo» tra quest'ultimo e quello principale di merito, nel senso che, da una parte, sono state estese tutta una serie di garanzie del secondo al primo; dall'altra, cognizione e motivazione del procedimento incidentale sono diventate sempre più simili a quelle del principale⁶². Del resto, questo aumento delle garanzie è ancora più evidente dopo la recente riforma in materia di misure cautelari personali⁶³; basti pensare, ad esempio, alla nuova possibilità per l'imputato di chiedere di partecipare personalmente al procedimento di riesame *ex art. 309, comma 8-bis, c.p.p.*, in una chiara ottica di rafforzamento del diritto di difesa.

In aggiunta, un ulteriore motivo riguarda l'oggetto stesso del procedimento cautelare *de libertate*: è stato infatti rilevato che «possibili interferenze appaiono configurabili soltanto allorché l'oggetto del procedimento incidentale risulti sovrapponibile a quello del procedimento principale»⁶⁴, situazione che ben può riscontrarsi nella materia in esame, considerato che la prognosi di reità allo stato degli atti richiama l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato propria del giudizio principale di merito⁶⁵.

Una volta individuate queste ragioni, gli altri tasselli sono da ravvisarsi, da un lato, in un'elaborazione giurisprudenziale consolidata sul *ne bis in idem* cautelare⁶⁶, tale da poter facilmente portare a un ampliamento dell'operatività dell'istituto al di fuori dei suoi confini applicativi; dall'altro, nella tendenza giurisprudenziale a farsi carico di assicurare – nell'inerzia del legislatore – l'efficienza processuale e la ragionevole durata del processo.

Se si considera, infine, che «è diffusa l'opinione che identifica nella disciplina dei procedimenti relativi alle misure cautelari personali uno dei fattori più rilevanti dell'appesantimento e della lentezza del processo penale»⁶⁷, il quadro, a questo punto, pare completo e rende più chiaro quanto emerge dalla

⁵⁹ V. C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., p. 1137.

⁶⁰ Cfr. R. Del Coco, *La preclusione*, cit., p. 406; E. Valentini, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione*, cit., p. 3781.

⁶¹ V. C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 374; F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2194; P. Tonini, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1397.

⁶² In questi termini, F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2194.

⁶³ Come noto, nella materia cautelare *de libertate*, sono state apportate importanti modifiche dalla l. 16 aprile 2015, n. 47. Cfr., in proposito, G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 535, secondo cui le varie modifiche «inducono a ritenere che si punti ad una solidità della decisione cautelare, che, superando il momento prognostico del provvedimento, necessitato dall'attualità dei pericoli e dalla concretezza delle esigenze cautelari, si prospetta in termini connotati dalla stabilità».

⁶⁴ Così C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 369.

⁶⁵ Cfr. C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 372; D. Negri, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 282.

⁶⁶ È ormai pacifico che il cosiddetto giudicato cautelare, di origine interamente pretoria, operi come elemento caratterizzante della materia cautelare. Si consideri che, dopo la storica sentenza Buffa (Cass., sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, cit., p. 2928), si sono succedute più pronunce delle Sezioni Unite su tale istituto: cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, cit., p. 3229; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, cit., p. 3097; Cass., sez. un., 31 maggio 2000, Piscopo, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2977; Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Caridi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3086; Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Liddi, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3096.

⁶⁷ In questi termini, G. Silvestri, in G. Canzio-E. Marzaduri-E. Silvestri, *Opinioni a confronto*, cit., p. 257.

decisione in commento: la preclusione sulle questioni di inutilizzabilità sarebbe ormai diventata la regola, con l'unica eccezione in cui non vi siano la stessa parte e il medesimo procedimento.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto emerso, è ora possibile svolgere alcune riflessioni conclusive.

Anzitutto, la pronuncia non pare condivisibile per essersi allineata all'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla preclusione.

L'interrogativo, in particolare, che si pone è se siffatto orientamento risulti essere in linea con il principio di legalità processuale o se, invece, abbia sconfinato in un'(inammissibile) attività di creazione del diritto.

Sul punto, se, da una parte, l'operatività della fattispecie preclusiva sulla competenza sembra comunque poter avere un preciso fondamento normativo nel codice, vale a dire l'art. 25 c.p.p.⁶⁸, lo stesso invece non pare potersi dire per quanto riguarda le questioni sull'inutilizzabilità.

In quest'ultima ipotesi, sembra che tale indirizzo, anche se non ha mai esplicitato il suo percorso logico, abbia fatto derivare la preclusione non tanto, come spesso accaduto in altri settori, dall'individuazione di un supposto principio generale di preclusione⁶⁹, quanto da quello della ragionevole durata del processo⁷⁰, considerandolo, quindi, principio generale dell'ordinamento, dotato di immediata forza precettiva ai sensi dell'art. 12, comma 2, disp. prel.⁷¹.

Ebbene, è da rilevare che presupposto indispensabile per poter ricorrere, come pare avvenuto in questo caso, all'analogia *iuris* – ma anche all'analogia *legis* – è la presenza di una lacuna normativa⁷², la quale, però, non sembra sussistere nella materia in esame.

Difatti, le sole volte in cui il legislatore ha voluto che un giudizio incidentale espliciti effetti preclusivi su quello principale è intervenuto con una disposizione apposita: si pensi, ad esempio, al già visto giudizio immediato custodiale *ex art.* 453 c.p.p. o a quel procedimento incidentale, introdotto nel 2006, finalizzato alla distruzione dei risultati documentali delle cosiddette intercettazioni illegali, di cui all'art. 240 c.p.p.⁷³. Pertanto, al di fuori di questi casi espressamente stabiliti, non pare possibile interpretare il silenzio del legislatore come un vuoto normativo, da integrare mediante fattispecie preclusive al fine di assicurare la ragionevole durata del processo.

A conferma di tale assunto può richiamarsi la già citata pronuncia della Corte costituzionale⁷⁴: se, come visto, la regola fisiologica che informa il rapporto tra giudizio cautelare personale e quello principale di merito continua a essere l'autonomia del secondo rispetto alle decisioni del primo, stabilire eventuali eccezioni a tale impostazione sembra un compito riservato esclusivamente al legislatore, il quale è il più adatto a configurarle sulla base di quanto richiesto dalla Consulta, ossia su «solidi canoni di razionalità, quanto presupposti ed effetti»⁷⁵. In aggiunta, è da rilevare che le stesse parole utilizzate

⁶⁸ Tale disposizione, infatti, si limita a prevedere che una decisione della Corte di cassazione sulla giurisdizione o sulla competenza sia vincolante, *rebus sic stantibus*, nel corso del processo, senza, tuttavia, precisare se tale pronuncia debba essere necessariamente emessa nell'ambito del procedimento principale di merito. La Cassazione ha allora effettuato un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo, sulla base dei principi di ragionevole durata del processo e di efficienza processuale, ritenendo, così, vincolante anche una decisione disposta dalla Cassazione in sede di procedimento cautelare: cfr., in particolare, Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20992, cit., c. 600.

⁶⁹ In altre ipotesi, infatti, la giurisprudenza ha teorizzato l'esistenza di un principio generale di preclusione, che giustificerebbe l'individuazione di fattispecie preclusive, anche nel silenzio della legge. Sul punto, v., *supra*, nota 1.

⁷⁰ Per una spiegazione del mancato richiamo al principio generale di preclusione, in favore di quello di ragionevole durata del processo, cfr. E. Marzaduri, in G. Canzio-E. Marzaduri-G. Silvestri, *Opinioni a confronto*, cit., p. 250, le cui considerazioni, pur riferite alla nota sentenza delle Sezioni Unite Battistella (Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, cit., p. 2310), paiono sostenibili anche in questa materia.

⁷¹ Questa è infatti la tesi della dottrina accolta dall'indirizzo in esame: cfr. F.M. Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2203.

⁷² V. l'art. 12, comma 2, disp. prel.

⁷³ Come noto, tale procedimento è stato previsto dal d.l. 22 settembre 2006, n. 259, convertito in l. 20 novembre 2006, n. 281. Per l'analisi di questa ipotesi di preclusione, cfr. C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 433.

⁷⁴ Cfr. C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., p. 1131.

⁷⁵ V. C. cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., p. 1137.

nella decisione farebbero propendere per un implicito riferimento dei giudici al solo intervento legislativo⁷⁶.

In secondo luogo, è da osservare che, anche ammettendo la presenza di una lacuna in questa materia, comunque non si ritiene possibile, allo stato attuale della legislazione, configurare una “preclusione per intervenuta consumazione del potere”: si può parlare, infatti, di duplicazione di attività solo quando struttura, regole e garanzie dei due procedimenti sono analoghi, circostanza che non si riscontra nella tematica analizzata⁷⁷. Vi sarebbe una «vera e propria “incommensurabilità” delle garanzie riconosciute all'imputato nelle due sedi»: da un lato, il «pieno contraddittorio dibattimentale», dall'altro, «la tutela debole, postuma e sostanzialmente cartolare»⁷⁸.

In aggiunta, oltre al fatto che il materiale cognitivo del giudizio incidentale *de libertate* può essere fisiologicamente più ridotto rispetto a quello del procedimento principale di merito, può, altresì, accadere che lo stesso fascicolo cautelare non arrivi completo alla Corte di cassazione chiamata a pronunciarsi ex art. 311 c.p.p.

Più specificamente, la previsione dell'art. 100 disp. att. c.p.p., secondo cui l'autorità procedente è tenuta a trasmettere al giudice dell'impugnazione «gli atti necessari ai fini della decisione», è stata interpretata in senso restrittivo da due successive circolari ministeriali, le quali hanno ridotto di molto la tipologia di atti da inviare alla Corte di cassazione⁷⁹: può ben verificarsi, pertanto, che quest'ultima non sia posta nelle condizioni di valutare compiutamente tutti gli elementi a fondamento di una questione, compresa anche quella di diritto⁸⁰. Oltretutto, si consideri che la giurisprudenza non ravvisa alcuna ipotesi di nullità nel caso di omessa o intempestiva trasmissione degli atti alla Corte⁸¹.

Il rischio sembra dunque che, nonostante la menzionata limitazione del materiale cognitivo in sede di legittimità *de libertate*, il giudice del procedimento principale ritenga lo stesso preclusa la questione⁸².

Infine, anche nell'ipotesi in cui non si dovesse condividere la tesi appena sostenuta – secondo cui non sussisterebbe in questo caso una preclusione-consumazione –, comunque la fattispecie preclusiva non potrebbe ritenersi configurabile, quantomeno a sfavore della difesa, alla luce di una più generale considerazione sulla stessa operatività del principio di ragionevole durata del processo.

Come è stato affermato dalla Corte costituzionale, – proprio in un caso in cui la giurisprudenza aveva affermato, in assenza di una previsione normativa, una preclusione sfavorevole per l'imputato⁸³ – il diritto di difesa non può essere di per sé bilanciato con l'art. 111, comma 2, Cost., «giacché un processo “non giusto” perché carente sotto il profilo delle garanzie, non sarebbe conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁸⁴.

Di fronte a tale affermazione, potrebbe dunque eventualmente ravvisarsi una fattispecie preclusiva in questa sede, ma solo se giova all'imputato: ad esempio, una questione di inutilizzabilità, decisa a favore della difesa, in sede incidentale *de libertate*, potrebbe essere considerata preclusa nel procedimento

⁷⁶ Cfr. C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 391.

⁷⁷ Si veda, in particolare, la condivisibile opinione di E. Marzaduri, in G. Canzio-E. Marzaduri-E. Silvestri, *Opinioni a confronto*, cit., p. 253, secondo cui «le differenti basi cognitive e le differenti regole di giudizio paiono limitare fortemente, se non eliminare del tutto la possibilità di apprezzare come consumato il potere esercitato in sede incidentale». Sul punto, cfr., anche, R. Del Coco, *La preclusione*, cit., pp. 408-411; L. Marafioti, *Il controllo selettivo di legittimità in Cassazione: verso nuovi equilibri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 84-85. V., inoltre, la posizione peculiare di M. Menna, *La ragionevole durata del processo in relazione ai sindacati incidentali ed ai processi cumulativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 927, il quale, pur escludendo l'operatività della preclusione nell'ambito del giudizio dibattimentale, l'ha ritenuta invece configurabile in sede di indagini preliminari.

⁷⁸ Cfr. C. Conti, *La preclusione nel processo*, cit., p. 380.

⁷⁹ Ci si riferisce alla Circ. min., 16 maggio 2016, *Circolare in materia di formazione e tenuta dei fascicoli processuali da trasmettere alla Corte di cassazione*, in www.giustizia.it, che ha ribadito testualmente quanto previsto nella precedente (Cir. min., 6 febbraio 2001, n. 582, in *Foro it.*, 2001, II, cc. 342-343). Sul punto, cfr. E. Valentini, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione*, cit., p. 3793, che ha analizzato la problematica ancora all'epoca della prima circolare.

⁸⁰ Cfr. Cass., sez. V, 10 febbraio 2016, n. 26809, cit., p. 708.

⁸¹ V. Cass., sez. fer., 9 settembre 1993, Bisignani, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2489.

⁸² Circostanza che sembra essersi verificata proprio in una recente sentenza, sebbene sia da precisare che la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione non solo per l'asserita operatività della preclusione, ma anche per la genericità dei motivi di ricorso: cfr. Cass., sez. V, 10 febbraio 2016, n. 26809, cit., p. 708.

⁸³ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, n. 6026, cit., p. 2358 ss.

⁸⁴ V. C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747.

principale di merito, poiché, in tal caso, l'economia processuale non andrebbe a incidere sulle garanzie a tutela dell'imputato.

Viceversa, non potrebbe valere l'ipotesi opposta: il diritto di difesa verrebbe infatti sacrificato irrimediabilmente nell'ottica di garantire l'art. 111, comma 2, Cost. Di rilievo, in particolare, paiono essere le considerazioni di autorevole dottrina, secondo cui la ragionevole durata non può costituire un limite «al diritto di difesa in quanto tale, ma all'incontrollata proliferazione in cui esso potenzialmente si realizza»⁸⁵, situazione, quest'ultima, che non sembra verificarsi nella materia in esame. Non pare, infatti, potersi ravvisare un'eccessiva presenza di garanzie nella facoltà dell'imputato di difendersi pienamente in due procedimenti, aventi non solo regole, ma anche finalità ben diverse⁸⁶.

Per completezza, è, peraltro, da osservare che la preclusione non potrebbe, talvolta, nemmeno assicurare la stessa ragionevole durata del processo: vi sono infatti situazioni in cui il fenomeno preclusivo, invece che snellire i procedimenti, potrebbe appesantirli e dare vita a più decisioni contrastanti sullo stesso tema. Ci si riferisce, ad esempio, al caso in cui vi sia un procedimento con più coimputati, solo alcuni dei quali abbiano partecipato a un giudizio cautelare *de libertate* in cui è stata emessa una decisione della Corte di cassazione. In un'ipotesi del genere, proprio sulla base della pronuncia in commento, la fattispecie preclusiva vincolerebbe il giudice del procedimento principale esclusivamente con riferimento a quegli imputati toccati dalla precedente pronuncia, con la conseguenza che sarebbe libero di effettuare un'autonoma valutazione nei confronti degli altri. Chiara la conseguenza: vi sarebbe il rischio che in uno stesso procedimento, una questione di diritto venga valutata in senso opposto a seconda della parte. Un'intercettazione, ad esempio, potrebbe essere ritenuta valida nei confronti di una e, viceversa, inutilizzabile rispetto a un'altra.

In aggiunta, si ritiene che ammettere la configurabilità di questa fattispecie preclusiva, anche in un'ottica di un possibile intervento legislativo, comporti un pericoloso svuotamento delle finalità proprie del giudizio cautelare personale e contribuisca, altresì, ad aumentarne l'importanza, con la conseguenza che labile sarebbe allora il confine che lo separa dal procedimento principale di merito, assumendo funzioni proprie di quest'ultimo⁸⁷.

Si badi bene che l'accoglimento di questa tesi innovativa non solo andrebbe a incidere sulle prerogative della difesa, la quale potrebbe essere indotta a non attivare i mezzi di impugnazione *de libertate*, con sacrificio del diritto alla libertà personale; ma anche della pubblica accusa, che potrebbe avere parimenti remora di richiedere una misura cautelare personale, a discapito delle esigenze di tutela della collettività.

A fianco di queste considerazioni, la decisione in commento solleva, inoltre, un'ulteriore e distinta riflessione.

Si è visto, infatti, che la Corte ha ribadito la tesi, secondo cui la preclusione dovrebbe configurarsi nell'identità di parti e di procedimento, ritenendo che, in tal modo, sarebbe salvo il contraddittorio.

Tuttavia, è da rilevare che questo principio verrebbe in gioco solo quando la fattispecie preclusiva opera a sfavore di quel coimputato rimasto estraneo al precedente giudizio cautelare e non, invece, – come accaduto nel caso concreto – qualora gli giovi. In quest'ultima ipotesi, dovrebbe avere rilievo – pur in presenza dei requisiti richiesti – un altro principio, ossia quello dell'effetto estensivo del *decisum* di cui all'art. 587 c.p.p., ravvisabile nella pronuncia della Cassazione, emessa in sede *de libertate*. Tale disposizione, infatti, in quanto principio generale delle impugnazioni, viene pacificamente applicata dalla giurisprudenza in materia cautelare, anche se con delle rilevanti peculiarità⁸⁸.

⁸⁵ In questi termini, P. Ferrua, *Il giusto processo*, 2ª ed., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 63.

⁸⁶ In aggiunta, v. L. Lupária, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 135 ss., il quale ha osservato che l'istituto della preclusione avrebbe una funzione garantista, con la conseguenza che potrebbe essere configurato, nel silenzio del legislatore, esclusivamente nel caso in cui tuteli l'imputato.

⁸⁷ Si vedano, in particolare, le considerazioni di R. Orlandi, *Principio di preclusione e processo penale*, in *questa Rivista*, 2011, 5, p. 10, secondo cui «istituire disinvoltamente rapporti di pregiudizialità o di preclusione fra decisioni maturate in ambito cautelare e situazioni del procedimento principale finisce con l'accrescere in misura patologica l'importanza, già notevolissima, della procedura incidentale». V. anche L. Marafioti, *Preclusione: un principio "senza qualità"*, in L. Marafioti-R. Del Coco, (a cura di), *Il principio di preclusione*, cit., pp. 181-182.

⁸⁸ In particolare, si ammette solo l'effetto estensivo del *decisum*, non anche quello dell'impugnazione: v. Cass., sez. un., 22 novembre 1995, Ventura, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1772. In argomento, cfr. G. Spangher, *Prime riflessioni su di un tema complesso: l'effetto estensivo dell'impugnazione e l'effetto estensivo della decisione nei gravami de libertate*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3393 ss. Inoltre,

Si consideri, quindi, l'ipotesi in cui una pronuncia emessa dalla Cassazione *ex art. 311 c.p.p.* abbia riguardato un motivo non esclusivamente personale – quale, ad esempio, l'inutilizzabilità – e sia stata perciò estesa, sotto tale profilo, pure al coimputato che non ha partecipato al relativo giudizio. In questo caso, se si sostiene la vincolatività della decisione cautelare per il giudice del procedimento principale, l'operatività della teorizzata preclusione dovrebbe coerentemente operare non solo nei confronti della stessa parte, ma anche rispetto a tale coimputato⁸⁹. Una diversa conclusione comporterebbe una disparità sostanziale di trattamento in presenza di situazioni identiche che proprio il principio in parola avrebbe la funzione di evitare⁹⁰.

Si ritiene, dunque, che, se si dovesse consolidare l'indirizzo giurisprudenziale incline alla fattispecie preclusiva, si dovrebbe quantomeno effettuare una distinzione per le parti che non hanno partecipato al procedimento *ex art. 311 c.p.p.*: qualora la preclusione sia loro sfavorevole, il principio del contraddittorio impone di escluderne l'applicabilità; nell'ipotesi opposta, invece, la fattispecie preclusiva dovrebbe poter operare, in forza dell'effetto estensivo della decisione della Cassazione.

In ogni caso, al di là di queste riflessioni, allo stato attuale non si può che ribadire l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale inconciliabile sulla configurabilità o meno della preclusione, il quale crea un grave disorientamento per l'interprete. Pare, dunque, non più procrastinabile un intervento, se non del legislatore, quantomeno delle Sezioni Unite.

l'effetto estensivo della decisione viene riconosciuto solo in presenza di un procedimento cautelare che sorga e si svolga in modo unitario e cumulativo: cfr. Cass., sez. un., 29 marzo 2012, n. 19046, in *CED Cass.*, n. 252529; Cass., sez. un., 26 giugno 2002, Di Donato, in *Cass. pen.*, 2003, p. 51; Cass., sez. un., 22 novembre 1995, Ventura, cit., p. 1775. Più di recente, si veda Cass., sez. V, 23 gennaio 2017, n. 5783, *inedita*. Sulla tematica, si rinvia a F. Albano, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 435 ss.

⁸⁹ Va, tuttavia, precisato che, come rilevato nella nota precedente, l'effetto estensivo del *decisum* viene limitato dalla giurisprudenza maggioritaria alle sole ipotesi in cui il procedimento cautelare sia sorto e si sia sviluppato in modo unitario e cumulativo. Al di fuori di questi casi, dunque, il ragionamento qui svolto non assume rilievo.

⁹⁰ Cfr. V. Mele, sub *art. 587 c.p.p.*, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, Utet, 1991, p. 117.

La tenuità del fatto per l'imputato non preclude il processo all'ente

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA 28 FEBBRAIO 2018, N. 9072 – PRES. RAMACCI; EST. SOCCI

In tema di responsabilità degli enti, in presenza di una sentenza che applica la particolare tenuità del fatto nei confronti della persona fisica che ha commesso il reato, il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso; accertamento che non può prescindere da una opportuna verifica della sussistenza del reato, in quanto l'applicazione dell'art. 131-bis c.p. non esclude, in astratto, la responsabilità dell'ente ma la stessa deve essere accertata in concreto, non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto emessa nei confronti della persona fisica.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Grosseto con sentenza del 7 marzo 2017 dichiarava non punibile, ex art. 131 bis cod. pen., P.D., M.G., L.A. e S.B. dal reato loro ascritto (art. 110, cod. pen. e 256, comma 1, lettera A, d.lgs 152/2006; commesso il [*omissis*] e dichiarava l'assenza di responsabilità della società [*omissis*] per l'illecito amministrativo contestato (art. 5, comma 1, lettera A e lettera B, e 25 undecies, lettera B, n. 1, d.lgs. 231/2001, in dipendenza dal reato suddetto) perché lo stesso non sussiste.

2. La Procura generale presso la Corte di appello di Firenze ha proposto ricorso per Cassazione, per i motivi di seguito enunciati, nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att., cod. proc. pen.

2. 1. Violazione di legge, artt. 8 e 66, d.lgs. 231/2001.

L'applicazione dell'art. 131 bis, cod. pen. è irrilevante per l'applicazione delle sanzioni all'ente; invero, la particolare tenuità del fatto comporta la sussistenza del reato e la sua riconducibilità agli imputati.

Ha chiesto pertanto l'annullamento della sentenza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso è fondato, e la sentenza deve annullarsi con rinvio al Tribunale di Grosseto per nuovo giudizio.

Il problema posto dal ricorso della Procura Generale, presso la Corte di appello di Firenze, riguarda una questione di puro diritto, ovvero la responsabilità dell'ente, per il d.lgs. n. 231 del 2001, nelle ipotesi di applicazione della particolare tenuità del fatto nei confronti dell'imputato.

La materia non trova un'esplicita regolamentazione normativa. Per l'art. 8, d. lgs. n. 231/2001, «1. La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'ammnistia.

2. Salvo che la legge disponga diversamente, non si procede nei confronti dell'ente quando è concessa amnistia per un reato in relazione al quale è prevista la sua responsabilità e l'imputato ha rinunciato alla sua applicazione.

3. L'ente può rinunciare all'ammnistia».

La norma non prevede l'applicazione dell'art. 131 bis, cod. pen. poiché la relativa disciplina è intervenuta dopo (d. lgs. 16 marzo 2015, n. 28) senza nessun intervento di aggiornamento all'art. 8, d.lgs. n. 231/2001.

Le soluzioni al problema sono due.

3. 1. Una prima ricostruzione normativa, basata sulla lettera del citato art. 8, d. lgs. n. 231/2001, con-

siste nel ritenere l'esclusione della responsabilità dell'ente, a titolo di illecito amministrativo derivante da reato, poiché l'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001, non ricomprende espressamente le cause di non punibilità (come quella dell'art. 131 bis cod. pen.) tra le ipotesi che lascerebbero sussistere la responsabilità dell'ente (È questa la soluzione offerta dalla decisione impugnata).

3. 2. Altra soluzione, invece, consiste nel ritenere irragionevole una responsabilità dell'ente nelle ipotesi di estinzione del reato (espressamente lettera b, art. 8, comma 1, d.lgs. n. 231/2001) e non anche nelle ipotesi di reato accertato ma non punibile.

Infatti, questa Corte di Cassazione ha ritenuto che, anche nelle ipotesi di prescrizione del reato, l'accertamento della responsabilità dell'ente deve effettuarsi, sia pure con accertamento della sussistenza del reato: «In tema di responsabilità degli enti, in presenza di una declaratoria di prescrizione del reato presupposto, il giudice, ai sensi dell'art. 8, comma primo, lett. b) d.lgs. n. 231 del 2001, deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio l'illecito fu commesso che, però, non può prescindere da una verifica, quantomeno incidentale, della sussistenza del fatto di reato» (Sez. 6, n. 21192 del 25/01/2013 – dep. 17/05/2013, Barla e altri, Rv. 25536901).

La sentenza di applicazione della causa di non punibilità ex art. 131 bis cod. pen. pur producendo effetti sotto il profilo sanzionatorio (non punibilità) non coinvolge il reato. La decisione infatti esprime un'affermazione di responsabilità, pur senza una condanna, e pertanto non può assimilarsi ad una sentenza di assoluzione, ma lascia intatto il reato nella sua esistenza, sia storica e sia giuridica (in dottrina si è utilizzata l'espressione *cripto condanna*). Del resto la sentenza che applica la particolare tenuità deve iscriversi nel casellario giudiziale e ha effetto di giudicato (quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso) nel giudizio civile o amministrativo di danno – art. 651 bis, cod. pen.

4. Quello che, invece, non è possibile affermare, è una diretta incidenza (giudicato) della sentenza di applicazione dell'art. 131 bis cod. pen. nel giudizio relativo alla responsabilità della persona giuridica. Infatti l'art. 651 bis cod. proc. pen. limita l'effetto della decisione al giudizio civile o amministrativo di danno. L'interprete non può estendere l'effetto di giudicato se non previsto espressamente dalla legge. Si violerebbe il diritto di difesa della persona giuridica in modo irrimediabile.

5. Conseguentemente può affermarsi il seguente principio di diritto: «In tema di responsabilità degli enti, in presenza di una sentenza di applicazione della particolare tenuità del fatto, nei confronti della persona fisica responsabile della commissione del reato, il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso; accertamento di responsabilità che non può prescindere da una opportuna verifica della sussistenza in concreto del fatto reato, in quanto l'applicazione dell'art. 131 bis cod. pen. non esclude la responsabilità dell'ente, in via astratta, ma la stessa deve essere accertata effettivamente in concreto; non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto, emessa nei confronti della persona fisica».

P.Q.M.

Annulla con rinvio la sentenza impugnata al Tribunale di Grosseto

ALESSANDRO BERNASCONI

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

Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente

Causes of non-punishment (particular tenuousness of the crime) and corporate crime liability

L'irrelevanza delle cause di non punibilità personali vale, nel sistema della responsabilità degli enti, anche con riguardo alla particolare tenuità del fatto; pertanto, nel caso di applicazione di quest'ultima all'autore del reato-presupposto, andrà comunque accertata – ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – l'eventuale sussistenza della responsabilità dell'ente.

Personal reasons for non-punishability (i.e. particular tenuousness of the crime) do not exempt corporations from liability; the manager (or employee) can be acquitted because the crime is particular slight; however, the responsibility of the company will in any case be verified.

Ascrivibile alle politiche di *riduzionismo penale* – cioè a dire, gli interventi legislativi intesi ad aggredire l'ipertrofia che affligge il sistema delle fattispecie incriminatrici e relative sanzioni – l'istituto della esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto trova compiuta disciplina, per le persone fisiche, nell'art. 131-*bis* c.p. (introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28); tuttavia, nessuna disposizione, con riferimento alla responsabilità da reato degli enti collettivi, si fa carico di coordinare la prescrizione di parte sostanziale con quelle, come nel caso in esame, della legislazione speciale. Spetta quindi all'interprete risolvere il quesito della applicabilità, nel processo *contra societatem*, della causa di non punibilità di cui abbia già beneficiato l'autore del reato-presupposto.

La soluzione a cui approda la Suprema corte muove dal principio di autonomia delle responsabilità dell'ente (*ex art. 8, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*) e dalla premessa per la quale «in presenza di una sentenza di applicazione della particolare tenuità del fatto, nei confronti della persona fisica responsabile della commissione del reato, il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso»; il giudice di legittimità conclude quindi che l'accertamento in parola «non può prescindere da una verifica della sussistenza in concreto del fatto reato», poiché l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. «non esclude la responsabilità dell'ente, in via astratta, ma la stessa deve essere accertata effettivamente in concreto [...] non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto, emessa nei confronti della persona fisica».

Interpretazione letterale e ragioni di carattere sistematico asseverano la correttezza della decisione che qui si commenta.

Il tenore dell'art. 8, comma 1, lett. *a*) e *b*), d.lgs. n. 231 del 2001, evidenzia – e lo stesso fa la rubrica della medesima disposizione – una differenziazione maturata nell'assetto più recente del sistema punitivo: un conto è la colpevolezza dell'individuo (della quale si occupa l'apparato penalistico "classico"), altra questione è la responsabilità dell'ente (i cui criteri di attribuzione sono contemplati dall'art. 5 del decreto del 2001). Ma, ad un esame più ravvicinato, l'art. 8 ci dice molto di più. Esso, «al di là delle apparenze», è una «norma di diritto processuale»¹. Con significative ricadute di ordine "sostanziale". Il legislatore, all'atto di introdurre il principio *societas delinquere (et puniri) potest*, sottolineava l'esigenza di

¹ E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 330.

«creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il [diritto penale stesso]: primo tra tutti [...] la colpevolezza»². È tuttavia da rilevare come il d.lgs. n. 231 del 2001 possa apparire lacunoso proprio con riguardo al (rispetto del) principio di colpevolezza stesso³. La critica risulta comprensibile se si guarda al precetto dell'art. 8. È infatti contemplata la responsabilità dell'ente *anche quando l'autore del reato non è stato identificato* (o – in un'ipotesi di scarso rilievo sotto il profilo pratico – laddove il medesimo non sia imputabile). Tale opzione viene giustificata sul piano del funzionalismo repressivo: «quello della mancata identificazione della persona fisica che ha commesso il reato è [...] un fenomeno *tipico* nell'ambito della responsabilità d'impresa»; di più, «esso rientra proprio nel novero delle ipotesi in relazione alle quali più forte si avvertiva l'esigenza di sancire la responsabilità degli enti», tant'è che «la sua omessa disciplina si sarebbe [...] tradotta in una grave lacuna legislativa, suscettibile di infirmare la *ratio* complessiva del provvedimento»⁴.

Dunque, la responsabilità dell'ente sussiste – ed è accertabile dal giudice – nonostante l'autore del reato-presupposto (la persona fisica), non sia stato identificato⁵. Le ripercussioni di questa fondamentale premessa sono da leggersi, sul piano dell'accertamento processuale, in chiave di alleggerimento probatorio dell'onere dimostrativo della pubblica accusa che si accinge a perseguire un *corporate crime*.

Da tenere presente, inoltre, che nei casi di “mancata identificazione” dell'autore del reato (ex art. 8, comma 1, lett. a) rientra anche l'epilogo processuale della assoluzione della persona fisica per *non avere commesso il fatto*; l'ente può dunque essere condannato per l'illecito dipendente dallo stesso fatto per il quale l'accusato è stato prosciolto con la formula in questione⁶.

Una volta puntualizzato che la fattispecie in questione riconferma «l'autonomia processuale dell'illecito amministrativo», la cognizione del quale «non è preclusa da particolari esiti dell'accertamento penale»⁷, occorre ricordare che la responsabilità dell'ente permane anche in tutti i casi di estinzione del reato – diversi dalla amnistia (art. 8, comma 1, lett. b) – prospettabili: la morte del reo prima della condanna, l'utile decorso del termine di sospensione condizionale della pena, l'oblazione, l'intervenuta prescrizione del reato-presupposto⁸, la remissione di querela (ad esempio, per determinati reati societari). Il fatto che la persona fisica sfugga, per cause di natura personale, alla punibilità non implica infatti che l'ente possa avvantaggiarsi di tale circostanza: la regola dell'autonomia della responsabilità persegue, in tutti questi casi, obiettivi di deterrenza⁹. Con una precisazione: la (già) avvenuta prescrizione del reato-presupposto preclude al pubblico ministero la contestazione dell'illecito amministrativo alla società (v. art. 60, d.lgs. n. 231 del 2001) e, laddove l'organo dell'accusa non si orienti per l'archiviazione, spetterà al giudice rimediare alla situazione pronunciando sentenza di non doversi procedere.

L'irrelevanza delle cause di non punibilità personali vale – di conseguenza – anche con riguardo alla particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-bis c.p.¹⁰, la quale «lascia intatto il reato, nella sua esistenza, sia storica e sia giuridica»: la responsabilità dell'ente permane e spetta al giudice accertarla¹¹.

² Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

³ E. Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, f. 23, p. 9.

⁴ Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

⁵ Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, in *CED Cass.*, n. 255414; Cass., sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818, in *Guida dir.*, 2015, 44, p. 80.

⁶ P. Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in G. Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002, p. 223 ss.; dello stesso avviso Cass., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, cit.; Cass., sez. I, 2 luglio 2015, n. 35818, cit.

⁷ E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale d'impresa*, cit., p. 330.

⁸ Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, in *CED Cass.*, n. 255369.

⁹ A. Alessandri, in Alessandri-Belluta-Bricchetti ed al., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, Ipsoa 2002, p. 30.

¹⁰ Per analoghe conclusioni, A. Milani, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità amministrativa dell'ente: ulteriori riflessioni sulla (in)applicabilità dell'art. 131 bis c.p. nei procedimenti a carico delle persone giuridiche*, in *Resp. amm. soc.*, 2016, f. 4, pp. 119-121.

¹¹ L'«unica eccezione meritevole» alla regola della irrilevanza delle cause di estinzione del reato è rappresentata dalla amnistia (propria) in presenza della quale – v. art. 8 comma 2 – «non potrà procedersi neanche nei confronti dell'ente» (Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.): il fatto dal quale origina la responsabilità deve cioè mantenere, nel corso del tem-

La conclusione trova peraltro conforto nel sistema processuale penale, laddove l'art. 651-*bis* c.p.p. prevede che la sentenza irrevocabile di proscioglimento, pronunciata (in esito al dibattimento) per particolare tenuità del fatto, ha efficacia di giudicato – quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso – limitatamente al giudizio civile o amministrativo di danno. Resta esclusa, di conseguenza, la possibilità di estendere l'effetto (di giudicato) della sentenza in questione al giudizio inerente alla responsabilità della *societas*.

po, la sua caratteristica di anti-giuridicità. L'eventualità di una rinuncia all'amnistia da parte dell'imputato è stata presa in considerazione stabilendo, anche per tale situazione – e «salvo che la legge disponga diversamente» –, la non procedibilità nei confronti della *societas* (art. 8, comma 3): la *ratio* della previsione risiede nell'esigenza di non vincolare il destino processuale dell'ente alle scelte individuali dell'imputato, il quale bene potrebbe rinunciare all'amnistia con l'obiettivo di guadagnare, nel processo, un proscioglimento nel merito.

Quando vige un divieto di *bis in idem* se sugli stessi fatti è già stata applicata una sanzione in sede extrapenale?

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 2 MARZO 2018, N. 43 – PRES. LATTANZI

Il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 649 c.p.p. Se, infatti, il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 c.p.p., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 30 giugno 2016 (r.o. n. 236 del 2016), il Tribunale ordinario di Monza ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), protocollo concernente l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli».

Il rimettente giudica un imputato del reato previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205), per avere omesso di presentare la dichiarazione dell'anno 2008 relativa all'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e all'imposta sul valore aggiunto (IVA), al fine di evadere tali imposte per un importo superiore alla soglia di punibilità.

La medesima omissione costituisce illecito tributario ed è sanzionata in via amministrativa, ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 (Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q, della legge 23 dicembre 1996, n. 662). A tale titolo l'imputato è già stato destinatario di una sanzione amministrativa pari al 120 per cento di entrambe le imposte evase.

La sanzione, conseguente a un avviso di accertamento del 20 febbraio 2003, è stata irrogata in via definitiva. Su quest'ultimo punto, il giudice a quo reputa influente che non vi sia prova dell'avvenuto pagamento della sanzione, posto che il procedimento di riscossione è stato sospeso in base all'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000. Ciò che rileva, pertanto, è la sola definitività della sanzione, di cui il rimettente dà atto, rilevando che non sono stati esperiti ricorsi contro l'avviso di accertamento.

Attraverso un'accurata ricostruzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con specifico riferimento alle «sovratasse tributarie», il rimettente conclude che la sanzione amministrativa tributaria inflitta in via definitiva all'imputato ha natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, e che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione vieta di procedere nuovamente per il medesimo fatto e nei confronti della stessa persona.

Né, aggiunge il rimettente, sulla base della concezione di *idem factum* accolta dalla consolidata giurisprudenza europea, può dubitarsi che il fatto sia il medesimo, e tuttavia l'ordinamento giuridico italiano non permetterebbe di far valere tale divieto.

Gli artt. 19, 20 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 prevengono, «sul piano sostanziale, la duplicazione delle sanzioni», ma non impediscono, né hanno impedito nel caso di specie, l'avvio del procedimento penale pur dopo che la sanzione tributaria amministrativa è divenuta definitiva. L'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000 infatti stabilisce che quando il medesimo fatto è punito, in quanto reato, ai sensi del Titolo II del d.lgs. n. 74 del 2000, e allo stesso tempo, in quanto illecito amministrativo, deve essere applicata la sola disposizione speciale, che, nel caso oggetto del processo principale, è quella penale. Però questa regola, in base all'art. 21 del d.lgs. n. 74 del 2000, non impedisce che il procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione della sanzione e il processo tributario siano avviati e se del caso conclusi, posto che la legge esclude che essi siano sospesi a causa della pendenza del procedimento penale (cosiddetto sistema del doppio binario).

La sanzione amministrativa, anzi, è applicata in ogni caso, ma non può essere eseguita, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione, o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con una formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000).

In tal modo, osserva ancora il rimettente, si offre un rimedio per «scongiurare il rischio di duplicazione delle sanzioni al medesimo soggetto per l'identico fatto», ma si postula, sul piano processuale, che il giudizio penale debba essere celebrato nonostante la definitività della sanzione amministrativa già inflitta, benché sospesa nell'esecuzione.

Questa situazione è reputata dal rimettente in contrasto con il divieto di bis in *idem* enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU; tuttavia, non vi sarebbe modo di far valere una simile regola nell'ordinamento, perché l'art. 649 cod. proc. pen., enunciando il divieto di un secondo giudizio penale per il medesimo fatto, opera solo se l'imputato è stato già giudicato con «sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili», ovvero presuppone la formazione di un giudicato penale.

Il rimettente esclude di poter superare la previsione letterale della disposizione con un'interpretazione costituzionalmente orientata, né reputa che l'art. 649 cod. proc. pen. possa essere applicato in via analogica.

Per tale ragione il Tribunale di Monza solleva l'odierna questione di legittimità costituzionale.

Pur consapevole che l'accoglimento di essa comporterebbe la rinuncia alla sanzione penale laddove, come accade di regola, sia divenuta definitiva in precedenza la sanzione amministrativa, il giudice a quo considera che si tratti dell'unica soluzione possibile per evitare la violazione del divieto di bis in *idem* e per consentire conseguentemente che il giudizio penale sia definito con sentenza di non luogo a procedere.

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile, o, in via subordinata, che gli atti siano restituiti al giudice a quo.

L'eccezione di inammissibilità si basa sul fatto che, agli atti, non vi è prova dell'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa. È opinione dell'Avvocatura dello Stato che, in questo caso, la giurisprudenza di legittimità escluda che si possa ritenere provata la definitività della sanzione amministrativa, ovvero uno dei presupposti di applicabilità del divieto di bis in *idem*.

In via subordinata, l'Avvocatura dello Stato rileva che l'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158 (Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23) ha sostituito l'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2000, introducendo, «nel caso di pagamento del debito tributario e delle relative sanzioni», una causa di non punibilità del delitto per il quale il rimettente procede.

Gli atti andrebbero perciò restituiti al rimettente affinché accerti se si è verificata questa circostanza e alla luce di ciò rivaluti il requisito della rilevanza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Tribunale ordinario di Monza ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), protocollo concernente l'estensione della lista dei diritti civili e

politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli».

Il rimettente riferisce di dover giudicare una persona per il delitto punito dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205), consistito nell'omissione delle dichiarazioni relative all'imposta sui redditi e all'imposta sul valore aggiunto, al fine di evaderle per una somma superiore alla soglia di punibilità.

Il medesimo fatto storico integra anche gli estremi degli illeciti amministrativi previsti dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471 (Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q, della legge 23 dicembre 1996, n. 662), quanto all'IRPEF, e dall'art. 5, comma 1, del medesimo decreto, quanto all'IVA.

In relazione a tali ultimi illeciti, l'imputato è già stato destinatario di una sanzione tributaria di importo pari al 120 per cento delle imposte evase, all'esito di un procedimento amministrativo oramai definitivamente concluso con atti non più soggetti a impugnazione.

L'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000, enunciando il principio di specialità nel rapporto tra reato e illecito amministrativo tributario, assicura che la persona non possa subire l'applicazione sia della sanzione tributaria sia della sanzione penale. All'esito dei procedimenti gli verrà applicata la sola sanzione prevista dalla disposizione speciale, che secondo il rimettente è quella penale.

Non può verificarsi perciò un'ipotesi di bis in idem sostanziale, ovvero di cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale in rapporto al medesimo fatto, perché lo impedisce il principio di specialità.

Al contempo, la normativa vigente postula che per lo stesso fatto debbano svolgersi due procedimenti distinti, l'uno penale e l'altro tributario, e non esclude che uno di essi possa essere avviato o proseguito anche dopo che l'altro si è definitivamente concluso. Difatti, anche quando opera la specialità, l'amministrazione è comunque tenuta a irrogare le sanzioni amministrative, che si prestano così a divenire definitive. Esse restano però ineseguibili, fino a quando il procedimento penale non è stato definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000).

In altri termini la sanzione tributaria viene disposta e acquisisce natura definitiva, ma, in virtù del principio di specialità, può essere messa in esecuzione solo se per il medesimo fatto non è stata inflitta una pena. A questo fine è necessario avviare il procedimento penale, quand'anche, come è accaduto nel giudizio a quo, esso sia posteriore alla definizione del procedimento e del contenzioso tributario.

La normativa vigente presuppone perciò una fisiologica duplicazione dell'attività sanzionatoria, che dà vita ad un fenomeno di bis in idem processuale: è consentito procedere nuovamente per il medesimo fatto già oggetto di un procedimento di altra natura anche se quest'ultimo è già stato definito.

2. L'ipotesi appena tracciata, e che si è inverte nel giudizio a quo, declina sul piano processuale la scelta discrezionale del legislatore di punire un fatto, sia con la sanzione penale, sia con la sanzione tributaria, salvo che si accerti la sussistenza del rapporto di specialità. Benché non manchino nella legislazione casi in cui l'irrogazione della sanzione amministrativa è demandata al giudice penale, resta fermo che in linea tendenziale la competenza a irrogare tale sanzione spetta, in ragione della sua natura, all'amministrazione, all'esito di un apposito procedimento distinto da quello penale.

In tal caso l'eventualità che il processo penale origini dopo che l'esito del procedimento sanzionatorio amministrativo, vertente sul medesimo fatto, è divenuto definitivo, o viceversa, non comporta alcuna violazione del divieto di bis in idem processuale ricavabile dalla Costituzione nella materia propriamente penale (sentenza n. 200 del 2016), ma riflette piuttosto l'ampia sfera di reciproca autonomia tra sanzioni amministrative e pene in senso proprio che è tipica dell'ordinamento giuridico nazionale (sentenze n. 109 e n. 43 del 2017, n. 49 del 2015). Posto che, nei limiti del controllo costituzionale di proporzionalità (che vieta risposte sanzionatorie nel complesso palesemente sproporzionate), il legislatore è libero di cumulare sanzioni di genere diverso per il medesimo fatto, la circostanza che esse siano inflitte da autorità differenti e dunque all'esito di procedimenti privi di reciproco coordinamento, non in-

contra in linea di principio obiezioni di ordine costituzionale, se non per il profilo sollevato dal rimettente nell'odierno giudizio.

Quest'ultimo osserva, infatti, che sanzioni di natura amministrativa alla luce del diritto nazionale possono rivestire carattere penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU, sulla base dei criteri di qualificazione enunciati dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fin dalla sentenza della grande camera dell'8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi. In tali casi la Corte EDU ha altresì costantemente ritenuto che tra le garanzie assicurate dalla Convenzione vi sia, enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, il divieto di procedere nuovamente per il medesimo fatto già giudicato in via definitiva.

Pertanto, una volta riconosciuta la natura penale, in base all'art. 7 della CEDU, di una sanzione amministrativa, la fattispecie a livello convenzionale è presidiata dalla garanzia del divieto di bis in idem, con la conseguenza che la definitività dell'esito del procedimento amministrativo deve precludere, salvo quanto si dirà in seguito, l'avvio del processo penale, e viceversa.

Questo è il caso con il quale il rimettente si confronta: l'imputato è già stato destinatario di una afflittiva sanzione tributaria, che ha senza dubbio natura penale in base all'art. 7 della CEDU, come del resto è stato già riconosciuto dalla stessa Corte EDU nello scrutinare analoghe «sovratasse» previste dalla legislazione di altri Stati aderenti (ad esempio, sentenza 27 novembre 2014, Lucky Dev contro Svezia).

Nonostante la definitività dell'accertamento tributario, la legislazione vigente esige lo svolgimento di un procedimento penale per il medesimo fatto, con ciò ledendo, a parere del rimettente, l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e, con esso, l'art. 117, primo comma, Cost.

Considerato che, allo stato, il divieto di bis in idem recato dall'art. 649 cod. proc. pen. si applica alla sola materia penale in senso proprio, e non si estende perciò alla relazione tra procedimento tributario e procedimento penale, per la quale vige invece la regola opposta, il rimettente chiede a questa Corte di conformare l'ordinamento italiano alla CEDU. Andrebbe perciò adeguato l'art. 649 cod. proc. pen. in modo tale che esso comporti il divieto di procedere penalmente per un fatto che sia già stato oggetto di un definitivo accertamento di carattere amministrativo, quando per tale fatto è prevista l'applicazione di una sanzione sostanzialmente penale in base all'art. 7 della CEDU.

3. L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità della questione, perché il rimettente non ha acquisito la prova dell'avvenuto pagamento della sanzione tributaria. Questa omissione impedirebbe di ritenere che tale sanzione sia definitiva e che quindi ricorrano i presupposti del ne bis in idem.

L'eccezione non è fondata.

Il pagamento della sanzione amministrativa può costituire, al limite e in certi casi, un indizio del fatto che la stessa è divenuta definitiva, ma ciò che rileva è esclusivamente la verifica della sua definitività. Nel caso di specie il giudice a quo ha affermato motivatamente che la sanzione tributaria non è più soggetta a impugnazione, e tanto basta per ritenere che sussistono, sotto tale profilo, le condizioni perché operi il divieto di bis in idem.

L'Avvocatura dello Stato ha poi sollecitato in via subordinata la restituzione degli atti al giudice a quo, in ragione della causa di non punibilità introdotta dall'art. 11 del decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158 (Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23), che ha sostituito l'art. 13 del d.lgs. n. 74 del 2000.

In particolare l'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000 prevede nel testo attualmente in vigore che il reato oggetto del processo principale non sia punibile se l'agente estingue il debito tributario, comprensivo di sanzioni e interessi, purché il ravvedimento operoso intervenga prima «dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali». L'Avvocatura generale ritiene che il rimettente dovrebbe rivalutare la rilevanza della questione accertando se la causa di non punibilità ricorra o no nel caso concreto.

L'eccezione non è fondata.

Anzitutto, va precisato che l'art. 11 del d.lgs. n. 158 del 2015 non costituisce ius superveniens in quanto è anteriore all'ordinanza di rimessione del 30 giugno 2016, sicché non vi sono i presupposti di una restituzione degli atti.

In ogni caso, la descrizione dei fatti esposta dal rimettente consente di escludere la sussistenza della causa di non punibilità. Nel caso di specie l'avvio e la conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio comprovano che l'eventuale pagamento del debito tributario non sarebbe stato comunque efficace ai fini del ravvedimento operoso, perché sopravvenuto all'attività di accertamento amministrativo.

4. La lettera e la ratio dell'art. 649 cod. proc. pen. escludono che, in difetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, tale disposizione sia idonea a regolare il caso del giudizio a quo, come il rimettente ha posto in luce. La questione di legittimità costituzionale è perciò ammissibile, dato che è stata motivatamente e convincentemente esclusa la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione censurata (sentenze n. 253 del 2017, n. 36 del 2016 e n. 221 del 2015).

5. Le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata (sentenza n. 49 del 2015).

Adeguandosi ai principi così espressi da questa Corte, il rimettente ha collocato a base del dubbio di legittimità costituzionale una normativa interposta, ricostruita in forza dell'analisi della giurisprudenza europea disponibile alla data dell'ordinanza di rimessione, e ne ha colto correttamente il significato.

In particolare due sono i tratti peculiari del divieto di bis in idem che meritano qui di venire sottolineati alla luce di quella giurisprudenza e ai quali il rimettente si è doverosamente ritenuto legato.

Anzitutto il ne bis in idem convenzionale aveva, quando la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, carattere tendenzialmente inderogabile, nel senso che la sua efficacia non era mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori, ma si riconnetteva esclusivamente alla constatazione che un fatto, colto nella sua componente naturalistica (cosiddetto *idem factum*), era già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento.

Sotto questo aspetto è vero che la Corte EDU aveva talvolta ritenuto conforme alla CEDU e all'art. 4 del suo Protocollo n. 7 la conclusione di un secondo procedimento, nonostante il primo fosse già stato definito, a condizione che esistesse tra i due un legame materiale e temporale sufficientemente stretto.

Tuttavia, fino allo sviluppo di cui presto si dirà, si era trattato di un criterio di così sporadica applicazione da non poter in alcun modo contribuire a scolpire con univocità il significato della normativa interposta. Esso aveva infatti trovato esplicita manifestazione, nel senso di escludere il bis in idem, soltanto nei casi in cui la seconda sanzione costituiva una conseguenza, in sostanza automatica e necessitata, della condanna con cui era stata inflitta la prima pena: è l'ipotesi del ritiro in via amministrativa della patente di guida, a seguito della condanna penale per un reato legato alla circolazione stradale (Corte EDU, sentenza 13 dicembre 2005, Nilsson contro Svezia; analogamente, sentenza 17 febbraio 2015, Boman contro Finlandia). Del resto altra parte della giurisprudenza europea si è esercitata sul tema in discussione nel medesimo periodo senza neppure menzionare il criterio del legame temporale e materiale tra i due procedimenti (ad esempio, grande camera, sentenza 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia; sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia).

In nessun caso, soprattutto, tale criterio avrebbe potuto estendersi al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale, quando, come accade nell'ordinamento italiano, entrambe le autorità chiamate in gioco sono tenute ad un autonomo apprezzamento dei fatti (Corte EDU, sentenza 27 novembre 2014, Lucky Dev contro Svezia; sentenza 20 maggio 2014, Nykänen contro Finlandia; sentenza 20 maggio 2014, Glantz contro Finlandia).

È perciò evidente che, perlomeno con riguardo al caso oggetto del giudizio a quo, non sarebbe stato conforme alla giurisprudenza europea valorizzare il legame temporale e materiale tra i procedimenti, al fine di escludere il bis in idem.

In secondo luogo il divieto convenzionale di bis in idem aveva, alla luce della giurisprudenza vigente al tempo dell'ordinanza di rimessione, natura esclusivamente processuale. L'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU permetteva «agli Stati aderenti di punire il medesimo fatto a più titoli, e con diverse sanzioni», ma richiedeva che ciò avvenisse «in un unico procedimento o attraverso procedimenti fra loro coordinati, nel rispetto della condizione che non si proceda per uno di essi quando è divenuta definitiva la pronuncia relativa all'altro» (sentenza n. 102 del 2016). La tutela convenzionale basata su quella disposizione non richiedeva perciò alcun controllo di proporzionalità sulla misura della sanzione complessivamente irrogata, né, allo scopo di prevenire un trattamento sanzionatorio eccessivamente afflittivo, subordinava la quantificazione della pena inflitta per seconda a meccanismi compensativi rispetto alla sanzione divenuta definitiva per prima.

Sotto tale profilo, gli approdi della giurisprudenza di Strasburgo non coincidevano pienamente con quanto statuito dalla grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Fransson. Nell'ambito del diritto dell'Unione, secondo quanto affer-

mato da tale decisione, a fronte di un obbligo a carico dello Stato membro di repressione di certe condotte, l'efficacia del divieto di bis in idem basato sull'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, è subordinata ad una verifica sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate. Qualora la risposta sanzionatoria fosse sotto tale verso inadeguata il giudice potrebbe procedere nel secondo giudizio anche se il primo fosse già esaurito. Benché operante in malam partem, il limite all'efficacia del ne bis in idem così descritto apre la strada ad una valutazione sul peso combinato delle sanzioni applicabili in due separate sedi; valutazione che incrina la portata meramente processuale della regola.

Il divieto convenzionale di bis in idem, viceversa, escludeva, al pari di quello ricavabile nella materia penale dalla Costituzione (sentenza n. 200 del 2016), ogni valutazione di tale natura, operando su una sfera esclusivamente processuale.

Sulla base di questa premessa il rimettente, per decidere sulla sussistenza, o no, di un divieto di procedere nuovamente per lo stesso fatto, non aveva ragione di interrogarsi sulla misura della sanzione tributaria per rapportarla alla pena che avrebbe potuto applicare in caso di condanna dell'imputato.

In conclusione, il dubbio di legittimità costituzionale è stato correttamente formulato, assumendo a presupposto, in forza della giurisprudenza europea allora in essere, che il ne bis in idem convenzionale opera, nel rapporto tra accertamento tributario e accertamento penale, ogni qual volta sia stato definito uno dei relativi procedimenti.

La questione doveva perciò ritenersi rilevante, dato che, in seguito alla definitiva irrogazione di una sanzione convenzionalmente penale, il giudice a quo non avrebbe potuto procedere nel giudizio penale sul medesimo fatto senza affrontare il nodo del divieto imposto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

6. Con la sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia, la grande camera della Corte di Strasburgo ha impresso un nuovo sviluppo alla materia di cui si discute. La rigidità del divieto convenzionale di bis in idem, nella parte in cui trova applicazione anche per sanzioni che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, aveva ingenerato gravi difficoltà presso gli Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 7 alla CEDU, perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di bis in idem.

Per alleviare tale inconveniente la Corte EDU ha enunciato il principio di diritto secondo cui il ne bis in idem non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («sufficiently closely connected in substance and in time»), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza.

In particolare la Corte di Strasburgo ha precisato (paragrafo 132 della sentenza A e B contro Norvegia) che legame temporale e materiale sono requisiti congiunti; che il legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento; che il legame materiale dipende dal perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito. Al contempo, si dovrà valutare anche se le sanzioni, pur convenzionalmente penali, appartengano o no al nocciolo duro del diritto penale, perché in caso affermativo si sarà più severi nello scrutinare la sussistenza del legame e più riluttanti a riconoscerlo in concreto.

7. Con la sentenza A e B contro Norvegia, per quanto qui interessa, entrambi i presupposti intorno ai quali è stata costruita l'odierna questione di legittimità costituzionale sono venuti meno.

Il ne bis in idem convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "close connection" è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro.

Inoltre neppure si può continuare a sostenere che il divieto di bis in idem convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata. Se pertanto la prima sanzione fosse modesta, sarebbe in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risultasse

sproporzionata, mentre nel caso opposto il legame materiale dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di bis in idem pienamente operante.

Così, ciò che il divieto di bis in idem ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate.

È chiaro il carattere innovativo che la regola della sentenza A e B contro Norvegia ha impresso in ambito convenzionale al divieto di bis in idem, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione. In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata.

Questa svolta giurisprudenziale è potenzialmente produttiva di effetti con riguardo al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale.

In precedenza, come si è visto, l'autonomia dell'uno rispetto all'altro escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di bis in idem. Oggi, pur dovendosi prendere in considerazione il loro grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale, vi è la possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di bis in idem, come testimonia la stessa sentenza A e B contro Norvegia, che proprio a tali procedimenti si riferisce.

Naturalmente la decisione non può che passare da un giudizio casistico, affidato all'autorità che procede. Infatti, sebbene possa affermarsi in termini astratti che la configurazione normativa dei procedimenti è in grado per alcuni aspetti di integrare una "close connection", vi sono altri aspetti che restano necessariamente consegnati alla peculiare dinamica con cui le vicende procedurali si sono atteggiate nel caso concreto.

8. Il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale (ordinanza n. 150 del 2012). Se, infatti, il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un bis in idem convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto.

9. Questa Corte tiene a sottolineare che la nuova regola della sentenza A e B contro Norvegia rende meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di bis in idem alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, ma non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali.

Resta perciò attuale l'invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» (sentenza n. 102 del 2016).

Visti gli artt. 26, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

ordina la restituzione degli atti al Tribunale ordinario di Monza.

[*Omissis*]

MARCO LO GIUDICE

Dottore di ricerca – Università degli Studi LUMSA sede di Palermo. Avvocato del foro di Palermo

Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto di "double jeopardy" europeo

Integrated legal response in criminal and tax matters and compatibility of the art. 649 c.p.p. to the european "double jeopardy" prohibition

Nel quadro dell'ampio dibattito sulla compatibilità dei sistemi sanzionatori "dualistici" (amministrativo e penale), la questione della conformità del "doppio binario" penale-tributario, rispetto alle coordinate fornite dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, trova nella sentenza in analisi un importante snodo.

Recependo il diritto vivente europeo stabilizzatosi sull'esegesi dell'art. 4 prot. add. 7 alla Cedu, e prendendo atto della mutata fisionomia del divieto di *bis in idem*, la Corte costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo* affinché rivaluti la rilevanza della questione alla luce della criteriologia dettata dalla sentenza A. e B. c. Norvegia.

Se infatti, da mero meccanismo preclusivo di litispendenza *de facto*, il divieto di *bis in idem* europeo è divenuto una garanzia condizionata, finalizzata a evitare al cittadino un "eccessivo fardello" dovuto alla spirale di reiterate iniziative "penali", spetta al giudice rimettente verificare, ai fini della rilevanza della questione, se sussiste o meno un legame temporale e materiale ("*close connection in substance and in time*") tra i due procedimenti ed eventualmente rilevare la preclusione processuale, se del caso, anche sollecitando un intervento costituzionale ove le regole rituali risultino non idonee a eliminare un pregiudizio per l'accusato.

In tale contesto spetterà al giudice "comune" (e forse anche al legislatore) orientarsi tra i criteri – alquanto nebulosi – della connessione procedimentale temporale e sostanziale, declinazioni specifiche del principio fondamentale che, invero, richiederebbero ulteriori evoluzioni chiarificatrici da parte della Corte europea.

In the context of the broad debate on the compatibility of the "dualistic" administrative-penal punishing systems, the question of the conformity of the "double binary" criminal-tax, with respect to the coordinates provided by the jurisprudence of the European Court of Human Rights, found, in the sentence that is commented, an important junction.

By adhering the European "law in action" which has stabilized on the exegesis of art. 4 prot. add. 7 to the Cedu, and taking note of the changed appearance of the prohibition of bis in idem, the Constitutional Court returned the documents to the national court to revalue the relevance of the question in light of the criteria established by the sentence A and B. c. Norway.

If in fact, from a mere preclusive mechanism (litispendenza de facto) the prohibition of bis in idem European has become a conditional guarantee aimed at avoiding an "excessive burden" to the citizen, it is up to the referring court to verify, for the relevance of the question, whether (or not) if there is "sufficiently close connection in substance and in time" between the two procedures and, if necessary, to detect the procedural foreclosure also by requesting a constitutional intervention where the ritual rules are not suitable for eliminating a prejudice for the accused.

In this context it is the duty of the judge (and also of the rule-maker) to navigate between the criteria – rather nebulous – of the temporal and substantial procedural connection, criteria that, indeed, would require further clarification from the European Court.

IL GIUDIZIO A QUO

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Monza¹ originava da un giudi-

¹ Trib. Monza, Ord. 30 giugno 2016 in *Gazz. Uff.*, 2016 n. 236; per un commento successivo alla pubblicazione della sentenza A. e B. c. Norvegia cfr. S. Confalonieri, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale*.

zio instaurato nei riguardi del titolare di una ditta individuale, imputato del delitto di omessa dichiarazione, previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Come è noto, la citata fattispecie incriminatrice punisce «*chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte*».

Innanzi al giudice *a quo*, l'imputato era accusato di aver omesso la presentazione della dichiarazione relativa all'imposta sul reddito delle persone fisiche e all'imposta sul valore aggiunto per somme superiori alle soglie di punibilità. Tuttavia, la medesima condotta posta in essere dall'imputato era già stata oggetto, nel quadro di un sistema a doppio binario gradualistico², di una sanzione irrogata a seguito di un accertamento amministrativo. Infatti, sul fronte tributario, e anteriormente all'esercizio dell'azione penale, l'imputato, ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (*i.e.* la riforma delle sanzioni tributarie "non penali"), era stato sanzionato, in misura pari al 120 per cento di entrambe le imposte evase (IRPEF e IVA). Sanzione che, ai sensi del citato art. 5, comma 1, è qualificata testualmente come "amministrativa".

In virtù della maggior speditezza dell'accertamento tributario (che sul piano prasseologico è la regola) rispetto al giudizio penale, la conseguente risposta sanzionatoria "amministrativa" aveva assunto, nel frattempo, il carattere della definitività, anche se l'esecuzione, così come previsto dall'art. 21 d.lgs. n. 74 del 2000, era rimasta sospesa in ragione dell'esistenza di una notizia di reato avente a oggetto la medesima condotta.

Sulla base di tali elementi fattuali il giudice *a quo* avrebbe dovuto giudicare l'imputato, nell'esercizio del proprio sindacato giurisdizionale penale, per la medesima condotta omissiva già oggetto di sanzione, dovendo al più accertare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato: il dolo specifico richiesto dalla fattispecie incriminatrice.

Ad avviso del remittente, però, la catalogazione della sanzione già irrogata all'imputato come "amministrativa" doveva necessariamente essere obliterata alla luce dei c.d. "*Engel criteria*" cioè quei parametri enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai fini dell'individuazione della natura della sanzione scrutinata.

Non era in dubbio che la riforma delle sanzioni "non penali", introdotta oltre venti anni addietro, aveva dato vita al classico fenomeno della "frode delle etichette" (*Etikettenschwindel*) laddove aveva espressamente qualificato come "non penale" e "amministrativa" la sanzione conseguente all'omessa dichiarazione. Di contro, applicando i criteri – alternativi e non cumulativi – dettati dalla giurisprudenza europea, era risultato agevole per il giudice rimettente, una volta messa in disparte la nominalistica interna, accertare la natura repressiva della infrazione (e non della sanzione come impropriamente affermato dal giudice *a quo*)³ in uno alla sua ragguardevole severità.

Del resto, la giurisprudenza della corte di Strasburgo aveva già applicato detti criteri alla materia delle "sovrattasse tributarie" rintracciando una chiara matrice penale in tali sanzioni (peraltro, in relazione a fattispecie dove il coefficiente punitivo era nettamente inferiore rispetto a quello previsto dal d.lgs. n. 471 del 1997)⁴.

nale dell'art. 649 c.p.p. quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?, in *www.penalecontemporaneo.it*, dove espressamente si anticipa la soluzione della restituzione degli atti al giudice *a quo*. La questione, invero, era già stata sollevata dal Tribunale di Bologna, Ord. 21 aprile 2015 n. 112, in *Gazz. uff.*, 2015 n. 136, che aveva egregiamente messo in evidenza, le "contraddizioni interne del sistema" con particolare riferimento all'art. 21 del d.lgs. n. 74 del 2000. In quel caso la fattispecie oggetto di disamina si riferiva alla diversa fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000. Questa peculiare circostanza aveva indotto la Corte costituzionale a restituire gli atti al giudice *a quo* per consentirgli di verificare l'operatività della nuova causa di non punibilità (*jus superveniens*) di cui all'art. 13-bis del d.lgs. 74 del 2000, che prevede l'estinzione del reato qualora l'imputato abbia saldato il proprio debito con l'Agenzia delle entrate, e purché ciò sia avvenuto prima dell'apertura del dibattimento di primo grado. Nella fattispecie, infatti, risultava effettuato il pagamento delle somme dovute a titolo di imposta non versata, sanzioni "amministrative" e interessi.

²Sulla visione gradualistica dell'illecito cfr. A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi*, ne bis in idem e proporzionalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.

³Per una ricostruzione dei criteri idonei a determinare la vera natura di un'infrazione, cfr. C. Fatta, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, *www.giurisprudenzapenale.com*; in particolare la Corte europea al fine di individuare la natura penale dell'infrazione ha verificato: 1) l'efficacia *erga omnes* della norma, ovvero la sua riferibilità a solo un gruppo di soggetti; 2) la natura dell'autorità chiamata ad applicare la norma; l'eventuale funzione repressiva o deterrente; se l'irrogazione della sanzione dipendesse dall'accertamento della responsabilità individuale.

⁴*Leading case* è certamente Corte e.d.u., Grande Chambre, 23 novembre 2006 Jussila c. Finlandia; altresì, id., 27 novembre

Preso atto della natura penale della sanzione era originato il dubbio di costituzionalità, avente a oggetto l'assenza di una preclusione processuale all'instaurazione di un secondo giudizio nei riguardi di un soggetto già destinatario, in via definitiva, di una sanzione penale per il medesimo fatto. Identità che, sempre seguendo l'insegnamento della giurisprudenza sovranazionale, deve attenere alla materialità del fatto storico (*idem factum*) e non all'astratto raffronto tra le fattispecie astratte di legge (*idem legale*)⁵.

Verificata, sul piano sostanziale, l'esistenza di una duplicazione di sanzioni di "matrice penale" per lo stesso fatto, il Tribunale rimettente era indotto a dubitare della compatibilità dell'art. 649 c.p.p. laddove siffatta norma non impediva la prosecuzione del giudizio penale che, al suo esito, avrebbe potuto condurre all'irrogazione di una seconda sanzione.

L'opinione del giudice *a quo* si fondava su un semplice quanto efficace sillogismo: se un soggetto non può essere giudicato due volte per lo stesso fatto, allora un accertamento amministrativo conclusosi con una sanzione di natura penale definitiva deve possedere forza preclusiva rispetto a un secondo accertamento penale dal quale può scaturire una seconda sanzione penale.

Di lì, il divieto di *bis in idem* europeo, sancito all'art. 4 protocollo addizionale n. 7 alla Cedu (in forza del quale «nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato»), era assunto a parametro interposto di costituzionalità in relazione all'art. 117, comma 1, Cost.

Schema logico, quello proposto dal rimettente, che presupponeva una visione assoluta e inderogabile del divieto di duplicazione dei procedimenti e delle sanzioni in grado di attivare la preclusione processuale al secondo giudizio in forza della mera "presa d'atto" circa la definitività del primo procedimento; inderogabilità che, però, come vedremo da qui a breve, il diritto europeo non riconosce.

IL "NUOVO" NE BIS IN IDEM EUROPEO: DA MERO DIVIETO DI LITISPENDENZA DE FACTO A CRITERIOLOGIA PER L'ELABORAZIONE DI UNA "RISPOSTA GIURIDICA INTEGRATA"

Non è difficile accorgersi che la decisione assunta dalla Corte costituzionale di restituire gli atti al giudice rimettente⁶ si fonda esclusivamente sul *self-restraint* operato, dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza A. e B. contro Norvegia⁷. Pur rilevando la correttezza dell'impostazione seguita dal giudice *a quo*, la Corte costituzionale, con la pronuncia in commento, ha dovuto prendere atto dell'evoluzione concettuale, *in medio tempore* sopravvenuta rispetto alla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione, del principio fondamentale ricavabile dalla massima *bis de eadem re non sit actio*, e cristallizzato all'art. 4 prot. add. n. 7 alla Cedu⁸. Affinamento progressivo della fisiono-

2014, Lucky Dev c. Svezia; id., 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia; criteri poi recepiti anche dalla Corte del Lussemburgo, cfr., per tutte, C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Åkeberg Fransson, causa C-617/10, §§ 16-31

⁵ Corte e.d.u. Zolotukhin c. Russia 10.2.2009, con tale pronuncia la Grande Camera ha elaborato un'interpretazione uniforme del concetto di "same offence", affermando che per stabilire se ci si trovi al cospetto dell'*idem factum* non occorre fare riferimento alla "legal characterisation" cioè alla fattispecie astratta, quanto al fatto "storico".

⁶ Per un commento alla sentenza cfr. A. Galluccio, *Ne bis in idem e reati tributari: la consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, p. 234.

⁷ La decisione assunta dal vertice della giurisprudenza europea traeva origine dal ricorso di due cittadini norvegesi che contestavano la violazione del principio sancito all'art. 4 del Protocollo 7 Cedu, per essere stati giudicati due volte, in sede penale e amministrativa, in merito agli stessi fatti. Si trattava dell'omessa dichiarazione di redditi, al fisco norvegese, per ragguardevoli plusvalenze maturate a seguito di cessione di società con sede all'estero. Avviato un accertamento fiscale e comunicata la notizia di reato il ricorrente A. era stato arrestato nell'anno 2007 e a distanza di un anno, al termine delle indagini, la Procura aveva esercitato l'azione penale nei suoi confronti. Nel frattempo, l'Autorità fiscale aveva inflitto al signor A. una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta evasa che era divenuta definitiva e peraltro integralmente versata dal ricorrente. Il processo penale di primo grado, invece, si era concluso nel 2009 con una condanna ad un anno di reclusione per frode fiscale. Nella quantificazione della pena, il giudice norvegese aveva precisato di aver tenuto conto della sanzione tributaria già inflitta all'imputato e riscossa, per un commento in dottrina cfr. C. Fatta, *Il nuovo volto*, cit.; altresì G. Calafiore, *European Papers*, 2017, 1, pp. 243-250.

⁸ L'implementazione del divieto di *bis in idem* è storicamente vittima di un lento adeguamento ora sul piano normativo (assente nel testo originario della convenzione e confluito infatti in un protocollo addizionale), ora sul piano giurisprudenziale, cfr. S. Allegrezza, *sub art. 4 prot. 7, S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky* (diretto da), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Utet, 2012, p. 894 ss. A questo lento adeguamento, un ruolo d'impulso ha certamente giocato la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea; in dottrina, su tali influenze, cfr. B. Piattoli, *Ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 6, p. 2642.

mia concettuale da ritenersi “fisiologico” nel quadro di un sistema giuridico che elabora per via giurisprudenziale –sempre secondo un approccio *flow* (non formalista) e casistico (*case-law*) – le proprie garanzie e che, “autoalimentandosi” delle eterogenee tradizioni giuridiche, tende a restituire agli Stati contraenti criteri universali capaci di conformare e spesso far evolvere i sistemi normativi interni. E infatti, nel quadro di un formante giurisprudenziale poco uniforme, la decisione adottata dalla Grande camera, in materia di doppio binario penale-tributario (sanzione penale/sovratassa), ha certamente fornito al principio del *ne bis in idem* una “svolta” decisiva con un ribaltamento di prospettiva del canone processuale.

L’elaborazione giurisprudenziale della norma convenzionale offerta con la sentenza A. e B. contro Norvegia ha escluso che la garanzia del divieto a essere giudicati due volte abbia carattere inderogabile, nonostante siffatto crisma pareva desumibile dal comma 3 dell’art. 4 prot. 7 Cedu, che ritiene non derogabile la norma nemmeno in stato d’urgenza⁹.

Essa non possiede più, dunque, la portata di garanzia processuale assoluta a effetto preclusivo ma è subordinata al verificarsi di determinate condizioni e non opera più, di *default*, al mero cospetto di una duplicazione processuale per l’*idem factum*, cioè quale mera eccezione di litispendenza di fatto.

Il volto attuale del *ne bis in idem* è dunque quello di una garanzia a “una risposta giuridica integrata”¹⁰, la cui violazione consegue al mancato rispetto di determinate condizioni individuate, in positivo, dall’elaborazione pretoria della corte di Strasburgo e racchiuse nella formula del “sufficientemente stretto legame temporale e sostanziale” tra i due procedimenti paralleli.

Complementarietà degli obiettivi perseguiti, interazione cronologica tra i procedimenti paralleli, prevedibilità della duplicazione e proporzionalità della sanzione sono gli snodi concettuali che consentono di verificare la sussistenza della “connessione” tra procedimenti e sanzioni.

Ammettendo dunque, in linea astratta la possibilità che lo Stato possa approntare un sistema di accertamento (processuale) e di risposte a illeciti (sostanziale) ritenuti meritevoli di particolare attenzione per il loro grado di offensività, la Corte europea ha individuato un vero e proprio “*balancing test*” in ordine alla sufficientemente stretta connessione temporale e sostanziale cui sottoporre i due procedimenti paralleli¹¹.

LA COMPATIBILITÀ DEL SISTEMA PENALE TRIBUTARIO AL *NE BIS IN IDEM* EUROPEO: TRA VARIABILI CASISTICHE E INCERTEZZE APPLICATIVE

La sentenza in analisi offre lo spunto per interrogarsi sugli scenari futuri in materia di compatibilità costituzionale del divieto di secondo grado di giudizio in materia penale tributaria.

Nulla da osservare sulla necessità, ai fini della rilevanza della questione sollevata, di restituire gli atti al giudice *a quo*, al fine di riesaminare, con approccio di *case-law*, la questione alla luce del diritto vivente sopravvenuto.

Pur tuttavia, nella sintetica conclusione del giudice delle leggi è agevole registrare una considerazione sulla ridotta capacità applicativa – su un piano “statistico” – dell’art. 4 prot. add. 7 Cedu a seguito dell’interpretazione evolutiva fornita dalla sentenza A. e B. c. Norvegia.

Non è in dubbio che il nuovo diritto vivente europeo, optando per la derogabilità della garanzia del *ne bis in idem* e per la sua soggezione a una serie di criteri misti, inciderà (in negativo) sotto un profilo

⁹ Norma inderogabile in stato d’urgenza così come espressamente previsto al comma 3 dell’art. 4 prot. 7 che rimanda all’art. 15 Cedu.

¹⁰ L’espressione è utilizzata dalla Grande camera al paragrafo 147 della sentenza A. e B. c. Norvegia, cit.

¹¹ Tre in particolare erano le decisioni della Corte europea che avevano introdotto tale criteriologia: R.T. c. Svizzera, Nilsson c. Svezia e Boman c. Finlandia. Per quanto attiene al legame sostanziale occorrerà valutare a) se i vari procedimenti hanno finalità complementari e quindi riguardano, non solo *in abstracto* ma anche in concreto, diversi aspetti dell’atto pregiudizievole per la società in questione; b) se la natura mista del procedimento in questione sia una conseguenza prevedibile, sia di diritto sia di fatto, della stessa condotta punita; c) se le procedure in questione siano state condotte in modo da evitare per quanto possibile ogni ripetizione nella raccolta e valutazione delle prove, anche attraverso un’adeguata interazione tra le varie autorità competenti; d) se la sanzione imposta al termine della procedura per la prima volta sia stata presa in considerazione nella procedura conclusasi per ultimo, in modo da non mettere in pericolo per la persona interessata un onere eccessivo.

Al fianco di tali criteri sostanziali, la Corte europea ne affianca uno temporale quale indice di verifica della stretta connessione; a tal fine occorrerà verificare se i due procedimenti siano risultati cronologicamente paralleli e non consecutivi.

quantitativo sull'applicazione del divieto e quindi sui suoi effetti processuali preclusivi.

E allora, la constatazione della restrizione della garanzia, in disparte considerazioni statistiche e di sistema¹², impone una riflessione sulle modalità concrete con cui si è derogata la garanzia convenzionale.

Nessun riferimento è contenuto nella sentenza della Corte costituzionale alla palese "instabilità" del *balancing test* imposto dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo. Se, infatti, è indispensabile uniformarsi ai criteri imposti dal giudice sovranazionale, lo è anche invocare, al fine di evitare strumentalizzazioni ideologiche dell'evoluzione giurisprudenziale, una definizione puntuale e sicura di tali canoni valutativi che allo stato appaiono vaghi sia sotto un profilo gerarchico sia sotto un profilo contenutistico.

Si vuol dire che le singole declinazioni – tanto in senso atomistico, quanto in senso sistemico – del *test* di verifica della *close connection* non appaiono ben definite, così da legittimare svariati dubbi interpretativi. L'interprete non potrà sottrarsi dal porsi l'interrogativo, in primo luogo, sull'esistenza di una gerarchia tra la connessione temporale e quella sostanziale. In altre parole, ci si dovrà chiedere se in presenza della mera (s)connessione temporale ciò basterà a configurare la violazione del divieto di doppio giudizio, specie laddove sia stata garantita una proporzionalità sanzionatoria. Nondimeno, sarà necessario verificare se l'interazione probatoria postulata dalla giurisprudenza europea sia intesa in termini di absolutezza (non aiutando in tal senso l'espressione "*as far as possible*") ovvero se essa possa considerarsi recessiva rispetto alle altre declinazioni della *close connection*.

E ancora, occorrerà interrogarsi su quale sia il *dies a quo* dei due procedimenti e quale il *dies ad quem* da prendere in considerazione ai fini della valutazione della connessione procedimentale temporale. E infine, dovrà individuarsi una precisa definizione della connotazione "infamante" necessaria a individuare se la sanzione tributaria specifica sia riconducibile al "nocciolo duro del diritto penale".

Sul piano empirico, a dimostrazione dell'instabilità applicativa dei criteri dettati dalla Grande Camera è intervenuta la sentenza Jøhannesson e altri c. Islanda¹³ che ha dichiarato la violazione dell'art. 4 prot. add. 7 Cedu in materia di sovrattasse. Con questa decisione i giudici europei hanno dato risalto sia al criterio temporale, osservando la "durata complessiva dei due procedimenti dall'inizio delle indagini fiscali fino alla sentenza penale definitiva", sia alla indipendenza dei due procedimenti sotto un profilo probatorio, atteso che, pur avendo la polizia avuto accesso alle relazioni emesse dall'autorità fiscale, questa aveva proceduto conducendo un'indagine del tutto indipendente.

Elementi ritenuti prevalenti sugli altri e in particolare sul requisito della "proporzionalità della sanzione" che, nel caso di specie, era stato rispettato, considerato che, nel determinare le sanzioni dei vari ricorrenti, la Corte suprema islandese aveva preso atto dell'eccessiva durata del procedimento, concedendo la sospensione della pena che, peraltro, era stata commisurata tenendo conto delle maggiorazioni d'imposta già irrogate.

Rispetto a tale disorientante contesto¹⁴, la sentenza della Corte costituzionale non ha manifestato alcuna preoccupazione, facendo pieno affidamento sul ruolo del giudice comune, ed anzi il riferimento alla «*meno probabile applicazione del divieto*» lascia intendere un'esclusione – anche se non assoluta – dell'illegittimità costituzionale del sistema del doppio binario penale tributario una volta effettuato il *test* della *close connection*¹⁵.

¹² Il riferimento è alla imponente, e dogmaticamente strutturata, opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque che tra le altre giunge alle seguenti conclusioni critiche «Dopo aver messo sottosopra la ratio del *ne bis in idem*, la sentenza di oggi apre la strada a una politica punitiva del moderno *Leviatano*, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile». «Una politica che potrebbe risolversi in una storia infinita di due o più procedimenti condotti progressivamente o successivamente contro lo stesso individuo sulla base degli stessi fatti» (§ 79), subordinatamente all'unica condizione di «un simulacro di proporzionalità» della sanzione complessiva, secondo un approccio bollato come «assai distante dalle note radici storiche del *ne bis in idem* e dalla sua consolidazione come principio del diritto internazionale consuetudinario».

¹³ Corte e.d.u., sent. 18 maggio 2017, Jøhannesson e altri c. Islanda; per un commento cfr. A. Mattarella, *Le recenti pronunce della corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4578 ss.

¹⁴ In tal senso, F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. Cont.*, 2017, 5, p. 394.

¹⁵ Di diverso avviso C. Santoriello, *Ne bis in idem negli illeciti tributari: in una pronuncia di inammissibilità una prima apertura (mal celata) del giudice delle leggi*, in *Il penalista*, 2018, ad avviso del quale le affermazioni rese dalla Corte costituzionale secondo cui le parole utilizzate dalla Consulta per cui: «non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo [...] nell'ambito degli illeciti tributari» parrebbero «preparare la strada [...] a un dirompente intervento demolitivo della Consulta che riscriverà i rapporti fra procedimenti penali ed amministrativi aventi a oggetto gli stessi fatti».

Eppure, la compatibilità costituzionale del sistema duale penale tributario non è poi così scontata. Risulta difficile pronosticare l'esito sulla possibile rilevanza nel caso oggetto di disamina atteso che, a prescindere dalle peculiarità del caso di specie, la valutazione del decidente dipenderà dal "peso specifico" che questi fornirà a un criterio piuttosto che a un altro. E, non a caso, recentissimamente, la giurisprudenza di merito¹⁶ ha respinto una questione di legittimità costituzionale, in materia di doppio binario tributario, dove si sosteneva la radicale indipendenza e non interazione probatoria tra giudizio penale e tributario¹⁷, affermando che «ai fini di una seria verifica del rispetto del *ne bis in idem* convenzionale, non può prescindere da una simultanea e non parcellizzata applicazione dei criteri elaborati da A. e B., che da un lato, necessariamente tenga conto del fatto storico a partire dai quali essi sono stati elaborati e, dall'altro, non conduca a valorizzare ed assolutizzare solo uno di essi a discapito degli altri».

Non è difficile accorgersi che la criteriologia adottata a Strasburgo si presti a torsioni che varrebbero a rendere intollerabile la deroga al divieto di *bis in idem*.

La risposta all'interrogativo circa la compatibilità del sistema del doppio binario tributario penale italiano, infatti, muta al mutare del metodo di verifica della *close connection*, specie lì dove, alle variabili casistiche si affiancano quelle ermeneutiche dovute alla nebulosità del *test* di bilanciamento.

In tale contesto si manifestano due contrapposte certezze in ordine al rispetto del divieto di *bis in idem* europeo nel quadro del sistema penale tributario italiano: da un lato esso, sul piano generale, assolve il requisito della prevedibilità e della proporzionalità, laddove prevede tassativamente il parallelismo processuale e sanzionatorio ed addirittura adotta un meccanismo di sospensione (l'art. 21, d.lgs. n. 74 del 2000) dell'esecuzione nel caso di avvio del procedimento penale¹⁸; dall'altro, sempre in linea generale, pare collidere con il sistema d'interazione probatoria atteso che, come noto, i due procedimenti procedono su binari autonomi stante la rigorosa autonomia fra gli stessi, sia sotto il profilo dell'acquisizione (tant'è che nel procedimento amministrativo è vietata la prova per testi, e la pretesa accertativa è fondata su presunzioni semplici con inversione dell'onere della prova in capo al contribuente) sia sotto il profilo della valutazione della prova (tant'è che nel giudizio penale: non fa stato la sentenza favorevole all'imputato resa dalla Commissione tributaria¹⁹; le presunzioni tributarie valgono come semplici indizi sufficienti ai fini della configurazione del *fumus* cautelare ma inidonee, da sole, a fondare una condanna; la prova sulla sussistenza degli elementi costitutivi è autonomamente apprezzata dal giudice penale, così come l'ammontare degli elementi positivi e negativi di reddito, nonché dell'imposta evasa e del superamento delle soglie di punibilità è determinata autonomamente dal giudice penale con i mezzi di prova ammessi dal codice di rito penale).

Tra i due opposti, allora, a giocare un ruolo decisivo potrebbero essere le variabili temporali (al netto dei dubbi interpretativi sui parametri da utilizzare) con il rischio però di una metamorfosi della garanzia del divieto di secondo giudizio «in un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che "sopravvive" alla definizione del primo»²⁰.

¹⁶ In coincidenza con la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, la giurisprudenza di merito aveva respinto una questione di legittimità costituzionale facendo applicazione dei criteri dettati da A. e B. c. Norvegia; cfr. Tribunale di Trapani, ord. 28 febbraio 2018, Giud. est. Marroccoli, *inedita*. Con tale decisione il giudice ha valorizzato il criterio temporale, prendendo in considerazione come *dies a quo* la data di adesione al processo verbale (e non quella di avvio dell'accertamento tributario).

¹⁷ Per un approfondimento sulla circolazione della prova nel sistema duale penale-tributario cfr. P. Rivello, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 110 ss.

¹⁸ La conformità del sistema tributario al criterio della non duplicazione "sostanziale" (e quindi della proporzionalità) era stata rilevata da G.M. Flick-V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in E. Desana-P. Montalenti-M. Salvadori (a cura di), *Ne Bis in idem e procedimento sanzionatorio Consob al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo. Ancora sull'adattamento dell'ordinamento italiano alla convenzione europea?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, p. 71.

¹⁹ In tal senso Cass. civ., sez. V trib., 27 settembre 2011, n. 19786, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, p. 135: «nel processo tributario anche la sentenza penale irrevocabile di assoluzione con formula piena, emessa "perché il fatto non sussiste", non spiega automaticamente efficacia di giudicato, sebbene i fatti accertati in sede penale siano gli stessi per i quali l'amministrazione finanziaria abbia proposto l'accertamento nei confronti del contribuente. Il giudice tributario non può, pertanto, limitarsi a rilevare l'esistenza di sentenze penali in materia di reati tributari, recependone – acriticamente – le conclusioni assolutorie, ma è tenuto ad operare un'autonoma valutazione di dette pronunce, nel quadro complessivo degli elementi di prova acquisiti nel corso dell'intero giudizio»; similmente Cass. civ., sez. V trib., 12 marzo 2007, n. 5720, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 3, p. 55.

²⁰ F. Viganò, *Una nuova sentenza*, cit.

Nell'attesa che il legislatore accolga l'invito della Corte costituzionale²¹ ad armonizzare l'azione repressiva ed evitare il più possibile i pluralismi processuali, è rimesso al giudice comune il compito di verificare il rispetto di una garanzia fondamentale attraverso criteri che, in ragione, della loro decisività richiederebbero un intervento evolutivo chiarificatore da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle modalità applicative della "close connection". La recentissima entrata in vigore, a livello internazionale, del protocollo addizionale n. 16 alla Cedu e la conseguente introduzione dello strumento della *advisory opinions* su una questione di principio riguardante il testo convenzionale o uno dei suoi protocolli addizionali, conducono all'auspicio che, sul tema in argomento, nel prossimo futuro, il nuovo strumento possa essere utilizzato – anche da parte della Corte costituzionale²² – affinché il "revisionato" divieto di doppio giudizio possa essere implementato sul piano interno, lontano da soluzioni surrettizie, grazie all'interpretazione "autentica" della Corte europea.

²¹ Invero, l'ottimo paretiano perseguibile ad avviso della giurisprudenza europea sarebbe quello della unificazione dell'azione repressiva e conseguentemente l'esclusione del pluralismo procedimentale, cfr. C. e.d.u., Zoloutokhine c. Russia, cit., § 72.

²² Non dovrebbe dubitarsi, una volta che lo Stato Italiano provvederà alla ratifica, della possibilità per la Corte costituzionale di poter utilizzare il rimedio dell'*advisory opinion* trattandosi di organo giurisdizionale rientrante nella nozione di Altro Tribunale o Corte suprema indicato al protocollo n. 16.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2018

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

CRISTIANA VALENTINI

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

Minima immoralia: le ultime modifiche alla disciplina delle impugnazioni

Minima immoralia: the changes to the discipline of the procedures in appeal

Il contributo analizza le novità introdotte con d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11. Si tratta di modifiche minime, ora riprodotte di precedenti pronunzie giurisprudenziali, ora vocate a migliorare aspetti schiettamente organizzativi dell'andare del processo. Restano inalterati i gravi problemi del giudizio d'appello, in particolare, e delle impugnazioni in generale.

The study focuses on legislative changes introduced by Legislative Decree No. 11 of 2018. There are minimal innovations: they reproduce previous jurisprudential pronouncements and tidy up some purely organizational aspects of the trial progress. The most serious problems of appeal proceedings remain unaltered.

LO SPIRITO DELLA RIFORMA

Il decreto legislativo intitolato “Disposizioni di modifica della disciplina in materia di giudizi d’impugnazione” è inteso a completare la riforma avviata con la l. 23 giugno 2017, n. 103.

Come si rammenterà, proprio il provvedimento in esame aveva delegato il Governo ad adottare decreti legislativi per la riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni e dei giudizi di impugnazione nel processo penale, come pure per la riforma dell’ordinamento penitenziario, sulla scorta di principi e criteri direttivi contestualmente enunciati; al comma 84, lett. da *f*) ad *m*), il legislatore delegante aveva elencato i criteri direttivi concernenti per l’appunto la materia delle impugnazioni¹.

In particolare, mentre la prima parte della riforma delle impugnazioni era stata operata direttamente dalla l. n. 103 del 2017, tramite novazione di una cospicua serie di disposizioni codicistiche, mirate ad incidere sulla disciplina generale delle impugnazioni e sul giudizio di cassazione, con la delega il legislatore ha inteso lavorare prioritariamente sulla disciplina dell’appello².

Peraltro, già la lettura delle direttive rendeva evidente la natura infinitesimale del *novum*, ben lontano dalle esigenze di ristrutturazione dell’istituto reiteratamente manifestate dagli studiosi.

D’altra parte, la vocazione al mutamento era espressa con toni assai differenti: a chi enunciava l’incongruità fisiologica della sostituzione di un giudizio sulle carte ad un giudizio orale di primo grado, plaudendo altresì alla eliminazione del divieto di *reformatio in peius*³, facevano eco le parole

¹ Sulla delega in materia di impugnazioni, contenuta nella l. n. 103 del 2017, v. A. De Caro, *La deflazione delle impugnazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 335 ss.; G. Spangher, *La deflazione delle impugnazioni (comma 84 lett. F-M L. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 407 ss.

² Cfr. A. Marandola, *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in *www.penalecontempo.rane.it*, 11 ottobre 2017, p. 260 ss.: «Se in quella circostanza l’attenzione del legislatore era rivolta, soprattutto al ricorso per cassazione, con il provvedimento in esame, l’oggetto delle modifiche proposte è indirizzato all’appello».

³ H. Belluta, *Prospettive di riforma dell’appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in M. Bargis-H. Belluta, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2013, parla di «abuso epistemologico che permette al dato scritto di sovvertire gli esiti del giudizio basato sul principio di immediatezza».

di quanti descrivevano i difetti di un vaglio d'appello ostinatamente restio a porsi quale reale rimedio nei confronti delle sciatterie ricostruttive del primo grado⁴.

In sostanza, all'interno dello stesso dibattito dottrinale appariva incerta persino la vocazione dell'appello, tutt'ora equivocamente chiamato a librarsi tra fase di controllo e *novum iudicium*⁵.

L'APPELLO COME "IMBUTO"

Le Relazioni tenute dal primo Presidente della Cassazione per l'inaugurazione di ogni anno giudiziario sono spesso meritevoli di attenta lettura: in quella dedicata alla valutazione dell'anno giudiziario 2013, il primo Presidente Santacroce identificava nella fase di giudizio d'appello «*il vero imbuto*» del circuito delle impugnazioni, bisognoso di «*indifferibili interventi organizzativi e normativi*»⁶.

Occorre, peraltro, ricordare pure il perché l'appello avesse meritato questa efficace metafora: secondo la Relazione, la durata media del giudizio d'appello, calcolata su base nazionale, era di 844 giorni nell'anno 2013, durata non solo assai lontana dagli *standards* europei, ma (soprattutto) considerata inspiegabile, alla luce del fatto che sempre il dato empirico confermava come la maggior parte dei giudizi d'appello venissero definiti in un'unica e sola udienza⁷.

In buona sostanza, i numeri concreti, espressi dalle statistiche, delineavano un sistema in cui il "tappo" che rallenta l'iter dei giudizi d'impugnazione, si colloca sì al momento della fase d'appello, ma non già e non certo a cagione dell'approfondimento dedicato alle vicende processuali⁸.

Su questo sfondo occorre dire allora che, già a prima lettura, le novità introdotte con il d.lgs. n. 11 del 2018 sono rimedi minimi, propri di «*un contesto nel quale manca la capacità di affrontare i nodi strutturali della giustizia penale, evidenziando l'impotenza a tale riguardo della politica*»⁹; sicché non solo giacciono irrisolti i tanti punti critici evidenziati dall'elaborazione scientifica nell'arco degli anni trascorsi dall'entrata in vigore del codice, ma neppure viene sfiorata la sostanza dei problemi organizzativi evidenziati da una Relazione risalente a quattro anni prima.

MODIFICHE IN MATERIA DI APPELLABILITÀ OGGETTIVA

Sino all'entrata in vigore del nuovo decreto legislativo, la materia era regolata nei termini che seguono: secondo il testo dell'art. 593 c.p.p., frutto dell'interpolazione operata con l. 20 febbraio 2006, n. 46, il pubblico ministero e l'imputato potevano sempre «*appellare contro le sentenze di con-*

⁴Efficacissimo in tal senso A. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 6, di cui si riporta il pensiero in termini più completi, laddove parla di «*fase di giudizio che non sia circoscritta ad assicurare, per finalità di critica settoriale avverso la prima decisione, una integrazione probatoria limitata da considerare non più che in termini di "eccezionalità" rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento (bisognerà affermare, prima o poi, che ogni presunzione di regolarità va bandita dal processo penale, ove il giudizio può essere ritenuto completo solo in via di astrattezza teorica, fino a quando si disveli in concreto l'esistenza di elementi conoscitivi non considerati), bensì quale momento istituzionalmente deputato all'esercizio (o al recupero) del diritto alla prova, dove il mito (tipico dei regimi autoritari) della infallibilità del giudice e delle istituzioni cede il passo all'esigenza di porre rimedio ad ogni possibile errore giudiziario in qualunque momento della progressione processuale penale*».

⁵La migliore ricostruzione delle diverse logiche dell'appello e delle sue prospettive, è tutt'ora leggibile nel lavoro di F. Peroni, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, Padova, 1995, *passim*.

⁶Così la Relazione del Presidente Santacroce in www.cortedicassazione.it.

⁷È utile riportare in parte qua il testo della Relazione: «*Continua la tendenza alla riduzione dei tempi per le corti d'appello, in cui la durata media dei procedimenti è diminuita da 899 giorni a 844 giorni (-6,1%). Va, tuttavia, segnalato che il tempo medio di definizione dei giudizi d'appello (2 anni, 3 mesi e 24 giorni) è ancora troppo elevato, così da risultare incompatibile con il parametro di due anni indicato dalla Corte di Strasburgo, anche se a far registrare la maggiore durata sono soprattutto le corti d'appello in cui è più radicata la criminalità organizzata. Se si considera che in appello i processi vengono definiti nella maggior parte in una sola udienza, il dato, per quanto migliorato, continua a essere preoccupante e conferma che il giudizio d'appello rappresenta il vero "imbuto" che rallenta tutto lo svolgimento processuale nel circuito delle impugnazioni, così che si rendono indifferibili interventi organizzativi e normativi*».

⁸L'espressione della fase di appello come "imbuto" è ripresa da P. Perrone, *Il nuovo 603.3 bis cpp: la rinnovazione obbligatoria dell'istruzione nell'appello in pejus. Brevi osservazioni (critiche)*, in www.questionegiustizia.it, in un senso però del tutto diverso: l'autrice teme che l'appello peggiori il suo ruolo di rallentamento della giustizia penale a causa delle innovazioni indotte dalla Riforma Orlando, in particolare con l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

⁹Così G. Spangher, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in www.giustiziapenale.it.

danna» (fatta eccezione per la disciplina specifica relativa al caso di sentenze di condanna emesse nel giudizio abbreviato, o di applicazione della pena su richiesta delle parti e di decisioni relative alle misure di sicurezza); contro le sentenze di proscioglimento potevano, poi, appellare entrambi, ma nei soli casi in cui venisse richiesta la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a causa della sopravvenienza o scoperta di una nuova prova decisiva. Per converso erano inappellabili da chiunque le sentenze di condanna con cui fosse stata applicata unicamente la pena dell'ammenda.

Come noto, quel testo aveva subito drastici mutamenti interpretativi a cagione di due successive decisioni della Corte costituzionale¹⁰; la Consulta infatti aveva dapprima dichiarato illegittimo il divieto d'appello del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento, poi anche il generalizzato divieto d'appello avverso le sentenze di proscioglimento per contravvenzioni punite con ammenda o con pena alternativa.

La versione dell'art. 593 c.p.p. appena realizzata prende abbrivio col ripetere la peculiare disciplina delle decisioni emesse all'esito del giudizio abbreviato (art. 443, comma 3, c.p.p.), nel procedimento di applicazione della pena a richiesta (art. 448, comma 2, c.p.p.) e di applicazione delle misure di sicurezza (artt. 579 e 680 c.p.p.), per ribadire subito dopo che, premesse le citate eccezioni, l'imputato ha il diritto di appellare tutte le sentenze di condanna.

La novità sta nella limitazione dei poteri del pubblico ministero, il quale, a valle della declaratoria d'illegittimità costituzionale, era stato ammesso ad appellare senza alcun limite: con la riforma si prevede, invece, che la pubblica accusa disporrà del potere d'appello avverso le sentenze di condanna solo qualora esse mutino il titolo del reato, escludano una circostanza ad effetto speciale o stabiliscano una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, cioè in quelle ipotesi in cui «*le determinazioni del giudice incidono in maniera significativa sulla prospettazione accusatoria, anche e soprattutto in punto di quantificazione della pena*»¹¹.

Il secondo comma è di nuovo una replica: vi risulta regolata l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento, stabilendo che esse lo sono sempre da parte del pubblico ministero, mentre sono appellabili dall'imputato solo quelle pronunziate con formule diverse dalle più favorevoli (perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso); disciplina palesemente identica a quella risultante dopo l'intervento della Consulta con sentenza n. 26 del 2007.

L'ultimo comma dell'art. 593 c.p.p. reitera ancora una volta il testo precedente, stabilendo che siano inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda e aggiungendo che sono inappellabili pure quelle di proscioglimento relative a contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda o con pene alternative; una giunta che, appunto, si limita ad inserire materialmente nel testo dell'articolo quanto già risultante dall'interpretazione obbligata del medesimo a seguito della sentenza costituzionale n. 85 del 2008.

Come si accennava, insomma, l'unica autentica novità sta nella limitazione dei poteri d'appello del p.m. avverso le sentenze di condanna.

Ora, che siffatta limitazione sia una novità di un certo rilievo teorico, che di fatto estende una disciplina sin qui ristretta all'appello della sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato, sembra un dato certo: il sistema – per così dire – evolve ed espelle il superfluo, essendo oggettivamente indiscutibile che «*le esigenze dell'accusa sono state sostanzialmente soddisfatte con la sentenza di condanna*»¹².

È arduo immaginare quanto, peraltro, un simile mutamento sia idoneo ad agire positivamente sui problemi di aggravio del carico penale, così come non è agevole ravvisare ipotesi in cui il pubblico ministero potesse voler appellare una decisione di condanna per motivi attinenti alla quantificazione della pena all'interno della forbice edittale o per questioni concernenti le circostanze comuni o, magari, l'applicazione della sospensione condizionale della pena.

Per converso, risulta ancora irrisolto un nodo di non poco rilievo pratico: l'imputato vede tutt'ora esclusa la sua legittimazione ad appellare le decisioni di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso anche qualora pronunziate ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. Come noto, in casi siffatti il tenore testuale degli artt. 652 e 653 c.p.p. collega l'efficacia di giudicato all'«accertamento» contenuto in sentenza, sicché qualora l'assoluzione, benché pronun-

¹⁰ C. cost., sent. 6 febbraio 2007, n. 26 e C. cost., sent. 4 aprile 2008, n. 85, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Così il testo della Relazione Illustrativa allo schema di d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11.

¹² In questo senso, A. Marandola, *op. cit.*, p. 261.

ziata con le formule più favorevoli, risulti avvenuta per mancanza o insufficienza di prove, il giudicato penale non è ostativo «all'introduzione del giudizio civile, al giudice del quale è rimesso accertare, previa interpretazione del giudicato penale sulla base della motivazione di esso, se l'esclusione della responsabilità dell'imputato sia stata certa o dubbia, di conseguenza, stabilire se l'azione civile ne sia rispettivamente preclusa o meno»¹³.

Insomma, in simili ipotesi la sentenza di proscioglimento è potenzialmente priva di efficacia nei giudizi civili e amministrativi di danno, di talché l'interesse all'impugnazione, da parte dell'imputato, esiste ed ha pieno rilievo, ma non riceve tutela alcuna.

Coerentemente con il quadro sin qui descritto, il legislatore ha infine mutato i limiti di appellabilità delle sentenze di non luogo a procedere, prevedendo, *sub* comma 3-*quater* dell'art. 428 c.p.p., che siano inappellabili le sentenze di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

Sempre procedendo in coerenza, nell'art. 568 c.p.p. è stato interpolato un comma 4-*bis*, ai cui sensi «il pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione».

Secondo la Relazione, qui l'intento era quello di valorizzare il ruolo antagonistico del pubblico ministero, sicché si è ridotta la sua *chance* di impugnare a favore dell'imputato al solo ricorso per Cassazione; in questa guisa – leggiamo – «il ruolo di parte pubblica del pubblico ministero non è ... compresso» perché, qualora ritenga indispensabile spendersi a favore dell'imputato, può farlo innanzi alla Suprema Corte.

Ancora una volta l'interrogativo sorge spontaneo: ma quanto sarà alta la quota di aggravio del sistema che nasce dalle impugnazioni del pubblico ministero a favore dell'imputato?

MODIFICHE IN TEMA DI APPELLABILITÀ SOGGETTIVA

Interviene sul punto l'introduzione dell'art. 593-*bis* c.p.p. ai cui sensi «nei casi consentiti, contro le sentenze del giudice per le indagini preliminari, della Corte d'assise e del tribunale può appellare il Procuratore della Repubblica presso il tribunale», mentre il Procuratore Generale presso la Corte d'appello potrà appellare «soltanto nei casi di avocazione o qualora il Procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza al provvedimento».

Contestualmente, per ovvie esigenze sistematiche, l'art. 570 c.p.p. ha subito una minima modifica, e il secondo periodo del comma 1 ora recita che il Procuratore Generale può sì proporre impugnazione, nonostante l'impugnazione o l'acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ma con l'eccezione di quanto previsto dall'art. 593-*bis* c.p.p., sicché in buona sostanza il Procuratore potrà sempre ricorrere per Cassazione, a prescindere dalle scelte adottate dal pubblico ministero del luogo della sentenza, ma non sarà ammesso a presentare appello se non nelle ipotesi in cui abbia avocato il procedimento o qualora vi sia stata acquiescenza.

E qui merita domandarsi quale esattamente sia una fattispecie definibile nei termini di "acquiescenza": l'unico precedente giurisprudenziale rintracciabile sul punto è piuttosto recente e vi si apprende che l'acquiescenza consisterebbe solo nella scadenza dei termini ad impugnare¹⁴, intesa come evento che non sottrae la legittimazione del Procuratore Generale all'appello incidentale avverso l'eventuale appello principale proposto dall'imputato.

In sostanza, le uniche due ipotesi immaginabili in cui il Procuratore Generale potesse impugnare "nonostante l'acquiescenza" del suo omologo del grado inferiore, erano quelle (appunto) dell'appello incidentale e quelle in cui la scadenza dei termini ad impugnare fosse diversa per i due organi.

Ora, posto che l'appello incidentale del pubblico ministero è stato soppresso dallo stesso decreto legislativo in commento, ne deriva che (a parte gli infrequenti, o forse inesistenti, casi di avocazione) il Procuratore Generale potrà esercitare il suo diritto ad impugnare solo ed esclusivamente nel caso in cui gli resti il tempo sufficiente a farlo dopo aver appreso della scadenza dei termini

¹³ Così Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 40049, in *Cass. pen.*, 2009, p. 897, con nota di G. Santalucia, *L'errore nell'uso della formula assolutoria: quale spazio per l'impugnazione della parte civile?*. Diffusamente sul tema v. A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, *passim*.

¹⁴ Cass., sez. III, 11 aprile 2017, n. 38182, in *www.dirittoegiustizia.it*, 1° agosto 2017.

d'impugnazione spettanti al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza.

La norma, insomma, rischia di essere una che conferisce un potere sostanzialmente inutilizzabile ed è certamente a questo che si deve l'introduzione dell'art. 166-bis, disp. att., c.p.p., generosamente intitolato ai «*Poteri del Procuratore Generale in materia di impugnazione delle sentenze di primo grado*», ove si legge che «*al fine di acquisire tempestivamente notizia in ordine alle determinazioni relative all'impugnazione delle sentenze di primo grado, il Procuratore Generale presso la Corte d'appello promuove intese o altre forme di coordinamento con i Procuratori della Repubblica del distretto*». Id est, il legislatore obbliga il Procuratore Generale a promuovere un flusso di notizie con i Procuratori del Distretto che gli consenta di attivarsi tempestivamente per le ipotesi in cui intenda restare inerte il pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza impugnata¹⁵.

Chiude il cerchio l'interpolazione dell'art. 428 c.p.p., in relazione all'appello della sentenza di non luogo a procedere, ovviamente anch'essa limitata dai termini di legittimazione attiva descritti dall'art. 593-bis c.p.p.

Per concludere, la disamina non cambia la valutazione effettuabile a prima lettura: varrebbe la pena di effettuare analisi statistiche successive per verificare quanto (in)influenti siano simili riforme sul ventilato problema dell'efficienza della giustizia penale.

L'APPELLO INCIDENTALE

Più interessante – ad onta della sua natura nuovamente “minima” nel senso suddetto – è la disciplina dell'appello incidentale, che diventa proponibile dal solo imputato non appellante in caso di impugnazione principale del p.m.

Il comma 1 dell'art. 595 è stato così sostituito: «*l'imputato che non ha proposto impugnazione può proporre appello incidentale entro quindici giorni da quello in cui ha ricevuto la notificazione prevista dall'articolo 584*»; il comma 3, poi, è stato sostituito dal seguente: «*entro quindici giorni dalla notificazione dell'impugnazione presentata dalle altre parti, l'imputato può presentare al giudice, mediante deposito in cancelleria, memorie o richieste scritte*».

Come si accennava, l'elisione della possibilità d'appello incidentale del pubblico ministero è interessante dal punto di vista sistematico, laddove si consideri la sgradevole eco suscitata dalla disciplina in questione con lo “spauracchio” di analogo nome, ma ben diverso effetto, previsto dal codice Rocco; ancora una volta, però, appare difficile cogliere la valenza riorganizzativa o anche solo deflativa del *novum*.

Piuttosto emergono nuovi *vulnera* potenziali: la previsione è motivata dalla relazione illustrativa con l'interesse dell'imputato, non legittimato all'appello o che non vi abbia interesse, a rappresentare comunque al giudice del gravame «*l'esistenza in atti di dati probatori favorevoli ma che, magari, non sono stati presi in esame dal giudice di prime cure, giunto alla pronuncia favorevole valorizzando altro materiale di prova*».

Ebbene, se l'interesse è indiscutibile, lo è molto meno che fosse indispensabile apprestare un simile strumento a sua tutela: la facoltà indicata è comunque consentita in ogni stato e grado del procedimento dall'art. 121 c.p.p.

La prima considerazione, dunque, è che la norma è inutile, in virtù delle stesse ragioni illustrate dai relatori, posto che (leggiamo giustappunto) «*tale facoltà è comunque prevista dall'art. 121 c.p.p.*».

Forse la norma intende essere una sollecitazione all'imputato, affinché non si presenti all'appuntamento con la discussione della tesi impugnatoria avversaria depositando giusto *in limine* una memoria finalizzata all'illustrazione degli elementi a lui favorevoli: il termine di 15 giorni prima della data dell'udienza sarebbe, in questa prospettiva, una regola provvista di finalità organizzative, mirate a consentire al giudice del controllo un miglior approfondimento delle questioni proposte.

D'altra parte, però, è facile immaginare che la presenza del termine ulteriore potrebbe dare adito ad esegesi giurisprudenziali restrittive, tanto che, sempre nella relazione si avverte la necessità

¹⁵ Siamo ben lontani, con questo testo, dagli auspici dottrinali resi in sede di commento alla legge delega, laddove si osservava che «*la ... traduzione normativa richiederà, però, anche un intervento volto a disciplinare i rapporti interni tra Procura della Repubblica e Procura Generale, per consentire alla seconda, in tempo utile, di conoscere i casi di acquiescenza della prima*»; così A. De Caro, *La deflazione*, cit., p. 342.

di precisare: «sembra che il deposito di memorie e richieste sia comunque possibile anche oltre l'indicato termine». Tenuto conto dell'acclarata tendenza giurisprudenziale odierna a dilatare i termini delle disposizioni ben oltre lo spazio da esse concesso all'esegesi del giudice, sarebbe stato quanto mai opportuno evitare una *littera legis* che potesse porre in dubbio la persistenza del diritto previsto dall'art. 121 c.p.p. nel momento processuale in discorso.

IL DIAVOLO SI ANNIDA NEI DETTAGLI

Una ulteriore prospettiva fornita di qualche interesse si presenta, poi, con l'introduzione dell'art. 165-bis, disp. att., c.p.p., nascosta dietro l'apparenza di una disposizione avente carattere esclusivamente organizzativo.

Il nuovo articolo prevede anzitutto che, dopo la presentazione dell'impugnazione, il giudice o il presidente del collegio che ha emesso la sentenza, trasmetta al giudice dell'impugnazione alcune informazioni: i nomi dei difensori (di fiducia o d'ufficio) con la data della nomina; le dichiarazioni di elezioni o determinazioni di domicilio, e relative date; i termini di prescrizione di ciascun reato, con indicazione degli atti interruttivi e delle specifiche cause di sospensione del relativo corso, ovvero eventuali dichiarazioni di rinuncia alla prescrizione; i termini di scadenza delle misure cautelari in corso d'esecuzione, con precisazione della data di inizio o di eventuali sospensioni o proroghe.

Fin qui, la novità è blanda, posto che nella comune esperienza empirica accade che il frontespizio del fascicolo già rechi tutte queste nozioni, intese a semplificare numerosi adempimenti tanto concreti quanto rilevanti, sicché il *novum* null'altro è se non la codificazione di una prassi; la differenza rispetto a detta prassi, sta nel fatto che di questi adempimenti si fa carico ora alla persona del giudice, anziché alla cancelleria.

Appare invece di altro spessore, l'ulteriore previsione contenuta nell'articolo, per cui, in caso di ricorso per cassazione, la cancelleria del giudice *a quo*, deve inviare, in allegato, le copie degli atti indicati dal ricorrente che ha proposto impugnazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., ovvero attestarne la mancanza nel fascicolo.

Ora, ai sensi della disposizione in parola, i vizi di mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione sono deducibili solo qualora essi siano intrinseci alla sentenza impugnata ovvero risultino da atti del fascicolo «specificamente indicati nei motivi di gravame»; sicché, in quest'ultimo caso, è onere della parte ricorrente dimostrare la sussistenza del vizio mediante identificazione degli atti da cui esso risulta.

Ma occorre pure rammentare che, a termine del protocollo d'intesa tra la Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense del 17 settembre 2015, al fine di dare compiutezza all'onere di indicare, in seno al ricorso, gli atti oggetto delle censure dedotte con i motivi, gli atti stessi dovranno essere «specificamente elencati unitamente agli elementi utili alla loro reperibilità nel fascicolo (affollazione, faldone ecc. ...), così da renderli facilmente consultabili»¹⁶.

Il nuovo art. 165-bis, comma 2, disp. att., c.p.p. risulta direttamente speculare a queste due previsioni di ben diverso rango: quella codicistica impone l'indicazione specifica dell'atto (processuale o documentale) su cui si fonda la censura, mentre la norma pattizia esige che l'impugnante (anzi: la sola parte privata impugnante) rediga un apposito elenco di questi atti e identifichi la collocazione nel fascicolo dell'atto in questione.

Si tratta di un onere realmente dispendioso, tenuto conto della scarsissimo rispetto di cui gode l'art. 3 del regolamento di esecuzione al c.p.p., in materia di regole sulla tenuta dei fascicoli processuali.

Il ricorrente *caos* di questi fascicoli – la frequente mancanza di un indice, pur previsto come obbligatorio, i problemi di incompiuta affollazione del fascicolo medesimo – è un problema tanto sentito che persino la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsene, per riconoscere che la caoticità del fascicolo (in ipotesi composto da migliaia di pagine) può esser tale da «incidere seriamente sul diritto di difesa delle parti». In un caso siffatto – spiega la Corte – l'irregolarità del fascicolo «equivale ad omesso deposito, con la conseguenza della inutilizzabilità degli atti e dei documenti non trasmessi, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, o addirittura della nullità ex art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., ove si ritenesse, se-

¹⁶ Cfr. sul punto G. Romeo, *Note sparse a margine del protocollo d'intesa tra corte suprema di cassazione e consiglio nazionale forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

condo altro orientamento interpretativo, che l'attività difensiva è in concreto compromessa dalla mancata conoscenza degli elementi di indagine»¹⁷.

Il rilievo allude a questo dato di fatto: il protocollo del 2015 esige che i ricorrenti privati indichino la precisa collocazione degli atti all'interno di un fascicolo di cui nessuno però garantisce, di fatto, la regolare tenuta.

Ora, come si diceva, il nuovo art. 165-bis, disp. att., c.p.p. collega l'onere (solo pattiziamente) imposto agli impugnanti con una disciplina di rango legislativo e così, a cura della cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, dovrà essere inserita «in separato fascicolo allegato al ricorso, qualora non già contenuta negli atti trasmessi, copia degli atti specificamente indicati da chi ha proposto l'impugnazione ai sensi dell'articolo 606, comma 1, lettera e), del codice». A ciò si aggiunga che la cancelleria è tenuta ad asseverare l'eventuale inesistenza in fascicolo degli atti indicati.

Si nota agevolmente come il testo non faccia cenno alcuno alla regola protocollare, ma è opportuno chiedersi quanto spesso accadrà che, in mancanza di precisa indicazione dell'atto all'interno del fascicolo, la cancelleria riuscirà ad identificare l'atto medesimo e a farne copia, o non preferirà piuttosto attestarne la mancanza.

È prospettabile uno scenario: si immagini che il ricorrente non riesca ad identificare la collocazione nel fascicolo dell'atto processuale (ad esempio un'intercettazione telefonica, un documento prodotto, un verbale di sequestro) e si limiti ad allegarlo in copia; e che, poi, anche la cancelleria fallisca nel compito e attesti l'inesistenza nel fascicolo dell'atto in questione. S'immagini, infine, che l'atto di cui parliamo sia una prova davvero decisiva, per avventura completamente ignorata dalla valutazione del giudice della sentenza impugnata.

Lo scenario consente di delineare plasticamente alcune possibili conseguenze: in verità, allora, il comma 2 del nuovo art. 166-bis, disp. att., c.p.p. crea un nuovo onere per i ricorrenti, consistente nella necessità di accedere alla cancelleria per verificare che si sia ottemperato all'obbligo di reperimento degli atti indicati dal difensore.

Una nota finale sembra d'obbligo. La disposizione è palesemente mirata (come del resto il Protocollo sopra citato) ad alleggerire i compiti del giudice preposto al controllo, sottraendogli il compito di studio del fascicolo nella sua interezza; sembra doveroso auspicare che questa intensa volontà di semplificazione del lavoro giudicante, corrisponda ad un accrescimento della sua qualità.

IL MINIMO DEL MINIMO: LE IMPUGNAZIONI NEL PROCEDIMENTO PENALE INNANZI AL GIUDICE DI PACE

Qui il legislatore delegato ha adeguato la disciplina delle impugnazioni proponibili contro le decisioni del giudice di pace alle nuove regole d'impugnazione.

La novazione dell'art. 36, d.lgs. 20 agosto 2000, n. 274 prevede che «il pubblico ministro possa proporre appello contro le sentenze di condanna del giudice di pace che applicano una pena diversa da quella pecuniaria, sempre che se si tratti di sentenza che modifica il titolo del reato o che ha escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o che stabilisca una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato. Egli può sempre proporre ricorso per cassazione contro le sentenze del giudice di pace».

Evidente il richiamo alle regole del parimenti innovato art. 593 c.p.p.

S'introduce poi un nuovo art. 39-bis, d.lgs. n. 274 del 2000, prevedendo che «avverso le sentenze pronunciate in grado d'appello dall'ufficio giudiziario indicato nella disposizione precedente, il ricorso per Cassazione può essere proposto per i soli motivi indicati alle lett. a), b) e c) dell'art. 606, comma 1, del codice di procedura penale».

Limpido l'esito: nel caso di decisioni inappellabili pronunciate dal giudice di pace, il ricorso sarà possibile invece per tutti i motivi elencati dall'art. 606 c.p.p., sulla premessa per cui «trattandosi di decisione motivata dal giudice onorario, si è ritenuta opportuna anche una verifica degli sviluppi argomentativi della sentenza»¹⁸.

Anche nel caso in cui la sentenza sia emessa dal giudice ordinario, ma per reati di competenza del giudice di pace, il nuovo comma 2-bis dell'art. 606 c.p.p. stabilisce che «contro le sentenze di appello e contro le sentenze inappellabili pronunciate per reati di competenza del giudice di pace, il ricorso può essere proposto soltanto per i motivi di cui al comma 1, lett. a), b) e c)».

¹⁷ Così C. cost., sent. 8 maggio 2009, n. 142, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸ A. Marandola, *op. cit.*, p. 264.

INEVITABILI CONCLUSIONI

Che dire? Vi sono casi in cui davvero la parola viene meno¹⁹; la delusione suscitata dalla riforma Orlando prosegue con l'analisi delle disposizioni introdotte a seguito della delega.

I mutamenti sono minuscoli, ma del resto, appunto, le direttive scritte dal legislatore delegante con l. n. 103 del 2017 erano chiare e il legislatore delegato non poteva che muoversi al loro interno; come si è detto nell'*incipit*, è mancata del tutto la volontà politica di affrontare i veri e dolenti problemi del processo penale in genere e delle impugnazioni in particolare.

Lo stato delle cose però è ben noto: l'ineffettività dell'opera di accertamento demandata al giudice di primo grado, passa oggi indenne al controllo delle fasi d'impugnazione, con effetti didattici deleteri, perché gli errori non corretti inducono certezza dell'impunità in quella violazione delle regole processuali che è divenuta una costante del processo penale²⁰.

Si resta ancora in attesa di una (vera) riforma.

¹⁹ Scrive giustamente A. De Caro, *La deflazione*, cit., p. 336 che «si è persa ... l'ennesima occasione per un intervento organico e complessivo».

²⁰ Sia consentito qui il rinvio a C. Valentini, *Dall'azione penale apparente al processo della verità apparente*, in A. Testaguzza (a cura di), *Esercitazioni penali, sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, Padova, Cedam, 2018, p. 99 ss.

FRANCESCO VERGINE

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università Lum “Jean Monnet”

La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata

The interception reform: a waltz of an unordered orchestra

Diretta a regolamentare le istanze di snellimento procedimentale ed invocata al fine tutelare la *privacy* dei soggetti interessati (o, comunque, coinvolti) da una arbitraria diffusione dei dialoghi captati ed, allo stesso tempo, tesa a garantire il diritto di cronaca, la nuova disciplina sulle intercettazioni sembra non trovare alcun successo nella platea dei destinatari. Gli operatori del diritto denunciano le criticità di una normativa che sembra comprimere oltremodo le garanzie dell'imputato, inspessendo i compiti riservati alla p.g., che sfuggono al reticolato dei diritti difensivi. Infine, in un macchinoso sistema di annotazioni e trascrizioni, paiono non pervenuti i diritti processuali della persona offesa, esclusa dalla procedura di selezione delle intercettazioni. La riforma Orlando, poi, cristallizza le perplessità di quanto già previsto dalla giurisprudenza in riferimento alle intercettazione mediante captatore informatico.

Directed to regulate the instances of procedural streamlining and invoked to protect the privacy of the subjects involved (or, in any case, involved) by an arbitrary diffusion of the dialogues captured and, at the same time, aimed at guaranteeing the right to report, the new discipline on interceptions seem to find no success in the audience of the recipients. Lawyers denounce the critical issues of legislation that seems to compress the defendant's guarantees, by exaggerating the duties reserved for p.g., which escape the cross-linking of defensive rights. Finally, in a complicated system of annotations and transcripts, the procedural rights of the injured person appear to be missing, excluded from the wiretapping selection procedure. The Orlando reform, then, crystallizes the perplexities of what already provided for by the jurisprudence in relation to interception by means of an electronic sensor.

UNA OCCASIONE PERDUTA

È, ormai, prossimo il termine per l'applicazione delle nuove norme in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni¹ introdotte con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216².

L'acclamata riforma sulle intercettazioni³, attesa da anni e con aspettative a tutto tondo e multidirezionali (nel senso che ci si attendeva degli innesti tali da migliorare complessivamente la disciplina, mondandola da un serie numerosa di criticità di differente natura)⁴, aveva *in nuce* lo scopo di regola-

¹Le nuove norme si applicheranno a far data del 26 luglio 2018, giacché regoleranno le «operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore» del decreto, ai sensi dell'art. 7, comma 1, tenuto altresì conto della ordinaria *vacatio legis*. Termine di applicazione più lungo, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 2, per la specifica disposizione che introduce un'eccezione al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento per le ordinanze in materia cautelare, la quale acquisterà viceversa efficacia decorso dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, ossia il 26 gennaio 2019.

²Recante «Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della legge di cui all'art. 1 commi 82, 83 e 84 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103» (c.d. riforma Orlando).

³Rileva L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 360, «Negli anni, in diverse legislature, è stato intrapreso un percorso per la riforma della disciplina delle intercettazioni. Talune soluzioni ipotizzate per il passato, tuttavia, hanno sollevato notevoli perplessità perché incidavano anche sul diverso profilo dei presupposti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova e non solo sul tema della divulgazione dei risultati delle captazioni o finivano col comprimere i diritti della stampa e dell'informazione, tutelati anche da disposizioni sovranazionali».

⁴Basti pensare alle parti della vigente disciplina «toccate» dai precedenti tentativi riformatori.

mentare uno strumento le cui peculiarità ponevano problematiche sempre attuali e sempre nuove⁵. L'indispensabilità di tale mezzo di ricerca della prova, insieme alla sua connaturata ingerenza nella sfera personale dei soggetti attinti, aveva, infatti, reso il terreno della disciplina delle intercettazioni particolarmente "arato" dalla giurisprudenza e fortemente scivoloso all'atto dell'individuazione del giusto punto di equilibrio tra esigenze investigative e diritti di quanti rimanevano avvinti nelle maglie captative, con o senza ruolo processuale. Allo stesso modo, la delicatezza degli interessi sottesi, aventi rango costituzionale, non consentiva di ritardare ulteriormente l'installazione di una argine, da parte del legislatore, a quelle interpretazioni giurisprudenziali (*rectius* prassi) certamente violative del giusto processo, che stravolgevano o vanificavano i divieti processuali⁶.

Tuttavia, le buone occasioni difficilmente si presentano e facilmente si perdono. Così, il decreto legislativo "intercettazioni" si innesta, quindi, su una strenua difesa del diritto alla riservatezza che non può essere immolato sull'altare dell'efficienza (che si traduce molte volte in celerità) dell'attività investigativa. Da queste buone e massicce premesse è stato, però, partorito un modesto, quanto criticabile, prodotto normativo. Il legislatore delegato, abdicando costantemente in favore di una giurisprudenza creativa, ha perso, infatti, l'occasione di regolamentare un prezioso (ed alle volte indispensabile, giacché spesso rappresenta l'unica prova che cementa l'accertamento di responsabilità)⁷ mezzo di ricerca della prova, ovvero ancora di disciplinare le intercettazioni di comunicazioni mediante nuove tecnologie.

Del resto, le garanzie di riservatezza vengono costantemente indebolite dal ricorso a tecnologie sempre più sofisticate ed invasive di captazione delle comunicazioni⁸, come anche dei flussi di dati⁹, sicché appariva più che mai indispensabile una disciplina che tentasse di conciliare i poteri investigativi dell'Autorità giudiziaria (senza limitarli nell'*an* e nel *quomodo*)¹⁰ con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi e finanche degli stessi indagati¹¹, soprattutto alla luce del costante ricorso all'attività captativa al fine di rintracciare la prova della commissione dei reati¹², in spregio al principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto ai fini, cui fanno richiamo gli artt. 8 e 10 Cedu.

Non solo. La nuova disciplina legislativa, per effetto della "semplificazione" dell'attività di intercettazione per i reati contro la pubblica amministrazione¹³, già operativa dal 26 gennaio 2018, dopo la or-

⁵G. Spangher, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 921 ss.

⁶A. Zampaglione, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, Pacini Editore, 2017, p. 111.

⁷In argomento, L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 294, evidenza «È rispettoso della legge, ma comporta conseguenze irrazionali, il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui le indicazioni di reità e correttezza, rese nell'ambito di conversazioni intercettate, non debbano essere corroborate da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, come avviene per le chiamate in reità o correttezza rese dinanzi all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, anche qualora il soggetto, indicato quale fonte informativa nella conversazione intercettata, si avvalga poi della facoltà di non rispondere».

⁸Si pensi anche all'utilizzo di droni per finalità investigative, capaci di procedere sia ad intercettazioni di comunicazioni sia a riprese visive.

⁹A. Nocera, *Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 1, p. 151.

¹⁰Cfr., G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 1, p. 170.

¹¹In particolare, si legge nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che le disposizioni adottate «perseguito lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova».

¹²Come riportato nella Relazione sull'amministrazione della giustizia, nel 2015 sono state realizzate 132.749 intercettazioni, numero maggiore ai dati riportati per Francia, Gran Bretagna e U.S.A.

¹³Per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, è previsto un ampliamento della sfera di operatività delle intercettazioni, considerato che si impone l'applicazione dell'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152. Di conseguenza, negli stessi casi già previsti dall'art. 266, comma 1, lett. b), c.p.p., si consentono le intercettazioni in deroga ai presupposti ordinari, e quindi quando esse appaiono semplicemente "necessarie" (non indispensabili) in presenza di "sufficienti" (e non gravi) indizi di reato. "per lo svolgimento delle indagini (e non per la prosecuzione) e quindi anche come primo atto di indagine. Inoltre, sempre per effetto della semplificazione richiesta dalla legge delega, per tali delitti è previsto un termine di durata delle operazioni di quarantacinque giorni, in luogo di quindici, con successive proroghe di venti giorni, anziché quindici; nei casi d'urgenza provvederà lo stesso P.M. alla proroga delle intercettazioni, in ossequio alle disposizioni dell'art. 267, comma 2, c.p.p. per la convalida; infine, il P.M. e l'ufficiale di p.g. possono avvalersi anche di agenti di polizia giudiziaria.

dinaria *vacatio legis*, oblitera la possibilità di un ulteriore aumento del numero di captazioni¹⁴, anche nel domicilio¹⁵.

Si nota, quindi, l'ennesima tendenza a diminuire le garanzie processuali in favore dell'indagato in corrispondenza della crescente gravità dell'addebito di reato ipotizzato. Se, del resto, le intercettazioni di comunicazioni tra presenti (anche mediante utilizzo di captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile) sono consentite per i delitti indicati al comma 1 dell'art. 266 c.p.p., fermo restando che, in caso di intercettazione nel domicilio¹⁶, la captazione è consentita solo ove vi sia «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa», attualmente il legislatore ha delineato un procedimento diverso e meno garantito al cospetto di particolari delitti. La riforma Orlando ha, infatti, previsto che nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata di stampo mafioso e terroristico, è sempre consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile¹⁷, provocando, come effetto domino, una presumibile diffusività dell'impiego di intercettazione nel domicilio.

NOVITÀ IN MATERIA DI RILEVANZA DELLE INTERCETTAZIONI

Il punto nevralgico della precedente disciplina codicistica, fortemente rimaneggiato dal d.lgs. n. 216 del 2017, subisce gli innesti di una nuova regolamentazione circa la formazione, conservazione, selezione ed utilizzazione delle intercettazioni, diretta a bloccare una deriva di divulgazione all'esterno delle comunicazioni o conversazioni¹⁸.

Rimane, infatti, appannaggio del P.M. la richiesta di intercettazione, come anche perdura l'"antico" obbligo del difensore di inoltrare una richiesta di intercettazione alla Procura, con esito negativo nella maggior parte dei casi. La novella non incide sul decreto di autorizzazione¹⁹ né sulla esecuzione delle operazioni di intercettazione e relativa documentazione, giacché non si registrano mutamenti alle disposizioni contenute nell'art. 268, commi 1 e 2, c.p.p.

Mutano, invece, i criteri e la procedura di selezione delle intercettazioni rilevanti, dal momento che viene limitata, *ab initio*, la stessa possibilità per la polizia giudiziaria di verbalizzare conversazioni «irrelevanti» (così definite, con lemma dagli incerti contorni e con contenuti di ampia discrezionalità)²⁰, evitando, dunque, che le stesse siano utilizzate a fini di prova.

Viene demandato, quindi, per espressa determinazione legislativa, un preliminare e determinante compito di "selezione" degli esiti delle operazioni di intercettazione alla p.g., chiamata ad esprimere un parere di rilevanza o meno della conversazioni ai fini delle indagini. Solo i dialoghi ascoltati che la p.g. avrà ritenuto «rilevanti» saranno verbalizzati nei contenuti. È stato osservato come tale preventiva sele-

¹⁴ Cfr., L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 294.

¹⁵ Una ulteriore deroga alla disciplina ordinaria consiste nel fatto che per i reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., l'intercettazione nel domicilio è consentita anche se non vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, ma tale requisito è invece necessario se nel domicilio è utilizzato il captatore informatico.

¹⁶ Con tutte le conseguenti problematiche interpretative legate alla esatta individuazione contenutistica della locuzione "privata dimora". A tal proposito, si assiste ad una esegesi di matrice giurisprudenziale a carattere pendolare, che oscilla da una interpretazione restrittiva – quando si tratta di individuarne la portata in tema di intercettazioni – ad una estensiva – resa in tema di aggravamento della pena ex art. 624-bis c.p.p.

¹⁷ Cfr., art. 266, comma 2-bis, c.p.p.

¹⁸ Il prevalente meccanismo di divulgazione degli atti processuali e delle intercettazioni è descritto da L. Ferrarella, *Cronaca giudiziaria: le alternative possibili al segreto di Pulcinella*, in *Questioni giustizia*, 2006, 1, in questi termini: «Quando vengono arrestate alcune persone, dopo qualche giorno c'è un tribunale del riesame che valuta i ricorsi ... al tribunale vengono trasmessi tutti gli atti d'indagine ... Il giornalista "accattone" oggi che fa? Comincia a fare il giro di tutte le possibili fonti detentrici di quegli atti o delle notizie contenute in quegli atti, colleziona le singole tessere del mosaico che riesce ad ottenere nei vari rapporti personali con le sue fonti e alla fine ha più o meno l'ordinanza cautelare ... la completezza dipende solo dal giornalista, dalla sua iniziativa, dal suo scrupolo».

¹⁹ Ad eccezione delle intercettazioni mediante captatore informatico.

²⁰ Si è evidenziato in dottrina, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2017, 3, p. 82 ss., «ad un approccio strettamente tecnico, il riferimento alle intercettazioni "irrelevanti" – in quanto riguardanti fatti o circostanze estranee alle indagini – dovrebbe essere meglio precisato attraverso l'impiego del concetto di pertinenza: un dato può essere irrilevante ogniqualevolta, ancorché pertinente rispetto ad un tema, risulti inidoneo a portare un'informazione utile; pertanto, le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini appaiono "non pertinenti" prima e piuttosto che irrilevanti».

zione oramai regolamentata nel codice di rito, non dovrebbe creare più di tanto scalpore²¹: nella pratica, infatti, si è sempre assistito all'attribuzione di tali compiti alla p.g., che ora viene legittimata dalla lettera della norma²². E, tuttavia, fa un certo effetto pensare che la strada legislativa abbia condotto al riconoscimento di un così pregnante potere in capo alla polizia giudiziaria.

Allo stesso modo, pertanto, in presenza di intercettazioni considerate "rilevanti", viene imposta una utilizzazione parsimoniosa e misurata da parte del P.M., prescrivendo la riproduzione soltanto dei brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

A tal fine, il nuovo art. 267, comma 4, c.p.p. prevede una "interlocuzione preventiva" e per iscritto: la norma dispone, infatti, che l'ufficiale di p.g. delegato all'ascolto informi «preventivamente» il Pubblico Ministero «con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni» intercettate. L'informativa della p.g. dovrà, quindi, fare riferimento non già al testo integrale delle comunicazioni captate, bensì solo ai contenuti di tali comunicazioni²³.

Di contro, il comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p. vieta la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni che, per l'oggetto, o anche per i soggetti coinvolti, siano «irrilevanti ai fini delle indagini», nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardino dati personali definiti sensibili dalla legge²⁴.

Il criterio della irrilevanza, tuttavia, appare assolutamente fluido per la stessa straordinarietà del mezzo di ricerca della prova. È, infatti, oltremodo frequente nella pratica che i dialoghi vengano captati in una serie di intercettazioni, anche intervallate, che maturano un più ampio esito comunicativo solo a distanza e nella loro lettura complessiva. Spesso, solo l'articolarsi nel tempo delle varie conversazioni – in cui frequente è l'utilizzo di linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere – rende intelleggibili i contenuti comunicativi. Da tale prospettiva, risulta difficoltoso, nelle battute iniziali dell'inchiesta, operare una valutazione sulla rilevanza della captazione rispetto ai fatti oggetto delle indagini, giacché potrebbe essere troppo parcellizzata, limitata e potenzialmente fallace: si pensi alla delicatezza dell'ipotesi in cui la conversazione, pur riguardando i fatti oggetto di indagine, contenga dati sensibili che appaiono *prima facie* del tutto irrilevanti, ma dei quali non si escludono possibili future rivalutazioni²⁵.

Tuttavia, sembrerebbe che per la p.g. delegata all'ascolto scatti l'obbligo di informazione preventiva al P.M. mediante annotazione scritta sia nel caso in cui si tratti di conversazioni ritenute "irrilevanti" ex art. 268, comma 2-bis, c.p.p. – al fine di consentire al titolare delle indagini di valutare le considerazioni compiute dalla p.g. ed eventualmente esprimere un avviso contrario, disponendo, quindi, la trascrizione di quell'intercettazione ritenuta originariamente irrilevante²⁶ – ma anche allorché vi sia il dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni, in quanto si tratti di conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza²⁷.

²¹ Aspetto fortemente criticato da alcuni Procuratori della Repubblica, che hanno censurato l'attribuzione alla polizia giudiziaria di un compito talmente delicato.

²² Cfr., L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 298.

²³ La distinzione è sottile ma evita una contraddizione logica con la previsione di cui all'art. 268, comma 2-bis, c.p.p. che vieta la trascrizione delle intercettazioni irrilevanti. Cfr. G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 174 ss.

²⁴ «In tali casi – prosegue la norma – nel verbale delle operazioni compiute sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. Sarà eventualmente solo il P.M. che, ai sensi del successivo comma 2-ter art. 268 c.p.p., potrà disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-bis – ossia quelle giudicate *prima facie* irrilevanti dalla p.g. – siano trascritte nel verbale di ascolto quando "ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova" e che parimenti vengano trascritte anche le comunicazioni e conversazioni relative a dati sensibili "se necessarie a fini di prova"». Cfr., G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 172.

²⁵ C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 83, rileva come «parrebbe imporre una anticipazione eccessiva di valutazioni che trovano la loro sede naturale a margine dell'istruzione probatoria». Secondo G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 173, solo nella fase finale delle indagini la p.g. e il P.M. hanno tutti gli strumenti ermeneutici per poter decidere, con competenza e completezza, se una determinata conversazione sia o meno rilevante e debba perciò fare ingresso nei verbali di ascolto.

²⁶ C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 84.

²⁷ Sul punto, la Circolare del Consiglio Superiore della Magistratura intitolata "Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni", 29 luglio 2016, p. 8 segnalava quale "buona prassi" quella di prevedere «in caso di dubbio o di inopportunità valutati da parte della polizia giudiziaria in merito alla possibile rilevanza della conversazione (...) di sottoporla al pubblico ministero designato per la trattazione delle indagini, affinché egli, nella cui competenza ricade la selezione delle conversazioni, ne esamini il contenuto».

Per ciò che attiene, invece, le intercettazioni relative a “dati sensibili”, la nuova disciplina richiede che tali comunicazioni siano – non già meramente rilevanti, bensì – «*necessarie*» ai fini di prova²⁸.

CONSERVAZIONE NELL’“ARCHIVIO RISERVATO” E DEPOSITO PER LA DIFESA

Regolamentato negli artt. 269 c.p.p. e 89-bis, disp. att., c.p.p., viene istituito, per la prima volta presso l’ufficio del pubblico ministero, il c.d. archivio riservato delle intercettazioni, sotto la direzione e sorveglianza della stessa Autorità giudiziaria e gestito con modalità, anche informatiche, tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita, oltre che idoneo a garantire il monitoraggio degli accessi. All’interno di questo archivio devono, quindi, essere conservati integralmente le annotazioni, i verbali, gli atti, le registrazioni e ogni altro documento relativo alle intercettazioni cui afferiscono: tali atti del fascicolo saranno coperti da segreto²⁹ e non transiteranno più, *direttamente*, nel fascicolo delle indagini preliminari.

Al netto delle considerazioni inerenti la condivisibilità della disposizione normativa (sulla quale si spenderanno alcune considerazioni nel prosieguo), va registrato un giudizio negativo da parte di numerosi Procuratori, preoccupati, tra l’altro, dalla difficoltà (talvolta vera e propria impossibilità) di allestire i locali del c.d. archivio riservato, tant’è che – dato risalente a fine marzo 2018 – nessuna delle 140 procure è riuscita a dotarsi di tale struttura³⁰.

Prescindendo dagli aspetti meramente pratici, il nuovo art. 268-bis c.p.p. dispone che il deposito delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni (unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l’intercettazione) nell’archivio riservato – cui hanno peraltro immediatamente accesso i difensori delle parti, ai sensi del comma 2, art. 268-bis c.p.p. – debba avvenire entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, salvo che il Gip autorizzi il c.d. ritardato deposito degli atti non oltre la chiusura delle indagini preliminari³¹. Ai difensori degli indagati viene tempestivamente dato avviso che, nel termine di dieci giorni possono esercitare il loro diritto di difesa; termine che, tuttavia, appare decisamente non sufficiente in presenza di indagini molto o mediamente complesse³², che provoca la mortificazione delle *chances* conoscitive per l’indagato. Nello specifico, i difensori hanno facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione dell’elenco dei colloqui e dei flussi di comunicazioni ritenuti rilevanti dal P.M., ma limitandosi ad ascoltare le registrazioni, senza – addirittura – poterne estrarre copia. Il solo pensiero di quanto dovrebbe essere estesa la capacità mnemonica del difensore dà la cifra dell’assurdità della norma.

La nuova regolamentazione sul deposito degli esiti investigativi sembra però porsi in contrasto con il novellato art. 268, comma 4, c.p.p.: tale disposizione prevede, infatti, che «*i verbali e le registrazioni*» delle intercettazioni compiute, siano trasmessi dalla p.g. al p.m. «*immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga*» e che il p.m., nel caso in cui sia necessario per la prosecuzione delle operazioni (di trascrizione) possa disporre con decreto, non motivato, «*il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni*» quando ciò ap-

²⁸ Come osserva la Relazione illustrativa al decreto intercettazioni: «*di regola, i dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l’attività probatoria*».

²⁹ Fino all’avverarsi di una delle condizioni che ne determinano la *discovery*, essendo coperti da segreto *ex art.* 269, comma 1, c.p.p. è vietata, a norma dell’art. 114, comma 1, c.p.p., la pubblicazione anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, sia dell’atto o anche solo del suo contenuto. Sulla pubblicazione della trascrizione delle intercettazioni si veda, N. Triggiani, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1092.

³⁰ Si veda G. Giostra, *L’impraticabile meccanismo di selezione delle intercettazioni*, in *Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017; Si segnala anche la nota critica inviata ai Presidenti delle Commissioni “Giustizia” di Camera e Senato, dai Procuratori della Repubblica di Firenze, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, in data 20 novembre 2017 in cui si legge di «*Diritto di difesa a rischio*», «*Procedure dannosissime per le indagini*», «*Creazione, questa sì veramente pericolosa, di brogliacci informali della polizia giudiziaria*», «*Procedura macchinosa e irrealistica*».

³¹ Eventualità prevista dal comma 3 dell’art. 268-bis c.p.p. allorché dal deposito possa derivare grave pregiudizio per le indagini.

³² Il termine è eventualmente prorogabile per non oltre altri dieci giorni. Secondo, L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 301, tale termine «*appare irrisorio, anzi derisorio a fronte della durata delle intercettazioni, durante le quali il P.M. ha avuto nell’arco di mesi il tempo per valutare rilevanza e utilizzabilità delle conversazioni e comunicazioni captate*».

pare determinato «*in ragione della complessità delle indagini*» e della necessità che la p.g. delegata all'ascolto «*consulti le risultanze acquisite*»³³.

Resta, quindi, l'interrogativo su quali siano le conseguenze allorché il p.m. non depositi gli atti relativi alle intercettazioni al termine delle operazioni, eventualità verificatasi di frequente con la previgente disciplina³⁴. Interrogativo in realtà meramente astratto poiché, come noto, nel complessivo sistema non sembra cogliersi la presenza di sanzioni idonee a provocare effetti processualmente negativi.

Il d.lgs. n. 216 del 2017 contribuisce, tuttavia, a delineare una doppia fase che distingue da una parte una prima attività di deposito di tutte le conversazioni e comunicazioni, e dei relativi atti, con la predisposizione di un "elenco" delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova³⁵, ed una seconda separata fase, che riguarda invece l'acquisizione al fascicolo delle indagini da parte del gip degli atti ritenuti utilizzabili e rilevanti, previo contraddittorio tra le parti. Tale aspetto rappresenta un'assoluta novità rispetto alla disciplina previgente, giacché non si è mai verificato che un atto di indagine potesse confluire nel fascicolo delle indagini soltanto previa autorizzazione del gip.

SELEZIONE E ACQUISIZIONE DELLE INTERCETTAZIONI AL FASCICOLO DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Il legislatore delegato, in ottemperanza a quanto devoluto, ha optato per la previsione di un meccanismo differenziato di acquisizione al fascicolo delle indagini, a seconda che si proceda per le vie ordinarie ovvero intervenga *medio tempore* una richiesta di misura cautelare.

In via ordinaria, quindi, la selezione delle registrazioni avviene nel contraddittorio (cartolare³⁶ o pieno "nell'udienza stralcio"³⁷) delle parti, che sottopongono al gip il materiale da acquisire al fascicolo di indagini, senza che sia in alcun modo interpellata, o anche avvisata, la persona offesa dal reato. Il p.m. è, dunque, onerato, entro il predetto termine di «*cinque giorni dalla conclusione delle operazioni*» alla formazione dell'elenco delle registrazioni «*rilevanti a fini di prova*», che intende sottoporre al gip per l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari³⁸. Il p.m., pertanto presenterà la richiesta al giudice entro l'ulteriore termine di «*cinque giorni dal deposito*» degli atti, previa contestuale comunicazione ai difensori delle parti, senza che però la norma preveda decadenze³⁹. In tale fase, ai sensi del nuovo art.

³³ A parere di G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 177 «*Vi è una palese sovrapposizione di competenza tra P.M. e Gip su chi possa procedere a disporre il differimento/ritardato deposito degli atti o quantomeno quale autorità prevalga tra le due e con quali tempistiche*».

³⁴ La normativa precedente imponeva, infatti, la selezione, lo stralcio e la trascrizione immediatamente dopo la conclusione delle operazioni di intercettazione, ma è rimasta inapplicata.

³⁵ È stato evidenziato che il compito di vagliare l'ostensibilità delle registrazioni, ancorché al fine di evitare il deposito di intercettazioni lesive di interessi rafforzati rispetto alla riservatezza del *quisque de populo* (ad esempio, i colloqui del Capo dello Stato oppure i segreti professionali di cui all'art. 200, comma 1, c.p.p.), è stato attribuito al pubblico ministero da C. cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*, relativa alla vicenda dell'intercettazione delle conversazioni del Presidente della Repubblica Napolitano. Cfr. P. Tonini-F. Cavalli, *Le intercettazioni nelle circolari delle Procure della Repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 706 ss.

³⁶ Si tratta di un contraddittorio tra le parti di tipo scritto con richieste e memorie previsto dall'art. 268-*quater* c.p.p., che non sembra contrastare con l'art. 24, comma 2, Cost.

³⁷ Qualora il Gip lo ritenga necessario, per avere chiarimenti dalle parti sulle ragioni delle rispettive istanze, può fissare, entro il quinto giorno successivo alla scadenza del termine di cinque giorni dalla presentazione delle richieste – termine ordinario – l'udienza camerale partecipata, con tempestivo avviso al pubblico ministero e ai soli difensori, i quali hanno facoltà di presenziare. La dottrina ha spesso sottolineato la necessità di recuperare l'udienza stralcio, cfr. G. Spangher, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 923; A. Cabiale, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 109.

³⁸ Si veda il novellato art. 268-*bis*, comma 1, c.p.p. In senso critico, L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 295, evidenzia «*il fatto che il P.M. può scegliere gli atti da esibire al Gip a sostegno della richiesta di intercettazione, limitando così il panorama conoscitivo e decisionale del giudicante. Sarebbe stato assai più rispettoso del ruolo di garante del G.I.P. se si fosse imposto al P.M. l'invio dell'intero fascicolo delle indagini fino a quel momento compiute, anche perché non vi è alcun pericolo di discovery, rimanendo gli atti esibiti nella sfera di conoscenza del solo giudice fino alla conclusione delle operazioni di intercettazione*».

³⁹ Si veda il novellato art. 268-*ter*, comma 2, c.p.p. All'uopo, il successivo comma 5, dice espressamente che il P.M. e i difensori, sino alla decisione del Gip sull'acquisizione al fascicolo delle indagini delle comunicazioni indicate nel predetto elenco (e in quello integrativo eventualmente presentato dai difensori ex art. 268-*ter*, comma 3, c.p.p.), possono sempre "integrare" le proprie richieste e presentare memorie, senza quindi particolari problemi, sotto questo profilo, in caso di sfioramento dei termini. Cfr. G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 178.

268-ter, comma 3, c.p.p., il difensore, oltre a poter richiedere l'acquisizione di ulteriori comunicazioni rilevanti a fini della prova non ricomprese nell'elenco del p.m., (che sarebbe, comunque, faticosissimo rintracciare in presenza di una prolungata attività captativa) può parimenti chiedere al gip che non siano acquisite al fascicolo delle indagini le intercettazioni che siano «*inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-bis dell'art. 268*».

La norma fa, evidentemente richiamo anche alle intercettazioni ritenute "irrilevanti" di cui è vietata la trascrizione da parte della p.g., e può, altresì riguardare tutte quelle registrazioni che siano già state trascritte nei relativi verbali d'ascolto e di cui i difensori chiedano al contrario l'espunzione, predicandone l'irrelevanza. Si impone, quindi, sempre e comunque la procedura di selezione e stralcio delle intercettazioni rilevanti, che deve effettuarsi non più tardi della conclusione delle indagini preliminari.

Tutte le intercettazioni (ed i relativi atti e verbali) che il gip non intenderà acquisire al fascicolo di indagine saranno, quindi, restituite al p.m., secondo quanto previsto dall'art. 268-*quater*, comma 5, c.p.p., «*per la conservazione dell'archivio riservato di cui all'art. 269, comma 1*»; sicché i difensori, ancora una volta a tutela della riservatezza, possono chiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite.

Quest'ultimo aspetto rappresenta una dirompente novità, poiché gli elementi, ad un preliminare vaglio, non ritenuti rilevanti ai fini di prova, e quindi non acquisiti al fascicolo delle indagini preliminari, sono totalmente espunti stante la inutilizzabilità delle conversazioni meramente irrilevanti, con la possibilità che la fonte di prova venga distrutta, ove la difesa avanzi richiesta in tal senso.

Al gip spetta, dunque, la decisione sulla rilevanza ed utilizzabilità ai fini di prova delle intercettazioni che sancisca il relativo ingresso tra gli atti del fascicolo di indagine, secondo quanto disposto dall'art. 268-*quater* c.p.p.⁴⁰, così provocando l'implosione del segreto investigativo sugli atti e verbali delle conversazioni e comunicazioni acquisite. A tal punto, quindi, sarà consentito ai difensori di far eseguire la trasposizione delle registrazioni su supporto informatico o supporto idoneo alla riproduzione dei dati, nonché di ottenere copia dei verbali delle operazioni di captazione⁴¹.

I nuovi artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p. collocano, quindi, nella fase delle indagini solo la selezione, mentre la trascrizione può avvenire esclusivamente in dibattimento⁴². Tuttavia, anche se la procedura di acquisizione al fascicolo delle indagini è stata collocata nella fase investigativa, immediatamente dopo l'avviso di deposito a chiusura delle operazioni, non può escludersi che la valutazione sulla rilevanza e la relativa acquisizione possano avvenire successivamente. Viene, infatti, riservata al giudice dell'udienza preliminare, mediante la modifica dell'art. 422 c.p.p. una eccezionale attività di integrazione probatoria, qualora sorga in udienza preliminare la necessità di acquisizione di prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere e questa sia costituita da conversazioni intercettate e non acquisite⁴³.

Allorché, invece, vi sia l'adozione di una misura cautelare personale o reale, essendovi stato un vaglio del giudice della cautela sulla rilevanza ed utilizzabilità delle comunicazioni e conversazioni, risulta superflua una nuova valutazione. Così, stante la mancata partecipazione della difesa alla selezione delle intercettazioni, il titolare delle indagini, dopo l'esecuzione o la notificazione della misura cautela-

⁴⁰ L'art. 268-*quater* c.p.p. disciplina i termini e le modalità della decisione del gip sull'acquisizione al fascicolo delle indagini delle registrazioni utilizzabili e rilevanti, prevedendo due possibilità *de plano* oppure in seguito ad "udienza stralcio" partecipata. Secondo la prima modalità, il gip, eventualmente ascoltando le conversazioni e comunicazioni, decorsi cinque giorni alla presentazione delle richieste, dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio "non partecipata" cioè senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano «*manifestamente irrilevanti*» e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. La seconda modalità di acquisizione è possibile nell'"udienza stralcio". Cfr., L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 302.

⁴¹ Si evidenzia come il legislatore delegato si è doverosamente adeguato al *dictum* della sentenza della Corte Costituzionale n. 336 del 10 ottobre 2008, giacché dopo l'esecuzione e la notificazione dell'ordinanza cautelare, il difensore ha diritto di esame e di copia degli atti posti a fondamento della richiesta, e quindi anche dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e dei relativi decreti, ed ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione di dati, delle relative registrazioni.

⁴² Nello specifico, l'art. 493-*bis* c.p.p. sulla trascrizione delle intercettazioni stabilisce che il giudice «*dispone su richiesta delle parti, la trascrizione delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche acquisite*». Vi è chi ha rilevato, sul punto, come appaia «*profilarsi un eccesso di delega, avendo il legislatore delegato snaturato la procedura imposta dal delegante e reso possibile la trascrizione soltanto a dibattimento*» cit., L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 299.

⁴³ L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 300.

re, deve provvedere al deposito di tutte le comunicazioni, conversazioni e atti relativi. Solo successivamente i difensori potranno procedere alla selezione di quelle utilizzabili e rilevanti per la difesa, con gli stessi tempi e modalità della procedura ordinaria in precedenza descritta.

Sarà quindi il p.m., mediante decreto, a disporre l'acquisizione delle intercettazioni, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo delle indagini⁴⁴. Qualora, invece, il gip ravvisi l'irrelevanza o l'inutilizzabilità delle conversazioni allegata alla richiesta di misura cautelare, ai sensi dell'art. 92, comma 1, norme att., c.p.p., ne ordinerà la restituzione al pubblico ministero per la custodia nell'"archivio riservato".

INTERCETTAZIONI, MISURE CAUTELARI E PRIVACY

La delega legislativa intendeva assicurare un più ampio margine di tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni, telefoniche e telematiche, con speciale riguardo a quelle delle persone occasionalmente coinvolte nel processo. Nel contempo, dunque, le previsioni del decreto legislativo avrebbero dovuto permettere la segretezza dei colloqui tra il difensore ed il suo assistito al fine di realizzare un più elevato livello di salvaguardia del diritto di difesa⁴⁵.

All'uopo, i criteri fissati per l'adozione del decreto legislativo valorizzavano il ruolo del pubblico ministero anche per la tutela della riservatezza delle persone coinvolte nelle intercettazioni, con una evidente fiducia del legislatore nella professionalità del magistrato.

Il d.lgs. n. 216 del 2017, oltre a ridefinire il diritto e le modalità di accesso agli atti, incide anche sull'utilizzazione a fini cautelari dei risultati delle captazioni. La lettera della norma di cui agli artt. 291, comma 1-ter, e 292, comma 2-quater, c.p.p. prescrive che il p.m. ed il gip riportino nei loro atti, «quando è necessario», soltanto i «brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». L'assenza, però, di una sanzione non pone rimedio alla possibile diffusione dei brani integrali, protetti dallo scudo della valutazione di «necessarietà» ed «essenzialità» degli stessi, proprio al fine di dimostrare il contesto ambientale in cui maturano i fatti da provare.

In realtà, la finalità avuta di mira dalla novella era quella di garantire la riservatezza ed, allo stesso tempo, tutelare la libertà di stampa e il diritto all'informazione, prefiggendosi la repressione della diffusione di captazioni fraudolentemente acquisite con l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice, l'art. 617-septies rubricato "*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*"⁴⁶. Il delitto, ora in vigore, è punibile a querela della persona offesa e la punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. Del resto, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea in tema di libertà di espressione ha riguardato in modo particolare l'attività dei giornalisti, che, alla luce dei doveri e delle responsabilità previsti dall'art. 10 Cedu, devono agire in buona fede, fornendo informazioni corrette e degne di credito, nel rispetto dell'etica giornalistica⁴⁷.

REGOLAMENTAZIONE DELLA PRASSI GIURISPRUDENZIALE E CAPTATORE INFORMATICO

Il recente d.lgs. n. 216 del 2017 ha disciplinato l'attività di intercettazione mediante impiego di "captatori informatici" (c.d. *trojan*). Tuttavia, il legislatore sembra aver fatto un minimo sforzo, peraltro privo di approccio critico, giacché si è limitato a trasporre nel codice di rito la disciplina sulle intercetta-

⁴⁴ Su tale punto L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 300, «Non è escluso, però, l'intervento dei difensori con memorie e richieste di esclusione di alcune comunicazioni o conversazioni o di inclusione di altre, ritenute utilizzabili e rilevanti per la difesa. Non si può nemmeno escludere che lo stesso pubblico ministero possa avviare la procedura di "incidente di stralcio" davanti al Gip al fine di eliminare dal fascicolo delle indagini gli atti già ivi contenuti perché utilizzati in fase cautelare, ma dei quali egli ritenga successivamente l'irrelevanza».

⁴⁵ L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 358 ss.

⁴⁶ La fattispecie incriminatrice punisce chiunque diffonda riprese audio o video o fraudolentemente captate «di incontri privati» o di conversazioni «svolte riservatamente» al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine.

⁴⁷ Corte e.d.u., sez. II, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, in *www.penalecontemporaneo*, 26 settembre 2013. Si veda anche, L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 377 ss.

zioni così come rimodellata dalla giurisprudenza di legittimità, lì dove l'interprete aveva degli spazi di manovra rispetto al *dictum* normativo. La riforma Orlando pare, dunque, raccogliere disposizioni già appannaggio della prassi giurisprudenziale e che avevano ampiamente sollevato una serie di perplessità legate alla particolare invasività dello strumento.

Venendo al dettaglio della disciplina, la modifica dell'art. 472 c.p.p. introduce (*rectius* positivizza) un'udienza dibattimentale riservata a porte chiuse, ove sorga la necessità di valutare richieste integrative di prova o quando la rilevanza del materiale intercettato non precedentemente acquisito si prospetti per la prima volta nel corso dell'istruzione dibattimentale: si tratta di un adeguamento della norma alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 255 del 2012⁴⁸. Ma non solo.

Mentre, infatti, le Sezioni Unite Scurato del 2016 avevano ammesso l'impiego del captatore informatico unicamente come strumento di intercettazione fonica tra presenti⁴⁹, limitandolo ai delitti di criminalità organizzata⁵⁰, il d.lgs. n. 216 del 2017 legittima l'impiego per qualsiasi reato suscettibile di intercettazione *ex art.* 266, comma 2, c.p.p., con la conseguenza che potrà esservi intercettazione di comunicazione mediante *trojan* nel domicilio solo se vi sia «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa»⁵¹.

La novella impone un più stringente obbligo di motivazione del decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile: oltre ai presupposti di gravità degli indizi di reato e di assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini (secondo polo di un binomio che molto spesso si è risolto in una mera formula di stile o una verifica giurisdizionale apparente che falsa l'effettivo riscontro del presupposto), nel provvedimento autorizzativo dovrà darsi atto delle ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini.

Viene, inoltre, introdotto un nuovo divieto di utilizzazione nella disposizione di cui al comma 1-bis dell'art. 271 c.p.p., per cui «non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo». Parimenti, viene vietata l'intercettazione "a strascico" delle notizie di reato, sicché i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati «per la prova di reati diversi» da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza⁵².

Se da un lato tale aspetto della riforma consente di affrontare la necessità che deriva dall'ampia diffusione dei nuovi mezzi di comunicazione⁵³, dall'altro si legittima un più penetrante controllo della vita privata dei cittadini, andando esattamente nella direzione opposta rispetto alle aspettative di quanti si erano illusi che la riforma potesse restringere l'ambito di applicazione delle captazioni. A tal fine, non

⁴⁸ La pronuncia aveva suggerito di riconoscere al giudice, limitatamente al momento di acquisizione delle intercettazioni (ossia alla selezione delle comunicazioni utilizzabili e non manifestamente irrilevanti, destinate alla trascrizione mediante perizia, con stralcio delle rimanenti), il potere di disporre che il dibattimento si svolgesse a porte chiuse, in applicazione estensiva dell'art. 472, comma 2, c.p.p.

⁴⁹ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 76 ss. con nota di A. Camon, *Cavalli di troia in Casazione*; 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 *Proc. pen. e giust.*, 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*. Si veda anche A. Gaito-S. Furfaro, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 309; A. Cisterna, *Spazio ed intercettazioni, una liason tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 331; L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 348.

⁵⁰ G. Amato, *Reati di criminalità organizzata: possibile intercettare conversazioni o comunicazioni con un captatore informatico*, in *Guida dir.*, 2016, pp. 34-35, 79.

⁵¹ Un'eccezione è prevista nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., nei quali l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita (art. 266, comma 2-bis, c.p.p.). Nei casi di urgenza, cioè quando vi è «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini», il Pubblico Ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, ma vi è legittimato soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. Cfr., L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 396 ss. Anche, F. Cajani, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4149.

⁵² Si veda art. 270, comma 1-bis, c.p.p.

⁵³ L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 360

sembrano rappresentare idonei baluardi di garanzia né i presupposti applicativi (che un sereno esame delle prassi induce a ritenere del tutto evaporati) né i divieti di utilizzazione, le cui deroghe sostanzialmente lasciano un ampio perimetro applicativo, passibile di ulteriore ampliamento pretorio⁵⁴.

CONCLUSIONI

La nuova disciplina sulla divulgazione del materiale intercettato avrebbe dovuto contemperare la tutela della riservatezza, quella della libertà di stampa e le esigenze investigative. Si è, del resto, evidenziato in dottrina già da un decennio come una discussione sulle intercettazioni patisse la tendenza ad una valutazione complessiva e, spesso, confusa dei diversi piani di questioni⁵⁵.

Nonostante le buone intenzioni della riforma Orlando in tema di diritto alla riservatezza, il “nervo scoperto” relativo alla segretezza delle risultanze delle indagini non sembra trovare sollievo. Il macchinoso sistema dell’archivio riservato, ostinatamente tenuto separato rispetto al fascicolo d’indagine ed unico luogo in cui confluiranno i contenuti delle operazioni di intercettazione, rappresenta una sorta di scrigno di segretezza che ingessa le facoltà difensive ed impedisce la fruibilità dei contenuti già a monte selezionati in modo criticabile. Del resto, nessun ulteriore strumento è stato fornito per rendere impermeabili le segreterie delle procure soggette, sempre più spesso, a delle perdite: anche l’archivio riservato potrebbe, quindi, essere saccheggiato di notizie sensibili.

Ed ancora, l’intero impianto delle nuove norme sembra avere poca tenuta rispetto alla tutela costituzionale del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del giusto processo *ex art. 111 Cost.* La struttura bifasica del deposito e selezione del materiale intercettato rilevante ai fini di prova riserva ridottissimi tempi al difensore, per la tutela del proprio assistito, obbligandolo a stazionare nei locali della Procura senza poter estrarre copia degli atti relativi ai dialoghi captati, fino alla loro acquisizione al fascicolo delle indagini, disposta dal gip. È evidente la compressione dello spazio di manovra del difensore, sol che si pensi ai casi in cui il gip ritenga di instaurare il contraddittorio nell’udienza di stralcio, al fine di valutare quale materiale selezionare ed avviare al fascicolo delle indagini.

A ben vedere, la nuova disciplina delle intercettazioni sembra stridere sia con la Carta costituzionale che con i *dicta* della CEDU, giacché non si comprende la limitazione delle facoltà di estrarre copia da parte del difensore allorché sia già avvenuta una ampia *discovery* delle intercettazioni: al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, dovrebbe accompagnarsi automaticamente la facoltà di estrarre copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa⁵⁶.

In aggiunta, totalmente esclusa è la persona offesa dal reato, che in alcun modo può partecipare alle operazioni di selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, né esserne edotta.

Può, in definitiva, osservarsi come difficilmente si sia assistito, nel corso degli anni, ad una valutazione negativa così unanime di un testo di legge. Certamente le critiche sono di differente natura e talvolta tra esse confliggenti; ma la sensazione che se ne trae è che lo sforzo legislativo non abbia né soddisfatto le aspettative della giurisprudenza, né abbia sopito le critiche forensi, né, infine, abbia tamponato la falle evidenziate dalla dottrina. Neppure può dirsi che il risultato abbia raggiunto un punto di mediazione tra le diverse visioni. È un prodotto da valutarsi in modo semplicemente negativo.

Così, stanti le plurime criticità di cui si è cercato di dar sommario conto e, soprattutto, una netta contrapposizione tra le finalità delle legge delega e le norme approvate con il decreto legislativo, nonché la parzialità dell’intervento, non ci si stupirà se, da un lato interverrà la giurisprudenza, tentando, *preater legem*, di limare gli ingranaggi di un meccanismo oltremodo complesso e soprattutto, se sulla nuova normativa dovesse intervenire, in temi rapidi, la Consulta a tutela del diritto di difesa ed a presidio del giusto processo.

⁵⁴ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’approccio esegetico di legittimità in tema di definizione di “reato diverso”.

⁵⁵ Si veda, G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1209.

⁵⁶ Si veda, in argomento, C. cost., sent. 24 giugno 1997, n. 192, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, p. 1015, con nota di A. Giarda, *Un’altra tessera di garantismo per la libertà personale dell’imputato*. Anche G. Di Chiara, *Deposito degli atti e “diritto alla copia”: pro-dromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1890; G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., p. 186.

LORENZO BELVINI

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza

Not investigative video footage and privacy protection

L'utilizzo delle videoriprese nel processo non è oggetto di specifica disciplina legislativa. Tale lacuna è stata affrontata dalla giurisprudenza la quale, però, si è in prevalenza occupata di delineare gli argini entro cui l'autorità investigativa può realizzare riprese audiovisive, trascurando quelle effettuate al di fuori dal procedimento. L'assenza di regole circa l'utilizzo delle videoriprese non investigative non può, tuttavia, legittimare indiscriminate compressioni della riservatezza la cui tutela va necessariamente bilanciata con le esigenze dell'accertamento penale.

The use of video footage in the criminal trial is not specifically regulated, this regulatory gap has been filled by case-law, which, however, mainly dealt with identifying the limits within the investigating authority can perform video recordings, neglecting those realized outside criminal trial. The absence of rules about the use of not investigative video footage, can't legitimize indiscriminate compressions of right to privacy whose protection must be balanced with the needs of criminal law assessment.

VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE E PROVA DOCUMENTALE

Il fenomeno delle videoriprese ha subito una crescita vertiginosa negli ultimi decenni. L'utilizzo di strumenti idonei a realizzare riprese audiovisive è favorito dallo sviluppo di tecnologie ampiamente accessibili; si pensi alla frenetica diffusione degli *smartphone*, cui si affianca l'impiego di sistemi di videosorveglianza, che consentono, in ogni momento e luogo, di poter filmare qualsiasi evento.

Emerge il convincimento che un capillare (talvolta eccessivo) controllo delle condotte dei consociati sia in grado, da un lato, di prevenire la commissione di illeciti e, dall'altro, consente di individuare gli autori di condotte vietate¹. L'utilizzo di filmati nel processo penale acquisisce, quindi, preminente rilevanza, trattandosi, secondo un determinato orientamento, di una prova a cui non è possibile rinunciare in quanto «portatore di certezze processuali»².

Tuttavia la materia in esame non è oggetto di specifica disciplina. Il vuoto normativo genera notevoli perplessità considerando anche i valori costituzionali in gioco; è innegabile che l'assenza di regole, tenuto conto dell'invasività dello strumento in questione, può pregiudicare, in modo indiscriminato, la riservatezza dell'individuo, la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà domiciliare (art. 14

¹ L. Califano-V. Fiorillo, *Videosorveglianza*, in *Dig. pubbl.*, Torino, Utet, 2015, p. 504; sul tema A. Camon, *Captazione di immagini*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, Milano, Giuffrè, p. 133, osserva «Negli ultimi lustri s'è diffusa la convinzione che la videosorveglianza porti grandi contributi nella sicurezza pubblica, sia in chiave preventiva (come strumento di deterrenza) sia in chiave repressiva (come mezzo per individuare i responsabili di infrazioni già commesse)».

² Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, 4344, in modo analogo Cass., sez. III, 3 febbraio 2017, n. 5241, in *Dir e giust.*, 2017, p. 10, sostiene che le moderne tecniche di registrazione, soprattutto mediante *smartphone*, consentono il formarsi di documenti inconfutabili ed oggettivi specificando che «la ripresa video copre a 360 gradi tutto il fatto». Si tratta tuttavia di conclusioni opinabili se si considera che il filmato può riportare, in alcuni casi, solo una realtà parziale dei fatti, in quanto la ripresa può essere limitata a un determinato luogo o comportamento omettendo di riprendere altre condotte egualmente rilevanti che se valutate condurrebbero ad un risultato probatorio diverso, in tal senso A. Camon, *Captazione di immagini*, cit., p. 133, osserva «nessuna prova fornisce verità oggettive, nemmeno quella raccolta da videocamere o macchine fotografiche; ed anzi, non è raro che basti ruotare di qualche grado l'angolo dell'inquadratura per ottenere informazioni radicalmente diverse».

Cost.), l'inviolabilità e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.)³.

La lacuna normativa è stata "colmata" dalla giurisprudenza⁴ e dalla letteratura⁵ che, con non poche difficoltà, hanno delineato le regole di impiego processuale delle videoriprese.

È ormai consolidato l'orientamento che distingue tra le videoriprese investigative, realizzate nel procedimento, e quelle effettuate al di fuori di esso⁶.

Nella prima categoria rientrano le riprese audiovisive compiute dalla polizia giudiziaria, anche di iniziativa, mentre nella seconda quelle realizzate da soggetti privati o pubblici diversi dalle autorità inquirenti.

La disciplina delineata dalle Sezioni Unite⁷ in tema di riprese investigative varia a seconda dei luoghi in cui le stesse sono effettuate. Nei luoghi pubblici, aperti o esposti al pubblico le videoriprese possono essere realizzate dalla polizia giudiziaria senza apparenti limiti; si tratta di documentare un'attività investigativa irripetibile (ad esempio osservazione e pedinamento, perquisizioni, ispezioni)⁸. Per quanto, in realtà, i filmati rappresentino una forma di documentazione integrale di attività d'indagine, essi sono considerati come prove atipiche, precisando che il contraddittorio, previsto dall'art. 189 c.p.p., non interviene *ex ante*, nel momento in cui occorre usare lo strumento tecnologico, bensì nella fase in cui si tratta di acquisirne il risultato come prova⁹.

Le riprese di comportamenti non comunicativi realizzate nei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. sono sempre vietate stante l'assenza di una disciplina che delinea i casi e i modi di intrusione nella libertà domiciliare richiesti dall'art. 14 Cost.; mentre sono ammesse quelle domiciliari aventi a oggetto condotte comunicative, assoggettandole alla disciplina delle intercettazioni ambientali (art. 266, comma 2, c.p.p.)¹⁰.

³Si veda N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 147 secondo cui «Occorre avere piena consapevolezza che si tratta di uno strumento investigativo che, per un verso, può rivelarsi particolarmente utile ai fini dell'accertamento dei reati per l'alta capacità dimostrativa degli elementi di cui consente la raccolta [...] mentre, per l'altro verso, può risultare fortemente invasivo, venendo ad incidere profondamente su diritti tutelati a livello costituzionale e sovranazionale, come il diritto alla riservatezza, il diritto all'inviolabilità del domicilio, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni (artt. 2, 14, e 15 Cost.; art. 8 CEDU; art. 17 P.i.d.c.p.)».

⁴Di preminente rilevanza C. cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062 e Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit.

⁵Tra i tanti senza pretesa di esaustività M. Brancaccio, sub art. 266 c.p.p., in G. Canzio-R. Brichetti (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1704 ss.; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1192 ss.; Id., *Captazione di immagini*, cit., p. 133 ss.; R. Cantone, sub art. 234, in G. Canzio-R. Brichetti (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1596 ss.; F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2182 ss.; C. Conti, *Le video riprese tra prove atipiche e prove incostituzionali: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi riservati*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347; M.L. Di Bitonto, *Le videoriprese domiciliari al vaglio delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3950 ss.; L. Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica e prova incostituzionale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, p. 12; Id., *Videoriprese nel domicilio condiviso e right to be left alone*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2039 ss.; Id., sub art. 266 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2581; F. Focardi, sub art. 234 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2362; F. Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3945; A. Scalfati-O. Bruno, *Orientamenti in tema di videoriprese*, in *Questa Rivista*, 1, 2011, p. 92 ss.

⁶Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit. In un primo momento tale differenza non era stata colta dalla giurisprudenza che qualificava le videoriprese, effettuate dalla polizia giudiziaria o dai privati come prova documentale cfr. Cass., sez. V, 25 marzo 1997, n. 1477, in *Giust. pen.*, 1998, III, p. 313; Cass., sez. VI, 8 aprile 1999, n. 6037, in *Cass. pen.*, 2000, 1323; secondo Cass., sez. un., 11 marzo 1999, n. 4, in *Cass. pen.*, 2000, 330, i fermo immagine di una videoripresa realizzata dalla polizia giudiziaria costituiscono prova documentale.

Secondo un diverso orientamento le videoriprese sono prove atipiche (art. 189 c.p.p.) cfr. Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, in *Cass. pen.*, 2001, 2434; Cass., sez. V, 26 ottobre 2001, n. 43491, in *Cass. pen.*, 2002, 3829.

⁷Cfr. Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit.

⁸Secondo P. Laviani, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, in *questa Rivista*, 2013, 4, p. 75 «Si tratterebbe dell'utilizzazione di un mezzo per fisare e prolungare la visione dell'operatore di p.g. e, al tempo stesso, una modalità di adempimento dell'obbligo di riferire l'attività investigativa compiuta a corredo di annotazioni o verbali».

⁹Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit., in dottrina A. Scalfati-O. Bruno, *Orientamenti in tema di videoriprese*, cit., p. 100.

¹⁰Relativamente alle videoriprese domiciliari C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, p. 957, ha precisato che «affinché scatti la protezione dell'art. 14 Cost., non basta che un certo comportamento venga tenuto in luoghi di privata dimora; ma occorre, altresì, che esso avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile ai terzi».

I filmati eseguiti in luoghi “riservati” (tra cui le *toilette* di un locale pubblico o i *privés* di una discoteca), che non rientrano nei luoghi domiciliari tutelati dall’art. 14 Cost. ma nei quali vi è comunque un’aspettativa di riservatezza garantita dall’art. 2 Cost., sono consentiti previa emissione di provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria ed utilizzabili come prova atipica¹¹.

Le videoriprese eseguite fuori dal procedimento sono invece qualificate come prova documentale¹².

Si tratta di una scelta ampiamente condivisa ma non scontata; non è mancato, infatti, chi le ha ricondotte nell’alveo delle prove disciplinate dall’art. 189 c.p.p.¹³, tesi, tuttavia, poco convincente se si considera la differenza concettuale tra prova documentale e mezzi di ricerca atipici della prova: il distinguo tra documenti e atti del procedimento¹⁴ è infatti netto se si osserva che «le norme sui documenti sono state concepite e formulate con esclusivo riferimento ai documenti formati fuori del processo nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso»¹⁵.

Peraltro il dato normativo (art. 234 c.p.p.) secondo cui costituisce prova documentale la rappresentazione di fatti, persone o cose mediante la «cinematografia» o «qualsiasi altro mezzo», consente di ricomprendervi anche le videoriprese non realizzate dall’autorità investigativa in funzione del procedimento. Il linguaggio adottato dal legislatore permette di configurare i documenti come una categoria aperta che consente, a prescindere dal mezzo adoperato, l’adeguamento al costante progresso scientifico e tecnologico¹⁶.

L’art. 234 c.p.p. si applica, quindi, ogni qual volta l’atto si sia formato in modo autonomo rispetto alla vicenda processuale¹⁷; di conseguenza i filmati eseguiti al di fuori del contesto giudiziario-procedimentale soggiacciono al regime normativo della prova documentale.

Manca, tuttavia, una disciplina che circoscriva gli ambiti di impiego delle riprese audiovisive diverse da quelle investigative. La questione è di assoluto rilievo se si considera anche il crescente utilizzo di impianti di videosorveglianza (pubblici e privati) posti a tutela della sicurezza (abitazioni, istituti di credito, uffici pubblici, negozi, stazioni ferroviarie, stadi, aeroporti).

¹¹ C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati”*, cit., p. 1354; N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, cit., p. 153; soluzione criticata da O. Mazza, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, 3, p. 10.

¹² Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit.; Cass., sez. II, 13 febbraio 2013, n. 6812 in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, p. 435; Cass., sez. V, 28 novembre 2014, n. 2304, in *CED Cass.*, n. 262686; Cass., Sez. II, 4 febbraio 2015, n. 6515, in *CED Cass.*, n. 263432; Cass., sez. III, 13 settembre 2016, n. 46156, in *CED Cass.*, n. 268064; Cass., sez. II, 30 novembre 2016, n. 10, in *CED Cass.*, n. 268787.

¹³ Cass., sez. V, 26 ottobre, 2001, n. 43491, cit. e Cass., sez. II, 24 ottobre 2014, n. 46786, in *CED Cass.*, n. 261053.

¹⁴ Sulla differenza tra documenti e documentazione di atti si veda A. Bernasconi, *Prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 286; I. Caminiti, *Prova documentale*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 2009, p. 1216; R. Cantone, sub art. 234, cit., p. 1587; A. Corbo, *I documenti*, in A. Scafati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 322; V. Grevi, *Prove*, in G. Conso-Grevi-M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 356; L. Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 72 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 264; V. Maffeo, *Prova documentale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 2006, p. 2; P. Maggio, *Prova documentale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, p. 1; D. Siracusano, *Le prove*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 393; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 351; F. Zacché, *La prova documentale*, in G. Ubertis e G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 16.

¹⁵ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale in G.U., 24 ottobre 1988, supp. 2, p. 67.

¹⁶ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 795; L. Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, cit., p. 72; P. Maggio, *Prova documentale*, cit., p. 2.

¹⁷ Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, 28 afferma che «La prova documentale in senso stretto è caratterizzata da una genesi “strutturalmente e funzionalmente autonoma rispetto alla vicenda processuale” e si forma fuori dall’ambito processuale, nel quale deve essere introdotta per acquistare rilevanza». Con specifico riferimento alle videoriprese Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit. secondo cui «ai fini dell’ammissione delle prove documentali sono necessarie due condizioni: a) che il documento risulti materialmente formato fuori, ma non necessariamente prima, del procedimento, b) che lo stesso oggetto della documentazione extraprocessuale appartenga al contesto del fatto oggetto di conoscenza giudiziale e non al contesto del procedimento».

Sul punto si è osservato che «la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori, d’intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchio da questa fornita non costituisce un documento formato al di fuori del procedimento, utilizzabile ai fini di prova ai sensi dell’art. 234 cod. proc. pen., rappresentando, invece la documentazione di un’attività investigativa che viene ad incidere sul diritto alla segretezza delle comunicazioni e conversazioni tutelato dall’art. 15 Cost., la cui limitazione presuppone un controllo da parte dell’autorità giudiziaria» cfr. Cass., sez. II, 28 marzo 2013, n. 14665, in *Danno e resp.*, 2013, p. 912.

Ampia è quindi la possibilità di un continuo e costante controllo dei comportamenti individuali che va necessariamente bilanciata con le libertà fondamentali; invero un indiscriminato e costante uso di strumenti di controllo a distanza potrebbe indirettamente incidere sulla libertà di autodeterminazione.

I quesiti posti dall'assenza di regole sono eterogenei, tra di essi vi è il problema di definire quali siano le conseguenze processuali derivanti dall'inosservanza delle norme poste dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196¹⁸, la utilizzabilità delle videoriprese effettuate in luoghi domiciliari o "riservati", la possibilità di acquisire a fini probatori *videotapes* eseguiti mediante commissione di illeciti o in contrasto con le norme poste a tutela dei lavoratori.

Si impone quindi un'analisi del fenomeno al fine di individuare il necessario bilanciamento tra le esigenze di prevenzione e accertamento delle attività criminose, da un lato, e quelle dei diritti e delle libertà individuali, dall'altro¹⁹; non potendosi ritenere ortodosso, in nome di esigenze "securitarie" pubbliche e private (pur meritevoli di tutela), il sacrificio senza limiti delle libertà fondamentali.

I LIMITI DEL "CODICE DELLA PRIVACY"

Le immagini ottenute mediante impianti di sorveglianza (pubblici e privati), secondo quanto disposto dal d.lgs. 196 del 2003, sono dati personali che devono essere trattati conformemente alle prescrizioni del c.d. codice della privacy²⁰ nonché ai precetti del Garante²¹.

Con specifico riferimento al tema di indagine al fine di assicurare un'ampia tutela della riservatezza²², si è affermato che «la necessità di garantire, in particolare, un livello elevato di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto al trattamento dei dati personali consente la possibilità di utilizzare sistemi di videosorveglianza purché ciò non determini un'ingerenza ingiustificata nei diritti e nelle libertà fondamentali degli interessati»²³.

In tale ottica l'art. 11 del d.lgs. 196 del 2003 indica i parametri di liceità del trattamento dei dati personali il quale deve avvenire secondo correttezza, per scopi determinati e legittimi, nonché adeguati alle finalità per le quali sono raccolti; si prescrive inoltre che i dati raccolti non possono essere conservati per un arco di tempo superiore al tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito²⁴. A tali criteri si affiancano le regole di dettaglio del Garante della privacy, il quale ha specificato gli adempimenti imposti per installare impianti di videosorveglianza, tra cui quello di informare i soggetti che accedono all'area vigilata, nonché le modalità attraverso le quali viene eseguito il controllo a distanza²⁵.

¹⁸ Codice in materia di protezione dei dati personali pubblicato in G.U. il 29 luglio 2003, n. 174.

¹⁹ L. Califano-V. Fiorillo, *Videosorveglianza*, cit., p. 504.

²⁰ Secondo il d.lgs. 196 del 2003 per dato personale deve intendersi «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale» (art. 4, comma 1, l. b)) e per trattamento «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati» (art. 4, comma 1, l. a)).

²¹ Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali in materia di sorveglianza del 8 aprile 2011 in G.U. 29 aprile 2010, n. 99.

²² L'art. 2, comma 1, del d.lgs. 196 del 2003 prevede «Il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali.». Circa i rapporti tra il diritto penale e la tutela della riservatezza si veda M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss.; S. Fiore, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1998, p. 1 ss.; S. Furfaro, *Riservatezza*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, Utet, 2008, p. 1062 ss.

²³ Provvedimento del Garante per la privacy del 8 aprile 2011, cit.

²⁴ Su tale aspetto il Garante per la privacy ha precisato che «La conservazione deve essere limitata a poche ore, o al massimo, alle ventiquattro ore successive alla rilevazione, fatte salve speciali esigenze di ulteriore conservazione in relazione a festività o chiusura di uffici o esercizi, nonché, nel caso in cui si deve aderire ad una specifica richiesta investigativa dell'autorità giudiziaria o di polizia giudiziaria» cfr. provvedimento del 8 aprile 2011, cit.

²⁵ In particolare sono indicate le regole relative ad ipotesi specifiche (rapporti di lavoro, ospedali e luoghi di cura, istituti scolastici, trasporto pubblico) nonché in riferimento agli impianti di videosorveglianza installati da soggetti pubblici (relativi al controllo per la sicurezza urbana, il deposito dei rifiuti nonché la violazione delle norme del codice della strada) e dai privati per fini esclusivamente personali e non.

La tutela della riservatezza è presidiata dalla sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 11, comma 2, del d.lgs. 196 del 2003, in caso di inosservanza delle norme sul trattamento dei dati personali, e dall'art. 170 stesso decreto, che punisce penalmente il mancato rispetto dei dettami impartiti dal Garante.

La trasgressione dei precetti indicati dal delineato quadro normativo non ha precluso, tuttavia, l'ingresso nel processo delle videoriprese non investigative realizzate in modo difforme ai prescritti dettami.

L'orientamento, unanime, della Suprema Corte ritiene subvalente la tutela della riservatezza «rispetto all'esigenze di accertamento del processo penale»²⁶.

Tale tesi però non sembra sorretta da una solida base argomentativa; in realtà la conclusione cui perviene la Corte si sostanzia in un mero enunciato di principio, che si fonda su un atteggiamento insofferente nei confronti di qualsiasi ostacolo che delimita l'ambito cognitivo del giudice.

Garantire una preminenza assoluta alle esigenze processuali di accertamento del fatto rispetto al diritto alla *privacy*, senza indicare le ragioni in forza delle quali si impone tale primazia, dilata in modo eccessivo gli ambiti di intrusione nella sfera riservata del privato, vanificando le regole delineate dal d.lgs. 196 del 2003.

L'importanza dei valori in gioco, tra cui *in primis* la tutela della riservatezza, emersa dopo un lento e progressivo *iter*²⁷ che ha valorizzato i principi sanciti anche dalle norme di rango sovranazionale²⁸, imporrebbe uno sforzo argomentativo maggiore per individuare il punto di equilibrio tra le indicate esigenze contrastanti.

Invece, senza affrontare tale rilievo critico di fondo, sono stati individuati percorsi ermeneutici tesi a superare i limiti posti dalla disciplina sulla *privacy*.

L'inutilizzabilità sancita dall'art. 11 del d.lgs. 196 del 2003 sarebbe, infatti, circoscritta alle finalità indicate dallo stesso codice della *privacy* dalle quali sono escluse quelle disciplinate dalle norme processuali penali; del resto, l'art. 160, comma 6, del d.lgs. 196 del 2003 prevede, che «la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale».

L'inutilizzabilità prevista dal d.lgs. 196 del 2003 non coinciderebbe, pertanto, con quella sancita dall'art. 191 c.p.p.²⁹.

Lo scenario normativo, in effetti, non sembra permettere conclusioni diverse.

La sanzione processuale di cui all'art. 191 c.p.p. presidia infatti la conformità della prova rispetto al modello legale e i limiti all'impiego derivano dall'inosservanza di un divieto probatorio³⁰, mentre restano esclusi, stando all'orientamento prevalente, i vizi inerenti l'irritualità nella formazione della prova³¹.

²⁶ In questi esatti termini Cass., sez. II, 12 febbraio 2013, n. 6812, in *questa Rivista*, con nota di P. Laviani, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, cit., p. 73 ss., per l'orientamento indicato si veda Cass., sez. II, 8 marzo 2013, n. 22169, in *CED Cass.*, n. 22169; Cass., sez. V, 28 novembre 2014, n. 2304, in *CED Cass.*, n. 262686; Cass., sez. V., 29 luglio 2015, n. 33560, in *CED Cass.*, n. 264355; Cass. sez. II, 7 giugno 2017, n. 28367, in *CED Cass.*, n. 270362.

²⁷ Cfr. C. cost., sent. 12 aprile 1973, n. 38, in *Foro it.*, 1973, c. 1708; C. cost., sent. 26 marzo 1990, n. 139, in *Giur. cost.*, 1990, p. 760; C. cost., sent. 29 gennaio 1996, n. 13, in *Giur. it.*, 1997, p. 17; C. cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135, cit.; C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149, cit. In dottrina si veda D. Granara, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2015, p. 897 ss.

²⁸ Art. 8 CEDU secondo cui «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza», art. 17 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19 dicembre 1966 ratificato con L., 25 ottobre 1977, n. 881 in G.U. 7 dicembre 1977, n. 333, il quale garantisce che «Nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione», art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che sancisce «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

²⁹ Sul punto si è acutamente osservato «Appare chiaro che l'"inutilizzabilità" di cui all'art. 11, comma 2, c.d.p., non è, quindi un "trasformatore automatico" di ogni violazione delle norme della *privacy* in un "inutilizzabilità ai fini processuali"» cfr. P. Laviani, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, cit., p. 77.

³⁰ A. Scalfati-D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 41 ss.

³¹ In giurisprudenza si è osservato che «per "prove diverse da quelle legittimamente acquisite" debbono intendersi non tutte le prove le cui formalità di acquisizione non siano state osservate, ma solo quelle che non si sarebbero potute acquisire proprio a cagione dell'esistenza di un espresso o implicito divieto» cfr. Cass., sez. II, 27 marzo 2008, n. 15877, in *CED Cass.*, n. 239775.

Ne consegue che non prevedendo il codice per la privacy alcun divieto probatorio per le videoriprese realizzate in modo difforme rispetto alle indicazioni del Garante per la privacy, le stesse appaiono utilizzabili senza limiti nel processo; tale conclusione è rafforzata dall'art. 160, comma 6, del d.lgs. 196 del 2003, che esclude in modo esplicito ogni interferenza tra le norme del codice per la *privacy* e quelle processuali.

L'approdo sopra delineato sembra persuasivo anche relativamente al tema dell'utilizzo di *videotapes* acquisiti in assenza del consenso del soggetto ripreso che accede ad un'area videosorvegliata non segnalata, nonostante le norme poste a tutela della *privacy* impongano non solo l'obbligo di informare, in via preventiva, i soggetti che stanno per accedere in una zona vigilata mediante telecamere³² ma anche che i dati così raccolti possono essere trattati solo con il consenso dell'interessato³³.

Anche in tale caso però l'omessa informativa e il mancato consenso non impediscono l'ingresso nella scena processuale delle videoriprese.

Naturalmente, nel caso in cui il comportamento venga ripreso in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, vi è già una espressa rinuncia alla riservatezza, essendo la condotta individuale liberamente percettibile da chiunque³⁴.

Il legislatore, inoltre, sembra aver predisposto una tutela privilegiata alla sicurezza (personale e collettiva) e al patrimonio rispetto al diritto alla *privacy*.

L'obbligo di rendere l'informativa non è infatti imposto ai soggetti pubblici che installano impianti di videosorveglianza per garantire la sicurezza pubblica o per prevenire e accertare reati³⁵.

Nessuna deroga è invece prevista per le videoriprese eseguite dai privati che sono obbligati, in ogni caso, a comunicare ai terzi l'accesso a un area videosorvegliata; tuttavia l'omessa informativa non determina l'inutilizzabilità dei filmati nel processo³⁶, poiché il consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati non è richiesto se il soggetto che li ha ottenuti li utilizza «per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria», fermo restando il divieto di diffusione (art. 24, comma 1 l. f), d.lgs. 196 del 2003)³⁷.

Dall'analisi del composito quadro legislativo emerge la volontà di circoscrivere la tutela della *privacy* per le finalità indicate dal d.lgs. 196 del 2003, escludendo qualsivoglia intreccio con le regole processuali.

I dati normativi non consentono di giungere a conclusioni diverse; l'ostacolo insormontabile sembra essere costituito non solo dall'art. 160, comma 6, del d.lgs. 196 del 2003, che manifesta la chiara volontà di non confondere le regole sul trattamento dei dati personali con il procedimento probatorio dettato dal codice di rito, ma anche dalle norme che individuano un grado di recessività del diritto alla riservatezza rispetto all'esigenze di sicurezza pubblica (art. 53 d.lgs. 196 del 2003) e privata (artt. 5, comma 3, e 24, comma 1 l. f), d.lgs. 196 del 2003) e al conseguente accertamento dei reati.

VIDEORIPRESE "ILLECITE", DOMICILIO E "LUOGHI RISERVATI"

La scarsità di regole in tema di videoriprese non consente di individuare con chiarezza i limiti cui tale attività può essere esercitata da soggetti diversi dall'autorità investigativa.

³² L'art. 3 del Provvedimento del Garante per la privacy del 8 aprile 2011, cit., prevede che «gli interessati devono essere sempre informati che stanno per accedere in una zona videosorvegliata; ciò anche nei casi di eventi e in occasione di spettacoli pubblici»

³³ Art. 23 del d.lgs. 196 del 2003.

³⁴ Cass., sez. V., 29 luglio 2015, n. 33560, cit., analogamente Cass. sez. II, 7 giugno 2017, n. 28367, cit., ha ritenuto che la mancata segnalazione di accesso ad un'area sorvegliata non sia di impedimento all'utilizzabilità nel processo delle videoriprese.

³⁵ Cfr. Provvedimento del Garante per la privacy del 8 aprile 2011, il quale argomentando ex art. 53 del d.lgs. 196 del 2003, stabilisce che «a) l'informativa può non essere resa quando i dati personali sono trattati per il perseguimento delle finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, prevenzione, accertamento o repressione dei reati; b) il trattamento deve comunque essere effettuato in base ad espressa disposizione di legge che lo preveda specificamente».

³⁶ V. Bozio, *L'ammissibilità nel processo penale di videoregistrazioni effettuate dalla persona offesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 5, p. 584 ss.

³⁷ Tale conclusione è ulteriormente rafforzata dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 196 del 2003 che esclude l'applicabilità delle norme in tema di trattamento di dati personali per fini esclusivamente personali dei dati che non sono oggetto di una comunicazione sistematica o di diffusione, in tal senso si veda Trib. Termini Imerese, 2 aprile 2009, in *Cass. pen.*, 2010, p. 337 ss. secondo cui si esclude l'inutilizzabilità delle videoriprese acquisite in assenza della preventiva informativa perché l'art. 5, comma 3, del d.lgs. 196 del 2003 «stabilisce che il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali, a meno che i dati siano destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione, non è soggetto all'applicazione del codice della privacy»; in dottrina cfr. P. Costanzo, *Privacy e videosorveglianza – Corte di giustizia e videosorveglianza multilivello*, in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 29 ss.

Un quesito rilevante riguarda l'impiego processuale dei filmati ottenuti, al di fuori del contesto procedimentale, in modo illecito nel domicilio o nei luoghi in cui vi è un'elevata aspettativa di riservatezza (c.d. luoghi "riservati"); si pensi ad esempio all'utilizzo di riprese audiovisive realizzate dal privato nell'altrui dimora o, ancora, al caso in cui venga collocato, in modo occulto, in una *toilette* di un luogo pubblico o aperto al pubblico uno smartphone o altro strumento idoneo a realizzare *videotapes*.

Non è rilevante che la ripresa audiovisiva sia stata realizzata da coloro i quali acquisiranno la veste di soggetto processuale, atteso che le videoriprese potrebbero essere realizzate non solo dalla persona offesa al fine di preconstituirsì una prova, o dall'imputato per dimostrare la propria innocenza, ma anche da un terzo che agendo per scopi diversi realizza un filmato che potrà acquisire rilevanza ai fini probatori³⁸.

Circa tale aspetto si registra un assordante silenzio giurisprudenziale; invero sono stati delineati esclusivamente gli argini entro cui l'autorità investigativa può carpire immagini e suoni nel domicilio o nei luoghi riservati³⁹, mentre nessun limite è stato individuato per l'ipotesi in cui sia il privato a realizzare le videoriprese in tali luoghi.

Le possibilità dei privati di impiegare strumenti tecnologici idonei per effettuare filmati (che saranno utilizzabili come prova documentale) non possono essere, tuttavia, illimitate; qui il tema si distingue dalle incursioni investigative realizzate con finalità pubblicistiche dell'accertamento giudiziario, versandosi nella dimensione di un privato che contrae i limiti di libertà ad altro privato.

In linea di fondo, i principi in tema di libertà individuali sanciti dalla Carta fondamentale individuano dei limiti al potere di assumere le prove⁴⁰ ed è stato autorevolmente osservato che le «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁴¹ ed è scontato come le norme costituzionali, poste a tutela della libertà domiciliare (art. 14 Cost.) e di comunicazione (art. 15 Cost.), non indichino i comportamenti vietati ma rinviino alla legge la determinazione dei casi e modi in cui le libertà possono essere legittimamente comprese.

Risulta, proficuo, al riguardo, sondare il terreno del diritto penale sostanziale per verificare se le videoriprese realizzate mediante commissione di un reato possano essere acquisite nel processo come prova. Circa tale profilo l'art. 615-bis, comma 1, c.p.⁴² sanziona penalmente l'indebito conseguimento, mediante strumenti di «ripresa visiva e sonora», di notizie ed immagini concernenti la vita individuale che si svolge nei luoghi di privata dimora; si tratta di una norma posta a garanzia della riservatezza domiciliare che intende punire ogni incursione realizzata mediante mezzi tecnologici⁴³.

Ebbene, è necessario comprendere se le norme che disciplinano il processo prevedano conseguenze sanzionatorie per i filmati realizzati dal privato mediante condotte vietate ai sensi art. 615-bis, comma 1, c.p.

La norma di riferimento è l'art. 191, comma 1, c.p.p. la quale prevede l'inutilizzabilità delle prove acquisite *contra legem*; si tratta di una norma generale posta a presidio della legalità della prova che si combina con i requisiti previsti per ogni fattispecie probatoria⁴⁴ ivi compresa quella documentale.

Il riferimento al concetto di prove acquisite, adottato dalla norma in commento, consente di ricom-

³⁸ A titolo esemplificativo si pensi a colui il quale si introduce nell'altrui abitazione per commettere un furto e che accidentalmente assiste ad un'attività delittuosa (ad. es. un omicidio), e decide di filmarla.

³⁹ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit.

⁴⁰ G. Allena, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 521; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1993, p. 249.

⁴¹ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316.

⁴² Articolo rubricato «Interferenze illecite nella vita privata» introdotto dall'art. 1 della l. 8 aprile 1974, n. 98.

⁴³ Cfr. per un approfondimento della fattispecie prevista dall'art. 615-bis c.p. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, a cura di C.F. Grosso, Milano, Giuffrè, 2008, p. 242 ss.; A.R. Latagliata, *L'incriminazione delle interferenze illecite nell'ambito del sistema di garanzie del diritto alla riservatezza*, in *Riv. pol.*, 1984, p. 637 ss.; N. Maiorano, sub art. 15 c.p., in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 3511 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, Cedam 2005, p. 468; D. Notaro, *Interferenze illecite nella vita privata (art. 615 bis c.p.)*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (a cura di) *Trattato di diritto penale*, IX, Torino, Utet, 2011, p. 470 ss.; F.C. Palazzo, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del "nuovo" art. 615-bis c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 126 ss.; G. Pestelli, *Il delitto di "indiscrezione domiciliare" ex art. 615 bis c.p. alla luce della più recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 6, p. 717; M. Ronco, *Vita privata (interferenze illecite nella)*, in *Ns. Dig. it. pen.*, I agg., VII, Torino, Utet, 1987, p. 1162 ss.; R. Volta, *La tutela penale del diritto alla riservatezza, art. 615 bis cod. pen.: esegesi della norma*, in *Riv. pen.*, 1989, p. 535 ss.; S. Zancani, *La nozione di "uso di strumenti di ripresa visiva o sonora" nel reato di interferenze illecite nella vita privata (art. 615 bis c.p.)*, in *Indice pen.*, 2001, p. 1401.

⁴⁴ E.N. La Rocca, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 2008, p. 615.

prendere non solo le modalità con cui la prova viene assunta nel dibattimento ma anche l'attività di reperimento della stessa⁴⁵.

La previsione codicistica, tuttavia, nel prescrivere l'inutilizzabilità «delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge» non fornisce validi criteri che consentono di individuare quali sia la fonte dei “divieti probatori” utile a determinare la sanzione, incertezza che ha generato linee interpretative divergenti⁴⁶.

Secondo una esegesi, formatasi nella vigenza dell'abrogato codice di rito, ma che è stata condivisa anche successivamente all'entrata in vigore della disciplina attuale, i divieti probatori trovano la propria fonte, in via esclusiva, nelle norme processuali che vietano l'ammissione della prova⁴⁷; l'inutilizzabilità sarebbe, quindi, ancorata al difetto di un potere probatorio riconosciuto dalla legge processuale⁴⁸.

L'inosservanza di una norma di diritto penale sostanziale, secondo la tesi in commento, non determinerebbe il divieto d'uso di cui all'art. 191 c.p.p.⁴⁹; di conseguenza la prova formatasi mediante commissione di un reato non sarebbe automaticamente invalida. In tal modo sono tenuti distinti i divieti sostanziali da quelli processuali, sostenendosi che gli effetti paralizzanti del risultato probatorio conseguono all'illiceità della condotta penalmente vietata solo quando si sovrapponga una illegittimità derivante, anche in modo implicito, dal codice di rito⁵⁰.

Il percorso argomentativo sin qui delineato non trova conforto nell'art. 191, comma 1, c.p.p. il quale richiama, in modo generico, i «divieti stabiliti dalla legge» omettendo di specificare quale sia la norma che individua il “divieto”⁵¹.

Il dato normativo, invero, non prevede alcun distinguo tra norme di carattere sostanziale e processuali e non vi è alcun valido motivo che impedisce di rintracciare i divieti probatori in qualsiasi settore dell'ordinamento giuridico.

Pertanto, non può a priori escludersi che i divieti richiamati dall'art. 191, comma 1, c.p.p. trovino la propria fonte non solo nelle norme che disciplinano il processo, ma anche nella legge di tipo diverso, al cui interno va necessariamente inclusa anche quella penale sostanziale e nelle norme di rango superiore⁵².

Così ragionando il divieto probatorio si estende anche all'inosservanza delle norme incriminatrici con la inscindibile conseguenza che la prova illecita deve essere considerata non utilizzabile nel processo; del resto sarebbe illogico sostenere che i divieti richiamati dall'art. 191, comma 1, c.p.p. non com-

⁴⁵ R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2009, p. 1781.

⁴⁶ Sul tema dell'inutilizzabilità, tra gli altri, cfr. R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, cit., p. 1768 ss.; D. Chinnici, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2014, p. 889; C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 1 ss.; Id., *L'inutilizzabilità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali*, Torino, Utet, 2015, p. 97 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 628 ss.; F. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1 ss.; G.L. Fanulli, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1 ss.; N. Galantini, *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, agg. I, 1997, Milano, Giuffrè, p. 701; V. Grevi, *Prove*, cit., p. 319; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit., p. 248 ss.; E.N. La Rocca, *Inutilizzabilità*, cit., p. 614; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 228; M. Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 651; G. Pierro, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, Esi, 1992, p. 1 ss.; F. Ruggieri, sub art. 191 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 1906; C. Riviezzo, sub art. 191, in G. Canzio-R. Brichetti (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1348 ss.; A. Scalfati-D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, cit., p. 39; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 1 ss.; Id. *Inutilizzabilità della prova*, in *Enc. giur.*, Annali II, 2008, Milano, Giuffrè, p. 479; P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 110.

⁴⁷ F. Cordero, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 147 ss.

⁴⁸ F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 73 ss.

⁴⁹ F. Cordero, *Prove illecite*, cit., p. 159 ss.; in tal senso si veda anche D. Chinnici, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, cit., p. 893; N. Galantini, *Inutilizzabilità*, cit., p. 710; F.M. Grifantini, *Inutilizzabilità*, cit. p. 250; A. Scella, *Inutilizzabilità della prova*, cit., p. 480 ss.

⁵⁰ N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 205. Cfr. anche G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 228; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 176 ss.

⁵¹ E.N. La Rocca, *Inutilizzabilità*, cit., p. 617.

⁵² Cfr. M. Nobili, sub art. 191 c.p.p., in M. Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 1988, p. 412. Si veda anche R. Casiraghi, *Prove vietate e processo penale*, cit., p. 1779 ss.; F. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., p. 63; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, Clueb, 1989, p. 149.

prendano anche i precetti delle norme penali che hanno lo scopo specifico di vietare condotte ritenute non conformi a modelli di comportamento di matrice pubblicistica⁵³.

L'itinerario argomentativo da ultimo percorso è stato seguito anche della Suprema Corte la quale distaccandosi da una visione "monistica" del diritto processuale⁵⁴ ha evidenziato che la "omnicomprensività" dell'art. 191, comma 1, c.p.p. include nella nozione di "legge" anche le norme penali incriminatrici⁵⁵.

Non può essere messo in discussione che il diritto processuale goda di una propria autonomia; nondimeno si può escludere a priori qualsiasi interazione tra gli istituti processuali e il diritto penale sostanziale nell'ottica di una visione unitaria dell'ordinamento giuridico. Laddove una norma richiama nozioni generali («i divieti stabiliti dalla legge» ex art. 191, comma 1, c.p.p.) il relativo contenuto va necessariamente ricercato anche in settori esterni al codice di rito⁵⁶.

Il discorso sin qui sviluppato consente allora di risolvere i quesiti relativi all'ingresso nel processo di videoriprese realizzate mediante una condotta penalmente vietata.

Le prove acquisite in violazione dell'art. 615-bis c.p. devono essere considerate inutilizzabili ogni qualvolta siano realizzate mediante una indebita intromissione nella vita "domiciliare" altrui.

Tale esegesi è stata confermata anche dalla giurisprudenza la quale ha affermato l'inutilizzabilità delle videoriprese eseguite nel domicilio ottenute mediante la commissione del reato di interferenza illecita nella vita privata⁵⁷; si tratta di una pronuncia che si pone nel solco dell'orientamento tracciato dalle Sezioni Unite che consente di individuare i divieti probatori di cui all'art. 191, comma 1, c.p.p. anche nelle norme incriminatrici⁵⁸.

È doveroso precisare, tuttavia, che le videoriprese vietate dall'art. 615-bis c.p. sono esclusivamente quelle realizzate in modo "indebito", vale a dire in assenza di un titolo giustificativo⁵⁹; pertanto devono ritenersi lecite, e quindi utilizzabili nel processo, le videoriprese eseguite in presenza di una scriminante⁶⁰ o per prevenire, accertare e reprimere fatti illeciti⁶¹.

La tutela della riservatezza domiciliare garantita dall'art. 615-bis, comma 1, c.p., infatti, non è assoluta e ha ad oggetto solo le attività lecite svolte in ambito privato; pertanto è consentita l'intrusione nell'altrui *privacy* «in presenza di un diritto, il cui esercizio si intenda garantire o la cui violazione si voglia accertare o prevenire»⁶².

Invero, il diritto alla riservatezza soccombe rispetto all'interesse a prevenire e reprimere le attività illecite che si svolgono, anche, nei luoghi di privata dimora⁶³. Le videoriprese realizzate nell'altrui domicilio che hanno ad oggetto una condotta lecita saranno quindi inutilizzabili⁶⁴; viceversa, il filmato che

⁵³ M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 149, in senso analogo si veda E.N. La Rocca, *Inutilizzabilità*, cit., p. 617; G. Pierro, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, cit., p. 172; D. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 317.

⁵⁴ Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, in *Riv. pen.*, 2004, p. 469, secondo cui l'art. 191 c.p.p. «ancora, in via generale, la sanzione dell'inutilizzabilità alla violazione dei divieti stabiliti dalla "legge", superando così l'antica tesi che si basava su di una sorta di "autonomia" del diritto processuale penale in relazione ai vizi della prova, che quindi possono trovare la loro fonte in tutto il corpus normativo a livello di legge ordinaria o superiore».

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in *Giur. it.*, p. 600; Cass., sez. III, 5 maggio 2004, n. 37074, in *CED Cass.*, n. 230027.

⁵⁶ P. Nuvolone, *Le prove penali vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 474.

⁵⁷ Cass., sez. V, 30 maggio 2014, n. 35681, in *Cass. pen.*, 4, 2015, p. 1547.

⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, cit.

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. V, 18 aprile 2011, n. 25453, in *CED Cass.*, n. 250462.

⁶⁰ F. Focardi, sub art. 234 c.p.p., cit., p. 2363.

⁶¹ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 471, l'A. osserva che «anche nei luoghi strettamente privati, quali appunto il domicilio, possono avvenire fatti che trascendono la sfera privata, rivestendo essi un interesse pubblico, perché caratterizzati per loro natura da un'intrinseca rilevanza pubblico-sociale (da atti di governo, a fatti criminosi, dalla programmazione di un colpo di stato alla preparazione di atti terroristici, ai maltrattamenti in famiglia, a violenze sessuali)».

⁶² Cfr. Cass., sez. V, 18 aprile 2011, n. 25453, cit.

⁶³ G. Pestelli, *Il delitto di "indiscrezione domiciliare" ex art. 615 bis c.p. alla luce della più recente elaborazione giurisprudenziale*, cit., p. 722.

⁶⁴ Si pensi ad esempio alla ripresa audiovisiva realizzata dalla persona offesa, in modo indebito, di comportamenti o conversazioni lecite che potrebbero essere idonei a provare il movente del reato, o che l'imputato era presente in un determinato luogo. In una prospettiva analoga Cass., sez. V, 30 maggio 2014, n. 35681, cit., ha affermato l'inutilizzabilità della registrazione realizza-

rappresenta una attività costituente reato potrà essere utilizzato nel processo, fermo restando che, in ogni caso, nel processo a carico dell'autore del reato di cui all'art. 615-bis c.p. potranno essere sempre utilizzate le videoriprese dallo stesso eseguite.

La libertà domiciliare, presidiata dall'art. 14 Cost. e, nei limiti sopra tratteggiati, dall'art. 615-bis, comma 1, c.p., impone di escludere dalla scena processuale quelle prove acquisite mediante ingiustificate intrusioni nell'altrui domicilio; tuttavia, è necessario comprendere se tale tutela sia estensibile anche ai luoghi c.d. "riservati" (tra cui ad esempio la *toilette* di un locale pubblico, i *privès* di una discoteca).

Si tratta di luoghi che non possono essere equiparati, ai fini delle riprese visive, a quelli pubblici o esposti al pubblico; tesi a preservare l'intimità e la riservatezza delle persone non si può ritenere lecita qualsiasi intrusione in detti luoghi⁶⁵.

Sul versante penalistico, si assiste ad un progressivo ampliamento del concetto di privata dimora, il quale viene sganciato da una visione statica, tutelandosi anche gli ambienti «nei quali è temporaneamente garantita un'area di intimità e di riservatezza»⁶⁶.

In questa prospettiva la tutela di cui all'art. 615-bis, comma 1, c.p., viene estesa anche ai luoghi "riservati" in cui i consociati si trattengono per compiere, seppur per un determinato lasso temporale, atti della propria vita privata⁶⁷, senza alcuna rinuncia alla propria riservatezza e nei quali viene riconosciuto il diritto di opporsi all'intrusione da parte di terzi⁶⁸.

I più recenti arresti giurisprudenziali tendono ad accordare la garanzia della riservatezza prescindendo da uno specifico luogo (la privata dimora) ma in una prospettiva dinamica si afferma che l'oggetto della tutela è «la proiezione spaziale della personalità nei luoghi in cui questa si manifesta privatamente»⁶⁹; in tale ottica si ritiene vietata la videoripresa eseguita in una *toilette* di un locale pubblico⁷⁰.

Nella prospettiva processuale, l'orientamento sopra descritto, consente di affermare l'inutilizzabilità delle riprese audiovisive realizzate, in modo illecito non solo nell'altrui domicilio, ma anche nei luoghi c.d. "riservati".

Il divieto di utilizzo nel processo dei filmati realizzati in modo illecito appare inoltre presidiato dall'art. 240, comma, 2, c.p.p.⁷¹, il quale prevede per il pubblico ministero non solo l'obbligo di secretare e custodire in luogo protetto i documenti «formati attraverso la raccolta illegale di informazioni» ma anche quello di distruggere gli stessi seguendo la procedura delineata dal legislatore (art. 240, commi da 3 a 6, c.p.p.).

Tra le prove indicate dalla previsione normativa dovrebbero rientrare, infatti, anche i documenti formati mediante commissione di un reato⁷², quindi anche le videoriprese realizzate in modo illecito⁷³.

ta dall'imputato avente ad oggetto il tradimento perpetrato dalla moglie al fine di provare l'esimente della provocazione prevista dall'art. 599 c.p.

⁶⁵ Cfr. Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, cit. «[...] il concetto di domicilio non può essere esteso fino a farlo coincidere con qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza. Non c'è dubbio che il concetto di domicilio individui un rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza. Ma il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente».

⁶⁶ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1, p. 87.

⁶⁷ Cfr. Cass., sez. V, 11 giugno 2008, n. 36032, in *CED Cass.*, n. 241587, con la quale si è affermata la configurabilità del reato di interferenza illecita nella vita privata nella condotta di colui mediante una macchina fotografica si procura in modo indebito immagini di ragazze ritratte nude o seminude in un camerino.

⁶⁸ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, osserva come «chi si reca nel bagno di un esercizio pubblico ... non solo non rinuncia alla propria intimità e alla propria riservatezza ma presuppone che gli vengano garantite e, sia pur temporaneamente, gli è consentito opporsi all'ingresso di altre persone».

⁶⁹ Cass., sez. V, 31 gennaio 2018, n. 4669, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 495.

⁷⁰ Cfr. Cass., sez. V, 31 gennaio 2018, n. 4669, cit.; Cass., sez. III, 30 aprile 2015, in *CED Cass.*, n. 264196; Cass., sez. V, 11 giugno 2008, n. 36032, cit.

⁷¹ Articolo novellato dall'art. 1 del d.l., 22 settembre 2006, n. 259, convertito con modificazioni in l. 20 novembre 2006, n. 281.

⁷² P. Laviani, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, p. 76 secondo l'A. «è lo stesso legislatore che impiega il termine "illegale" come sinonimo di "illecito"; pertanto "prova illegale" è "la prova illecita" cioè i dati formati, acquisiti o raccolti mediante atti illeciti contra ius».

⁷³ Cfr. V. Bozio, *L'ammissibilità nel processo penale di videoregistrazioni effettuate dalla persona offesa*, cit., p. 589; C. Conti, *Le videoriprese*, in P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 425; A. Corbo, *I documenti*, cit., p. 343.

La possibilità di applicare l'art. 240, comma 2, c.p.p. alle riprese audiovisive è stata, tuttavia, negata dalla Consulta, la quale ha precisato che stante il carattere eccezionale della norma in commento restano escluse le intercettazioni ambientali e le videoriprese, in quanto non previste in modo esplicito⁷⁴.

Si tratta tuttavia di una scelta poco persuasiva atteso che l'art. 240, comma 2, c.p.p. accanto alla previsione di dettaglio (documenti «relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti») contempla una clausola aperta – «documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni» – che non sembra escludere le videoriprese, ed in genere qualsiasi documento formato in modo illecito.

Appare, in ogni caso, censurabile la scelta del legislatore di omettere dall'ambito applicativo dell'art. 240, comma 2, c.p.p. le videoriprese realizzate dai privati, se si considera che la norma era stata novellata, con lo specifico fine di tutelare la riservatezza dalle incursioni dei moderni mezzi tecnologici e di impedire la raccolta illegale di notizie attinenti la sfera privata, anche al fine di prevenirne la possibile diffusione al di fuori dell'ambito processuale anche attraverso i *mass media*⁷⁵.

LA VIDEOSORVEGLIANZA NEI LUOGHI DI LAVORO

L'impiego di strumenti di controllo audiovisivi predisposti dal datore di lavoro per esigenze organizzative, gestionali dell'impresa nonché per garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro è ampiamente diffuso.

La necessità di vigilare mediante videoriprese si estende anche alla tutela del patrimonio aziendale e all'accertamento di condotte illecite (aventi rilevanza penale e civile) poste in essere dai lavoratori.

Un controllo sistematico e continuato del luogo di lavoro realizzato mediante sistemi di ripresa audiovisiva costituisce, tuttavia, un'attività altamente invasiva idonea ad incidere negativamente sulla dignità e sulla riservatezza del lavoratore⁷⁶.

Nell'ottica processuale sorge la necessità di verificare se tali filmati possono essere legittimamente utilizzati.

Il legislatore avvertendo l'esigenza di tutelare i diritti del lavoratore ha disciplinato la materia con l'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300 predisponendo le cautele da osservare per poter effettuare lecitamente videoriprese nei luoghi di lavoro.

La norma in commento, nella sua formula originaria, prevedeva un divieto assoluto di utilizzo degli impianti audiovisivi, con la sola eccezione dei controlli predisposti per esigenze organizzative, produttive e di sicurezza⁷⁷; il legislatore ha poi novellato l'art. 4 st. lav. consentendo l'uso di sistemi di videosorveglianza anche per tutelare il patrimonio aziendale⁷⁸. In tal modo si bilanciano le esigenze del datore di lavoro con la riservatezza dei lavoratori e si evita l'impiego della videosorveglianza con il fine esclusivo di controllare l'attività lavorativa dei dipendenti⁷⁹.

⁷⁴ C. cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1933 con nota di M. Villani, *La distruzione del corpo del reato all'esame della Corte: spunto per una riflessione sul rapporto tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*; in tale prospettiva si veda anche N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, cit., p. 144. Per una prospettiva più ampia circa le condizioni di applicabilità dell'art. 240 c.p.p. cfr. R. Cantone, sub art. 240, in G. Canzio-R. Brichetti (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1621 ss.; A. Corbo, *I documenti*, cit., p. 342 ss.; L. Filippi, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perdute di una legge già nata "vecchia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 152; F. Focardi, sub art. 240 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2392 ss. G. Tabasco, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, Padova, Cedam, 2013, p. 1 ss.

⁷⁵ Cfr. G. Tabasco, *Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti*, cit., p. 68.

⁷⁶ Cfr. L. Califano-V. Fiorillo, *Videosorveglianza*, cit., p. 524; M. Luisa, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 3, p. 718.

⁷⁷ La norma prevedeva che tali controlli potevano essere realizzati solo previo accordo con le rappresentanze sindacali o, in mancanza, previa autorizzazione dell'ispettorato del lavoro.

⁷⁸ L'art. 4 st. lav. è stato modificato dall'art. 23, comma 1, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151.

⁷⁹ Cfr. G.A. Recchia, *Controlli datoriali difensivi: note su una categoria in via di estinzione*, in *Lavoro nella giur.*, 2017, 4, 347; M.T. Salimbeni, *La riforma dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2105, 4, 590, l'A. osserva che «le apparecchiature da cui può derivare un controllo sull'attività dei lavoratori possono essere installate in azienda solo se richieste ad altri fini indicati dal legislatore, e se autorizzate; in ogni caso non possono essere adoperate per finalità di controllo sull'attività dei lavoratori».

Il divieto di adoperare mezzi di controllo a distanza si giustifica con la volontà di impedire un uso esasperato di sistemi audiovisivi che possono «rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro»⁸⁰.

Discussa, invece (in quanto non contemplati in modo espresso nel testo originario dell'art. 4 st. lav.) era la legittimità e di conseguenza l'utilizzabilità nel processo, dei c.d. controlli difensivi, predisposti dal datore di lavoro per verificare se i propri dipendenti commettono reati che attentano alla sicurezza del patrimonio aziendale.

Sul tema va osservato che ad essere vietati, (anche prima delle modifiche apportate all'art. 4 st. lav.), sono in via esclusiva, i controlli generici dell'attività dei lavoratori mentre è legittimo l'impiego di strumenti di ripresa audiovisiva idonei a impedire e verificare le condotte illecite poste in essere dai dipendenti, in quanto l'esigenza di ordine pubblico di prevenzione e accertamento dei reati prevale sul diritto alla riservatezza del lavoratore⁸¹.

Peraltro la tutela della riservatezza è correlata all'osservanza da parte del dipendente dei doveri di lealtà e collaborazione rispetto alle esigenze del datore di lavoro, e nel caso di comportamenti infedeli del lavoratore, che esulano dallo svolgimento della propria mansione, si realizza un attentato al patrimonio dell'azienda che legittima il controllo anche mediante telecamere⁸².

L'iter argomentativo sin qui sviluppato consente di affermare l'utilizzabilità delle riprese audiovisive eseguite per controllare comportamenti delittuosi nei luoghi di lavoro, in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori non proibiscono i c.d. controlli difensivi e non prevedono alcun divieto probatorio ai sensi dell'art. 191 c.p.p.⁸³.

L'orientamento risulta poi rafforzato dalla previsione normativa (art. 4 st. lav.) come novellata dal legislatore nel 2015 che amplia le possibilità di controllo a distanza mediante impianti audiovisivi anche per esigenze "difensive", con lo specifico intento di proteggere la sicurezza del patrimonio aziendale e della collettività dalla commissione di reati, anche a discapito della *privacy* del lavoratore⁸⁴.

Va però osservato che l'esegesi teleologicamente orientata, che consente l'utilizzo delle videoriprese in quanto idonee a impedire e accertare condotte illecite, non legittima un controllo globale ed invasivo del luogo di lavoro, in quanto l'esigenza di prevenire la commissione di reati non può elidere, in modo indiscriminato, le garanzie di dignità e riservatezza del dipendente nell'espletamento delle proprie mansioni⁸⁵.

La legittimità dei controlli posti in essere dall'imprenditore è, infatti, subordinata all'esistenza «di concreti ed effettivi sospetti di attività illecite poste in essere all'interno dei luoghi di lavoro»⁸⁶ ciò al fine di prevenire un controllo diffuso e indiscriminato del lavoratore.

In tale prospettiva si collocano i moniti della Corte di Strasburgo secondo cui una videosorveglianza generale, realizzata in assenza di concreti sospetti di comportamenti illeciti, e senza il preventivo avviso dell'impiego di videocamere, contrasta con l'art. 8 della CEDU, con la conseguente inutilizzabilità dei *videotapes* nel processo, tuttavia la stessa Corte sovranazionale, stemperando la perentorietà del *dictum* precisa che la videoripresa è utilizzabile quando costituisce prova decisiva per l'accertamento del fatto⁸⁷.

L'approccio della Corte Edu è senza dubbio apprezzabile in quanto tenta di porre un argine al potere di realizzare filmati nei luoghi di lavoro bilanciandolo con il contrapposto diritto alla riservatezza dei dipendenti; tuttavia, tale orientamento non è esente da criticità.

⁸⁰ Cfr. Cass., sez. II, 25 novembre 2009, n. 47429, in *Dir. e prat. lav.*, 2010, 8, 451.

⁸¹ Cfr. Cass., sez. II, 25 novembre 2009, n. 47429, cit.

⁸² Cfr. Cass., sez. V, 1 giugno 2010, n. 20722, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 85.

⁸³ Cass., sez. III, 15 dicembre 2006, n. 8042, in *CED Cass.*, n. 236077; Cass. 26 marzo 2008, n. 26597, in *Dir. e prat. lav.*, 2009, 5, p. 317; Cfr. Cass., sez. II, 25 novembre 2009, n. 47429, cit.; Cass., sez. V, 1° giugno 2010, n. 20722, cit.; Cass., sez. V, 12 luglio 2011, n. 34842, in *Cass. pen.*, 2012, 4, p. 1432, Cass., sez. II, 26 gennaio 2015, n. 2890, in *CED Cass.*, n. 262288; Cass., sez. II, 30 gennaio 2018, n. 4367, in *Guida dir.*, 2018, 9, p. 23. In dottrina A. Camon, *Captazione di immagini*, cit., p. 138; R. Cantone, sub art. 234, cit., 1599; N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, cit., p. 146.

⁸⁴ G. Vidiri, *I controlli difensivi: ovvero il bilanciamento degli interessi nel "nuovo" art. 4 statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 11, p. 740.

⁸⁵ P. Tullini, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, p. 89.

⁸⁶ Cass., sez. II, 25 novembre 2009, n. 47429, cit.

⁸⁷ Corte e.d.u., 9 gennaio 2018, Lopez Ribalda e altri c. Spagna.

Subordinare l'utilizzabilità nel processo delle riprese audiovisive all'esistenza di concreti sospetti di condotte illecite determina difficoltà notevoli nell'accertamento di siffatto presupposto se si considera che il controllo posto in essere dal datore di lavoro si fonda su una presunzione di legittimità⁸⁸ (anche ai sensi del novellato art. 4 st. lav.) a realizzare un controllo dei propri dipendenti.

Diverso invece il discorso circa l'obbligo di avvisare preventivamente i lavoratori dell'impiego di telecamere.

La normativa giuslavorista prevede un *iter* procedurale a vari livelli, che subordina l'impiego di impianti audiovisivi all'accordo con rappresentanze sindacali o, in mancanza, al permesso dell'Ispettorato del lavoro⁸⁹.

Tuttavia, secondo il prevalente indirizzo esegetico, l'osservanza della normativa di settore ha rilievo meramente civilistico e nel caso in cui il sistema di videosorveglianza sia installato senza l'esperimento della procedura indicata dall'art. 4 st. lav. non vi è alcun divieto probatorio ostativo all'utilizzo nel processo delle videoriprese⁹⁰. Si tratta di conclusione che deriva dal medesimo postulato sopra riferito, secondo cui un risultato probatorio derivante dalla violazione di una regola sancita da un settore non processuale dell'ordinamento fa salva l'utilizzabilità, eccetto la violazione di norma penale sostanziale.

L'orientamento sembra porsi in contrasto da un lato con i più recenti moniti della Corte di Strasburgo⁹¹ e con il dato normativo che prevede il rispetto della procedura enucleata dall'art. 4 st. lav. anche con riferimento ai c.d. "controlli difensivi"; va, inoltre, osservato che proprio l'avvertimento preventivo circa l'impiego di telecamere potrebbe costituire un deterrente per la commissione di illeciti da parte dei lavoratori.

In tale prospettiva il giudice dovrebbe verificare *ex post* la legittimità dei controlli posti in essere dal datore di lavoro per poter acquisire ai fini probatori i risultati delle videoriprese, in tale accertamento deve inevitabilmente considerarsi che l'uso di impianti audiovisivi può essere giustificato non solo dalla necessità di difendere gli interessi del datore di lavoro (secondo alcuni, ai sensi dell'art. 52 c.p.⁹²), ma anche dal più generale e preminente interesse della collettività alla prevenzione ed accertamento delle condotte delittuose.

⁸⁸ Cfr. L. Califano-V. Fiorillo, *Videosorveglianza*, cit., p. 526.

⁸⁹ Cfr. art. 4, commi 1 st. lav. che consente l'installazione di impianti di ripresa audiovisiva «[...]» previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione delle sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell'Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi.»

⁹⁰ Cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 25 novembre 2009, n. 47429, cit.; Cass., sez. II, 30 gennaio 2018, n. 4367, cit.; *contra* P. Tullini, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, p. 89 secondo cui la sorveglianza per fini difensivi «non potrebbe essere sottratta all'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, st. lav., che esige una preventiva verifica, sindacale o amministrativa, sul fondamento e sulle modalità di esercizio del potere attraverso mezzi tecnologici».

⁹¹ Corte e.d.u., 9 gennaio 2018, Lopez Ribalda e altri c. Spagna, cit.

⁹² G. Vidiri, *I controlli difensivi: ovvero il bilanciamento degli interessi nel "nuovo" art. 4 statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 11, p. 740.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2018

Analisi e prospettive

Analysis and Prospects

FILIPPO GIUNCHEDI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma

Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale

The referall process and the renewal of the trial inquiry

Il saggio tratta della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio che presenta aspetti peculiari rispetto alla disciplina prevista dall'art. 603 c.p.p.

The essay deals with the renewal of the trial inquiry in the referall process that presents distinctive features peculiar aspects with regard to the discipline foreseen by the art. 603 c.p.p.

PREMESSA SISTEMATICA

La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio¹ costituisce un segmento eventuale di un istituto dotato di disciplina autonoma², costituito dalla sommatoria e sovrapposizione delle regole tipiche della fase e del grado in cui si svolge, del *dictum* stabilito nella declaratoria di annullamento della Cassazione e dei principi specificamente scanditi per il giudizio di rinvio³. Si tratta di una necessaria integrazione del giudizio di cassazione⁴ qualora l'annullamento imponga la prosecuzione del giudizio⁵ e che, il più delle volte, costituisce il profilo operativo di quell'inscindibilità tra fatto e diritto che caratterizza il giudizio di legittimità⁶ con i ben noti limiti legati alla preclusione per la Corte di cassazione verso la ricostruzione dinamica del fatto alla quale assolve proprio il giudizio di rinvio. Istituto quest'ultimo che prevede un'ipotesi speciale di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale⁷ secondo le cadenze dettate dall'art. 627, comma 2, seconda parte, c.p.p.: «se è annullata una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione».

La constatazione che *ictu oculi* emerge è l'automaticità con cui, nell'ottica del legislatore, deve operare l'istituto poiché in presenza dell'istanza delle parti e la rilevanza dei mezzi di prova il giudice è tenuto a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Sembrerebbe, quindi, che non rilevi la tipologia del vizio della decisione annullata e che il giudice del rinvio risulti "svincolato" dagli snodi motivazionali della decisione della Suprema Corte. Vedremo successivamente che questa "libertà" (normativamente consentita dall'espressione «stessi poteri» di cui al primo periodo dell'art. 627, comma 2, c.p.p.) ha paratie "elastiche" che, diversamente da quanto appare dalla lettura del testo normativo, si ampliano o restringono in funzione del vizio per il quale è stata cassata la decisione⁸.

¹ Giudizio che, per dirla con G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1928, p. 1064, costituisce una «fase per sé stante del rapporto processuale avente ad oggetto la sostituzione d'una nuova statuizione a quella cassata dal giudice di appello da parte di un giudice diverso ma d'ugual grado».

² In tale prospettiva, per tutti, F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, Cedam, 2002, p. IX.

³ Così M. Petrini, *Giudizio di rinvio*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Agg., Torino, Utet, 2014, p. 287.

⁴ G. Bellavista, *Corte di cassazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 849.

⁵ Il termine è attribuibile a E. Amodio, *Rinvio prosecutorio e reformatio in pejus*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 544, il quale esclude una configurazione unitaria del rinvio, dovendolo distinguere a seconda che abbia una funzione prosecutoria o restitutoria.

⁶ D. Siracusano, *I rapporti tra «cassazione» e «rinvio» nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 101.

⁷ F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, cit., p. 8.

⁸ C. Fiorio, *La prova nel giudizio di rinvio*, in A. Gaito (diretto da), *La prova penale*, II, Torino, Utet, 2008, p. 960.

Maggiori aspetti problematici si avvertono in ipotesi di annullamento parziale in quanto la cognizione del giudice del rinvio risulta circoscritta alle sole parti del provvedimento oggetto di annullamento e a quelle che si trovano in connessione essenziale con la parte cassata in ottemperanza ai principi preclusivi del c.d. giudicato progressivo⁹.

Ma lungi dall'indugiare su questioni sulle quali torneremo più diffusamente in seguito, l'aspetto che è opportuno segnalare fin d'ora è legato alla specialità che connota la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio. Il concetto di specialità¹⁰ che ammantava tanto il giudizio rescissorio in generale che la relativa appendice istruttoria, dota l'istituto di quella "qualità" che costituisce l'essenza della specialità, intesa come deroga alla disciplina ordinaria in vista di un obiettivo specifico concretizzantesi nell'adattare la forma al risultato da conseguire. Aspetto questo ben fotografato nella Relazione al progetto preliminare al codice di rito secondo cui «rispetto alla prova risulta così differenziata diversamente da quanto accade nel codice vigente la posizione delle parti nel giudizio di rinvio rispetto a quello di appello. In questo il diritto alla prova è limitato perché, se non si tratta di prova sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado, il giudice è tenuto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo se non si ritiene in grado di decidere allo stato degli atti, mentre nel giudizio di rinvio riprende pieno vigore il diritto alla prova senza possibilità per il giudice di negare la rinnovazione ritenendosi in grado di pervenire alla decisione sulla sola base degli atti. Si è voluto così evitare che il giudizio di rinvio nei limiti in cui impone una rivalutazione del merito, si risolva come accade

⁹Cass., sez. un., 23 novembre 1990, Agnese, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 728, ha chiarito che «con il termine "parti della sentenza" l'art. 545 c.p.p. 1930 (norma integralmente riprodotta nell'art. 624 c.p.p. 1988) ha inteso, dunque, fare riferimento a qualsiasi statuizione avente un'autonomia giuridico-concettuale e, quindi non solo alle decisioni che concludono il giudizio in relazione ad un determinato caso di imputazione, ma anche a quelle che nell'ambito di una stessa contestazione individuano aspetti non più suscettibili di riesame: anche in relazione a questi ultimi la decisione adottata, benché non ancora eseguibile, acquista autorità di cosa giudicata, quale che sia l'ampiezza del relativo contenuto». Principio che ha registrato un successivo sviluppo in altra decisione a Sezioni unite, nella quale si è chiarito come «anche nel giudizio penale il giudicato può avere una formazione non simultanea, bensì progressiva: ciò avviene sia quando una sentenza di annullamento parziale viene pronunciata nel processo cumulativo e riguarda solo alcuni degli imputati ovvero alcune delle imputazioni, sia quando detta pronuncia ha ad oggetto una o più statuizioni relative ad un solo imputato e ad un solo capo di imputazione, ché anche in tal caso il giudizio si esaurisce in relazione a tutte le disposizioni non annullate; ne consegue che la competente autorità giudiziaria può legittimamente porre in esecuzione il titolo penale per la parte divenuta irrevocabile, nonostante il processo, in conseguenza dell'annullamento parziale, debba proseguire in sede di rinvio per la nuova decisione sui capi annullati» (Cass., sez. un., 9 ottobre 1996, Vitale, in *Giur. it.*, 1997, II, c. 252). La "trilogia" si è poi conclusa con il sancire l'irrelevanza della causa di non punibilità nel giudizio di rinvio: «Qualora venga rimessa dalla Corte di cassazione al giudice di rinvio esclusivamente la questione relativa alla determinazione della pena, il giudicato (progressivo) formatosi sull'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato, con la definitività della decisione su tali parti, impedisce l'applicazione di cause estintive sopravvenute all'annullamento parziale. Nell'occasione la Corte ha precisato che la possibilità di applicare l'art. 129 c.p.p. in sede di rinvio, in particolare con riferimento a cause estintive sopravvenute all'annullamento, sussiste solo nei limiti della compatibilità con la decisione adottata in sede di legittimità e con il conseguente spazio decisorio attribuito in via residuale al giudice di rinvio, e che, formatosi il giudicato sull'accertamento del reato e della responsabilità dell'imputato, dette cause sono inapplicabili non avendo possibilità di incidere sul *decisum*» (Cass., sez. un., 26 marzo 1997, Attinà, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2684).

A distanza di qualche anno sempre le Sezioni unite hanno precisato che «poiché la cosa giudicata si forma sui capi della sentenza (nel senso che la decisione acquista il carattere dell'irrevocabilità soltanto quando sono divenute irretrattabili tutte le questioni necessarie per il proscioglimento o per la condanna dell'imputato rispetto a uno dei reati attribuitigli), e non sui punti di essa, che possono essere unicamente oggetto della preclusione correlata all'effetto devolutivo del gravame e al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni, in caso di condanna la mancata impugnazione della ritenuta responsabilità dell'imputato fa sorgere la preclusione su tale punto, ma non basta a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata, quando per quello stesso capo l'impugnante abbia devoluto al giudice l'indagine riguardante la sussistenza di circostanze e la quantificazione della pena, sicché la *res iudicata* si forma solo quando tali punti siano stati definiti e le relative decisioni non siano censurate con ulteriori mezzi di gravame. Ne consegue che l'eventuale causa di estinzione del reato deve essere rilevata finché il giudizio non sia esaurito integralmente in ordine al capo di sentenza concernente la definizione del reato al quale la causa stessa si riferisce» (Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2967).

Per ulteriori meditate riflessioni v., per tutti, G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 27.

¹⁰F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, cit., p. 14, spiega: «Se, infatti, la disciplina di un procedimento speciale si limita a regolare certi rapporti in forma derogatoria rispetto ad una previsione omnicomprendente, in mancanza di tale forma derogatoria il procedimento non risulterebbe indifferente al diritto ma sarebbe assoggettato alle regole generali. Ed è ormai pacifico che ricorre la norma speciale od eccezionale in tutti quei casi in cui la norma meno ampia invece di aggiungere alla disciplina generale ad essa sottrae rapporti regolandoli diversamente», come si verifica nei procedimenti speciali disciplinati dal Libro VI del codice di rito, ove non può certamente parlarsi in termini di specialità in quanto la deroga al modello ordinario non offre certo una maggiore qualità al giudizio.

prevalentemente nel sistema vigente in un giudizio esclusivamente cartolare»¹¹.

Comunque, a fronte di una disciplina che amplia i poteri delle parti sul piano probatorio, è necessario parametrare questo diritto al presupposto richiesto per il relativo esercizio, vale a dire la rilevanza ai fini della decisione.

I «POTERI» DEL GIUDICE DEL RINVIO IN ORDINE ALLA PROVA

L'annullamento da parte della Cassazione determina la regressione del procedimento ad un grado antecedente e nello specifico a quello in cui si è verificata la causa che ha determinato il rinvio. Il processo deve quindi ripartire da quello stadio secondo la disciplina che lo presiede e, nell'ambito del procedimento finalizzato ad accertare la responsabilità dell'imputato, quella del primo o del secondo grado¹². Nell'ipotesi in cui sia stata annullata una sentenza di appello mutano i presupposti per dar luogo in sede di rinvio alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale che, come visto, opera secondo scadenze differenti rispetto a quelle previste per il giudizio di secondo grado, disciplinate dall'art. 603 c.p.p., tanto che icasticamente si è detto che ci si trova al cospetto di un «espresso segnale normativo che orienta il giudizio di rinvio verso un alto tasso istruttorio»¹³.

Ma non è tutto, in quanto, come è stato anticipato, la tipologia del vizio per il quale è stata annullata la decisione segna i confini del giudice del rinvio, il quale, seppur abbia gli stessi poteri di quello che ha emesso il provvedimento annullato, non ripete la fase precedente in ragione del «vasto panorama dei possibili giudizi rescissori»¹⁴. Infatti, sono differenti le ipotesi di annullamento per vizio di motivazione ed *error in procedendo* da quelle in cui vi sia stata un'erronea applicazione della legge penale relativamente ad una ricostruzione della vicenda ritenuta dalla Cassazione indenne da vizi motivazionali sul piano fattuale.

In chiave di metodo deve darsi atto di come il legislatore nel strutturare il giudizio di rinvio abbia inteso seguire un modello che assicuri continuità tra il giudizio rescindente e quello rescissorio di modo che «il secondo debba essere fondato sui risultati del primo»¹⁵.

Nello specifico, in caso di annullamento per vizio di motivazione, il giudice del rinvio è libero di valutare le questioni di merito mediante una nuova e completa disamina del materiale probatorio con l'unico limite di non ripetere i vizi argomentativi del giudice la cui sentenza è stata cassata.

Diversa è l'ipotesi di annullamento per *error in procedendo* poiché l'errore può dar luogo all'invalidità degli atti consecutivi, di modo che nel giudizio rescissorio il giudice disporrà degli stessi poteri istruttori di cui godeva il primo giudice, come si verifica allorché l'annullamento sia stato disposto accogliendo un ricorso per il caso di cui all'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.

Completamente differente, come anticipato, è la posizione del giudice di rinvio qualora l'annullamento sia stato disposto a seguito di ricorso che abbia censurato la decisione impugnata ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p. Ferma la *quaestio facti*, egli si troverà ad operare esclusivamente in merito all'ortodossa applicazione o interpretazione della legge penale sostanziale, vedendosi delimitati anche i poteri istruttori.

Apparentemente meno problematica risulta l'interpretazione in riferimento ai profili probatori di sentenza cassata per mancata assunzione di prova decisiva ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p. posto che in questa ipotesi è la Cassazione stessa la quale, disponendo il rinvio, impone che nel giudizio rescissorio si colmi la piattaforma probatoria con il mezzo di prova non ammesso. E ciò ovviamente vale anche in quello che costituisce un caso di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale "obbligatoria" ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. relativamente all'appello del p.m. avverso sentenza di proscioglimento per essere stata ritenuta non attendibile la prova dichiarativa¹⁶. Nel paragrafo successivo si tratterà dei profili di criticità di questa peculiare ipotesi.

¹¹ Relazione al progetto preliminare al Codice di procedura penale, 1988, p. 200.

¹² M. Petrini, *Giudizio di rinvio*, cit., p. 296.

¹³ F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3513. Analogamente M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, Padova, Cedam, 2012, p. 106, il quale spiega come alle parti sia restituito un potere dispositivo che non soffre delle limitazioni previste per il giudizio di appello.

¹⁴ Così, esattamente, M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 66.

¹⁵ G. Canzio, *Il ricorso per cassazione*, in M.G. Aimonetto (coordinato da), *Le impugnazioni*, in M. Chiavario-E. Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 2005, p. 521.

¹⁶ Su questo aspetto specifico v. i commenti di P. Bronzo, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*,

Un ruolo fondamentale nel giudizio di rinvio è dettato dal principio enunciato dalla Corte di cassazione allorché annulla con rinvio la decisione impugnata. In questo caso operano in combinato disposto due principi: quello secondo cui «nel caso di annullamento con rinvio, la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi» (art. 173, comma 2, disp. att. c.p.p.) e quello per il quale «il giudice di rinvio si uniforma alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa» (art. 627, comma 3, c.p.p.).

Si è visto come in realtà la tipologia dell'errore rilevato dalla Cassazione (ad esempio in caso di vizio di motivazione) non incide sempre sul principio di diritto, tanto da non essere specificamente indicato, lasciando ampia libertà al giudice del rinvio che dovrà avere l'accortezza di non incorrere nei medesimi vizi che connotano la decisione cassata. In altre ipotesi, invece, la Suprema Corte fornisce indicazioni o prescrive nuovi apprezzamenti così incisivi e vincolanti che lasciano ben poco spazio valutativo al giudice del rinvio¹⁷, tanto che si è icasticamente affermato come «molte volte la Cassazione decide il verdetto e lo lascia scrivere al giudice di rinvio»¹⁸.

LA "LATITUDINE" DELLA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE

Premettendo che i poteri probatori delle parti mutano a seconda che il giudizio di rinvio operi in primo o secondo grado (poiché se nel primo caso «vi sarà una celebrazione *ex novo* secondo le regole sue proprie»¹⁹, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di sentenza di appello il limite per l'accrescimento della piattaforma probatoria è costituito dalla rilevanza a fini della decisione) l'aspetto che preliminarmente occorre chiarire è rappresentato dalla valutazione in termini di ammissibilità del mezzo di prova che il giudice del rinvio deve effettuare.

Sebbene appaia indubitabile che il vaglio da effettuarsi debba porsi in termini di rilevanza²⁰ rispetto ai capi e punti della sentenza la cui cognizione è demandata in sede rescissoria, una frangia giurisprudenziale ritiene che «il giudice di rinvio, a meno che l'annullamento della sentenza sia stato disposto proprio a tal fine, non è tenuto a disporre la rinnovazione del dibattimento ogni volta che le parti ne facciano richiesta. I poteri di rinnovazione, in vero, sono sostanzialmente uguali a quelli che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, con l'ulteriore precisazione che la prova da assumersi nella eccezionale ipotesi di nuova istruttoria dibattimentale, oltre che indispensabile per la decisione ai sensi dell'art. 603 c.p.p., deve anche essere "rilevante", come prescritto dal comma 2, ultima parte, dell'art. 627 c.p.p.»²¹. Questa pronuncia, seppur sorprendente in quanto tende a porsi in controtendenza con la specialità del giudizio di rinvio, non costituisce monade isolata poiché vi sono altri precedenti che addi-

in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017)*, Milano, Cedam, 2017, p. 409; L. Capraro, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 215; B. Nacar, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 314; L. Suraci, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Opedaletto, Pacini giuridica, 2017, p. 255. Ma ancor prima M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 112, il quale, richiamando l'orientamento interpretativo della Corte europea dei diritti dell'uomo (l'Autore fa riferimento alla nota sentenza Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011), spiega come «il giudice della "giusta" impugnazione per pronunciarsi deve, o almeno dovrebbe, avere avuto diretta conoscenza di tutte le prove».

¹⁷ M. Petrini, *Giudizio di rinvio*, cit., p. 298.

¹⁸ F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 862, al quale si rinvia per una ricca panoramica dei rapporti tra tipologia del vizio per il quale la decisione è stata annullata e relativi poteri del giudice nel giudizio rescissorio.

¹⁹ M. Petrini, *Giudizio di rinvio*, cit., p. 309; nei medesimi termini M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 107, il quale spiega come il contenuto dell'art. 627, comma 2, c.p.p. «si riferisce espressamente all'ipotesi di annullamento di sentenza di appello. Analoga disposizione, infatti, non appare necessaria per il primo grado in cui il giudizio di rinvio si svolge necessariamente con le forme per questo previste e, conseguentemente, con una nuova celebrazione del dibattimento».

²⁰ Nonostante alcuni autori richiamino anche il parametro della "pertinenza", per autorevole dottrina si tratta di aspetto pleonastico in quanto sinonimo di "rilevanza" [M. Nobili, sub art. 187, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 1990, p. 394].

²¹ Cass., sez. IV, 21 giugno 2005, Poggi, in *CED Cass.*, n. 232020; analogamente, Id., sez. II, 3 luglio 1995, D'Urzo, in *Cass. pen.*, 1997, p. 437.

rittura ritengono come «la previsione di un incondizionato potere probatorio delle parti in caso di “regressione” in appello, risulterebbe davvero eccentrica, tanto sul piano del sistema (il giudizio di rinvio, infatti, si configurerebbe sempre, agli effetti del diritto alla prova, come se fosse un giudizio di primo grado), che sul versante degli equilibri processuali (qualsiasi decadenza dalla prova sarebbe inspiegabilmente rimossa)»²².

L'iperbole esegetica si è spinta finanche a dichiarare inammissibile la rinnovazione istruttoria nel giudizio di rinvio a causa della carenza di attività difensiva posta in essere senza colpa dell'imputato nel precedente grado di giudizio²³.

Si tratta ovviamente di assunti non condivisibili, dovendosi obliterare il pensiero di accreditata letteratura secondo cui «il richiamo contenuto nell'art. 627, comma 2, c.p.p. al solo requisito della rilevanza individua quale paradigma normativo diretto a giudicare sull'ammissibilità della prova quello emergente dal combinato disposto degli artt. 190 e 495 c.p.p.»²⁴, così da non discriminare le ipotesi di rinvio avanti al giudice di primo o di secondo grado in modo da escludere l'ammissibilità solo per i mezzi di prova manifestamente irrilevanti, quale conseguenza dell'espansione del diritto alla prova rispetto a quanto avviene nelle ipotesi delineate dalla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello. Invero la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio assolve alla funzione di reintegrare le parti nel diritto alla prova (sopravvenuta o meno non importa (che non può essere negato dal giudice sulla scorta di una sua valutazione circa la decidibilità allo stato degli atti²⁵, criterio che è tipico della rinnovazione *ex art. 603 c.p.p.*, rispetto alla quale l'art. 627, comma 2, c.p.p. si pone in termini di specialità. La motivazione utilizzata per negare quest'allargamento delle paratie probatorie in sede di rinvio, vale a dire gli «stessi poteri» del giudice la cui decisione è stata annullata, costituisce argomentazione che nonostante appaia suggestiva, risulta facile da smentire sulla scorta degli elementi specializzanti costituiti proprio dalla previsione dell'art. 627, comma 2, seconda parte, c.p.p.²⁶. Il che non esclude come, fuori dalle ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale su richiesta di parte, il giudice del rinvio in sede rescissoria rispetto ad una sentenza di appello annullata possa immettere nel paniere probatorio prove *noviter productae* e *noviter repertae* che siano sfuggite all'iniziativa delle parti. In tali casi l'ammissione di detti mezzi di prova dovrà avvenire secondo i paradigmi modulari scanditi dall'art. 603, comma 3, c.p.p.²⁷.

I poteri di ammissibilità del giudice del rinvio risentono della natura della decisione annullata (di condanna o di assoluzione) in ragione dell'operatività del divieto di *reformatio in peius*²⁸ che va ricollegato alla facoltà per le parti di richiedere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. È naturale, infatti, che ben difficilmente potrà essere effettuata una scelta congiunta in ragione della specularità delle parti, portatrici di interessi antagonisti. Logica conseguenza di questa premessa è l'ipotizzare che il giudice del rinvio ammetta i mezzi di prova rilevanti anche considerando le conseguenze derivanti dal provvedimento di annullamento, nel senso che qualora la Cassazione abbia accolto il ricorso della pubblica accusa questa potrà chiedere ulteriori prove come del resto altrettanto potrà fare l'imputato. Qualora, invece, l'annullamento consegua all'accoglimento dei motivi dell'imputato, in ragione dell'operare

²² In questi termini un significativo snodo argomentativo di Cass., sez. II, 29 luglio 2007, Acampora, in *CED Cass.*, n. 237165.

²³ Cass., sez. VI, 19 dicembre 2011, n. 10542, in *CED Cass.*, n. 252014, relativa ad ipotesi in cui l'appellante aveva presentato una richiesta di rinnovazione dibattimentale per offrire una prova sulla sussistenza dello stato di necessità, resa impossibile in primo grado per la mancata conoscenza della fissazione del giudizio dovuta a responsabilità del difensore di fiducia.

²⁴ F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3515.

²⁵ Cass., sez. V, 29 settembre 2004, Lepore, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 712.

²⁶ F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3516; analogamente M. Petrini, *Giudizio di rinvio*, cit., p. 296, per il quale «già la formulazione legislativa (“stessi poteri”) lascia intendere chiaramente che non vi può essere alcuna equiparazione fra le rispettive posizioni del giudice “annullato” e del giudice del conseguente rinvio».

²⁷ Cass., sez. VI, 2 novembre 2004, Taurino, in *CED Cass.*, n. 230654, secondo cui «il giudice di appello che in sede di rinvio proceda alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, ha il potere di disporre d'ufficio, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., l'ammissione di nuove prove, atteso che l'art. 627, comma 2, c.p.p. non costituisce norma derogatoria rispetto a quella ordinaria di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p. riguardante la rinnovazione ufficiosa dell'istruttoria dibattimentale propria del giudizio di appello».

²⁸ Fotografa esemplarmente la situazione C. Fiorio, *La prova nel giudizio di rinvio*, cit., p. 968, che spiega come «l'ambito conoscitivo del giudice di rinvio subisce l'influsso, più o meno diretto, di molteplici fattori, alcuni espressamente codificati nell'art. 627 c.p.p., altri enucleabili dal sistema. Tra questi ultimi, qualora il processo regredisca alla fase di appello, un ruolo centrale è ricoperto dal divieto di *reformatio in peius*».

del divieto di *reformatio in peius*, si profilerà un limite al potere decisorio del giudice del rinvio preclusivo all'ammissione dei mezzi di prova in contrasto con detto divieto²⁹.

L'aspetto merita di essere esaminato anche considerando la tipologia dell'annullamento, posto che alcuni autori ritengono che solo in ipotesi di annullamento in funzione prosecutoria potrà operare il divieto di *reformatio in peius*³⁰, ma non qualora il giudizio di rinvio abbia funzione restitutoria.

Nonostante l'operatività del divieto in discorso è opinione condivisa che non possa trovare limitazione il diritto alla prova contraria anche in ragione della lettura sistematica con l'art. 495, comma 2, c.p.p. che non è legato a valutazioni del giudice in merito alla manifesta irrilevanza o superfluità del mezzo di prova richiesto³¹.

Come anticipato è opportuno soffermarsi sui limiti entro cui può oscillare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in ipotesi di condanna per la prima volta in appello senza che sia stata disposta la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, attualmente imposta *per tabulas* (art. 603, comma 3-bis, c.p.p.). Lo specifico profilo merita di essere approfondito anche alla luce della decisione delle Sezioni unite "Troise" relativa all'ipotesi di rinnovazione istruttoria obbligatoria per l'imputato condannato in primo grado e prosciolto in appello. L'epilogo è noto, ovvero che diversamente dall'*overruling* proscioglimento/condanna³² non è prevista la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale³³ in forza del principio per cui solo la condanna richiede certezza, mentre per l'assoluzione è sufficiente anche il mero dubbio³⁴.

Questa decisione ha offerto lo spunto per effettuare delle valutazioni in ordine ad eventuali limiti per l'esercizio del potere probatorio in sede di rinvio³⁵. Infatti non necessariamente la valutazione in ordine alla rilevanza dei mezzi di prova da rinnovare mediante l'istruttoria in sede rescissoria deve essere confinata alla rilevanza delle prove prevista dall'art. 603 c.p.p.³⁶. Seguendo in maniera ortodossa la sistematica del giudizio di rinvio, ammantato da quella specialità che consente una maggiore espansione dei poteri delle parti, sembrerebbe che il perimetro probatorio della fase rescissoria possa essere allargato dando luogo, nel limite della rilevanza, ad un vero e proprio nuovo giudizio che non risenta neppure del divieto di *reformatio in peius* trattandosi di ipotesi in cui ad impugnare (*recte* appellare) è stato il p.m. L'impostazione ricordata suggerisce di valutare «se l'annullamento determini una sorta di "giudicato probatorio" che implichi la preclusione ad acquisire prove diverse da quelle dichiarative diversamente valutate, potenzialmente incidenti sulla riforma della sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado che ancora esiste dopo l'annullamento della pronuncia di condanna resa in appello. Si

²⁹ Così F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3517, il quale successivamente spiega come si sia «al cospetto di una "norma di genere" che specifica la sua disciplina in ragione del tipo di annullamento» (p. 3518).

³⁰ E. Amodio, *Rinvio prosecutorio e reformatio in peius*, cit., p. 543; A. Gaito, *Divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 1193.

³¹ Ampiamente sul tema M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 113. Nello specifico l'Autore ritiene che «una volta ritenuta pertinente e rilevante la prova principale il giudizio così effettuato si estende alla prova contraria. Alla valutazione originaria non può seguire, infatti, una diversa considerazione in relazione ad un argomento la cui verifica positiva determina la falsificazione della prova originariamente prodotta» (p. 117).

³² In ordine al quale cfr., rispettivamente in riferimento al giudizio ordinario e a quello abbreviato, Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *CED Cass.*, nn. 267486-91; Id., sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, *ivi*, nn. 269785-6.

³³ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in *www.archiviopenale.it*, secondo cui «nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice d'appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice d'appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 c.p.p.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado».

³⁴ Esemplarmente sul punto C. Santoriello, *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*, in *www.archivio penale.it*, 2014, n. 3.

³⁵ Sull'aspetto specifico N. Galantini, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 aprile 2018; e, più in generale, A. Gaito-E.N. La Rocca, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in F. Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018, p. 423; L. Capraro, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 217.

³⁶ N. Galantini, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, cit., p. 9, non nasconde «il dubbio che, al di là del principio di diritto vincolante sul piano riassuntivo della fonte dichiarativa, si possa dedurre dalla decisione di annullamento una valutazione già preconstituita di decisività della prova da riassumere che possa vincolare il giudice del rinvio».

dovrebbe in sostanza ripensare agli spazi istruttori del rinvio e, in base alla motivazione della sentenza annullata e ai motivi di ricorso, limitare l'acquisizione delle sole prove in relazione agli effetti derivanti dalla sentenza di annullamento, con chiusura alla eventualità di un ulteriore completo giudizio»³⁷.

LA RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA NEL GIUDIZIO DI RINVIO DERIVANTE DA RITO ABBREVIATO

Le questioni problematiche sinora trattate tendono ad amplificarsi qualora si intenda allargare la possibilità della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio derivante da processo celebrato nelle forme del rito abbreviato. Ciò, innanzitutto, per il «doppio regime di specialità che caratterizza gli istituti che si devono combinare in una disciplina unitaria»³⁸.

La compatibilità di un giudizio allo stato degli atti con un'integrazione della piattaforma probatoria non è mai stata ritenuta pacifica nonostante l'art. 599 c.p.p. non ponga dubbi al riguardo, dovendosi semmai individuarne i limiti. Ciò, peraltro, è stato avallato da Corte costituzionale³⁹ e Sezioni unite⁴⁰ che hanno specificato la necessità di utilizzare l'istituto della rinnovazione istruttoria compatibilmente con le caratteristiche proprie del rito speciale. Le metamorfosi dell'impianto del giudizio semplificato in discorso non hanno di certo sopito gli aspetti critici⁴¹, tanto che proprio di recente in riferimento all'ipotesi dell'obbligo di disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per condannare per la prima volta in appello l'imputato la giurisprudenza di merito⁴², nonostante l'*obiter dictum* delle Sezioni unite⁴³, ha ritenuto troppo "aperto" il tenore del nuovo art. 603, comma 3-bis, c.p.p. che non distingue tra giudizio celebrato nelle forme ordinarie e quelle dell'abbreviato, sollevando questione di legittimità costituzionale della norma in discorso per contrasto con gli artt. 111 e 117 Cost. sotto il profilo della ragionevole durata del processo (che verrebbe violata nel dar corso nei giudizi abbreviati di appello alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale), della costituzionalizzazione della deroga al contraddittorio per la prova a fronte della rinuncia dell'accusato e della ragionevolezza con cui si deve intendere la parità delle parti nel contraddittorio (nel caso della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, anche nei processi celebrati con il rito abbreviato, si altererebbe il sinallagma costituito dalla premialità in cambio della celerità), nonché in riferimento al controllo accentratore di costituzionalità spettante unicamente alla Consulta.

È indubbio, quindi, che muovendo da questi atteggiamenti di chiusura "esportare" l'art. 627, comma 2, c.p.p. al giudizio abbreviato non risulta semplice benché la norma non ponga distinzione alcuna tra giudizio ordinario e rito contratto⁴⁴.

In letteratura si è ritenuto di dover far prevalere la specialità del giudizio abbreviato⁴⁵ con la conseguenza di dar luogo alla rinnovazione istruttoria in sede rescissoria «ogni qualvolta l'integrazione probatoria abbia una direzionalità difensiva e comunque costituisca una correzione dell'inosservanza dell'obbligo di completezza delle indagini»⁴⁶.

La giurisprudenza, da parte sua, non è stata particolarmente prodiga di indicazioni in tal senso, limitandosi ad ammettere (prescindendo dai paradigmi modulari previsti per la rinnovazione dell'istru-

³⁷ N. Galantini, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, cit., p. 10, la quale prosegue spiegando che «più semplicemente, basterebbe allora sostenere che gli stessi poteri probatori sono quelli di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. come rivisitati dalle attuali Sezioni unite. Il che non implicherebbe una riduzione dei poteri valutativi e decisori del giudice di appello, immutati e pari a quelli del primo giudice, ma resettati sulla base delle sole dichiarazioni riassunte».

³⁸ In questi termini, con efficacia, F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3518.

³⁹ Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 470, in *Cass. pen.*, 1992, p. 901.

⁴⁰ Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2134.

⁴¹ Per approfondimenti non possibili in questa sede sia consentito il rinvio a F. Giunchedi, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, Milano, Cedam, 2018, p. 137.

⁴² App. Trento, 20 dicembre 2017, in *www.archiviopenale.it*.

⁴³ Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

⁴⁴ F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3520, ricorda che «il legislatore ha disciplinato la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale su richiesta delle parti con criteri di automatismo».

⁴⁵ M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 145.

⁴⁶ F.R. Dinacci, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, cit., p. 3522.

zione dibattimentale) l'integrazione della piattaforma probatoria con l'acquisizione di documenti ritenuti necessari quali sentenze e relazioni di servizio⁴⁷ oppure indagini dattiloscopiche⁴⁸.

LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE NEL GIUDIZIO DI RINVIO *DE LIBERTATE*

È condivisa l'idea che nel giudizio cautelare *de libertate*, il giudice del rinvio possa dar corso alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale⁴⁹ con quell'elasticità legata alla tipologia del vizio per il quale è stato accolto il ricorso che ha portato all'annullamento dell'ordinanza. La ragione di ciò è ravvisabile nell'identità di poteri che aveva il giudice il cui provvedimento è stato annullato [art. 623, comma 1, lett. a), c.p.p.] che consentono («nella misura in cui incidano sulla decisione devoluta all'esito del giudizio rescindente»⁵⁰) di integrare il quadro probatorio solo con gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini come prevede l'art. 309, comma 5, c.p.p.⁵¹.

Sebbene l'impostazione anzidetta risulti sistematicamente corretta non può disconoscersi come la giurisprudenza stia offrendo delle interpretazioni controcorrente consentendo l'introduzione di dati gnoseologici deteriori alla posizione dell'indagato, ritenendolo sufficientemente garantito con la possibilità di contraddire posta in capo alle parti⁵².

⁴⁷ Cass., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 37092, in *CED Cass.*, n. 253466, secondo cui «a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione, il giudice, nel giudizio abbreviato di appello, può acquisire i documenti ritenuti necessari (nella specie, sentenze e relazioni di servizio), anche se gli stessi erano già esistenti al momento della celebrazione del giudizio di primo grado, senza che sia nemmeno necessaria la rinnovazione dell'istruttoria, essendo sufficiente il previo contraddittorio fra le parti. (In motivazione, la Corte ha rilevato come per "prova nuova" debba intendersi ogni fonte di prova diversa rispetto a quella esistente agli atti del processo nel cui ambito il giudice esercita il potere integrativo)».

⁴⁸ Cass., sez. II, 1° ottobre 2013, n. 45329, in *CED Cass.*, n. 257498, chiara nello scandire come «in tema di giudizio abbreviato, al giudice di appello è consentito, a differenza che al giudice di primo grado, disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, potendo le parti solo sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di appello. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittima l'acquisizione del fascicolo integrativo delle indagini dattiloscopiche cui faceva riferimento un atto già presente nel fascicolo di primo grado)».

⁴⁹ C. Fiorio, *La prova nel giudizio di rinvio*, cit., p. 980; M.M. Monaco, *Il giudizio di rinvio. Struttura e logiche probatorie*, cit., p. 145.

⁵⁰ Cass., sez. VI, 18 novembre 2014, n. 18635, in *CED Cass.*, n. 269495. Conformemente Cass., sez. II, 12 marzo 2014, n. 16359, in *CED Cass.*, n. 261611.

⁵¹ Utili risultano gli approfondimenti di F.R. Dinacci, *Le «specialità» del giudizio di rinvio con particolare riferimento alle decisioni de libertate*, in *Giur. it.*, 1998, p. 339. Negli stessi termini G. Canzio, *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 516.

⁵² Cass., sez. VI, 28 novembre 2014, n. 51684, in *CED Cass.*, n. 261452, spiega che «nel giudizio di rinvio davanti al Tribunale del riesame, conseguente ad annullamento disposto dalla Corte di cassazione, possono essere introdotti elementi sopravvenuti anche sfavorevoli all'imputato, purché nel rispetto del contraddittorio ed entro i limiti segnati dalla pronuncia di annullamento. (Fattispecie relativa all'applicazione di misure cautelari personali)».

AUTORI | AUTHORS**Emma Avella**

Il passaggio in giudicato impedisce l'estensione dell'epilogo prescrittivo al coimputato non impugnante / *The force of 'res judicata' prevents the extension of the statute of limitations to the co-defendant not appealing* 734

Lorenzo Belvini

Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza / *Not investigative video footage and privacy protection* 797

Alessandro Bernasconi

Non punibilità per particolare tenuità del fatto e autonomia delle responsabilità dell'ente / *Causes of non-punishment (particular tenuousness of the crime) and corporate crime liability* 761

Guido Colaiacovo

Appunti sul ruolo dell'amministratore di sostegno nel processo penale / *Notes about the incapable's administrator role in the criminal trial* 723

Paola Corvi

Decisioni in contrasto 714

Giorgio Crepaldi

Corti europee / *European Courts* 697

Francesca Delvecchio

Corte costituzionale 705

Paola Garofalo

Sezioni Unite 710

Filippo Giunchedi

Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale / *The referall process and the renewal of the trial inquiry* 811

Elisa Grisonich

L'ultimo tassello in materia di preclusioni cautelari: una possibile interferenza del procedimento incidentale su quello di merito / *The last step in establishing precautionary estoppels: precautionary proceedings can affect the proceedings on the merits of the case* 746

Marco Lo Giudice

Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto di "doublejeopardy" europeo / *Integrated legal response in criminal and tax matters and compatibility of the art. 649 c.p.p. to the european "double jeopardy" prohibition* 771

Oliviero Mazza

Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni / *Legal amorphism and constitutional indifference in the new wiretapping's discipline* 683

Carla Pansini Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i>	690
Lorenzo Pulito <i>De jure condendo</i>	693
Cristiana Valentini <i>Minima immoralia: le ultime modifiche alla disciplina delle impugnazioni / Minima immoralia: the changes to the discipline of the procedures in appeal</i>	779
Francesco Vergine La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata / <i>The interception reform: a waltz of an unordered orchestra</i>	787

PROVVEDIMENTI | MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43	764
C. cost., sent. 26 aprile 2018, n. 88	708
C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91	706
C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 92	705
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 24 gennaio 2018, n. 3391	728
sentenza 3 aprile 2018, n. 14800	710
sentenza 5 aprile 2018, n. 15290	711
sentenza 9 maggio 2018, n. 20569	712
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione II, sentenza 18 ottobre 2017, n. 3314	744
Sezione III, sentenza 25 gennaio 2018, n. 3659	716
Sezione III, sentenza 28 febbraio 2018, n. 9072	759
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione II, sentenza 28 marzo 2018, n. 14320	714
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
Corte e.d.u., 13 marzo 2018, <i>Vilches Coronado e altri c. Spagna</i>	701
Corte e.d.u., 17 aprile 2018, <i>Uche c. Svizzera</i>	697
Corte e.d.u., 24 aprile 2018, <i>Bayard c. Olanda</i>	699
<i>Norme interne</i>	
Decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 51 «Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio»	690
Decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 54 «Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 17 ottobre 2017, n. 161»	692

De jure condendo

- Disegno di legge S. 23 «*Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*» 693
- Disegno di legge C. 305 «*Modifica all'art. 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per delitti sessuali contro i minori*» 695

MATERIE | TOPICS**Amministratori giudiziari**

- ◇ Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali (D.lgs. 18 maggio 2018, n. 54 «*Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 17 ottobre 2017, n. 161*») 692

Appello

- ◇ *Reformatio in melius* della sentenza di condanna: non è obbligatoria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800) 710

– giudizio di rinvio

- ◇ Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale / *The referall process and the renewal of the trial inquiry*, di Filippo Giunchedi 811

Applicazione della pena su richiesta delle parti

- ◇ Esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per delitti sessuali contro i minori (D.d.l. C. 305 «*Modifica all'art. 444 del codice di procedura penale, concernente l'esclusione dell'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti per delitti sessuali contro i minori*») 695

Archiviazione**– particolare tenuità del fatto**

- ◇ Il provvedimento di restituzione degli atti al P.M. per valutare la richiesta di archiviazione ex art. 131-bis c.p. non è abnorme (Cass., sez. un., 9 maggio 2018, n. 20569) 712

Contraddittorio (principio del)

- ◇ Principio del contraddittorio e dell'immediatezza in sede d'impugnazione (Corte e.d.u., 13 marzo 2018, *Vilches Coronado e altri c. Spagna*) 701

Dati personali (protezione dei)

- ◇ Attuazione della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio [D.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 «*Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*»] 690

Difesa e difensori

- ◇ La nomina del difensore di fiducia da parte dell'amministratore di sostegno dell'imputato (*Cass., sez. III, 25 gennaio 2018, n. 3659*), con nota di Guido Colaiacovo 716

Equo processo

- ◇ Diritto ad un processo equo e obbligo di motivazione (Corte e.d.u., 17 aprile 2018, *Uche c. Svizzera*) 697
- ◇ Diritto ad un processo equo, rinvio pregiudiziale e obbligo di motivazione (Corte e.d.u., 24 aprile 2018, *Bayard c. Olanda*) 699

Impugnazioni

- ◇ *Minima immoralia*: le ultime modifiche alla disciplina delle impugnazioni / *Minima immoralia: the changes to the discipline of the procedures in appeal*, di Cristiana Valentini 779

– effetto estensivo

- ◇ Le Sezioni Unite circoscrivono l'operatività dell'effetto estensivo (*Cass., sez. un., 24 gennaio 2018, n. 3391*), con nota di Emma Avella 728

Impugnazioni de libertate**– riesame**

- ◇ L'ordinanza del riesame che abbia annullato o revocato il sequestro conservativo è ricorribile dalla parte civile esclusivamente per violazione delle regole sul contraddittorio (*Cass., sez. un., 5 aprile 2018, n. 15290*) 711

Indagini preliminari**– dichiarazioni spontanee**

- ◇ Utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee rese in assenza del difensore (*Cass., sez. II, 28 marzo 2018, n. 14320*) 714

Intercettazioni di comunicazioni

- ◇ Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni / *Legal amorphism and constitutional indifference in the new wiretapping's discipline*, di Oliviero Mazza 683
- ◇ La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata / *The interception reform: a waltz of an unordered*, di Francesco Vergine 787

Messa alla prova

- ◇ L'istituto della messa alla prova supera il *test* di compatibilità con i principi supremi in materia penale (*C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91*) 706

Minori

- ◇ La rogatoria per l'audizione del minore in incidente probatorio fra tutela della vulnerabilità e rispetto del contraddittorio (*C. cost., sent. 27 aprile 2018, n. 92*) 705

Misure cautelari

- ◇ Il perdurante contrasto giurisprudenziale sull'operatività di una preclusione cautelare nel giudizio di merito (*Cass., sez. II, 18 ottobre 2017, n. 3314*), con nota di Elisa Grisonich 744

Ne bis in idem

- ◇ Quando vige un divieto di *bis in idem* se sugli stessi fatti è già stata applicata una sanzione in sede extrapenale? (*C. cost., sent. 2 marzo 2018, n.43*), con nota di Marco Lo Giudice 764

Processo**– irragionevole durata**

- ◇ La Consulta torna sulla legge Pinto: una nuova dichiarazione di illegittimità (*C. cost., sent. 26 aprile 2018, n. 88*) 708

Prove**– prove documentali**

- ◇ Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza / *Not investigative video footage and privacy protection*, di Lorenzo Belvini 797

Responsabilità degli enti

- ◇ La tenuità del fatto per l'imputato non preclude il processo all'ente (*Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072*), con nota di Alessandro Bernasconi 759

Revisione

- ◇ Revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*D.d.l. S. 23 «Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»*) 693