

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

4-2019

Comitato di direzione:

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

Digital evidence, cybercrime e giustizia penale 2.0
Digital evidence, cybercrime and criminal justice 2.0

Revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione
The review of the penal judgements which declares the extinction of Crime

La legge anticorruzione
The anti-corruption Law

Detenzione e tutela del diritto alla salute
Imprisonment and health right protection



G. Giappichelli Editore – Torino

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

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

4-2019

Comitato di direzione:

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



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

COMITATO DI DIREZIONE

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

NUCLEO DI COORDINAMENTO

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

RESPONSABILI DELLA REDAZIONE

Giuseppe Biscardi
Orietta Bruno
Laura Capraro
Ada Famiglietti

REDAZIONE

Teresa Alesci, assegnista di ricerca, Università della Campania L. Vanvitelli – *Gastone 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 – *Jacopo Della Torre*, assegnista di ricerca Università di Trieste – *Francesca Delvecchio*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Foggia – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rita Lopez*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paola Maggio*, ricercatore di procedura penale, Università di Palermo – *Antonio Pagliano*, ricercatore di procedura penale, Seconda Università di Napoli – *Giorgio Piziali*, magistrato – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Paolo Troisi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

PEER REVIEW

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

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

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

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

PEER REVIEWERS

Enrico Mario Ambrosetti, professore ordinario di diritto penale, Università di Padova
Giuseppe Bellantoni, professore ordinario di procedura penale, Università Magna Grecia di Catanzaro
Alessandro Bernasconi, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia
Piermaria Corso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale
Agostino De Caro, professore ordinario di procedura penale, Università del Molise
Mariavaleria del Tufo, professore ordinario di diritto penale, Università di Napoli SOB
Marzia Ferraioli, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata
Carlo Fiorio, professore straordinario di procedura penale, Università di Perugia
Novella Galantini, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale
Maria Riccarda Marchetti, professore ordinario di procedura penale, Università di Sassari
Oliviero Mazza, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Bicocca
Paolo Moscarini, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma LUISS
Angelo Pennisi, professore di procedura penale, Università di Catania
Tommaso Rafaraci, professore ordinario di procedura penale, Università di Catania
Antonio Scaglione, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo
Andrea Scella, professore ordinario di procedura penale, Università di Udine
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
Gianluca Varraso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Cattolica

Email per la corrispondenza: actis@giappichelli.it

Email dell'Editore: editoriale@giappichelli.it

Sommario

Editoriale | *Editorial*

SERGIO LORUSSO

Digital evidence, cybercrime e giustizia penale 2.0 / Digital evidence, cybercrime and criminal justice 2.0 821

Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> (JACOPO DELLA TORRE)	830
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (ELENA ZANETTI)	838
<i>De jure condendo</i> (LORENZO PULITO)	843
Corte europea dei diritti dell'uomo / <i>European Court of Human Rights</i> (MARCELLO STELLIN)	847
Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i> (GIORGIA PADUA)	856
Corte costituzionale (FRANCESCA DELVECCHIO)	858
Sezioni Unite (ROSA GAIA GRASSIA)	865
Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI)	870
Rassegna bibliografica / <i>Bibliographic Review</i> (MARILENA COLAMUSSI)	873

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

Natura ed effetti processuali del verbale redatto dal difensore in sede di investigazioni difensive

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 17 gennaio 2019, n. 2049 – Pres. Andreatza; Rel. Socchi 877

Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale? / *Private investigations: does the probative value postulate that the lawyer is a public official?* (FRANCESCA PROIA) 881

Conferma delle statuizioni civili ex art. 578 c.p.p. e ammissibilità della revisione

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 febbraio 2019, n. 6141 – Pres. Carcano, Rel. Beltrani 890

Sulla revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione che condannano al risarcimento del danno / *The review of the penal judgements which declares the extinction of crime with condemnation to compensation for the damages* (NATALIA ROMBI) 904

Il difficile rapporto tra confisca urbanistica e prescrizione del reato

Corte di cassazione, Sezione III, sentenza 7 febbraio 2019, n. 5936 – Pres. Rosi; Rel. Liberati 915

Confisca urbanistica e prescrizione del reato / *The urban planning confiscation and prescription of the crime* (RAFFAELE TECCE) 918

La notificazione dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p. non preclude al pubblico ministero la prosecuzione delle indagini, ma l'omessa discovery vanifica le nuove acquisizioni, ferma restando la validità dell'atto imputativo

Corte di Cassazione, Sezione V, 15 gennaio 2019, n. 7585 – Pres. Miccoli; Rel. Scarlini 928

Incompleta *discovery* al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite / *Incomplete discovery at the end of preliminary*

investigations: the Joint Chambers of the Court of Cassation should decide on the consequences (exclusion of evidence or nullity?) (STEFANO CIAMPI) 935

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

La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3 / *The new anti-corruption Law and the saving illusion of the Grand Inquisitor. Criminal law profiles of Law 9th January 2019, no. 3* (ALBERTO DE VITA) 947

La fine della prescrizione? / *The end of the statute limitations?* (ALESSANDRO MILONE) 970

Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario / *The Unprecedented Effects introduced by L. n. 3/2019 on the Penitentiary System* (PAOLO SCOTTO DI LUZIO) 977

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospectives*

Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue / *Lawful impediment of the defender: achieved objectives and remaining criticalities* (RITA LOPEZ) 992

Detenzione e tutela del diritto alla salute / *Imprisonment and health right protection* (ROSA MARIA GERACI) 1010

Indici | *Index*

Autori / *Authors* 1024

Provvedimenti / *Measures* 1025

Materie / *Topics* 1026

SERGIO LORUSSO

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia

Digital evidence, cybercrime e giustizia penale 2.0

Digital evidence, cybercrime and criminal justice 2.0

La rivoluzione digitale ha inciso profondamente sul processo penale e, in particolare, sull'orizzonte probatorio. Alla base, la possibilità di fruire di strumenti d'accertamento di grande efficacia ma, al contempo, di inconsueta invasività. Affrontare le numerose questioni che il "nuovo mondo" tecnologico suscita significa approcciarsi in maniera bilanciata al tema delle sinergie tra universi apparentemente inconciliabili. L'*iter* di adeguamento del nostro ordinamento alla nuova realtà è stato caratterizzato da ritardi e da scarsa consapevolezza delle peculiarità del fenomeno, che hanno prodotto adattamenti forzati di istituti tradizionali e supplenze (talora divenute derive) giurisprudenziali, nonostante gli inputs sovranazionali che – specie di recente – hanno mostrato di comprendere l'irrinunciabilità di una regolamentazione *ad hoc* della *digital evidence*, vero e proprio archetipo della "prova globale" che costituisce un dato fondante della giustizia penale 2.0. Da qui la necessità di un mutamento di prospettiva, di un cambio di passo che riconosca le ricadute in ambito processuale della società digitale, pervasiva ormai di ogni aspetto della vita quotidiana del terzo millennio.

The impact of digital revolution on criminal justice is strong, in particular on law of evidence. Basically, the chance to use investigation tools which are very effective but, at the same time, dangerously intrusive. Facing the numerous questions that the technological "new world" raises means approaching in a balanced way to the issue of synergies between apparently irreconcilable universes. The process of adapting the existing rules to the new reality was characterized by delays and scarce awareness of the issue, which have produced forced adaptations of traditional institutions and confused case law, despite the supranational inputs that – especially recently – have shown to understand the indispensability of a specific regulation of digital evidence, a true archetype of the "global evidence" which characterizes the criminal justice system 2.0. Hence the need for a change of perspective, to understand the impact of digital society on criminal justice.

*«Computers are incredibly fast, accurate and stupid;
humans are incredibly slow, inaccurate and brilliant; together they are powerful beyond imagination»*

UOMINI E MACCHINE DI FRONTE ALLA GIUSTIZIA PENALE

“I computer sono incredibilmente veloci, precisi e stupidi; gli esseri umani sono incredibilmente lenti, imprecisi e brillanti; insieme sono potenti oltre l'immaginazione”: l'affermazione, tradizionalmente (ed erroneamente) attribuita ad Albert Einstein ma presumibilmente ascrivibile all'economista statunitense Leo Cherne, può costituire un valido punto di partenza per affrontare la tematica delle interazioni tra rivoluzione digitale e sistema penale, nelle sue declinazioni sostanziali e processuali.

L'irruzione dell'universo informatico nella realtà quotidiana, difatti, ha determinato – al contempo – ricadute nel catalogo delle fattispecie penali (ampliandolo talora nel senso della specificazione di figure di reato esistenti e in altri casi originando nuove fattispecie in precedenza neanche ipotizzabili perché legate all'innovazione tecnologica) e riverberi nell'orizzonte probatorio, fornendo strumenti d'accertamento dall'inusitata efficacia ma dall'altrettanto inedita e non facilmente governabile invasività. Con tutto quello che ne consegue in termini di tutela (effettiva) delle garanzie individuali, presidio irrinunciabile almeno fino a che le stesse continueranno ad essere il perno attorno al quale gira il sistema giu-

stizia in ragione della sua vocazione liberale.

La citazione iniziale fornisce, o dovrebbe fornire, la traccia corretta – sotto il profilo concettuale e gnoseologico, prima ancora che giuridico – per affrontare e risolvere le delicate questioni che il “nuovo mondo” ad alto tasso tecnologico (e fortemente orientato verso la tecnocrazia) inevitabilmente pone. Perché le norme, com’è noto, non sono delle monadi, non vivono in maniera indipendente rispetto al contesto (sociale, politico e culturale) che le esprime. Anche in un’ipotetica società del futuro dominata da macchine create dall’uomo le regole rifletterebero la *Weltanschauung* condivisa (liberamente o forzatamente) dal relativo gruppo sociale, magari elaborata da un sistema binario sulla base di *bit*.

Da qui la necessità di fondere le peculiarità e le inclinazioni (verrebbe da dire, i talenti) di due universi apparentemente inconciliabili per trarne un valore aggiunto, quell’*upgrade* che potrebbe – e dovrebbe – fornire agli ingranaggi processuali strumenti in grado di migliorarne il funzionamento, senza per questo relegare nell’angolo il repertorio dei diritti e delle garanzie plasticamente scolpiti nella Carta fondamentale.

A patto, naturalmente, di non snaturare l’essenza dei singoli (e assai diversi) mondi né di oscurare l’inevitabile ed indiscutibile primato dell’uomo sulle macchine e – nello specifico – del diritto sulla scienza, che del primo – nell’area della giustizia penale – può essere un’ancella e non certo un *comodus discensus* per sottrarsi agli oneri che fanno capo al giurista e alle responsabilità di cui l’apparato giudiziario è investito proprio dal patto sociale.

Dell’esperienza digitale si sottolinea la velocità di calcolo e la precisione, certamente non eguagliabili da parte degli esseri umani, ritenuti però brillanti, creativi e intuitivi. L’ultima frontiera, com’è noto, è quella dell’intelligenza artificiale¹: fronte della ricerca attraverso cui si intende emancipare i *pc* dalla loro tradizionale “stupidità” per promuoverli a macchine pensanti in grado di affiancare, se non di superare, l’uomo. Il tutto, però, sempre sulla base di algoritmi che costituiscono la linfa (esclusiva) con cui si alimenta la sfera digitale. Ne scaturiscono temi e problematiche che investono non soltanto il terreno tecnico-scientifico ma anche la dimensione etica della conoscenza e dell’agire umani. Il sistema digitale è governato dai numeri ed è manipolabile, senza che spesso si sappia da chi (e perché); l’uomo è corrottilabile, ma risponde comunque in prima persona ed ogni azione è riferibile ad un soggetto determinato.

L’irrompere sulla scena dell’intelligenza artificiale, a sua volta, amplifica tali tematiche, esaltandone l’azzardo, nella prospettiva di un futuro – magari meno remoto di quanto oggi si possa immaginare e prevedere – nel quale la sostanziale equiparazione tra uomo e macchina delle rispettive potenzialità possa porre la questione del predominio dell’uno sull’altro. E, magari, far materializzare scenari finora esclusivo appannaggio della letteratura distopica e della cinematografia ispirata alla *science fiction* nei quali computer e replicanti dall’anima digitale binaria conquistino il potere sull’umanità riducendola in schiavitù.

COLPEVOLI RITARDI E INCERTEZZE NORMATIVE

L’era digitale esiste.

Ormai è una realtà, che si riverbera su ogni segmento della vita quotidiana, ed ignorarla sarebbe un errore. Occorre quindi collocarla in un contesto adeguato, che non stravolga l’essenza della giurisdizione. In questo, per la verità, il legislatore italiano raramente ha operato con tempestività, procedendo “a traino” e spesso solo quando necessitato dagli *inputs* di derivazione sovranazionale. Non regolamentare equivale a lasciar spazio a prassi devianti o ad improbabili letture giudiziarie più o meno marcatamente estensive della normativa vigente, piegata ad un adattamento forzato e spesso inadeguato imposto proprio dall’immobilismo del legislatore.

Paradigmatica è la vicenda relativa al captatore informatico, che solo con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, peraltro soggetto a un ininterrotto flusso normativo procrastinatore tuttora in corso, ha ottenuto un riconoscimento legislativo, non senza falle e deboli soluzioni foriere di dubbi e incertezze, che quantomeno – però – ha segnato i confini entro cui è possibile avvalersi di uno strumento investigativo tanto efficace quanto invasivo e in grado di frantumare la sfera personale di privacy, fornendone al con-

¹ Il tema, in realtà, è tutt’altro che nuovo, essendo stato scandagliato anche in Italia già sul finire del secolo scorso: si veda, in particolare, G. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto. Un’introduzione*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim*.

tempo un adeguato – pur se non del tutto soddisfacente – inquadramento sistematico² che supera la lettura giurisprudenziale secondo cui la captazione informatica altro non sarebbe se non un’“intercettazione ambientale itinerante”³ e dunque, in sostanza, un’intercettazione atipica priva di una sua autonomia concettuale.

Centrale, in questo ambito, è l’iter di ratifica della Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001, perfezionato con la l. 18 marzo 2008, n. 48⁴ (e dunque a distanza di oltre sette anni). Una Convenzione che, com’è noto, ha esplorato e regolamentato per la prima volta – tracciandone le coordinate fondamentali e scandendo così una *road map* indirizzata ai singoli ordinamenti nazionali – l’area dell’impiego *contra legem* dei sistemi informatici (nelle loro componenti *hardware* e/o *software*), quale fonte di illeciti penali, unitamente all’utilizzazione in chiave investigativa e probatoria delle tecnologie informatiche.

Quest’ultimo profilo si è andato a posizionare in un ambito segnato da un’ampia produzione giurisprudenziale, proliferata – come ricordato – a causa di una perdurante stasi legislativa, risoltasi peraltro con soluzioni normative poco coraggiose e alquanto adagate sull’esistente. Scelte che, sul piano sistematico (e non solo), si sono tradotte in “sotto-istituti” dotati di scarsa autonomia e, dunque, in figure prive di una loro pregnante identità, come invece la peculiarità e l’unicità della materia avrebbero richiesto.

Ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di comunicazioni: categorie tradizionali, collocate in un preciso e rigoroso recinto, sono state piegate per comodità, pigrizia e superficialità dei *conditores* – ma forse anche per una mancata (o quantomeno insufficiente) consapevolezza della novità e della rilevanza del fenomeno da normare – allo scopo di regolamentare strumenti investigativi e probatori la cui specificità, quanto meno in ragione delle caratteristiche esclusive del dato informatico (a partire dalla sua natura immateriale), avrebbe imposto una normativa anche concettualmente *ad hoc* in grado di assorbire i connotati di tali fonti di prova e di restituirli sotto forma di coerente architettura normativa⁵.

Evitando di far insorgere problematiche e di far emergere criticità probabilmente prevedibili, a partire dalla fase investigativa⁶ – ove la maggiore fluidità del dato probatorio comporta fatalmente un maggior grado d’incidenza sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, sia in chiave processuale che extraprocessuale – per giungere a quella dibattimentale, dove la dote ricevuta dal precedente stadio procedimentale è di per sé ricca di un patrimonio probatorio digitale, per sua natura formatosi in assenza di contraddittorio, spendibile per la decisione finale. Avrebbero dovuto essere sufficienti queste considerazioni a suggerire maggiore attenzione ed ocularità ad un legislatore che, invece, sembra sia stato colto di sorpresa dalla tempesta digitale.

Eppure l’interrelazione tra il mondo informatico e la giustizia penale non è comparsa all’improvviso, come un fulmine in una mattina di sole, se è vero che già nel 1989 il Consiglio d’Europa dettò delle *Raccomandazioni sulla criminalità informatica*⁷ dedicate proprio al *Cybercrime*, nelle quali le relative ipotesi di reato erano suddivise in liste, la prima delle quali conteneva le condotte “minime” rispetto a cui i singoli Stati non avrebbero dovuto esimersi dal prevedere l’incriminazione, a differenza della seconda nella quale rientravano una serie di comportamenti per i quali vi era un mero suggerimento a ricondurli nell’alveo degli illeciti penali. Si era agli albori della rivoluzione informatica, eppure si avvertiva già come pressante l’esigenza di reprimere condotte illecite rispetto alle quali, evidentemente, le tradizionali fattispecie non

²Prospettiva condivisa da M. Bontempelli, *Il captatore informatico in attesa della riforma*, in *Dir. pen. cont.* online, 2018, pp. 1-2, nel quadro di una più ampia riflessione tesa a far emergere i limiti della regolamentazione del captatore informatico indotta dalla “legge Orlando”.

³Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Dir. pen. cont.* online, 7 ottobre 2016, con nota di G. Lasagni, *L’uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”*, *ivi*.

⁴Per un’analisi globale dei contenuti della legge con cui il nostro ordinamento ha recepito la Convenzione di Budapest si rinvia ad AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (L. 18 marzo 2008, n. 48)*, a cura di L. Lupária, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*.

⁵Sulla stessa lunghezza d’onda le considerazioni di S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 3, che evidenzia il verificarsi di «uno stravolgimento degli impianti sistematici e della logica in cui sinora si è mossa la stessa costruzione teorica della materia, oltre che l’approccio concreto che ne è derivato».

⁶Si vedano le riflessioni svolte da E. Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in AA.VV., *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 135 s.

⁷Raccomandazione n. R (89) 9 del 13 settembre 1989 da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa.

potevano essere sufficienti e adeguate. I riverberi processuali sarebbero venuti successivamente.

Ma che il nostro legislatore si sia trovato impreparato oltre un decennio più tardi, quando la cultura digitale era ormai diventata una realtà, è sintomatico di come, da troppo tempo, chi si occupa della cosa pubblica sia attratto dalle contingenze e dai provvedimenti “ad effetto” piuttosto che coltivare un serio e responsabile atteggiamento teso a realizzare architetture normative quanto più possibile in grado di tutelare i cittadini e gli interessi comuni contestualizzandoli nel presente per far crescere, migliorandolo, l’impianto giuridico complessivo che della società è l’architrate⁸. E tale atteggiamento di “estraneità” rispetto alla tematica risulta essere persistente anche nei più recenti approdi normativi in tema di *trojan* prima richiamati, con una pervicacia che suscita da più parti interrogativi di non facile soluzione⁹. Attraversare il *mare magnum* digitale, viceversa, impone la conoscenza di dati metagiuridici¹⁰ senza dei quali un’adeguata lettura del fenomeno, funzionale alla sua regolamentazione, è pressoché impossibile e comunque foriera di fallacie e approssimazioni.

DIGITAL EVIDENCE TRA NOVITÀ E CRITICITÀ

Digital evidence è espressione – largamente condivisa a livello internazionale¹¹ – con la quale si racchiude all’interno di un’area omogenea l’insieme degli strumenti investigativi e probatori suscitati e alimentati dalla rivoluzione informatica. L’oggetto di prova (o di indagine), difatti, è indissolubilmente legato al mondo virtuale, non potrebbe esistere senza di esso, dal quale è stato generato e nel quale trova ospitalità.

Si tratta, peraltro, della prima area probatoria in assoluto nata e consolidatasi in un ambito sovranazionale: è la stessa impalpabilità della *digital evidence*, insieme all’assenza di coordinate spaziali – il suo formarsi in un “non-luogo” qual è il cyberspazio¹² – che contraddistingue il dato digitale ad aver imposto *ab initio* tale evoluzione (la mancanza di fisicità comporta giocoforza la necessità di superare i confini dei singoli Stati), consentendo presumibilmente a siffatta categoria di assurgere storicamente ad archetipo della “prova globale” destinata a contrassegnare il terzo millennio, diventandone il simbolo, così come in passato è accaduto, ad es., per la confessione e per la testimonianza, considerate le “prove regine” in un mondo nel quale l’uomo e la sua corporeità erano al centro della vita quotidiana¹³. Non è un caso che la tortura, degenerazione della prova dichiarativa in auge nel Medioevo, facesse leva sui corpi – dai quali si voleva “estrarre” l’anima dell’inquisito – per ottenerne risultati probatori.

Vi è anzi chi, in maniera estrema, profetizza una “dittatura” prossima ventura della *digital evidence*, un’epoca in cui assisteremo al monopolio delle fonti di prova digitali¹⁴. Scenario futuribile o improbabile

⁸Significativo, viceversa, è l’intuito – non solo giuridico – di chi è stato precursore nella percezione della rilevanza che tale ambito avrebbe assunto, proponendo una riflessione di taglio interdisciplinare: L. Lupária-G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

⁹G. Giostra-R. Orlandi, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, Giappichelli 2018, p. XI, sottolineano come non sia «facile capire il senso di questa riluttanza del legislatore ad affrontare i molteplici problemi di informatica forense, con l’ampiezza che avrebbe imposto la concreta applicazione delle nuove tecnologie all’indagine penale».

¹⁰V., in proposito, le incisive ed esaurienti riflessioni di S. Signorato, *Le indagini digitali*, cit., p. 9 s.

¹¹Per considerazioni lessicali sul ventaglio di formule adottate per descrivere il fenomeno e sulle ricadute definitorie, classificatorie e sistematiche (gravide di conseguenze sul piano applicativo) si rinvia a M. Pittiruti, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 6 s.

In precedenza, relativamente al concetto di *computer forensics*, anche in chiave ricostruttiva della sua evoluzione storica, v. G. Ziccardi, *L’origine della computer forensics e le definizioni*, in L. Lupária-G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, cit., p. 31 s.

¹²In questa direzione A. Ingrassia, *Il ruolo dell’ISP nel cyberspazio: cittadino, controllore o tutore dell’ordine? Le responsabilità penali dei provider nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., *Internet provider e giustizia penale*, a cura di L. Lupária, Milano, Giuffrè, 2012, p. 16 e 18-19.

¹³L. Luparia, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in L. Lupária-G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, cit., p. 127, lucidamente osserva come «le svolte epocali che lungo i secoli hanno interessato il rito penale assai di rado [siano] state registrate dagli interpreti del periodo con sollecitudine e immediatezza, giacché il vincolo della contemporaneità ha molte volte impedito di annotare tempestivamente le profonde trasformazioni che andavano producendosi».

¹⁴G. Ziccardi, *Informatica giuridica. Privacy, sicurezza informatica, computer forensics e investigazioni digitali*, vol. II, Milano,

le vaticinio? Sarà il tempo a dircelo, ma è certo che se pensiamo alla travolgente e inarrestabile corsa di cui è stato protagonista il mondo digitale, che ha finito per affiancarsi e fondersi con la realtà preesistente dando vita a un “mondo nuovo” fino a qualche decennio fa del tutto inimmaginabile, non possiamo ridurre a mere elucubrazioni le argomentate riflessioni di chi prova a vedere in proiezione gli assetti sociali derivanti dalla pervasività del fenomeno digitale – a partire dall’evoluzione del *web* 2.0 in *web* 3.0 – per coglierne le implicazioni sul piano processuale e in specie probatorio che di tali assetti sono il prodotto.

Ferme restando le specificità e l’autonomia di ciascun sistema processuale nazionale, la cui sovranità risulta ad oggi non essere messa in discussione nel pianeta della giustizia penale, una “prova globale” richiederebbe una regolamentazione universale che superi gli angusti limiti territoriali di ogni Stato e, comunque, è indubbio che la singolarità del *medium* pone proprio in materia probatoria una serie di problematiche inedite e di non facile risoluzione che dovranno inevitabilmente essere sviscerate.

Si pensi alla difficoltà di procedere al sequestro di dati informatici riconducibili a *server* operanti in altri Paesi, o gestiti a livello planetario in maniera impermeabile ad ogni ingresso non autorizzato, com’è accaduto nel caso della *Apple* per l’*iPhone* – il cui sistema “chiuso” impedisce ogni accesso – negli Stati Uniti d’America (2016), quando l’*FBI* ha chiesto all’azienda di Cupertino di accedere ai dati contenuti nel cellulare di un terrorista coinvolto nella strage di San Bernardino (2015) tramite una porta di accesso in grado di bypassare le tecniche di cifratura utilizzate da ogni *device* *Apple* a tutela della *privacy* dell’utente. Il telefono, infatti, era protetto da un codice *pin* a quattro cifre ed impostato per il *wiping* dei dati dopo dieci tentativi di inserimento errato del codice di blocco. La *Apple* rifiutò di fornire un apposito *software* di sblocco, adducendo ragioni di sicurezza e di protezione della sfera di riservatezza dei clienti, fiore all’occhiello delle sue politiche commerciali. Condotta innanzi al giudice che avrebbe dovuto dirimere la delicata questione, si trovò di fronte ad una richiesta di proroga formulata dall’*FBI* che affermò di aver trovato una terza parte in grado di sbloccare l’*iPhone* sequestrato. Qualche giorno più tardi l’*FBI* ritirò la richiesta presentata nei confronti della *Apple*, essendo riuscita ad ottenere lo sblocco del *device* e recuperato i dati aventi interesse investigativo.

Anche in Italia non mancano risvolti interpretativi legati alla penetrazione delle nuove tecnologie nel terreno ormai consolidato delle intercettazioni di comunicazioni (e, più in generale, delle captazioni di flussi verbali e telematici): più volte, infatti, la Corte di cassazione è intervenuta sul tema dell’acquisizione e dell’utilizzabilità di flussi di testo (c.d. *chat pin to pin*) scambiati tra soggetti mediante dispositivi *Blackberry* o applicazioni di messaggistica del tipo di *WhatsApp*, affermando che non è necessario ricorrere alla rogatoria internazionale poiché le comunicazioni avvengono in Italia, ritenendo ininfluenza la circostanza che per decriptare i dati identificativi dell’utente occorra avvalersi della collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all’estero¹⁵, e asserendo che sono utilizzabili le intercettazioni di *chat* protette da servizio *pin to pin* gestito da *server* situato all’estero (*WhatsApp*) senza avvalersi della rogatoria internazionale, proprio perché si tratta di dati registrati in Italia da impianti ubicati presso l’autorità giudiziaria (trasmessi dal gestore sulla memoria informatica di quest’ultimi) e, comunque, scambiati sul nostro territorio¹⁶.

In realtà tale lettura è tutt’altro che pacifica. Com’è stato opportunamente osservato, infatti, un siffatto approccio non tiene conto – anche per evidenti ragioni di semplificazione dell’*iter* procedimentale – delle specificità degli strumenti oggetto di captazione, che si riverberano sulle modalità esecutive delle operazioni certo non sovrapponibili a quelle tradizionali¹⁷. Le ricadute in tema di rispetto delle garan-

Giuffrè, 2012, p. 296.

Di “processo informatico”, non più assimilabile a un rito esoterico, parla A. Testaguzza, *Digital forensics. Informatica giuridica e processo penale*, Padova, Cedam, 2015, p. IX.

¹⁵ Così, con riferimento all’acquisizione di messaggi veicolati via *Blackberry*, Cass., sez. IV, 8 aprile 2016, n. 16670, in *C.E.D.* Cass., n. 266983.

Nella stessa direzione, in precedenza, Cass., sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39449, in *Arch. pen. web*, 2016, 1, con nota critica di L. Filippi, *Questioni nuove in tema di intercettazioni: quid iuris sul “pin to pin” dei blackberry? ibi*.

Senza dire, poi, dell’orientamento giurisprudenziale che ritiene riconducibile al *genus* prova documentale i dati delle *chat WhatsApp*: v., tra le tante, Cass., sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*.

¹⁶ Cass., sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 32146, *inedita*.

¹⁷ V., in proposito, S. Furfaro, *Le intercettazioni “pin to pin” del sistema blackberry, ovvero: quando il vizio di informazione tecnica porta a conclusioni equivocate*, in *Arch. pen. web*, 2016, 1; G. Pittelli-F. Costarella, *Ancora in tema di chat “pin to pin” su sistema telefonico*

zie difensive in ambito probatorio sono evidenti. Considerazioni dello stesso tenore valgono per l'intercettazione di comunicazioni effettuate via *Skype*¹⁸.

Efficacia delle investigazioni, rispetto della *privacy*, sorveglianza e sicurezza pubblica convergono in un *mix* dal quale è davvero arduo trarre una visione unitaria che soddisfi interessi fortemente contrapposti, componendoli in un *unicum*, senza ridurli a mere icone.

Che si tratti di mezzi "potenti", in grado di imprimere alle investigazioni – prima – e alla compattezza della base cognitiva messa a disposizione dell'organo giudicante – poi – accelerazione e spessore rispetto a vicende giudiziarie anche complesse, magari destinate a rimanere sospese nel limbo o a essere risucchiate dalle sabbie mobili della prescrizione, è indubbio. Attualmente sarebbe difficile (se non impossibile) farne a meno, specie tenuto conto dei reati commessi in rete il cui accertamento è concretamente possibile soltanto avvalendosi di strumenti che sulla rete incidono. Come per le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni, diventate fino a qualche anno fa il canale privilegiato di indagine, e non solo per i reati associativi e per quelli contro la pubblica amministrazione, la nuova frontiera oggi è data proprio dalla *digital evidence*. Tale primato, peraltro, è simmetrico alla *leadership* che i supporti informatici hanno conquistato nella vita di tutti i giorni, che si muove ormai in maniera disinvolta tra realtà fisica e realtà virtuale (e che vede quest'ultima conquistare sempre maggiori spazi).

Da qui l'esigenza di un'azione legislativa che non travolga le garanzie difensive, a partire dal momento – in quest'ottica centrale – della ricerca delle fonti di prova. Ancora una volta si intersecano qui nel dato positivo e nel diritto vivente commistioni di istituti, regolamentazioni carenti e prassi devianti. L'urgenza di pervenire a risultati concreti non deve tradursi in un oscuramento dei diritti di coloro che sono coinvolti – a vario titolo – in un procedimento penale.

E come se, facendo leva sulla (presunta) maggiore idoneità della tortura sotto il profilo probatorio di far emergere materiali cognitivi affidabili ed efficaci, e magari decisivi ai fini della risoluzione del caso giudiziario, se ne proponesse la (re)introduzione, dimentichi della grave lesione della sfera personale e della dignità umana che essa comporta (a prescindere dalla sua valenza gnoseologica). Ma anche di come la sua maggiore affidabilità, un dogma nei tempi in cui se ne faceva uso (e abuso), sia tutta da dimostrare. Simmetricamente, pur nell'assoluta consapevolezza dello iato esistente tra le due tipologie probatorie, si potrebbe evidenziare la tutt'altro che pacifica infallibilità e superiorità della *digital evidence*: se il dato digitale è neutro, infatti, il suo essere trattato dall'uomo comporta possibili alterazioni, manomissioni, cancellazioni, deterioramenti e finanche soppressioni (volontarie o meno che siano), che ne inficiano la genuinità compromettendo irrimediabilmente l'esito delle indagini, magari indirizzandole in direzioni sbagliate con conseguenze irreparabili per i singoli.

Da qui l'importanza di concentrare l'attenzione sulla catena di custodia, in quanto il dato digitale deve essere conservato accuratamente e richiede mani esperte per evitare che la sua (teorica) alta affidabilità si traduca in una trappola cognitiva per il giudice, alimentata dall'aura di invincibilità che la circonda in ragione della sua vagheggiata oggettività, con evidenti riflessi in punto di diritto di difesa.

Ecco perché è fondamentale il tema – comune alle varie declinazioni della prova scientifica – dei protocolli da elaborare, adottare e applicare in queste circostanze: tema, per la verità, pressoché ignorato nel nostro ordinamento, di tal che la *Chain of Custody* rappresenta molto spesso il tallone d'Achille di tale strumento cognitivo, depotenziandone – al di là dei proclami – l'incidenza nell'accertamento giurisdizionale. Dolosa o colposa che sia, difatti, la manipolazione del dato digitale produce sfiducia nei confronti di una fonte di prova che si ammanta di un peso specifico assai elevato. Perché al legislatore sia sfuggita – e continui a sfuggire – l'importanza di tale profilo nell'economia complessiva della prova scientifica non è dato sapere.

Sull'altro fronte si pone la questione della protezione dei dati individuali e della riservatezza individuale rispetto a strumenti la cui "aggressività" rispetto alla sfera intima e personale di ciascuno è dirompente e si traduce in una sorta di Grande Fratello, in grado di controllare tutto e tutti: i già noti fenomeni di invasione tentacolare del terreno delle conversazioni e delle comunicazioni – che non di rado coinvolgono persone del tutto estranee agli ipotetici reati oggetto delle indagini, la cui intimità viene duramente violata per essere poi divulgata dai *media* – si riproducono in maniera esponenziale. *Smartphone*, *pc*, *tablet* ed *e-mail*, in fondo, non sono altro che la versione contemporanea del diario, in

BlackBerry, *ivi*, 2016, 1; M. Trogu, *Come si intercettano le chat pin to pin tra dispositivi Blackberry?*, in *questa Rivista*, 2016, 3, p. 73 s.

¹⁸ Su tale profilo si rinvia a M. Trogu, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *questa Rivista*, 2014, 3, p. 102 s.

cui ciascuno un tempo annotava ciò che era accaduto nella giornata. Qualcosa di talmente coesenziale a ciascuno di noi, «una parte così pervasiva e insistente della vita quotidiana che il proverbiale visitatore di Marte potrebbe ritenere che si tratti di una caratteristica importante dell'anatomia umana»¹⁹. Un diario, però, di una precisione inaudita e millimetrica, che non scarta nulla riportando fotogramma per fotogramma la vita di ciascuno, e che – per questo – è paradossalmente meno attendibile del vecchio quaderno vergato a penna che della vita quotidiana riportava una sintesi ragionata. Ogni frammento può essere infatti estrapolato e, magari, interpretato in maniera fuorviante se scollegato dal contesto complessivo. Fenomeno già noto all'universo delle captazioni, ma che qui assume giocoforza una portata maggiore, risultando pericolosamente amplificato.

Il captatore informatico, attraverso l'installazione di un *malware* su un dispositivo elettronico remoto (fisso o mobile), consente di entrare nelle vite degli altri, raccogliendo non solo conversazioni vocali e digitali ma anche immagini statiche o in movimento della quotidianità, realizzando il grado massimo di intrusione nell'agire individuale. Quanto al *web*, è ambiente che stride con il diritto all'oblio, mettendo in quarantena il diritto alla reputazione di chi è stato coinvolto in un processo penale, e poi magari assolto o addirittura destinatario di un provvedimento di archiviazione. Oscurando, in definitiva, la piattaforma costituzionale che assicura ad ogni individuo la tutela della privacy e che ruota intorno all'art. 15 comma 1 Cost. il quale, non a caso, definisce come inviolabili – a conferma dell'inderogabilità di tale valore nell'architettura voluta dai Padri costituenti – la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

GIUSTIZIA PENALE 2.0

Mutuando l'espressione dal linguaggio informatico, ed adattandola all'universo giuridico, è possibile oggi parlare di *Giustizia penale 2.0*.

Di una giustizia, cioè, scandita dalle ricadute normative e applicative – ma anche concettuali – della digitalizzazione della società. Se ne è fornito fin qui un quadro, seppur parziale (e sintetico), con riferimento alle dinamiche probatorie, sicuramente le più importanti (e delicate) all'interno del processo penale.

L'area d'incidenza del *web*, di internet e dell'apparato informatico in genere (nelle sue componenti *hardware* e *software*), difatti, è assai più ampia e contribuisce a creare una sorta di struttura processuale parallela, naturalmente con molteplici intersezioni con l'assetto tradizionale e priva (allo stato) di una sua autonomia: una struttura verosimilmente destinata ad avere un peso sempre maggiore nell'economia complessiva del processo penale. A risentirne potrebbero essere proprio i canoni costituzionali, forse destinati – se non ad essere sovvertiti – ad essere rimodellati.

Contribuisce a tale rivoluzione sottile il c.d. "processo penale telematico", divenuto oramai una realtà. Certo, si tratta del profilo meno destabilizzante, destinato ad incidere fundamentalmente sui profili ordinamentali, ma sintomatico di un apparato giudiziario sempre più orientato alla smaterializzazione (un po' come sta accadendo, progressivamente, nella quotidianità di ciascuno di noi). Emergono anche in questo ambito le differenze (culturali e) strutturali con altri rami della giurisdizione, ove l'*iter* di digitalizzazione risulta più avanzato, che rendono più ardua la realizzazione di un progetto teso a digitalizzare una serie di dati e di flussi informativi alcuni dei quali coperti da segreto. Naturalmente tale itinerario pone questioni di non poco conto in relazione alla possibilità di penetrare nei sistemi informatici che conservano e gestiscono tali dati da parte di *hacker* che attraverso *malware* mettano a repentaglio il diritto alla riservatezza dei titolari dei dati medesimi e gli esiti stessi dell'attività investigativa in ragione di possibili fughe di notizie.

In ambito sovranazionale, poi, emerge una precisa linea di tendenza tesa ad implementare l'utilizzo dei dati digitali, in particolare nell'ambito della lotta ai crimini transnazionali, a partire proprio dalla succitata Convenzione di Budapest in materia di *Cybercrime* che può essere considerata l'apripista di una trama futuribile caratterizzata dal superamento del c.d. "modello Westfalia" (1648) – emblema sto-

¹⁹ La considerazione, tutt'altro che estemporanea e sopra le righe, è della Corte suprema degli Stati Uniti d'America che, nell'affermare la necessità di un mandato *ad hoc* (anche in caso di arresto) per procedere alla perquisizione di un telefonino, in una sentenza paradigmatica del 2014 relativa al IV Emendamento ha evidenziato come il novanta per cento degli americani lo possiede e che gli *smartphone* costituiscono «una parte pervasiva e onnipresente della vita quotidiana» contenente «una trascrizione digitale di ogni aspetto delle loro vite, dai più banali a più intimi» (Riley v. California, 573 U.S. _ (2014)).

ricamente indiscusso della nascita dello Stato assoluto e, dunque, di un riconoscimento “forte” della sovranità nazionale – e della quale si colgono tracce in ambito comunitario – non senza difficoltà di adeguamento alle peculiarità del dato cognitivo digitale – nella disciplina dell’ordine europeo di indagine penale (Direttiva 2014/41/UE, attuata nel nostro Paese dal d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108).

Più recentemente, in maniera pregnante ed organica, la Commissione europea ha presentato una proposta di Regolamento tesa ad istituire due inediti ordini europei volti alla produzione (OPE) ed alla conservazione (OCE) delle prove digitali in materia penale (COM (2018) 225 *final*) ed una proposta di Direttiva recante norme armonizzate sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell’acquisizione di prove nei procedimenti penali (COM (2018) 226 *final*)²⁰, da cui si evince la consapevolezza della crescente rilevanza della *e-evidence* e dell’urgenza di intervenire sul tema per evitare prassi approssimative – quando non improvvisate – spesso lesive dei diritti individuali.

La stessa elaborazione dottrinale, del resto, ha trovato nel *web* una collocazione naturale e sempre più prevalente rispetto al supporto cartaceo. Il fenomeno, com’è ovvio, non ha ricadute processuali ma è emblematico di un universo – anche giuridico – che ha virato inequivocabilmente verso un nuovo mondo, un’*archè* digitale.

Al “nuovo mondo” che si è aperto negli ultimi anni, in definitiva, non si possono chiudere le porte.

Occorrerà, invece, uno sforzo – si spera congiunto – degli studiosi, degli operatori e del legislatore che armonizzi la rivoluzione digitale con l’impianto processuale consolidato, nell’ottica – che non vuole apparire utopistica – di un umanesimo digitale (peraltro auspicabile in ogni ambito applicativo dell’informatica). Perché sicuramente assisteremo, nel medio-lungo periodo, ad un profondo e significativo mutamento di assetti oggi ritenuti intangibili.

Ai processualpenalisti il compito di non ammainare la bandiera di un processo garantito e di continuare ad agitare il vessillo dei diritti della persona (evitando però sterili contrapposizioni e rigide difese dell’esistente), che non devono essere scalfiti in nome di una giustizia digitale di sapore tecnocratico dimentica dell’uomo: sarebbe un paradosso, visto che è stato proprio l’uomo a creare l’universo digitale. Divenirne schiavo equivarrebbe evidentemente ad una beffa.

Ed allora, non si può che concludere con il pensiero di un filosofo cui tanto deve la scienza giuridica, Karl Popper, secondo il quale “solo il cervello umano può attribuire un senso alla cieca capacità dei calcolatori di produrre verità”. Come dire, in definitiva, che le sinergie tra uomini e macchine sono benvenute e possono produrre risultati un tempo impensabili, arricchire la nostra vita e migliorare anche il funzionamento del sistema giustizia; a patto, però, che – anche in tempi di intelligenza artificiale – siano i primi a guidare il funzionamento delle seconde e non viceversa e, dunque, a fissare gli obiettivi e a dettare le linee di condotta di un’interazione che costituisce il dato caratterizzante del terzo millennio.

²⁰ In maniera esaustiva, sul punto, si veda M. Gialuz-J. Della Torre, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Dir. pen. cont. online*, 2018, 5, p. 1 s.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Jacopo Della Torre

ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA (UE) 2016/1919 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO, DEL 26 OTTOBRE 2016, SULL'AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO PER INDAGATI E IMPUTATI NELL'AMBITO DI PROCEDIMENTI PENALI E PER LE PERSONE RICERCATE NEI PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO.

(D.lgs. 7 marzo 2019, n. 24)

Il d.lgs. 7 marzo 2019, n. 24 (*G.U.*, Sr. gen., 26 marzo 2019, n. 72) recepisce la direttiva (UE) 2016/1919 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nei procedimenti di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, ossia il sesto (e ultimo) atto vincolante con cui il legislatore dell'Unione ha concretizzato la *Roadmap* del Consiglio UE del 2009, sul rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati (*G.U.U.E.*, 4 dicembre 2009, C 295/1).

Il provvedimento di attuazione – adottato con un sensibile anticipo rispetto alla scadenza della direttiva – è formato da soli 4 articoli (di cui quello conclusivo interamente dedicato ai profili di copertura finanziaria della manovra), a fronte di un testo eurounitario che consta di ben 33 considerando e 14 disposizioni precettive. Questo elemento quantitativo consente di far comprendere un dato di fondo, di primaria importanza: il legislatore delegato ha valutato l'ordinamento processuale penale italiano già quasi totalmente in linea rispetto agli *standards* dettati dall'Unione, ritenendo, dunque, possibile limitare il suo intervento soltanto ad alcuni profili specifici.

La prima (e principale) tematica su cui si è considerato opportuno dettare una previsione *ad hoc* è quella del diritto al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di esecuzione di un mandato d'arresto europeo (d'ora in avanti m.a.e.), disciplinata dall'art. 5 e dai considerando 20-22 della direttiva (UE) 2016/1919. Come noto, tali regole europee vanno lette congiuntamente all'art. 10 della direttiva (UE) 2013/48, il quale cristallizza, in generale, il diritto di una persona ricercata ai fini dell'esecuzione di un m.a.e. di nominare due difensori: uno nello Stato membro di esecuzione e un altro in quello di emissione (cd. diritto alla *dual defence*). Dal canto suo, la direttiva (UE) 2016/1919 ha avuto il fine di assicurare un esercizio maggiormente effettivo di suddetta garanzia in caso di non abbenza: essa ha, infatti, stabilito il diritto ad avere pagato dallo Stato non solo il difensore nel paese membro di esecuzione del m.a.e., ma – seppur nella sola ipotesi di m.a.e. processuali (ossia disposti ai fini dell'esercizio di un'azione penale) – anche quello nel paese di emissione.

Orbene, proprio al fine di recepire tali precetti, l'art. 1 del d.lgs. in esame ha interpolato un nuovo comma 2-*bis* all'art. 75 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il quale ha un contenuto duplice.

Da un lato, la nuova norma stabilisce che la disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato si applica nelle procedure passive di esecuzione di un m.a.e. (ossia quelle in cui è l'Italia a essere tenuta a consegnare il ricercato a un altro paese membro) dal momento dell'arresto, fino alla consegna (o fino a quando la decisione che neghi la stessa divenga definitiva).

Da un altro lato, la previsione chiarisce che il *legal aid* va assicurato anche nelle procedure attive di consegna di un m.a.e. ai fini dell'esercizio di un'azione penale, in favore del ricercato che abbia esercitato il diritto di nominare un difensore in Italia, affinché assista il legale del paese di esecuzione.

Al contempo, va precisato – come ricorda la stessa Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo poi approvato – che la giurisprudenza, già nel vigore della previa versione dell'art. 75 del d.P.R. n. 115 del 2002, era giunta a riconoscere in via pretoria il diritto al patrocinio a spese dello Stato ai soggetti ricercati nell'ambito di una procedura attiva o passiva di un m.a.e. Ciò nonostante, si è giustamente considerato opportuno cristallizzare tale esegesi estensiva in una regola generale e astratta.

Ancor più specifico è il secondo profilo della disciplina interna che il legislatore ha modificato, onde

ottemperare agli obblighi europei: esso concerne il diritto al patrocinio a spese dello Stato per i (soli) reati in materia di imposte sui redditi e dell'IVA.

Di tale tematica si occupa, anzitutto, l'art. 2 del d.lgs. n. 24 del 2019: quest'ultimo è intervenuto a modificare l'art. 91, comma 1, lett. a) del d.P.R. n. 115 del 2002, la cui versione previgente stabiliva una (discussa) preclusione assoluta di accesso al patrocinio a spese dello Stato per gli indagati, imputati e i condannati di reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Orbene, presa contezza del fatto che la direttiva (UE) 2016/1919, per un verso, si applica ai soli soggetti indagati o imputati di un reato e, per un altro verso, non contempla alcuna esclusione generalizzata di accesso al patrocinio a spese dello Stato sulla base del titolo di reato per la quale si procede, il legislatore ha considerato opportuno rimodulare siffatta causa eccezionale di esclusione dal *legal aid*. L'art. 2 del provvedimento in esame ha, infatti, più precisamente, eliminato i riferimenti agli "indagati" e "imputati" dall'art. 91, comma 1, lett. a) del T.U. spese di giustizia, chiarendo poi che l'ambito applicativo del divieto di accesso al patrocinio riguarda d'ora in avanti i soli condannati "con sentenza definitiva". A seguito di tale ritocco, la preclusione in questione è stata dunque ristretta ai soli condannati (in modo irrevocabile) dei richiamati reati tributari.

Più singolare è, invece, l'ultima modifica apportata dal decreto in esame, la quale – come giustamente hanno già rilevato i primi commentatori – non è, a ben vedere, volta ad attuare alcuna previsione della direttiva (UE) 2016/1919, ma solo a compensare (finanziariamente) i maggiori esborsi per lo Stato derivanti dall'appena citata limitazione dell'ambito di operatività dell'art. 91 T.U. spese di giustizia. Ci si riferisce all'art. 3 del d.lgs. n. 24 del 2019 con cui il Governo ha modificato l'art. 76, comma 4-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002, ove è cristallizzata una presunzione legale (resa relativa da C. cost., sent., 16 aprile 2010, n. 139) secondo cui il reddito dei condannati in via definitiva per una serie di reati particolarmente gravi si considera superiore ai limiti di accesso al patrocinio. Dal canto suo, la nuova disposizione ha, per l'appunto, integrato il catalogo di reati per cui opera siffatta regola di giudizio (rivolta al giudice chiamato a valutare le condizioni per l'ammissione al *legal aid*), stabilendo che la stessa d'ora in avanti si applicherà anche ai condannati definitivi per reati commessi in violazione delle norme per la repressione dell'evasione di imposte sui redditi e dell'IVA. Orbene, indipendentemente dalla ragionevolezza o meno della massima di esperienza su cui si basa tale interpolazione, pare assai discutibile che un decreto legislativo volto ad attuare una direttiva sul rafforzamento del diritto al patrocinio a spese dello Stato, contenga una regola (l'art. 3) che non solo non è affatto volta a recepirne il contenuto, ma è oltretutto contraria al suo spirito di fondo, posto che determina sul punto una riduzione dello *standard* di garanzie previgente. Meglio avrebbe fatto il Governo a concentrare la propria attenzione sulla pluralità di disposizioni effettivamente contenuta nella direttiva (UE) 2016/1919, alcune delle quali – si pensi solo all'art. 7 dell'atto europeo, in materia di qualità e formazione in ambito di *legal aid* – richiedevano un puntuale recepimento al livello interno.

In definitiva, il d.lgs. n. 24 del 2019 è un testo alquanto stringato, con cui il legislatore non ha affatto inteso ripensare ai punti più critici della disciplina del patrocinio a spese dello Stato, sull'onda delle disposizioni contenute nella direttiva (UE) 2016/1919. Si tratta di un atteggiamento assai criticabile che, però, non è assolutamente isolato: anche quando è stato chiamato a recepire le prime direttive di Stoccolma, il legislatore interno ha (nella migliore delle ipotesi) adottato una logica di basso profilo nell'implementazione delle norme minime UE. Starà nei prossimi anni soprattutto alla Commissione europea e alla Corte di giustizia richiamare il nostro paese ai propri obblighi sovranazionali, onde far sì che la storica "virata" garantista, compiuta negli ultimi anni dall'Unione, non rappresenti un'enorme occasione perduta.

INAPPLICABILITÀ DEL GIUDIZIO ABBREVIATO AI DELITTI PUNITI CON LA PENA DELL'ERGASTOLO

(L. 12 aprile 2019, n. 33)

È stata pubblicata (G.U., Sr. Gen., 19 aprile 2019, n. 93) la l. 12 aprile 2019, n. 33, recante disposizioni relative alla «Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo». La novella persegue il fine securitario di placare il «grave allarme sociale nell'opinione pubblica», suscitato dalla supposta difficoltà di irrogare pene sufficientemente severe per alcune categorie di reati, a causa degli effetti

premiali conseguenti all'accesso al rito alternativo in questione (in tal senso, cfr. la *Relazione* alla proposta di legge C n. 392 del 27 marzo 2018, p. 2). Fin da subito, si è peraltro rilevato che il principale effetto riflesso della riforma *de qua* sarà quello di determinare un significativo aggravio del carico di lavoro delle corti d'assise, le quali hanno visto ridotto l'ambito di applicazione di un rito alternativo che contribuiva in modo determinante a sfoltirne i ruoli d'udienza.

La norma centrale della legge è l'art. 1, lett. a), il quale ha interpolato un nuovo comma 1-bis all'art. 438 c.p.p., che così recita: «non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo». Siamo dunque di fronte a una preclusione assoluta di accesso al procedimento *de quo* per una determinata categoria di reati, che, da un punto di vista procedimentale, imporrà al giudice di dichiarare inammissibile (con ordinanza) un'eventuale richiesta avente a oggetto una fattispecie "ostativa". L'introduzione di siffatta regola ha necessariamente determinato l'abrogazione del secondo e del terzo periodo dell'art. 442, comma 3, c.p.p. (art. 3 della l. n. 33 del 2019), ove si prevedeva che per i delitti puniti con la pena perpetua fosse, a seconda dei casi, irrogata all'esito del giudizio abbreviato o la sanzione di trent'anni di reclusione, oppure dell'ergastolo semplice.

Accanto a queste disposizioni, il legislatore ha previsto una serie di regole di dettaglio, volte ad armonizzare il generale assetto codicistico alle modifiche appena citate.

In primo luogo, mediante la sostituzione del comma 6 dell'art. 438 c.p.p. (art. 1, lett. b) della l. n. 33 del 2019), si è prevista la possibilità per l'imputato di reiterare, fino a che non siano formulate nell'udienza preliminare le conclusioni ex artt. 421 e 422 c.p.p., una previa richiesta di accesso al rito, dichiarata inammissibile per essere il fatto per il quale si procede punito con l'ergastolo (e ciò evidentemente sulla base dei risultati di un'attività probatoria integrativa, svoltasi nel corso dell'udienza preliminare, da cui si ricavi la necessità di derubricare *in melius* l'addebito a suo carico).

Ancor più significativa risulta l'introduzione (a opera dell'art. 1, lett. c)), sempre in seno all'art. 438 c.p.p., di un nuovo comma 6-ter: quest'ultimo stabilisce che il giudice dibattimentale è tenuto ad applicare la riduzione della pena ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p., laddove all'esito del giudizio accerti che per il fatto per cui si proceda risulti ammissibile l'accesso all'abbreviato, negato, invece, in sede di udienza preliminare per essersi considerata applicabile la preclusione per i reati puniti con la pena perpetua. In altri termini, laddove all'imputato sia previamente contestato un reato punito con l'ergastolo, poi derubricato a fattispecie non sanzionata con la pena perpetua, questi potrà comunque giovare dello sconto di pena di un terzo, preclusogli in precedenza, all'esito dell'istruttoria dibattimentale. Pur non essendo stabilito in modo espresso nella lettera della legge, la formulazione della nuova norma «sembra compatibile con un'interpretazione secondo cui il recupero della diminuzione al dibattimento operi automaticamente, prescindendo dalla reiterazione della richiesta di rito abbreviato in *limine litis*» (così si esprime, condivisibilmente, la Delibera del C.S.M., *Proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto: "Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo"*, in *www.csm.it.*, 6 febbraio 2019, p. 16). È peraltro importante ricordare che la riforma in commento non ha, invece, disciplinato espressamente le conseguenze di una riqualificazione nel corso di un giudizio d'impugnazione: tali fattispecie daranno probabilmente adito a un futuro significativo contenzioso giurisprudenziale. Si segnala che autorevole dottrina ha affermato che – pur nel silenzio della legge – il riconoscimento dell'effetto premiale dell'abbreviato dovrebbe valere anche in appello o in cassazione, laddove *ivi* si verifichi una riqualificazione *in melius* del fatto che renda ammissibile il rito.

Dal canto suo, l'art. 2 della l. 33 del 2019 ha inserito un nuovo comma 1-bis nell'art. 441-bis c.p.p., volto a disciplinare la delicata fattispecie in cui, a seguito di un'attività di integrazione probatoria (indifferentemente se disposta a richiesta di parte o per volere del giudice) svoltasi in seno a un giudizio abbreviato, la pubblica accusa proceda a modificare l'imputazione in un'accusa sanzionata con la pena perpetua. In tale ipotesi, il legislatore ha coerentemente stabilito che «se, a seguito delle contestazioni, si procede per delitti puniti con la pena dell'ergastolo, il giudice revoca, anche d'ufficio, l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione». Ma vi è di più. L'ultimo periodo dell'art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p. ha esteso a questa fattispecie l'applicazione del comma 4 del medesimo articolo: quest'ultimo, per un verso, regola il regime di utilizzabilità degli atti di integrazione probatoria compiuti nell'abbreviato (stabilendo che gli stessi hanno lo stesso valore di quelli compiuti ai sensi dell'art. 422) e, per un altro verso, rinvia all'art. 303, comma 2, c.p.p., relativo alla decorrenza dei termini di durata delle misure cautelari per il caso di regressione del procedimento.

L'art. 4 della legge in esame si occupa di un'ultima fattispecie: il caso in cui il giudice dell'udienza

preliminare, nel decreto che dispone il giudizio, riqualifichi l'enunciato fattuale da reato punito con la pena dell'ergastolo, a fattispecie per cui l'abbreviato sia ammissibile. Sul punto, il nuovo comma 2-bis dell'art. 429 c.p.p. stabilisce che il giudice è tenuto in tale evenienza a inserire nel decreto di rinvio a giudizio «l'avviso che l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione». La norma compie poi un rinvio all'art. 458 c.p.p., il quale va letto nel senso che nell'ipotesi disciplinata dal nuovo art. 429, comma 2-bis, c.p.p. si applica la procedura prevista per la richiesta di rito abbreviato in caso di emissione di decreto di giudizio immediato.

Di particolare rilievo è l'art. 5: tale previsione chiarisce che le disposizioni della novella operano per i soli fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della medesima legge (ossia il 20 aprile 2019). Si tratta di una precisazione – introdotta da un emendamento approvato dalla Commissione Giustizia della Camera – che risulta quantomai opportuna, in quanto in grado di evitare problemi di retroattività *in peius* di una disciplina che incide in modo assai significativo sull'entità della sanzione concretamente irrogabile.

In ultima analisi, va ricordato che la riforma non racchiude, invece, alcuna previsione esplicita, né in materia di riti abbreviati atipici (ossia richiesti nell'ambito di un procedimento direttissimo o immediato), né per i procedimenti oggettivamente cumulativi (ossia quelli in cui un soggetto sia imputato nello stesso procedimento di più fattispecie di reato, di cui una punita con pena perpetua), il che determina rilevanti problemi esegetici con cui la giurisprudenza sarà inevitabilmente chiamata a fare i conti.

MODIFICHE AL CODICE PENALE E ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI LEGITTIMA DIFESA

(L. 26 aprile 2019, n. 36)

La legge in epigrafe (G.U., Sr. Gen., 3 maggio 2019, n. 102), recante «*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*», è stata definitivamente approvata dal Senato il 28 marzo 2019. Si tratta di uno dei provvedimenti più attesi (e criticati) degli ultimi tempi, che non si limita a novellare la legittima difesa domiciliare, ma ha un contenuto assai più articolato: il testo – composto da 9 articoli – spazia, infatti, dal codice penale a quello civile, apportando poi ritocchi anche alle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale e al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in materia di spese di giustizia. Nondimeno, il *fil rouge* dell'intricato intervento riformatore è unitario e (a suo modo) coerente: si è perseguito il fine di “proteggere” in modo più effettivo, prevalentemente tramite lo strumento penale, chi viene aggredito nel domicilio, ora estendendo i margini di applicabilità della legittima difesa e dell'eccesso colposo (e quindi della non punibilità) per tale soggetto, ora inasprendo il trattamento sanzionatorio nei confronti del perpetratore di suddetta invasione della sfera privata. Insomma, lo scudo e la spada messi a disposizione di chi da vittima nel proprio domicilio, si trasformi in autore di un reato perpetrato a danno del suo aggressore iniziale. Merita, peraltro, ricordare che è stato lo stesso Presidente della Repubblica, nella sua lettera del 26 aprile 2019 con cui ha accompagnato la promulgazione della legge in esame, a cercare di prevenire alla radice letture estremiste delle nuove norme: il Capo dello Stato ha fatto autorevolmente trasparire il messaggio per cui, anche dopo la riforma del 2019, la difesa non sarà sempre legittima, essendo necessario mettere in campo (ove possibile) una complessiva opera di interpretazione conforme a Costituzione della riforma.

Rinviando ai contributi di approfondimento che saranno pubblicati nei prossimi numeri di questa Rivista, si segnalano, in estrema sintesi, le principali modifiche.

Il fulcro della legge è rappresentato dai primi due articoli, dedicati rispettivamente alla modifica della “legittima difesa” e dell’“eccesso colposo”, i quali sono mossi dal comune intento di ampliare le ipotesi in cui l'individuo che si difende nel domicilio va considerato esente da responsabilità penale (per effetto di una causa di giustificazione o di una scusante). A tal proposito, è utile ribadire che l'intervento riformatore è limitato soltanto alla legittima difesa domiciliare: nozione, come noto, estesa non solo alle abitazioni e altri luoghi di privata dimora, ma anche a quelli dove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale. Per converso, rimangono invariati i presupposti di operatività della scriminante in questione in altri luoghi.

Le innovazioni apportate all'art. 52 c.p. (art. 1 della l. n. 36 del 2019) estendono l'area di operatività

della legittima difesa in due direzioni.

In prima battuta, mediante l'interpolazione al secondo comma dell'avverbio "sempre" dopo la parola "sussiste", si è potenziata la presunzione di proporzionalità tra difesa e offesa *ivi* stabilita, rispetto alla versione originaria introdotta dalla l. 13 febbraio 2006, n. 59. In altri termini, il legislatore del 2019 ha inteso precisare che vi è "sempre" proporzione tra difesa e offesa allorché un soggetto abbia violato un luogo qualificabile come domicilio e taluno, *ivi* legittimamente presente, usi un'arma o altro mezzo idoneo al fine di difendere la propria (o altrui) incolumità, oppure i beni (propri o altrui), quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione.

In seconda battuta, tramite l'inserimento di un nuovo quarto comma nell'art. 52 si è ideata un'inedita presunzione *tout court* di legittima difesa, che ha ad oggetto non soltanto la proporzionalità, ma tutti i presupposti di operatività della scriminante, tra cui anche quello – assai delicato – della necessità (requisito a cui, non a caso, il Presidente della Repubblica ha fatto un esplicito e importante richiamo nella sua già citata lettera). La nuova norma stabilisce, infatti, che «*nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone*».

Mediante tali ritocchi il legislatore ha, in definitiva, dato vita a una sorta di *climax* (o di catena progressiva) di presunzioni degli elementi costitutivi della legittima difesa: quando l'intruso si limiterà a violare il domicilio, opererà la presunzione di proporzionalità, stabilita dal comma 2 dell'art. 52, ove, invece, l'aggressore utilizzi metodi violenti (o minacce) verrà in gioco la più ampia presunzione del quarto comma.

Come anticipato, la l. n. 36 del 2019 non si è limitata a intervenire solo sul piano delle cause di giustificazione, ma ha novellato anche l'art. 55 c.p. in materia di eccesso colposo, inserendovi un nuovo comma due dal seguente tenore: «*nei casi di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5, ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto*».

Di conseguenza, nell'ottica del riformatore, quando un soggetto colposamente supera i limiti della legittima difesa, può (pur avendo compiuto un fatto illecito, perché non giustificato) comunque andare esente da punibilità, perché scusato, in due ipotesi, tra loro alternative: o allorché la vittima dell'aggressione domiciliare ha agito nelle condizioni di *minorata difesa*, tipizzate nell'art. 61, n. 5 c.p., ovvero nel caso in cui la situazione di pericolo in atto le abbia causato un *grave turbamento psichico*, fonte poi dell'eccesso difensivo. È importante ricordare che, proprio con riguardo alla fattispecie del "grave turbamento", il Presidente della Repubblica ha voluto precisare che «*la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta*». In tal modo, dunque, il Capo dello Stato ha, ancora una volta, fatto leva sulla strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata, per evitare che si instaurino letture della scusante *de qua* in chiave presuntiva e del tutto soggettivistica.

Il *surplus* di protezione che il legislatore ha voluto fornire a chi si difende da un'aggressione nel domicilio non si limita al solo diritto penale sostanziale, ma si estende – come accennato – anche al piano civilistico e della procedura penale.

Dal primo punto di vista, l'art. 7 della l. n. 36 del 2019 ha, infatti, inserito in calce all'art. 2044 del codice civile due nuovi commi: il primo, in modo pletorico, precisa che nei casi in cui opera la nuova difesa domiciliare anche la responsabilità civile di chi ha compiuto il fatto è esclusa. Si tratta di una soluzione a cui, a ben vedere, si sarebbe potuti comunque arrivare non solo sulla base del criterio della rilevanza generale delle cause di giustificazione nell'intero ordinamento giuridico, ma anche di un'esegesi testuale del comma 1 dell'art. 2044 c.c., il quale, già in precedenza, dichiarava non responsabile (civilmente) chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri. Più significativo è, invece, il nuovo ultimo comma inserito nell'art. 2044 c.c., il quale stabilisce che l'autore di un eccesso colposo di legittima difesa domiciliare, pur andando esente da responsabilità penale *ex art. 55, comma 2, c.p.*, sarà, per converso, comunque tenuto a versare al danneggiato «*una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice, tenuto altresì conto della gravità, delle modalità realizzative e del contributo causale della condotta posta in essere*».

Sul versante processuale, la riforma (artt. 8 e 9) introduce due significativi ritocchi.

Una prima novità concerne il Testo unico spese di giustizia, nel quale è stato interpolato un nuovo art. 115-bis, rubricato «*Liquidazione dell'onorario e delle spese per la difesa di persona nei cui confronti è emesso provvedimento di archiviazione o sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento nel caso di legittima difesa*». Si

tratta, a ben vedere, di una rubrica almeno in parte “mentitoria”, posto che il corpo della disposizione oggi introdotta non detta una disciplina generale per tutte le fattispecie di legittima difesa, come invece l’intitolazione sembrerebbe far presagire, ma solo per quella “domiciliare” tanto cara al riformatore. Più in particolare, la disposizione stabilisce che in caso di archiviazione, sentenza di non luogo o proscioglimento dovuto all’applicazione della causa di giustificazione della legittima difesa domiciliare o della scusante dell’eccesso colposo di cui al secondo comma dell’art. 55 c.p. sono a carico dello Stato le spese per il difensore, l’ausiliario del magistrato, e del consulente tecnico di parte, che andranno liquidate con le modalità previste dagli artt. 82 e 83 del d.P.R. n. 115 del 2002. A ogni modo, è utile segnalare come già il Presidente della Repubblica abbia tacciato di irragionevolezza la regola *de qua*, nella parte in cui non contempla nel suo ambito di applicazione anche le ipotesi in cui la causa di giustificazione della legittima difesa si verifichi in luoghi diversi dal domicilio (art. 52, comma 1, c.p.).

Una seconda interpolazione concerne, invece, le disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: il riformatore ha inserito «*i processi relativi ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi in presenza delle circostanze di cui agli articoli 52, secondo, terzo e quarto comma, e 55, secondo comma, del codice penale*» tra quelli a cui viene attribuita “priorità assoluta” nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione (art. 132-bis, comma 1, *a-ter*) norme att. c.p.p.). In tal modo, si è promesso un rito il più possibile rapido a chi si difenda nel domicilio, volendosi evidentemente minimizzare per tale categoria di soggetti anche gli effetti stigmatizzanti del processo come pena in sé.

Il legislatore non si è, peraltro, limitato a mettere in campo questo intricato insieme di norme, volto ad alleggerire quanto più possibile le conseguenze sfavorevoli (sul piano penale, civile e processuale) per l’individuo che subisca un attacco nel domicilio, ma ha provveduto anche a inasprire il trattamento sanzionatorio per il suo aggressore, ove lo stesso commetta una serie di reati. Gli articoli 4-6 della legge in esame hanno, infatti, introdotto significativi aumenti di pena per la violazione di domicilio (art. 614 c.p.), il furto in abitazione (art. 624-bis c.p.) e la rapina (art. 628 c.p.).

Il reato di furto ha subito poi un’ulteriore modifica riflessa: tramite l’aggiunta di un nuovo comma sesto all’art. 165 c.p. si è stabilito che, nel caso vi sia una condanna per il reato di cui all’art. 624-bis c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena sarà subordinato al pagamento integrale dell’importo dovuto per il risarcimento del danno alla persona offesa. Ancora una volta, sul punto il Presidente della Repubblica ha avuto il merito di porre in rilievo, fin dal principio, la palese irragionevolezza della scelta legislativa di subordinare la sospensione condizionale al risarcimento del danno per le sole fattispecie di furto di appartamento o con strappo e non, invece, per il delitto di rapina.

Va segnalato, in ultima analisi, che la legge in questione – entrata in vigore il 18 maggio 2019 – non contiene alcuna norma *ad hoc* di natura intertemporale o transitoria. Da ciò ne consegue che spetta all’interprete valutare, sulla base dei principi generali, quale criterio di successione di leggi penali o processuali nel tempo applicare alle singole previsioni introdotte. In estrema sintesi, se per i segnalati inasprimenti sanzionatori e per la modifica dell’art. 165 c.p. non potrà che valere il principio di irretroattività in *malam partem*, un ragionamento opposto va necessariamente fatto per le innovazioni in tema di legittima difesa domiciliare e di eccesso colposo *ex art. 55, comma 2, c.p.* Quest’ultime, infatti, essendo qualificabili come leggi più favorevoli sopravvenute, sono soggette al canone della retroattività in *mitius*. L’ordinario criterio del *tempus regit actum* sembra valere, invece, per le disposizioni processuali della novella.

RATIFICA ED ESECUZIONE DELLA CONVENZIONE DEL CONSIGLIO D’EUROPA SULLA MANIPOLAZIONE DI COMPETIZIONI SPORTIVE

(L. 3 maggio 2019, n. 39)

Si segnala che la l. 3 maggio 2019, n. 39 (*G.U.*, Ser. Gen., 16 maggio 2019, n. 113) ha autorizzato la ratifica e ha dato piena esecuzione in Italia alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla manipolazione di competizioni sportive, fatta a Magglingen il 18 settembre 2014. Il Trattato in questione rappresenta un fondamentale strumento internazionale che riunisce, in un unico testo, una pluralità di misure preventive e repressive finalizzate a una più efficace lotta avverso tutti quei comportamenti che determinano modifiche intenzionali e irregolari dello svolgimento o del risultato di una competizione sportiva, rafforzando,

oltretutto in questa materia il profilo della cooperazione internazionale tra Stati. Si tratta di un testo alquanto complesso – formato da un preambolo e 41 articoli – che detta una pluralità di disposizioni in materia di diritto penale sostanziale (cfr., in particolare, i Capi IV e VI) e processuale (si vedano, soprattutto, i Capi V e VII).

Peraltro, come si desume espressamente dalla Relazione illustrativa del disegno di legge di attuazione, poi approvato in via definitiva, il legislatore non ha considerato necessario dettare norme di adattamento interno per quanto concerne la quasi totalità delle previsioni penalistiche della Convenzione. Si è infatti ritenuto che il nostro ordinamento attui già un contrasto sufficiente avverso le condotte di frode nelle competizioni sportive mediante la l. 13 dicembre 1989, n. 401.

Gli unici due ritocchi che qui rilevano riguardano il diritto penale sostanziale.

Anzitutto, al fine di dare attuazione all'art. 25 della Convenzione (rubricato «*Sequestro e confisca*»), la legge in commento ha inserito un nuovo comma 5-*bis* all'interno della citata l. n. 401 del 1989, il quale introduce un'ipotesi speciale di confisca, anche per equivalente, operante per uno dei delitti previsti dagli artt. 1 e 4 dalla medesima legge sulle frodi sportive.

La seconda modifica ha avuto, invece, il fine di recepire l'art. 23 del Trattato, in materia di «*Sanzioni contro le persone giuridiche*». Quest'ultimo è stato attuato mediante l'interpolazione di un nuovo art. 25 *quaterdecies* all'interno del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con cui si è stabilita la responsabilità della persona giuridica per i reati previsti dagli artt. 1 e 4 della l. n. 401 del 1989, modulando le relative sanzioni a seconda che essi abbiano natura di delitto o di contravvenzione.

Va, infine, segnalato che non è stata, invece, attuata alcuna delle disposizioni processuali della Convenzione, che pur detta previsioni, da alcuni punti di vista, particolarmente avanzate; il che accade, ad esempio, in materia di prove elettroniche (art. 20) e misure di protezione nei confronti di testimoni o collaboratori (art. 21).

MODIFICA ALL'ARTICOLO 416-TER DEL CODICE PENALE IN MATERIA DI VOTO DI SCAMBIO POLITICO-MAFIOSO

(L. 21 maggio 2019, n. 43)

Con la l. 21 maggio 2019, n. 43 (G.U., Sr. Gen., 27 maggio 2019, n. 122) è stato novellato l'articolo 416-*ter* c.p., in materia di voto di scambio politico-mafioso. Si tratta, come noto, della terza modifica della disposizione in questione approvata in soli cinque anni, il che, già di per sé, testimonia la profonda difficoltà del legislatore di dare una risposta soddisfacente a un fenomeno di indiscutibile allarme sociale. Anche in questo caso – esattamente come per quanto concerne le novelle in materia di giudizio abbreviato e legittima difesa sopra commentate – l'intento del riformatore è chiaro: mostrare il pugno duro nei confronti della criminalità, tramite l'arma dell'inasprimento sanzionatorio, con riguardo a fattispecie considerate particolarmente sensibili dal punto di vista politico.

L'odierna novella – composta da un unico articolo – non si limita, però, a intervenire sulla pena, aggravando la risposta punitiva, ma introduce plurimi ritocchi anche sul versante della condotta penalmente rilevante.

In estrema sintesi, le modifiche apportate dalla legge in epigrafe possono essere così descritte.

Sul versante dei soggetti attivi, il Parlamento ha inteso estendere il novero dei possibili autori del delitto *de quo*, precisando, che tanto il promittente, quanto il promissario, del patto politico-mafioso possono essere meri intermediari.

In seconda battuta, si è stabilito – a seguito di un complesso dibattito parlamentare – che il procacciatore può essere non solo chi si impegni a procurare voti mediante il metodo mafioso, ma anche direttamente un soggetto appartenente alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. A tal proposito, è stato però lasciato all'interprete (e in particolare alla giurisprudenza) il complesso compito di individuare quando l'interlocutore del politico possa dirsi "appartenente" all'associazione mafiosa, non essendosi chiarito se sia necessaria una condanna definitiva, oppure se ci possa accontentare di una sentenza non irrevocabile o di una misura di prevenzione.

La legge è intervenuta poi anche a rimodellare le possibili condotte del promissario, ossia dell'aspirante eletto. Più precisamente, la novella ha inteso estendere le controprestazioni che il soggetto *de quo*

può fornire in cambio della promessa di voti, per un verso, precisando che le stesse possono consistere anche nella «*disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze della associazione mafiosa*» e, per un altro verso, aggiungendo l'aggettivo indefinito «*qualunque*» prima della locuzione «*altra utilità*». In sostanza, il nuovo comma 1 dell'art. 416-ter c.p. oggi stabilisce che è responsabile del delitto *de quo* chiunque accetti la promessa di procurare voti da parte di mafiosi o di soggetti che operino mediante metodi mafiosi in cambio dell'erogazione (o della promessa di erogazione) non solo di denaro o di *qualunque* altra utilità, ma anche della (generica) *disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa*.

Come anticipato, sul versante della pena base il riformatore ha compiuto uno stretto giro di vite: il proposito di inasprire il trattamento sanzionatorio per entrambe le parti del *pactum* è stato raggiunto stabilendo che alle stesse si applichino le sanzioni previste dall'art. 416-bis, comma 1, c.p. Al riguardo, è utile ricordare che già i primi commentatori hanno rilevato una manifesta irragionevolezza di tale scelta di politica criminale: si è, in particolare, criticata la parificazione in termini sanzionatori tra le situazioni completamente eterogenee di chi commetta una mera condotta di scambio elettorale e di chi, invece, sia un affiliato stabile o un concorrente esterno a un'associazione mafiosa.

Rispetto alla formulazione previgente sono stati aggiunti, infine, due nuovi commi.

Nel terzo comma dell'art. 416-ter c.p. è stata inserita una nuova aggravante a effetto speciale che si applica ove colui che ha accettato la promessa di voti risulti effettivamente eletto (nella relativa consultazione elettorale): in tale ipotesi la pena sarà aumentata della metà. È dunque chiaro che, tramite suddetta aggravante, la pena per lo scambio elettorale politico-mafioso può (paradossalmente) diventare più severa non solo rispetto al concorso esterno e alla partecipazione a un'associazione mafiosa, ma anche alla direzione associativa. Pure da questo punto di vista la riforma è stata già tacciata di palese irragionevolezza.

La novella si chiude con l'aggiunta di nuovo quarto comma nell'art. 416-ter c.p., il quale stabilisce che, in caso di condanna per suddetto delitto, «*consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici*».

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

UNA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA IN TEMA DI LOTTA CONTRO LE FRODI E LE FALSIFICAZIONI DI MEZZI DI PAGAMENTO DIVERSI DAI CONTANTI

Con la direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento e del Consiglio del 17 aprile 2019 (pubblicata in G.U.U.E., 10 maggio 2019, L 123) l'Unione europea interviene nel settore nevralgico dei reati concernenti i mezzi di pagamento alternativi ai contanti, sostituendo la precedente Decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio del 28 maggio 2001 (in G.U.U.E., 2 giugno 2001, L 149). Valutata l'entità delle modifiche e delle integrazioni necessarie ad aggiornare quest'ultima, si è, infatti, ritenuto più opportuno sostituirla integralmente con un nuovo testo, adottato in base al principio di sussidiarietà enunciato nell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea. Per gli Stati membri vincolati dalla nuova direttiva i riferimenti alla Decisione quadro 2001/413/GAI devono intendersi, quindi, riferiti alla direttiva in esame (art. 19).

Come si afferma nel preambolo (considerandi nn. 1-41), l'aggiornamento e l'integrazione del quadro normativo di riferimento sono stati sollecitati – sotto diversi profili – dalla progressiva diffusione e dalla costante evoluzione degli strumenti di pagamento diversi dai contanti, incentivate dalla crescita esponenziale dell'economia digitale (considerando n. 6). Le nuove tecnologie di pagamento, infatti, «*da un lato creano nuove opportunità per i consumatori e le imprese, ma dall'altro aumentano anche le opportunità di frode*». Le frodi e le falsificazioni di tali innovative forme di pagamento costituiscono, in primo luogo, una minaccia alla sicurezza, poiché «*rappresentano fonti di entrate per la criminalità organizzata*», rendendo possibili altre attività criminose quali il terrorismo, il traffico di droga e la tratta di esseri umani (considerando n. 1). Esse configurano, inoltre, «*un ostacolo al mercato unico digitale, intaccando la fiducia dei consumatori e causando una perdita economica diretta*» (considerando n. 2).

Anche in ragione dell'accentuata connotazione digitale dei nuovi mezzi di pagamento, i reati di frode e di falsificazione ad essi relativi denotano una rilevante dimensione transfrontaliera, «*che sottolinea la necessità di un'azione di ravvicinamento del diritto penale*» (considerando n. 5), poiché la presenza negli ordinamenti nazionali degli Stati membri di lacune e di differenze considerevoli sul punto «*può ostacolare la prevenzione, l'individuazione e il perseguimento di questi tipi di reato e di altre forme gravi di criminalità organizzata ad essi connesse e da esse facilitate*», oltre a rendere più difficile la cooperazione di polizia e la cooperazione giudiziaria, e quindi meno efficaci, con conseguenze negative sul piano della sicurezza» (considerando n. 3).

Il considerando n. 40 provvede a focalizzare gli obiettivi della direttiva. In particolare, essa intende assoggettare «*a sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive*» i reati di frode e di falsificazione dei mezzi di pagamento di natura digitale, nonché «*migliorare e incoraggiare la cooperazione transfrontaliera tra le autorità competenti e tra le persone fisiche e giuridiche e le autorità competenti*».

Gli Stati membri dovranno recepire la direttiva (UE) 2019/713, entrata in vigore – ai sensi dell'art. 22 – il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, come disposto dall'art. 19, entro il 31 maggio 2021. Non sono vincolati dalla direttiva, né sono soggetti alla sua applicazione il Regno Unito e l'Irlanda – a norma degli artt. 1 e 2 del protocollo n. 21 allegato al TUE e al TFUE – oltre alla Danimarca – a norma degli artt. 1 e 2 del protocollo n. 22 allegato al TUE e al TFUE.

Il testo è formato da ventidue articoli, ripartiti nei titoli di seguito elencati: Titolo I – *Oggetto e definizioni* (artt. 1-2); Titolo II – *Reati* (artt. 3-11); Titolo III – *Giurisdizione e indagini* (artt. 12-13); Titolo IV – *Scambio di informazioni e comunicazione dei reati* (artt. 14-22).

Disposizioni generali (oggetto e definizioni)

Come si enuncia nell'art. 1, la direttiva contiene "norme minime" «relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nelle materie di frode e di falsificazione di mezzi di pagamento diversi dai contanti». Tale previsione implica che agli Stati membri sia riconosciuta, di conseguenza, la facoltà di «adottare o mantenere norme di diritto penale più rigorose» rispetto alle ipotesi di reato *de quibus*, «compresa una più ampia definizione dei reati» stessi (considerando n. 18). Rimarcando la distanza rispetto al contenuto della Decisione quadro 2001/413/GAI, completano l'oggetto della direttiva «la prevenzione di detti reati nonché la prestazione di assistenza e il sostegno alle vittime» (art. 1).

Considerato l'elevato tecnicismo della materia *de qua*, la possibilità per gli Stati di esprimere un approccio coerente nell'applicazione della direttiva e di facilitare lo scambio di informazioni e la cooperazione tra le autorità competenti è subordinata alla disponibilità di definizioni comuni (considerando n. 8). In tal senso, l'art. 2 fornisce le definizioni di taluni termini "chiave" (lett. a-g), in parte formulandole in via autonoma, in parte richiamando quelle contenute in altri testi normativi.

In particolare, ai fini della direttiva, con l'espressione «strumento di pagamento diverso dai contanti» si intende «un dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali» (lett. a). Si specifica poi che per «dispositivo, oggetto o record protetto» deve intendersi «un dispositivo, oggetto o record protetto contro le imitazioni o l'utilizzazione fraudolenta, per esempio mediante disegno, codice o firma» (lett. b). La nozione di «valuta virtuale» va, invece, intesa alla stregua di «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa e garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente» (lett. d).

Chiarisce, infine, l'art. 2 che «persona giuridica» è «qualsiasi entità che abbia personalità giuridica in forza del diritto applicabile, ad eccezione degli Stati o di altri organismi pubblici nell'esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche» (lett. g).

Sono, invece, definite *per relationem*, le nozioni di «mezzo di scambio digitale», da intendersi come qualsiasi moneta elettronica «definita dall'articolo 2, punto 2 della direttiva 2009/110/CE» concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica e «la valuta virtuale» (lett. c); e quelle di «sistema di informazione» e di «dati informatici», entrambe attinte dall'art. 2 della direttiva 2013/40/UE (lett. e e lett. f).

Le fattispecie incriminatrici

Se la Decisione quadro 2001/413/GAI si limitava ad elencare – nell'art. 2 – attraverso il mero *nomen iuris* alcune ipotesi di reato (furto e appropriazione indebita; contraffazione e falsificazione; ricezione, ottenimento, trasporto, vendita o cessione, detenzione; utilizzazione fraudolenta) commesse «con strumenti di pagamento» diversi dalla moneta a corso legale, che gli Stati membri avrebbero dovuto contemplare nei rispettivi ordinamenti nazionali, la direttiva in commento intende fornire una «impostazione comune» per quanto attiene agli elementi costitutivi delle diverse condotte illecite considerate.

Va precisato, inoltre, che la direttiva non prevede figure di reato di nuovo tipo, ma "adatta" al settore dei mezzi di pagamento diversi dai contanti, grazie ad un minuzioso lavoro di elaborazione, talune forme "classiche" di reato «definite dal diritto nazionale già prima dell'era digitale» (considerando n. 15). Rispetto a queste ultime, le fattispecie menzionate nel titolo II rappresentano – per così dire – le corrispondenti tipologie di condotte in ambito digitale.

In tal senso, il reato di "utilizzazione fraudolenta" – come definito dall'art. 3 – può essere perpetrato alternativamente o mediante uno strumento di pagamento diverso dai contanti «rubato o altrimenti illecitamente ottenuto ovvero oggetto di illecita appropriazione» (lett. a), o mediante uno strumento «contraffatto o falsificato» (lett. b). In aggiunta a questa prima ipotesi di reato, gli artt. 4 e 5 enumerano varie ulteriori fattispecie connesse all'utilizzo fraudolento di strumenti di pagamento diversi dai contanti, rispettivamente, di tipo materiale e di tipo immateriale.

Nel primo gruppo rientrano le condotte di furto o di altra illecita appropriazione; di contraffazione o di falsificazione fraudolenta; di possesso di uno strumento materiale di pagamento «rubato o altrimenti ottenuto mediante illecita appropriazione, o contraffatto o falsificato a fini di utilizzazione fraudolenta»; nonché l'atto di procurare per sé o per altri, compresi la ricezione, l'appropriazione, l'acquisto, il trasferimento,

l'importazione, l'esportazione, la vendita, il trasporto e la distribuzione di uno strumento materiale di pagamento «*rubato, contraffatto o falsificato a fini di utilizzazione fraudolenta*» (art. 4).

Nel secondo sono, invece, annoverati i casi di ottenimento illecito e di appropriazione indebita; di contraffazione e di falsificazione fraudolenta; di detenzione di uno strumento immateriale di pagamento «*ottenuto illecitamente, contraffatto o falsificato a fini di utilizzazione fraudolenta*»; l'atto di procurare per sé o per altri, compresi la vendita, il trasferimento e la distribuzione, o la messa a disposizione di uno strumento immateriale di pagamento «*ottenuto illecitamente, contraffatto o falsificato a fini di utilizzazione fraudolenta*» (art. 5).

Integra, invece, la diversa ipotesi di "frode connessa ai sistemi di informazione" l'atto di effettuare o indurre «*un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale, arrecando illecitamente a terzi una perdita patrimoniale allo scopo di procurare un ingiusto profitto all'autore del reato o a una terza parte*», commesso intenzionalmente al fine di ostacolare, senza diritto, «*il funzionamento di un sistema di informazione o interferendo con esso*» o «*introducendo, alterando, cancellando, trasmettendo o sopprimendo, senza diritto, dati informatici*» (art. 6).

Oltre ad adottare le misure necessarie affinché nei rispettivi ordinamenti siano previste e punibili le fattispecie contemplate dagli artt. 3-6, gli Stati membri dovranno provvedere in tal senso – in forza dell'art. 7 – anche riguardo ai mezzi utilizzati per commettere quei reati, quali in particolare «*la fabbricazione, l'ottenimento per sé o per altro, inclusi l'importazione, l'esportazione, la vendita, il trasporto o la distribuzione, o la messa a disposizione di un dispositivo o di uno strumento, di dati informatici o di altri mezzi principalmente progettati o specificamente adattati*» allo scopo di compiere uno dei reati «*di cui all'art. 4, lettere a) e b), all'articolo 5, lettere a) e b) o all'articolo 6, almeno se commessi con l'intenzione di utilizzare tali mezzi*».

Si chiarisce poi nell'art. 8, che i reati contemplati nel titolo II dovranno essere punibili da parte dei sistemi nazionali dei singoli Stati anche in forma di istigazione, favoreggiamento, concorso, ed, in ossequio alle previsioni di dettaglio contenute nel par. 2, anche di tentativo.

Di tutti i reati *de quibus* potranno, inoltre, essere ritenute responsabili le persone giuridiche, in presenza dei requisiti e nei limiti stabiliti dall'art. 10. A tal fine, è richiesto che il reato sia commesso a vantaggio della persona giuridica «*da qualsiasi persona che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo*» interno ad essa o che occupi in essa «*una posizione preminente*» in forza di un potere di rappresentanza, o in quanto dotata dell'autorità di adottare decisioni per conto della persona giuridica o di esercitare un controllo in seno ad essa (par. 1). Del pari, la responsabilità delle persone giuridiche potrà configurarsi anche qualora l'omessa sorveglianza o il mancato controllo da parte di uno dei soggetti indicati nel par. 1 abbia reso possibile la commissione di uno dei reati di cui agli artt. 3 – 8 a vantaggio della persona giuridica stessa (par. 2).

Le sanzioni applicabili

L'obiettivo di punire i reati *de quibus* con pene e sanzioni «*effettive, proporzionate e dissuasive*» è perseguito dalla direttiva, in primo luogo, mediante la previsione di sanzioni differenziate per le persone fisiche (art. 9) e per le persone giuridiche (art. 11).

In merito alle prime, l'art. 9, oltre a richiamare, in via generale, gli Stati membri ad adottare sanzioni effettive per tutti i reati contemplati dal titolo II, individua limiti edittali massimi di pena detentiva cui gli ordinamenti nazionali dovranno uniformarsi rispetto a singole ipotesi di reato. A seconda della fattispecie considerata vengono così individuate le seguenti quattro soglie: pena massima non inferiore a un anno per i reati di cui all'art. 4, lettere c) e d) e di cui all'art. 5, lettere c) e d); pena massima non inferiore a due anni per i reati di utilizzazione fraudolenta di cui all'art. 3, per i reati di cui all'art. 4, lett. a) e b), e all'art. 5, lett. a) e b), nonché all'art. 7; pena massima non inferiore a tre anni per i reati di frode connessa ai sistemi di informazione di cui all'art. 6; pena massima non inferiore a cinque anni per i reati di cui agli artt. da 3 a 6, qualora siano commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale, riconducibile alla Decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, indipendentemente dalla sanzione ivi prevista.

Ferma restando l'introduzione di tali soglie, è opportuno ribadire come la direttiva lasci comunque impregiudicate l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, nonché l'applicazione delle sanzioni e l'esecuzione delle sentenze nel rispetto «*delle circostanze del caso specifico e delle norme generali di diritto penale nazionale*» (considerando n. 17).

Riguardo alle seconde, si demanda agli Stati membri la possibilità di scelta tra sanzioni di natura diversa. Nei confronti delle persone giuridiche riconosciute responsabili di reato ai sensi dell'art. 10, po-

tranno essere, infatti, adottate sanzioni pecuniarie penali e sanzioni non penali. In quest'ultima categoria l'art. 11 include, a titolo esemplificativo, l'esclusione dal godimento di un beneficio o di un aiuto pubblico; l'esclusione temporanea dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni; l'interdizione temporanea o permanente di esercitare un'attività commerciale; l'assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; provvedimenti giudiziari di scioglimento; la chiusura temporanea o permanente dei locali usati per commettere il reato.

Giurisdizione

Quanto alle regole in base alle quali affermare la giurisdizione degli Stati membri sui reati previsti dal titolo II della direttiva, l'art. 12 – attenendosi al generale principio di efficacia operante in materia e uniformandosi agli usuali criteri attributivi – individua nel sistema giudiziario del Paese in cui il reato è stato commesso quello più idoneo a trattarlo (considerando n. 20). Ciascuno Stato membro stabilirà, dunque, la propria giurisdizione sui reati commessi, anche solo in parte, sul suo territorio e su quelli commessi da un suo cittadino. A corredo di tale statuizione, si chiarisce che un reato è «*commesso in tutto o in parte sul territorio di uno Stato membro*» quando l'autore lo compie «*mentre era fisicamente presente in quel territorio e, indipendentemente dal fatto che il sistema di informazione con cui è stato commesso il reato si trovasse o meno nel suo territorio*» (par. 2).

Il par. 3 dell'art. 12 non manca poi di prevedere criteri attribuivi supplementari, in base ai quali agli Stati membri è consentito estendere la propria giurisdizione anche su reati commessi al di fuori del territorio nazionale. Tale eventualità si prospetta, in via alternativa, allorché l'autore del reato risieda abitualmente nel territorio dello Stato; il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede sul territorio dello Stato; e qualora il reato sia stato commesso contro un cittadino dello Stato o contro una persona che risieda abitualmente sul suo territorio.

In caso di conflitti di giurisdizione – richiamando gli obblighi rispettivamente derivanti dalla Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti speciali e la Decisione quadro 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità – le autorità competenti degli Stati membri interessati sono incoraggiate ad avviare consultazioni dirette anche avvalendosi dell'assistenza dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (considerando n. 21).

Indagini e cooperazione

La delicatezza e la complessità delle indagini sulle frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti richiedono che le autorità competenti degli Stati membri possano disporre di strumenti «*efficaci e proporzionati*». A tal fine l'art. 13 dispone che «*le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale*» abbiano accesso agli strumenti utilizzati nel contrasto alla criminalità organizzata o ad altre forme gravi di criminalità.

Di pari importanza per un'efficace azione di contrasto da parte delle autorità competenti è la possibilità di «*accedere tempestivamente alle informazioni utili per svolgere le indagini e perseguire i reati*» (considerando n. 22). Su questo fronte la direttiva considera tre diverse situazioni, distinguendo tra circolazione delle informazioni (art. 13, par. 2), scambio di informazioni (art. 14) e comunicazione dei reati (art. 15).

Per favorire la circolazione delle informazioni sui reati di cui agli articoli 3 – 8 gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire che tali informazioni giungano «*senza indugio alle autorità che indagano o perseguono tali reati*», le quali dovrebbero essere altresì autorizzate a «*cooperare con altre autorità nazionali nello Stato membro e con le loro controparti in altri Stati membri*» (considerando n. 23).

Sul versante dello scambio di informazioni tra le autorità nazionali di contrasto, la direttiva valorizza il ruolo dei «*punti di contatto operativi*» istituiti dalla Decisione quadro 2001/413/GAI (art. 12). L'art. 14 prevede che gli Stati membri predispongano a tal fine «*un punto di contatto operativo nazionale disponibile ventiquattr'ore su ventiquattro, sette giorni su sette*» (art. 14, par. 1), dotandosi di procedure che consentano di trattare in modo tempestivo le richieste urgenti di assistenza – anche provenienti dalla rete – e di rispondere entro otto ore dalla presentazione. I punti di contatto dovrebbero fornire «*un'assistenza concreta, ad esempio facilitando lo scambio di informazioni pertinenti*», comprese consulenze tecniche e informazioni giuridiche (considerando n. 26).

Notizie aggiornate sul punto di contatto nazionale devono essere comunicate, in conformità alle rispettive attribuzioni, alla Commissione, ad Europol e ad Eurojust (art. 14, par. 2).

Tenuto conto che la comunicazione dei reati alle autorità competenti rappresenta spesso «*il punto di partenza di indagini giudiziarie*» (considerando n. 27), gli Stati membri sono sollecitati a rendere disponibili “canali adeguati” per agevolare tale comunicazione alle autorità nazionali di contrasto e alle altre autorità competenti (art. 15, par. 1). Per perseguire tale finalità, le istituzioni finanziarie e le altre persone giuridiche che operano sul territorio degli Stati membri vanno incentivate, attraverso l’adozione di misure *ad hoc*, a riferire «*senza indebito ritardo i sospetti di frode*» (art. 15, par. 2).

Gli Stati membri sono, inoltre, incoraggiati ad assicurare «*un’applicazione efficace degli strumenti di riconoscimento reciproco e di mutua assistenza giudiziaria riguardo ai reati coperti dalla presente direttiva*» (considerando n. 29). Lo sviluppo di efficaci rapporti di cooperazione risulta, infatti, funzionale a perseguire in modo proficuo gli obiettivi della direttiva stessa dal momento che tali reati hanno sovente carattere transfrontaliero.

Alle disposizioni in materia di indagini si collegano quelle in tema di prevenzione contemplate nell’art. 17, che individua una serie di “azioni adeguate” da realizzare anche attraverso internet – quali campagne di informazione e di sensibilizzazione e programmi di ricerca e di istruzione – volte a ridurre l’incidenza delle frodi, sensibilizzare il pubblico e ridurre il rischio di incorrere in quel tipo di reato.

Assistenza e sostegno alle vittime

Le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento alternativi ai contanti possono causare gravi conseguenze non solo di natura economica – si pensi, ad esempio, al furto di identità – in danno di chi ne è vittima. Sovente, ad aggravare ulteriormente tali ricadute contribuisce poi il fattore tempo, innescando reati connessi che amplificano in modo esponenziale gli effetti dannosi derivanti dai reati *de quibus* (considerando n. 31).

Per rispondere alla specificità di tali possibili scenari la direttiva (UE) 2019/713 introduce forme di assistenza, di natura prevalentemente informativa, aggiuntive rispetto a quelle che già derivano dalla Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Alle persone fisiche e giuridiche che abbiano subito un danno derivante dai reati previsti dal titolo II della direttiva in esame, commessi mediante l’uso fraudolento di dati personali, vanno comunicati «*dati informazioni e consigli specifici*» su come proteggersi dalle conseguenze negative che da essi derivano, quale il danno alla reputazione; nonché un «*elenco delle istituzioni che si occupano specificamente di diversi aspetti del reato connesso all’identità e del sostegno delle vittime*» (art. 16, par. 1). L’accesso delle vittime alle forme di assistenza e di sostegno può essere semplificato anche mediante l’istituzione di «*strumenti nazionali unici di informazione online*» (art. 16, par. 2).

In seguito al primo contatto con l’autorità giudiziaria, alla vittima sono, inoltre, dovute – ai sensi del diritto nazionale – le informazioni concernenti le procedure per presentare una denuncia relativa al reato e il ruolo della vittima in tali procedure;

Disposizioni finali

Al più tardi entro il 31 agosto 2019 la Commissione è chiamata ad istituire un “programma dettagliato” di monitoraggio degli esiti, dei risultati e degli effetti della direttiva. Nel programma devono essere messi a punto, tra l’altro, i mezzi da utilizzare e la periodicità della raccolta dei dati (art. 18).

Ulteriori scadenze sono previste dall’art. 21 per la presentazione di relazioni e di valutazioni da parte della Commissione. Entro il 31 maggio 2023 andrà presentata al Parlamento e al Consiglio la relazione che valuta in quale misura gli Stati membri si siano conformati alla direttiva. Entro il 31 maggio 2026 sarà presentata la relazione relativa all’impatto della direttiva stessa.

Da segnalare, infine, che il testo delle disposizioni interne adottate dagli Stati membri per conformarsi alla direttiva deve essere comunicato alla Commissione (art. 20, par. 2).

DE JURE CONDENDO

di Lorenzo Pulito

NORMATIVA ANTICORRUZIONE E REGIME TRANSITORIO

Uno dei perni della riforma portata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “spazza corrotti”) è rappresentato, per quanto riguarda la fase esecutiva, dalle modifiche intese a rafforzare l’effetto dissuasivo della pena applicata con riferimento a determinati reati contro la pubblica amministrazione.

“Punta di lancia” di tale intervento sono state le modifiche contenute nei commi 6 e 7 dell’art. 1 della ridetta legge. La lett. b), comma 6, dell’art. 1 ha operato un’interpolazione dell’art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 sull’ordinamento penitenziario, inserendo taluni reati (i.e. peculato, escluso quello d’uso; concussione; corruzione impropria; corruzione propria, semplice e aggravata; corruzione in atti giudiziari; indebita induzione a dare o promettere utilità; corruzione di incaricato di pubblico servizio; corruzione attiva; istigazione alla corruzione; peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi e funzionari dell’Unione europea e di Stati esteri) nel catalogo di quelli assolutamente ostativi all’accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, salvo che vi sia collaborazione con la giustizia.

Tanto importa la conseguenza che, in relazione alle condanne applicate per tali delitti, non sarà consentita la sospensione dell’ordine di carcerazione, in forza del disposto di cui all’art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. e l’operatività delle forme di esecuzione extramuraria, sia di tipo trattamentale che di natura propriamente alternativa alla detenzione, imponendosi ai condannati per tali reati “l’assaggio di carcere”.

L’obiettivo avuto di mira dal legislatore, nell’inserire nel doppio binario penitenziario le sopra indicate fattispecie delittuose, è stato all’evidenza quello di indurre gli autori di tali reati appunto a collaborare con la giustizia al fine di evitare le preclusioni nell’accesso ai benefici penitenziari, aumentando l’effetto dissuasivo e generalpreventivo della pena in relazione a fattispecie criminose che sono state così equiparate, per gli effetti dell’esecuzione penale, ai delitti di mafia e terrorismo.

La particolare severità della legge c.d. “spazza corrotti”, basata su un’opzione di politica legislativa che ha tradotto in norme l’allarme destato dalla virulenza che il fenomeno corruttivo ha assunto nel nostro Paese, con le sue connesse e conseguenti ricadute sull’economia nazionale, ha suscitato sin da subito alcune perplessità circa il rispetto delle coordinate costituzionali che caratterizzano la materia dell’esecuzione penale, sotto il profilo dei principi – più volte ribaditi dalla Consulta – dell’osservanza del canone di proporzionalità dell’assetto complessivo, della necessaria individualizzazione del trattamento penitenziario, del ripudio di logiche sanzionatorie basate sul “tipo di autore” e su pene fisse non soggette alla ponderazione del giudice.

La dottrina si è espressa in senso critico nei confronti dell’approccio al problema politico criminale attraverso l’ipertrofia delle sanzioni penali e il massiccio ricorso al carcere, visti come risposta meno adatta a governare il fenomeno in modo utile alla società, e ha ribadito il favore per un’ottica di progressivo reinserimento in società del condannato.

La proposta di legge A.C. 1564, d’iniziativa del deputato Costa, recante «*Modifica alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti il divieto di concessione dei benefici penitenziari*», presentata il 4 febbraio 2019, all’indomani dell’approvazione della c.d. “spazza corrotti”, sebbene non miri a incrinare tale logica, si preoccupa di postergarne gli effetti.

Il divieto di benefici previsto dalla disciplina riformata, in mancanza di una disciplina transitoria, dovrebbe applicarsi – valutandosi l’art. 4-bis ord. pen. alla stregua di una norma processuale soggetta al principio del *tempus regit actum* – anche ai reati commessi prima dell’entrata in vigore della legge e, addirittura, alle esecuzioni penali in corso e/o nei casi in cui sia stato emesso il decreto di carcerazione so-

speso *ex art. 656 c.p.p.*, ma il Tribunale di sorveglianza non abbia ancora deliberato sulla richiesta di applicazione di una misura alternativa.

Il progetto *de quo*, invece, considerando la natura intrinsecamente penale della novella, la sua caratteristica genetica di costituire una modifica di sistema e il principio della necessaria prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (intendendo la locuzione in modo ampio, come fa la Corte e.d.u.), con l'unico articolo in cui si struttura – inserendo il comma *6-bis* dopo l'art. 1, comma 6, l. n. 3 del 2019 – rende inapplicabile il ridetto divieto ai reati commessi prima della sua introduzione.

Si “depotenzerebbe”, di fatto, la svolta repressiva contro la corruzione introdotta dalla l. n. 3 del 2019 in un tessuto sociale in cui i reati contro la pubblica amministrazione costituiscono un fenomeno endemico che alimenta mercati illegali e distorce la concorrenza.

Nondimeno, s'impedirebbe che i tempi imprevedibili di durata del processo refluiscono sfavorevolmente sull'imputato, creando disparità di trattamento tra chi abbia già eseguito in regime alternativo la pena per reati commessi anteriormente alla novella e chi, per le medesime fattispecie criminose o addirittura per gli stessi fatti (si pensi all'ipotesi in cui originari coimputati optassero per riti differenti), debba ancora scontarla.

Inoltre, si renderebbe oggettivamente esigibile la collaborazione *ex art. 323-ter c.p.*, introdotta dalla “spazza corrotti” e considerata, nell'ambito dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., come capace di neutralizzare il divieto di concessione delle misure alternative alla detenzione.

“RITOCCHI” AL CODICE DELLE LEGGI ANTIMAFIA E DELLE MISURE DI PREVENZIONE

È stato presentato al Senato il 9 maggio 2019 il d.d.l. S. 1273, d'iniziativa dei senatori Iannone, Bertacco, Calandrini, Maffoni e Urso, recante «*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni*», che si propone di rendere più efficiente la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati a beneficio della collettività.

Nella *Relazione di accompagnamento* i proponenti, dopo aver ricordato i “fluviali” interventi normativi che, solo per restare agli ultimi tre anni, hanno inciso la materia, spiegano che si prefiggono di apportare una serie di modifiche atte a superare alcune criticità emerse nell'applicazione pratica del Codice antimafia.

Tra i diversi interventi si ricordano quelli legislativi (*in primis*, la l. 17 ottobre 2017, n. 161, di riforma, tra l'altro, del Codice antimafia, ulteriormente modificato dalla l. 1 dicembre 2018, n. 132, recante misure per l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC); ancora, la l. 23 giugno 2017, n. 103, che ha introdotto il principio della c.d. “riserva di codice” nel nostro ordinamento penale); quelli attuativi di questi ultimi (rispettivamente, il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 54, che ha introdotto nuove ipotesi di incompatibilità per gli amministratori giudiziari e il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha portato all'abrogazione dell'art. 12-*sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, confluito nel nuovo art. 240-*bis* c.p., e alla riscrittura – quanto agli aspetti più propriamente esecutivi della confisca – dell'art. 104-*bis* norme att. c.p.p., quest'ultimo ulteriormente modificato dal recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14); infine, quelli regolamentari (con il regolamento recante la disciplina sull'organizzazione e la dotazione delle risorse umane e strumentali per il funzionamento dell'Agenzia nazionale, approvato dal Consiglio dei Ministri del 2 agosto 2018).

Il progetto – che si struttura in otto articoli – mira a introdurre una serie di modifiche al Codice antimafia e all'art. 104-*bis* norme att. c.p.p., in particolare per quanto concerne: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, il controllo giudiziario delle aziende, la nomina e la revoca dell'amministratore giudiziario, i compiti dell'Agenzia, la gestione delle aziende e dei beni sequestrati, l'affitto o cessione di beni aziendali in costanza di procedura, la destinazione dei beni e delle somme nonché l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari e la tutela dei terzi nel giudizio.

Più in dettaglio, senza pretesa di esaustività, l'art. 1 del d.d.l. apporta modifiche all'art. 34, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011, ampliando i poteri sostitutivi dell'amministratore giudiziario rispetto ai titolari

dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura, che potrà così esercitare i diritti sociali e amministrativi connessi alle quote aziendali e avrà facoltà di subentrare nei rapporti con l'organo di controllo (collegio sindacale, revisori) e con l'organismo di vigilanza eventualmente presenti.

L'art. 2, aggiungendo il comma 7-*bis* all'art. 34-*bis* del Codice antimafia, intende estendere la procedura per la tutela dei terzi all'istituto del controllo giudiziario, strumento di bonifica aziendale alternativo a quelli ablatori.

Infine, l'art. 3, riscrivendo il comma 2 dell'art. 35 del Codice antimafia, elide il limite numerico dei tre incarichi giudiziari che era stato fissato nel 2017 con l'obiettivo di realizzare una rotazione effettiva e trasparente. Ma, fin dall'applicazione della l. n. 161 del 2017, era stato segnalato come il limite numerico, in luogo di quello qualitativo e di valore, tradisse l'obiettivo che si prefigurava di raggiungere, impedendo di fatto il crescere di un "saper fare" specialistico e altamente professionalizzato nell'ambito della amministrazione giudiziaria, disperdendo quel prezioso bagaglio di competenze via via accumulato.

Nella consapevolezza della peculiarità del ruolo dell'amministratore giudiziario, che integra un profilo professionale autonomo in grado di assemblare differenti competenze che maturano con una preparazione e un'organizzazione professionale non estemporanea o saltuaria, il d.d.l. *de qua* recupera il criterio qualitativo e di valore come limite al conferimento di incarichi al medesimo professionista, rimettendone la scelta al prudente e responsabile apprezzamento del Tribunale, che, attraverso un provvedimento motivato e collegiale, anche al fine di garantire la necessaria rotazione degli incarichi, dovrà esplicitare la nomina tenendo conto di una molteplicità di criteri quantitativi (ad es. il numero degli incarichi in corso), qualitativi (ad es. le pregresse esperienze professionali) e gestionali (come la tipologia e il valore dei beni sequestrati, la complessità della amministrazione, ecc.).

Il progetto legislativo incide anche sulle proposte gestorie formulabili dall'amministratore giudiziario, con particolare riferimento a situazioni di pericolo di deterioramento dei beni o di rilevanti disconomie. In quest'ottica si pongono gli artt. 5 e 6 del d.d.l.

Il primo, modificando il comma 5-*ter* dell'art. 40 del Codice antimafia, estende la possibilità di alienazione in costanza di procedura – oggi limitata ai soli beni mobili – anche laddove a essere sequestrati siano immobili.

Il secondo introduce l'art. 40-*bis* per regolare l'affitto o la cessione di beni aziendali in costanza di procedura. Il contenuto di questo nuovo articolo si cura di dettare i criteri per la scelta dell'affittuario o del cessionario da parte dell'amministratore giudiziario, tramite procedure competitive e trasparenti, onerandolo di considerare – oltre all'offerta in sé – anche le garanzie prestate e la fattibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, con particolare riferimento ai livelli occupazionali. Inoltre, per la cessione, vengono inserite le medesime cautele già previste per la vendita dei beni immobili dall'art. 48, comma 5, Codice antimafia. Onde tutelare la posizione dell'acquirente o dell'affittuario e incentivare l'acquisto di aziende in situazione debitoria, viene espressamente escluso per legge l'accollo dei debiti di lavoro e aziendali sorti prima dell'operazione di cessione o di affitto, ivi compresi quelli sorti in costanza di procedura; viceversa, nel caso di retrocessione dell'azienda alla procedura, si prevede che i debiti sorti durante la vigenza dell'affitto o della cessione non siano opponibili alla procedura, sicché i creditori dell'affittuario o del cessionario potranno rivalersi esclusivamente su quest'ultimo.

Significativa anche l'introduzione, ad opera dell'art. 7 del d.d.l., dell'istituto del Partenariato Pubblico Privato, "mutuato" dal codice degli appalti: con questa forma di cooperazione tra poteri pubblici e privati, i beni e le attività, restando nel patrimonio pubblico, possono essere affidati in gestione, a titolo oneroso, a operatori economici in grado di gestirli e valorizzarli mediante il loro sfruttamento economico per un periodo di tempo determinato e contrattualmente stabilito.

L'art. 8, infine, interviene a modificare l'art. 104-*bis* norme att. c.p.p., estendendo anche al sequestro penale non finalizzato alla confisca *ex art. 240-bis* c.p. l'integrale disciplina del Codice antimafia (al momento applicabile limitatamente alle disposizioni comprese tra l'art. 35 e l'art. 51 e alla disciplina in materia di tutela dei terzi di cui al Titolo IV).

Grazie a tale opera unificatrice la disciplina in materia di competenza dell'Agenzia (che dal secondo grado di giudizio subentra nella gestione e dopo la confisca definitiva provvede alla destinazione dei beni definitivamente confiscati) viene a essere operante anche nel caso di sequestro penale.

MODIFICHE PROCEDURALI PER TUTELARE GLI ANIMALI

È stato comunicato alla Presidenza del Senato il d.d.l. A.S. 1078, d’iniziativa dei senatori Perilli e Maiorino, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice civile, nonché altre disposizioni in materia di tutela degli animali*».

Come si legge nella *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. in esame, il cui testo si presenta alquanto complesso e articolato, i proponenti intendono ribadire e integrare un analogo progetto già depositato nella scorsa legislatura (A.C. 3592), traendo spunto dalle ricerche scientifiche, nazionali e internazionali, in forza delle quali è dimostrato sussistere un nesso tra crudeltà sugli animali, violenza e devianze antisociali.

Il d.d.l., costituito da ben dodici articoli, reca soprattutto numerosi interventi al codice penale al fine di inasprire le pene attualmente previste per i reati commessi in danno di animali, esseri senzienti, ampliare l’ambito di applicabilità di fattispecie penali esistenti, introdurre nuove fattispecie penali e nuove aggravanti, prevedere la punibilità di alcuni delitti contro gli animali anche quando commessi per colpa e introdurre nuove pene accessorie.

Dovendo in questa sede soffermarsi sulle modifiche riguardanti il codice di rito, può riassuntivamente dirsi che quelle che l’art. 2 del progetto intende apportare consistono nell’introdurre: a) la disciplina del sequestro di animali vivi, come conseguenza di un procedimento penale per uno dei reati contro gli animali; b) la ipotesi di arresto facoltativo, per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, di chiunque sia colto in flagranza di uno dei delitti previsti dal titolo IX-*bis* (Dei delitti contro gli animali), libro secondo, del codice penale; c) l’applicazione, anche in caso di procedimento per decreto in relazione a delitti contro gli animali, delle pene accessorie previste dall’art. 544-*sexies* c.p. e – relativamente al traffico di animali da compagnia – dall’art. 4, l. 4 novembre 2010, n. 201.

Il sequestro di animali vivi, in particolare, viene disciplinato dall’art. 254-*ter* c.p.p., inserito – dall’art. 2, comma 1, del d.d.l. – nel capo relativo ai sequestri del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato. La disposizione prevede che il sequestro di animali vivi possa essere ordinato – con motivato decreto – dall’autorità giudiziaria che procede per un delitto consumato o tentato di maltrattamento di animali (art. 544-*ter* c.p.), spettacoli o manifestazioni vietati (art. 544-*quater* c.p.), divieto di combattimenti tra animali (art. 544-*quinquies* c.p.), uccisione o distruzione di specie protette (art. 544-*septies* c.p.), abbandono di animali (art. 727 c.p.), o traffico illecito di animali da compagnia (art. 4, l. n. 201 del 2010).

In tal caso l’autorità giudiziaria può affidare gli animali, in via definitiva, alle associazioni di cui all’art. 19-*quater* norme. att. c.p., purché le stesse versino una cauzione (determinata dalla stessa autorità per ogni singolo animale in base alle caratteristiche etologiche di ciascuno di essi), che confluisce nel Fondo unico giustizia per restare a disposizione fino alla sentenza definitiva di condanna e alla conseguente confisca dell’animale.

A loro volta le associazioni possono, previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria, affidare gli animali a singole persone fisiche.

Il procedimento delineato dall’art. 254-*ter* c.p.p. dovrà essere seguito anche in caso di sequestro preventivo di animali vivi. In tal senso dispone il comma 3 dell’art. 2 del d.d.l., che modifica l’art. 321 c.p.p., aggiungendovi il comma 3-*quater*.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di *Marcello Stellin*

NE BIS IN IDEM, DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

(Corte edu, 16 aprile 2019, *Ármansson* c. Islanda)

La pronuncia in commento s'incunea in quel solco giurisprudenziale – oggetto di rimodulazione attraverso la recente sentenza *A. e B. c. Norvegia* (Corte edu, Grande Camera, 16 novembre 2016) – che concerne la compatibilità del c.d. doppio binario sanzionatorio (amministrativo/penale) rispetto al canone del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu. Detta norma vieta, infatti, che taluno possa essere perseguito penalmente o condannato per il medesimo fatto con riferimento al quale sia già intervenuta una sentenza definitiva.

Si volga un rapido sguardo alla vicenda. In data 30 luglio 2009, l'autorità tributaria islandese dava inizio ad un'ispezione: il procedimento era finalizzato ad accertare se il ricorrente – un cittadino danese, già amministratore delegato di una delle più importanti banche dello stato convenuto – avesse correttamente dichiarato i guadagni ottenuti dalla vendita delle azioni acquisite dopo essersi dimesso dalla dirigenza dell'istituto di credito. L'accertamento si concludeva il 5 ottobre 2010 (§ 5). Gli esiti venivano comunicati il giorno successivo: il ricorrente apprendeva, da un lato, che l'agenzia delle entrate avrebbe esaminato il suo caso, in vista di un possibile ricalcolo delle imposte dovute e, dall'altro, che la propria condotta avrebbe potuto avere una rilevanza di carattere penale (§ 6).

Su richiesta del Sig. *Ármansson*, l'autorità tributaria decideva, tuttavia, di rimandare l'eventuale denuncia al pubblico ministero all'indomani della rideterminazione delle imposte da parte dell'agenzia delle entrate (§§ 7,52): tale calcolo, comunicato il 2 maggio 2011 – avente ad oggetto le imposte dovute con riferimento alle dichiarazioni dei redditi presentate tra gli anni 2007 e 2009 –, veniva, tuttavia, contestato dal ricorrente (§ 8).

In data 12 gennaio 2012, l'agenzia delle entrate inviava, dunque, un nuovo accertamento, relativo alla suddetta parentesi temporale, cancellando la rivalutazione afferente ai guadagni ottenuti mediante la cessione del pacchetto azionario (§ 9).

In data 2 marzo 2012 l'autorità tributaria trasmetteva gli atti al pubblico ministero, denunciando anche il possibile occultamento dei profitti relativi alla suddetta vendita delle azioni (§ 12): nel replicare alle cesure mosse dal ricorrente – il quale aveva, tra l'altro, eccettuato la mancata scadenza del termine per impugnare il nuovo calcolo (§ 13) – l'autorità tributaria affermava che il pubblico ministero avrebbe compiuto un'indagine *ex novo*, valutando le prove a carico in maniera indipendente. Per tali ragioni, un'eventuale accusa sarebbe stata elevata solamente in caso di fondatezza della notizia di reato (§ 14).

Con provvedimento datato 15 maggio 2012, l'autorità tributaria, avuto riguardo al contraddittorio cartolare già intercorso, statuiva che il ricorrente aveva occultato una quota significativa dei guadagni incamerati tra il 2006 ed il 2008: rivalutate, pertanto, le imposte dovute a seguito delle dichiarazioni dei redditi presentate tra il 2007 ed il 2009, veniva applicata, altresì, una sovrattassa pari al 25% degli importi delle stesse (§ 10).

Il ricorrente provvedeva a pagare tanto le tasse quanto la sanzione, decidendo di non impugnare il provvedimento, che diventava definitivo nell'agosto del 2012 (§ 11).

Il 26 settembre 2012 il ricorrente veniva interrogato dal pubblico ministero, che gli contestava i fatti addebitati: alcuni degli addebiti oggetto di denuncia da parte dell'autorità tributaria erano già stati archiviati (§ 15).

Il 17 dicembre 2012 il Sig. *Ármansson* veniva accusato di avere commesso reati tributari, omettendo d'indicare nelle dichiarazioni dei redditi presentate tra gli anni 2007 e 2009 taluni guadagni incamerati nel periodo compreso tra il 2006 ed il 2008 (§ 16).

Con sentenza del 28 giugno 2013, il Tribunale distrettuale – dopo aver rigettato l'eccezione di *ne bis in idem* proposta dal ricorrente (§ 17) – condannava il Sig. *Ármansson* ad una pena detentiva sospesa di sei mesi, oltre ad una sanzione pecuniaria pari all'incirca a 241.000 euro: il computo della pena inflit-

ta teneva conto della sovrattassa già applicata; il giudice penale aveva, tuttavia, omissis di esplicitare il relativo calcolo (§ 18).

La Suprema Corte non ravvisava, a sua volta, alcuna violazione dell'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla CEDU: con sentenza datata 14 maggio 2014, veniva, dunque, confermata la pronuncia di condanna inflitta in primo grado, con un innalzamento ad otto mesi la pena detentiva (§ 20).

Adita la Corte edu, il ricorrente lamentava di essere stato giudicato e punito due volte per il medesimo fatto: la stessa condotta aveva, infatti, determinato tanto l'applicazione di una sovrattassa (avente una *ratio* ed una portata sanzionatoria di carattere sostanzialmente penale), quanto l'instaurazione dell'*iter* giudiziario conclusosi con la declaratoria di colpevolezza. Del tutto imprevedibile appariva, poi, la circostanza che al magistrato penale venisse interamente devoluta la cognizione di quella medesima re-giudicanda in larga parte già archiviata in sede amministrativo/tributaria (§§ 23-30).

Al fine di pronunciarsi sulla violazione dell'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Cedu, la Corte europea è tenuta a svolgere un quadruplice accertamento, avente ad oggetto la natura penale dell'*iter* finalizzato ad imporre la sovrattassa, l'identità del fatto, la sussistenza di una pronuncia definitiva, oltre alla duplicazione dei procedimenti (§ 39).

I Giudici alsaziani ravvisano, innanzitutto, l'intrinseca natura penale del procedimento amministrativo-tributario. A tale scopo, chiosa la Corte, occorre avere riguardo ai criteri enucleati in seno al precedente Corte edu, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*: vengono, dunque, in rilievo la tassonomia legislativa, la natura della violazione, nonché l'afflittività della pena comminata (§§ 40-41).

La natura intrinsecamente penale della sovrattassa, benché formalmente amministrativa, appare incontrovertibile.

Quanto all'identità del reato – che secondo i parametri invalsi sussiste qualora le due regiudicande concernano fatti (anche solo sostanzialmente) identici – la Corte di Strasburgo pone l'accento sull'analogia delle condotte accertate nel corso del procedimento tributario ed in quello penale: entrambe le fattispecie avevano, invero, ad oggetto l'omessa dichiarazione dei medesimi importi, relativi allo stesso periodo di tempo (§§ 42-44).

Per quel che attiene, invece, alla sussistenza di una pronuncia definitiva, l'autonomia di tale criterio parrebbe entrata in crisi a seguito del noto precedente *A. e B. c. Norvegia*: in quella sede, i Giudici europei hanno, infatti, sancito la sostanziale irrilevanza di tale fattore, il quale, un tempo, era invece potenzialmente in grado di paralizzare il procedimento ancora pendente.

Il vero nodo gordiano – chiosano i Giudici strasburghesi – concerne, oggigiorno, il *discrimen* tra la «duplicazione» dei due procedimenti (tuttora preclusa dall'art. 4 del settimo Protocollo addizionale) e la «combinazione» tra gli stessi in quanto singole componenti del medesimo *iter* giudiziario (§ 45).

Quest'ultima opzione legislativa appare legittima solamente qualora i due procedimenti appaiano «sufficientemente connessi a livello sostanziale e temporale»: a tale scopo occorre, *in primis*, che i due giudizi – configurati quali strumenti normativi protesi al raggiungimento del medesimo scopo – appaiano sostanzialmente complementari e temporalmente collegati.

Ferma, dunque, la possibilità per l'ordinamento di organizzare in tal guisa la propria reazione a determinate condotte criminose, le conseguenze di una scelta siffatta devono risultare, in ogni caso, «prevedibili» e «proporzionate» (§ 46 che richiama il già citato precedente *A. e B. c. Norvegia*).

Affinché la sanzione complessivamente irrogata soddisfi tale duplice requisito (§§ 48-49) – chiosa la Corte edu richiamando il noto arresto *A. e B.* – occorre avere, appunto, riguardo alla connessione sostanziale e temporale intercorrente tra il procedimento amministrativo e quello penale, «*for them to be regarded as forming part of an overall scheme of sanctions under [...] law*»; qualora il predetto collegamento risulti carente, si dovrà ravvisare, viceversa, un'indebita duplicazione tra procedimenti caratterizzati da una natura sostanzialmente penale (Corte edu, 17 maggio 2017, *Johannesson ed altri c. Islanda*).

Con riferimento al caso di specie, la Corte ritiene che i procedimenti amministrativi e penali (e le relative sanzioni) vengano contemplati dal legislatore islandese quali elementi complementari di un complessivo strumento normativo finalizzato a prevenire l'evasione fiscale. Donde il soddisfacimento del requisito di prevedibilità, essendo i consociati posti nelle condizioni di conoscere anticipatamente le conseguenze delle loro condotte (§ 53).

Lo stesso dicasi con riferimento alla proporzionalità tra le sanzioni irrogate: nonostante la motivazione carente, ad opera delle corti interne, i Giudici europei ritengono che la giurisdizione penale, al momento d'irrogare la pena, abbia avuto sufficientemente riguardo alla sovrattassa già applicata dall'autorità amministrativa (§ 54).

Diverso è, invece, il giudizio della Corte con riferimento alla connessione tra i due procedimenti.

Nonostante l'autorità giudiziaria penale avesse avuto accesso agli atti del procedimento amministrativo, gli inquirenti hanno condotto un'indagine autonoma, che ha costituito la premessa per la condanna successivamente inflitta al ricorrente. La condotta del Sig. Ármannsson è stata, quindi, «esaminata – quanto ai [diversi] profili di responsabilità amministrativa e penale – da autorità e giudici tra loro indipendenti, nel corso di due procedimenti in larga parte autonomi l'uno dall'altro» (§ 55).

Sotto il profilo temporale, a fronte di una durata complessiva dell'intera vertenza, pari a 4 anni e 10 mesi – computata dall'inizio dell'accertamento tributario (30 luglio 2009), sino al termine di quello penale (corrispondente alla pronuncia della Suprema Corte del 14 maggio 2014) –, si registra un parallelismo tra i due giudizi per un periodo di tempo piuttosto esiguo, pari a soli cinque mesi, vale a dire dalla trasmissione della *notitia criminis* all'autorità penale (1° marzo 2012) sino alla conclusione dell'*iter* amministrativo, sopraggiunta nell'agosto del 2012.

Successivamente, il procedimento penale aveva continuato a progredire in maniera autonoma: quattro mesi dopo la conclusione della fase amministrativa il ricorrente era stato, infatti, rinviato a giudizio (dicembre 2012); la condanna di primo grado era stata pronunciata il 28 giugno 2013 e la sentenza della Suprema Corte era intervenuta a distanza di circa un anno (§ 56).

Alla luce di tali circostanze, avuto in particolare modo riguardo alla mancata sovrapposizione tra i due giudizi, all'indipendenza tanto delle rispettive istruttorie quanto della valutazione probatoria, la Corte ritiene che la connessione sostanziale e temporale tra l'*iter* amministrativo e quello penale non sia sufficientemente compatibile con il canone del *ne bis in idem*.

Tale conclusione non appare minimamente inficiata dalla circostanza che l'autorità amministrativa abbia atteso di riferire la *notitia criminis* su istanza del ricorrente: è, infatti, onere dell'ordinamento interno organizzare il procedimento penale in omaggio al precetto in questa sede vulnerato.

VIOLENZA DI GENERE, DIVIETO DI TORTURA, OBBLIGHI POSITIVI DI TUTELA

(Corte edu, 19 marzo 2019, *E.B. c. Romania*)

Nella pronuncia in esame, la Corte europea ha censurato lo scarso impegno profuso dalle autorità rumene nell'accertare un episodio di violenza sessuale denunciato da una donna affetta da disabilità psichica.

La ricorrente, cittadina rumena, aveva, infatti, lamentato di essere stata avvicinata per strada, in data 20 maggio 2008, da un soggetto a lei sconosciuto: costei avrebbe cominciato a seguirla, tentando d'intervallare una conversazione ed offrendole, quindi, regalie in cambio di un rapporto sessuale. Posto innanzi ad un secco rifiuto, l'aggressore avrebbe afferrato la vittima per un braccio e per il collo: trascinatola in un cimitero vicino, dietro minaccia di usare il coltello che aveva con sé, l'avrebbe costretta a spogliarsi e a subire l'amplesso (§§ 8-10).

Dopo essersi allontanata, la donna si recava immediatamente presso la stazione di polizia: lungo la strada incontrava tale I.S., cui riferiva l'accaduto: costei le consigliava di non sporgere denuncia, attesa la mancanza di testimoni. Trovata la stazione di polizia chiusa, la vittima tornava a casa e raccontava l'accaduto alla propria madre e ad un'amica.

Confidatasi la mattina seguente con il marito, che era stato lontano per lavoro, la ricorrente si recava nuovamente presso l'autorità, cui denunciava l'aggressione subita (§§ 11-12).

Lo stesso giorno gli inquirenti ascoltavano I.L., un avventore che aveva scorto la persona offesa camminare accanto all'indagato (identificato come T.F.S.) immediatamente prima dello stupro: il soggetto riferiva, pertanto, di non avere notato alcunché d'insolito nel di lei comportamento (§ 13).

Veniva, dunque, interrogato anche lo stesso T.F.S., il quale ammetteva di avere avuto un rapporto sessuale con il consenso della ricorrente. La polizia apprendeva che l'indagato aveva già riportato una condanna per reati sessuali (§§ 14-15).

Sottoposta la persona offesa ad una visita medico-legale, i sanitari riscontravano, da un lato, un'ecchimosi sul di lei braccio destro (lo stesso tramite cui ella aveva riferito di essere stata trascinata durante l'aggressione) e, dall'altro, l'assenza di lesioni genitali indici di violenza (§ 16).

In data 3 giugno 2008, la ricorrente rendeva nuove dichiarazioni alla polizia giudiziaria: ella aggiungeva ulteriori dettagli relativi al fatto, riferendo, altresì, le conseguenze che l'aggressione subita aveva sortito sul di lei equilibrio psicofisico (§ 17).

Il 9 luglio 2008 veniva, inoltre, ascoltata I.L., la quale confermava di avere incontrato la ricorrente in data 20 maggio 2008 mentre era intenta a recarsi a denunciare lo stupro, ma di averla vista allontanarsi dopo, avendo trovato la stazione di polizia chiusa (§ 18). I pubblici agenti tentavano invano di rintracciare l'indagato, resosi nel frattempo irreperibile, allo scopo di escuterlo nuovamente (§§ 18-19).

Con decisione del 21 gennaio 2009, il pubblico ministero decideva di archiviare la denuncia: l'assenza di lesioni specifiche, la mancata datazione di quelle riscontrate, il fatto che l'unico teste oculare non avesse visto nulla, oltre alla circostanza che la ricorrente non avesse chiesto aiuto (pur essendo transitata innanzi ad un benzinaio), avevano indotto il *dominus* dell'accusa a propendere per l'infondatezza della notizia di reato (§ 20).

In data 22 febbraio 2009, la ricorrente si rivolgeva ai vertici della Procura, censurando la decisione del pubblico ministero: ella asseriva, da un lato, che i pubblici agenti le avrebbero consigliato di ritirare la denuncia, attesa l'assenza di testimoni, e, dall'altro, di non essere stata resa edotta circa i diritti a lei spettanti in quanto persona offesa, al punto da doversi rivolgere al pronto intervento per scoprire la necessità di sottoporsi ad accertamenti medico-legali.

La vittima chiedeva, pertanto, lo svolgimento di approfondimenti circa la datazione delle lesioni riportate, oltre ad una consulenza tecnica psichiatrica, tesa a confermare il proprio stato di oligofrenia e sindrome depressiva. Domandava, inoltre, che la teste I.L. fosse nuovamente escussa e che l'aggressore fosse sottoposto al c.d. poligrafo: veniva, infine, prodotto un certificato attestante le predette patologie psichiatriche, oltre ad un ritardo mentale di grado lieve (§ 21).

Richiamate le risultanze istruttorie, il capo della Procura riteneva che non vi fossero prove dell'avvenuta violenza (§ 22).

In data 20 marzo 2009, la ricorrente, rappresentata dal marito, si rivolgeva alla corte distrettuale, lamentando, tra i vari aspetti, l'assenza d'indagini in ordine alle lesioni da lei riportate (§ 23): accolte le doglianze della vittima, i giudici restituivano gli atti al pubblico ministero affinché colmasse le predette lacune investigative. I giudici ordinavano, quindi, l'espletamento di una consulenza psichiatrica, al fine di accertare se la vittima – attese le patologie da cui era affetta – fosse stata in grado di reagire e di resistere all'impeto; si sarebbe, inoltre, dovuto escutere nuovamente il teste oculare I.S., affinché riferisse in ordine allo stato d'animo della persona offesa poco prima dei fatti; sarebbe stato, altresì, necessario procedere ad un confronto tra la persona offesa e l'indagato, allo scopo di chiarire le discrasie tra le rispettive prospettazioni fattuali. L'autorità avrebbe dovuto, infine, procedere ad una indagine «socio-morale sulla ricorrente per accertare il di lei comportamento all'interno della società e la di lei credibilità nella comunità d'appartenenza» (§ 25).

In data 15 ottobre 2009, il pubblico ministero proponeva ricorso avverso la decisione della corte distrettuale, ponendo, in particolare modo, l'accento sulla superfluità degli accertamenti disposti, attesa la distanza cronologica dai fatti. La persona offesa veniva assistita da un avvocato d'ufficio. La corte della contea accoglieva la doglianza del pubblico ministero in data 11 febbraio 2010 (§§ 26-29).

Adita la Corte edu, la ricorrente lamentava che le autorità nazionali, omettendo d'indagare adeguatamente sui fatti da lei denunciati, fossero venute meno all'obbligo di fornire una tutela effettiva alle vittime di violenza; oltre a ciò, ella riteneva di non essere stata resa edotta circa le prerogative a lei spettanti in quanto persona offesa, di non avere beneficiato di assistenza legale gratuita (per quanto prevista dall'ordinamento nazionale) e di non avere potuto partecipare effettivamente alle indagini, con conseguente vittimizzazione secondaria (§§ 43,46-47).

Le autorità interne non avevano, inoltre, attribuito alcun peso alla particolare vulnerabilità che caratterizzava la persona offesa in quanto «vittima di stupro psicologicamente compromessa» (§ 47).

I Giudici europei, dal canto loro, rammentano che l'art. 3 della Convenzione impone agli Stati membri di tutelare i consociati concretamente esposti al rischio di subire violenze, anche da parte di privati (§ 53).

Tale obbligo assume particolare pregnanza in presenza di soggetti vulnerabili, quali sono appunto le persone affette da disabilità: costoro devono, infatti, beneficiare di una tutela rafforzata da parte dell'ordinamento, atteso che la loro capacità (o comunque il loro intento) di presentare denuncia potrebbero essere compromessi (cfr. Corte edu, 24 maggio 2016, I.C. c. Romania).

Sulla scorta di tali premesse, la Corte ritiene che dall'art. 3 della Carta discenda, altresì, in capo agli Stati membri, da un lato, l'obbligo di predisporre un esaustivo compendio di norme incriminatrici allo scopo di prevenire e reprimere adeguatamente il fenomeno della violenza sessuale e, dall'altro, l'esigenza di garantire che tali fattispecie astratte ricevano una concreta applicazione pratica, sulla scorta d'indagini effettive, finalizzate all'esercizio dell'azione penale (§ 54).

Analoghi doveri scaturiscono dall'art. 8, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare: si tratta di un bene giuridico parimenti vulnerato dalle condotte in esame (§§ 53-54).

Sulla scorta di tali premesse, la Corte rammenta come un rigido approccio al tema della violenza sessuale, che inderogabilmente subordini la punizione della condotta – o comunque l'esercizio dell'azione penale – alla prova della resistenza della persona offesa, rischi di lasciare impunte determinate tipologie di aggressione, compromettendo l'effettiva tutela della libertà sessuale dell'individuo.

Il combinato disposto tra il portato sostanziale e quello procedurale degli articoli 3 ed 8 della Convenzione implica, dunque, l'obbligo per gli Stati membri di proibire e perseguire effettivamente qualsivoglia tipologia di atto sessuale non consensuale, anche qualora manchi la prova della resistenza da parte della vittima (§ 166).

Il principio – già stato affermato, *apertis verbis*, in seno al noto precedente Corte edu, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria* (citato nella presente pronuncia) – appare potenzialmente collusivo rispetto a quegli ordinamenti, come quello nostrano, che tuttora imperniano la fattispecie della violenza sessuale sui requisiti della violenza, della minaccia o dell'abuso di autorità (si veda, al contrario, l'impostazione dell'ordinamento inglese, quale emerge dal *Sexual Offences Act 2003*).

Nel caso di specie, il *punctum pruriens* che le corti territoriali erano state chiamate ad affrontare concerneva il consenso della ricorrente al *coitus*: in merito a tale circostanza, vittima ed indagato avevano prospettato due versioni radicalmente opposte. In siffatte ipotesi, chiosano i Giudici europei, occorre procedere ad un'attenta analisi della credibilità delle rispettive dichiarazioni, avendo riguardo a tutti gli elementi che caratterizzano la fattispecie concreta e che potrebbero attribuire maggiore attendibilità all'uno od all'altro dichiarante (utile appare l'ascolto dei rispettivi conoscenti, così come l'indagine, anche psicologica, sui motivi che avrebbero potuto indurre la vittima ad accusare falsamente l'imputato). Nessuno dei predetti accertamenti era stato compiuto nel caso di specie (§ 58).

Particolare rilevanza assume, poi, il fatto che la vittima fosse stata affetta da una disabilità psichica: tale dato impone una maggiore diligenza da parte dell'autorità giudiziaria, che è tenuta, da un lato, ad accertare la validità del consenso all'atto sessuale eventualmente prestato dalla vittima (§ 60) e, dall'altro, a predisporre strumenti processuali finalizzati ad agevolare la denuncia e la testimonianza da parte di costei (§ 59). Diversamente opinando, le fattispecie di diritto sostanziale sarebbero destinate a rimanere un mero *flatus vocis*, specialmente in presenza di soggetti vulnerabili (cfr., anche, Corte edu, 24 agosto 2016, *I.C. c. Romania* § 55).

Nel caso di specie, i giudici nazionali avrebbero dovuto porre l'accento, da un lato, sullo stato psicofisico in cui versava la persona offesa e, dall'altro, sulle condizioni di tempo e di luogo in cui si erano svolti i fatti (la sera ed in prossimità di un cimitero): l'autorità giudiziaria, dal canto suo, si era focalizzata unicamente sull'assenza di lesioni specifiche e sul fatto che la vittima non avesse chiesto aiuto (§ 60).

Posta tale premessa la Corte europea procede, altresì, ad un'analisi delle fattispecie di diritto sostanziale invalse nel diritto nazionale e della loro prassi applicativa: quantunque l'ordinamento rumeno non addossi alla vittima di un delitto sessuale l'onere di resistere all'impeto dell'aggressore (*vis grata puellae*), in assenza di specifiche lesioni o di testimonianze oculari, i giudici nazionali sono soliti ravvivare raramente la sussistenza del delitto in oggetto (§ 61).

A parere dei Giudici europei, le autorità rumene, fossilizzatesi sulla mancata prova di una resistenza attiva da parte della ricorrente, sono venute meno all'obbligo di esaminare compiutamente il contesto in cui si sono svolti i fatti: particolarmente grave è stata la mancata consulenza di carattere psichiatrico, finalizzata a valutare il comportamento della persona offesa alla luce delle di lei condizioni psicofisiche (§ 63).

Lo stesso dicasi con riferimento alla mancata attuazione delle previsioni normative finalizzate a garantire l'inclusione della persona offesa nell'*iter* giudiziario penale e a prevenire forme di vittimizzazione secondaria (§§ 64-67).

L'autorità rumena è, pertanto, venuta meno all'obbligo di garantire una effettiva applicazione delle norme penali finalizzate a reprimere tutte le forme di violenza sessuale, omettendo, conseguentemente, di garantire una tutela adeguata alla ricorrente: donde la violazione degli artt. 3 ed 8 della Cedu (§ 68).

CONTRADDITTORIO, PARITA' DELLE ARMI, SOLE OR DECISIVE RULE, IMMEDIATEZZA

(Corte edu, 16 aprile 2019, *Bondar c. Ucraina*)

La pronuncia in commento si colloca in quel filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Unterpertinger c. Austria* (Corte edu, 24 novembre 1986) la cui criteriologia si è nettamente evoluta nel corso degli ultimi trent'anni, sino a trovare un'organizzazione sistematica grazie ai recenti arresti, a firma della Grande Camera, *Al-Khawaja and Tahery c. Regno Unito* (Corte edu, 15 novembre 2011) e *Schatschaschwili c. Germania* (Corte edu, 15 dicembre 2015).

Dette pronunce hanno progressivamente cristallizzato il diritto dell'imputato di esaminare il testimone a carico innanzi al giudice di merito. Tale prerogativa, che promana dall'art. 6 § 3, lett. d), della Convenzione, può essere sottoposta a deroghe solamente in presenza di un giustificato motivo (*good reason*), comunque non imputabile alla negligenza del pubblico apparato: qualora la sentenza di condanna si fondi, poi, in maniera decisiva sulle dichiarazioni di un teste c.d. assente, il procedimento potrà essere considerato equo solamente nell'ipotesi in cui vi siano fattori suscettibili di controbilanciare il deficit difensivo (*strong counterbalancing factors*), tanto di carattere processuale, quanto di tipo indiziario, suscettibili di consentire *a fair and proper assessment of the evidence*.

La fattispecie in oggetto concerne, poi, uno specifico risvolto del diritto al controesame, che si configura laddove il testimone a carico ritratti le dichiarazioni precedentemente rese (cfr. per una delle pronunce più risalenti, Corte edu, 16 marzo 2000, *Camilleri c. Malta*).

Nel caso di specie, il ricorrente era stato condannato per omicidio sulla scorta di una testimonianza più volte ritrattata nel corso del procedimento penale a suo carico.

Arrestato inizialmente con un pretesto (§ 10), l'indagato veniva, infatti, trattenuto dopo che un soggetto (I) aveva riferito agli inquirenti di averlo visto aggirarsi, la sera dell'omicidio, nel cortile dell'abitazione della vittima: lo stesso ricorrente, più tardi, si sarebbe recato dal teste, con le mani sporche di sangue, confessandogli di avere colpito la persona offesa (§ 12).

Dopo essere stato sottoposto a torture (§ 11), il ricorrente rendeva una confessione in assenza del proprio legale (§ 13). Formalmente incriminato per omicidio, l'indagato ritrattava la propria confessione in presenza di un avvocato, rendendo note le circostanze in cui questa era stata estorta (§ 15): in data 15 agosto 2003, il giudice ordinava, quindi, la di lui scarcerazione, attesa la carenza di elementi di prova a suo carico (§ 17).

In data 5 febbraio 2004, tre testimoni (G., K., N.) rendevano agli inquirenti una dichiarazione videoregistrata, asserendo che, nell'ottobre del 2003, il ricorrente, nella stessa circostanza, aveva loro confessato l'omicidio (§ 21).

Le indagini preliminari venivano comunque sospese, giacché gli inquirenti continuavano a ritenere che non vi fossero elementi per individuare l'autore del reato (§ 22).

In data 1 febbraio 2007, una nuova teste (O.) riferiva alle autorità del carcere in cui era detenuta, che il ricorrente, nel luglio del 2004, le aveva confessato l'omicidio, descrivendole, altresì, le circostanze in cui lo aveva commesso (§ 23). Le dichiarazioni venivano confermate innanzi agli inquirenti e videoregistrate (§ 24).

Riaperte le indagini, il ricorrente veniva nuovamente arrestato e rinviato a giudizio per omicidio (§§ 25-27).

La testimone O. veniva esaminata in udienza, nel contraddittorio tra le parti, confermando la propria versione accusatoria. Poco tempo dopo, costei faceva pervenire una lettera al tribunale, nella quale ritrattava le proprie dichiarazioni – asserendo di averle rese sotto pressione degli inquirenti – e chiedeva di essere riesaminata.

La difesa dell'imputato si associava a tale istanza. Il tribunale, dal canto suo, ordinava alla procura d'indagare su quanto affermato dalla teste O., subordinando la nuova escussione all'esito di tali accertamenti (§ 29). La teste, tuttavia, mutava nuovamente versione, riferendo agli inquirenti di avere inviato la lettera solamente in quanto suggestionata da uno degli avvocati della difesa, il quale le aveva rammentato le responsabilità che discendevano dalla falsa testimonianza (§ 30): ella inviava, quindi, una nuova lettera al tribunale, smentendo il contenuto di quella precedente.

Escluso, quindi, il riascolto della testimone, il tribunale condannava l'imputato per il reato lui ascritto: la pronuncia si fondava, in particolar modo, sulle dichiarazioni di tutti i testi ascoltati durante le indagini, i quali avevano confermato le loro accuse, nel corso del dibattimento, in contraddittorio con il ricorrente (§§ 32-33).

Per quel che attiene alla testimonianza resa dalla dichiarante O., il tribunale riteneva superato il problema della ritrattazione, essendo stato accertato ch'ella non aveva accusato il ricorrente a causa delle pressioni ricevute dai pubblici ufficiali: il di lei contributo era peraltro significativo in quanto taluni dettagli, riscontrati ispezionando il *locus commissi delicti*, coincidevano con quelli forniti dal teste I.

Tutte le impugnazioni proposte venivano rigettate, ivi compresa una richiesta di revisione processuale (§§ 36-38).

Adita la Corte edu, il ricorrente, tra le varie censure, lamentava anche la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), Cedu, determinata dall'impossibilità di controesaminare la teste O. nella fase successiva alla di lei ritrattazione (§ 72).

I Giudici di Strasburgo rammentano che la norme in commento potrebbero essere vulnerate qualora all'imputato venga negata la possibilità di riesaminare un dichiarante dopo che costui ha ritrattato le circostanze oggetto della testimonianza assunta in dibattimento (cfr. Corte edu, 23 marzo 2010, *Orhan Çağan c. Turchia*).

Passando in rassegna il proprio *case law* (§§ 75-76), la Corte europea nota come la violazione in esame sia stata esclusa solamente nelle ipotesi in cui le circostanze oggetto di ritrattazione fossero state irrilevanti ai fini della decisione sul merito della regiudicanda (Corte edu, 1° marzo 2011, *Nevruz Bozkurt*) ovvero qualora il teste si fosse reso irreperibile dopo la *variatio* (Corte edu, Grande Camera, *Bykov c. Russia*, 10 maggio 2009).

Tali eccezionali circostanze non si erano certamente verificate nel caso di specie: la testimone O. si trovava, infatti, reclusa in carcere ed avrebbe potuto essere riascoltata in qualsiasi momento.

Quel che occorre, tuttavia, sondare è, ancora una volta, il "peso" della prova spuria sulla decisione dei giudici di merito. La testimonianza di O. non era, infatti, l'unica prova a carico del ricorrente: «un altro testimone l'aveva, infatti, scorto sulla scena del crimine, con le mani coperte di sangue, attorno all'ora del delitto»; l'imputato aveva, peraltro ammesso l'omicidio innanzi ad altri tre testimoni, tutti controesaminati in dibattimento (§ 77).

Avendo riguardo alla motivazione delle corti territoriali, i Giudici europei notano, tuttavia, come la prospettazione fattuale resa dall'imputato fosse stata considerata smentita sulla scorta dei contributi di I., K., G. ed O.

L'autorità giudiziaria già disponeva, tuttavia, delle dichiarazioni di I., K. e G. all'epoca in cui aveva deciso di archiviare il procedimento, ritenendo che l'autore del reato fosse ancora ignoto: le indagini erano state, invece, riaperte proprio in virtù della testimonianza di O.

Va da sé che, pur non costituendo l'unica prova a carico dell'imputato, il contributo del teste assente assurge senz'altro al rango di prova decisiva, suscettibile d'incidere sull'esito del processo (§ 78).

V'è di più.

Il *modus operandi* con cui la corte di merito ha affrontato la problematica relativa alla ritrattazione ha consentito all'accusa di riesaminare il teste e di ottenere, così, una «ritrattazione della sua iniziale ritrattazione»; tale *chance*, al contrario, non era stata garantita all'imputato, il quale non ha, pertanto, avuto un'analoga opportunità di «chiarificare le dichiarazioni di O. in un modo a lui favorevole» (§ 79).

Si registra, quindi, un *vulnus* al principio della parità delle armi, con riferimento ad una prova decisiva, ed una conseguente *deminutio* dell'equità processuale complessiva (§ 80).

Tale assunto vale indipendentemente dal concreto atteggiarsi della testimonianza spuria quale prova a carico o a discarico. Tale contributo, nel caso di specie, assume, del resto, entrambe le valenze: da un lato, infatti, la versione iniziale (riaffermata al termine del giudizio) suffragava la tesi accusatoria; dall'altro lato, invece, il riesame del dichiarante dopo la ritrattazione avrebbe potuto consentire al ricorrente di confutare gli addebiti che gli erano stati mossi *ab origine* (§ 81).

(Corte edu, 2 maggio 2019 *Famulyak c. Ucraina*)

La pronuncia in esame esplora, invece, alcune tematiche complementari rispetto a quelle del contraddittorio nella formazione della prova: si tratta dei principi d'immediatezza e d'immutabilità del giudice chiamato a decidere sul merito della regiudicanda.

Si volga un breve sguardo ai fatti.

In data 5 luglio 2007, il ricorrente veniva tratto in arresto assieme al coindagato B. dopo che addosso a ciascuno di essi erano stati rinvenuti, rispettivamente, un telefono cellulare ed una catenina d'argento sottratti nel corso di una rapina.

In quell'occasione, l'indagato, reso edotto unicamente del proprio diritto a non autoincriminarsi, negava gli addebiti: egli affermava di avere trascorso la serata in compagnia della vittima e di B., e di avere scorto due soggetti stranieri accanto alla persona offesa, al momento del delitto (§§ 5, 6). Analoga versione veniva fornita, lo stesso giorno, dal coindagato, il quale esplicitamente accusava i suddetti stranieri del reato in oggetto (7).

Il giorno successivo, il ricorrente veniva informato, altresì, del diritto all'assistenza legale e di quello al silenzio: rinunciando ad entrambe le prerogative, egli ribadiva la propria tesi difensiva (§ 8). Detta prospettazione veniva riaffermata anche nel corso dell'interrogatorio, in presenza del proprio difensore (§ 10).

Gli inquirenti escutevano, quindi, la fidanzata del coindagato B., la quale riferiva che la collana asseritamente sottratta alla vittima era stata da lei regalata al proprio partner: ella falliva, tuttavia, nel riconoscimento del monile (§ 13).

Nel corso del giudizio, in contraddittorio tra le parti, la persona offesa descriveva le modalità con cui era stata derubata dai due imputati (§ 15); sua moglie, allo stesso modo, confermava l'appartenenza del cellulare e del monile sottratti (§ 14). Venivano escussi anche i pubblici agenti che avevano svolto le indagini: costoro descrivevano le perquisizioni ed il sequestro del *corpus delicti* (§ 15). La fidanzata del coimputato B. ammetteva di essersi potuta sbagliare quanto all'appartenenza della collana al proprio partner (§ 16).

In data 28 dicembre 2017, gli imputati venivano ritenuti colpevoli del delitto di rapina aggravata e condannati a nove anni di reclusione: la pronuncia si basava, in particolare, sulle testimonianze assunte in giudizio, sul rinvenimento della refurtiva addosso agli imputati e sull'identificazione degli oggetti da parte della vittima, la quale era stata giudicata tramite perizia medica capace di rendere testimonianza nonostante il trauma cranico subito a seguito della rapina (§ 17).

In data 8 luglio 2008, la corte d'appello annullava con rinvio la sentenza di condanna, ritenendo che il giudice di primo grado non avesse illustrato compiutamente i motivi che rendevano la tesi accusatoria più attendibile di quella difensiva: nessuna prova era stata fornita in ordine all'ammontare della somma di denaro di cui la vittima era stata depredata; non era stata nemmeno valorizzata la circostanza (emersa in dibattimento) che il ricorrente avesse colpito la persona offesa con una bottiglia, dopo averle scagliato addosso un mattone; nulla era stato detto, infine, in ordine alla confisca delle cose sottratte (§ 18).

Veniva, quindi, celebrato un nuovo giudizio, innanzi ad un giudice diverso, il quale aveva a disposizione i verbali stenotipici delle testimonianze assunte in primo grado. La persona offesa, dopo numerosi tentativi di citazione, compariva e veniva esaminata dal giudice e dal pubblico ministero, confermando le statuizioni rese nel corso del processo *a quo*; a causa di un problema tecnico era, tuttavia, impossibile disporre la fonoregistrazione della testimonianza: il controesame della difesa veniva, quindi, rinviato ad altra data.

La persona offesa e gli agenti di polizia giudiziaria, nonostante la citazione, omettevano di presentarsi alle udienze successive (§ 21).

I due imputati venivano, pertanto, condannati nuovamente, alla stessa pena, in data 10 giugno 2009: la sentenza colmava le lacune motivazionali della pronuncia antecedente, poste in evidenza dalla corte d'appello (§ 22).

In aggiunta agli elementi di prova su cui si era basato il primo giudice, il tribunale utilizzava le dichiarazioni pre-dibattimentali rese dal ricorrente e dal coindagato, oltre all'identificazione della refurtiva da parte della moglie della vittima ed alla mancato riconoscimento della stessa ad opera della compagna del coimputato (§ 23).

Fallito ogni tentativo d'impugnazione (§§ 24-25), il ricorrente adiva la Corte edu, censurando l'iniquità del procedimento a suo carico con riferimento alla violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. c) e d) della Convenzione. Sotto il primo profilo, il ricorrente lamentava come durante le indagini preliminari non fosse stato osservato il proprio diritto di fruire dell'assistenza di un legale, oltre al fatto che i giudici avessero utilizzato, a fini decisionali, le statuizioni rese, in quello stesso segmento, dal coindagato, parimenti in assenza del difensore. Per quel che attiene, invece, alla ritenuta violazione del principio del contraddittorio, il ricorrente si doleva di non avere potuto controesaminare né la vittima, né i pubblici agenti nel corso del giudizio di rinvio (§ 28).

L'analisi della Corte europea muove proprio da quest'ultima doglianza. I Giudici strasburghesi pongono l'accento sull'esigenza di rispettare il principio d'immediatezza: la circostanza che il giudice di merito sia posto nelle condizioni di «osservare il comportamento e la credibilità di un teste potrebbe, infatti, avere conseguenze notevoli per l'accusato» (§ 34). Conseguentemente, una modifica della composizione dell'organo giurisdizionale, successiva all'esame di un teste «importante», postula, di regola,

la rinnovazione dell'esperimento istruttorio (cfr. Corte edu, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*).

Tale principio non implica, tuttavia, che nel corso del processo il giudice debba rimanere necessariamente immutato: possono, infatti, sopravvenire esigenze anche di carattere amministrativo, tali da rendere necessaria la *variatio*. In tale evenienza occorre predisporre misure suscettibili di assicurare al giudice un'adeguata valutazione delle prove: tali presidi possono essere, ad esempio, la trascrizione dei verbali (purché non sia in discussione la credibilità del dichiarante), ovvero il riascolto di testimoni «importanti» innanzi al nuovo giudice (Corte edu, 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*).

Nella fattispecie in oggetto, chiosa la Corte, il principio d'immediatezza si salda, peraltro, con il diritto dell'imputato di controesaminare i testi a carico. Richiamati, pertanto, i canoni enucleati in materia di testi c.d. assenti, i Giudici europei rammentano il già citato precedente *Schatschaschwili c. Germania*, in seno al quale la Corte ha rilevato come la possibilità di controesaminare il dichiarante nel corso della fase investigativa costituisca un fattore potenzialmente in grado di compensare i *deficit* difensivi che derivano dall'acquisizione di una testimonianza *hearsay* (§ 39).

Posta tale premessa, la Corte rileva come l'imputato abbia potuto fruire di una *chance* siffatta nel corso del giudizio iniziale: «le ragioni per cui la corte d'appello ha annullato il processo originale erano puramente tecniche e non involgevano la questione centrale, relativa alla colpevolezza del ricorrente». Secondo il giudice d'appello, appariva provato il fatto che il ricorrente avesse colpito la persona offesa: quel che mancava era un apparato giustificativo che aderisse maggiormente alle prove acquisite.

Nel caso di specie, non si poneva, dunque, l'esigenza di riesaminare i testi nel corso del nuovo giudizio, avuto, appunto, riguardo alle ragioni sottese all'annullamento con rinvio: la corte d'appello non aveva, infatti, censurato la sentenza di primo grado con riferimento alla valutazione dell'attendibilità dei dichiaranti (§ 42).

Il ricorrente, d'altro canto, aveva avuto la possibilità di controesaminare i testi a carico nel corso del primo giudizio (§ 43); il *vulnus* arrecato al principio d'immediatezza non presentava, del resto, una entità tale da rendere il procedimento complessivamente iniquo (§ 44).

La vittima, testimone sicuramente fondamentale, era stata, peraltro, esaminata nel corso del nuovo processo (§ 45): quantunque non si fosse proceduto al controesame, il nuovo giudice aveva potuto osservare direttamente il comportamento del dichiarante, oltre a consultare il verbale delle testimonianze assunte in contraddittorio nel giudizio *a quo* (§ 46).

Tale *modus procedendi* appare, dunque, sufficiente ai fini della salvaguardia dell'equità processuale.

Parimenti infondata risulta, altresì, la questione afferente all'asserito *vulnus* dell'art. 6 § 3, lett. c), Cedu. Le dichiarazioni rese dal ricorrente in data 5 luglio 2007 erano state assunte senza che l'indagato fosse stato reso edotto del diritto di fruire dell'assistenza legale: ciononostante, il contributo assunto in quella sede appare scevro di una portata autoindiziante; il mancato rispetto delle garanzie non ha, dunque, influito sulla posizione sostanziale dell'indagato (§§ 51-55).

In data 6 luglio 2007, il ricorrente accettava, invece, di rispondere, rinunciando alla difesa tecnica, dopo avere ricevuto gli avvertimenti di rito. L'abdicazione difensiva appare valida: l'imputato aveva, peraltro, ribadito la tesi prospettata in quella sede, anche nel prosieguo del giudizio (§ 57).

I Giudici europei propendono, dunque, per la complessiva equità del procedimento, anche alla luce della norma invocata (§ 57): il ricorrente non era, infatti, un soggetto vulnerabile, aveva avuto la possibilità di confutare le evidenze a suo carico (comunque valutate da giudici professionisti) e nessuno dei suoi diritti convenzionali era stato violato; oltre a ciò (*in cauda venenum*), sussisteva un interesse pubblico assai intenso alla repressione dei delitti a lui ascritti (Corte edu, Grande Camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*).

Analoghe conclusioni devono essere tratte con riferimento alle dichiarazioni rese dal coimputato B., in data 5 luglio 2007.

L'equità procedimentale può essere, certamente, compromessa anche a seguito di dichiarazioni rese da terzi in violazione dei diritti a costoro garantiti dalla Carta (nel caso di specie, lo *ius tacendi* ed il c.d. *privilege against self incrimination*): nel caso di specie, tuttavia, il coimputato non aveva mai sollevato alcuna doglianza, a tale proposito, nemmeno innanzi alle giurisdizioni nazionali; a ciò si aggiunga che le dichiarazioni in oggetto non avevano una portata strettamente eteroaccusatoria; le corti di merito, nel pronunciare la sentenza di condanna, non avevano, del resto, fatto riferimento a tali contributi; il ricorrente avrebbe, peraltro, potuto controesaminare il coimputato innanzi al giudice di merito; nel corso del giudizio, entrambi gli accusati avevano comunque avuto l'occasione di contestare tutte le dichiarazioni precedentemente rese (60).

Attesa la manifesta infondatezza delle doglianze proposte, la Corte dichiara il ricorso irricevibile.

CORTE DI GIUSTIZIA UE

COURT OF JUSTICE EU

di Giorgia Padua

L'INDIPENDENZA DEL PUBBLICO MINISTERO DAL POTERE ESECUTIVO È UN PRESUPPOSTO FONDAMENTALE PER INTEGRARE LA NOZIONE DI «AUTORITÀ GIUDIZIARIA» COMPETENTE AD EMETTERE UN MAE

(Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU)

La sentenza in oggetto attiene alla materia dell'emissione del mandato d'arresto europeo e, oltre a prendere in esame i principi che animano la disciplina, si focalizza sullo *status* delle autorità coinvolte.

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nelle cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, si è pronunciata sull'interpretazione della nozione di «autorità giudiziaria emittente» di cui all'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, fornendo un importante chiarimento circa l'autonomia e l'indipendenza del pubblico ministero ed i suoi rapporti con il potere esecutivo nell'ambito di una procedura di emissione del m.a.e.

All'origine dell'*iter* processuale che ha condotto alla questione pregiudiziale esaminata dalla Corte vi sono le richieste di consegna di un cittadino lituano e di un cittadino rumeno, residenti in Irlanda, in esecuzione di due mandati europei di cattura emessi rispettivamente dalle procure tedesche di Lubeca e di Zwickau. In entrambi i casi, i ricorrenti hanno contestato la validità del mandato d'arresto, lamentando che non fosse stato emanato da un'«autorità giudiziaria» ai sensi del citato art. 6; ciò in quanto il pubblico ministero tedesco non sarebbe caratterizzato da quell'autonomia ed indipendenza richieste ad un organo giurisdizionale, subendo l'ingerenza politica del Ministero della Giustizia. Gli sviluppi processuali interni hanno messo in luce il timore dei giudici irlandesi che la subordinazione delle procure tedesche all'autorità e alle istruzioni del potere esecutivo non rispettasse i principi elaborati dalla giurisprudenza europea. Per tale ragione, la *Supreme Court*, per la causa C-508/18, e la *High Court*, per la causa C-82/19 PPU, hanno deciso di sospendere i rispettivi processi e chiedere l'intervento della Corte di Giustizia.

Con le istanze di pronuncia pregiudiziale, i giudici del rinvio hanno chiesto alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi per decretare se una procura soggetta alla direzione del potere esecutivo, che sia esposta direttamente o indirettamente ad ordini o istruzioni per l'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo, ovvero che non svolga vere e proprie funzioni giudiziarie, possa essere considerata un'«autorità giudiziaria emittente» ex art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI.

Nel rispondere a questi interrogativi, la Corte di Giustizia ha preliminarmente inteso sottolineare la necessità di attribuire un significato univoco al concetto di «autorità giudiziaria» competente ad emettere un mandato di cattura europeo, pur rispettando il principio di autonomia processuale di ogni singolo Stato.

Innanzitutto, la Corte ha chiarito che nella nozione in esame sono ricomprese anche le autorità di uno Stato membro che, sebbene non siano degli organi giurisdizionali, partecipano all'amministrazione della giustizia penale. Pertanto, giacché le procure tedesche concorrono all'esercizio del potere giudiziario, giocando un ruolo essenziale nello svolgimento del procedimento penale, con riguardo a questo aspetto esse rientrano nel concetto di «autorità giudiziaria».

Quanto al profilo dell'indipendenza del pubblico ministero, la Corte di Giustizia ha elaborato il seguente ragionamento.

La procedura di emissione di un mandato d'arresto europeo richiede una protezione su due livelli: in una prima fase deve essere assicurato il rispetto delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali, in base alla normativa interna, in vista dell'adozione di un mandato d'arresto nazionale; in una seconda fase si sommano le garanzie relative all'emissione del m.a.e. Ne discende che siffatta protezione deve essere accordata dalle autorità giudiziarie dello Stato emittente.

Dal momento che l'emissione di un euromandato incide sul diritto alla libertà della persona, sancito dall'art. 6 della Carta di Nizza, la decisione adottata deve essere conforme ai requisiti inerenti ad una tutela giurisdizionale effettiva e ciò deve avvenire già nella prima fase del procedimento, con riferimento alla decisione giudiziaria nazionale, sulla quale si innesta l'emissione del m.a.e.

Affinché vengano assicurate le adeguate garanzie, è dunque necessario che l'«autorità emittente» eserciti la sua funzione in modo obiettivo e sia indipendente dal potere esecutivo. Ciò implica che nell'ordinamento interno dello Stato di emissione devono essere previste regole statutarie e organizzative idonee a garantire che il pubblico ministero non sia soggetto ad ordini o istruzioni individuali di natura politica.

Con riguardo al caso di specie, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le procure tedesche non rispettino il requisito dell'indipendenza, necessario per integrare la nozione di «autorità giudiziaria emittente» di un mandato d'arresto europeo, poiché sono esposte al rischio di essere influenzate dal potere esecutivo in sede di emissione. D'altra parte, a nulla vale constatare che nelle situazioni oggetto dei procedimenti principali non sia stata fornita alcuna istruzione individuale da parte del Ministro della Giustizia, in quanto già solo il fatto che un simile potere direttivo sia previsto nel *Gerichtsverfassungsgesetz* (legge sull'ordinamento giudiziario) esclude la garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero.

In conclusione, l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia alla nozione di «autorità giudiziaria emittente» ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, non consente di ricomprendervi le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della Giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo.

CORTE COSTITUZIONALE

di *Francesca Delvecchio*

IL CONTROLLO DEL G.U.P. SULL'IMPUTAZIONE: NESSUNA INCOMPATIBILITÀ IN CASO DI *MUTATIO LIBELLI*

(C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 66)

Con la sentenza n. 66 del 2019, la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1, Cedu, nella parte in cui tale disposizione non prevede l'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare che, avendo ravvisato nel corso della stessa udienza preliminare un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il pubblico ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito al quale il pubblico ministero abbia aderito.

Il *petitum* in realtà non è nuovo: la Corte costituzionale, infatti, con la sentenza n. 18 del 2017 si era già confrontata con la tematica relativa al controllo dell'imputazione da parte del g.u.p., con specifico riguardo all'ipotesi di accertamento della diversità del fatto, concludendo per l'infondatezza delle questioni di legittimità in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. A distanza di poco più di due anni, il giudice *a quo*, nel medesimo giudizio, ha riproposto i suoi dubbi, rapportandoli però ad un diverso parametro, risultante dalla combinazione dell'art. 117, comma 1, Cost. con la norma sovranazionale interposta di cui all'art. 6, par. 1, Cedu, nella parte in cui garantisce il diritto ad un giudice imparziale.

Preliminarmente, la Consulta ha ricordato come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia escluso che le garanzie in tema di equo processo siano riferibili all'udienza preliminare prevista dalla legge processuale italiana (Corte e.d.u., 12 febbraio 2004, De Lorenzo c. Italia; Corte e.d.u., 6 novembre 2007, Hany c. Italia; Corte e.d.u., 8 dicembre 2009, Previti c. Italia), poiché il compito cui viene chiamato il giudice dell'udienza preliminare – in conformità alla funzione istituzionale di tale udienza – è di verificare se l'imputato debba o meno essere rinviato a giudizio, senza entrare nel merito della sua responsabilità. È pur vero che in determinate ipotesi il suo sindacato può estendersi sino a valutare la colpevolezza, come nel caso in cui vi sia richiesta di riti alternativi, ma tale evenienza non si è in concreto verificata.

Questa considerazione, di per sé dirimente ai fini del rigetto della questione, viene poi ulteriormente corroborata dall'assenza di decisioni della Corte e.d.u. che abbiano ravvisato la lesione del principio di imparzialità in fattispecie analoghe a quella considerata: quella, cioè, di un invito a modificare l'imputazione, rivolto dal giudice al pubblico ministero non solo nell'ambito della medesima fase processuale, ma anche «come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto» (sent. n. 18 del 2017) e, per giunta, non in vista di una pronuncia in ordine alla colpevolezza dell'imputato.

La Corte costituzionale si è poi concentrata sul secondo profilo di asserito contrasto con la norma convenzionale, legato alla commistione tra le funzioni del giudice e quelle del pubblico ministero. Il Giudice delle leggi ha osservato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la confusione tra le funzioni inquirenti e giudicanti possa *in potenza* minare l'imparzialità del giudice, ma solo ove si risolva *in atto* in una commistione particolarmente significativa (Corte e.d.u., 31 ottobre 2017, Kamenos c. Cipro); il caso di specie, tuttavia, è da ritenersi sensibilmente distante da un simile paradigma.

Per tutte queste ragioni, la Corte costituzionale ha concluso che – alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte europea – la disciplina nazionale oggetto di censura risulta in linea con il quadro delle garanzie apprestato dalla norma convenzionale.

LA CONSULTA CONFERMA L'IRRILEVANZA DEL "PRE-SOFFERTO" NEL COMPUTO FINALE DELLA PENA IN CASO DI ESITO NEGATIVO DELLA MESSA ALLA PROVA DEL MINORENNE

(C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 68)

Con la sentenza n. 68 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità dell'art. 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e dell'art. 657-bis c.p.p., sollevate in riferimento agli artt. 3, 27 e 31 Cost. dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, nella parte in cui tali disposizioni non prevedono che, in caso di esito negativo della messa alla prova di un minorenni, il giudice possa determinare la pena da eseguire tenuto conto della consistenza e della durata delle limitazioni patite e del comportamento da costui tenuto durante la *probation*.

Nell'ordinanza di rimessione si chiedeva un intervento additivo volto non ad estendere nel processo minorile i criteri di calcolo automatici stabiliti dall'art. 657-bis c.p.p. (tre giorni di messa alla prova per ogni giorno di pena detentiva da detrarre), bensì a conferire al giudice un potere discrezionale nella determinazione della pena residua da espiare.

La Consulta non ha ritenuto persuasive le argomentazioni del rimettente.

Il percorso argomentativo del Giudice delle leggi si è sviluppato attorno alla netta differenziazione – strutturale e finalistica – tra la messa alla prova per i minorenni e quella per i maggiorenni. Per questi ultimi, la messa alla prova costituisce un vero e proprio «trattamento sanzionatorio», ancorché anticipato rispetto all'accertamento della responsabilità dell'imputato e funzionale al raggiungimento della ri-socializzazione del soggetto (sent. n. 91 del 2018). Di contro, la logica che ispira la messa alla prova per i minorenni non è connotata da alcun significato sanzionatorio, rappresentando, piuttosto, un percorso evolutivo e responsabilizzante, condotto con modalità operative sganciate da qualsiasi intento punitivo il che rende non praticabile la quantificazione di una sorta di "pre-sofferto" in caso di esito negativo della *probation* con conseguente condanna dell'imputato.

Se così è – ha concluso la Corte – la questione risulta infondata, non potendosi ravvisare alcuna contraddizione fra la disciplina censurata e i principi costituzionali in materia di proporzionalità e funzionalità rieducativa della pena.

NUOVE CONTESTAZIONI E ACCESSO AI RITI ALTERNATIVI: CADE LA PRECLUSIONE ALLA RICHIESTA DI PATTEGGIAMENTO

(C. cost., sent. 11 aprile 2019, n. 82)

L'imputato deve avere la facoltà di accedere al patteggiamento anche relativamente al reato concorrente emerso durante il dibattimento e che forma oggetto di nuova contestazione. Lo ha stabilito la Corte costituzionale con la sentenza n. 82 del 2019, dichiarando l'illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., nella parte in cui non si prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al reato concorrente emerso e contestato nel corso del dibattimento.

I giudici proseguono, così, l'opera di profonda ricostruzione della disciplina della *mutatio libelli*, mossi dallo scopo di assicurare una piena tutela del diritto di difesa pure dopo l'aggiornamento dibattimentale dell'accusa.

Il tema dei rapporti tra le nuove contestazioni in giudizio e il diritto dell'imputato di richiedere in quella sede un rito alternativo ha, infatti, formato oggetto di numerosi interventi da parte della Consulta, tutti nella direzione di una più ampia tutela del diritto di difesa. Ed è proprio ricorrendo ai suoi precedenti che i giudici hanno agevolmente risolto la specifica questione sottoposta alla loro attenzione.

Innanzitutto, la Consulta ha ricordato come l'art. 517 c.p.p. fosse già stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di chiedere il patteggiamento in ipotesi di contestazione "patologica" di una circostanza aggravante (sent. n. 184 del 2014). Tenuto conto, poi, del superamento della distinzione tra nuove contestazioni "fisiologiche" e "patologiche" (sent. n. 237 del 2012, n. 273 del 2014, n. 206 del 2017 e n. 141 del 2018), non può che concludersi che – per identità di *ratio decidendi* – la medesima facoltà debba essere riconosciuta anche in rapporto a una contestazione "fisiologica" di un reato connesso.

Non solo. Ad ulteriore conferma dell'irrazionalità della censurata preclusione, i giudici hanno pure richiamato la sent. n. 237 del 2012, con la quale, nel caso di contestazione "fisiologica" del reato connesso, è stata riconosciuta all'imputato la possibilità di richiedere il giudizio abbreviato fuori termine. Offrire questa *chance* nell'ambito di un rito il cui innesto in sede dibattimentale risulta peraltro poco agevole, impone, *a fortiori*, di estendere la disciplina di favore alle ipotesi meno problematiche di patteggiamento.

Infine, i Giudici della Consulta hanno richiamato la sent. n. 206 del 2017, con cui è stata estesa la facoltà di proporre richiesta di patteggiamento dopo la contestazione dibattimentale "fisiologica" del fatto diverso. Ebbene, fatto diverso e reato connesso, entrambi emersi per la prima volta in dibattimento – ha concluso la Corte costituzionale – integrano evenienze processuali che, sul versante dell'accesso ai riti alternativi, non possono che rappresentare situazioni fra loro del tutto analoghe.

Ed è così che, ripercorrendo le tappe salienti dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di *mutatio libelli* e accesso ai riti alternativi, la Corte è giunta ad una pressoché ineluttabile declaratoria parziale di incostituzionalità dell'art. 517 c.p.p.

L'indiscusso traguardo sembra però estendere i suoi effetti ben oltre la singola questione decisa: come hanno chiarito gli stessi giudici, la pronuncia ambisce non solo (o non tanto) a dichiarare l'incostituzionalità della norma, quanto ad elaborare criteri «che valgano ad esaurire, *pro futuro*, l'intera tematica». Il valore della sentenza finisce così per trascendere dal caso specifico, assumendo un importante valore programmatico in rapporto al necessario adeguamento dell'assetto codicistico in favore di una più avanzata tutela del diritto di difesa. Ed infatti la Consulta ha precisato, forse per la prima volta in termini così netti, che se la possibilità di richiedere i riti alternativi si salda a filo doppio al diritto di difesa, e se è la regiudicanda a costituire la base su cui operare tali scelte, allora non può che desumersi l'incoerenza con quel diritto di *qualsiasi* preclusione che ne limiti l'esercizio concreto, tutte le volte in cui il sistema ammetta una *mutatio libelli* in sede dibattimentale.

Il messaggio è inequivoco e, nel preconizzare future declaratorie di illegittimità costituzionale di tutte quelle norme che ancora non consentono la richiesta di un rito alternativo a seguito di una nuova contestazione, pare indirizzato al legislatore.

LA CONSULTA ESTENDE LA DETENZIONE DOMICILIARE "IN DEROGA" AI CASI DI GRAVE INFERMITÀ PSICHICA SOPRAVVENUTA

(C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 99)

Con sent. n. 99 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 32 nonché 117 Cost. (in relazione all'art. 3 Cedu), nella parte in cui la norma non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 della medesima disposizione.

Preliminarmente, la Consulta ha preso atto che un detenuto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni, come la parte del giudizio *a quo*, non ha accesso ad alcuna forma di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere; tutt'al più può essere collocato in "sezioni speciali" delle carceri, secondo quanto disposto dall'art. 65 ord. penit., che però costituisce un rimedio invero insufficiente.

La Corte ha così riscontrato l'esistenza di un «vuoto di tutela effettiva del diritto fondamentale alla salute» ed ha conseguentemente concluso per la violazione dei principi costituzionali invocati nell'ordinanza di rimessione atteso che, come più volte affermato in passato (sent. n. 169 del 2017, n. 162 del 2014, n. 251 del 2008, n. 359 del 2003, n. 282 del 2002 e n. 167 del 1999) la "salute" di cui all'art. 32 Cost. comprende non solo quella fisica ma anche quella mentale, alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela.

In queste ipotesi, ha ricordato il Giudice delle leggi, il mantenimento di uno stato di detenzione potrebbe integrare un vero e proprio trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 3 Cedu (Corte e.d.u., 17 novembre 2015, Bamouhammad c. Belgio; Corte e.d.u., grande camera, 26 aprile 2016, Murray c. Paesi Bassi) ovvero un trattamento contrario al senso di umanità, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.

Al fine di ripristinare un adeguato bilanciamento tra le esigenze di sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti, la Corte ha così optato per un allargamento della detenzione domiciliare “in deroga” o “umanitaria”.

La misura, della quale viene ricostruita la genesi e l’evoluzione, infatti, può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere e, contemporaneamente, le esigenze di difesa della società civile, che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica. Del resto, la ragione che ha spinto il legislatore a introdurre una simile forma di detenzione *extra moenia* è offrire una «alternativa rispetto al differimento dell’esecuzione della pena», «nella prospettiva di creare uno strumento intermedio e più duttile tra il mantenimento della detenzione in carcere e la piena liberazione del condannato (conseguente al rinvio): permettendo così di tener conto della eventuale pericolosità sociale residua di quest’ultimo e della connessa necessità di contemperamento delle istanze di tutela del condannato medesimo con quelle di salvaguardia della sicurezza pubblica» (ord. n. 255 del 2005).

In definitiva, la detenzione domiciliare è uno strumento capace di offrire sollievo ai malati più gravi, per i quali la permanenza in carcere provoca un tale livello di sofferenza da ferire il senso di umanità; al tempo stesso, essa può essere configurata in modo variabile, con un dosaggio ponderato delle limitazioni, degli obblighi e delle autorizzazioni secondo le esigenze del caso: grazie a una attenta individuazione del luogo di detenzione, possono perseguirsi finalità terapeutiche e di protezione, senza trascurare le esigenze dei suoi familiari e assicurando, al tempo stesso, la sicurezza della collettività.

Non manca, infine, un monito al legislatore cui, essendo rimasta incompiuta la delega già conferita con l. 23 giugno 2017, n. 103, spetta il dovere di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell’ordinamento penitenziario nell’ambito della salute mentale, riconoscendo l’unitarietà indissolubile della persona come soma e psiche e prevedendo apposite strutture interne ed esterne al carcere.

ALCUNE PRECISAZIONI SUL REGIME TRANSITORIO DEL PROCESSO IN ABSENTIA

(C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 102)

Con la sentenza n. 102 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 15-bis l. 28 aprile 2014, n. 67, sollevate, in riferimento agli artt. 24, 97 e 111 Cost., dalla Corte d’appello di Venezia, nella parte in cui tale disposizione non prevede la sospensione del processo di cui all’art. 420-*quater* c.p.p., quando sia già stata deliberata la sentenza di primo grado, anche nei casi in cui risulti pacificamente agli atti che nessun tipo di informazione e conoscenza, relative alla pendenza del procedimento, siano mai state acquisite dalla persona imputata o a lei offerte.

La Consulta, preliminarmente, ha indugiato in un’ampia digressione sulla genesi e sull’evoluzione del riformato processo *in absentia*, soffermandosi in particolare sulla disciplina transitoria introdotta dalla l. 11 agosto 2014, n. 118, che ha inserito nella l. n. 67 del 2014 l’art. 15-bis, norma censurata.

La disposizione, ha ricordato la Corte, consta di due commi strettamente connessi: la regola generale è che la nuova disciplina opera nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore ove non sia stata ancora pronunciata sentenza di primo grado (comma 1); sono invece applicabili le disposizioni precedenti nei casi in cui l’imputato sia stato dichiarato contumace e non sia stato emesso il decreto di irreperibilità (comma 2). Nel ritagliare un’eccezione alla regola generale, si stabilisce quindi che all’imputato contumace non si applica la nuova disciplina dell’assenza se il giudizio di primo grado non si è ancora concluso e se non c’è stata la dichiarazione di irreperibilità; invece, per l’imputato irreperibile che sia stato dichiarato contumace, la deroga non opera, e quindi si applica la nuova disciplina dell’assenza.

Non è chiaro, però, se ciò possa sostenersi in ogni caso (ossia anche se alla data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014 sia già stata emessa una sentenza di primo grado), oppure solo nel rispetto della regola del comma 1 dell’art. 15-bis, che fa riferimento, come discrimine temporale tra vecchia e nuova disciplina, alla pronuncia del dispositivo di primo grado.

Ebbene, proprio su questo aspetto la Corte ha dato atto di un irrisolto contrasto giurisprudenziale: talune pronunce, infatti, hanno ritenuto che, se il dispositivo della sentenza di primo grado è stato pronunciato prima della data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, bisogna applicare la vecchia disci-

plina solo quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità (Cass., sez. V, 1° ottobre 2015, n. 44177; Cass., sez. V, 8 giugno 2016, n. 54921; Cass., sez. V, 8 marzo 2017, n. 37190; Cass., sez. III, 22 marzo 2017, n. 19618); altre sentenze, invece, hanno affermato che l'esaurimento del giudizio di primo grado vale come generale spartiacque: se il dispositivo è stato pronunciato prima, continua in ogni caso ad applicarsi transitoriamente la previgente disciplina del giudizio contumaciale (Cass., sez. II, 10 gennaio 2017, n. 18813; Cass., sez. I, 23 luglio 2018, n. 34911).

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il Giudice delle leggi ha rilevato come l'ordinanza di remissione fosse deficitaria sotto due profili: intanto, non teneva conto della (pur non univoca) giurisprudenza della Corte di cassazione; in secondo luogo, considerava esclusivamente il comma 1 dell'art. 15-*bis*, omettendo di prendere posizione in ordine all'interpretazione congiunta dei due commi di cui si compone tale disposizione.

Di qui, l'inammissibilità delle questioni di legittimità per insufficiente motivazione sulla rilevanza e incompleta ricostruzione della normativa di riferimento.

INAPPLICABILITÀ DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO AI REATI DI COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE. LA CONSULTA E LE SEZIONI UNITE FANNO FRONTE COMUNE

(C. cost., sent. 16 maggio 2019, n. 120)

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 120 del 2019, ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 131-*bis* c.p., in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui tale disposizione, introdotta per evitare all'imputato le conseguenze negative derivanti da una condanna per fatti di minima offensività – non è applicabile ai reati rientranti nella competenza del giudice di pace, che sono per definizione di minore gravità.

Prima di entrare nel merito della *quaestio*, la Consulta ha ricostruito il contesto normativo entro cui calare le proprie argomentazioni.

Con l'art. 131-*bis* c.p. si è inteso escludere la punibilità – ma non l'illiceità penale – di quelle condotte che risultino, in concreto, avere un tasso di offensività marcatamente ridotto. Il fatto lieve, in sostanza, «è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per riaffermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la “rieducazione del condannato”, sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione» (ord. n. 279 del 2017).

L'istituto, peraltro, si colloca sulla scia di una disciplina di settore ispirata alla medesima finalità. Nell'ambito del processo minorile, infatti, l'art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 prevede la «tenuità del fatto» come presupposto perché il giudice possa emettere una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto. Analogamente, nel procedimento innanzi al giudice di pace vi è l'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che esclude la procedibilità quando il fatto risulti di particolare tenuità.

Le tre citate disposizioni – l'art. 131-*bis* c.p., l'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 e l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 – concorrono a realizzare una regolamentazione uniforme in termini di rilevanza della particolare tenuità dell'offesa, rispettivamente nell'ambito dei reati di competenza del giudice togato, del tribunale minorile e del giudice di pace. Pur accomunate da questo intento, le norme presentano però elementi specializzanti che valgono a differenziarne la portata applicativa.

Sulla scorta di questo assunto, si è sostenuto che l'art. 131-*bis* c.p., costituendo «una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000» (ord. n. 46 del 2017), non possa essere applicato anche ai reati di competenza del giudice di pace (Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 53683). Ed è proprio della ragionevolezza di questa interpretazione che si duole il giudice *a quo*.

Chiamata, sostanzialmente, a confrontarsi con l'autorevole *dictum* delle Sezioni unite, la Corte ha innanzitutto mostrato di dividerne le premesse: sia per i reati di competenza del tribunale, sia per quelli di competenza del giudice di pace, rileva la particolare tenuità del fatto; ma i presupposti della non punibilità, nell'un caso, e della non procedibilità dell'azione penale, nell'altro, non sono pienamente sovrapponibili.

I giudici costituzionali hanno così puntualmente individuato tutte le differenze strutturali fra le norme, onde giustificarne, sul piano del rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, l'alter-

natività. Nel complesso, la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 ha uno spettro più ampio dell'offesa di particolare tenuità di cui all'art. 131-*bis* c.p., tant'è che incide più radicalmente sull'esercizio dell'azione penale e non già solo sulla punibilità. E infatti la pronuncia del giudice non è iscritta nel casellario giudiziario, a differenza della sentenza che dichiara la non punibilità *ex art. 131-bis* c.p.; né, a differenza di quest'ultima, il provvedimento *ex art. 34* d.lgs. n. 274 del 2000 è idoneo a formare alcun giudicato sull'illiceità penale della condotta, come nella fattispecie dell'art. 651-*bis* c.p.; neppure, per la stessa ragione, tale pronuncia è impugnabile dall'imputato, a differenza della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis* c.p. (Cass., sez. V, 8 marzo 2018, n. 32010). Senza dimenticare che, ove all'imputazione di un reato di competenza del giudice di pace si aggiunga, a carico dello stesso indagato o imputato, un reato connesso di competenza del tribunale, la competenza si radica nel tribunale per entrambe le imputazioni (Cass., sez. un., 22 giugno 2017, n. 53683) e ciò, a parere della Corte, non fa che corroborare l'alternatività fra i due meccanismi.

Del resto, se «il procedimento penale davanti al giudice di pace configura un modello di giustizia non comparabile con quello davanti al tribunale, in ragione dei caratteri peculiari che esso presenta» (sent. n. 426 del 2008; ord. n. 28 del 2007, n. 415 e n. 228 del 2005), allora appare del tutto giustificata, sul piano della ragionevolezza e del principio di uguaglianza, la non applicabilità della causa di non punibilità per la particolare tenuità dell'offesa di cui all'art. 131-*bis* c.p. in caso di reati di competenza del giudice di pace, per i quali opera invece la causa di improcedibilità di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

La Consulta ha così confermato il principio di diritto elaborato dal Supremo organo della nomofilia, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale.

LEGITTIMA LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO IN CASO DI GIUDIZIO ABBREVIATO

(C. cost., sent. 23 maggio 2019, n. 124)

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, sollevate in riferimento agli artt. 111, commi 2 e 4, e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, nella parte in cui tale disposizione, così come interpretata dal diritto vivente, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, obbliga il giudice a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche in caso di giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato, e pertanto definito in quella sede «allo stato degli atti» ai sensi degli artt. 438 ss. c.p.p.

Nel risolvere la *quaestio* sottoposta alla sua attenzione, la Consulta ha opportunamente ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Nell'originario disegno codicistico la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello era una previsione di carattere residuale e riservata alla discrezionalità del giudice, in coerenza con la presunzione di completezza dell'accertamento probatorio svolto nel primo grado di giudizio.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, tuttavia, stimolato nella giurisprudenza italiana un incisivo ripensamento sui presupposti della rinnovazione, con riferimento alle ipotesi in cui oggetto di impugnazione sia una sentenza assolutoria pronunciata in primo grado, ritenendo incompatibile con la CEDU un giudizio di appello che si concluda con la condanna dell'imputato già assolto in primo grado, senza che le prove dichiarative sulla cui base egli era stato assolto fossero state nuovamente assunte davanti al giudice di appello (*ex plurimis*, Corte e.d.u., 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia; Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia).

Le Sezioni unite hanno sostanzialmente recepito queste indicazioni (Cass., sez. un., 6 luglio 2016, n. 27620), precisando inoltre che l'obbligatorietà della rinnovazione istruttoria in caso di *overturning* da proscioglimento a condanna vale anche nell'ambito del giudizio abbreviato non condizionato (Cass., sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620).

Tale approdo giurisprudenziale è stato poi recepito dalla legge n. 103/2017, che ha introdotto, nell'art. 603 c.p.p., il nuovo comma 3-*bis*, oggetto di impugnazione dinanzi al Giudice delle leggi.

In base alla disposizione censurata, nel caso di appello del P.M. contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In questo modo, il legislatore ha dettato una disciplina speciale in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, che deroga alle regole generali poste dai commi 1 e 3 dello stesso art. 603 c.p.p., col fine dichiarato di armonizzare il ribaltamento della sentenza assolutoria in appello con le garanzie del giusto processo.

Il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., tuttavia, non chiarisce espressamente se l'obbligo di rinnovazione valga anche nel caso in cui il giudizio di primo grado, conclusosi con l'assoluzione dell'imputato, sia stato celebrato con le forme del rito abbreviato.

Il dubbio è stato positivamente risolto da una successiva pronuncia delle Sezioni unite che, in conformità ai propri precedenti, hanno concluso nel senso che l'interpolazione operata dal legislatore sull'art. 603 c.p.p. «non contempl(i) eccezioni di sorta, ma consent(a) l'applicabilità della regola posta dal nuovo comma 3-*bis* ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi in primo grado con il rito abbreviato» (Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800).

Ricostruita l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, la Corte è poi entrata nel merito delle censure, dichiarandone l'infondatezza.

I giudici hanno escluso un contrasto tra la disposizione impugnata ed il principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111, comma 2, Cost. Tale principio, infatti, va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, sicché il suo sacrificio non è sindacabile ove sia frutto di un attento bilanciamento con altri interessi parimenti rilevanti (sent. n. 159 del 2014). Ora, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale imposta dalla disposizione censurata, così come interpretata dal diritto vivente, determina sì una dilatazione dei tempi di trattazione del giudizio di appello, ma non può certo essere ritenuta sfornita di una valida *ratio* giustificativa.

La Consulta ha poi escluso la violazione dell'art. 111, comma 5, Cost., che regola i casi in cui la formazione della prova non avviene in contraddittorio. La norma costituzionale invocata, infatti, si limita a permettere che la prova possa, in casi eccezionali, formarsi al di fuori del contraddittorio, in particolare allorché l'imputato vi consenta, ma non prescrive affatto, come invece assume il giudice *a quo*, che – una volta che l'imputato abbia prestato il proprio consenso a essere giudicato “allo stato degli atti” – una tale modalità di giudizio debba necessariamente valere per ogni fase del processo, compresa quella di appello.

Del pari infondata la violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111, comma 2, Cost., posto che la norma scrutinata si limita a configurare un adempimento doveroso a carico del giudice, sottratto al potere dispositivo delle parti, e da realizzare anche in assenza di richiesta delle parti medesime. Né la disposizione pone l'imputato in alcuna arbitraria posizione di vantaggio rispetto al P.M.: così come nel giudizio di primo grado celebrato con rito abbreviato le parti possono confrontarsi in condizioni di parità sul significato e sull'attendibilità delle prove raccolte durante le indagini preliminari, allo stesso modo nel successivo giudizio di appello si confronteranno ad armi pari in sede di audizione dei testimoni decisivi ai fini della conferma o della riforma della sentenza assolutoria pronunciata in prima istanza.

Infine, la Corte ha ritenuto non fondata la censura formulata con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE, che prescrive che il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo al fine di evitare episodi di vittimizzazione secondaria. La Consulta, richiamando un'analisi letterale della disposizione sovranazionale, ha chiarito come il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione riguardi la sola fase delle indagini penali e, in ogni caso, tale divieto fa salvi i «diritti della difesa», tra i quali si iscrive, in posizione eminente, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova.

Con queste argomentazioni la Corte costituzionale è così giunta a dichiarare infondate le questioni di legittimità dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.

SEZIONI UNITE

di Rosa Gaia Grassia

DICHIARAZIONE RESA DAL PERITO E RIFORMA DELLA SENTENZA DI ASSOLUZIONE: NECESSITÀ DI RINNOVAZIONE DIBATTIMENTALE

(Cass., sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426)

Nella pronuncia in oggetto, le Sezioni Unite rispondono affermativamente al quesito concernente l'assimilazione della dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico alla prova dichiarativa resa dal testimone. Tale dichiarazione, peraltro, se decisiva, determina la necessità, per il giudice di appello, di procedere alla rinnovazione dibattimentale, in caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un suo diverso apprezzamento. E però, laddove nel giudizio di primo grado sia stata data la sola lettura della relazione peritale, senza l'esame del perito, non sorge l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale, attraverso l'esame del perito stesso, in capo a detto giudice di appello, che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado. Viceversa, ritenendo prove dichiarative le dichiarazioni rese dal consulente tecnico oralmente, tale obbligo di rinnovazione dibattimentale mediante l'esame del perito sussiste ove le stesse dichiarazioni siano poste a fondamento della sentenza di assoluzione dal giudice di primo grado.

Ebbene, la questione concernente l'equiparazione delle dichiarazioni dei periti e dei consulenti tecnici alle prove dichiarative, con conseguente necessità di rinnovazione in caso di *overturning* accusatorio, non era nuova all'esame della giurisprudenza di legittimità, ma era anzi oggetto di un contrasto giurisprudenziale tra due diversi orientamenti.

In particolare, secondo il primo di essi, che riteneva equiparabili la prova dichiarativa e l'audizione del perito, il giudice di appello, qualora intendesse pervenire all'affermazione di responsabilità dell'imputato assolto in primo grado, non solo doveva confutare specificamente gli argomenti sui quali era fondata la prima sentenza, ma doveva anche provvedere a rinnovare l'assunzione delle prove orali; inoltre, laddove il giudizio di condanna fosse fondato su di un diverso apprezzamento dell'attendibilità delle relative fonti, doveva altresì procedere al riascolto del perito e del consulente, per poter effettuare una rivalutazione totale, attesa la funzione da questi svolta nel processo e l'acquisizione dei risultati a cui l'esperto è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale (Cass., sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 6366; Cass., sez. II, 12 agosto 2015, n. 34843; Cass., sez. IV, 30 marzo 2018, n. 14649; Cass., sez. IV, 30 marzo 2018, n. 14654).

L'orientamento opposto, invece, ritenendo la prova scientifica non equiparabile a quella dichiarativa, sosteneva l'assenza dell'obbligo di rinnovazione dibattimentale, in capo al giudice di appello, in caso di *overturning* accusatorio basato su diversa lettura di tale fonte di prova, e la sussistenza del solo obbligo di confutare specificamente gli argomenti rilevanti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni dell'incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento, qualora intendesse appunto riformare totalmente la decisione di primo grado (Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691, e Cass., sez. III, 28 dicembre 2017, n. 57863). Invero, a sostegno di tale tesi, si adduceva che, per quanto il perito ed i consulenti tecnici, sentiti in dibattimento, assumessero la veste di testimoni, e la loro relazione costituisse parte integrante della deposizione, gli stessi fossero comunque chiamati a formulare un parere tecnico e ad esprimere una valutazione basata su principi scientifici, rispetto ai quali il giudice, per discostarsi, dovesse argomentare congruamente la propria diversa opinione.

Dunque, rilevando la sussistenza di tale contrasto giurisprudenziale, nonché di un ulteriore quesito cui dare risposta, quale quello concernente l'eventuale necessità, all'esito dell'esame del perito o del consulente, di disporre anche la rinnovazione delle indagini da essi compiute, la sezione remittente ha ritenuto indispensabile adire l'intervento delle Sezioni Unite per la risoluzione della questione.

Queste ultime, nella propria disaminata pronuncia, hanno anzitutto evidenziato come l'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. (tramite l'art. 1, comma 58, della legge n. 103 del 23 giugno 2017, entrata in vigore il 3 agosto 2017) – in base al quale “nel caso di appello del pubblico ministero contro una

sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale" – derivi dal recepimento dei principi di diritto enunciati dalla Corte EDU con la sentenza Dan c. Moldavia (Corte EDU, sez. III, 14 giugno – 5 luglio 2011) e dalle Sezioni Unite con la sentenza Dasgupta (Cass., sez. un., 28 aprile – 6 luglio 2016, n. 27620). Nello specifico, con la prima, la Corte EDU ha ribadito il principio secondo il quale la Corte d'Appello, chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della questione attinente alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non potesse determinare correttamente tali questioni senza effettuare una valutazione diretta delle prove, così come previsto dalle garanzie sull'equo processo, *ex art.* 6 CEDU; con la seconda, invece, la Suprema Corte ha affermato che, in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata, sostenendo la responsabilità penale dell'imputato, senza aver proceduto, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive per il giudizio assolutorio di primo grado, a norma dell'art. 603, comma 3, c.p.p.

Orbene, come rilevato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza in esame, per quanto il summenzionato art. 603, comma 3-bis, c.p.p., non fosse ancora in vigore al verificarsi del caso di specie, la regola in esso prevista non può non costituire il punto di riferimento risolutivo della questione avanzata, a maggior ragione laddove si consideri che essa era già stata anticipata, a livello interpretativo, dal succitato intervento della Suprema Corte nella sentenza Dasgupta.

E però, non specificando detto comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. cosa debba intendersi per "prova dichiarativa", le Sezioni Unite colgono qui l'occasione per ricostruire la funzione e le modalità di espletamento della perizia e della consulenza tecnica, ricordando i ruoli polivalenti che il perito può rivestire in ambito processuale – potendo essere chiamato a svolgere sia accertamenti (cd. attività percipiente) che valutazioni (cd. attività deducente) –, che ne determinano l'identificazione come "testimone esperto", giacché, pur se, come il testimone, è obbligato a riferire sui fatti sui quali viene esaminato, nel rispondere si avvale delle proprie specifiche competenze, ossia quelle da esperto. Pertanto, attesa l'importanza della perizia stessa ai fini della decisione, il legislatore ha assicurato la garanzia del contraddittorio in tutto il suo svolgimento, e quindi sia nell'affidamento dell'incarico che nell'illustrazione dell'esito in giudizio.

Del medesimo avviso circa la qualifica del perito come "testimone esperto", e quindi come soggetto equiparato al testimone, seppur con un ruolo diverso, e perciò ugualmente sottoposto alle regole sul giusto processo, è peraltro la giurisprudenza europea.

L'assimilazione del perito al testimone, dunque, consente, a parere della Corte, di includere la perizia nel concetto di "prova dichiarativa". Invero, pur se parte della giurisprudenza è di opposto avviso, muovendo dalla suddivisione di natura dottrina che cataloga la testimonianza come prova rappresentativa-dichiarativa e la perizia come prova critica-tecnica, le Sezioni Unite non avallano tale opinione, osservando invece come sia la testimonianza che la perizia siano classificate come "mezzi di prova", e come sia irrilevante la circostanza che il perito depositi una relazione scritta, essendo la stessa, all'esito dell'esame, acquisita agli atti, e pertanto utilizzabile a tutti gli effetti, in quanto, seppur scritta, comunque convalidata dalle dichiarazioni poi rese in dibattimento dal perito.

La Suprema Corte procede poi elencando le caratteristiche che la prova dichiarativa deve possedere agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.: a) deve infatti trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative; b) dev'essere espletata a mezzo del linguaggio orale; c) dev'essere decisiva, essendo stata posta dal giudice di primo grado a fondamento dell'assoluzione; d) deve essere oggetto di diversa valutazione da parte del giudice di appello.

Ne deriva che, per prova dichiarativa, debba intendersi quell'atto comunicativo con il quale un emittente trasmette, mediante il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza, e che siano rilevanti ai fini della decisione, sicché il giudice di appello, in caso di riforma della sentenza di assoluzione per un diverso apprezzamento degli stessi, ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame di tale emittente. La regola di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. deve ritenersi quindi applicabile sia alla testimonianza che all'esame del perito.

Ciò detto, le Sezioni Unite ad ogni modo chiariscono che per rinnovazione dell'istruttoria in appello non si intende sempre e comunque la rinnovazione anche della perizia, ma solo che il giudice di appello, dopo aver individuato i punti critici della relazione peritale, ha l'obbligo di convocare il perito per esaminarlo in relazione agli stessi, nel contraddittorio orale tra le parti.

Peraltro, come altresì chiarito, tale relazione può anche essere semplicemente letta, senza l'esame del perito, su accordo delle parti, o in assenza del loro consenso, qualora la mancata tempestiva eccezione della nullità ne abbia determinato la sanatoria. In tal caso, però, non sarà applicabile la regola della rinnovazione obbligatoria del dibattimento di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., riservata, in modo tassativo, alle sole prove dichiarative, ossia a quelle prove in cui l'informazione è veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale, mentre in simile ipotesi la relazione peritale sarebbe veicolata nel processo attraverso la sola scrittura, e non si tratterebbe più di rinnovare il medesimo atto istruttorio svolto nel giudizio di primo grado, ma di compiere, *ex novo*, un diverso atto istruttorio, quale l'esame del perito, a cui le parti avevano rinunciato.

Infine, per quanto concerne la figura del consulente tecnico di parte, la Suprema Corte ritiene applicabile la medesima disciplina suesposta per il perito, ossia, qualora tale consulente sia esaminato *ex art.* 501 c.p.p., e la sua dichiarazione sia posta dal giudice di primo grado a fondamento della sentenza assolutoria, la suddetta dichiarazione va ritenuta, agli effetti di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., "prova dichiarativa", per cui, ove il giudice di appello ritenga di rivalutare tali dichiarazioni in senso peggiorativo per l'imputato, ha l'obbligo giuridico di rinnovare l'istruttoria dibattimentale.

Sulla scorta di tutte le suddette considerazioni, tre sono i principi di diritto affermati, con la pronuncia in esame, dalle Sezioni Unite:

"La dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa";

"Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito";

"Le dichiarazioni rese dal consulente tecnico oralmente vanno ritenute prove dichiarative, sicché, ove siano poste a fondamento dal giudice di primo grado della sentenza di assoluzione, il giudice di appello – nel caso di riforma della suddetta sentenza sulla base di un diverso apprezzamento delle medesime – ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l'esame del consulente".

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELLE VARIAZIONI PATRIMONIALI

(Cass., sez. un., 17 aprile 2019, n. 16896)

Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite si pronunciano affermativamente sulla questione attinente alla sussistenza o meno dell'obbligo di comunicazione della variazione del proprio patrimonio, imposto, *ex art.* 80 del d.lgs. n. 159 del 2011, ai soggetti già sottoposti a misura di prevenzione personale *ex lege* n. 1423 del 1956, qualora il provvedimento che ha disposto la misura sia divenuto definitivo in data anteriore all'introduzione dell'obbligo stesso. Obbligo, peraltro, la cui omissione è penalmente sanzionata dall'art. 76, comma 7, del succitato d.lgs.

Nello specifico, nel caso di specie, la misura di prevenzione era stata applicata in forza dell'art. 1, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, alle cui persone indicate nei numeri 1) (gli oziosi e i vagabondi abituali, validi al lavoro) e 2) (coloro che sono abitualmente o notoriamente dediti a traffici illeciti) l'art. 19, l. 22 maggio 1975, n. 152, sulle disposizioni a tutela dell'ordine pubblico, ha esteso l'applicabilità delle disposizioni di cui alla l. 31 maggio 1965, n. 575, contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere.

Ebbene, l'art. 30, l. 13 settembre 1982, n. 646, nella sua originaria formulazione, stabiliva che le persone sottoposte ad una misura di prevenzione disposta ai sensi della citata l. 31 maggio 1965, n. 575, nonché i condannati con sentenza definitiva per il delitto previsto dall'art. 416-bis c.p., fossero tenuti a comunicare per dieci anni, ed entro trenta giorni dal fatto, al nucleo di polizia tributaria che avesse compiuto gli accertamenti di cui all'art. 2-bis, l. 31 maggio 1965, n. 575 (indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio), tutte le variazioni nell'entità e nella composizione del patrimonio, concernenti elementi di valore non inferiore ad un certo importo – stabilendo, altresì, un obbligo di comunicazione entro il 31 gennaio per le variazioni intervenute nell'anno precedente, concernenti elementi di valore non inferiore ad un determinato limite, e con esclusione dei beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani –. Tale termine decennale decorre dalla data del decreto, o dalla data

della sentenza definitiva di condanna, detti obblighi di comunicazione cessano quando la misura di prevenzione è revocata a seguito di ricorso in appello o in Cassazione, e l'omessa comunicazione è sanzionata dall'art. 31 della stessa legge.

Ciò detto, l'ambito di operatività del summenzionato art. 30, l. 13 settembre 1982, n. 646, era originariamente limitato ai soggetti condannati per il reato di cui all'art. 416-bis c.p., e a quelli già sottoposti, con provvedimento definitivo, ad una misura di prevenzione ai sensi della l. n. 575 del 1965, in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso; solo successivamente, con un intervento modificativo apportato dalla l. n. 136 del 2010 (entrata in vigore il 7 settembre 2010), è stato esteso anche alle persone condannate, con sentenza definitiva, per uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., ovvero per il delitto di cui all'articolo 12-*quinquies*, comma 1, l.d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

Così descritta la disciplina, due orientamenti giurisprudenziali contrastanti si sono espressi circa l'estensione degli obblighi di comunicazione delle variazioni patrimoniali introdotti dalla l. n. 646 del 1982 ai soggetti destinatari di misure di prevenzione per pericolosità non mafiosa divenute definitive in data anteriore.

In particolare, un primo indirizzo interpretativo ha escluso la sussistenza del reato di omessa comunicazione, di cui al citato art. 31 della l. n. 646 del 1982, nel caso in cui la condanna per il delitto presupposto sia intervenuta anteriormente rispetto all'entrata in vigore della legge n. 136 del 2010, ritenendo infatti irrilevante la circostanza che i beni e le disponibilità oggetto dell'omessa comunicazione fossero entrati a far parte del patrimonio del condannato per il delitto presupposto successivamente rispetto all'entrata in vigore della legge in parola (Cass., sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 41113).

Un secondo indirizzo, invece, ha osservato che il reato in esame configura un'ipotesi di reato omisivo istantaneo, la cui consumazione si colloca nel momento e nel luogo in cui le comunicazioni circa le variazioni patrimoniali dovevano essere effettuate, ragion per cui ciò che rileva è la condotta omissiva di colui che, nel momento in cui non provvede alla comunicazione circa l'esistenza di variazioni patrimoniali, si trova nelle condizioni soggettive e oggettive richieste dalla legge (Cass., sez. VI, 29 settembre 2012, n. 37114, e Cass., sez. II, 2 luglio 2015, n. 28104).

Per dirimere, dunque, tale rilevato contrasto giurisprudenziale, la sezione remittente ha ritenuto necessario sottoporre la questione alle Sezioni Unite.

Queste ultime hanno al riguardo ritenuto l'estensione degli obblighi di comunicazione ad ulteriori soggetti, operata mediante la l. n. 136 del 2010, indicativa della volontà del legislatore di ampliare l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice. Peraltro, a parere delle stesse, non essendosi determinata alcuna modifica della fattispecie, non sussiste alcun problema di applicabilità dell'art. 2, comma 4, c.p.

La Corte, quindi, condivide il secondo degli indirizzi interpretativi summenzionati, ritenendo la soluzione adottata non contrastante con i principi stabiliti dalla Corte EDU in merito all'art. 7 CEDU, per quanto concerne la concreta prevedibilità della sanzione. Invero, si ritiene chiaro il precetto penale nell'individuazione dei soggetti obbligati alle comunicazioni delle variazioni patrimoniali oltre una determinata soglia di valore, identificati in coloro che sono sottoposti a misura di prevenzione o a condanna.

Sulla scorta di siffatte considerazioni, è affermato, dunque, il seguente principio di diritto:

“Il D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 80, relativo all'obbligo, per i soggetti già sottoposti a misura di prevenzione personale ex L. n. 1423 del 1956, di comunicare le variazioni del proprio patrimonio, la cui omissione è penalmente sanzionata dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 76, comma 7, si applica anche quando il provvedimento che ha disposto la misura è divenuto definitivo in data anteriore all'introduzione di tale obbligo”.

MANCATA CONCESSIONE D'UFFICIO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA, OBBLIGO DI MOTIVAZIONE PER IL GIUDICE D'APPELLO E IMPOSSIBILITÀ DI RICORSO IN CASSAZIONE PER L'IMPUTATO

(Cass., sez. un., 22 maggio 2019, n. 22533)

Nella disaminata pronuncia, le Sezioni Unite sostengono l'obbligo di motivazione, per il giudice di appello, della mancata concessione d'ufficio del beneficio della sospensione condizionale della pena, qualora sussistano i richiesti presupposti di legge, ma, al contempo, affermano l'impossibilità, per l'im-

putato, di ricorrere in Cassazione contro detta non motivata mancata concessione, qualora essa non sia stata espressamente richiesta nel giudizio di appello.

Tale questione, però, non è nuova all'esame della Corte, ma era anzi oggetto di un contrasto giurisprudenziale.

Invero, secondo un primo maggioritario indirizzo interpretativo, il potere di applicazione, anche d'ufficio, dei benefici di cui agli artt. 163 e 175 c.p.p., e di una o più circostanze attenuanti, riconosciuto al giudice d'appello *ex art. 597, comma 5, c.p.p.*, è eccezionale e discrezionale rispetto al principio generale, previsto dal primo comma del medesimo articolo, in base al quale la cognizione del procedimento è attribuita al giudice di secondo grado limitatamente ai punti della decisione relativi ai motivi proposti, sicché il suo mancato esercizio non è censurabile in Cassazione, né tantomeno sussiste alcun obbligo di motivazione, in assenza di specifica richiesta (Cass., sez. III, 12 aprile 2012, n. 23228; Cass., sez. VI, 27 gennaio 2010, n. 6880; Cass., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 22120; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2004, n. 7960; Cass., sez. III, 18 marzo 2003, n. 21273; Cass., sez. V, 24 settembre 2001, n. 41126; Cass., sez. II, 21 gennaio 1991, n. 6458).

Un contrapposto indirizzo sostiene invece l'obbligo, per il giudice di appello, di motivare, seppur sinteticamente, l'esercizio, positivo o negativo, di questo potere-dovere attribuitogli dal citato art. 597, comma 5, c.p.p., ancor più qualora una delle parti ne abbia fatto esplicita richiesta, e da tale asserzione fa derivare la legittimazione e l'interesse dell'imputato al ricorso in Cassazione, purché al suo interno siano indicati gli elementi di fatto in base a cui il giudice avrebbe dovuto ragionevolmente e fondatamente esercitare il potere-dovere in esame (Cass., sez. V, 8 ottobre 2014, n. 5581; Cass., sez. VI, 27 marzo 2013, n. 14758; Cass., sez. V, 23 ottobre 2009, dep. 2010, n. 2094; Cass., sez. VI, 8 gennaio 2009, n. 3917; Cass., sez. V, 25 settembre 2007, n. 40865; Cass., sez. V, 20 settembre 2005, n. 37461; Cass., Sez. VI, 10 febbraio 2005, n. 12839; Cass., sez. VI, 13 luglio 2001, n. 32966).

Ebbene, rilevando la sussistenza del suesposto contrasto, la sezione remittente ha ritenuto necessario adire l'intervento delle Sezioni Unite.

Queste ultime, investite della questione, affermano che l'esercizio del potere del giudice di appello, in tema di applicazione dei benefici di legge e di una o più attenuanti, costituisca un dovere, qualora sussistano i richiesti elementi di fatto, ragion per cui esso, essendo espressamente attribuito al giudice d'ufficio, *ex art. 597, comma 5, c.p.p.*, non postula, per definizione, la necessaria iniziativa o sollecitazione di parte.

Ciò nonostante, sempre a parere della Corte, rappresentando un'eccezione rispetto al generale principio devolutivo proprio del giudizio di appello, il suo mancato esercizio non configura un vizio deducibile in Cassazione, giacché la non decisione sul punto non costituisce violazione di norma penale sostanziale (*ex art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p.*), né di norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (*ex art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.*), né tantomeno è denunciabile come vizio di mancata motivazione (*ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.*), qualora la parte non abbia fatto espressa richiesta di applicazione del beneficio.

Sulla base di tali considerazioni, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto:

“Fermo il dovere del giudice di appello di motivare il mancato esercizio del suo potere di ufficio di applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena, in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, specialmente se sopravvenute al giudizio di primo grado, l'imputato non può dolersi, con ricorso per Cassazione, della mancata applicazione del medesimo beneficio se non lo ha richiesto nel corso del giudizio di appello”.

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

OMESSA APPLICAZIONE DELLA MISURA DI SICUREZZA NELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO E RICORSO PER CASSAZIONE

(Cass., sez. III, 14 maggio 2019, n. 20781)

A seguito della l. 23 giugno 2017, n. 103 è stato ridisegnato il regime delle impugnazioni nei confronti della sentenza di applicazione della pena, introducendo il comma 2-*bis* dell'art. 448 c.p.p. che limita il ricorso per cassazione ai soli motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.

Stante il carattere tassativo dei motivi, si è dunque posto il problema della impugnabilità mediante ricorso per cassazione delle sentenze di patteggiamento in cui sia stata omessa l'applicazione di una misura di sicurezza e in particolare dell'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero *ex art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*. Inizialmente la giurisprudenza ha escluso l'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso l'omessa pronuncia nella sentenza di patteggiamento dell'espulsione dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ostandovi la previsione di nuovo conio che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l'effettiva adozione di una misura di sicurezza. Tale orientamento opta per una lettura di stretta interpretazione della norma e afferma che il ricorso per cassazione sia possibile solo nei confronti di una sentenza in cui la misura di sicurezza sia stata applicata, non potendosi equiparare l'omessa pronuncia sulla misura di sicurezza all'illegalità della stessa (Cass., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45559; Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 6136).

Con la pronuncia in esame, la Corte di cassazione fornisce una diversa soluzione alla questione, partendo dall'analisi del concetto di illegalità della pena e della misura di sicurezza. Ad avviso della Corte di cassazione, la pena è illegale quando non corrisponde, per specie o quantità, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice, collocandosi così al di fuori del sistema sanzionatorio delineato dal codice penale. Poiché la misura di sicurezza rientra nella previsione sanzionatoria prevista dalla norma, anche l'omessa valutazione e motivazione in ordine alla pericolosità e l'omessa applicazione della misura di sicurezza determinano la violazione della pena legalmente prevista, in quanto il trattamento sanzionatorio sarebbe diverso da quello stabilito dalla legge. Peraltro, secondo questa giurisprudenza, la nozione di illegalità della misura di sicurezza non può essere definita ricorrendo agli stessi parametri utilizzati per individuare il concetto di illegalità della pena, essendo difficile ipotizzare una misura di sicurezza non rispondente a quella prevista per specie o quantità. La misura di sicurezza dunque sarebbe illegale quando sia disposta in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione, ai sensi dell'art. 25 Cost. e dell'art. 199 c.p. Tale nozione di "misura di sicurezza illegale" consente di garantire il rispetto del principio costituzionale della necessità di ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti *de libertate*, fissato dall'art. 111, comma 7, Cost. Secondo questo orientamento, la tesi della non ricorribilità in cassazione della sentenza di patteggiamento che non abbia applicato la misura di sicurezza o non abbia valutato i presupposti che ne legittimano l'applicazione, risulterebbe palesemente incostituzionale, non consentendo alcun controllo in sede di legittimità su una misura che incide in modo concreto e diretto sulla libertà personale. La soluzione costituzionalmente orientata che si impone è dunque quella di ritenere possibile il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso la sentenza di applicazione della pena, che abbia omesso di disporre o valutare l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero *ex art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, in quanto l'illegalità della pena deve ritenersi sussistente quando il giudice del patteggiamento non ha fatto alcuna analisi in ordine alla sussistenza o insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura di sicurezza.

COLLOQUI DEL DETENUTO SOTTOPOSTO A REGIME DETENTIVO EX ART. 41-BIS ORD. PENIT. CON I FAMILIARI TRAMITE VIDEOCONFERENZA

(Cass., sez. I, 16 aprile 2019, n.16557)

La sentenza in esame evidenzia un contrasto giurisprudenziale in ordine alle modalità con cui possono essere mantenuti e coltivati rapporti tra un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit. e i propri familiari. La sospensione delle regole di trattamento disposta ai sensi dell'art. 41-bis ord. penit. nei confronti di detenuti condannati o sottoposti a procedimento per reati specifici di particolare gravità e significativi di spiccata pericolosità sociale, comporta, tra l'altro, l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna che si rivelino necessarie per prevenire contatti con l'organizzazione di appartenenza e un regime *ad hoc* per i contatti con i familiari: il comma 2 *quater* dell'art. 41-bis ord. penit. alla lett. b) esclude colloqui con persone diverse da familiari e conviventi – tranne casi eccezionali –; limita nel numero e nelle modalità i colloqui con i familiari, ammettendone uno al mese in locali attrezzati per evitare il passaggio di oggetti e disponendo che siano sottoposti a controllo uditivo e a videoregistrazione; contempla la possibilità di un colloquio telefonico mensile registrato e della durata non superiore a dieci minuti, solo nel caso in cui non siano effettuati colloqui di persona.

In giurisprudenza è stata affermata la possibilità che il detenuto sottoposto al “carcere duro” possa coltivare i rapporti con i propri familiari oltre che attraverso i colloqui personali e telefonici, anche mediante altre forme di comunicazione quali la videoconferenza. In particolare in passato la Cassazione ha affermato che la sottoposizione al regime carcerario differenziato di un detenuto non esclude, in via di principio, che lo stesso possa essere autorizzato ad avere colloqui visivi con altro detenuto sottoposto al regime dell'art. 41-bis ord. penit. legato a questo da rapporti genitoriali o familiari, mediante forme di comunicazione controllabili a distanza, come la videoconferenza, tali da consentire la coltivazione della relazione parentale e, allo stesso tempo, da impedire il compimento di comportamenti fra presenti, idonei a generare pericolo per la sicurezza interna dell'istituto o per quella pubblica (Cass., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 7654). La Corte di cassazione sottolinea che la disciplina fortemente limitativa dettata dall'art. 41-bis ord. penit. non esclude i colloqui, che invece regola con l'introduzione di limiti numerici e con la possibilità di adottare modalità esecutive di particolare rigore. Deve infatti essere riconosciuto il diritto soggettivo del detenuto alla vita familiare ed al mantenimento, mediante colloqui, di relazioni dirette e di presenza con i più stretti congiunti, in conformità a quanto dispone l'art 28 ord. penit., secondo cui «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare, o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». In questa prospettiva l'art. 18, comma 3 ord. penit. espressamente assegna «particolare favore ... ai colloqui con i familiari», che sono inseriti nel trattamento di chi è ristretto e assumono rilevanza anche ai fini dell'attività di recupero e rieducazione del condannato. La rilevanza della vita familiare e delle relazioni personali e affettive è confermata dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare ...», e dalla giurisprudenza della Corte europea che, pur affermando la necessità di controlli sui contatti tra il detenuto ed il mondo esterno (Corte e.d.u., sez. II, 8 giugno 1999, Messina c. Italia), ha negato che la detenzione, per quanto giustificata dalla condanna per gravi reati e da esigenze di tutela della collettività, possa sopprimere in modo assoluto la relazionalità e la vita affettiva mediante l'isolamento completo del prigioniero, potendo questo produrre effetti negativi sulla personalità e la sua desocializzazione con pregiudizi irreversibili sul processo di reinserimento nel contesto civile (Corte e.d.u., sez. II, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi).

Nella sentenza in esame la Corte di cassazione, pur riconoscendo i principi generali enunciati nella precedente pronuncia, approda ad opposte conclusioni. Partendo dall'analisi della disciplina dei colloqui prevista per i detenuti sottoposti a regime di rigore dall'art. 41-bis ord. penit. e per i detenuti ordinari dagli artt. 18 ord. penit. e 37 e 39 del regolamento sull'ordinamento penitenziario, la Corte sottolinea come la legge preveda solo due modalità di contatti tra il detenuto e i familiari: il colloquio personale e quello telefonico. Né per i detenuti ordinari né per quelli sottoposti a regime detentivo speciale sono contemplati colloqui visivi *sui generis* attraverso videoconferenze o video colloqui. Sebbene sussista l'interesse a rendere più semplice e sicura la corrispondenza telefonica tra detenuti grazie all'evoluzione tecnologica, la Corte di cassazione sottolinea come debba essere la legge o un regolamento a disciplinare la materia, stabilendo in che misura i colloqui telefonici consentiti possano essere estesi a quelli videotelefonici e se possano essere sostituiti da forme diverse di colloqui a distanza. Tale conclu-

sione si impone, secondo questo orientamento, in considerazione non solo dell'esigenza di rispetto doveroso della legge, ancora più pressante in relazione al trattamento dei detenuti sottoposti a regime di rigore, ma anche della necessità di garantire la parità di trattamento tra detenuti, che rischierebbe di essere pregiudicata se si affidasse ai magistrati di sorveglianza la verifica di volta in volta della praticabilità di soluzioni tecnologiche alternative.

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

OMESSA APPLICAZIONE DELLA MISURA DI SICUREZZA NELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO E RICORSO PER CASSAZIONE

(Cass., sez. III, 14 maggio 2019, n. 20781)

A seguito della l. 23 giugno 2017, n. 103 è stato ridisegnato il regime delle impugnazioni nei confronti della sentenza di applicazione della pena, introducendo il comma 2-*bis* dell'art. 448 c.p.p. che limita il ricorso per cassazione ai soli motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.

Stante il carattere tassativo dei motivi, si è dunque posto il problema della impugnabilità mediante ricorso per cassazione delle sentenze di patteggiamento in cui sia stata omessa l'applicazione di una misura di sicurezza e in particolare dell'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero *ex art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*. Inizialmente la giurisprudenza ha escluso l'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso l'omessa pronuncia nella sentenza di patteggiamento dell'espulsione dello straniero per uno dei reati indicati nell'art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ostandovi la previsione di nuovo conio che individua ipotesi tassative per la proponibilità di detta impugnazione, tra le quali l'effettiva adozione di una misura di sicurezza. Tale orientamento opta per una lettura di stretta interpretazione della norma e afferma che il ricorso per cassazione sia possibile solo nei confronti di una sentenza in cui la misura di sicurezza sia stata applicata, non potendosi equiparare l'omessa pronuncia sulla misura di sicurezza all'illegalità della stessa (Cass., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45559; Cass., sez. VI, 7 febbraio 2019, n. 6136).

Con la pronuncia in esame, la Corte di cassazione fornisce una diversa soluzione alla questione, partendo dall'analisi del concetto di illegalità della pena e della misura di sicurezza. Ad avviso della Corte di cassazione, la pena è illegale quando non corrisponde, per specie o quantità, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice, collocandosi così al di fuori del sistema sanzionatorio delineato dal codice penale. Poiché la misura di sicurezza rientra nella previsione sanzionatoria prevista dalla norma, anche l'omessa valutazione e motivazione in ordine alla pericolosità e l'omessa applicazione della misura di sicurezza determinano la violazione della pena legalmente prevista, in quanto il trattamento sanzionatorio sarebbe diverso da quello stabilito dalla legge. Peraltro, secondo questa giurisprudenza, la nozione di illegalità della misura di sicurezza non può essere definita ricorrendo agli stessi parametri utilizzati per individuare il concetto di illegalità della pena, essendo difficile ipotizzare una misura di sicurezza non rispondente a quella prevista per specie o quantità. La misura di sicurezza dunque sarebbe illegale quando sia disposta in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione, ai sensi dell'art. 25 Cost. e dell'art. 199 c.p. Tale nozione di "misura di sicurezza illegale" consente di garantire il rispetto del principio costituzionale della necessità di ricorso per cassazione per violazione di legge contro le sentenze e i provvedimenti *de libertate*, fissato dall'art. 111, comma 7, Cost. Secondo questo orientamento, la tesi della non ricorribilità in cassazione della sentenza di patteggiamento che non abbia applicato la misura di sicurezza o non abbia valutato i presupposti che ne legittimano l'applicazione, risulterebbe palesemente incostituzionale, non consentendo alcun controllo in sede di legittimità su una misura che incide in modo concreto e diretto sulla libertà personale. La soluzione costituzionalmente orientata che si impone è dunque quella di ritenere possibile il ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero avverso la sentenza di applicazione della pena, che abbia omesso di disporre o valutare l'espulsione dal territorio dello Stato dello straniero *ex art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309*, in quanto l'illegalità della pena deve ritenersi sussistente quando il giudice del patteggiamento non ha fatto alcuna analisi in ordine alla sussistenza o insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura di sicurezza.

COLLOQUI DEL DETENUTO SOTTOPOSTO A REGIME DETENTIVO EX ART. 41-BIS ORD. PENIT. CON I FAMILIARI TRAMITE VIDEOCONFERENZA

(Cass., sez. I, 16 aprile 2019, n.16557)

La sentenza in esame evidenzia un contrasto giurisprudenziale in ordine alle modalità con cui possono essere mantenuti e coltivati rapporti tra un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit. e i propri familiari. La sospensione delle regole di trattamento disposta ai sensi dell'art. 41-bis ord. penit. nei confronti di detenuti condannati o sottoposti a procedimento per reati specifici di particolare gravità e significativi di spiccata pericolosità sociale, comporta, tra l'altro, l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna che si rivelino necessarie per prevenire contatti con l'organizzazione di appartenenza e un regime *ad hoc* per i contatti con i familiari: il comma 2 *quater* dell'art. 41-bis ord. penit. alla lett. b) esclude colloqui con persone diverse da familiari e conviventi – tranne casi eccezionali –; limita nel numero e nelle modalità i colloqui con i familiari, ammettendone uno al mese in locali attrezzati per evitare il passaggio di oggetti e disponendo che siano sottoposti a controllo uditivo e a videoregistrazione; contempla la possibilità di un colloquio telefonico mensile registrato e della durata non superiore a dieci minuti, solo nel caso in cui non siano effettuati colloqui di persona.

In giurisprudenza è stata affermata la possibilità che il detenuto sottoposto al “carcere duro” possa coltivare i rapporti con i propri familiari oltre che attraverso i colloqui personali e telefonici, anche mediante altre forme di comunicazione quali la videoconferenza. In particolare in passato la Cassazione ha affermato che la sottoposizione al regime carcerario differenziato di un detenuto non esclude, in via di principio, che lo stesso possa essere autorizzato ad avere colloqui visivi con altro detenuto sottoposto al regime dell'art. 41-bis ord. penit. legato a questo da rapporti genitoriali o familiari, mediante forme di comunicazione controllabili a distanza, come la videoconferenza, tali da consentire la coltivazione della relazione parentale e, allo stesso tempo, da impedire il compimento di comportamenti fra presenti, idonei a generare pericolo per la sicurezza interna dell'istituto o per quella pubblica (Cass., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 7654). La Corte di cassazione sottolinea che la disciplina fortemente limitativa dettata dall'art. 41-bis ord. penit. non esclude i colloqui, che invece regolamenta con l'introduzione di limiti numerici e con la possibilità di adottare modalità esecutive di particolare rigore. Deve infatti essere riconosciuto il diritto soggettivo del detenuto alla vita familiare ed al mantenimento, mediante colloqui, di relazioni dirette e di presenza con i più stretti congiunti, in conformità a quanto dispone l'art 28 ord. penit., secondo cui «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare, o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». In questa prospettiva l'art. 18, comma 3 ord. penit. espressamente assegna «particolare favore ... ai colloqui con i familiari», che sono inseriti nel trattamento di chi è ristretto e assumono rilevanza anche ai fini dell'attività di recupero e rieducazione del condannato. La rilevanza della vita familiare e delle relazioni personali e affettive è confermata dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare ...», e dalla giurisprudenza della Corte europea che, pur affermando la necessità di controlli sui contatti tra il detenuto ed il mondo esterno (Corte e.d.u., sez. II, 8 giugno 1999, Messina c. Italia), ha negato che la detenzione, per quanto giustificata dalla condanna per gravi reati e da esigenze di tutela della collettività, possa sopprimere in modo assoluto la relazionalità e la vita affettiva mediante l'isolamento completo del prigioniero, potendo questo produrre effetti negativi sulla personalità e la sua desocializzazione con pregiudizi irreversibili sul processo di reinserimento nel contesto civile (Corte e.d.u., sez. II, 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi).

Nella sentenza in esame la Corte di cassazione, pur riconoscendo i principi generali enunciati nella precedente pronuncia, approda ad opposte conclusioni. Partendo dall'analisi della disciplina dei colloqui prevista per i detenuti sottoposti a regime di rigore dall'art. 41-bis ord. penit. e per i detenuti ordinari dagli artt. 18 ord. penit. e 37 e 39 del regolamento sull'ordinamento penitenziario, la Corte sottolinea come la legge preveda solo due modalità di contatti tra il detenuto e i familiari: il colloquio personale e quello telefonico. Né per i detenuti ordinari né per quelli sottoposti a regime detentivo speciale sono contemplati colloqui visivi *sui generis* attraverso videoconferenze o video colloqui. Sebbene sussista l'interesse a rendere più semplice e sicura la corrispondenza telefonica tra detenuti grazie all'evoluzione tecnologica, la Corte di cassazione sottolinea come debba essere la legge o un regolamento a disciplinare la materia, stabilendo in che misura i colloqui telefonici consentiti possano essere estesi a quelli videotelefonici e se possano essere sostituiti da forme diverse di colloqui a distanza. Tale conclu-

sione si impone, secondo questo orientamento, in considerazione non solo dell'esigenza di rispetto doveroso della legge, ancora più pressante in relazione al trattamento dei detenuti sottoposti a regime di rigore, ma anche della necessità di garantire la parità di trattamento tra detenuti, che rischierebbe di essere pregiudicata se si affidasse ai magistrati di sorveglianza la verifica di volta in volta della praticabilità di soluzioni tecnologiche alternative.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

BIBLIOGRAPHIC REVIEW

di *Marilena Colamussi*

F. ALVINO-D. PRETTI, *UDIENZA PRELIMINARE E PROCEDIMENTI SPECIALI. LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ALL'INDOMANI DELLA RIFORMA ORLANDO E DEI DECRETI ATTUATIVI*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-496

Il volume delinea il volto inedito dell'udienza preliminare e dei procedimenti speciali derivante dall'introduzione della legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) e dei relativi decreti di attuazione. La ricerca dei nuovi assetti della disciplina è corredata da un'ampia rassegna giurisprudenziale tesa ad affrontare e risolvere i numerosi dubbi interpretativi e applicativi, sorti all'indomani delle ultime riforme.

La disciplina dell'udienza preliminare viene esaminata affrontando tutti i possibili risvolti problematici che emergono sul terreno del diritto applicato, suggerendo le soluzioni più adatte e collaudate in sede giurisprudenziale. Parimenti, i singoli procedimenti speciali sono illustrati nei diversi snodi processuali, dalla fase in cui si innestano, per seguirne gli sviluppi, gli epiloghi e il complesso regime delle impugnazioni.

G. BELLUCCI, *IL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-224.

Il volume offre una panoramica completa sull'istituto del patrocinio a spese dello Stato, partendo dal testo unico n. 115/2002, che ha riordinato la disciplina di carattere generale, per giungere fino alla legge n. 132/2018, passando attraverso le interpolazioni normative intermedie tese ad estendere le garanzie di effettività del diritto di difesa a categorie inedite di soggetti (es.: extracomunitari o vittime del terrorismo). L'Autore delinea puntualmente l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del patrocinio a spese dello Stato, diversificandone i contenuti a seconda delle sfere processuali di riferimento.

La trattazione affronta tutte le fasi del procedimento muovendo dall'istanza di ammissione, senza trascurare le vicende incidentali di revoca e opposizione, per giungere alla fase di liquidazione dei compensi. Particolare attenzione è dedicata alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato nell'ambito del processo penale, del processo tributario e nei casi particolari in cui il beneficiario può essere lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione o nelle cause transfrontaliere.

D. CURTOTTI-L. SARAVO (A CURA DI), *MANUALE DELLE INVESTIGAZIONI SULLA SCENA DEL CRIMINE. NORME, TECNICHE, SCIENZE, LOGICA*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2019, PP. 1-1120

La seconda edizione del "Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine" nasce come evoluzione di un percorso frutto di riflessioni sul tortuoso ingresso della prova scientifica nel processo penale.

Significativi i passi avanti fatti, specie in sede giurisprudenziale, per colmare le lacune normative evidenziate nel primo studio, con riferimento ai protagonisti delle indagini preliminari privi degli strumenti e delle competenze tecniche utili alla ricerca e individuazione delle fonti di prova scientifica.

«Il diritto processuale penale, con i suoi principi e le sue regole, e le scienze, con i loro metodi e i loro statuti, hanno trovato punti di sovrapposizione condivisi, in vista di una ri-costruzione affidabile del fatto di reato». In questa prospettiva, i Curatori presentano la nuova versione dello studio che, intersecando gli altalenanti orientamenti giurisprudenziali, gli errori investigativi, le perplessità espresse in sede dottrinale, ricerca ed elabora nuove convergenze per ricavare dalla "scena del crimine" elementi probatori, selezionati scientificamente, con rigore logico e sofisticati strumenti tecnologici, per giungere alla verità processuale.

Resta aperto il problema della trasmigrazione di queste fonti di prova scientifica durante il dibattito

mento, laddove sembra pregiudicato il contraddittorio “per” la prova che, invero, risulta già formata nella fase anteriore senza le garanzie che connotano il “giusto processo”.

Ma a monte, la nota dolente è insita nella fase originaria delle investigazioni tecnico-scientifiche, tutt’ora prive di un apparato normativo di garanzie, che, comunque, non impedisce ai risultati di accedere alla fase dibattimentale attraverso il meccanismo degli “atti irripetibili”. Compete al giudice l’onere di valutare l’attendibilità della prova scientifica, del metodo e delle cautele adottate nella rilevazione, nonché del margine “umano” di errore nei risultati, che devono superare ogni ragionevole dubbio nel verdetto finale.

Il volume osserva la scena del crimine, nei dettagliati profili concernenti: i rilievi e gli accertamenti, le ispezioni e le perquisizioni, anche dal punto di vista delle investigazioni difensive sulle tracce del reato, con particolare approfondimento rivolto all’analisi logica, alla fase del primo intervento e a quella CSI. Inediti i riferimenti alle investigazioni scientifiche in scenari complessi come l’ambiente acquatico, quello incendiario, o degli scavi forensi per il recupero corretto dei resti umani.

C. DE ROBBIO, *IL CONTRADDITTORIO, POTERI E OPPORTUNITÀ DELLA DIFESA NEL PROCEDIMENTO PENALE*, MILANO, GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE, 2018, PP. X-438.

Lo studio si interroga sulla effettiva centralità del “contraddittorio” nel processo penale. Il principio costituzionalmente consacrato da quasi vent’anni sembra trovare rigoroso riscontro in sede dibattimentale, mentre fondate riserve persistono con riferimento alla fase delle indagini preliminari. Muovendo da questa premessa, il volume ripercorre “vivisezionando” ogni segmento in cui si snoda la fase investigativa prodromica all’esercizio dell’azione penale, allo scopo di individuare gli spazi di garanzia o di preclusione della regola del confronto dialettico tra accusa e difesa, su basi di parità giuridica.

Il punto di osservazione del principio cardine del rito penale si estende anche ai ruoli posti in essere dalle parti accessorie, nonché al graduale riconoscimento della posizione della persona offesa dal reato, sempre più coinvolta e destinataria di atti garantiti come l’informazione di cui all’art. 90-*bis* c.p.p., o la comunicazione dell’evasione e della scarcerazione dell’imputato (art. 90-*ter* c.p.p.).

Il contraddittorio è “messo alla prova” anche in relazione ai riti alternativi, laddove il bilanciamento degli interessi in gioco spesso ne comporta il sacrificio, non senza ritorni utili in termini di definizione anticipata del procedimento sulla cui effettività e solidità la riflessione si sofferma.

P. FELICIONI-A. SANNA (A CURA DI), *CONTRASTO A VIOLENZA E DISCRIMINAZIONE DI GENERE. TUTELA DELLA VITTIMA E REPRESSIONE DEI REATI*, MILANO, GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE, 2019, PP. XVI-384.

Lo studio affronta le delicate questioni connesse con la violenza contro le donne, intesa in tutte le sue sfumature, non solo fisica ma anche nel senso di discriminazione di genere, posta in essere in ogni contesto sociale, dalla sfera più intima (familiare e parafamiliare) a quella pubblica (luoghi di lavoro o di relax), negli ambienti – reali o virtuali – nei quali si estrinseca la personalità femminile.

La trattazione si snoda in due parti; la prima dedicata ai profili di natura sostanziale, in cui si delineano le fattispecie criminose, e la seconda focalizzata sull’accertamento processuale delle ipotesi di reato, completata da una particolare attenzione rivolta ai rimedi di natura extra-processuale che attingono al paradigma ripartivo per risolvere il conflitto generato dal reato.

Fenomeni diffusi, come lo stalking, i maltrattamenti in famiglia, la violenza domestica, vengono affrontati non solo dal punto di vista criminologico, ma anche dall’inedito angolo visuale dell’indagine statistica, per evidenziare quanto “sommerso” c’è nella cultura dominata dal timore che la denuncia del fatto di reato possa generare ulteriore violenza.

D’altro canto, sul terreno delle garanzie processuali, il legislatore negli ultimi tempi è stato quanto mai attivo, predisponendo un arsenale di misure che operano sia in fase di accertamento dell’ipotesi criminosa, a tutela della vittima particolarmente vulnerabile (ad es. mediante l’“ascolto protetto”), sia in fase cautelare, attraverso misure restrittive della libertà personale concepite ad hoc per porre rimedio a fenomeni criminali connessi con la violenza di genere. Tutto questo anche per dare attuazione concreta alle indicazioni provenienti dalla Convenzione di Istanbul e dalla Direttiva 29/12/UE del Parlamento europeo.

Quanto, poi, alla ricerca delle risposte ideali per fronteggiare la categoria dei reati in questione, nuove prospettive sono riconducibili alle modalità di giustizia ripartiva, che incontrano una crescente diffusione nel panorama internazionale e, attraverso la riconciliazione tra autore del reato e vittima, permettono di recuperare gli equilibri relazionali minati dalla condotta antigiuridica. L'assunto si traduce in "buone pratiche" messe a punto da associazioni a tutela delle donne, che si propongono di apprestare solidarietà, sostegno e protezione immediata, e che affiancano l'attività investigativa delle procure, in una forma di collaborazione sinergica, accomunata dall'intento di contrastare la violenza di genere.



Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Natura ed effetti processuali del verbale redatto dal difensore in sede di investigazioni difensive

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA 17 GENNAIO 2019, N. 2049 – PRES. ANDREAZZA; REL. SOCCII

In tema di indagini difensive, l'atto redatto dal difensore ex artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p. ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero, potendo, pertanto, essere ritenuto nullo ai sensi dell'art. 142 c.p.p. solo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'avvocato o del suo sostituto che lo ha redatto, ma non anche se il dichiarante non lo ha sottoscritto alla fine di ogni foglio, secondo quanto prescrive l'art. 137 c.p.p.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza della Corte di appello di Roma del 10 maggio 2017, è stata confermata la decisione del Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cassino (giudizio abbreviato) che aveva condannato (*omissis*) alla pena di anni 1 e mesi 4 di reclusione, relativamente al reato di cui all'articolo 81 c.p., e articolo 609 bis c.p., commi 2 e 3, assorbito il reato del capo B (articoli 81 e 582 c.p., e articolo 61 c.p., n. 2); commesso il (*omissis*).

2. L'imputato ha proposto ricorso per cassazione, tramite difensore, per i motivi di seguito enunciati, nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'articolo 173 disp. att. c.p.p., comma 1.

2.1. Violazione di legge (articoli 391 bis e 391 ter cod. proc. pen.).

La difesa aveva raccolto le dichiarazioni di tre persone informate sui fatti, peraltro presenti al momento dei fatti contestati nell'imputazione. Le dichiarazioni assunte ex articolo 391 bis cod. proc. pen. erano state allegate al fascicolo del P.M. e con la richiesta di giudizio abbreviato condizionato le stesse costituivano, a tutti gli effetti, materiale valido per il giudizio.

Il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Cassino, invece, le ha ritenute inutilizzabili, perché prive della sottoscrizione dei dichiaranti in ogni foglio; la Corte di appello ha confermato il giudizio di inutilizzabilità delle dichiarazioni, assunte ex articolo 391 bis cod. proc. pen., perché non sottoscritte dai dichiaranti in ogni foglio.

Per l'articolo 137 cod. proc. pen. la mancata sottoscrizione di un atto in ogni foglio non comporta la sua invalidità, poiché la nullità è prevista solo per l'incertezza assoluta sulle persone intervenute, o per la mancanza (del tutto) della sottoscrizione – articolo 142 cod. proc. pen..

Il difensore, infatti, deve considerarsi un pubblico ufficiale quando verbalizza le sommarie informazioni testimoniali, come ritenuto dalle Sezioni Unite della Cassazione (Sez. U, n. 32009 del 27/06/2006 – dep. 28/09/2006, Schera, Rv. 23421401).

La Corte di appello, con motivazione sbrigativa richiama la decisione della Cassazione n. 6524/2011 senza dar conto in motivazione, degli aspetti, in punto di diritto, evidenziati nell'atto di appello.

2.2. Omessa motivazione in merito alla ritenuta attendibilità delle dichiarazioni di (*omissis*); dichiarazioni ritenute dalla difesa, con il secondo motivo di appello, intrinsecamente contraddittorie ed inattendibili. Il primo giudice si era limitato a ritenere le dichiarazioni di (*omissis*) identiche a quelle della parte offesa e, quindi, attendibili.

La Corte di appello non ha motivato sulle censure proposte con l'atto di appello.

Ha chiesto pertanto l'annullamento della sentenza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso è fondato relativamente al primo motivo, che assorbe l'ulteriore motivo.

Le sentenze di merito hanno ritenuto inutilizzabili le dichiarazioni di tre persone informate sui fatti (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*), assunte dal difensore *ex* articolo 391 *bis* cod. proc. pen., in quanto la documentazione delle dichiarazioni non risultava sottoscritta in ogni foglio, ma solo alla fine, in calce, unitamente all'autenticazione del difensore.

Prima di procedere alla risoluzione del quesito posto con il ricorso per cassazione, bisogna sinteticamente inquadrare la natura e le modalità delle investigazioni difensive svolte dalla difesa *ex* articolo 391 *bis*, e documentate *ex* articolo 391 *ter* cod. proc. pen.

3.1. L'atto redatto dal difensore ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal Pubblico Ministero, come ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Corte: "Integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico (articolo 479 cod. pen.) la condotta del difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzate in modo incompleto o non fedele, in quanto l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero" (Sez. U, n. 32009 del 27/06/2006 – dep. 28/09/2006, Schera, Rv. 23421401).

Tale impostazione è stata poi ribadita dalla Corte di Cassazione, recentemente, per l'uso di un verbale contraffatto di dichiarazioni rese *ex* articolo 391 *bis* cod. proc. pen.: «In tema di reati contro la fede pubblica, il delitto di falso materiale in atto pubblico consistito nella contraffazione, ad opera del difensore, delle firme poste in calce ai verbali delle dichiarazioni rilasciate, *ex* articolo 391 *bis* cod. proc. pen., si consuma nel momento dell'utilizzo processuale di detto verbale» (Sez. 5, n. 7615 del 20/09/2016 – dep. 17/02/2017, C, Rv. 26947301).

L'articolo 359 cod. pen. qualifica il difensore persona esercente un servizio di pubblica necessità, ma, tuttavia, l'Avvocato assume la veste di pubblico ufficiale quando procede alla formazione del verbale nel quale trasfonde le informazioni ricevute ai sensi degli articoli 391 *bis* e *ter* cod. proc. pen. La L. n. 397 del 2000 ha potenziato il ruolo del difensore nel processo penale, introducendo una disciplina organica delle indagini difensive, che ha tipizzato gli atti espletabili dal difensore, ricomprendendo in essi il colloquio con persone ritenute a conoscenza dei fatti, ed ha indicato le forme per documentare ed utilizzare nel processo i risultati dell'indagine. A norma dell'articolo 391 *bis* cod. proc. pen. il difensore – nell'acquisire notizie da una persona a conoscenza dei fatti oggetto di un processo – può procedere in tre modi: a) conferire con essa, senza documentare il colloquio; b) richiedere una dichiarazione scritta; c) procedere ad esame diretto della stessa.

La documentazione del ricevimento di una dichiarazione scritta o dello svolgimento dell'esame orale deve avvenire secondo le modalità previste.

L'articolo 391 *decies* cod. proc. pen. disciplina, poi, l'utilizzazione processuale della documentazione delle indagini difensive, prevedendo che il verbale delle dichiarazioni rese dalla persona informata dei fatti può essere utilizzato per le contestazioni *ex* articolo 500 cod. proc. pen. ed è acquisibile al dibattimento mediante lettura ai sensi degli articoli 512 e 513 cod. proc. pen. Quanto alla documentazione di dichiarazioni acquisite nel corso di investigazioni difensive, va premesso anzitutto che non può mettersi in dubbio l'obbligo di fedeltà del difensore nella verbalizzazione e il dovere di documentare le dichiarazioni in forma integrale; obblighi che costituiscono, certamente, garanzia pure per il soggetto chiamato dal legale a rendere le informazioni.

L'esistenza degli obblighi anzidetti si riconnette alla disciplina specifica delle attività difensive, al loro valore e agli effetti che ricevono nel processo; gli obblighi sono funzionali allo scopo di attribuire all'indagine difensiva la stessa valenza probatoria dell'attività del P.M.

Inoltre, l'articolo 371 *ter* cod. pen., impone un dovere di dire il vero, penalmente sanzionato, alla persona informata dei fatti che viene sentita dal difensore; la disposizione in oggetto verrebbe del tutto vanificata qualora il difensore stesso potesse non riportare compiutamente o modificare arbitrariamente le dichiarazioni ricevute. Infatti, l'articolo 391 *bis* cod. proc. pen., comma 9, prevede la sospensione del verbale quando la dichiarazione appaia autoindiziante e la inutilizzabilità, contro il dichiarante, delle dichiarazioni di tal genere eventualmente rese in precedenza. Ne deriva che la infedele o incompleta documentazione delle dichiarazioni acquisite a verbale dal difensore non può iscriversi nel novero delle garanzie di libertà dell'Avvocato nell'espletare il proprio mandato nell'interesse del cliente. Egli è obbligata alla correttezza della verbalizzazione, proprio per il rilievo che tale verbale riceve nell'ordinamento processuale.

Per attribuire però al difensore, in fase di documentazione delle indagini, la veste pubblica non occorre nemmeno argomentare sulla parità dei doveri e dei poteri rispetto al P.M. È vero che il difensore non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità e che al professionista è riconosciuto il diritto di ricercare soltanto gli elementi utili alla tutela del proprio assistito, però sicuramente non gli è riconosciuto il diritto di manipolare le informazioni ricevute, ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli. La prova dichiarativa assunta dal difensore, per essere affidabile al pari di quella raccolta dall'accusa, necessita di tali limiti alla libertà del difensore; la tutela difensiva resta assolutamente integra e non riceve compromissione alcuna attraverso il riconoscimento legislativo della possibilità di non fare seguire al colloquio preventivo la sua verbalizzazione, nonché di omettere di utilizzare processualmente il verbale di dichiarazioni che contenga elementi sfavorevoli, come espressamente previsto.

Il difensore, inoltre, altrettanto liberamente può addivenire alla scelta di acquisire le informazioni mediante relazione scritta dallo stesso dichiarante. La possibilità di non utilizzare l'atto, però, non comporta che esso possa essere distrutto.

Conseguentemente può agevolmente ritenersi che: «Gli elementi di prova raccolti dal difensore ai sensi dell'articolo 391 bis cod. proc. pen. sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli raccolti dal pubblico ministero e, pertanto, il giudice al quale essi siano stati direttamente presentati ai sensi dell'articolo 391 octies cod. proc. pen. non può limitarsi ad acquisirli, ma deve valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, spiegando – ove ritenga di disattenderli – le relative ragioni con adeguato apparato argomentativo. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio, per mancanza di motivazione, l'ordinanza di un tribunale del riesame il quale, a fronte di dichiarazioni prodotte dalla difesa a conferma di un alibi, si era limitato ad osservare che la loro effettiva attendibilità avrebbe dovuto essere verificata dall'autorità giudiziaria precedente)» (Sez. 2, n. 13552 del 30/01/2002 – dep. 09/04/2002, *Pedi*, Rv. 22155001).

Il difensore, pertanto, è obbligato ad osservare le modalità di documentazione previste dalla norma, pena la sanzione penale.

3.2. Così ricostruite, in sintesi, la natura e le funzioni delle indagini difensive, e della loro documentazione, può affrontarsi il tema posto dal ricorso, ovvero l'obbligo di firma del verbale delle dichiarazioni in ogni foglio, e le conseguenze della omessa firma in ogni foglio, ma solo in calce.

L'articolo 391 ter cod. proc. pen., comma 3. Prevede che: «Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo 3 del libro secondo, in quanto applicabili».

Per questa disposizione parte della giurisprudenza della Corte ha ritenuto sussistente l'obbligo di firma del dichiarante in ogni foglio: «In tema di indagini difensive, sono inutilizzabili, perché assunte in violazione delle modalità previste dall'articolo 391 ter cod. proc. pen., comma 3, le informazioni documentate nel verbale mancante di sottoscrizione alla fine di ogni foglio» (Sez. 2, n. 6524 del 20/01/2011 – dep. 22/02/2011, *Meligeni*, Rv. 24935901). Nella motivazione la sentenza individua l'obbligo in relazione all'articolo 137 cod. proc. pen., in quanto «è da escludere, infatti, che sia applicabile l'articolo 142 cod. proc. pen. che, in ragione della formazione del verbale in un ambito istituzionale ed ontologicamente garantito da imparzialità, limita la sanzione alla nullità del verbale per l'assenza di sottoscrizione del pubblico ufficiale».

Come sopra visto, invece, il difensore ha un obbligo di lealtà e di veridicità di verbalizzazione, tanto che nell'ipotesi di falsificazione risponde del reato di falsità ideologica in atto pubblico (vedi la citata Sez. U, n. 32009 del 27/06/2006 – dep. 28/09/2006, *Schera*, Rv. 23421401).

Conseguentemente deve trovare applicazione la norma dell'articolo 142 cod. proc. pen. (valida anche per i verbali del P.M.) che prevede la nullità del verbale «se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto». Infatti, il difensore assume la veste di pubblico ufficiale nella documentazione delle dichiarazioni delle persone informate sui fatti.

È questa, del resto, l'unica norma che prevede l'invalidità di un verbale, e la giurisprudenza non può creare una norma specifica per il solo verbale redatto ex articolo 391 ter cod. proc. pen. Ne risulterebbe una lesione al diritto di difesa, con conseguente rilevanza di una questione di costituzionalità della norma, se fosse così interpretata.

Va aggiunto che la causa di nullità costituita dalla mancanza “di sottoscrizione” del pubblico ufficiale redigente va strettamente intesa, senza possibilità di applicazione estensiva (quale quella che individuerrebbe la nullità anche per la presenza delle firme solo in alcuni e non in tutti i fogli).

Nel caso in giudizio, oltre a non sussistere nullità (in applicazione del citato articolo 142 cod. proc. pen. essendo l'atto comunque firmato) nemmeno risulta proposta nel termine la relativa eccezione, con la conseguenza che le informazioni testimoniali raccolte dal difensore (ex articoli 391 bis e 391 ter cod. proc. pen.) dovevano essere valutate nel giudizio.

4. Può conseguentemente esprimersi il seguente principio di diritto: «L'atto redatto dal difensore, ex articoli 391 bis e 391 ter cod. proc. pen., ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal Pubblico Ministero e può ritenersi nullo solo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'Avvocato o del sostituto che lo ha redatto, e non anche se l'informatore dichiarante non ha sottoscritto l'atto foglio per foglio».

5. Relativamente alla rilevanza delle suddette dichiarazioni degli informatori deve rilevarsi che al momento dell'ammissione del giudizio abbreviato, il Giudice ha ritenuto già necessarie ai fini della decisione le stesse poiché per (*omissis*) (la cui escussione è stata richiesta dal ricorrente subordinatamente alla richiesta dell'abbreviato, in quanto per la difesa questi aveva reso dichiarazioni contrastanti con quelle rese dai tre informatori assunti ex articolo 391 bis cod. proc. pen., (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) si è disposta l'escussione testimoniale nel rito abbreviato. Se è stata ritenuta necessaria e rilevante la testimonianza di (*omissis*), parimenti sono necessarie e rilevanti (decisive) le dichiarazioni assunte ex articolo 391 bis cod. proc. pen. che hanno lo stesso oggetto.

La sentenza deve conseguentemente annullarsi con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Roma per nuovo giudizio.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte di appello di Roma.
[*Omissis*]

FRANCESCA PROIA

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale?

Private investigations: does the probative value postulate that the lawyer is a public official?

La Suprema Corte torna a pronunciarsi sulle indagini difensive, sostenendo che alla documentazione redatta *ad hoc* dal difensore bastano i medesimi requisiti formali del corrispondente verbale formato dal pubblico ministero, postulando la qualifica di pubblico ufficiale rivestita dall'avvocato in tali circostanze. Tuttavia, appaiono censurabili gli argomenti che fungono da premessa alle conclusioni.

The Supreme Court returns to rule on the defensive investigations, claiming that the same formal requirements of the corresponding minutes formed by the public prosecutor apply to the documentation drawn up ad hoc by the defense attorney, who acts in its capacity of public official in such circumstances. However, the arguments which serve as the basis for the conclusions are questionable.

LA QUESTIONE

La sentenza in commento – che ha accolto il ricorso promosso da un imputato, condannato all'esito di giudizio abbreviato condizionato nel corso del quale erano state ritenute inutilizzabili le dichiarazioni assunte dal difensore *ex art. 391-bis c.p.p., perché non sottoscritte in ogni foglio dalle persone intervenute* (secondo la regola sancita dall'art. 137 c.p.p.), ma solo in calce – è tornata ad affrontare questioni che, ancora oggi, sono oggetto di dibattito, il cui nodo centrale è la qualificazione del difensore nella propria attività investigativa e il conseguente impiego processuale di questa.

La pronuncia, in linea con l'orientamento assunto, ormai più di un decennio fa, dalle Sezioni Unite, si discosta da pronunce successive e contrarie al riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale in capo al difensore, facendone discendere conseguenze in tema di requisiti relativi alla documentazione da lui redatta. Si sostiene, più specificamente, che – postulata l'opera di *munus publicum* svolta dal professionista – la mancata sottoscrizione del verbale di indagine difensiva in ogni foglio (art. 137 c.p.p.) non produce alcuna patologia, bastando, ai fini della validità del verbale, la firma del difensore in calce all'atto, alla stregua di quanto sancisce l'art. 142 c.p.p. in ordine alla documentazione redatta dal pubblico ufficiale.

All'opposto, sulla base dell'orientamento criticato dalla decisione in esame, si è ritenuto che il verbale redatto in funzione dell'indagine difensiva debba contenere la sottoscrizione di tutti partecipanti e del difensore su ogni foglio, a pena di inutilizzabilità; tale linea interpretativa si fonda sull'intricato legame tra gli artt. 391-bis comma 2 e 6, 391-ter comma 2 c.p.p.¹. Quest'ultima previsione stabilisce che nella documentazione delle indagini a contenuto dichiarativo effettuate dal professionista si osservano le disposizioni contenute dal Libro Secondo Titolo terzo del codice in quanto applicabili; tra di esse emerge l'art. 137 c.p.p. laddove richiede la sottoscrizione dei partecipanti all'atto su ogni foglio del verbale. L'art. 391-bis comma 2, sempre in ordine a tale tipologia d'indagine, richiama proprio l'art. 391-ter quanto alla modalità della documentazione, con l'apparente corollario che occorra adottare anche le forme contemplate dall'art. 137 c.p.p. (sottoscrizione su ogni foglio); in chiusura, il comma 6 del menzionato art. 391-bis stabilisce che l'inosservanza delle regole sancite nei precedenti commi (art. 391-bis

¹ Cass. sez. II, 20 gennaio 2011, n. 6524, in *Cass. pen.* 2012, p. 196

comma 2 che rinvia all'art. 391-ter comma 2 il quale a sua volta rimanda al Libro Secondo, Titolo terzo, dunque anche all'art. 137 c.p.p.) produce inutilizzabilità. Pertanto, se l'omessa conformità alla norma che richiede la sottoscrizione su ogni foglio (art. 137 c.p.p.) non determina alcuna patologia quando l'atto è formato dal pubblico ufficiale (art. 142 c.p.p.), la stessa difformità realizzata dal difensore rogante sarebbe affetta da inutilizzabilità. A meno che, come sostiene la pronuncia in esame, non si attribuisca la qualifica di pubblico ufficiale anche al professionista in sede di indagini "private" a contenuto dichiarativo.

Per comprendere le argomentazioni della Corte, occorre delineare brevemente l'evoluzione normativa delle indagini investigative e analizzare il contesto in cui attualmente operano.

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELLE INDAGINI DIFENSIVE

In un sistema tendenzialmente accusatorio il giudice non ha il potere di ricercare le prove né, di regola, praticare un potere probatorio d'ufficio, spettando alle parti il diritto di chiedere ed ottenere gli strumenti di dimostrazione; ne consegue che queste ultime sono anche titolari del diritto di reperire elementi sui quali basare le proprie richieste². L'ulteriore corollario è che per funzionare, il sistema processuale di parti richiede anche un'investigazione difensiva, vale a dire che è permesso pure ai privati di ricercare le fonti, acquisire gli elementi di prova e presentarli al giudice.

Solo dopo undici anni dall'approvazione del nuovo codice, la legge del 7 dicembre del 2000, n. 397 ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina organica in materia di investigazioni difensive. Un intervento ritenuto indispensabile a causa del vuoto legislativo che, nel corso degli anni, aveva determinato una grave limitazione del campo operativo della difesa, drasticamente ridotto al confronto dei poteri investigativi attribuiti al pubblico ministero.

Originariamente, l'art. 38 disp. att. c.p.p. attribuiva al difensore, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova favorevoli al proprio assistito, nonché la possibilità di avere colloqui con persone in grado di fornire informazioni. Il riconoscimento, però, operava solo sul piano formale dinanzi ad un dato positivo del tutto generico.

Ai difensori era teoricamente riconosciuta la possibilità di ricercare gli elementi probatori utili, ma non anche quella di raccogliarli, compito spettante al pubblico ministero; ciò trovava la sua giustificazione nell'art. 358 c.p.p., secondo cui il pubblico ministero era titolare del potere-dovere di indagare su fatti e circostanze anche favorevoli all'indagato.

Vigeva un sistema in cui le operazioni investigative della difesa erano legate da un rapporto di strumentalità all'opera svolta dal pubblico ministero, dato che i dati conosciuti dal difensore potevano essere impiegati solo per sollecitare e stimolare l'attività dell'accusa affinché questa non trascurasse gli elementi di prova a favore dell'indagato³. Inoltre, la facoltà di cui all'art. 38 disp. att. c.p.p., espressamente preordinata all'esercizio del diritto alla prova, implicava che le attività d'indagine non potessero essere utilizzate neanche nella fase delle indagini preliminari. L'esistenza di forti limitazioni in capo al difensore trovava ulteriore conferma nell'impossibilità di procedere a qualsiasi attività di documentazione delle operazioni svolte⁴.

Questa disciplina, duramente criticata, è stata oggetto di numerose modifiche legislative. Un primo

²Sul tema N. Triggiani, *Investigazioni difensive*, in A. Scalfati (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 495 e ss.; L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale*, Milano, Giuffrè, 2005.

³A. De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3198 ss.; L. Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, in M. Ferraioli (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 220.

⁴Qualora la difesa fosse riuscita ad inserire l'informazione scritta nel fascicolo del pubblico ministero, era escluso che quest'ultima potesse essere usata a fini contestativi, trattandosi di dichiarazioni non rese direttamente al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. L'unica eccezione era stata individuata nella prassi: la possibilità di utilizzazione dei risultati dell'indagine investigativa difensiva in sede di riesame, ove le dichiarazioni scritte rilasciate alla difesa erano considerate elementi dai quali poter dedurre fatti e circostanze utili in ordine alla decisione sulla custodia cautelare in carcere. Erano evidenti i limitati spazi operativi concessi alla difesa la cui attività per poter avere un qualche rilievo nel processo necessitava di un intervento da parte dell'autorità giudiziaria. Si veda anche F. Siracusano, *Investigazioni difensive*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 498 ss.

salto di qualità è stato fatto con la novella introdotta dalla l. n. 332 del 1995 tramite la quale sono state ampliate le possibilità del difensore, al fine di creare maggiore equilibrio tra le parti; ci si prefigurava l'obiettivo di scardinare il vecchio sistema secondo cui l'attività del difensore era un mero presupposto per l'esercizio di un potere di istanza. Tuttavia, la riforma è apparsa debole sotto più punti di vista: in primo luogo il legislatore, anziché ridefinire i poteri del pubblico ministero aveva esteso quelli del patrocinatore legale, fino al punto di costruire la figura del c.d. «difensore-istruttore⁵»; in secondo luogo, la disciplina nulla disponeva in tema di documentazione dell'attività investigativa volta a cristallizzare i dati raccolti in sede di indagini e necessaria per il loro impiego processuale.

Importanti cambiamenti, volti ad incidere efficacemente sulla disciplina delle indagini difensive, sono stati apportati solo a partire dal 1996 con due diverse disegni di legge grazie ai quali si è poi giunti alla l. n. 397 del 2000.

Il disegno di legge n. 850 del 1996 ha tentato di colmare il vuoto legislativo in tema di forme, limiti e documentazione dell'attività investigativa della difesa, riconoscendo «il diritto di documentare tale attività» e consentendo che la stessa avesse «collocazione e spazio nel procedimento»⁶; è stata prospettata l'introduzione di due nuove norme riguardanti l'una l'attività investigativa della difesa (art. 103-bis c.p.p.), l'altra la loro documentazione (art. 103-ter c.p.p.); nelle disposizioni di attuazione venivano poi disciplinate le modalità dell'indagine (art. 38) e particolari forme di documentazione (art. 38-bis⁷). Queste ultime si realizzavano mediante la redazione di una dichiarazione autografa e sottoscritta dal dichiarante, ovvero per mezzo di registrazione e trascrizione, con mezzi meccanici; al difensore spettava il compito di autenticare le sottoscrizioni del dichiarante e delle altre parti eventualmente intervenute. Rispettate queste regole, gli elementi raccolti dalla difesa erano utilizzabili previo deposito di quanto documentato nella segreteria del pubblico ministero ed inserito nel fascicolo dello stesso.

Successivamente, è stato presentato il disegno di legge 2774 del 1996 con due obiettivi, da un lato quello di assicurare alla difesa «la possibilità di svolgere investigazioni, utilizzandone il risultato»⁸, dall'altro quello di salvaguardare l'attività difensiva dall'intervento del pubblico ministero, prevedendo meccanismi di tutela del segreto. Il difensore doveva essere un diretto interlocutore del giudice. Furono individuate diverse tipologie di atti con i quali la difesa poteva assumere informazioni: il colloquio informale, per il quale era esclusa ogni forma documentativa e la dichiarazione per cui era prevista una specifica forma di documentazione per poter essere utilizzata nel corso del processo. Inoltre, era riconosciuta la possibilità al difensore, dopo aver rivolto i relativi avvertimenti, di chiedere alle persone in grado di riferire circostanze utili di rilasciare una dichiarazione scritta. In ordine all'utilizzabilità dei risultati delle indagini difensive il disegno di legge prevedeva la possibilità di presentare quanto documentato sia nel corso dell'udienza preliminare, sia durante le indagini nell'ipotesi in cui il giudice avesse dovuto adottare una decisione con l'intervento della persona interessata. Dopo l'inserimento della documentazione nel fascicolo del pubblico ministero, le dichiarazioni potevano essere utilizzate per fini contestativi.

Il dibattito parlamentare, il cui pregio è stato quello di gettare solide fondamenta per le investigazioni difensive, è durato a lungo.

Un primo importante e significativo cambiamento è stato quello di voler trasferire l'intera disciplina delle investigazioni difensive dalle norme attuative al codice di rito, superando quel riflesso di margi-

⁵L. Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., p. 224.

⁶Relazione al disegno di legge n. 850 del 1996, presentato dagli On. Anedda, Neri, Fragalà, Marino e Simeone alla camera dei deputati il maggio 1996.

⁷È utile evidenziare che l'art. 38-bis disp. att. non disciplinava la documentazione della dichiarazione in sé, in quanto atto già formato al momento della consegna al difensore, ma regolava le modalità di autenticazione della sottoscrizione e di formazione dell'atto, attraverso la quale si accertava la materiale esistenza della dichiarazione scritta, il momento della sua consegna al difensore ed i fatti che riguardava. Dalla relazione al disegno di legge emergeva la volontà di semplificare il meccanismo di documentazione, affidando la formazione di ciascun atto al difensore per evitare l'intervento di terzi qualificati. Erano previsti due atti distinti: la dichiarazione scritta e la relazione. La prima costituiva atto del soggetto dichiarante e poteva essere formata direttamente dalla persona informata su richiesta del difensore il quale procedeva all'autenticazione dell'atto; la seconda, invece, doveva essere necessariamente redatta da quest'ultimo e contenere l'indicazione dei dati formali, delle circostanze su cui verteva e degli avvertimenti rivolti. L. Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., p. 228.

⁸Relazione al disegno di legge n. 2774 presentato dal Ministro della giustizia alla Camera dei deputati il 27 novembre 1996.

nalità circa il ruolo investigativo della difesa⁹. Inoltre, trovava conferma la previsione secondo cui il difensore, o un suo sostituto, erano chiamati ad autenticare la dichiarazione scritta di un narrante rilasciata previa relazione a contenuto obbligatorio. Si voleva infatti evitare che al difensore fossero riconosciuti autonomi poteri di documentare contenuti narrativi e l'autenticazione di un atto scritto costituiva semplice garanzia del fatto storico che questo era stato rilasciato all'avvocato e non anche del suo contenuto. La circostanza che non fossero state previste specifiche norme in ordine ai poteri di documentare un atto investigativo trovava fondamento nella volontà di non riconoscere al difensore la funzione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. In sede di approvazione del testo in Assemblea, veniva anche precisato che la dichiarazione richiesta dalla difesa dovesse sempre essere sottoscritta dal dichiarante, in maniera di attribuire a questi la responsabilità di quanto affermato.

In un secondo tempo del percorso legislativo, fu delineata anche la documentazione dell'attività investigativa del difensore. La novità principale consisteva nell'introduzione di un nuovo *modus operandi* di carattere generale volto ad acquisire notizie dal colloquio con la persona informata sui fatti senza alcuna necessità di documentazione; al c.d. "colloquio informale" erano legittimati, oltre che il difensore o un suo sostituto, anche l'investigatore privato autorizzato o il consulente tecnico. Solo al termine dell'*iter* legislativo emersero le proposte di istituire tre diversi modelli di documentazione: il colloquio informale, l'intervista e il rilascio di una dichiarazione scritta.

Ed ecco che il complesso delle proposte ha portato all'approvazione della l. 7 dicembre 2000, n. 397 che, in modo organico, ha ridefinito l'ambito operativo dell'attività investigativa della difesa non più subordinata a quell'iniziale vincolo di strumentalità con l'opera d'indagine del pubblico ministero. D'altro canto, non è casuale la collocazione dell'art. 327-bis c.p.p. – norma cardine della disciplina sulle indagini investigative enunciante il fondamentale principio di libertà investigativa in funzione di obiettivi legati alla tutela della parte privata coinvolta nel processo penale – tra le norme che definiscono il diritto/potere d'indagine¹⁰. La volontà legislativa è chiara: voler assicurare alla norma fondamentale, in tema di investigazioni difensive, una posizione di pari dignità rispetto agli artt. 326 e 327 c.p.p.¹¹

LE MOTIVAZIONI DELLA CORTE

La decisione, come già ricordato, si fonda sul ruolo e sulla qualificazione giuridica attribuiti al difensore nell'ambito delle investigazioni difensive.

La Corte, facendo propria la posizione assunta dalle Sezioni Unite¹², aderisce alle tesi secondo cui il difensore, in sede di attività d'indagine, acquista la qualifica di pubblico ufficiale e, pertanto, l'atto da lui redatto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero.

⁹ L. Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., p. 230; anche L. Suraci, *Le indagini difensive*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 62

¹⁰ Sul punto anche A. Di Maio, *Le indagini investigative. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, Cedam, 2001, p. 173, per il quale «si è voluto, in tal modo, creare, anche sotto il profilo della collocazione sistematica, una sorta di parallelismo ideale tra le parti ed in specie, tra la pubblica accusa e la difesa» e A. De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, cit., p. 3219; L. Suraci, *Le indagini difensive*, cit., p. 62.

¹¹ Si è abbandonata l'idea di un difensore la cui attività era subordinata all'agire dell'autorità giudiziaria, per andare verso la «figura del difensore quasi come altro organo di indagine chiamato così a svolgere non un'attività solo passivamente difensiva, ma nel ruolo di obiettivo ricercatore di materiale probatorio destinato a confluire nel corpo delle indagini preliminari e, come queste, proiettabile nelle evoluzioni successive del processo» G. Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 91; si veda anche N. Triggiani, *La L. 7 dicembre 2000, n. 397 («disposizioni in materia di indagini difensive»): prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2273.

¹² Cass. sez. un., 27 giugno 2006, n. 32009. La V sezione penale, rilevato l'accesso dibattito in ordine al tema della possibile qualificazione come pubblico ufficiale del difensore che redige il verbale di dichiarazioni raccolte, in sede di investigazioni difensive, ai sensi degli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p., temendo possibili contrasti giurisprudenziali, rimetteva la decisione alle Sezioni Unite, ex art. 618 c.p.p. La decisione delle Sezioni unite ha affrontato due questioni: quella concernente la possibilità di qualificare il difensore quale pubblico ufficiale allorché esercita la facoltà, attribuitagli dagli artt. 391 bis ss. c.p.p., di redigere e fare uso del verbale delle informazioni investigative, nonché quella relativa alla possibilità di configurare il reato di falso ideologico in atto pubblico nel caso di verbalizzazione infedele da parte dello stesso difensore. Tale impostazione è stata ribadita anche recentemente, si veda, tra le altre, Cass., sez. V, 20 settembre 2016, n. 7615.

Nonostante l'art. 359 c.p. definisca il professionista forense come persona esercente un servizio di pubblica necessità, tuttavia la Corte sostiene che l'aggancio normativo per qualificare l'avvocato, in quella sede, come pubblico ufficiale risiede nella *ratio* della l. n. 397 del 2000 che ha potenziato il ruolo del difensore attraverso una disciplina organica delle indagini e la tipizzazione degli atti dallo stesso espletabili; un esempio specifico sarebbe costituito dall'art. 391-*decies* c.p.p. che statuisce l'utilizzazione della documentazione delle indagini difensive e offre la possibilità di usare le dichiarazioni, rese dalla persona informata sui fatti, per le contestazioni *ex art.* 500 c.p.p. oltre che per le letture *ex artt.* 512 e 513 c.p.p.

In tema di documentazione la Corte ribadisce che non può essere messo in dubbio né l'obbligo del difensore di fedeltà nella verbalizzazione, né il dovere di documentare le dichiarazioni assunte in forma integrale, che trovano la loro fonte nella disciplina delle attività difensive. I giudici di legittimità definiscono tali obblighi come «*funzionali allo scopo di attribuire all'indagine difensiva la stessa valenza probatoria dell'attività del p.m.*». L'esistenza di questi obblighi sarebbe inoltre comprovata dalla previsione dell'art. 371 c.p. il quale impone alla persona informata sui fatti, sentita dal difensore, il dovere di dire il vero; tale norma non troverebbe la sua ragion d'essere se al difensore fosse riconosciuta la possibilità di non riportare in modo completo e fedele quanto da terzi dichiarato.

Tuttavia, perché possa riconoscersi la veste di pubblico ufficiale al difensore, a parere della Corte, non è neanche necessario argomentare sulla parità dei doveri e dei poteri tra la difesa e pubblico ministero. Infatti, seppur il difensore opera al solo fine di ricercare elementi utili e favorevoli al proprio assistito, ciò non toglie che non debba in alcun modo manipolare e/o selezionare le informazioni ricevute. Tale limite alla libertà dell'avvocato non lede in alcun modo la tutela difensiva per due ordini di ragione: in primo luogo, lo stesso può sempre scegliere se utilizzare o meno gli atti contenenti elementi sfavorevoli per il cliente; in secondo luogo, il legislatore ha previsto diverse modalità con cui il difensore può acquisire dichiarazioni dalle persone informate sui fatti. La Corte, a riprova dei limiti che operano sull'attività difensiva, sottolinea come, in realtà, il mancato utilizzo dell'atto non comporti che questo possa essere distrutto.

Ed ecco che, come anticipato, stabilito che, in sede di raccolta delle dichiarazioni, egli ricopre la qualifica di pubblico ufficiale, la validità del verbale in sede di raccolta delle dichiarazioni va valutato alla stregua dell'art. 142 c.p.p.¹³; cosicché, anche quando i singoli fogli del verbale non sono sottoscritti dai soggetti che vi hanno preso parte (art. 137 c.p.p.) la documentazione difensiva non dovrà considerarsi affetta da patologie e dunque pienamente utilizzabile: è nullo il verbale solo qualora emerga l'incertezza assoluta delle persone intervenute o manchi la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto. Una norma, quest'ultima, non suscettibile di un'applicazione estensiva.

LA QUALIFICA DI PUBBLICO UFFICIALE E LE CRITICHE DELLA DOTTRINA

La sentenza in commento, come già anticipato, muove dal percorso già tracciato dalle Sezioni Unite nel 2006, le quali sono state chiamate a pronunciarsi su due questioni, ritenute fonti di possibili contrasti giurisprudenziali: la possibilità di qualificare il difensore come pubblico ufficiale in sede di documentazione degli atti ai sensi degli artt. 391 bis e ss. c.p.p., nonché la conseguente possibilità di configurare il reato di falso ideologico in atto pubblico nel caso di verbalizzazione infedele da parte dello stesso difensore. I Giudici di legittimità, facendo leva sul tessuto normativo in cui si inserisce l'attività investigativa della difesa, hanno sostenuto tale possibilità sancendo che «*Integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico (art. 479 cod. pen.) la condotta del difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzate in modo incompleto o non fedele, in quanto l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero*»¹⁴.

¹³ Operando in materia di nullità il principio di tassatività *ex art.* 177 c.p.p., la stessa può essere dichiarata, a norma dell'art. 142 c.p.p., solo se vi è assoluta incertezza circa le persone intervenute e se manca la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto. Nell'ipotesi prevista dal suddetto articolo la nullità non ha carattere assoluto bensì relativo, con il conseguente onere della parte di eccepirlo immediatamente dopo il compimento dell'atto, quando vi assiste, o, al massimo, con l'impugnazione della sentenza emessa al termine del giudizio in cui si è verificata. K. Mambrucchi, *sub art.* 142 c.p.p., in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, Vol. I, Torino, Utet, 2008, p. 142.

¹⁴ *Contra* Cass., sez. II, 20 gennaio 2011, n. 6524, in *Cass. pen.*, 2012, p. 196.

Da questo orientamento giurisprudenziale ha preso le distanze la dottrina maggioritaria¹⁵ che, fin fa subito, si mostrata contraria alla possibilità di qualificare il difensore quale pubblico ufficiale anche solo limitatamente al contesto delle indagini investigative. Tale dissenso prende le mosse dalla convinzione che la difesa non possa essere equiparata al pubblico ministero in virtù delle diverse funzioni svolte¹⁶.

Ciò emerge dalle seguenti disposizioni del codice penale e del codice di rito.

In primo luogo, l'art. 327-bis c.p.p. limita l'attività investigativa sotto il profilo teleologico. Le "finalità stabilite nel titolo VI" del V libro del codice, di cui parla, consistono nello scopo di difendere il proprio assistito in un procedimento penale, già iniziato o che potrebbe iniziare. Il fine perseguito è dichiaratamente di parte e la sua natura è rafforzata dalla previsione del divieto di compiere atti ad esso contrari, nonché dalla previsione di tale dovere, sancito sia da norme di diritto penale (artt. 308 e 381 c.p.), sia da norme di carattere disciplinare (art. 7 codice deontologico).

In secondo luogo, l'inserimento dell'art. 371-ter c.p.p., che punisce chi rende false dichiarazioni al difensore, a seguito della 397/2000, tra i reati contro l'amministrazione della giustizia non è circostanza sufficiente per sostenere l'esistenza di un parallelismo tra pubblico ministero e difesa¹⁷. Così non è. Il difensore, sulla base di una valutazione soggettiva di opportunità, è libero di decidere se produrre o meno gli atti, a differenza del pubblico ministero sul quale, al contrario, grava (ex art. 416 comma 2 c.p.p.) l'obbligo di trasmettere al giudice tutta la documentazione acquisita nel corso delle indagini svolte. Alla luce dei diversi ruoli deve trarsi la conclusione che il suddetto articolo non sia volto alla tutela dell'amministrazione della giustizia in senso stretto, ma al diritto di difesa nello svolgimento delle attività difensive.

Ulteriore conferma si rinviene nella disposizione dell'art. 334-bis c.p.p. secondo cui «il difensore e gli altri soggetti di cui all'art. 391 bis non hanno l'obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte». Autorevole dottrina sostiene che tale norma non fa altro che confermare l'assenza di un obbligo di denuncia in capo al difensore e che, in nessun modo, la stessa potrebbe costituire un'ipotesi di deroga. L'avverbio "neppure" ha un significato ben preciso: sottolinea l'inesistenza di un obbligo di denuncia di cui il difensore in nessun caso è gravato, neanche nel corso delle indagini investigative. Inoltre, ciò trova conferma indiretta nella previsione di cui all'art. 365 c.p. nel quale, al contrario, è fatta espressa menzione dell'obbligo di referto in capo ai soggetti esercenti una professione sanitaria, se trattasi di reato perseguibile d'ufficio. È evidente, dunque, che il legislatore abbia provveduto a derogare alla norma generale con una norma ad hoc, non applicabile anche ad altri soggetti. Dunque, un'altra disposizione che non permette una lettura in chiave pubblicistica del ruolo del difensore¹⁸.

¹⁵ Tra i tanti S. Lorusso, *Indagini difensive*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 495; P. Ventura, *Le indagini difensiva e qualifica giuridica del difensore*, in *Dir. pen. proc.* 2006, p. 221. Non appare opportuna la qualificazione del difensore quale pubblico ufficiale in virtù del ruolo ricoperto in un processo di parti. Se fosse considerato tale, sarebbe tenuto a collaborare con l'autorità giudiziaria, il che si porrebbe in conflitto con una piena esplicazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, «rievocando una concezione superata della difesa tipica – come detto – dei modelli processuali di stampo inquisitorio invalsi negli stati autoritari». Ed anche P. Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2003, p. 210, il quale ritiene valide le conclusioni a cui è prevenuta la Corte di Cassazione, statuendo che «il difensore allorché esercita il proprio ministero non riveste né la qualifica di pubblico ufficiale né quella di incaricato di pubblico servizio, bensì quella di esercente un servizio di pubblica necessità, atteso che il suo ruolo nel procedimento, nonostante i rilevanti aspetti pubblicistici che lo circondano, attiene essenzialmente alla cura ed alla tutela degli interessi processuali dell'imputato o di altra parte privata» Cass. sez. VI, 29 maggio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 454; così S. Carnevale, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003, II, p. 1056; P. Ventura, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis– G. Voena, XXVII., Milano, Giuffrè, 2005, p. 201: l'impossibilità di attribuire al difensore la veste di pubblico ufficiale discende direttamente dagli artt. 2 e 111 della Costituzione in quanto garantiscono agli avvocati la massima libertà nello svolgimento della loro attività volte ad ottenere il provvedimento giurisdizionale più favorevole all'assistito.

¹⁶ A. De Caro, *La relazione tra pubblico ministero e difensore nell'architettura strutturale del processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 5, p. 2. Pubblico ministero e difensore non sono figure omologabili poiché diverse sono le prospettive e gli interessi perseguiti. Così anche F. M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 397.

¹⁷ A. Manna, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1278.

¹⁸ Così anche A. De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, cit., 2001, p. 3221; D. Fiordalisi, *L'avvocato e gli atti di investigazione difensiva*, in *Giust. Pen.*, 2012, p. 88.; F.M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine*, cit., p. 408; P. Ventura, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.* 2002, p. 899; 1. Di

Infine, la dottrina¹⁹ ritiene che non si possa trascurare quanto dispone l'art. 359 c. 1 c.p. che qualifica espressamente come esercente un servizio di pubblica necessità «i privati che esercitano professioni forensi»²⁰, né può essere in alcun modo condivisa la posizione della Corte secondo cui il difensore, in via generale, è un privato esercente un servizio di pubblica necessità, ma deve ritenersi che egli rediga un atto pubblico allorché proceda alla formazione del verbale ex artt. 391-bis e 391-ter c.p.p.²¹.

Esclusa la possibilità di qualificare il difensore quale pubblico ufficiale in virtù di un generale riconoscimento, la dottrina ha tentato di capire se tale veste possa essere riconosciuta solo in relazione al valore specifico di determinati atti in sede di investigazioni difensive²². Il punto nevralgico è il potere di documentare l'attività. Sul punto la dottrina continua ad essere divisa. Una parte sostiene che non possa assumere tale *status* neanche quando documenta gli esiti della sua indagine²³. Altri, invece, sostengono che il difensore verbalizzante sia pubblico ufficiale perché esercita una pubblica funzione certificativa²⁴.

L'art. 391-bis c.p.p. prevede diverse modalità attraverso le quali il difensore può venire a conoscenza di informazioni utili per il suo assistito: il colloquio non documentato, la dichiarazione scritta e la c.d. intervista. L'art. 391-ter c.p.p. disciplina la documentazione degli atti a contenuto dichiarativo con esclusione – naturalmente – del colloquio informale per il quale il legislatore non ha previsto alcuna forma documentativa. La dichiarazione scritta dev'essere firmata dal dichiarante e il difensore deve attestare la paternità della sottoscrizione²⁵ e redigere una relazione che dovrà essere allegata. Per quanto concerne, invece, le

contrario avviso invece M. Ruvo, *Investigazioni difensive e prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 1/2012, p. 23; G. Ladecola, *Controllo e responsabilità dell'avvocato in materia di indagini difensive*, in *Giur. merito*, 2003, p. 397 e ss. secondo il quale, invece, la disposizione risulta indirettamente confermativa della veste pubblica del difensore, coesistendo in capo al medesimo sia la qualifica di esercente un servizio di pubblica necessità sia quella di pubblico ufficiale. A parere dell'autore, infatti, non appare illogico né contraddittorio che l'ordinamento preveda «un ruolo difensivo ordinariamente connotato di libertà e autonomia, indifferente a qualsiasi vincolo quanto agli atteggiamenti e alle scelte strategiche (...), che però, nel momento in cui il soggetto, divenuto egli stesso titolare di poteri di acquisizione della prova del fatto, sia chiamato, nel procedimento penale a compiti collaborativi più diretti con l'amministrazione della giustizia, venga ad assumere la dignità della funzione pubblica, con la correlativa responsabilità penale circa la veridicità dei costituiti raccolti e di quanto accertato e riferito.».

¹⁹ Tra i tanti A. De Caro, *Precorsi legislativi e poteri nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3221; S. Lorusso, *Indagini difensive*, cit., p. 495; L. Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 46; G. Ruggiero, *Compendio delle indagini difensive*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 135.

²⁰ Così E. Amodio, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1461, il quale sostiene che, anche a prescindere dal dato letterale dell'art. 359 c.p., ciò che inquadra i privati professionisti forensi tra le persone che esercitano un servizio di pubblica necessità è, soprattutto, la totale mancanza di poteri autoritativi nella raccolta di informazioni.

²¹ Sul punto F. M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine*, cit., p. 400. La volontà di evitare la trasformazione del difensore in pubblico ufficiale emerge sia dal parziale rinvio alle norme sulla verbalizzazione previste per gli organi pubblici, sintomo – a parere dell'autore – di una negazione implicita del «*ruolo pubblico al patrocinatore*»; sia dall'assenza di norme penali che sanzionino penalmente il difensore che crei una dichiarazione falsa, mentre esistono norme applicabili alle falsità ideologiche e materiali commesse dal pubblico ministero come pubblico ufficiale. Si veda anche F. Cerqua-M. Pellicani, *Quale qualifica per il difensore investigatore?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 609 ss.; L. Ravagnan, *Difensore pubblico ufficiale? «Il difensore non è mai P.U. quando raccoglie la prova»*, in *Riv. Pen.*, 2006; F. Ruggiero, *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 73, sostiene che, pur essendoci una reale e rilevante differenza tra l'attività investigativa e quella di documentazione, tuttavia, non può dimenticarsi che entrambe sono pur sempre riferite ad un soggetto qualificato dalla legge quale esercente un servizio di pubblica necessità.

²² E. Lorenzetto, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1225 ss.

²³ Tra i tanti E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 486 ss.; F.M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine*, cit., pp. 401 e 402; P. Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002, p. 209; G. Paolozzi, *Indagini difensive*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura ipertestuale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 3493; L. Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 46; P. Ventura, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.* 2002, p. 898.

²⁴ S. Carnevale, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003, II, 1056; S. Del Corso, *Uno "spettro" si aggira nel palazzo di giustizia, l'avvocato pubblico ufficiale*, in *Studi in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, p. 221; secondo E. Zaffalon, *In tema di documentazione delle indagini difensive e il difensore è pubblico ufficiale*, in *Giust. pen.*, 2001, III, p. 669 e ss.: l'attività di documentazione del difensore è riconducibile all'esercizio di una pubblica funzione "giudiziaria".

²⁵ Con riguardo all'autentica di firma, si è parlato più volte di atto pubblico e, di conseguenza, della qualità di pubblico ufficiale del difensore che la compie. Tuttavia, appare chiaro che questa, seppur riferita alla dichiarazione e non solo alla sottoscrizione, concerne la provenienza dal soggetto, ovvero attesta che si sia verificato il fatto storico e non anche la veridicità dei contenuti, della quale il difensore non è assolutamente responsabile. F. Bernardi, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 217 ss.; sostiene tale tesi anche F. M. Grifantini, *Tutti i nodi ven-*

informazioni dell'informato, il legislatore ha disposto la documentazione rinviando alle disposizioni contenute nel titolo III del libro II del codice di rito (artt. 134 ss. c.p.p.)²⁶, «norme alle quali è estraneo qualsiasi richiamo alla necessità della autenticazione e al carattere fidefacente dell'atto documentativo»²⁷.

Tale documentazione si limita ad attestare il fatto storico dell'avvenuta dichiarazione, assicurando la riconducibilità di quell'atto alla persona che l'ha rilasciata e non anche a garantire la corrispondenza al vero dei suoi contenuti²⁸. Inoltre, a rafforzare la posizione della dottrina il mancato riconoscimento in capo alla difesa di poteri autoritativi, necessari affinché possa qualificarsi l'atto compiuto come atto pubblico in senso stretto²⁹.

La prevalente letteratura, in sintesi, esclude che, in via generale, possa essere riconosciuta la qualifica di pubblico ufficiale la difensore e altresì che la stessa gli sia riconosciuta in virtù delle funzioni svolte, in particolare quando opera ex art. 391-bis c.p.p., ritenendo che «non può essere l'uso processuale il momento qualificante per l'attribuzione al verbale della qualità di atto pubblico, posto che se così fosse anche tutti i documenti prodotti ex art. 234 c.p.p. dovrebbero automaticamente acquisire l'anzidetta qualità»³⁰.

CONSIDERAZIONI FINALI

Alla luce di quanto fin ora detto, qualificare o meno il difensore come pubblico ufficiale risulterebbe determinante per individuare il regime di utilizzabilità degli atti raccolti nel corso delle indagini difensive privi della sottoscrizione in ogni foglio del relativo verbale. Due sembrerebbero essere le strade percorribili: o, come dice la Suprema Corte nella decisione in esame, si attribuisce tale veste giuridica al professionista, applicando le norme previste per la documentazione degli atti secondo le quali un verbale non sottoscritto in ogni suo foglio non pregiudica la sua validità (142 c.p.p.); oppure si nega la suddetta qualifica, assoggettando la documentazione raccolta dalla difesa alla disciplina risultante dal combinato disposto degli artt. 391-bis, comma 6, c.p.p. e 391-ter, comma 2, c.p.p.

Seppur trattasi di decisione condivisibile negli esiti, quanto al corretto inquadramento nella mera irregolarità formale del difetto di sottoscrizione del verbale in ogni suo foglio, tuttavia le motivazioni della Corte non convincono del tutto. In particolare, manifesta debolezza il postulato secondo cui si riafferma la qualità di pubblico ufficiale in capo al difensore verbalizzante, nell'ottica di una concezione "statalista" del ruolo³¹. Non si comprende, infatti, perché la soluzione del problema debba ruotare at-

gono al pettine, cit., p. 408. Contra F. Cerqua-M. Pellicani, *Lo status del difensore nello svolgimento delle indagini difensive: pubblico ufficiale o persona esercente un servizio di pubblica necessità*, in *Giur. Merito*, 2004, p. 1189 ss. i quali condividono l'orientamento di quella parte della dottrina che attribuisce al difensore i poteri certificativi del pubblico ufficiale limitatamente al momento in cui questi operi ai sensi degli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p.

²⁶ Conseguentemente, in linea generale, è riconosciuta la possibilità al difensore di redigere il verbale in forma integrale o riassuntiva, ex art. 134, comma 2, c.p.p., in base a ciò che riterrà opportuno. Tuttavia, l'art. 13 de "Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", dell'Unione delle Camere penali italiane, suggerisce agli avvocati la documentazione in forma integrale delle informazioni assunte dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis c.p.p. S. Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., p. 531.

²⁷ M. Vessichelli, *Investigazioni difensive e falsità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3992. Ed anche le interessanti considerazioni di A. Valini, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 359-360.

²⁸ M. L. Di Bitonto, *Investigazioni difensive: commento agli artt. da 391 ter c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, V, Giuffrè, Milano, 2003, p. 729. E così anche C. Longobardo, *Indagini difensive e difensore come pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 7; P. Ventura, *Le indagini difensive e qualifica giuridica del difensore*, cit., p. 222; P. Ventura, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti-G. Voena, XXVII, Milano, Giuffrè, 2005, p. 137.

²⁹ D. Fiordalisi, *L'avvocato e gli atti d'investigazione difensiva*, cit., p. 94. Secondo questo autore, gli atti dell'esercente un servizio di pubblica necessità non diventano atti pubblici del pubblico ufficiale, solo perché vi è una disciplina normativa della loro formazione, ma rimangono «scritture private particolarmente qualificate dalla specifica competenza professionale del soggetto-autore (...); l'ordinamento ne tutela comunque la veridicità, perché li considera forme di certificazione, che toccano di riflesso un interesse pubblico (...)». Dello stesso avviso anche L. Ravagnan, *Difensore pubblico ufficiale? «Il difensore non è mai P.U. quando raccoglie la prova»*, cit., p. 3. Secondo l'autore, infatti, il difensore non ha potere autoritativo né certificativo, poiché non necessario.

³⁰ M. Vessichelli, *Investigazioni difensive e falsità*, cit., p. 3993.

³¹ Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 32009 del 2006, per attribuire la natura di atto pubblico ai verbali delle investigazioni difensive, evocano la c.d. "concezione funzionale oggettiva" dell'attività del pubblico ufficiale, ritenendo che un atto sia tale

torno alla qualificazione giuridica dell'avvocato e non alle norme del codice di rito chiamate in causa, le quali ben potrebbero offrire una più semplice soluzione.

È bene nuovamente sottolineare che le disposizioni di cui al titolo III del libro II del codice di rito, disciplinano la documentazione degli atti e, in particolare, il verbale redatto dal pubblico ministero o dai suoi ausiliari. Con la riforma del codice, il legislatore, anche in tale ambito, ha optato per un minore rigore formale, sulla scia di quella tendenza antiformalistica che aveva animato l'interpretazione della corrispondente normativa del codice abrogato. In particolar modo si è ristretto il campo delle cause di invalidità del verbale alla sola nullità prevista *ex art. 142 c.p.p.*, prevedendo due ipotesi: assoluta incertezza delle persone intervenute e mancata sottoscrizione del verbale da parte del pubblico ufficiale. Ne deriva che, in conformità al principio di tassatività delle nullità ai sensi dell'*art. 177 c.p.p.*, non consegue nessuna sanzione ad altre violazioni formali: pertanto, la mancata sottoscrizione alla fine di ogni foglio, pur contemplata dall'*art. 137 c.p.p.*, costituisce una mera irregolarità. In quest'ottica, la sottoscrizione delle persone intervenute è processualmente irrilevante a prescindere dal fatto che manchi del tutto o soltanto in alcune delle parti del verbale, mentre quella del pubblico ufficiale che ha redatto il verbale rileva ai fini della validità dell'atto ed è sufficiente che sia apposta in calce all'ultima pagina e non anche alla fine di ogni foglio.

In tema di documentazione degli atti in sede di attività difensiva, il legislatore rinvia a tutte le norme contemplate dal titolo III del libro secondo, in quanto applicabili (*art. 391-ter*, comma 2, *c.p.p.*) e, come detto in premessa, sembra prescrivere l'inutilizzabilità ad ogni piccola violazione formale. Tuttavia, è necessario notare che la tecnica di normazione utilizzata, ovvero il generale rimando alla disciplina della documentazione degli atti, non è casuale: «*si è voluto attribuire pari dignità formale ed eguale valore processuale agli atti compiuti dalla difesa rispetto a quelli posti in essere dall'autorità giudiziaria, e ciò non solo ai fini di assicurarne una omologa valenza intrinseca, ma anche in relazione alla successiva utilizzazione processuale*»³².

Il verbale di assunzione delle informazioni del difensore dovrebbe, dunque, essere redatto con le stesse modalità e, soprattutto, essere soggetto alle stesse sanzioni previste per quello confezionato dal pubblico ministero (o dai suoi ausiliari): non è coerente prevedere diverse fattispecie patologiche in relazione alla forma degli atti redatti, rispettivamente, dal pubblico ministero e dal difensore dinnanzi allo stesso tipo di difformità³³; la soluzione stride con la *ratio* della l. n. 397 del 2000, il cui fine principale è stato quello di dare pari dignità all'attività investigativa di accusa e difesa.

Tra l'altro, prevedendo per la difesa un'ipotesi di inutilizzabilità per una pluralità di casi di disfunzione formale nella stesura dei propri atti, quando le stesse ipotesi generano una mera irregolarità formale se realizzate dagli organi d'accusa, si darebbe luogo ad una irragionevole disparità di trattamento, non in linea con gli *artt. 24*, comma 2, e *111*, comma 2, *Cost.*³⁴.

Resta fermo, a fronte di una disciplina così articolata, che sarebbe necessario un intervento legislativo teso a definire il campo dell'inutilizzabilità (*art. 391-bis*, commi 2 e 6, *c.p.p.*) legata alle difformità della documentazione, ricollegandola a violazioni specifiche.

quando persegue una finalità di interesse pubblico in virtù di una disciplina normativa, anche se posto in essere da un soggetto privato. Assunto fortemente criticato dalla dottrina. Tra i tanti D. Fiordalisi, *L'avvocato e gli atti di investigazione difensiva*, cit., p. 91, il quale sostiene che, se si condividesse tale ragionamento, allora non ci sarebbe più spazio per l'attribuzione dell'esercente un servizio di pubblica necessità né per gli atti di quest'ultimo, soggetti – per di più – ad una disciplina autonoma. Di fatto, questi sicuramente mantengono una caratterizzazione di tipo pubblicistico ma distinta da quella riguardante l'attività di pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio.

³² Così N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 421; S. Carnevale, *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, cit., p. 1050.

³³ Sul punto M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2001, p. 13.

³⁴ G. Biscardi, *Art. 391-ter c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, G. Spangher (diretto da), Milanofiori Assa-go, 2013, p. 2086.

Conferma delle statuizioni civili ex art. 578 c.p.p. e ammissibilità della revisione

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 7 FEBBRAIO 2019, N. 6141 – PRES. CARCANO, REL. BELTRANI

È ammissibile, sia agli effetti penali che agli effetti civili, la revisione, richiesta ai sensi dell'art. 630, comma 1, lett. c) c.p.p., della sentenza del giudice di appello che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, in applicazione della disciplina dettata dall'art. 578 c.p.p., abbia prosciolto l'imputato per l'intervenuta prescrizione del reato e contestualmente confermato la sua condanna al risarcimento del danno nei confronti della parte civile.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. L.M., con istanza depositata in data 25 luglio 2017, ha chiesto la revisione della sentenza n. 589 del 19/02/2016 della Corte di appello di Genova (confermata dalla Quarta Sezione di questa Corte con sentenza n. 41964 del 18/01/2017), che aveva dichiarato estinto per prescrizione il reato di lesioni colpose ascrittogli, confermando le statuizioni civili disposte in primo grado, onde ottenere «il proscioglimento nel merito».

1.1. A sostegno dell'istanza, premessa l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza in ordine all'ammissibilità dell'istanza di revisione avente ad oggetto una sentenza meramente dichiarativa dell'estinzione del reato, con conferma della condanna alle statuizioni civili pronunciata in primo grado, ed argomentata la fondatezza del più recente orientamento, che ne sostiene l'ammissibilità, il L.M. ha indicato, come prove sopravvenute, e quindi "nuove", dichiarazioni che gli sarebbero state rese, «solo a seguito della conclusione della vicenda giudiziaria ordinaria, allorché [...] si è dovuto confrontare con i familiari per affrontare le conseguenze civilistiche della condanna al risarcimento dei danni», dalla moglie OMISSIS e dal figlio OMISSIS, i quali avevano asseritamente «conoscenza diretta della situazione e soprattutto erano in grado di confermare, per avere assistito ai colloqui telefonici anche in tal senso, che il direttore dei lavori, nonché responsabile della sicurezza del cantiere, R. aveva avuto contezza sin da subito della ripresa dei lavori nel cantiere, che il medesimo sapeva inoltre [...] che la botola non era stata messa in sicurezza».

1.2. Il L.M., pur avendo espressamente chiesto alla Corte d'appello la revoca delle sole statuizioni penali, non anche di quelle civili, ha evocato, nel corpo dell'istanza i pregiudizi asseritamente ricevuti dalla condanna alle statuizioni civili, che costituisce effetto diretto ed immediato della declaratoria di estinzione per prescrizione del reato.

2. La Corte d'appello, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ritenuta implicitamente l'ammissibilità in rito dell'istanza di revisione, l'ha dichiarata inammissibile nel merito.

3. Contro questo provvedimento, il L.M. 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.:

– violazione dell'art. 630, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.: ad avviso del ricorrente, in accordo con l'orientamento giurisprudenziale asseritamente ormai pacifico, "prova nuova", rilevante ai fini della revisione, non sarebbe solo quella «sopravvenuta o scoperta solo successivamente al passaggio in giudicato della sentenza», ma anche quella «che, pur esistendo al tempo del giudizio, non sarebbe stata portata alla cognizione del giudicante anche a prescindere dall'inerzia della parte»;

– violazione dell'art. 634 cod. proc. pen.: sarebbe indebita la valutazione operata in riferimento all'irrelevanza degli elementi invocati dall'istante, dovendo al contrario la Corte d'appello limitarsi,

secondo il ricorrente, a valutare – e nel caso di specie riconoscere – unicamente l'astratta ammissibilità della chiesta revisione, salvo il successivo esito in concreto del giudizio di merito.

4. Il ricorso è stato assegnato alla Quarta Sezione penale che ne ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., rilevando l'esistenza di un contrasto interpretativo in ordine all'ammissibilità dell'istanza di revisione proposta dall'imputato nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione, con conferma della condanna al risarcimento dei danni in favore della parte civile.

5. Con decreto del 6 luglio 2018, il Presidente Aggiunto, preso atto dell'esistenza e della rilevanza ai fini della decisione del contrasto giurisprudenziale ravvisato dall'ordinanza di rimessione, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione, con le forme previste dall'art. 611 cod. proc. pen., l'odierna udienza camerale.

6. Con requisitoria scritta pervenuta in data 5 ottobre 2018, il Sostituto Procuratore generale della Repubblica presso questa Corte ha concluso chiedendo dichiararsi inammissibile il ricorso.

Ha, in particolare, osservato che le "nuove prove" invocate dal L.M. sarebbero palesemente inidonee ad inficiare l'accertamento dei fatti posti alla base della sentenza di condanna, e che la relativa valutazione della Corte di appello si sottrae a censure in sede di legittimità perché fondata su motivazione adeguata e immune da vizi logici.

Con specifico riferimento alla questione controversa, ha evidenziato la pregnanza argomentativa dell'orientamento che ritiene l'inammissibilità della revisione in difetto di una sentenza di condanna pronunciata agli effetti penali, sottolineando che le Sezioni Unite, con la sentenza M., hanno già ammesso che l'imputato prosciolti per prescrizione possa presentare ricorso straordinario ex art. 625-bis cod. proc. pen. per far valere errori materiali inerenti alla condanna alle statuizioni civili disposte in sede penale, in considerazione del fatto che, ove l'azione di risarcimento danni fosse stata proposta in sede civile, in presenza di analoghi errori sarebbe stata ammessa la revocazione della sentenza civile, ed auspicando conclusivamente «ull'apertura interpretativa che tenga conto del peculiare contenuto – di affermazione della responsabilità – della sentenza emessa ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen.».

RITENUTO IN DIRITTO

1. La questione di diritto in ordine alla quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente:

"Se sia ammissibile la revisione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione che, decidendo anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, condanni l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile".

1.1. Il problema si pone sia agli effetti penali, in riferimento alla finalità di ottenere il proscioglimento nel merito, con formula più favorevole, ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen., sia agli effetti civili, in riferimento alla finalità di vedere caducate la statuizioni civili contestualmente confermate (od anche disposte ex novo) dalla sentenza di appello che abbia dichiarato l'estinzione del reato (nel caso in esame, per prescrizione).

2. In ordine alla questione controversa la giurisprudenza di questa Corte è divisa.

2.1. L'orientamento tradizionale, senz'altro dominante, ammette la revisione soltanto nei confronti di sentenze penali di condanna agli effetti penali, negandone l'ammissibilità (sia agli effetti penali che agli effetti civili) nei confronti delle sentenze che si siano limitate a dichiarare l'estinzione del reato, contestualmente confermando (o disponendo) le statuizioni civili.

In tal senso si è pronunciata Sez. 1, n. 1672 del 15/04/1992, Bonaceto, Rv. 190002, per la quale il mezzo d'impugnazione straordinario rappresentato dalla revisione è esperibile esclusivamente, per espressa volontà legislativa, nei confronti di sentenze (o decreti penali) di condanna, con esclusione delle sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere.

In seguito, Sez. 6, n. 4231 del 30/11/1992, dep. 1993, Melis, Rv. 193457 ha ribadito che la revisione è un mezzo (sia pur straordinario) di impugnazione, per il quale opera, quindi, il principio di tassatività, ex art. 568, comma 1, cod. proc. pen., con la conseguenza che, riguardando l'art. 629 cod. proc. pen. soltanto le sentenze di condanna, non possono ritenersi assoggettabili a revisione anche le sentenze che applichino l'amnistia; questa decisione precisò che tale principio vale anche quando la corte di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto, abbiano confermato le statuizioni civili della precedente sentenza, giacché anche in tal caso non si ha una condanna agli effetti penali.

L'orientamento è stato ulteriormente ribadito da Sez. 5, n. 15973 del 24/02/2004, Decio, Rv. 228763 (sempre valorizzando il principio di tassatività delle impugnazioni, e ritenendo conseguentemente la possibilità di chiedere la revisione unicamente di sentenze che abbiano pronunciato una condanna agli effetti penali) e da Sez. 5, n. 2393 del 02/12/2010, dep. 2011, Pavesi, Rv. 249781. Quest'ultima decisione, nel recepire l'orientamento all'epoca pacifico in giurisprudenza, ha anche valorizzato quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 129 del 16/04/2008, proprio in relazione al giudizio di revisione: «Il Giudice delle leggi ha, invero, ritenuto come il contrasto per il quale si legittimi e razionalmente si giustifichi la revisione, più che attenere alla diversa valutazione di una vicenda processuale in due diverse sedi della giurisdizione, abbia la ragion d'essere esclusivamente nella inconciliabilità di ricostruzioni alternative di un determinato accadimento della vita all'esito di due giudizi penali definiti con sentenze irrevocabili. Il che vale a confermare l'assunto, correttamente affermato nell'impugnata decisione, secondo il quale l'avvenuta conferma delle statuizioni civili, in presenza dell'avvenuta dichiarazione di estinzione dei reati per prescrizione, non costituisca affatto sentenza penale di condanna suscettibile di essere impugnata con lo straordinario rimedio della revisione».

Nel medesimo senso si è successivamente pronunciata anche Sez. 5, n. 24155 del 03/03/2011, Bernardelli, Rv. 250631 (le cui argomentazioni sono integralmente richiamate da Sez. 2, n. 8864 del 23/02/2016, Martelli), sempre valorizzando il carattere di mezzo straordinario d'impugnazione della revisione, in quanto tale esperibile esclusivamente nei confronti di sentenze o decreti penali di condanna, con esclusione delle sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere, ed osservando, inoltre, che la sopravvenuta dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. (Corte cost., sentenza n. 113 del 2011), per effetto della quale era stata introdotta una nuova fattispecie di revisione in riferimento alla possibile violazione della Convenzione EDU, «non induce ad alcun revirement con riferimento alla fattispecie ora in esame, dovendo trattarsi pur sempre di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna e non già di proscioglimento».

Più recentemente, l'orientamento è stato ribadito da due decisioni della Seconda Sezione, la n. 2656 del 09/11/2016, dep. 2017, Calabro, Rv. 269528, e la n. 53678 del 25/10/2017, Ricupati, Rv. 271367.

La sentenza Calabro ha ritenuto che la Relazione al Progetto preliminare ed al Testo definitivo del Codice di procedura penale vigente (nella quale si legge che l'utilizzo del termine "prosciolto" in luogo del riferimento all'assoluzione si spiega in considerazione del rinvio unitario alle disposizioni di legge che si riferiscono ad ogni forma di proscioglimento), l'espressa previsione dell'art. 629 cod. proc. pen. (a norma del quale la revisione è ammissibile «[...] anche se la pena è già eseguita o estinta») e l'insieme delle altre disposizioni che disciplinano l'istituto della revisione confermerebbero che la revisione sarebbe configurata dal codice di rito quale mezzo di impugnazione straordinario «preordinato al "proscioglimento" della persona già condannata in via definitiva».

La complessiva disciplina della revisione – diversamente da quella dettata in tema di ricorso straordinario per errore di fatto (in relazione alla quale soltanto le Sezioni Unite, con la sentenza M., hanno esteso la legittimazione attiva anche all'imputato condannato ai soli effetti civili) – sarebbe, pertanto, incompatibile con l'estensione della legittimazione attiva in tema di revisione al condannato ai soli effetti civili, come sarebbe stato già chiarito dalle stesse Sezioni Unite, con la sentenza n. 6 del 25/03/1998, Giangrosso, Rv. 210872; le Sezioni Unite, inoltre, con la sentenza n. 28719 del 21/06/2012, M., Rv. 252695, avrebbero ricollegato l'ammissibilità del ricorso straordinario in favore del soggetto condannato solo agli effetti civili unicamente all'oggettiva insussistenza di elementi di segno contrario rinvenibili nella "complessiva" disciplina dell'istituto del ricorso straordinario, al contrario ravvisabili, secondo la sentenza Calabro, nella "complessiva" disciplina dell'istituto della revisione.

Anche la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 113 del 2011) avrebbe, sia pur indirettamente, confermato la correttezza dell'orientamento sostenuto, osservando che la revisione «risulta strutturata in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata: obiettivo, che si trova immediatamente espresso come oggetto del giudizio prognostico circa l'idoneità dimostrativa degli elementi posti a base della domanda di revisione, che l'art. 631 cod. proc. pen. eleva a condizione di ammissibilità della domanda stessa»; sarebbe stato, in tal modo, definitivamente chiarito che, nella sua originaria previsione, la revisione presuppone la necessaria allegazione di elementi idonei a fondare una pronuncia di proscioglimento.

La sentenza Ricupati ha valorizzato la nozione sostanzialistica di "sentenza di condanna" elaborata dalla Corte EDU e recepita dalla Corte costituzionale (sentenze n. 85 del 2008, n. 239 del 2009 e n. 49 del 2015), al cui ambito non sarebbe riconducibile la sentenza di proscioglimento per prescrizione con conferma delle

statuizioni civili, perché da essa non consegue alcun effetto di natura sanzionatoria o comunque latamente penalistica. Ha, inoltre, ritenuto che la sentenza delle Sezioni Unite n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269788-91 (per la quale «il ricorso straordinario di cui all'art. 625-bis cod. proc. pen. può essere proposto dal condannato anche per la correzione dell'errore di fatto contenuto nella sentenza con cui la Corte di cassazione dichiara inammissibile o rigetta il ricorso contro la decisione della Corte d'appello che, a sua volta, abbia dichiarato inammissibile ovvero rigettato la richiesta di revisione dello stesso condannato») non solo non corrobora l'orientamento minoritario, ma, al contrario, conferma quello dominante; né potrebbe trarsi argomento a sostegno dell'orientamento minoritario dalla sentenza M., poiché la sua ratio decidendi – ravvisata nell'esigenza di colmare una lacuna al fine di evitare la disparità di trattamento fra quanto previsto in sede civile e quanto stabilito in sede penale – non potrebbe essere estesa alla revisione. Non potrebbe, infine, obiettarsi che il prosciolto non avrebbe altro modo per rimediare ad una sentenza “ingiusta” che lo pregiudichi sia pure sotto solo il profilo civilistico, essendo costretto a “subire” l'insindacabile scelta processuale della persona offesa che, invece di far valere le proprie ragioni in sede civile, preferisca tutelarle nel processo penale costituendosi parte civile, potendo a tale obiezione replicarsi che «l'eventuale declaratoria di prescrizione è la conseguenza di una precisa scelta processuale dell'Imputato che, pur avendo interesse ad ottenere una sentenza di merito, non ritenga di rinunciare alla prescrizione. Infatti, laddove l'imputato rinunci alla prescrizione, potrebbe conseguire un duplice risultato: nel caso di assoluzione (per insussistenza del fatto e per non averlo commesso), anche le pretese della parte civile sarebbero respinte; in caso di condanna, invece, avrebbe la possibilità, in presenza dei requisiti di legge, di promuovere istanza di revisione e, conseguentemente, travolgere, in caso di accoglimento, anche le statuizioni civili».

2.2. L'orientamento in precedenza assolutamente dominante è stato contrastato da Sez. 5, n. 46707 del 03/10/2016, Panizzi, Rv. 269939, rimasta isolata, che ha ritenuto ammissibile l'istanza di revisione della sentenza di appello dichiarativa dell'estinzione del reato (nel caso esaminato, per prescrizione), confermando le statuizioni civili.

Premesso che la revisione ha natura di mezzo (straordinario) d'impugnazione, ed è, come tale, soggetta al principio di tassatività delle impugnazioni, e che le sentenze che abbiano disposto unicamente il proscioglimento dell'imputato per essere il reato ascrittogli estinto per amnistia o prescrizione non sono suscettibili di revisione, poiché l'art. 629 cod. proc. pen.

ammette la revisione soltanto delle sentenze di condanna e di c.d. “patteggiamento”, questa decisione ha, tuttavia, osservato che i riferimenti normativi abitualmente valorizzati dal contrario orientamento sarebbero suscettibili di una diversa lettura, poiché l'art. 629 cod. proc. pen. indica tra i provvedimenti soggetti a revisione “le sentenze di condanna”, «senza precisare ulteriormente l'oggetto delle stesse», e, simmetricamente, il successivo art. 632, nell'individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, evoca «in maniera altrettanto generica la figura del ‘condannato’»; né potrebbe dubitarsi che la decisione che accoglie l'azione civile esercitata nel processo penale costituisca una «pronuncia di condanna che presuppone l'accertamento della colpevolezza dell'imputato per il fatto di reato, come espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p.» e che, dunque, in presenza di siffatta situazione processuale, l'imputato sia “condannato” alle restituzioni ed al risarcimento del danno. Ad ulteriore conforto dell'interpretazione sostenuta, sono state valorizzate le analoghe considerazioni svolte dalle Sezioni Unite nelle sentenze n. 28719 del 21/06/2012, M., Rv. 252695, e n. 28718 del 21/06/2012, Capiello, per affermare la legittimazione del prosciolto condannato agli effetti civili ad esperire il ricorso straordinario ex art. 625-bis cod. proc. pen.; si è anche ricordato che il giudice dell'appello può essere chiamato, ex art. 576 cod. proc. pen., non già a confermare le statuizioni civili adottate nel primo grado di giudizio contestualmente alla condanna penale dell'imputato, bensì a pronunciarsi in maniera inedita ed esclusiva in favore della parte civile, senza essere contestualmente investito agli effetti penali della questione relativa alla responsabilità del presunto autore del fatto di reato.

Non sarebbe possibile desumere decisivi argomenti contrari all'accoglimento della tesi propugnata:

– dalla legge delega del nuovo codice di rito (l. n. 81 del 1987), posto che la direttiva n. 99 dell'art. 2 nulla prevedeva in tal senso;

– dal fatto che lo stesso art. 629 cod. proc. pen. consenta la revisione della condanna «anche se la pena è già stata eseguita o estinta», poiché con tale disposizione il legislatore, lungi dal delimitare l'ambito oggettivo dell'impugnazione straordinaria, avrebbe unicamente inteso rimarcare la sussistenza di un interesse “morale” del condannato a rimuovere il giudicato anche in tali casi;

– dall'art. 631 cod. proc. pen.

Si osserva, infine, che, accogliendo l'orientamento tradizionale, l'imputato prosciolto per estinzione

del reato, ma al tempo stesso ingiustamente condannato agli effetti civili, resterebbe privo di tutela, non potendo neppure ricorrere all'istituto della revocazione civile (art. 395 cod. proc. civ), impraticabile in difetto di una espressa previsione normativa che legittimi la revoca della sentenza pronunciata dal giudice penale da parte del giudice civile, e stante il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

3. Così riepilogati i termini del contrasto, emerge che la questione controversa investe il tema dell'individuazione dei provvedimenti impugnabili con la revisione, dovendo in particolare stabilirsi se per soggetto "condannato", in quanto tale legittimato a proporre richiesta di revisione, si debba intendere anche quello nei cui confronti sia stata pronunciata una mera condanna agli effetti civili, con contestuale declaratoria di estinzione del reato ascrittogli agli effetti penali.

3.1. Queste Sezioni Unite ritengono che il contrasto debba essere risolto affermando che è ammissibile (anche agli effetti penali) la revisione della sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione (o per amnistia) che, decidendo, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., anche sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi concernenti gli interessi civili, condanni l'imputato al risarcimento del danno (od alle restituzioni) in favore della parte civile.

4. La revisione costituisce, secondo la dottrina tradizionale, il rimedio contro «il pericolo che al rigore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale»: l'istituto consente, in particolare, di rimuovere gli errori giudiziari, revocando provvedimenti di condanna — sentenze, emesse anche ai sensi degli artt. 444 ss. cod. proc. pen., o decreti penali — che, in considerazione di successive emergenze, si rivelino, come pure è stato sottolineato, «frutto di ingiustizia».

La necessità della previsione di un giudizio di revisione (avvertita sin dall'epoca dell'«antico diritto»: «*fraus vel dolus, si intervenerit in sententia, perpetuo succurritur damnato*»; «*omni tempore ratione humanitatis quaeri oportet de innocentia rei. Nonnunquam enim, aut metu, aut aliqua de causa is confitetur et saepe falsa demonstratione damnatur*») è contemplata dall'art. 24, quarto comma, della Costituzione, che, nell'imporre al legislatore ordinario di determinare «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», ineludibilmente costituzionalizza anche lo strumento processuale finalizzato alla revoca delle sentenze di condanna frutto dei predetti errori, e trova conferma ulteriore nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, poiché la «rieducazione del condannato», cui le pene devono tendere, non deve aver luogo nei confronti, di un innocente.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, l'istituto risponde alla «esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità» (Corte cost., n. 28 del 1969).

La revisione trova esplicito riconoscimento anche in plurime fonti sovranazionali poste a tutela dei diritti umani: l'art. 4, VII Protocollo alla Convenzione EDU prevede — in deroga al divieto di bis in idem — la possibilità della riapertura del processo «se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta».

Il diritto alla revisione è affermato (più o meno nei medesimi termini, ma con riferimento alle sole sentenze di condanna) anche dall'art. 14, § 6, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e costituisce, quindi, un inalienabile diritto della persona.

Il codice di procedura penale individua nell'art. 630 cod. proc. pen. i casi di revisione (ampliati per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, che ha dichiarato l'articolo costituzionalmente illegittimo «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'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo») con i limiti previsti dall'art. 631, in favore dei «condannati», nei confronti «delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell'articolo 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta».

5. Il presupposto imprescindibile per la legittimazione ad esperire l'impugnazione straordinaria de qua è, quindi, lo status di "condannato", da intendere necessariamente come «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato in ordine alla decisione che lo riguarda» (così Sez. U., n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269790).

Il ricorso alla revisione andrebbe, quindi, negato con riferimento ai procedimenti ante iudicatum, ovvero a tutte le tipologie di decisioni che non hanno come destinatario un "condannato" in tal modo inteso: si pensi, ad esempio, ai provvedimenti emessi in fase cautelare, alle decisioni in materia di misu-

re di prevenzione – tuttavia, con riferimento ai provvedimenti applicativi di misure di prevenzione personali, l'art. 11, comma 2, D. Lgs. n. 159 del 2011 delinea ad hoc l'ambito della possibile rilevanza di fatti sopravvenuti ai fini della revoca della misura, e l'art. 28 stesso D. Lgs. prevede una forma di revocazione della sola decisione definitiva sulla confisca di prevenzione, peraltro rinviando alla disciplina prevista dagli artt. 630 ss. cod. proc. pen. –, di rimessione del processo, di consegna per un mandato di arresto europeo e in genere ai provvedimenti in materia di estradizione.

La tassativa previsione dell'art. 629 comporta che la revisione non è esperibile nei confronti delle ordinanze e nei casi in cui l'ordinamento appresti rimedi "speciali" diversi.

Essa non è, quindi, esperibile:

- nei confronti delle sentenze di non luogo a procedere, per le quali gli artt. 434-437 del codice di rito prevedono una forma di impugnazione straordinaria ad hoc;

- in presenza di una sopravvuta abolitio criminis (cfr. art. 673 cod. proc. pen., che in tal caso prevede, come rimedio ad hoc, la revoca della sentenza);

- nei confronti di sentenze pronunciate da giudici speciali (cfr., con rimedi speciali, artt. 29 e 33 I. n. 20 del 25 gennaio 1962 – per quanto riguarda le decisioni della Corte costituzionale – ed art. 401 cod. pen. mil. pace – per quanto riguarda le decisioni dei tribunali militari).

6. L'art. 629 cod. proc. pen. ammette la revisione unicamente in favore del "condannato", non dunque anche della sentenza che si sia limitata, soltanto agli effetti penali, a dichiarare l'estinzione del reato (per prescrizione, come nel caso di specie, od anche per altra causa), poiché in tal caso:

- il soggetto instante non avrebbe qualifica di "condannato", a nessun effetto (in difetto di contestuali statuizioni civili);

- la presunzione costituzionale di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2, Cost.), nel caso di specie non intervenuta, impedirebbe di configurare possibili pregiudizi (in ipotesi giuridicamente rilevanti) alla sua onorabilità.

Un problema potrebbe in astratto porsi in riferimento all'impossibilità di esperire la revisione in tali casi, poiché anche dal proscioglimento, in ipotesi conseguente ad un'amnistia oppure all'applicazione del perdono giudiziale, ovvero all'accertamento del difetto di imputabilità, e che pertanto postuli un quanto meno implicito accertamento di responsabilità, potrebbero conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato (ad esempio, l'applicazione di misure di sicurezza).

7. A conclusioni diverse deve pervenirsi quando alla declaratoria di estinzione del reato (per prescrizione o per amnistia "propria"), valida e rilevante ai soli effetti penali, si accompagni in appello, come previsto e consentito dall'art. 578 cod. proc. pen., la contestuale affermazione di responsabilità agli effetti civili (confermativa della corrispondente statuizione del primo giudice, od anche pronunciata ex novo su gravame della parte civile), con conseguente condanna dell'imputato al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

7.1. Da lungo tempo, la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 28 del 1969), premesso che «l'istituto della revisione si pone nel sistema delle impugnazioni penali quale mezzo straordinario di difesa del condannato ed è preordinato alla riparazione degli errori giudiziari, mediante l'annullamento di sentenze di condanna, che siano riconosciute ingiuste posteriormente alla formazione del giudicato», ha riconosciuto che «esso risponde all'esigenza, di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità».

Pur dovendo essere la revisione necessariamente subordinata a condizioni, limitazioni e cautele, nell'intento di contemperarne le predette finalità con l'interesse, fondamentale in ogni ordinamento, alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche ed all'intangibilità delle pronunzie giurisdizionali di condanna, che siano passate in giudicato, «l'evoluzione della nostra legislazione positiva dimostra una graduale estensione delle categorie dei soggetti in favore dei quali la revisione dei giudicati penali è stata ammessa, sul riflesso di un sempre più accentuato favor per la tutela degli interessi materiali e morali di chi sia stato a torto condannato».

Il rimedio della revisione risulta quindi apprestato per rimuovere ogni giudicato "ingiusto" idoneo a causare «serio pregiudizio non solo alla libertà e al patrimonio, ma anche alla onorabilità ed alla dignità morale e sociale dei soggetti. Beni morali che devono essere tutelati di fronte alla riprovazione sociale»; e viene all'uopo in considerazione anche l'obbligo (enunciato nell'alt. 185 cod. pen.) «delle restituzioni e del risarcimento del danno, nei casi in cui il fatto accertato ne abbia arrecato a terzi».

7.2. Le Sezioni Unite hanno in più occasioni esaminato questioni controverse inerenti alla revisione. In particolare, chiamate a decidere se fosse ammissibile il giudizio di revisione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (all'epoca normativamente non previsto), esse hanno inizialmente osservato che «la revisione, che presuppone il 'giudicato', è stata espressamente disciplinata dal legislatore quale istituto applicabile unicamente alle sentenze di 'condanna' ed ai decreti penali di 'condanna' divenuti irrevocabili (art. 629 c.p.p.), ovverosia alle sole decisioni che comportano il riconoscimento della responsabilità dell'imputato per un determinato reato e l'applicazione della relativa pena» (Sez. U, n. 6 del 25/03/1998, Giangrasso).

In seguito, investite del ricorso tanto per la particolare importanza delle questioni proposte quanto per la soluzione del contrasto giurisprudenziale insorto fra le Sezioni ordinarie circa il concetto di prova nuova ai fini della delibazione sull'ammissibilità della richiesta di revisione, le Sezioni Unite (sentenza n. 624 del 26/09/2001, Pisano), premesso che «al fondo della normativa sulla revisione sta il conflitto tra esigenze di natura formale ed esigenze di giustizia sostanziale che, nella tensione dialettica finalizzata alla ricerca della verità, accompagna l'intero corso del processo e ne segue i passaggi più salienti», hanno ribadito che, con il giudizio di revisione, l'ordinamento, sulla base di scelte di politica legislativa, sacrifica «il valore [...] del giudicato in nome di esigenze che rappresentano l'espressione di valori superiori», precisando che tra i valori fondamentali a cui la legge attribuisce priorità, rispetto alla regola della intangibilità del giudicato, vi è la «necessità dell'eliminazione dell'errore giudiziario, dato che corrisponde alle più profonde radici etiche di qualsiasi società civile il principio del favor innocentiae, da cui deriva a corollario che non vale invocare alcuna esigenza pratica – quali che siano le ragioni di opportunità e di utilità sociale ad essa sottostanti – per impedire la riapertura del processo allorché sia riscontrata la presenza di specifiche situazioni ritenute dalla legge sintomatiche della probabilità di errore giudiziario e dell'ingiustizia della sentenza irrevocabile di condanna».

Il fondamento costituzionale della revisione è individuato dalle Sezioni Unite nella disposizione contenuta nell'art. 24, quarto comma, Cost.; sulla scia della condivisa giurisprudenza costituzionale, la funzione della revisione è stata ricollegata non soltanto all'interesse del singolo, ma anche «all'interesse pubblico e superiore alla riparazione degli errori giudiziari, facendo prevalere la giustizia sostanziale sulla giustizia formale».

Successivamente, chiamate a decidere una questione per certi versi speculare rispetto a quella odierna, ovvero se fosse ammissibile la proposizione del ricorso straordinario per errore di fatto nei confronti della decisione di legittimità che confermi le statuizioni civili di condanna dell'imputato, e premesso che il vigente ordinamento processuale evidenzia l'esistenza di «inespressa – ma percepibile – tendenza assimilativa [dell'istituto del ricorso straordinario disciplinato dall'art. 625-bis cod. proc. pen.] all'istituto della revisione», le Sezioni Unite (sentenza n. 28719 del 21/06/2012, M.) hanno osservato che «la locuzione 'condannato' che delimita soggettivamente la sfera di applicabilità del rimedio straordinario [...], non può arbitrariamente scandirsi in ragione del tipo di condanna in capo al soggetto che sia stato sottoposto, come imputato, al processo penale, giacché l'essere stato costui evocato in giudizio tanto sulla base della azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili», il che si è ritenuto non avvenga in tema di ricorso straordinario.

Infine, chiamate a decidere se fosse ammissibile il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-bis cod. proc. pen. contro la sentenza o l'ordinanza della Corte di cassazione che rigetta o dichiara inammissibile il ricorso del condannato contro la decisione della corte d'appello che ha respinto ovvero dichiarato inammissibile la richiesta di revisione, le Sezioni Unite (sentenza n. 13199 del 21/07/2016, dep. 2017, Nunziata) hanno ribadito che il ricorso straordinario «si rifà al modello della disciplina della revisione», la quale, dal canto suo, «si inserisce nel sistema delle impugnazioni come un mezzo straordinario di difesa del condannato, per porre rimedio agli errori giudiziari, eliminando le condanne che siano riconosciute ingiuste, attraverso un giudizio che segue alla formazione del giudicato, la cui base giustificativa è di ordine prevalentemente pratico»; all'istituto della revisione è, quindi, attribuita «la funzione di rispondere all'esigenza, di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità' (Corte cost., sent. n. 28 del 1969)».

Ed è apparso evidente che «sia la giurisprudenza costituzionale sia quella di legittimità facciano derivare la scelta del favor revisionis dalla finalità di garantire i diritti inviolabili della persona, sacrifi-

cando il rigore delle forme alle esigenze insopprimibili della ‘verità e della giustizia reale’».

8. In accordo con i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, e già recepiti dalle Sezioni Unite, questo collegio ritiene che l’istituto della revisione costituisca applicazione estrema del principio costituzionale che assegna al processo penale il compito dell’accertamento della verità («poiché il fine primario e ineludibile del processo penale rimane la ricerca della verità»: Corte cost., sentenza n. 11 del 1993): proprio la necessità di perseguire il rispetto della verità impone di non accogliere opzioni ermeneutiche che portino a mantenere ferme decisioni condizionate da un quadro probatorio, esistente al momento.

Questa funzione dell’istituto della revisione assume rilievo fondamentale ai fini della decisione della questione controversa.

9. L’art. 629 cod. proc. pen. indica tra i provvedimenti soggetti a revisione “le sentenze di condanna” (senza precisarne ulteriormente l’oggetto), ed il successivo art. 632 – che dell’art. 629 costituisce pendant –, nell’individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, evoca (altrettanto genericamente) lo status giuridico di “condannato”.

Non può dubitarsi che la decisione che accoglie l’azione civile esercitata nel processo penale costituisca una pronuncia di condanna che presuppone l’accertamento della colpevolezza dell’imputato per il fatto di reato, secondo quanto espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p., e che, dunque, in presenza di siffatta situazione processuale, all’Imputato debba essere riconosciuto lo status di soggetto “condannato”, sia pure soltanto alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

D’altro canto, come osservato da Sez. 5, n. 46707 del 03/10/2016, Panizzi, cit., nel testo dell’art. 629 non vi è traccia della possibile rilevanza della distinzione tra la condanna riportata agli effetti penali e quella riportata agli effetti civili a seguito dell’esercizio nel processo penale dell’azione civile, e nessun elemento induce a ritenere l’esistenza di «una qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma a consentire la revisione al condannato solo per gli interessi civili».

Anche in tali casi si è al cospetto di un’affermazione di responsabilità, contestuale alla declaratoria di estinzione del reato, e ad essa inscindibilmente collegata, per la medesimezza del fatto storico costituente oggetto della duplice valutazione (agli effetti penali e civili) e dei materiali probatori valutati, di tal che la condanna, pur pronunciata ai soli effetti civili, si risolve, pur incidentalmente, in una affermazione di responsabilità anche agli effetti penali.

Lo status di “condannato”, da intendere come «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato in ordine alla decisione che lo riguarda» (così Sez. U., n. 13199 del 21/07/2016, Nunziata, Rv. 269790), va, pertanto, certamente riconosciuto anche al soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata in appello, ai sensi dell’art. 578 cod. proc. pen., sentenza di proscioglimento, per estinzione del reato per prescrizione ovvero per amnistia, con contestuale conferma della condanna pronunciata in primo grado alle statuizioni civili od anche con condanna alle statuizioni civili pronunciata per la prima volta in appello: gravame della parte civile.

Anche in questo caso, dunque, «la locuzione “condannato” che delimita soggettivamente la sfera di applicabilità del rimedio straordinario [...], non può arbitrariamente scandirsi in ragione del tipo di condanna in capo al soggetto che sia stato sottoposto, come imputato, al processo penale, giacché l’essere stato costui evocato in giudizio tanto sulla base della azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili» (così la sentenza M. in tema di ricorso straordinario, con considerazioni senz’altro mutuabili anche in riferimento alla revisione).

10. Sia valorizzando il fatto che al predetto soggetto va riconosciuto lo status formale di condannato, sia valorizzando il fatto che l’affermazione di responsabilità agli effetti civili, contestuale alla declaratoria di estinzione del reato, non può non assumere in concreto, per le ragioni appena indicate, valenza sostanziale di affermazione di responsabilità anche agli effetti penali, appare evidente che l’art. 629 cod. proc. pen. ne ammette la legittimazione a chiedere la revisione della sentenza d’appello che abbia dichiarato l’estinzione del reato, contestualmente confermando la condanna o condannando ex novo l’imputato alle statuizioni civili ex art. 578 cod. proc. pen. (anche se con statuizione di condanna generica e rinvio al giudice civile per la quantificazione dei danni).

10.1. L’art. 578 attua la direttiva n. 28 della legge delega n. 81 del 1987, riproducendo pressoché integralmente l’art. 13 della l. 3 agosto 1978, n. 405, «che costituisce il testo di legge innovativo in materia, estendendone la normativa anche all’analogo istituto della prescrizione» (Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, 288).

La disposizione comporta che, quando nei confronti dell'imputato sia pronunciata condanna, anche generica, al risarcimento dei danni, il giudice d'appello e la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione che siano sopravvenute, decidono sull'impugnazione, ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili: il potere-dovere del giudice dell'impugnazione di decidere sugli effetti civili del reato estinto per prescrizione o per amnistia, previsto dall'art. 578, presuppone una sentenza di condanna estesa alle statuizioni civili, emessa in primo grado, in assenza di cause estintive già maturate ed erroneamente non dichiarate.

Il giudice dell'appello, nel prendere atto dell'esistenza di una delle predette cause estintive del reato verificatasi nelle more del giudizio di secondo grado, deve necessariamente compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale, che imporrebbero la declaratoria della causa di estinzione del reato quando la prova dell'innocenza non risulti *ictu oculi*: la previsione di cui all'art. 578 comporta, infatti, che i motivi di impugnazione dell'Imputato devono essere esaminati compiutamente, non potendosi dare conferma alla condanna al risarcimento del danno in ragione della mancanza di prova dell'innocenza dell'imputato, secondo quanto previsto con riferimento agli effetti penali, per esigenze di economia processuale, dall'art. 129, comma 2, cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 18889 del 28/02/2017, Tornasi, Rv. 269890; Sez. 4, n. 20568 del 11/04/2018, D.L.), tanto vero che la sentenza di appello che non abbia compiuto un esaustivo apprezzamento sulla responsabilità dell'Imputato deve essere annullata con rinvio, limitatamente alla conferma delle statuizioni civili (Sez. U, n. 35490 del 28/05/2009, Tettamanti; Sez. 6, n. 16155 del 20/03/2013, Galati; Sez. 5, n. 3869 del 07/10/2014, dep. 2015, Lazzari).

10.2. Non può quindi dubitarsi che la statuizione di condanna agli effetti civili, pronunciata ai sensi dell'art. 578, di per sé suscettibile – se ingiusta – di arrecare pregiudizio all'interessato con riguardo alla sfera patrimoniale, contenga necessariamente, anche se incidentalmente, una implicita quanto ineludibile affermazione di responsabilità *tout court* operata, a cognizione piena, in relazione al fatto-reato causativo del danno, certamente suscettibile di arrecare pregiudizio all'interessato anche con riguardo alla sfera dei diritti della personalità.

La contestualità delle pronunzie di estinzione del reato e di condanna alle statuizioni civili evidenzia, infatti, la sussistenza di un inscindibile collegamento tra l'affermazione di responsabilità agli effetti civili e la mancata pronunzia liberatoria, anche nel merito, agli effetti penali, che è senz'altro idonea a produrre un apprezzabile pregiudizio al diritto all'onore dell'imputato, con superamento – in concreto – della presunzione costituzionale di non colpevolezza.

Analoghi essendo i pregiudizi che l'interessato, pur non condannato agli effetti penali, potrebbe patire anche in tali casi, per effetto di una decisione irrevocabile successivamente rivelatasi ingiusta, sia alla propria sfera personale (per la compromissione della propria onorabilità) che a quella patrimoniale (per le – in ipotesi irreversibili – statuizioni risarcitorie o di condanna alle restituzioni), il diniego della possibilità di accesso al giudizio di revisione potrebbe porsi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, sotto il duplice profilo della violazione del principio di uguaglianza, derivante dal diverso trattamento riservato a situazioni che presentino analoghi profili di pregiudizio, e della palese irragionevolezza, in difetto di apprezzabile giustificazione della discrasia. E, nel dubbio, secondo quanto da tempo immemore chiarito dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, l'interprete deve sempre optare per la soluzione interpretativa che non ponga problemi di costituzionalità.

11. Questa conclusione si pone in linea con quanto già ritenuto dalle Sezioni Unite (sentenze n. 28719 del 21/06/2012, M., Rv. 252695, e n. 28718 del 21/06/2012, Cappiello) con riferimento al tema della legittimazione del soggetto prosciolto agli effetti penali, ma condannato agli effetti civili, ad esperire il ricorso straordinario ex art. 625-bis cod. proc. pen.

Le predette decisioni, nell'affermare la legittimazione attiva al ricorso straordinario anche del soggetto avente il predetto status giuridico, hanno ritenuto effettivamente "percepibile" l'esistenza di forti analogie con l'altro mezzo d'impugnazione straordinario costituito dalla revisione.

L'esistenza di una tendenza normativa all'assimilazione degli istituti del ricorso straordinario e della revisione, in più occasioni evidenziata dalle Sezioni Unite, mal si concilierebbe, invero, con una soluzione che, ai soli fini dell'esperibilità della revisione, intendesse la legittimazione normativa del "condannato" riferibile soltanto a colui che risulti tale agli effetti penali, e non anche a colui che risulti tale agli effetti civili, come ritenuto dalla sentenza M. in tema di ricorso straordinario, tenuto peraltro conto del fatto che, come già osservato con riferimento al ricorso straordinario, anche in riferimento alla revisione la legge non distingue espressamente i due profili degli effetti penali e civili della condanna.

Tale considerazione evidenzia che è senz'altro priva di rilievo ai fini della risoluzione della questione controversa la natura di rimedio impugnatorio di carattere straordinario della revisione, ed il suo conseguente assoggettamento al principio della tassatività delle impugnazioni, elemento abitualmente valorizzato dall'orientamento dominante: il ricorso straordinario presenta analoga natura, ma ciò non ha impedito di ritenere legittimato ad esperirlo anche il soggetto "condannato" ai soli effetti civili, proprio nel rispetto del predetto principio.

12. Sarebbe legittimo pervenire a conclusioni diverse soltanto valorizzando dati normativi speciali, desumibili dalla disciplina della revisione.

Queste Sezioni Unite ritengono, tuttavia, non decisivi, se non addirittura privi di rilievo, i riferimenti testuali all'uopo valorizzati dall'orientamento in atto maggioritario.

12.1. Non appare rilevante la legge delega n. 81 del 1987 per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, posto che la direttiva n. 99 dell'art. 2 nulla prevedeva in riferimento alla questione controversa, essendosi limitata a stabilire, per quanto in questa sede può assumere rilievo, la «ammissibilità di revisione anche nei casi di erronea condanna di coloro che non erano imputabili o punibili a cagione di condizioni o qualità personali o della presenza di esimenti».

12.2. Non decisivo appare il riferimento all'art. 629 cod. proc. pen., che consente la revisione della condanna «anche se la pena è già stata eseguita o estinta» (valorizzato dall'orientamento in atto maggioritario nel senso di escludere l'ammissibilità della revisione nel diverso caso in cui sia il reato, non la pena, ad essere estinto), poiché con tale disposizione il legislatore, lungi dal delimitare l'ambito oggettivo dell'impugnazione straordinaria, ha unicamente inteso rimarcare la sussistenza di un interesse "morale" del condannato a rimuovere il giudicato anche quando la pena sia già stata interamente eseguita o sia estinta.

A ben vedere, l'inciso conferma, al contrario, che la revisione ha la funzione di rimuovere anche pregiudizi di natura "morale", quale è quello che consegue all'affermazione di responsabilità sia pur pronunciata ai soli effetti civili, contestualmente alla declaratoria di estinzione del reato.

12.3. Non decisivo appare il riferimento all'art. 631 cod. proc. pen., che si limita a contemplare il novero dei possibili esiti del giudizio di revisione.

Come già osservato da Sez. 5, n. 46707 del 03/10/2016, Panizzi, cit., «se è vero (...) che agli effetti penali l'imputato è già stato prosciolto, è altrettanto vero che ciò è avvenuto per una causa diversa da quelle elencate negli artt. 529 e 530 c.p.p., che altrimenti non sarebbe stato possibile affermare la sua responsabilità ai fini civili. E se l'assenza delle condizioni previste dai due articoli menzionati è il presupposto per la condanna agli effetti civili, la dimostrazione che l'imputato doveva essere prosciolto per una causa diversa da quella invece riconosciuta è logico presupposto per la rimozione del giudicato, anche agli effetti civili».

Non appaiono decisivi, in proposito, anche i riferimenti alla Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale vigente (GU n. 250 del 24-10-1988 – Suppl. Ordinario n. 93), nella quale si legge unicamente che «L'articolo 623 [nel testo definitivo del codice, divenuto art. 631], intitolato come l'art. 555 del codice vigente, 'Limiti della revisione', esprime in forma sintetica il risultato potenziale cui deve tendere l'istituto della revisione, esigenza che si spiega con la natura straordinaria dell'impugnazione. È stato adottato il termine 'prosciolto' in luogo del riferimento all'assoluzione, perché vi è un rinvio unitario alle disposizioni di legge, che si riferiscono ad ogni forma di proscioglimento: gli artt. 522 (sentenze di non doversi procedere), 523 (sentenza di assoluzione), 524 (dichiarazione di estinzione del reato)».

12.4. Non decisivo appare il riferimento all'art. 637, comma 2, cod. proc. pen., poiché la «sentenza di condanna», che va revocata nel caso in cui sia accolta la richiesta di revisione, ben può essere quella pronunciata ex art. 578 cod. proc. pen. agli effetti civili, ed il «proscioglimento» che va pronunciato indicandone la causa in dispositivo ben può essere quello pronunciato in tali casi agli effetti penali con formula liberatoria più favorevole rispetto a quello in precedenza pronunciato per estinzione del reato.

12.5. Non decisivo appare, infine, l'ulteriore riferimento dell'art. 643 cod. proc. pen. al "proscioglimento" pronunciato in sede di revisione, che va inteso nel senso appena illustrato.

13. Risulta fin qui non considerato un riferimento testuale che, al contrario, dal punto di vista sistematico, conferma la correttezza della soluzione prescelta in questa sede.

L'art. 673, comma 2, cod. proc. pen. stabilisce che, in caso di abrogazione o di dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca (non soltanto la sentenza di condanna o il decreto penale, come previsto dal comma 1 della disposizione, ma anche) la sen-

tenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato ed adottando i provvedimenti conseguenti.

La dottrina ha osservato che la disposizione costituisce espressione della necessità che il giudicato ceda alla «rivoluzione normativa posteriore», anche se non si tratti di un giudicato di condanna.

La disposizione comporta il proscioglimento con la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato», cui peraltro il giudice può accedere, a norma degli artt. 129 e 530 cod. proc. pen., soltanto dopo aver verificato che:

- il fatto sussiste;
- l'imputato lo ha commesso;
- il fatto costituisce reato.

Per evidenti esigenze di logica, oltre che per identità di ratio, nel rispetto dell'art. 3 della Costituzione, in difetto di riferimenti testuali insuperabilmente ostativi, analoga soluzione s'impone, a fortiori, in casi nei quali vi sia stata una condanna, sia pure ai soli effetti civili, contestualmente al proscioglimento per estinzione del reato, seguita dalla scoperta ex post di elementi decisivi di prova, prima ignoti, che dimostrino l'innocenza dell'imputato.

Sarebbe, invero, irragionevole aver previsto, in presenza di una sentenza che dichiari l'estinzione del reato con contestuale condanna alle statuizioni civili, la possibile caducazione del giudicato soltanto in presenza della sopravvenuta abolitio criminis, e non anche in presenza della scoperta di prove che impongano l'assoluzione nel merito con formula liberatoria di grado poziore (in tal senso, con riferimento alle formule previste dall'art. 530 cod. proc. pen., cfr. Sez. 3, sentenza n. 9096 del 23/06/1993, Steinhäuslin, Rv. 195202, per la quale, «quando il fatto non è più preveduto dalla legge come reato, sia in seguito a una pura e semplice abolitio criminis, sia in seguito alla trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo, il giudice è tenuto a verificare se allo stato degli atti non risulti già evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato»; nel medesimo senso, con riferimento alle formule previste dall'art. 129 cod. proc. pen., Sez. U, n. 2451 del 27/09/2007, dep. 2008, Magera, Rv. 238195, per la quale «nel concorso tra diverse cause di proscioglimento, poiché l'indicazione che si trae dalla sequenza delle formule contenuta nell'art. 129 cod. proc. pen. è quella di un ordine ispirato all'ampiezza di effetti liberatori per l'imputato progressivamente più ridotta, la formula perché il fatto non sussiste prevale su quella perché il fatto non è previsto dalla legge come reato»).

14. La soluzione qui sostenuta non trova ostacoli nella giurisprudenza costituzionale, della quale costituisce anzi imprescindibile conseguenza.

La sentenza n. 129 del 2008 (richiamata a conferma deH'orientamento maggioritario da Sez. 5, n. 2393 del 01/12/2010, dep. 2011, Pavesi, cit.) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., sollevata in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 della Costituzione, nella parte in cui non si applica ai casi di assenza di equità del processo, accertata dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 6 della Convenzione EDU.

La citata decisione non ha, peraltro, operato alcun riferimento al possibile contenuto dispositivo (di condanna agli effetti penali, o meno) delle sentenze irrevocabili emesse all'esito di diversi giudizi penali, fondate su «fatti storici», determinanti ai fini del riconoscimento della penale responsabilità, oggettivamente incompatibili.

La sentenza n. 113 del 2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e con gli artt. 46 e 6 della CEDU, nella parte in cui non consente la riapertura del processo penale al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU che accertino la violazione dell'art. 6 della CEDU, senza, peraltro, svolgere alcuna considerazione riferibile all'odierna questione controversa, poiché, nell'evidenziare che «la revisione risulta strutturata in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata», non prende esplicita posizione in ordine al contenuto della condanna (penale o civile) della sentenza soggetta a revisione.

La predetta decisione osserva, in generale, che, pur nell'indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non possa ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi «in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.»: risulta, in tal modo, ribadita la prevalenza della tutela dei diritti fondamentali della persona sul-

le esigenze di certezza e di stabilità della cosa giudicata, che conferma, sotto un profilo sistematico, la correttezza dell'opzione in favore dell'orientamento in precedenza minoritario.

La finalizzazione dell'istituto della revisione alla tutela della «esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità» (Corte cost., n. 28 del 1969) conferma la tesi sostenuta.

15. La soluzione prescelta non trova ostacoli neppure nelle fonti sovranazionali.

Il diritto alla revisione è affermato con riguardo alle “sentenze di condanna” (senza alcuna restrizione in riferimento alle statuizioni – di natura penale od anche civile – che possano conseguirne) dall'art. 14, § 6, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

L'art. 4, § 2, Prot. Addizionale n. 7 alla CEDU prevede la possibilità di riapertura del processo senza limitazioni riferibili alla natura della sentenza (se di condanna o di proscioglimento) o delle statuizioni (penali o civili) conseguenti alla condanna, ma con il corollario del divieto di «essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva» (art. 4, § 1, Prot. Addizionale n. 7 cit.).

E non può essere considerata priva di significato ai fini che interessano la circostanza che la riapertura del processo è garantita senza riferimento alcuno agli effetti (penali o civili) che conseguono alla sentenza originariamente pronunciata, mentre il diritto a non essere giudicato o punito due volte è <1 affermato con riferimento ai soli effetti penali.

Quanto appena osservato evidenzia la non decisività del richiamo, operato da Sez. 2, n. 53678 del 25/10/2017, Ricupati, cit., dei criteri Engel elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, onde inferirne che alla condanna al risarcimento dei danni e/o alle restituzioni non potrebbe essere riconosciuta, per grado di afflittività, natura di condanna agli effetti penali.

L'argomento risulta comunque fuorviante, perché, come già chiarito, il riferimento operato dall'art. 629 cod. proc. pen. alla “condanna” ricomprende anche quella pronunciata ai soli effetti civili, e non può essere inteso come evocante una condanna anche solo sostanzialmente penale.

Inoltre, esso trascura di considerare che il singolo Stato aderente alla CEDU ben potrebbe prevedere nel diritto interno un livello di garanzie superiore rispetto allo standard minimo convenzionalmente assicurato, ammettendo quindi la possibilità della revisione anche in casi con riferimento ai quali essa non risulti, in ipotesi, convenzionalmente necessaria.

16. La tesi che viene privilegiata non si pone, infine, in contrasto con precedenti decisioni delle Sezioni Unite.

La sentenza n. 6 del 1998, Giangrosso evoca, infatti, l'esperibilità della revisione contro le sole decisioni che comportino il riconoscimento della responsabilità dell'imputato per un determinato reato, il che è proprio non soltanto delle sentenze che comportino la conseguente applicazione della pena, ma anche di quelle che comportino la condanna dell'imputato ai soli effetti civili.

La sentenza n. 13199 del 2017, Nunziata prende le mosse dalla collocazione del ricorso straordinario per errore di fatto, quale mezzo straordinario di impugnazione che costituisce una deroga al principio deH'irrevocabilità delle decisioni della Corte di cassazione, nell'ambito delle altre «significative breccie scavate nel muro del giudicato penale dal codice del 1988», ravvisando il nucleo della questione controversa, in quella occasione esaminata, nel verificare se i provvedimenti della Corte di cassazione suscettibili di essere impugnati con ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-bis cod. proc. pen. siano solo quelli in grado di determinare il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, «ovvero se sia sufficiente un altro tipo di nesso con il giudicato sostanziale».

Dopo avere analizzato le argomentazioni espresse dalle decisioni che avevano ampliato l'ambito operativo dell'istituto di cui all'art. 625-bis cod. proc. pen., le Sezioni Unite hanno affermato che, nei casi indicati, «si assiste ad un progressivo allentamento del rapporto funzionale tra decisione della Corte di cassazione e giudicato e il riferimento al 'condannato', almeno riguardo all'ultimo esempio, assume una portata più ampia. Pertanto, è vero che, come sottolineato da una attenta dottrina, il richiamo al 'condannato' sta a significare che possono essere impugnate con il ricorso straordinario le decisioni della Corte di cassazione che rendano 'incontrovertibile l'accertamento del dovere di punire', essendo evidente il collegamento con il giudicato sostanziale. Tuttavia, si tratta di verificare se i provvedimenti della Cassazione suscettibili di essere impugnati ai sensi dell'art. 625-bis cod. proc. pen. sono solo quelli in grado di determinare il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ovvero se sia sufficiente un altro tipo di nesso con il giudicato sostanziale».

Tale argomentazione appare non particolarmente rilevante ai fini che qui interessano, poiché immediatamente prima le Sezioni Unite avevano richiamato il caso dell'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto avverso le sentenze di condanna ai soli effetti civili, senza in alcun modo mettere in discussione i principi in precedenza affermati dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza M.

In realtà, la sentenza Nunziata, nell'esaminare la questione in quella occasione controversa, ha operato un riferimento al caso più ricorrente di revisione (la revisione della condanna penale), senza alcun ulteriore riferimento alla questione oggi in discussione, ma limitandosi ad individuare le ragioni che giustificano la legittimazione del condannato a presentare ricorso straordinario per errore di fatto contro la sentenza con la quale la Corte di cassazione abbia dichiarato inammissibile, o rigettato, il suo ricorso contro la decisione che gli abbia negato la revisione. A tal fine sono state richiamate le «esigenze che rappresentano l'espressione di valori superiori», ritenute prioritarie rispetto alla regola dell'Intangibilità del giudicato, ed in particolare:

– l'esigenza, «di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo ed anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente, nell'ambito della più generale garanzia, di espresso rilievo costituzionale, accordata ai diritti inviolabili della personalità», già valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale (Corte costi., n. 28 del 1969 cit.), e soddisfatta dall'istituto della revisione;

– l'esigenza di assicurare la «effettività del giudizio di legittimità», che la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentenza n. 395 del 2000) aveva già indicato come obiettivo da raggiungere attraverso la previsione di meccanismi in grado di rimediare agli errori della Cassazione.

Tali ultimi riferimenti, a ben vedere, confermano, sul piano sistematico, più che contrastare, la correttezza della soluzione accolta.

17. Privi di decisivo rilievo, in senso contrario alla soluzione accolta, appaiono, infine, gli ulteriori elementi talora valorizzati a sostegno dell'orientamento maggioritario.

L'imputato prosciolti per estinzione del reato, ma al tempo stesso ingiustamente condannato agli effetti civili, non potrebbe ricorrere all'istituto della revocazione civile, impraticabile – proprio in ossequio al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione – in difetto di una espressa previsione normativa che legittimi la revoca della sentenza pronunciata dal giudice penale da parte del giudice civile, fuori dai casi previsti dall'art. 622 cod. proc. pen. Unicamente nell'ipotesi di annullamento, ai soli effetti civili, da parte della Corte di cassazione, della sentenza penale contenente condanna generica al risarcimento del danno, si determina, infatti, una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile al giudice civile competente per valore in grado di appello (Cass. civ., Sez. 3, n. 15182 del 20/06/2017, Rv. 644747): ne consegue che il giudizio di rinvio avanti al giudice civile designato, che abbia luogo a seguito di sentenza resa dalla Corte di cassazione in sede penale, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., è da considerarsi come un giudizio civile di rinvio del tutto riconducibile alla normale disciplina del giudizio di rinvio quale espressa dagli artt. 392 e ss. cod. proc. civ. (Cass. civ., Sez. 3, n. 17457 del 09/08/2007, Rv. 600508, e n. 9358 del 12/04/2017, Rv. 644002).

Come già evidenziato da Sez. 5, n. 46707 del 03/10/2016, Panizzi, cit., dai diversi e più ristretti limiti, che caratterizzano il suddetto istituto, non può ricavarsi «argomento fondato sulla disparità di trattamento riservata al danneggiato a seconda che l'azione risarcitoria venga esercitata nella sede propria o in quella penale. Infatti, innovando profondamente la disciplina previgente, il codice del 1988 ha attribuito a quest'ultimo il monopolio sulla scelta della sede in cui vedere accertate le proprie pretese. Scelta che implica l'accettazione delle regole proprie del rito opzionato».

D'altro canto, anche a prescindere dall'inscindibilità delle statuizioni emesse dal giudice penale agli effetti penali e civili, desumibile dalla disciplina di cui all'art. 578 cod. proc. pen., il sopravvenire – rispetto al corso del procedimento culminato nel giudicato – di una prova non dedotta o non deducibile che legittimi l'esperimento della revocazione agli effetti civili, porrebbe pur sempre il problema dell'eventuale successivo contrasto di giudicati tra la pronuncia in ipotesi liberatoria ai soli effetti civili (emessa in accoglimento della richiesta di revocazione) e quella dichiarativa della mera estinzione del reato, in precedenza pronunciata agli effetti penali.

17.1. Infine, la talora richiamata facoltà di rinunciare alla prescrizione:

– da un lato, non fa venire meno lo status di “condannato”, sia pure ai soli effetti civili, del soggetto istante;

– dall'altro, rimette alla insindacabile valutazione del soggetto interessato una opzione discrezionalmente esercitabile, dalla quale, in difetto di una contraria previsione normativa ed in ossequio al principio di non contraddizione (che non consente, ad uno stesso tempo, di accordare – ad un fine –

una facoltà esercitabile discrezionalmente, e di far conseguire – a diversi fini – al suo mancato esercizio effetti pregiudizievoli), non possono derivare pregiudizi.

18. La questione controversa non può porsi con riferimento ad altre cause di estinzione del reato, diverse dall'amnistia e dalla prescrizione (le uniche considerate dall'art. 578 cod. proc. pen.).

La disciplina dettata dall'art. 578, che contempla la possibilità del giudice penale di decidere sulla pretesa civilistica fatta valere nel processo penale, mira ad evitare che cause estintive del reato, indipendenti dalla volontà delle parti, possano frustrare il diritto al risarcimento del danno ed alla restituzione in favore della persona danneggiata dal reato, qualora sia già intervenuta sentenza di condanna di primo grado, ed è, pertanto, tassativamente limitata soltanto all'estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, non potendo quindi essere dilatata in via estensiva od analogica ad altra causa estintiva, avendo carattere speciale (cfr., in generale, sul punto, tra le altre, Sez. 4, n. 31314 del 23/06/2005, Zelli, Rv. 231745, e Sez. 3, n. 3593 del 25/11/2008, dep. 2009, Orrù, Rv. 242739).

Ne consegue che, in caso di dichiarazione di estinzione del reato per altra causa, la statuizioni civili vanno revocate (cfr. Sez. 4, n. 31314 del 23/06/2005, Zelli, Rv. 231745, e Sez. 3, n. 5870 del 02/12/2011, dep. 2012, F., Rv. 251981, in fattispecie riguardanti l'estinzione del reato per morte del reo; Sez. 2, n. 51800 del 24/09/2013, Palazzolo, Rv. 258062, e Sez. 5, n. 41316 del 16/04/2013, Tucci, Rv. 257935, in fattispecie riguardanti l'estinzione del reato per remissione di querela; Sez. 3, n. 3593 del 25/11/2008, dep. 2009, Orrù, Rv. 242739, che, in applicazione del principio, nel dichiarare l'estinzione di un reato urbanistico per sanatoria, ha revocato le statuizioni civili disposte nei confronti degli imputati).

Ne consegue ulteriormente, in tali casi, il venir meno dello status di "condannato" – sia pure ai soli effetti civili – valorizzato ai fini della risoluzione dell'odierna questione controversa.

19. Si è anticipato che un problema potrebbe in astratto porsi in riferimento all'impossibilità di esperire la revisione nei confronti di sentenze che abbiano dichiarato l'estinzione del reato per amnistia o prescrizione senza contestualmente condannare l'imputato agli effetti civili: anche dal proscioglimento, in ipotesi conseguente ad un'amnistia oppure all'applicazione del perdono giudiziale, ovvero all'accertamento del difetto di imputabilità, e eh® pertanto postuli un quanto meno implicito accertamento di responsabilità, potrebbero conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato (ad esempio, l'applicazione di misure di sicurezza).

19.1. Va, a questo proposito, ricordato che l'art. 1 d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione della delega conferita al Governo dall'art. 1, comma 85, lettera q), I. n. 103/2017, ha introdotto nel codice penale l'art. 3-bis che afferma il principio della "riserva di codice", in virtù del quale "nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia", nonché numerose disposizioni in precedenza collocate nella legislazione speciale, riguardanti diverse materie, ed in particolare, tra le misure di sicurezza patrimoniali, in tema di confisca, l'art. 240-bis, rubricato "Confisca in casi particolari", che ripropone quanto già previsto dall'art. 12-sexies, d.l. 306 n. 1992, convertito in I. n. 356 del 1992 in tema di confisca obbligatoria (cosiddetta confisca "allargata" o per sproporzione).

Dal punto di vista processuale, il "nuovo" art. 578-bis cod. proc. pen. (inserito dal medesimo d. lgs. n. 21 del 2018) ha previsto che, quando sia stata disposta la confisca prevista dall'art. 240-ò/s, comma 1, cod. pen. o da altre disposizioni di legge (il riferimento evoca le plurime forme di confisca previste dalle leggi penali speciali), il giudice dell'impugnazione (corte di appello o corte di cassazione), nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, deve operare un accertamento incidentale di responsabilità, valido "ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato", onde verificare se essa debba essere disposta/conferma

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali ed al versamento della somma di euro duemila alla Cassa delle ammende.

[Omissis]

NATALIA ROMBI

Ricercatrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Udine

Sulla revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione che condannano al risarcimento del danno

The review of the penal judgements which declares the extinction of crime with condemnation to compensation for the damages

Per lungo tempo la giurisprudenza si è divisa sulla possibilità di ammettere la revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione con condanna alle statuizioni civili. Recentemente le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento minoritario, ammettendo la revisione di tali sentenze. Tale pronuncia offre l'occasione per soffermarsi sui limiti oggettivi del rimedio straordinario e sull'opportunità di superare l'opposto e maggioritario orientamento giurisprudenziale.

For a long time the case law has been divided regarding the possibility to allow the review of the penal judgment which declares the extinction of crime with condemnation to compensation for the damages. Recently, the United Chambers of the Court of Cassation have joined the minority orientation by admitting the review of these judgments. This pronouncement offers an opportunity to focus on the objective limits of the institute of the review of a penal judgement and on the convenience of overcoming the majority case-law orientation.

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La pronuncia delle Sezioni Unite offre l'occasione per riflettere sulla possibilità di sottoporre a revisione la sentenza di proscioglimento che, nel dichiarare il reato estinto, confermi le statuizioni civili.

La questione involge il più ampio tema dei cd. limiti oggettivi del rimedio straordinario.

Posto che l'art. 629 c.p.p. nell'individuare i provvedimenti passibili di revisione, fa riferimento alle sentenze, comprese quelle emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p.¹, e ai decreti penali di condanna, si è sem-

¹ Originariamente non era prevista *expressis verbis* la possibilità di sottoporre a revisione le sentenze applicative di una pena emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p. e sul punto la giurisprudenza si era divisa. Un primo e più risalente orientamento aveva ammesso la possibilità di sottoporre a revisione anche tali pronunce, riconoscendo ad esse la natura di sentenze di condanna (Cass., sez. IV, 28 febbraio 1998, Ranieri, in *Giur. it.*, 1999, 587; Cass., sez. IV, 31 marzo 1995, Palmisciano, in *Giur. it.*, 1996, II, 225; Cass. Sez. VI, 1 settembre 1994, Castagliola, in *Arch. n. proc. pen.* 1994, 672; Cass., sez. VI, 26 ottobre 1993, n. 11420, Trommaco, in *CED Cass. n.* 196922). Tale orientamento era stato successivamente disatteso dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 8 luglio 1998, Boretti, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1078; Cass., sez. un., 9 luglio 1998, n. 6, Giangrasso, in *Cass. pen.*, 1998, 2897; Cass., sez. un., 8 luglio 1998, Palazzo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1378). In dottrina, vi era chi riteneva senz'altro ammissibile la revisione della sentenza di patteggiamento, muovendo dalle analogie che legano il patteggiamento al procedimento per decreto, il cui provvedimento conclusivo, seppure fondato su un accertamento senza dubbio sommario, è sempre stato suscettibile di revisione (E. Jannelli, *Commento all'art. 629 c.p.p.*, in M. Chiavario (a cura di), *Commentario al codice di procedura penale*, vol. IV, Torino, Utet, 1991, p. 333; K. Mambrucchi, *Sui limiti alla revisione delle sentenze di patteggiamento*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 225; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 106; G. Spangher, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 132; analogamente, anche se in termini più problematici A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, Cedam, 1995, p. 259). Altri, pur ammettendo in linea di principio l'esperibilità del rimedio straordinario, tendevano ad escluderlo quando fosse fondato su fatti preesistenti alla condanna e conosciuti dall'interessato (G. Dean, *La revisione*, Padova, Cedam, 1999, p. 49; F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, Cedam, 1999, p. 458; D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 411). A risolvere la delicata questione è intervenuto il legislatore che, con l'art. 3 della l. 12 giugno 2003, n. 134 ha inserito il riferimento alle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p. accanto a quello alle sentenze di condanna e ai decreti penali. Sulla riforma la dottrina si è divisa. Una parte di essa ha salutato con favore la novella ritenendo doveroso introdurre un rimedio *pro reo* volto a bilanciare l'aumentato rischio di errore legato al largo uso della giustizia negoziata (E. Amodio, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*,

pre ritenuto che tale rimedio non potesse essere esperito nei confronti delle ordinanze, da qualunque giudice emesse, e delle sentenze di non luogo a procedere e di proscioglimento, ivi comprese quelle applicative di amnistia². Sennonché qualche dubbio si era posto – soprattutto in dottrina³ – in ordine alle pronunce che, pur avendo un contenuto formalmente liberatorio, recassero conseguenze negative per il prosciolto. Ci si riferisce, in particolare, a quelle decisioni che, sottintendendo un accertamento della responsabilità, applicano il perdono giudiziale, una misura di sicurezza o, come nel caso in esame, condannano l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile.

Riguardo a questa ultima categoria di pronunce esisteva in giurisprudenza un contrasto interpretativo.

L'orientamento maggioritario riteneva che la revisione potesse avere ad oggetto solo le sentenze di condanna agli effetti penali⁴. A fondamento di tale lettura veniva invocato, ora il principio di tassatività, che domina la materia delle impugnazioni e trova il suo campo elettivo di applicazione nei rimedi straordinari, ora una serie di argomenti legati alla *littera legis*, quali il fatto che l'art. 632, comma 1, lett. a) c.p.p. annoveri tra i soggetti legittimati a richiedere la revisione il "condannato", e il fatto che la revisione sia rimedio straordinario preordinato al proscioglimento della persona già condannata in via definitiva. L'art. 631 c.p.p. presidia, infatti, con l'inammissibilità la domanda di revisione che non sia fondata su elementi capaci di dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto.

L'opposto orientamento⁵, lungi dal mettere in discussione il principio di tassatività delle impugnazioni, contesta la lettura del dato normativo, affermando che i riferimenti abitualmente valorizzati, per sostenere la tesi contraria, sarebbero suscettibili di una diversa lettura.

Nello specifico, i richiami contenuti rispettivamente negli artt. 629 e 632 c.p.p. alla "sentenza di condanna" e al "condannato", essendo assolutamente generici, ben potrebbero riferirsi anche alla decisione che accoglie l'azione civile esercitata nel processo penale, non potendo dubitarsi che essa sia una "condanna" posto che, come espressamente stabilito dagli artt. 538 e 539 c.p.p., il giudice penale può statuire sulle restituzioni e sul risarcimento del danno a condizione che abbia accertato la responsabilità dell'imputato.

A sostegno di tale lettura si osserva, altresì, che la giurisprudenza è pervenuta alle medesime conclusioni in tema di ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p., rimedio ritenuto esperibile anche

2004, p. 700; I. Calamadrei, *Sentenza di patteggiamento e revisione*, in *Giur. it.*, 2005, p. 214), non senza evidenziare che sarebbe stata preferibile una disciplina differenziata per la revisione di questo particolare tipo di sentenze (E. Marzaduri, *Una riforma dagli effetti incerti che mette a dura prova gli interpreti*, in *Guida dir.*, 2003, 25, p. 19; F. Peroni, *Patteggiamento e revisione: logica negoziale ed esigenze di giustizia sostanziale a confronto*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1074; A. Scalfati, *Patteggiamento e revisione: tra recupero del giudizio e attriti del sistema*, in F. Peroni (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Padova, Cedam, 2004, p. 51); un'altra ha insistito sulla incompatibilità strutturale tra revisione e sentenza di patteggiamento (L. Cremonesi, *Patteggiamento "tradizionale" e "allargato", ecco le differenze*, in *Dir. e giustizia*, 2003, p. 15; M. Maddalena, *Il punto di vista del pubblico ministero*, in *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, loc. cit., p. 199).

²Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15973, in *Riv. pen.*, 2005, p. 642; Cass., sez. I, 15 aprile 1992, n. 1672, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 625; Cass., sez. VI, 30 novembre 1992, n. 4231, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 817.

³Si tratta di opinione diffusamente sostenuta in dottrina: M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, Cedam, p. 500; E. Jannelli, *Commento all'art. 629 c.p.p.*, in M. Chiavario (coord. da), *op. cit.*, p. 132; Id., *La revisione*, in M. Chiavario (a cura di), *Le impugnazioni. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, Utet, 2005, p. 666; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 105; R. Marchetti, *La revisione*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. V, Torino, Utet, 2009, p. 929; G. Spangher, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 132; Id., *La pratica del processo penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 299; N. Zappalà, *Sull'applicabilità della disciplina della revisione alla sentenza istruttoria di proscioglimento con formula non pienamente liberatoria*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2066.

⁴Cass., sez. II, 25 ottobre 2017, n. 53678, Ricupati, in *CED Cass.* n. 271367; Cass., sez. II, 9 novembre 2016, n. 2656, Calabrò, in *CED Cass.* n. 269528; Cass., sez. III, 3 marzo 2011, n. 24155, Bernardelli, in *CED Cass.* n. 250631; Cass., sez. V, 2 dicembre 2010, n. 2393, Pavesi, in *CED Cass.* n. 249781; Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15973, Decio, in *CED Cass.* n. 258763; Cass., sez. VI, 30 novembre 1992, n. 4231, in *CED Cass.* n. 193457; Cass., sez. I, 15 maggio 1992, n. 1682, in *CED Cass.* n. 190002.

⁵Cass., sez. V, 8 novembre 2016, n. 46707, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3294 con nota di A. Gusmitta, *La Cassazione torna sul tema della stabilità del giudicato penale: ammissibile la richiesta di revisione di sentenza di proscioglimento con condanna ai fini civili*; G. Stampanoni Bassi, *Sui limiti oggettivi della revisione: tra sentenze "a contenuto pienamente liberatorio" e sentenze di proscioglimento "non pienamente liberatorie"*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1265. Sul tema v. anche R. Normando, *Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione*, in *questa Rivista*, 2017, p. 642.

dal proscioltto condannato agli effetti civili, sebbene sia destinato, *expressis verbis*, al solo “condannato”⁶.

Le Sezioni Unite hanno aderito a quest’ultimo orientamento, seppure minoritario, con un’articolata motivazione che tiene conto di tutti gli argomenti dell’avversa linea interpretativa.

La soluzione adottata non comporta, però, il totale superamento dell’assunto per cui le sentenze di proscioglimento non sono soggette a revisione.

Il Collegio, infatti, pare condividere parzialmente le affermazioni di quella parte della dottrina che, da tempo, ha evidenziato come l’esclusione di tali sentenze dall’ambito di operatività del rimedio straordinario, possa concretizzare un’irragionevole disparità di trattamento ogni qualvolta, nonostante la sentenza liberatoria, per il residuo di pregiudizi, sussista un interesse a richiedere la revisione del giudicato.

Si legge, infatti, nella parte finale della motivazione che «la presenza o meno, contestualmente alla declaratoria di estinzione del reato, dell’affermazione di responsabilità agli effetti civili, ovvero dell’accertamento incidentale di responsabilità ai fini della confisca *ex art. 578-bis c.p.p.*, *legittima l’accoglimento di una soluzione diversa* quanto all’esperibilità della revisione contro le sentenze di proscioglimento non accompagnate dalle predette statuizioni ulteriori».

GLI ARGOMENTI DELLE SEZIONI UNITE

L’articolata motivazione merita un’attenta disamina.

Innanzitutto, il Supremo Collegio si premura di individuare il fondamento dell’istituto della revisione, richiamando l’art. 24 Cost. che, nell’imporre al legislatore ordinario di determinare «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», ineludibilmente costituzionalizza anche lo strumento processuale finalizzato alla revoca delle sentenze di condanna frutto dei predetti errori, strumento che, trovando esplicito riconoscimento anche in plurime fonti sovranazionali, poste a tutela dei diritti umani⁷, non può che considerarsi un inalienabile diritto della persona.

Ciò posto, la Cassazione si sofferma sul profilo della legittimazione, ritenuto centrale ai fini della decisione.

Essa chiarisce che legittimato ad esperire tale impugnazione straordinaria è *in primis* il soggetto “condannato”, ovvero «il soggetto che ha esaurito tutti i gradi del sistema delle impugnazioni ordinarie e rispetto al quale si è formato il giudicato»⁸. Esclusi, dunque, dall’ambito di operatività dell’istituto gli esiti dei procedimenti *ante iudicatum* e i provvedimenti per i quali l’ordinamento appresta rimedi “speciali” diversi⁹, l’attenzione del Collegio si concentra sulla nozione di “condannato”, introducendo diversi distinguo.

Ribadito che non è “condannato” il soggetto nei cui confronti sia stata emessa una sentenza che, ai soli effetti penali, si sia limitata a dichiarare l’estinzione del reato (per prescrizione o amnistia “propria”), ritiene di pervenire a diverse conclusioni quando, alla medesima declaratoria si accompagni in appello, come previsto dall’art. 578 c.p.p., la contestuale affermazione di responsabilità agli effetti civili (confermativa della corrispondente statuizione del primo giudice o anche pronunciata *ex novo* su gravame della parte civile), con conseguente condanna dell’imputato al risarcimento del danno e/o alle restituzioni.

Le conseguenze pregiudizievoli che discendono da tale pronuncia, definita di “condanna” dallo stesso codice (artt. 538 e 539 c.p.p.), fanno, infatti, del suo destinatario un “condannato”, il quale non può che avere titolo per esperire la revisione. Anche in tali casi – affermano le Sezioni Unite – «siamo al cospetto

⁶ Ci si riferisce a Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 28719, Marani, in *CED Cass.* n. 252695.

⁷ Il riferimento va all’art. 4, VII Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo il quale prevede – in deroga al divieto di *bis in idem* – la possibilità della riapertura del processo «se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta» e all’art. 14 § 6 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

⁸ Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 13199, Nunziata, in *CED Cass.* n. 269790.

⁹ Per l’elencazione completa dei provvedimenti non revisionabili si rinvia a M. Gialuz, sub art. 629 c.p.p. in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 3589; E. Jannelli, *Commento all’art. 629*, cit., p. 328; A. Presutti, sub art. 629, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 2801.

di un'affermazione di responsabilità, contestuale alla declaratoria di estinzione del reato, e ad essa inscindibilmente collegata, per la medesimezza del fatto storico costituente oggetto della duplice valutazione (agli effetti penali e civili) e dei materiali probatori valutati, di tal che la condanna, pur pronunciata ai soli effetti civili, si risolve, pur incidentalmente, in una affermazione di responsabilità anche agli effetti penali». Ciò è tanto più vero considerato che il giudice dell'appello «nel prendere atto dell'esistenza di una causa estintiva del reato verificatasi nelle more del giudizio di secondo grado, deve necessariamente compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio (...) non potendosi dare conferma alla condanna al risarcimento del danno in ragione della mancanza di prova dell'innocenza dell'imputato, secondo quanto previsto, con riferimento agli effetti penali, (...) dall'art. 129 comma 2 c.p.p. [ma dovendosi, al contrario], compiere un esaustivo apprezzamento sulla responsabilità dell'imputato».

Non può, quindi, dubitarsi che la statuizione di condanna agli effetti civili, pronunciata ai sensi dell'art. 578 c.p.p., contenga necessariamente, anche se incidentalmente, una implicita quanto ineludibile affermazione di responsabilità *tout court* operata, a cognizione piena, in relazione al fatto-reato causativo del danno, e che in quanto tale sia certamente suscettibile di arrecare pregiudizio all'interessato con riguardo alla sfera personale (per la compromissione della propria onorabilità) e a quella patrimoniale (per le statuizioni risarcitorie o di condanna alle restituzioni). Ne discende, per la Corte, che non è possibile negare in tali casi l'accesso al giudizio di revisione, poiché ove tale decisione risulti successivamente ingiusta, un tale diniego potrebbe porsi in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo della violazione del principio di uguaglianza, derivante dal diverso trattamento riservato a situazioni che presentino analoghi profili di pregiudizio, e della palese irragionevolezza, in difetto di apprezzabile giustificazione della discrasia. E, tra due possibili interpretazioni, il giudice deve sempre optare per quella che non ponga problemi di costituzionalità.

Se questo è il nocciolo della decisione, ad ulteriore sostegno delle proprie affermazioni, le Sezioni Unite evidenziano come gli ambiti di operatività dell'istituto della revisione nel tempo abbiano subito una graduale estensione, ora per effetto di interventi normativi (si pensi all'inclusione delle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti tra i provvedimenti passibili di revisione)¹⁰, ora attraverso interpretazioni innovative della disciplina da parte della giurisprudenza (si pensi all'evoluzione in tema di "novum" probatorio)¹¹, ora per effetto della declaratoria di incostituzionalità che ha introdotto la revisione europea¹².

¹⁰ Si rinvia alla nota 1.

¹¹ Nel definire la novità della prova la dottrina vi ha costantemente incluso, oltre alla prova *noviter reperta* anche la prova preesistente ma non introdotta (*noviter producta*) e quella acquisita al processo, ma pretermessa dal giudice (*noviter cognita*) (R. Adorno, *Il concetto di "nuove prove" ai fini della revisione*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2606; M. Bargis, *prove nuove ai fini della revisione*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 769; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 8 ed., 2006, p. 1218; M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, Cedam, 2003, p. 455; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 119; F. Peroni, *Modelli probatori e nozione di novum nel giudizio di revisione: un rapporto da ridefinire*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 29; A. Scalfati, *Omesso esame di risultati probatori sul fatto estinto e ammissibilità della revisione*, in *Arch. pen.* 1993, p. 425; Id., *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 495; G. Spangher, *Senza dati fattuali non c'è nuova prova*, in *Dir. e giustizia*, 2006, 45, p. 59). Per parte sua, la giurisprudenza, se è unanime nell'affermare che deve considerarsi prova nuova anche quella che, pur esistendo al tempo del giudizio non sia stata portata a conoscenza del giudice, prescindendosi dall'imputabilità di questo fatto ad eventuale negligenza della parte (Cass., sez. V, 15 luglio 1999, n. Puccio, in *CED Cass.* n. 213962; Cass., sez. V, 3 luglio 1996, Di Fabio, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2184; Cass., sez. IV, 11 marzo 1996, Arcudi, in *Riv. pen.*, 1996, p. 1161) risultava divisa in relazione alla riconducibilità nel *novum* della prova introdotta ma non valutata dal giudice. La Cassazione si era inizialmente espressa in termini positivi (Cass., sez. I, 14 dicembre 1992, Martello, in *CED Cass.* n. 192795; Cass., sez. II, 18 settembre 1992, Barisano, in *CED Cass.* n. 192251), ma tale orientamento era stato successivamente disatteso dalla Sezioni Unite le quali avevano inteso come prove nuove solo quelle non conosciute dal giudice (Cass., sez. un., 11 maggio 1993, Ligresti, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1491). Il loro intervento non aveva tuttavia contribuito al formarsi di un indirizzo univoco sul punto: infatti, mentre da un lato si continuavano a registrare pronunce favorevoli ad un recupero del precedente orientamento estensivo (Cass., sez. VI, 5 agosto 1999, Cavazza, in *CED Cass.* n. 216024; Cass., sez. I, 29 ottobre 1998, Bompreschi, in *CED Cass.* n. 211456), dall'altro, apparivano decisioni allineate alla posizione delle Sezioni Unite (Cass., sez. V, 11 giugno 1999, Percoco, in *CED Cass.* n. 213793; Cass., sez. II, 29 gennaio 1999, Lucidi, in *CED Cass.* n. 212267; Cass., sez. III, 3 settembre 1997, Rossi, in *CED Cass.* n. 209094). A dirimere il perdurante contrasto sono intervenute nuovamente le Sezioni Unite le quali hanno abbandonato la posizione rigorosa e facendo leva sul *favor revisionis* hanno stabilito che il requisito della novità va posto in relazione non al momento della acquisizione ma a quello della valutazione, per cui devono considerarsi prove nuove quelle sopravvenute alla sentenza e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero le prove acquisite ma non valutate (Cass., sez. un., 9 gennaio 2002, Pisano, in *Foro it.*, 2002, p. 461).

¹² Per un'analisi della decisione v. R.M. Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della Corte di Strasburgo: un*

In definitiva, l'interpretazione suggerita, lungi dal porsi in contrasto con il principio di tassatività, sarebbe piuttosto in linea con l'intima vocazione flessibile di un istituto la cui ragion d'essere è, e resta quella, di rimuovere un giudicato iniquo in ossequio «alle esigenze insopprimibili di verità e giustizia che sono, prima ancora che della persona, dell'intero ordinamento»¹³.

D'altro canto la soluzione proposta parrebbe trovare conforto anche in ulteriori dati testuali, oltre che in argomenti di natura sistematica.

L'art. 629 c.p.p. nella parte in cui ammette la revisione della condanna «anche se la pena è già stata eseguita o estinta» non intende delimitare l'ambito oggettivo dell'impugnazione straordinaria ai soli casi in cui sia estinta la pena e non il reato, ma solo rimarcare la sussistenza di un interesse "morale" del condannato a rimuovere il giudicato, anche quando la pena sia già stata interamente eseguita o estinta. Il che conferma indirettamente che il rimedio straordinario in questione deve poter essere azionato anche quando si tratta di rimuovere pregiudizi di natura "morale", come quello che consegue all'affermazione di responsabilità, sia pur pronunciata ai soli effetti civili, contestualmente alla declaratoria di estinzione del reato.

Anche l'art. 631 c.p.p., nella parte in cui prevede i possibili esiti del giudizio di revisione, non delinea una disciplina inconciliabile con la lettura suggerita dal Supremo consesso. Infatti, anche «se è vero (...) che agli effetti penali l'imputato è già stato prosciolto, è altrettanto vero che ciò è avvenuto per una causa diversa da quelle elencate negli artt. 529 e 530 c.p.p. che altrimenti non sarebbe stato possibile affermare la sua responsabilità ai fini civili». Ne segue che quel soggetto può ancora essere prosciolto per una causa diversa da quella già riconosciuta e ciò integra di per sé il presupposto per chiedere la rimozione di quel giudicato, ove ingiusto.

A conferma della soluzione proposta deporrebbe poi la previsione contenuta nell'art. 673 c.p.p.

Tale disposizione stabilisce che, in caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice il giudice dell'esecuzione revoca, non soltanto la sentenza di condanna o il decreto penale, ma anche la sentenza di proscioglimento e di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato ed adottando i provvedimenti conseguenti.

Tale previsione esprime la necessità che il giudicato, non importa se di condanna, ceda di fronte ad un mutato quadro normativo. Analoga soluzione si impone, per identità di *ratio* e in difetto di riferimenti testuali insuperabilmente ostativi, nei casi in cui vi sia stata condanna, sia pure ai soli effetti civili, contestualmente al proscioglimento per estinzione del reato, seguita dalla scoperta *ex post* di elementi decisivi di prova, prima ignoti, che dimostrino l'innocenza dell'imputato.

Risulterebbe, infatti, irragionevole avere previsto, in presenza di una sentenza che dichiara l'estinzione del reato con contestuale condanna alla statuzioni civili, la possibile caducazione del giudicato in conseguenza della sopravvenuta *abolitio criminis*, e non anche della scoperta di prove che impongano l'assoluzione nel merito con formula liberatoria di grado poizore.

La Corte conclude sottolineando che ritenere preclusa al prosciolto, per estinzione del reato, ma al tempo stesso ingiustamente condannato agli effetti civili, la possibilità di accedere alla revisione significherebbe negare a tale soggetto qualunque forma di tutela, posta l'impraticabilità della revocazione civile.

Quest'ultimo rimedio, infatti, in quanto soggetto al principio di tassatività, non è esperibile fuori delle ipotesi previste dall'art. 622 c.p.p., ossia nei casi di annullamento ai soli effetti civili, da parte della Corte di Cassazione, della sentenza penale contenente condanna generica al risarcimento del danno, unica situazione in cui si assiste ad una piena *traslatio* del giudizio sul danno al giudice civile.

Né tale assenza di tutela può rappresentare la conseguenza della mancata rinuncia alla prescrizione¹⁴ con cui l'interessato avrebbe potuto chiedere e ottenere un completo accertamento nel merito.

avanzamento di tutela e molte incognite, in questa Rivista, 2011, p. 93; M. Gialuz, Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea", in Cass. pen., 2011, p. 3308; S. Lonati, La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione, in Giur. cost., 2011, p. 1557; L. Parlato, Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo", in Dir. pen. proc., 2011, p. 839; P. P. Rivello, La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p. 1169.

¹³ E. Jannelli, *La revisione*, cit., p. 666.

¹⁴ È pur vero che se l'imputato avesse avuto interesse ad ottenere una sentenza di merito avrebbe potuto rinunciare alla prescrizione e che con la sua decisione di avvalersi della causa estintiva ha contribuito con il suo comportamento a creare la condi-

Quando l'ordinamento riconosce una facoltà ad un soggetto, il mancato esercizio della stessa, per il principio di non contraddizione, non può, infatti, mai essere fonte di pregiudizio per l'interessato che non abbia voluto avvalersene.

CONSIDERAZIONI

Il tema affrontato dalle Sezioni Unite merita una accurata riflessione, in quanto involge questioni di rilievo a livello processuale, tra cui quella del rapporto dinamico che lega il giudicato e la revisione.

In nome di istanze di giustizia sostanziale l'ordinamento appare sempre più propenso a mettere in discussione il giudicato, non più percepito come un dato di approdo intangibile, ma piuttosto come il frutto di un accertamento solo relativamente immutabile, destinato a cedere il passo di fronte alla necessità di rimediare ad una ingiustizia¹⁵ che si appalesi alla luce di elementi diversi e nuovi rispetto a quelli che hanno concorso a formare la decisione¹⁶.

A partire da tale considerazione le Sezioni Unite, avrebbero potuto costruire la loro pronuncia su una lettura estensiva della disciplina della revisione, valorizzando il fatto che la stabilità del giudicato è un valore ormai ampiamente in discussione.

Invero, da un lato, l'ordinamento si è progressivamente arricchito di istituti volti a rimuovere il giudicato¹⁷: si pensi al ricorso straordinario per Cassazione (art. 625-*bis* c.p.p.)¹⁸, finalizzato a risolvere il giudicato e a riaprire il processo (o comunque, a modificarne l'esito) allorché a causa di un errore di tipo percettivo («l'errore di fatto») sia stato leso il diritto dell'imputato, alla effettività del giudizio di legittimità; si pensi alla rescissione del giudicato, introdotta unitamente alla disciplina del processo *in absentia* e ora regolata dall'art. 629-*bis* c.p.p., con cui si consente al condannato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per l'intera durata del processo, di ottenere, a determinate condizioni, la revoca della sentenza e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado¹⁹. Dall'altro, sempre più ampi paiono i margini di operati-

zione ostativa all'ammissibilità della revisione, ma è altrettanto vero che quella scelta processuale è stata presa alla luce di un quadro probatorio differente rispetto a quello su cui si fonda la successiva richiesta di revisione, del quale l'imputato, non ha potuto tenere conto nel momento in cui ha ritenuto di non rinunciare al proscioglimento per causa estintiva. Dunque, a meno di non ritenere che egli debba subire le conseguenze sfavorevoli di una scelta fondata su presupposti di cui non poteva tenere conto, non pare che la mancata rinuncia alla causa estintiva, possa precludergli l'accesso alla revisione.

¹⁵ Scrive a tal proposito F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 214 «l'esigenza di assicurare la certezza del diritto nel caso concreto non può essere intesa in modo così radicale da raffigurare il giudicato come un rigido sbarramento all'insorgenza di meritorie istanze di giustizia».

¹⁶ Sul punto vedi ancora F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, loc. cit., p. 216 secondo cui «la certezza e l'immutabilità (...) non possono oltrepassare la decisione definitiva e coprire una realtà diversa, non ancora conosciuta e quindi non ancora giudicata». Esplicita al riguardo è anche la sentenza in esame Cass., sez. un., 7 febbraio 2019, n. 6141 secondo cui «l'istituto della revisione costituisce applicazione estrema del principio costituzionale che assegna al processo penale il compito dell'accertamento della verità (...) proprio la necessità di perseguire il rispetto della verità impone di non accogliere opzioni ermeneutiche che portino a mantenere ferme decisioni condizionate ad un quadro probatorio esistente al momento della decisione, ma che in seguito risulti radicalmente smentito».

¹⁷ Anche la restituzione nel termine per proporre impugnazione a favore del contumace (art. 175, comma 2, c.p.p. nella versione anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 67 del 2014) è rimedio risolutivo di un giudicato affetto da 'ingiustizia procedurale', *sub specie* violazione del diritto dell'imputato ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico ed a partecipare al processo qualora non abbia né rinunciato a comparire e a difendersi, né avuto intenzione di sottrarsi alla giustizia.

¹⁸ Sul tema v. A. Bargi, *Ricorso straordinario per Cassazione*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, Utet, 2004, p. 726; M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per Cassazione*, Milano, Giuffrè, 2005; O. Mazza, *Il ricorso straordinario per errore di fatto: un quarto grado di giustizia occasionale?*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3213; C. Scaccianoce, *Aspetti procedurali del ricorso straordinario per Cassazione*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 179.

¹⁹ Tale istituto, introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, era originariamente disciplinato nell'art. 625-*ter* c.p.p. La scelta di incardinare il giudizio sulla rescissione presso la Suprema Corte fu oggetto di molte critiche: da un lato si era evidenziato come in tal modo si fosse resa la Cassazione giudice "del fatto processuale dell'assenza" in quanto tale tenuta a compiere approfonditi esami degli atti del procedimento e valutazioni di merito "poco in sintonia con le caratteristiche e i poteri" di un organo di legittimità; dall'altro, si era evidenziato come l'assegnazione di questo nuovo compito rischiasse di intasare ulteriormente il lavoro della Cassazione, già oberata di sempre più numerosi ricorsi. Tali obiezioni sono alla base della riforma che ha portato all'abrogazione dell'art. 625-*ter* c.p.p. e all'inserimento dell'art. 629-*bis* c.p.p. con cui si è radicato tale giudizio presso la Corte di appello (art. 1, l. 23 giugno 2017, n. 103). Per un commento sull'istituto v. F. Alonzi, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato*, in *Dir*

vità degli istituti che consentono di intervenire *in esecutivis* sul giudicato in nome dell'equità e della salvaguardia della legalità penale. Invero, ai tradizionali poteri del giudice dell'esecuzione di intervenire sulla decisione definitiva (artt. 669-673 c.p.p.)²⁰ si affiancano oggi inediti poteri di accertamento e valutazione finalizzati alla rideterminazione della pena inflitta con la sentenza passata in giudicato. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare *post iudicatum*, nei casi in cui intervenga una declaratoria di incostituzionalità avente ad oggetto una disposizione diversa dalla previsione incriminatrice, la sanzione 'incostituzionale', previo accertamento dell'irrogazione di una pena più grave di quella legittima²¹. Ci si riferisce, ancora, alla possibilità per il medesimo giudice di applicare una pena diversa per sanare una violazione del principio di legalità accertata dalla Corte europea²².

D'altra parte, lo stesso strumento della revisione – come evidenziato anche dalle Sezioni Unite – nel tempo ha subito una graduale estensione, sul riflesso di un sempre più accentuato *favor* per la tutela degli interessi materiali e morali di chi sia stato a torto condannato, ora per opera del legislatore che ha

pen. proc., 2015, p. 293; Id., *Rescissione del giudicato: una nuova edizione, non ancora soddisfacente*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano-Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2017, p. 469; M. Bargis, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2015; Ead., *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, 1, p. 4; Ead., *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato alla Camera dei deputati*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2015; H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 249; G. Biscardi, *Gli effetti dell'accoglimento della richiesta di rescissione*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 251; L. Camaldo, *La rescissione del giudicato: dinamiche processuali*, in P. Corvi (a cura di), *op. cit.*, p. 229; S. Chimici, *Art. 625-ter: la rescissione del giudicato*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, p. 326; Id., *La rescissione del giudicato*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale e di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 302; J. Della Torre, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 dicembre 2014; G. Di Paolo, *I presupposti della rescissione del giudicato*, in P. Corvi (a cura di), *op. cit.*, p. 201; A. Furguele, *La nuova procedura per la rescissione del giudicato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 249; G. Ranaldi, *La rescissione del giudicato: esegesi di una norma imperfetta*, in *questa Rivista*, 2015, 1, p. 123; P. Silvestri, *Il nuovo processo in assenza dell'imputato e la rescissione del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2015, 4, p. 236; P. Spagnolo, *Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 639.

²⁰ Invero, il codice riconosce al giudice dell'esecuzione non pochi poteri di accertamento e valutazione finalizzati alla rideterminazione della pena inflitta con la sentenza passata in giudicato, con l'unico limite di non contraddire le valutazioni del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla previsione dell'art. 671 c.p.p. in forza della quale il giudice dell'esecuzione può rivalutare, *post iudicatum*, l'elemento soggettivo dei reati della serie criminosa, ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato, rideterminare la pena applicata con più sentenze divenute irrevocabili concedendo, se sussistono i presupposti, la sospensione condizionale e la non menzione della condanna.

²¹ L'art. 673 c.p.p. consente al giudice dell'esecuzione di intervenire sul giudicato nei casi di *abolitio criminis* e di declaratoria di illegittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice *stricto sensu* intesa. La giurisprudenza, interrogata sugli effetti delle sentenze di incostituzionalità che abbiano accertato l'incostituzionalità di una disposizione diversa dalla previsione incriminatrice, ma incidente sul trattamento sanzionatorio, ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione la possibilità di rideterminare *post iudicatum*, la sanzione 'incostituzionale', previo accertamento, nel caso concreto, dell'irrogazione di una pena più grave di quella legittima, sul presupposto che anche in questi casi si assiste ad una violazione del principio di legalità e ad un ingiusto sacrificio della libertà personale ai danni di chi sia destinatario di una pena più grave di quella legittima (Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, p.m. in C. Gatto, in *CED Cass.* n. 260696 in cui si legge che «il diritto fondamentale alla libertà personale deve prevalere sul valore dell'intangibilità de giudicato» e, dunque, devono «essere rimossi gli effetti ancora perduranti della violazione conseguente all'applicazione [della] norma incidente sulla determinazione della sanzione, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale dopo la sentenza irrevocabile»; in dottrina P. Troisi, *Flessibilità del giudicato e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015, p. 24; D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 975; sul punto v., altresì, Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, in *questa Rivista*, 2015, 6, p. 37 con nota di P. Maggio, *Spetta al giudice dell'esecuzione rideterminare la pena patteggiata "illegale" conseguente a declaratoria di illegittimità costituzionale*; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Cass. pen.*, 2015, p. 28 con nota di M. Gambardella, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*; Cass., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899, in *CED Cass.* n. 253084; Cass., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Riv. pen.*, 2012, p. 652).

²² Le tappe fondamentali della vicenda sono scandite in tre successive pronunce: Cass., sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969; C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, in *CED Cass.* n. 258649. Per una ricostruzione della vicenda v., per tutti, E. Lamarque-F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2014, p. 1; F. Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia della Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2014, 1, p. 1.

incluso tra i provvedimenti revisionabili le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, ora in ragione di letture evolutive della disciplina positiva in tema di “*novum*” probatorio, ora in ragione dell'intervento correttivo della Consulta che, per colmare un vuoto normativo, ha introdotto la “revisione europea”, onde consentire al nostro sistema di adeguarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo²³ e di assecondare la sempre più avvertita esigenza di porre rimedio a violazioni dei diritti fondamentali derivanti da sentenze passate in giudicato²⁴.

Le Sezioni Unite, invece, scelgono una strada diversa, convinte del fatto che il dato letterale e la complessiva disciplina non precludono la revisione delle sentenze di proscioglimento che contengano statuizioni agli effetti civili.

Alla sterile quanto superficiale interpretazione dei riferimenti contenuti, rispettivamente negli artt. 629 e 632 c.p.p. alla sentenza di “condanna” e al “condannato”, le Sezioni Unite frappongono un'analisi sistematica del dato normativo dalla quale emerge, in primo luogo, che la genericità del riferimento alle sentenze di condanna, contenuto nell'art. 629 c.p.p. permette agevolmente di ricomprendere nel raggio operativo della previsione anche le sentenze emesse ai sensi degli artt. 576 e 578 c.p.p., le cui statuizioni relative al risarcimento del danno e alle restituzioni, concettualmente autonome rispetto al proscioglimento, integrano certamente una condanna.

Ed invero gli artt. 576 e 578 c.p.p., posti a tutela della posizione del danneggiato del reato, che sia costituito parte civile, consentono al giudice d'appello e alla Corte di cassazione, nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, di decidere «ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono interessi civili».

Vengono in tal modo temperate le ragioni di due centri di interesse tra loro in conflitto: da un lato, quello dell'imputato a vedere riconosciuta la causa di estinzione del reato ascrittogli; dall'altro, quello del danneggiato dal reato a evitare il pregiudizio potenzialmente derivante dalla pronuncia estintiva. Senza contare i riflessi positivi in termini di economia processuale, derivanti dalla sollecita definizione della controversia civile²⁵.

In sostanza, l'art. 578 c.p.p., introducendo una deroga al principio di accessoriarietà dell'azione civile nel processo penale²⁶, autorizza il giudice penale – nelle ipotesi di amnistia o prescrizione²⁷ intervenute nelle more del giudizio di impugnazione – alla cd. doppia pronuncia: proscioglimento ai fini penali e condanna ai fini civili²⁸.

Peraltro, sebbene originariamente si ritenesse che primo presupposto della decisione del giudice dell'impugnazione sugli effetti civili, nel caso di estinzione del reato, fosse la condanna dell'imputato in prime cure²⁹, tale impostazione è stata successivamente superata con l'avallo delle Sezioni Unite, le quali hanno riconosciuto al giudice dell'appello, che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione o per amnistia su impugnazione, anche ai soli effetti civili, della sentenza di assoluzione ad opera della

²³ Sul punto, *ex multis*, B. Lavarini, *I rimedi post iudicatum alla violazione dei canoni europei*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike giuridica, 2016, p. 87; M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 275; D. Rinoldi, *L'impatto interno delle decisioni della Corte europea de diritti dell'uomo nel caso di ricorso individuale*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 302; G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, loc. cit., p. 614.

²⁴ Sul punto v. F. Del Vecchio, *I recenti orientamenti in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento*, in questa Rivista, 2019, 1, p. 204.

²⁵ C. Fiorio, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Torino, Utet, 1988, 366; M. Pisani, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, Monduzzi, 2008, p. 559.

²⁶ S. Salidu, *Commento all'art. 578 c.p.p.*, in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, Utet, 1991, p. 80.

²⁷ La previsione opera esclusivamente in presenza di queste cause estintive. La giurisprudenza ha escluso che il giudice d'appello possa decidere sulla pretesa civilistica nel caso di morte dell'imputato (Cass., sez. IV, 23 giugno 2005, n. 31314, Zelli, in *CED Cass.* n. 231745; Cass., sez. VI, 5 ottobre 1999, n. 12537, Nicolosi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 930), di remissione della querela (Cass., sez. V, 16 aprile 2013, n. 41316, in *CED Cass.* n. 257935).

²⁸ A. Marandola, *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (a cura di), *Impugnazioni*, vol. V, *Trattato di procedura penale*, Torino, Utet, 2009, p. 125.

²⁹ In questi termini Cass., sez. III, 1° dicembre 2004, n. 1988, Praticò, in *CED Cass.* n. 230585; Cass., sez. V, 3 ottobre 2000, n. 11509, Macedonio, in *CED Cass.* n. 217280.

parte civile, il potere-dovere di condannare l'imputato al risarcimento dei danni in favore di quest'ultima³⁰ anche in mancanza di una precedente statuizione sul punto.

Si tratta di un'interpretazione che, in deroga a principi che parevano consolidati, autorizza il giudice penale investito di una domanda civile, necessariamente dipendente da un accertamento sul fatto di reato, a statuire, seppure in via incidentale, sul fatto oggetto dell'imputazione, non solo in mancanza di un precedente condanna dell'imputato, ma anche in modo difforme dal giudice del grado precedente.

Il giudice dell'impugnazione, investito della declaratoria di estinzione del reato, conserva integra la sua cognizione e i suoi poteri: egli deve verificare l'esistenza di tutti gli elementi della fattispecie penale al fine di confermare o meno il fondamento della condanna alle restituzioni o al risarcimento pronunciata dal primo giudice o dal giudice d'appello, nel caso in cui l'estinzione del reato venga accertata dalla corte di Cassazione³¹.

Duplici è la valutazione demandata al giudice di cui dar conto nella motivazione: verificare se sussistano gli estremi del reato dal quale dipendono gli effetti civili e, in secondo luogo, accertare sia pure in modo sommario, l'esistenza di tale diritto.

Egli non può, dunque, confermare automaticamente le statuizioni sui capi civili, ma deve prendere in esame il contenuto dell'impugnazione³².

Si tratta, in altri termini, di una decisione che postula una delibazione piena sulla sussistenza del fatto di reato³³, tanto che il giudizio d'appello non può essere definito con una sentenza predibattimentale (di estinzione del reato); un giudizio che si caratterizza, altresì, per l'inapplicabilità della regola generale, ispirata a una logica di economia processuale, di cui all'art. 129, comma 2, c.p.p. che subordina il proscioglimento alla prova evidente di innocenza³⁴.

Quanto alla formula utilizzata nell'art. 632 c.p.p. per individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, il generico richiamo alla figura del condannato ben può ricomprendere il soggetto prosciolto ma destinatario di statuizioni civili da parte del giudice penale giacché all'accertamento della responsabilità per il fatto addebitato consegue l'accoglimento delle pretese risarcitorie della parte civile e la conseguente condanna al risarcimento del danno o alle restituzioni (artt. 538 e 539 c.p.p.).

È evidente che ci troviamo di fronte ad una decisione il cui contenuto "civilistico" riposa sull'implicita condanna per il fatto che è accertato, ma non è punibile in quanto prescritto, una pronuncia che proprio perché emessa sulla base di tale presupposto risulta duplicemente pregiudizievole per il suo destinatario: da un punto di vista morale, per il sotteso riconoscimento della responsabilità, da un punto di vista patrimoniale, in ragione dell'accoglimento delle pretese della parte civile.

E allora viene da chiedersi se la revisione, volta a rimuovere il pregiudizio derivante da una condanna ingiusta, sebbene strumento funzionale al proscioglimento, non ricomprenda al suo interno anche l'intimo scopo di consentire la revoca di qualsivoglia sentenza, anche di proscioglimento, quando questa non sia pienamente liberatoria e ciò sia reso possibile e necessario in conseguenza dall'emergere di un *novum*.

La risposta positiva a tale quesito parrebbe trovare indiretta conferma in alcune risalenti pronunce della Corte costituzionale che, seppure riferite ad ipotesi ben diverse da quella in esame, hanno censurato per contrasto con l'art. 3 Cost. previsioni che limitavano l'accesso alla revisione in ragione del contenuto della sentenza.

Ci si riferisce, in particolare a quella norma del codice previgente che riteneva preclusa la revisione a

³⁰ Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 25083, Negri, in *Cass. pen.*, 2006, 3519; Cass., sez. III, 19 marzo 2009, n. 17846, G.C., in *CED Cass.* n. 243761; Cass., sez. I, 18 marzo 2009, n. 20163, Alberti, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1575. In dottrina, in termini adesivi v. F. Nuzzo, *Sui poteri del giudice dell'impugnazione in materia civile nell'ipotesi di estinzione del reato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 214.

³¹ Cass., sez. IV, 8 ottobre 2003, n. 1484, Corinaldesi, in *Cass. pen.*, 2005, p. 888; Cass., sez. I, 27 settembre 2007, n. 40197, Formis, in *CED Cass.* n. 237863; Cass., sez. VI, 5 aprile 2006, n. 19748, Bellini, in *Giur. it.*, 2007, 1752; in dottrina v. A. Marandola, *Le disposizioni generali*, cit., p. 129.

³² Cass., sez. V, 27 maggio 2014, n. 29936, in *CED Cass.* n. 256660.

³³ S. Salidu, *Commento all'art. 578 c.p.p.*, cit., p. 80.

³⁴ Si veda, sul punto, Cass., sez. un., 28 maggio 2009, Tettamanti, in *Guida dir.* 2009, fasc. 39, 67 con nota di A. Natalini, *Il richiamo al canone dell'economia processuale tiene conto del bilanciamento tra opposte esigenze*; Cass., sez. V, 7 ottobre 2014, n. 3869, in *CED Cass.* n. 262175; Cass., sez. VI, 20 marzo 2013, n. 16155, in *CED Cass.* n. 255666; Cass., sez. VI, 25 novembre 2009, n. 3284, M.N., in *Cass. pen.*, 2011, p. 2306; Cass., sez. V, 24 marzo 2009, n. 14522, P.F., in *CED Cass.* n. 243343; Cass., sez. VI, 8 giugno 2004, n. 31464, De Sapio, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3026.

coloro che fossero stati condannati per una contravvenzione e non fossero stati dichiarati contravventori abituali o professionali (art. 533, n. 2, c.p.p.)³⁵ e a quelle disposizioni che impedivano a coloro che fossero stati prosciolti per insufficienza di prove di partecipare al giudizio di revisione da altri instaurato (artt. 203, 553 e 554 c.p.p.)³⁶.

In entrambe le occasioni la Consulta ha avuto modo di sottolineare come sia opportuno che l'interprete, nella individuazione dei limiti di operatività dell'istituto della revisione, tenga conto del contenuto sostanziale delle pronunce in quanto, indipendentemente dalla specie e dalla misura della pena inflitta, e della formula utilizzata dal giudice nella sentenza, esse possono recare effetti pregiudizievoli che devono poter essere eliminati ove *ex post* quel contenuto decisorio si appalesi ingiusto, pena la violazione del principio di uguaglianza.

Il *fil rouge* che accomuna queste pronunce è il medesimo: per individuare l'ambito di operatività della revisione non ci si può fermare al dato formale, ma occorre guardare alla sostanza, al contenuto della decisione che attraverso il rimedio speciale si vuole revocare, perché solo così si rispetta la *ratio* dell'istituto che «risponde[ndo] all'esigenza di altissimo valore etico e sociale, di assicurare, senza limiti di tempo e anche quando la pena sia stata espiata o sia estinta, la tutela dell'innocente»³⁷, deve potersi utilizzare ogniqualvolta occorra rimuovere gli esiti pregiudizievoli derivanti da una pronuncia che sia risultata *ex post* frutto di un errore³⁸.

Tenuto conto di ciò non si può escludere che la questione dei limiti oggettivi della revisione si riproponga all'attenzione della giurisprudenza.

La sentenza in esame ha, infatti, il merito di avere riletto i riferimenti contenuti negli artt. 629 e 632 c.p.p. alla "condanna" e al "condannato", in modo da ricomprendere tra i provvedimenti passibili di revisione, anche le declaratorie di estinzione del reato, accompagnate dall'affermazione di responsabilità agli effetti civili, ovvero dall'accertamento di responsabilità ai fini della confisca *ex art. 578 bis c.p.p.*

Restano però tuttora escluse, dall'ambito di operatività del rimedio straordinario, le sentenze di proscioglimento non accompagnate dalle predette statuizioni ulteriori, ossia quelle conseguenti ad un'amnistia o all'applicazione del perdono giudiziale o a un difetto di imputabilità le quali, muovendo da un accertamento di responsabilità, possono recare un contenuto pregiudizievole per l'imputato (si pensi al caso in cui al difetto di imputabilità consegue l'applicazione di una misura di sicurezza o, al caso in cui, nonostante, l'amnistia, siano confermate in appello le statuizioni civili della sentenza) e questa esclusione rischia di risultare, anche alla luce della nuova apertura giurisprudenziale, ulteriormente irragionevole e meritevole di un ripensamento.

Un ripensamento che non può che essere normativo giacché non pare possibile affermare, a diritto positivo vigente, che l'art. 629 c.p.p. consenta la revisione di tutte le sentenze non pienamente liberatorie.

D'altro canto, l'esclusione di tali provvedimenti dal novero di quelli revisionabili pare introdurre una contraddizione nel sistema.

Va, infatti, considerato che il prosciolto non ricorrente può partecipare al giudizio di revisione da altri instaurato «ogni qualvolta esistano prospettive migliori»³⁹ onde avvalersi *ex art. 587 c.p.p.* degli eventuali effetti positivi della decisione pronunciata nei confronti del concorrente nel reato, quando l'accoglimento della sua impugnazione non sia fondato su motivi strettamente personali⁴⁰. Non a caso, il presidente della Corte d'appello emette il decreto con cui cita anche l'imputato non impugnante, se ricorre una delle situazioni che gli consentono di avvalersi dell'effetto estensivo dell'altrui impugnazione (artt. 601 e 636 c.p.p.).

³⁵ C. cost., sent. 5 marzo 1969, n. 28 in *Giur. cost.*, 1969, p. 384 con nota di G. Tranchina, *La sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 1969: una decisione di legittimità o una valutazione di opportunità?*.

³⁶ Il riferimento va a C. cost., sent. 6 dicembre 1976, n. 236, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1858.

³⁷ In questo senso C. cost., sent. 5 marzo 1969, n. 28, cit.

³⁸ Sul punto, v. G. Tranchina, *L'esecuzione*, in D. Siracusano-G. Tranchina-V. Zappalà-A. Galati (a cura di), *Diritto processuale penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000, p. 586 secondo cui «l'intangibilità del giudicato riposa sull'ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo: essa viene meno allorché sopraggiunga il convincimento che quella conoscenza si sia prodotta sulla base di fallaci percezioni da parte del giudice, ponendo così in crisi la situazione di certezza che il giudicato avrebbe dovuto garantire determinando, di conseguenza, la necessità di una successiva acquisizione di conoscenza».

³⁹ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 1238.

⁴⁰ Cass., sez. I, 4 ottobre 2000, n. 12081, Pietrostefani, in *CED Cass.* n. 217298.

Ciò considerato appare incoerente precludere al prosciolto di accedere alla revisione per poi consentirgli di ottenere lo stesso risultato attraverso un'altra via e, cioè, mediante l'estensione degli effetti favorevoli dell'impugnazione proposta dai coimputati destinatari di una pronuncia di condanna⁴¹.

Si è detto che il tema dell'interpretazione del termine 'condannato' (quale soggetto legittimato a proporre mezzi di impugnazione straordinari) si era già posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza in riferimento all'esperibilità del ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.*

Anche in quella occasione si era discusso in ordine all'ammissibilità di un mezzo di impugnazione straordinario da parte del soggetto condannato non a sanzioni penali, ma esclusivamente al risarcimento dei danni in favore della parte civile e, anche in quel caso, la giurisprudenza si era divisa.

L'orientamento maggioritario⁴² aveva negato l'ammissibilità dell'impugnazione, valorizzando, da un lato, il fatto che non si era al cospetto di una vera e propria condanna penale e, dall'altro, il principio di tassatività in materia di impugnazioni straordinarie, non senza tracciare un parallelismo proprio con la revisione non ammessa per le sentenze di proscioglimento.

Come è risaputo, le Sezioni unite⁴³ hanno poi aderito all'opposto orientamento, muovendo dalla considerazione che, anche chi sia stato destinatario di una condanna sulle statuizioni civili, meriti l'appellativo di condannato.

Non è dato comprendere quanto abbia inciso sulla decisione in esame il precedente in tema di ricorso straordinario, ma non è da escludere che, per una sorta di effetto di trascinamento, il problema possa nel futuro porsi anche riguardo alla rescissione del giudicato, anch'essa appartenente ai rimedi straordinari, e ora collocata sistematicamente nel Titolo IV dedicato appunto alla revisione.

Anche tale istituto è, infatti, destinato, per espressa previsione normativa, al condannato (oltre che al soggetto cui sia stata applicata una misura di sicurezza) e, quindi, sembrerebbe esperibile esclusivamente per ottenere la revoca di un giudicato di condanna, oppure di una sentenza di proscioglimento che abbia applicato misure di sicurezza. Ma, alla luce della nozione di 'condannato' emersa nella pronuncia in esame, e in quella che l'ha preceduta in tema di ricorso straordinario, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di sottoporre a tale mezzo straordinario anche le sentenze di proscioglimento che, nel dichiarare il reato estinto, confermino le statuizioni civili e, più in generale sull'opportunità di ammettere la rescissione di qualsivoglia sentenza di proscioglimento che non sia pienamente liberatoria, considerato che il destinatario di tali pronunce può avere un interesse a rimuovere il giudicato e a ottenere un nuovo processo in cui, con la sua partecipazione personale, ambire ad una formula più favorevole.

È pur vero, che in ragione della natura straordinaria del rimedio, tale interesse individuale può ben essere oggetto di bilanciamento con l'interesse pubblico alla stabilità delle decisioni giudiziarie, tanto più quando il proscioglimento non si accompagna a misure che incidono sulla libertà personale.

Ma – come si è visto – la stabilità delle decisioni giudiziarie non è più un valore assoluto, e pare destinato a cedere il passo a fronte della necessità di rimediare ad una ingiustizia e alla esigenza, avvertita ormai come prevalente, di tutelare i diritti inviolabili dell'individuo⁴⁴.

⁴¹ In questi termini S. Lonati, *Applicazione dell'art. 578 c.p.p. nel giudizio di revisione e riassunzione della qualità di imputato*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3144.

⁴² Cass., sez. I, 20 maggio 2008, n. 23150, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4479; Cass., sez. V, 8 novembre 2005, n. 45937, in *Cass. pen.*, 2007, p. 215; *contra* Cass., sez. VI, 27 aprile 2010, n. 26485, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 716.

⁴³ V. Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 28719, cit. in cui si legge che la soluzione che tende a limitare il ricorso straordinario alla condanna per il capo penale «si rivela palesemente eccentrica rispetto al diritto del condannato, anche soltanto per il capo civile, a fruire di un giudizio di legittimità non compromesso dall'errore di fatto. Per un verso, infatti, la locuzione 'condannato' che delimita soggettivamente la sfera di applicabilità del rimedio straordinario che viene qui in discorso, non può arbitrariamente scandirsi in ragione del tipo di condanna in capo al soggetto che sia stato sottoposto, come imputato, al processo penale, giacché l'essere stato costui evocato in giudizio tanto sulla base dell'azione penale quanto in forza dell'azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili. Ma di tale distinzione non v'è traccia nel testo dell'art. 625 *bis* c.p.p. né può dirsi ricavabile una qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma a emendare l'errore che coinvolga la posizione dell'imputato condannato solo per gli interessi civili».

⁴⁴ Sul punto v. Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit. (punto 6, cons. in dir.), in cui si legge che il progressivo maturare e diffondersi dei valori costituzionali ha «posto in primo piano la necessità di apprestare adeguate tutele ai diritti della persona, preminenti rispetto all'autorità formale del giudicato, fondata sull'esigenza pratica di assicurare stabilità e certezza agli esiti dei procedimenti penali».

Il difficile rapporto tra confisca urbanistica e prescrizione del reato

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA 7 FEBBRAIO 2019, N. 5936 – PRES. ROSI, REL. LIBERATI

È possibile disporre la confisca anche nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, a condizione che sia compiutamente accertata la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sulla base del medesimo standard probatorio richiesto per la pronuncia della sentenza di condanna e con il rispetto delle garanzie proprie delle pronunce formali di condanna.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 10 novembre 2017 la Corte d'appello di Catania, provvedendo sulle impugnazioni degli imputati nei confronti della sentenza del 30 dicembre 2015 del Tribunale di Siracusa, con cui ne era stata affermata la responsabilità in relazione al reato di cui all'art. 44, lett. c), d.P.R. 380/2001, ed era stata disposta la confisca dei terreni e delle opere abusive in sequestro, ha dichiarato non doversi procedere nei confronti di (*omissis*), per essere detto reato estinto per prescrizione, confermando nel resto la sentenza impugnata.

2. Avverso tale sentenza hanno proposto congiuntamente ricorso per cassazione *omissis*, affidato a tre motivi.

2.1. Con un primo motivo hanno lamentato la violazione degli artt. 429 e 601 cod. proc. pen., per l'omessa citazione a giudizio degli appellanti, con la conseguente nullità assoluta e insanabile della sentenza, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. b) et c), e 179, comma 1, cod. proc. pen., in quanto la sentenza di proscioglimento impugnata non era stata preceduta dalla citazione degli imputati e del loro difensore, ma resa prima del dibattimento, con la conseguente violazione del principio del contraddittorio.

2.2. Con un secondo motivo hanno lamentato la violazione dell'art 44, lett. c), d.P.R. 380/2001, dell'art. 158 cod. pen. e degli artt. 125, comma 3, e 129 cod. proc. pen., per l'omissione di qualsiasi valutazione in ordine alla sussistenza di cause di proscioglimento, rilevanti in considerazione della conferma della disposta confisca delle opere abusive.

Hanno esposto al riguardo che la Corte d'appello aveva del tutto omesso di considerare le censure sollevate in ordine al termine iniziale di decorrenza della prescrizione, collocandone il decorso dal 26 gennaio 2011, data del sequestro dell'immobile degli imputati *omissis*, mentre esso avrebbe dovuto essere computato a far tempo dalla data di conclusione delle compravendite dei fabbricati abusivi da parte degli imputati, perfezionate il 6 agosto 2004, allorquando l'attività edificatoria era terminata, con la conseguenza che non avrebbe potuto essere affermata la responsabilità neppure dal Tribunale, per essere a tale data già estinti i reati, e dunque neppure essere disposta la confisca dei fabbricati abusivi.

A sostegno della affermazione della ultimazione della attività edificatoria e del completamento delle opere in epoca anteriore alla conclusione delle vendite dei fabbricati avevano prodotto vari documenti, dai quali era possibile desumere tale circostanza, e chiesto alla Corte d'appello di acquisire la aerofotogrammetria dei luoghi relativa al periodo 1995-2004 e di disporre l'esame dei responsabili del Settore urbanistica del Comune di Noto.

Non emergendo, comunque, la prosecuzione della attività edificatoria successivamente alle alienazioni, non avrebbe potuto essere disposta la confisca da parte del Tribunale, posto che la permanenza degli illeciti doveva ritenersi cessata con gli atti di alienazione.

2.3. Con un terzo motivo hanno lamentato ulteriore violazione dell'art. 44, lett. c), d.P.R. 380/2001,

nonché dell'art. 117, comma Cost., in relazione agli artt. 6, 7 e 13 della Convenzione EDU e dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 a tale Convenzione, e dell'art. 125, comma 3, cod. proc. pen. Hanno ribadito la necessità di un pieno accertamento della responsabilità dei soggetti coinvolti per poter disporre la confisca delle opere abusive, richiamando in proposito la giurisprudenza convenzionale, e, in particolare, le sentenze Sud Fondi c. Italia (2009) e Varvara c. Italia (2013), e la decisione del 25/3/2015 della seconda sezione della Corte EDU, di rimettere alla Grande Chambre la questione della compatibilità tra la normativa italiana e le disposizioni dell'art. 7 della Convenzione EDU, censurando l'orientamento interpretativo interno, secondo il quale sarebbe possibile disporre la confisca di opere abusive in assenza di una sentenza di condanna e di un accertamento di responsabilità, in quanto contrastante con l'art. 7 Convenzione EDU.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Assorbente risulta la considerazione che la Corte d'appello, pur in presenza di una causa di estinzione dei reati addebitati agli imputati, da rilevare e dichiarare immediatamente in mancanza di cause evidenti di proscioglimento, aveva comunque l'onere, essendo stata disposta dal Tribunale la confisca dei fabbricati oggetto della lottizzazione abusiva, di accertare compiutamente, esaminando tutte le doglianze sollevate dagli imputati, la configurabilità del reato di lottizzazione abusiva contestato e la conseguente possibilità di confermare la confisca delle opere abusive nonostante l'estinzione del reato per prescrizione.

3. Questa stessa Sezione terza aveva, infatti, già affermato che il proscioglimento per intervenuta prescrizione maturato nel corso del processo non osta, sulla base di una lettura costituzionalmente (cfr. Cort. Cost., sent. n. 49 del 2015) e convenzionalmente orientata, alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che il suddetto reato venga accertato, con adeguata motivazione, nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, posto che l'obbligo di accertamento imposto al giudice per l'adozione del provvedimento ablativo prevale su quello generale della immediata declaratoria della causa di non punibilità, ex art. 129 cod. proc. pen. (Sez. 3, n. 53692 del 13/7/2017, Martino, Rv. 272791; conf. Sez. 3, n. 15126 del 5/4/2018, Settani, non massimata).

Ne consegue che, in presenza di detta causa estintiva del reato, il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente ex art. 129 cod. proc. pen., ma deve procedere al necessario accertamento del reato nelle sue componenti, oggettive e soggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio, e a tal fine, pur in presenza della sopravvenuta prescrizione, deve proseguire l'istruttoria dibattimentale (Sez. 3, n. 43630 del 25/6/2018, Tannmaro, non massimata): il giudizio deve dunque proseguire, pur a seguito della estinzione per prescrizione del reato, al fine esclusivo dell'accertamento della legittimità della confisca, e il parametro di giudizio e la conseguente completezza dell'istruttoria non subiscono modifiche rispetto a quanto necessario per giungere a una sentenza di condanna, posto che deve essere accertata la configurabilità del reato di lottizzazione abusiva al momento dell'esercizio dell'azione penale (cfr. Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534 – 01).

3.1. Tali criteri ermeneutici sono stati recepiti dal Legislatore, mediante l'introduzione dell'art. 578 bis cod. proc. pen. (inserito dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, sulla riserva di codice), rubricato "Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione", in base al quale "Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato", così codificando il suddetto principio di creazione giurisprudenziale, secondo il quale può disporsi la confisca anche nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, a condizione che sia compiutamente accertata la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sulla base del medesimo standard probatorio richiesto per la pronuncia della sentenza di condanna.

4. Tale quadro interpretativo non è mutato, per quanto riguarda il caso in esame, nel quale la confisca è stata disposta nei confronti di soggetti che hanno partecipato al processo e a seguito dell'accertamento da parte del primo giudice della loro responsabilità, per effetto della pronuncia resa dalla Grande Camera della Corte EDU il 28 giugno 2018, nella causa G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia, con la quale so-

no stati affrontati plurimi profili collegati ai rapporti tra la confisca urbanistica e la sopravvenuta prescrizione del reato.

4.1. Per quanto rileva nel caso in esame la Corte EDU ha chiarito che i principi di legalità e colpevolezza, contemplati dall'art. 7 CEDU, nonché la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 6 §2, non consentono che la confisca venga disposta in assenza di un sostanziale dichiarazione di responsabilità, pur se adottata in mancanza della pronuncia di una formale sentenza di condanna. Ferma restando l'imprescindibile necessità di garantire il diritto di difesa nella sua massima esplicazione e secondo i parametri di cui all'art. 6 CEDU, la Corte ha affermato che «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato» (§261).

Ne consegue che la compatibilità tra la confisca urbanistica e la pronuncia di una sentenza di prescrizione è, in astratto, pienamente conforme ai principi convenzionali, dovendosi invece appuntare l'attenzione sul dato sostanziale dell'avvenuto accertamento dell'esistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato, attuando tutte le garanzie proprie della natura penale della sanzione irrogata.

È dunque possibile disporre la confisca urbanistica anche in caso di sentenza di prescrizione, ma la decisione sulla confisca – proprio perché in ottica convenzionale integra una decisione sanzionatoria di tipo penale – deve necessariamente essere adottata secondo standard probatori e con il rispetto delle garanzie proprie delle pronunce formali di condanna.

4.2. Tale accertamento è stato, però, omesso dalla Corte d'appello, che, nel dichiarare, con sentenza predibattimentale, la estinzione per prescrizione del reato addebitato agli imputati, ha confermato la confisca dei fabbricati abusivi, omettendo qualsiasi esame delle doglianze sollevate dagli imputati (circa la configurabilità di tale reato e, soprattutto, l'epoca della sua consumazione, che sarebbe anteriore all'esercizio dell'azione penale) e il necessario accertamento, in contraddittorio e con tutte le garanzie difensive, della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi di tale reato, richiesto per poter confermare la disposta confisca, cui, pertanto, alla stregua dei criteri interpretativi richiamati, occorre provvedere nella pienezza della cognizione del giudice d'appello.

5. La sentenza impugnata deve, pertanto, essere annullata, senza rinvio, e gli atti debbono essere trasmessi alla Corte d'appello di Catania, affinché, sulla scorta dei suddetti criteri interpretativi e tenendo conto della successiva elaborazione interpretativa di questa Corte, provveda al giudizio sulle impugnazioni proposte dagli imputati.

[*Omissis*]

RAFFAELE TECCE

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

Confisca urbanistica e prescrizione del reato

The urban planning confiscation and prescription of the crime

Le recenti scelte operate dal legislatore, volte ad estendere l'ambito di applicazione della confisca, rivelano molteplici punti di criticità anche alla luce della sentenza della Corte e.d.u., che si è espressa sul problematico rapporto tra l'ablazione urbanistica (art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 del 2001) e la sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato.

Le successive riflessioni, peraltro, si inseriscono in una più ampia cornice sistematica e normativa, della quale fa parte anche il nuovo art. 578-bis c.p.p.

The recent choices made by the legislator, aimed at extending the scope of the confiscation, reveal multiple critical points also in the light of the Court's decision e.d.u., which expressed itself on the problematic relationship between urban ablation (art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 of 2001) and the sentence of acquittal for prescription of the crime.

The subsequent reflections, moreover, fit into a broader systematic and normative framework, of which the new art is also part. 578-bis c.p.p.

PREMESSA

La sentenza in commento impone, preliminarmente, di focalizzare l'attenzione, seppur a grandi linee, sulla disciplina di cui all'art. 240 c.p., nel tentativo di comprendere l'istituto della confisca nelle sue articolazioni specifiche ed i profili critici emergenti alla luce della sua applicazione.

La confisca – allocata nel Titolo VIII e disciplinata dall'art. 240 c.p. – consiste nell'espropriazione, da parte dello Stato, di cose in varia misura legate ad un reato o di per sé criminoso.

Benché non sia stato agevole nel tempo trovare un'unica definizione che potesse contenere in sé i suoi vari significati, si rende necessario sottolineare come al termine confisca corrisponda ormai un significato normativo sensibilmente variegato, posto che esso investe un fascio d'istituti sempre meno riducibili a un comune denominatore, specie se si punta l'indagine sulle finalità della misura¹.

L'*empasse*, difatti, nasce dall'esigenza dell'autorità giudiziaria di ricondurre diverse fattispecie sotto lo schermo protettivo della misura di sicurezza, quale strumento efficace, rischiando di non valutare, tuttavia, i risvolti pratici che da ciò ne derivano, in considerazione, soprattutto, dei principi costituzionali.

Procedendo ad una prima analisi del disposto normativo, appare agevole intuire l'intenzione del legislatore di scindere l'articolato in due ipotesi di confisca: l'una facoltativa nel primo comma, il che è suggerito dal verbo “può”, e l'altra obbligatoria, al secondo comma.

La confisca facoltativa richiede, perché possa validamente applicarsi, l'esistenza di taluni presupposti, primo fra tutti la presenza di una sentenza di condanna, nonché la non appartenenza del bene da confiscare a persona estranea al reato.

Discussa è l'eventualità di individuare, poi, un altro presupposto nella pericolosità della cosa²: tale

¹ A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 39 ss.; S. Furfaro, *Confisca*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 2005, p. 209 ss., per il quale “soltanto ove si accantoni l'occasione e si consideri puramente l'effetto, la confisca appare un istituto unitario”; A. Melchionda, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977; L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, Cedam, 1997; G. Biscardi, *Concorso di sequestri e traguardo finale: un viaggio accidentato tra istanze risarcitorie e confische*, in *questa Rivista*, 2018, 5, pag. 934 ss.

² Preferiscono una tripartizione, inserendo il requisito della pericolosità, tra gli altri: A. De Marisco, sub *art. 240 c.p.*, in U.

ulteriore requisito si renderebbe necessario, pur nel silenzio dell'art. 240, comma 1, c.p., in ossequio alla disciplina comune a tutte le misure di sicurezza.

In ogni caso, pare utile rammentare che il giudice, nel disporre la confisca *de qua*, dovrà egli stesso adeguatamente valutare la pericolosità della cosa, attraverso un giudizio prognostico avente ad oggetto la possibile perpetrazione del reato nel caso in cui la *res* dovesse restare nella libera disponibilità del condannato; il tutto, attraverso l'obbligo di motivazione che assolve, pertanto, ad una funzione di garanzia, poiché riconnesso ad un potere giudiziale esercitato con una discrezionalità che il legislatore non si premura di vincolare.

Proseguendo nell'analisi del primo comma dell'art. 240 c.p., è possibile comprendere come la tipologia di beni sui quali può ricadere la confisca sono le cose che servirono a commettere il reato, ossia quelle effettivamente utilizzate dal reo per la commissione dell'illecito, nonché le cose che furono destinate a commettere il reato, ossia quelle che sarebbero dovute essere utilizzate nella commissione dell'illecito, ma che, per una qualsiasi ragione, dipendente o non dalla volontà del soggetto attivo, non furono utilizzate (tanto che si versi in ipotesi di delitto tentato quanto che si tratti di reato consumato), oppure che costituiscono il prodotto o il profitto del reato medesimo.

Si tratta, nelle prime due ipotesi, degli strumenti dell'illecito penale, che, con espressione risalente, vengono comunemente definiti "corpo del reato" e che, per essere tali devono necessariamente rappresentare gli strumenti atti a realizzare il reato, così come voluto dall'agente, dovendo sussistere un asservimento effettivo tra cosa e reato, nel senso che la prima deve risultare oggettivamente collegata al secondo da un nesso strumentale.

In ciò, dunque, si sostanzia la pericolosità della cosa, a suffragio dell'applicazione della misura di sicurezza.

Il secondo comma dell'art. 240 c.p. prevede, invece, ipotesi di confisca obbligatoria, che, come tale, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, il quale deve necessariamente disporla al ricorrere di determinati presupposti indicati dalla legge e ferma restando l'esistenza di una condanna, salva l'ipotesi di cui al comma 2, lett. b) del predetto articolo.

La confisca obbligatoria attiene al prezzo del reato, nonché a quelle cose la cui fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione costituisce reato.

Per prezzo del reato deve intendersi la somma o altra utilità economica, data o promessa, per indurre, determinare o istigare altri a commettere un reato; un fattore quindi che incide sulla motivazione a delinquere e che necessariamente postula un concorso morale nell'illecito. In questo caso opera una presunzione assoluta di pericolosità della cosa, ritenendo il legislatore che se all'autore del reato viene lasciato il vantaggio economico in forza del quale ha agito, certamente sarà tentato a reiterare il comportamento illecito.

La confisca delle cose la cui fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione costituisce reato – altresì dette intrinsecamente pericolose – è, invece, possibile anche se non vi è stata una sentenza penale di condanna come esplicitamente prevede l'ultima parte del n. 2 del comma 2 dell'art. 240 c.p.; unica eccezione è contemplata dal comma quarto dello stesso articolo, ossia quando la cosa appartenga a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione possano essere autorizzati in via amministrativa.

L'esigenza di creare un binario parallelo di ipotesi di confisca, ogni qualvolta la regola fissata non appariva idonea a salvaguardare i diversi interessi in gioco, ha indotto il legislatore ad individuare nuove ipotesi di confisca obbligatoria (es. art. 240-*bis* c.p.) tra le quali la confisca in materia edilizia a tutela del paesaggio e della salubrità dell'ambiente.

LA CONFISCA IN MATERIA EDILIZIA E URBANISTICA

Una speciale ipotesi di confisca è disciplinata dall'art. 44 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, il cui comma 2 prevede che il giudice, a seguito di una sentenza definitiva che ha accertato il reato di lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni e delle opere ivi costruite.

La norma in esame, pertanto, va interpretata nel senso che la confisca dei terreni e delle opere può

Conti (a cura di), *Codice penale illustrato*, I, Milano, Giuffrè, 1934, p. 965 ss.; G. Grasso, sub *art. 240 c.p.*, in M. Romano (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 528 ss.

essere disposta anche in assenza di condanna, purché vi sia stato un accertamento della lottizzazione abusiva³.

Tale orientamento⁴ si fonda essenzialmente sull'assunto che la norma, ai fini della confisca, ritiene sufficiente una sentenza (anche non di condanna) che accerti la lottizzazione abusiva. La confisca *de qua*, dunque, avrebbe natura di sanzione amministrativa e non di misura di sicurezza o di pena e, per tale ragione, l'assenza di una condanna non sarebbe di ostacolo alla sua applicazione.

A ben vedere, la confisca di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 380 del 2001 è istituto ontologicamente diverso da quello disciplinato nell'art. 240 c.p.

Difatti, emerge come, da un lato, la confisca prevista dalla legge speciale preveda una vera e propria espropriazione a favore dell'autorità comunale, mentre la confisca codicistica, dall'altro, rappresenta una espropriazione a favore dello Stato.

Da ciò deriva che la prima non è una misura di sicurezza patrimoniale, ma si sostanzia al pari, ad esempio, dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive di cui all'art. 31, comma 9, d.p.r. 380 del 2001, in una mera sanzione amministrativa, applicata dal giudice penale, in via di supplenza rispetto al potere amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune (ai sensi dei commi 7 e 8 dell'art. 30 d.p.r. 380 del 2001).

La confisca urbanistica è, dunque, obbligatoria a prescindere da una sentenza di condanna, atteso che essa è conseguenza di un'opera realizzata in mancanza di autorizzazione o in contrasto con gli strumenti urbanistici. Contrariamente, a quanto previsto dall'art. 240 c.p., nel caso in esame, le opere abusive non sono intrinsecamente pericolose o strumenti teleologicamente necessari alla commissione del reato. Ancora, a differenza di quanto dispone in via derogatoria l'ultimo comma dell'art. 240 c.p., la confisca urbanistica resta obbligatoria anche se i beni abusivi possono essere sanati mediante autorizzazione amministrativa.

Tuttavia, le pronunce messe dalle Corti europee, nell'arco dell'ultimo ventennio, hanno, in realtà, ribaltato detto orientamento, censurando l'impostazione interpretativa che tendeva a mascherare sotto spoglie civilistiche o amministrative la misura ablativa, sottraendola, così, alle garanzie proprie del diritto e della giurisdizione penale.

GLI INTERVENTI DELLA CORTE EUROPEA

La Corte europea ha, sul punto, progressivamente, elaborato un vero e proprio statuto europeo della confisca, ovvero una serie di principi minimi di garanzia che qualunque provvedimento di confisca deve rispettare, riconducibili, in particolare, al principio di legalità ed irretroattività in materia penale, al principio di presunzione d'innocenza e, più in generale, al principio del giusto processo.

Al riguardo, non può sfuggire in via di premessa che la Corte di Strasburgo ha enucleato, in occasione della sentenza *Engel c. Paesi Bassi* (prima decisione che affronta il tema)⁵, i criteri diagnostici della natura penale di una sanzione, che è tale se esiste:

- a) consequenzialità della misura rispetto alla condanna per un reato;
- b) natura e scopo della misura;
- c) qualificazione operata dal diritto interno (o, in sua vece, dalla giurisprudenza);
- d) procedure di applicazione ed esecuzione;
- e) grado di afflittività.

La Corte, inoltre, stabiliva, sempre con la medesima decisione, che la confisca in materia urbanistica costituisce una vera e propria sanzione penale, come tale inapplicabile a fatti commessi precedentemente la sua entrata in vigore in forza dell'art. 7 CEDU.

Misura, dunque, intesa non di natura accessoria e/o amministrativa, bensì come vera e propria pena.

³Cass., sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, in *Mass. Uff.*, 2008.

⁴V. Manes, "La confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, in *Dir. pen. cont.*, 2015, (a commento di C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49).

⁵Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*. I c.d. *Engel-criteria* sono stati successivamente precisati in Corte e.d.u., 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*.

Di immediato impatto sull'ordinamento italiano è, poi, la nota sentenza resa della Corte Europea nel caso *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*⁶.

La pronuncia prende avvio da un procedimento penale concernente il complesso immobiliare di Punta Perotti, conclusosi, dopo un pluriennale iter giudiziario, con l'assoluzione degli imputati dai vari illeciti loro ascritti, tra i quali il reato di lottizzazione abusiva.

La Corte di Cassazione⁷ aveva definitivamente affermato che la lottizzazione era da considerarsi abusiva, in quanto non eseguita in conformità alla legislazione di riferimento. Al contempo, però, aveva riconosciuto l'oggettiva "oscurità" del predetto quadro normativo, che aveva cagionato un errore scusabile sulla legge penale alla quale era conseguita l'assoluzione degli imputati *ex art. 5 c.p.*

Attesa, tuttavia, la sussistenza del reato nella sua dimensione materiale, la Corte di Cassazione aveva disposto la confisca di tutti i terreni abusivamente lottizzati e delle opere ivi costruite, ai sensi e per gli effetti dell'art.44 del d.p.r. n. 380/2001.

A seguito di tale decisione gli imputati avevano adito la Corte Europea, asserendo che la confisca avesse violato gli artt. 7 CEDU e 1 Prot. add. CEDU.

La Corte europea ha accolto i ricorsi e condannato l'Italia sotto entrambi i profili: anzitutto, vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso *Engel c. Paesi Bassi*, la Corte aveva ritenuto che essa, in ragione degli scopi prevalentemente repressivi che la animano, avesse natura penale, come tale vincolata al rispetto dell'art. 7 CEDU.

Inoltre, a parere della Corte, i ricorrenti erano stati destinatari di una sanzione penale in assenza di un legame di natura intellettuale⁸, dunque coscienza e volontà, che permettesse di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, affermando il principio per cui se un fatto oggettivamente costituente reato non risulta soggettivamente ascrivibile all'agente, quanto meno a titolo di colpa, a questo non può applicarsi alcuna sanzione penale.

La sentenza *Sud Fondi* rappresenta, nell'ambito della stessa giurisprudenza europea, un precedente di notevole importanza, anzitutto perché sottolinea, per la prima volta, la rilevanza del principio di colpevolezza⁹, ancorandolo direttamente al più generale principio di legalità dei reati e delle pene; e, inoltre, modifica in senso ancor più garantista il primo indice sintomatico della natura penale di una sanzione, quale l'essere conseguenza della condanna per un reato.

Nella sentenza *Sud Fondi*, però, la condanna diviene, tuttavia, un requisito non indispensabile, poiché ciò che rileva, come primo indice sintomatico, è il collegamento tra la confisca e l'accertamento di un reato nell'ambito del procedimento penale, indipendentemente dall'esito assolutorio o di condanna del processo penale.

Alla luce di quanto rappresentato, è possibile concludere che la confisca urbanistica può essere disposta anche in assenza di una condanna a condizione, tuttavia, che sia accertato il fatto-reato, di lottizzazione abusiva, in tutte le sue componenti oggettive e di imputazione soggettiva.

Con la sentenza *Sud Fondi*, tuttavia, la Corte non ha affrontato la specifica ipotesi, oggetto della sentenza in commento, in cui il provvedimento ablativo sia disposto a seguito di sentenza di proscioglimento (o di non luogo a procedere), al ricorrere di una causa estintiva del reato, come l'intervenuta prescrizione.

Sulla questione, con la sentenza *Varvara c. Italia*, del 29 ottobre 2013¹⁰, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto l'applicazione della confisca urbanistica, nella particolare ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 Cedu.

Nel merito, la Corte ha osservato che, in base all'art. 7 Cedu, è illegittima l'applicazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri (nella giurisprudenza precedente già ritenute contrastanti con la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6, § 2, Cedu) o, comunque, che non sia fondata su di un giudizio "consacrato in un verdetto di colpevolezza".

⁶ Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, *Sud. Fondi s.r.l. c. Italia*.

⁷ Cass. sez. III, 29 gennaio 2001, n. 11716.

⁸ V. Manes, "La confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, cit.

⁹ R. Bricchetti, *Pronunce sul reato (la colpevolezza)*, in *Ratio Iuris*, 2015, f.1.

¹⁰ Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, con commento di A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto tuonò che piove*, in *Arch. pen.*, 2013; cfr. F. Mazzacuva, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7, CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 387 ss.

LA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA

Dopo una lunga attesa dalla celebrazione dell'udienza, il 28 giugno 2018 è stata depositata la decisione *GIEM e a. c. Italia*¹¹, con la quale la Corte e.d.u., Grande Camera, si è espressa, anzitutto, sul problematico rapporto tra la confisca urbanistica, ex art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 del 2001 e la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.

L'articolata vicenda riguardava più ricorsi concernenti l'irrogazione della confisca di numerosi suoli, oggetto di lottizzazione abusiva, in assenza di una condanna: ragion per cui i ricorrenti, quattro società e una persona fisica, contestavano che la misura ablatoria non fosse dotata di una sufficiente base giuridica.

La Grande Camera, riprendendo quanto già ampiamente sostenuto nei precedenti casi, ha ribadito che la confisca urbanistica è certamente una "sanzione penale particolarmente dura ed intrusiva".

Inoltre, i giudici di Strasburgo, rigettando completamente l'assunto per cui i giudici italiani agiscono, in materia di confisca, in luogo dell'autorità amministrativa, hanno confermato, per l'ennesima volta, la natura penale della confisca prevista dall'art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 del 2001. Ne discende, come imprescindibile corollario, che ad essa devono essere applicate tutte le garanzie convenzionali ricollegate alla nozione di "materia penale", in termini di rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, del *nullum crimen sine lege* ex art. 7 CEDU, nonché delle garanzie del doppio grado di giurisdizione ai sensi degli artt. 2 e 4 Prot. 7 CEDU.

Non stupisce, dunque, l'ennesima accertata violazione del diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. add. CEDU da parte dello Stato italiano, a causa della natura sproporzionata e poco flessibile della misura ablatoria, rispetto alle finalità perseguite, ossia la protezione dell'ambiente e la tutela del paesaggio. Il tutto avvenuto, per di più, in assenza di contraddittorio.

Dunque, la Grande Camera, rispetto ai rilievi che in questa occasione si intende sottolineare, ha sostanzialmente assunto le seguenti determinazioni:

- la confisca *de qua* non è né una sanzione amministrativa¹² né tantomeno una misura di sicurezza, ma, certamente, una sanzione penal-afflittiva, che può essere irrogata solo in presenza di un pieno accertamento degli elementi oggettivi e soggettivi del reato, accertamento che potrà evincersi anche da una sentenza di proscioglimento per prescrizione;

- qualora l'imputato sia stato assolto da un precedente giudice di merito per l'insussistenza della fattispecie di lottizzazione abusiva, non potrà il giudice di legittimità, al cospetto di un'intervenuta prescrizione del reato, prosciogliere l'imputato e, al contempo, ordinare che venga irrogata una misura ablatoria alla luce di un accertamento incidentale della responsabilità, in virtù della presunzione di non colpevolezza.

Nel soffermarsi sulla relazione intercorrente tra la confisca urbanistica e il principio di legalità dell'art. 7 CEDU, la Grande Camera, pertanto, ha ribadito a chiare lettere principi che avrebbero dovuto già essere stati metabolizzati nell'ordinamento italiano, specificando nuovamente che presupposto indefettibile per l'applicazione della confisca è l'accertamento di un elemento psicologico nella condotta del soggetto, accanto alla ricostruzione oggettiva del fatto costituente il reato di lottizzazione abusiva.

Affrontando il cuore del problema, la Grande Camera ha testualmente richiamato il § 72 della decisione *Varvara*, in cui si affermava che la sanzione penale imposta nell'ipotesi in cui il reato sia stato dichiarato prescritto – e la sua responsabilità penale non sia stata dichiarata in una sentenza di condanna – è incompatibile con il principio di legalità, sancito dall'articolo 7 della Convenzione. A parere della stessa Corte la sanzione della confisca sarebbe, dunque, in violazione dell'art. 7 della Convenzione e "arbitraria".

Ebbene, la Corte ha, in proposito, precisato che tale passaggio non porta necessariamente alla conclusione che le misure di confisca per lottizzazione abusiva devono necessariamente essere accompagnate da condanne pronunciate dai tribunali penali ai sensi del diritto nazionale, con condanna formale passata in giudicato, evidenziando, piuttosto, il compito dell'autorità giurisdizionale di "garantire che

¹¹ Corte e.d.u., Grande Camera, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte e.d.u., grande camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 7-8.

¹² M. Cicala, in *Nuove prospettive per la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella "nuova urbanistica"*, Padova, Cedam, 1985, p. 38 ss.

la dichiarazione di responsabilità penale sia conforme alle garanzie previste dall'art. 7 C.E.D.U. e che provenga da un procedimento conforme all'art. 6 C.E.D.U.”.

In conclusione, la Grande Camera ha ribadito il principio secondo cui è possibile la confisca di un bene a condizione che vi sia stato l'accertamento del fatto sotto i diversi profili, oggettivi e soggettivi, del reato.

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Sul punto, la Corte di cassazione¹³, alla luce della sentenza Varvara, aveva sostenuto, con un primo arresto giurisprudenziale, che è preclusa la confisca dei beni quando non viene pronunciata una condanna per il reato di lottizzazione abusiva e che «la misura non potrebbe perciò essere più adottata quando il reato è prescritto, nonostante sia stata, o possa venire, anche incidentalmente, accertata la responsabilità personale di chi è soggetto alla confisca», perché ciò si porrebbe “in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, comma 2, Cost., in quanto determinerebbe una forma di iperprotezione del diritto di proprietà, nonostante il bene abusivo non assolva ad una funzione di utilità sociale (artt. 41 e 42 Cost.), con il sacrificio di principi di rango costituzionalmente superiore, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.)».

Per altro verso, con ordinanza del 17 gennaio 2014¹⁴, il Tribunale di Teramo, in composizione monocratica, sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.p.r. n. 380 del 2001, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui consente che la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite venga disposta anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione¹⁵.

Il rimettente, difatti, reputava che la possibilità di disporre la confisca urbanistica fosse in contrasto con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione.

All'uopo, la Corte costituzionale (sentenza n. 49 del 2015), nel dichiarare inammissibile la questione, con specifico riferimento al rapporto estinzione del reato – confisca urbanistica, sottolineava che la questione della disputa sottendeva un ben più importante quesito: quando il legislatore ragiona in termini di condanna, si riferisce al provvedimento ovvero all'accertamento della responsabilità, benché seguito da un'eventuale sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato?

La medesima Corte concludeva che «nell'ordinamento giuridico italiano, la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica, considerato che si tratta non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento.»¹⁶.

Sulla scia dell'orientamento della Grande Camera, la Suprema Corte, con la sentenza in commento, ha riaffermato il principio, secondo cui in presenza della causa estintiva del reato, «il giudice del dibattimento non ha l'obbligo di dichiararla immediatamente ex art. 129 c.p.p., ma deve procedere al necessario accertamento del reato nelle sue componenti, oggettive e soggettive, assicurando alla difesa il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio (...)».

Sul punto, sorgono non pochi dubbi, posto che appurata la natura penal-afflittiva della confisca – pur quando *illo tempore* è stata considerata semplice misura amministrativa dalla giurisprudenza nazionale – non si comprende per quale motivo, ad esempio, la confisca per equivalente, disposta in materia di reati tributari, non è applicabile mai in caso di reato prescritto, mentre è invece irrogabile, pur in sede di proscioglimento per prescrizione, in materia di lottizzazione abusiva.

¹³ Cass., sez. III, ord. 20 maggio 2014, n. 209, in *Giur. pen.*, 2014.

¹⁴ Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, n. 101, in *Arch. pen.*, 2014.

¹⁵ Ne parla F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 3 ss.

¹⁶ In proposito, tra gli altri, G. Civello, *La sentenza Varvara c. Italia non “vincola” il giudice italiano: dialoghi tra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2014, p.327 ss e N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Riv. OIDU*, 2015, f. 3 e F. Viganò, in *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015*, cit.

Nel merito, la Corte europea ha osservato, nella più volte richiamata sentenza Varvana, che l'art. 7 Cedu non si limita a richiedere la necessità di una base legale per i reati e per le pene, ma implica, altresì, che l'irrogazione di sanzioni penali per fatti commessi da altri (nella giurisprudenza precedente già ritenute contrastanti con la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6, § 2, CEDU) sia da considerarsi illegittima; così come ugualmente illegittima sarebbe l'applicazione della sanzione penale se non fosse fondata su di un giudizio "consacrato in un verdetto di colpevolezza".

Tale principio è pienamente confermato in materia di confisca per equivalente, avente natura di vera e propria sanzione penale, ai sensi dell'autonoma nozione ricavata dalla Corte europea dei diritti umani dall'interpretazione dell'art. 7 CEDU¹⁷.

La stessa Corte costituzionale ha attribuito alla confisca per equivalente, in particolare quella prevista in tema di reati tributari, natura di vera e propria sanzione penale, tanto da vietarne l'applicazione retroattiva ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., ovvero affermando l'illegittimità della sua applicazione, in ipotesi di mancanza di una vera e propria sentenza di condanna¹⁸.

La questione nodale, e lo sottolinea anche la stessa Corte e.d.u., è che le leggi nazionali sottese ai reati di lottizzazione abusiva collidono con i lunghi tempi processuali, effetto della "incapacità" dei Tribunali italiani di decidere entro termini di legge "relativamente brevi" i complessi processi di lottizzazione abusiva, determinando una involontaria impunità.

Pertanto, per evitare che i "termini brevi" di prescrizione in Italia agevolino gli "autori di tali reati", è stata la giurisprudenza della Corte di cassazione – anche con la sentenza qui annotata – a prevedere la possibilità che il giudice irroghi la confisca anche con una pronuncia di proscioglimento per prescrizione, "a condizione che i tribunali agiscano nel pieno rispetto dei diritti di difesa sanciti dall'art. 6 della Convenzione" e che vengano "dimostrati tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva".

Detto orientamento nasce, sicuramente, dalla valutazione che l'iter processuale volto all'accertamento della responsabilità nei reati di lottizzazione abusiva contrasta con i termini troppo brevi di prescrizione.

La Suprema Corte, tuttavia, rischia di sostituirsi al legislatore, vulnerando l'istituto della prescrizione per l'accertamento del fatto finalizzato alla irrogazione della confisca urbanistica, pur sempre annoverabile nella categoria di "pena", secondo i criteri elaborati dalla Corte e.d.u.

L'orientamento appare in contrasto con il principio della durata ragionevole del processo e con il diritto ad essere presunti non colpevoli fino all'intervento di una sentenza di condanna passata in giudicato.

Far dipendere l'applicazione della confisca urbanistica *sic et simpliciter* da un accertamento "nella sostanza" della responsabilità penale, contenuto in una sentenza di proscioglimento per intervenuta pre-

¹⁷ Si allude alle note sentenze Corte e.d.u, Grande Camera, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito e 5 luglio 2001, Phillips c. Regno Unito. Per approfondimenti, si veda V. Manes, sub art. 7 CEDU, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 263 ss.; F. Mazzacova, sub art. 7 CEDU, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di) *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 249 ss.

¹⁸ C. cost., 2 aprile 2009, n. 97, in *Giur. cost.*, 2009, p. 984; più di recente C. cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2017, con nota di F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*. La Corte è tornata sulla natura giuridica della confisca per equivalente, segnatamente di quella prevista dall'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, in conseguenza della condanna per un illecito amministrativo previsto dalla parte V, titolo 1-bis, del medesimo testo normativo, affermando testualmente al § 6 del "Considerato in diritto": «questa Corte non ha motivo di discostarsi dalla premessa argomentativa da cui muove il rimettente, sulla natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, della confisca per equivalente. Con quest'ultima espressione si indica una particolare misura di carattere ablativo che il legislatore appronta per il caso in cui, dopo una condanna penale, non sia possibile eseguire la confisca diretta dei beni che abbiano un "rapporto di pertinenzialità" (ordinanze n. 301 e n. 97 del 2009) con il reato. Mentre quest'ultimo strumento, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di tali beni, assolve a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni di altra natura, "palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura eminentemente sanzionatoria" (ordinanza n. 301 del 2009). È infatti noto che il mero effetto ablativo connesso all'istituto della confisca non vale di per sé a segnare la natura giuridica della misura, perché "la confisca non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale" (sentenza n. 46 del 1964)». In dottrina, nello stesso senso, M. Amisano Tesi, *Confisca per equivalente*, in *Dig. Pen.*, agg. IV, Torino, Utet, 2008, p. 204; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, Bononia University Press, 2007, p. 118; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 149; in senso critico, però, A.M. Maugeri, *Confisca*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 201, nonché V. Mongillo, sub art. 322-ter, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 551 ss.

scrizione, potrebbe violare il principio della presunzione di innocenza, in quanto le motivazioni di una simile pronuncia non dovrebbero mai lasciar residuare, paradossalmente, un'ombra di colpevolezza in capo al soggetto.

Il valore di detto principio assume una importanza vitale in un sistema basato sulla preminenza del diritto, laddove non dovrebbe esserci spazio né per assoluzioni a metà, né per sentenze di proscioglimento nelle quali, alla fine, la persona sia trattata come se fosse colpevole, perché ciò compromette irrimediabilmente la reputazione dell'interessato e la maniera in cui questi è pubblicamente considerato.

Si evince, insomma, come, seppur la Corte e.d.u. e, – sulla scia delle relative considerazioni – la Suprema Corte sostengano che la confisca appartenga alla categoria della sanzione penale, l'epilogo cui si giunge pone dubbi in ordine alla compatibilità con i sopra richiamati principi costituzionali.

La sentenza annotata, ancora, rafforza le conclusioni sulla base dell'art. 578 *bis* c.p.p., introdotto con il decreto legislativo del 1° marzo 2018, n. 2114¹⁹ (“Attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale”), a mente del quale “quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240 *bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato”.

L'espresso riferimento anche alla confisca prevista “da altre disposizioni di legge”, estende la propria portata a tutti gli altri casi in cui la legge prevede l'irrogazione della misura ablatoria, ossia all'ipotesi prevista dall'art. 44 del T.U.E.

Tuttavia, non può non sottolinearsi che l'art. 578-*bis* c.p.p. è destinato ad operare solo in relazione alla confisca intesa come misura di sicurezza, e non già quando la stessa si applichi ai fini di sanzione penal-afflittiva, come nel caso della lottizzazione abusiva in materia urbanistica.

Lo si deduce da un dato meramente letterale, considerato che l'art. 578-*bis* c.p.p. rinvia solo al primo comma dell'art. 240-*bis* c.p. e non anche al comma secondo, che attiene alla confisca per equivalente.

Tale previsione risulta in linea con l'assunto secondo cui il legislatore può prevedere, anche in presenza di una sentenza di condanna e di un successivo proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato, che il giudice possa disporre la confisca – intesa come misura di sicurezza – per far fronte ai bisogni social-preventivi sottesi alla misura ablativa.

A ciò si aggiunga che l'art. 578-*bis* c.p.p. affronta il caso specifico in cui la confisca sia stata già irrogata in primo grado e poi sia seguita da una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato. Il presupposto indefettibile, dunque, è che sia stata già ordinata la confisca, a seguito di una sentenza di condanna.

Affermare che la confisca debba essere stata già ordinata significa intendere che esista già un accertamento sulla contestata condotta illecita.

In altre parole, l'art. 578-*bis* c.p.p. fa riferimento ad ipotesi di prescrizione del reato da dichiararsi in appello o in cassazione.

Tale quadro interpretativo appare in linea con la decisione in commento della Corte di Cassazione²⁰, la quale, in ossequio alla pronuncia resa dalla Grande Camera della Corte e.d.u. nella causa *G.I.E.M. e altri c. Italia*, conferma la compatibilità tra la confisca urbanistica ed una sentenza di prescrizione, atteso l'avvenuto accertamento dell'esistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato.

Pertanto, appare chiara l'intenzione del legislatore, che ha introdotto l'art. 578-*bis* c.p.p., di annodare la legittimità della confisca, relativa ad un reato prescritto, all'accertamento della colpevolezza dell'imputato, a patto che la stessa sia stata già provata.

LE QUESTIONI ANCORA APERTE

La Corte di cassazione, con la sentenza del 9 febbraio 2019, ritiene compatibile “la confisca urbanistica e la pronuncia di una sentenza di prescrizione”, pienamente conforme ai principi convenzionali,

¹⁹ A.M. Maugeri, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis, c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla L. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018, in Arch. pen. (Suppl. Speciali riforme), 2018, f. 2, p. 41 ss.*

²⁰ AA.VV., in *La Cassazione torna sul rapporto tra confisca urbanistica e prescrizione dopo la sentenza della Corte e.d.u. nella causa G.I.E.M. ed altri c. Italia*, in *Giur. pen. web*, 2019; G. Ranaldi, *Confisca urbanistica e prescrizione dopo la sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 10 ss.

«dovendosi invece appurare l'attenzione sul dato sostanziale dell'avvenuto accertamento dell'esistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato, attuando tutte le garanzie proprie della natura penale della sanzione irrogata».

Così come articolato dalla giurisprudenza, difatti, il ragionamento condurrebbe ad un'abrogazione tacita dell'art. 129 c.p.p., in quanto il giudice, dovendo procedere all'accertamento della fattispecie abusiva, nelle sue accezioni oggettive e soggettive, senza in alcun modo eludere il diritto alla difesa e al contraddittorio, non sarà più obbligato alla immediata declaratoria di avvenuta estinzione del reato, benché lo stesso sia già ampiamente prescritto²¹.

Si andrebbe, in questo modo, ad estendere, pericolosamente, il potere dispositivo del giudice, a discapito dei diritti dell'imputato.

La prescrizione del reato determina, com'è noto, l'estinzione dello stesso sul presupposto che, a distanza di molto tempo, viene meno l'interesse dello Stato sia a punire un comportamento penalmente rilevante, sia a tentare il reinserimento sociale del reo²².

Se si guarda la *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione, si può agevolmente affermare che il legislatore abbia previsto termini diversi a seconda del bene giuridico tutelato, ingenerando nell'interprete l'idea che gli stessi siano stati di volta in volta ponderati, anche alla luce dell'intervenuto disinteresse dello Stato rispetto alla punizione e/o riabilitazione sociale del reo.

A fronte, dunque, della scelta del legislatore del 2001 (epoca di approvazione del Testo unico sull'edilizia), la sentenza annotata novella, in sostanza, la disciplina richiamata, consentendo all'autorità giudiziaria di imputare *sine die* un soggetto, al solo fine di accertare l'esistenza di un fatto illecito, non tanto per una condanna, quanto per punire l'illecito commesso con una confisca.

Tale ultimo assunto risulta essere in contrasto, addirittura, con una chiara ed espressa *voluntas* del legislatore, che ha dettato, in materia edilizia ed urbanistica, una disciplina *ad hoc*.

Per tali ragioni, appare chiara l'esistenza di un *gap* tra gli assunti normativi e la sempre più dilagante esigenza, d'ispirazione giurisprudenziale, di non lasciare impuniti i reati di lottizzazione abusiva.

Il tentativo di contemperare le varie esigenze, dogmatiche da un lato ed operative dall'altro, ha determinato la nascita di un "ibrido nostrano"²³, per cui la confisca urbanistica appartiene alla materia penale, ed è, dunque, una "pena" secondo l'art. 7 della Convenzione, ma, al contempo, può applicarsi anche in ipotesi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, vale a dire a prescindere da una formale sentenza di condanna²⁴.

In questo ambito, è ovvio che il diritto può essere interpretato – ed è compito dell'interprete cogliere l'opportunità di un'indagine, che si connota di originalità e innovazione, vista l'esigenza di dare un'opportuna soluzione a seguito delle innovazioni normative di stampo comunitario ed anche nazionale – ma, in ogni caso, non ci si può discostare dalle tutele fondamentali previste a favore del reo.

La natura giuridica della confisca quale sanzione penale, se da un lato, impone l'accertamento della responsabilità dell'imputato, indipendentemente da una sentenza di condanna, dall'altro, è necessario verificare se tale accertamento finisce per ledere i principi del giusto processo.

È possibile, insomma, proseguire il processo avente ad oggetto un reato ormai prescritto, non tanto per affermare la penale responsabilità dell'imputato, ma ai soli fini di validare una confisca, affinché taluni reati non restino impuniti?

²¹ Cass., sez. III, 8 novembre 2018, n. 5936, in *De Jure*, 2018.

²² Pare opportuno rappresentare l'art. 129 c.p.p. come espressione di un principio generale che il codice ribadisce anche in altre disposizioni che presidiano diversi momenti del procedimento: ci si riferisce, in particolare, all'art. 425 c.p.p., ove l'estinzione del reato o la mancanza di una condizione di procedibilità giustifica il non luogo a procedere; all'art. 529 c.p.p., che, spostando l'attenzione alla fase del giudizio, disciplina la sentenza di non doversi procedere e alla disposizione, ad essa complementare, dell'art. 531 c.p.p. relativo alla dichiarazione di estinzione del reato; infine, per quanto riguarda il giudizio di cassazione, all'art. 620, comma 1, lett. a), ove si enuncia, in modo coerente, che "la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio [...] se il reato è estinto"; così L. Nullo, *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione. Una problematica riflessione in materia di decisione sul reato estinto*, in *Arch. pen.*, 2019, f. 1, p. 4 ss.

²³ C. cost., ord. 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.*, 2015, p. 391 ss., con nota di G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo* e di V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, *ivi*, pp. 411 ss. e 421 ss.

²⁴ L. Nullo, in *Confisca urbanistica senza condanna e prescrizione. Una problematica riflessione in materia di decisione sul reato estinto*, *cit.*

Certo, una soluzione affermativa non esclude (anzi implica) un'ampia disamina delle risultanze probatorie.

Tuttavia, ammettere la possibilità di portare avanti e concludere un processo per un reato prescritto, al sol fine di acclarare la confiscabilità del bene, condurrebbe, a ben vedere, ad una eccessiva dilazione dei poteri giurisdizionali, che si spingerebbero ben oltre quelli riconosciuti dalla legge, solo per "punire" determinati illeciti, sottovalutando – anzi, dimenticando completamente – quella che è la funzione rieducativa legata alla pena, con evidente violazione della durata ragionevole del processo²⁵.

L'accertamento, nel caso in questione, finirebbe, inevitabilmente, per violare la durata ragionevole del processo, abolendo di fatto l'istituto della prescrizione.

In sostanza, anche la stessa Corte di cassazione cade in contraddizione con altre pronunce, qui richiamate, allorquando afferma che «il principio della immediatezza impone al giudice, quando il reato risulta estinto per prescrizione, di pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., anche se il procedimento si trova nella fase delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. Ne consegue che presenta una anomalia radicale e una contraddittorietà manifesta il decreto del giudice dell'udienza preliminare che dispone il rinvio a giudizio per un reato, dando contestualmente atto della estinzione dello stesso per prescrizione; il provvedimento è altresì abnorme perché pur costituendo in astratto manifestazione di legittimo potere del giudice, si è esplicito al di fuori dei casi consentiti, al di là di ogni ragionevole limite, tanto da risultare avulso dall'ordinamento processuale per la singolarità e la stranezza del contenuto»²⁶.

Sul punto, la sentenza *Giem s.r.l c. Italia* pur ammettendo, a determinate condizioni, la possibilità di operare una confisca, benché in presenza di un reato prescritto, contiene statuizioni ulteriori forse anche più dirimenti, ignorate dalla Suprema Corte nelle successive pronunce e nella sentenza in commento.

Si legge, infatti, ai §§ 276 ss. della pronuncia in analisi, che l'art. 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza nella proprietà privata, un rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e scopo perseguito, che sia ragionevole.

Tale necessario equilibrio viene meno laddove la persona interessata debba sostenere un onere eccessivo ed esagerato, rispetto al reato commesso.

Ai fini di un corretto bilanciamento che supporti la proporzionalità della confisca rispetto al reato estinto, si potrebbe ricorrere a soluzioni più tenui come, ad esempio, la demolizione di opere di lottizzazione non conformi o pertinenti, nonché l'annullamento della lottizzazione medesima; od ancora, la gradazione della colpa e l'esclusione della responsabilità del terzo a prescindere dalla buona e mala fede.

Una confisca "senza condanna" finisce, insomma, per violare anche specifici confini giurisdizionali, riconoscendo, indirettamente, al giudice penale il potere di ignorare le altre soluzioni, valicando ogni limite di proporzionalità tra la sanzione ed il reato, sostituendosi anche all'autorità amministrativa.

In definitiva, si assiste ad un ingiustificato prevalere della sanzione penale a discapito di misure amministrativo-civilistiche, che ben potrebbero essere più rispondenti ed efficaci rispetto all'illecito commesso.

²⁵ S. Magnanensi-E. Rispoli, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in www.progettoinnocenti.it, 2008.

²⁶ Cass., sez. I, 6 luglio 2004, n. 33129, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1.

La notificazione dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. non preclude al pubblico ministero la prosecuzione delle indagini, ma l'omessa *discovery* vanifica le nuove acquisizioni, ferma restando la validità dell'atto imputativo

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V, SENTENZA 15 GENNAIO 2019, N. 7585 – PRES. MICCOLI, REL. SCARLINI

Il pubblico ministero può, legittimamente, compiere atti d'indagine, di propria iniziativa, nell'arco di tempo che separa la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari dall'esercizio dell'azione penale, purché rispetti i termini stabiliti dagli artt. 405-407 c.p.p. e provveda all'immediato deposito della documentazione dell'attività compiuta, dandone avviso alla difesa per reintegrarla nelle prerogative riconosciute dall'art. 415-*bis*, commi 2 e 3, c.p.p. In caso contrario, all'omessa *discovery* del materiale investigativo conseguirà l'inutilizzabilità dello stesso, mentre devono escludersi ripercussioni invalidanti sull'atto imputativo.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1 – Con ordinanza del 4 maggio 2018, il Tribunale di Vicenza, in funzione di giudice del riesame, confermava il provvedimento del 15 febbraio 2018 con il quale il Giudice per l'udienza preliminare del medesimo Tribunale aveva disposto il sequestro conservativo sui beni, meglio in dispositivo individuati, appartenenti o attribuibili a [*omissis*], decidendo su istanza delle parti civili [*omissis*].

1.1 – Il Tribunale rigettava le questioni preliminari sollevate dalla difesa dell'imputato, osservando che era priva di fondamento l'eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio avanzata dal pubblico ministero (che legittimava il disposto sequestro) posto che non era impedito alla pubblica accusa di proseguire le indagini anche in epoca successiva alla comunicazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ai sensi degli artt. 419 e 430 codice di rito, indagini i cui esiti, se compiute nel termine previsto dall'art. 407 medesimo codice, erano pienamente utilizzabili. Peraltro, le informative depositate dopo la notifica dell'avviso non contenevano elementi nuovi, costituendo solo un riepilogo di quelli già raccolti; a tali informative si era poi aggiunta la sola annotazione del 14 dicembre 2017 in cui la Guardia di finanza aveva riferito sulla consistenza patrimoniale degli imputati, e, quindi, anche dello [*omissis*], e sugli atti di disposizione dei cespiti dagli stessi compiuti in epoca recente, al fine di valutare la fondatezza della richiesta di sequestro conservativo, comunicazione depositata dopo la richiesta di rinvio a giudizio. Irrilevanti erano poi l'errore materiale, di un giorno, circa la data apposta alla richiesta di rinvio a giudizio, e l'omissione del riferimento al coimputato [*omissis*], la cui condotta era comunque descritta nell'imputazione.

1.2 – Il Tribunale riteneva sussistere il *fumus* della contestata condotta – l'avere, lo [*omissis*], in concorso con gli indicati coimputati, illecitamente finanziato la propria clientela al fine di consentire l'acquisto di azioni della banca, la [*omissis*], di cui lo stesso era uno degli amministratori, senza che ciò emergesse dalla contabilità e dalle comunicazioni inviate alle autorità pubbliche di vigilanza, in particolare la Banca d'Italia e la Banca Centrale Europea, così fornendo una falsa rappresentazione del patrimonio di vigilanza del predetto istituto, ostacolando l'attività di vigilanza delle indicate autorità, alterando in modo sensibile il prezzo delle azioni e esponendo dati non corrispondenti al vero – alla luce della descrizione fattane nell'imputazione riportata nella richiesta di rinvio a giudizio e delle fonti di prova in essa menzionate: la relazione Consob del febbraio 2016, il rapporto Audit del gennaio 2016, la denuncia di Banca d'Italia del novembre 2016, l'annotazione della Guardia di finanza del luglio 2017, il

rapporto ispettivo della BCE del settembre 2015, la relazione dei consulenti del PM del giugno 2017. Delle emergenze deducibili da tali fonti di prova il Tribunale dava dettagliato atto alle pagine da 20 a 33 dell'ordinanza impugnata.

1.3 – Quanto, in particolare, alla posizione ed al ruolo rivestiti dall'imputato [omissis], il Tribunale evidenziava come le sue responsabilità fossero state illustrate nella relazione Consob dalla quale emergeva come il medesimo, nel ruolo di Presidente del Comitato Reclami della banca, non avesse adeguatamente approfondito le dinamiche relative alle domande dei soci di cessione delle azioni, ed avesse, di contro, contribuito a consentire, al proprio fratello e ad una società riconducibile al gruppo economico a lui stesso facente capo, di concludere una pluralità di operazioni di finanziamento allo scopo, non dichiarato, di acquisire azioni della banca.

1.4 – Il *periculum in mora*, da valutarsi, secondo il Tribunale, applicando i principi di diritto fissati dalla sentenza delle Sezioni unite n. 51660 del 2014, risiedeva nel fatto che vi era fondata ragione di ritenere che le garanzie patrimoniali, sulle quali si fondava l'azione civile intentata dalle persone offese, si potessero disperdere, sia in considerazione dell'entità del credito azionato, sia in riferimento al possibile depauperamento del patrimonio del debitore, sia alla sua già dedotta insufficienza. Muovendo da tale premessa, il Tribunale prendeva atto che le richieste delle parti civili erano ancorate al valore massimo che le azioni, della [omissis], dalle medesime parti civili detenute, avevano raggiunto e che il Giudice aveva ridotto alla metà così da ricondurre la quantificazione del danno ad un criterio dotato della necessaria concretezza, non potendosi così giustificare il dubbio di costituzionalità sollevato, sul punto, dalla difesa dell'imputato e dovendosi, di contro, rilevare come il patrimonio del prevenuto risultasse già insufficiente a garantire il richiesto ristoro.

1.5 – Il Tribunale, nel rispondere alle censure difensive mosse in relazione alla non sottoponibilità a sequestro di alcuni degli immobili vincolati perché non appartenenti all'indagato, osservava come il Gup avesse proceduto al sequestro in applicazione degli artt. 192 e 193 c.p., considerando che l'imputato aveva compiuto atti di disposizione del proprio patrimonio in frode ai creditori.

1.5.1 – E così, i beni conferiti, il 27 ottobre 2016, nel fondo patrimoniale costituito dallo [omissis] con il compagno al quale si era unito civilmente, erano, in precedenza, di proprietà del solo indagato ed era inefficace, nei confronti delle parti civili costituite, l'atto di disposizione dei beni, ai sensi dell'art. 192 c.p., perché concluso a titolo gratuito in epoca successiva alla commissione del reato. L'ablazione integrale del bene, e quindi anche nei confronti del compagno dell'indagato, era, per altro verso, giustificata dalla *scientia damni* in capo a quest'ultimo, dalla sua consapevolezza della potenzialità dannosa dell'atto.

1.5.2 – Quanto all'immobile di [omissis], il Tribunale osservava che questo era stato ceduto dall'indagato all'ex-moglie [omissis] (ed era poi divenuto di proprietà della figlia, [omissis], alla quale era stato donato dalla madre il 1° agosto 2017) non a titolo oneroso, in quanto le parti avevano già definito i reciproci rapporti di dare ed avere con gli accordi che avevano condotto allo scioglimento del matrimonio, così che l'apparente vendita dell'immobile, conclusa il successivo 8 novembre 2016, dissimulava la sua donazione.

1.6 – Il Tribunale, infine, rigettava l'eccezione di decadenza della misura per non essere stata la stessa eseguita nel termine di giorni trenta dalla sua emissione, non rientrando tale termine nel rinvio operato dall'art. 317, comma 3, c.p.c., all'art. 675 c.p.c., né si era incorso nei denunciati errori nell'individuare i beni e nella trascrizione del titolo.

2 – Avverso tale ordinanza propone ricorso l'imputato, [omissis], a mezzo dei propri difensori, articolando otto motivi.

2.1 – Con il primo richiede la riunione del presente procedimento, ad opera della Corte di Cassazione, agli altri derivanti dai ricorsi presentati contro analoghe decisioni del Tribunale per il riesame di Vicenza avverso le ordinanze confermatrici del sequestro, richiesto da diverse parti civili, a carico del medesimo [omissis].

2.2 – Con il secondo motivo deduce la violazione di legge in relazione alle risposte date dal Tribunale alle questioni preliminari sollevate dalla difesa in tale sede.

2.2.1 – Ricorda innanzitutto l'arresto delle Sezioni unite, n. 18954 del 31 marzo 2016, Culasso, in cui si era precisato che il sequestro conservativo è consentito solo dopo il rinvio a giudizio dell'imputato. Sul punto, sollevato dalla difesa con la memoria del 28 aprile 2018, il Tribunale non aveva motivato.

2.2.2 – Il Tribunale poi aveva erroneamente rigettato l'eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, nonostante la stessa si fondasse anche sulle ulteriori indagini compiute dopo la notifica del-

l'avviso di conclusione delle indagini. Si erano, infatti, rinvenute, nel fascicolo del pubblico ministero, delle informative contenenti numerosi atti di indagine che non erano stati resi noti all'indagato neppure quando, a seguito della notifica dell'avviso, egli si era sottoposto all'interrogatorio, così che anche tale ultimo incumbente doveva considerarsi nullo. E ciò perché la giurisprudenza di legittimità ha precisato che non è consentito l'espletamento di nuove indagini nel periodo che intercorre fra la notifica dell'avviso di conclusione delle stesse e la richiesta di rinvio a giudizio; si doveva poi tenere conto del fatto che l'informativa in oggetto era stata depositata dopo la richiesta di rinvio a giudizio ed era stata, dagli stessi operanti, definita come "integrativa" delle precedenti ed era pertanto certo che apportasse fatti ed elementi di prova nuovi, proprio in relazione alla posizione dello [omissis]. Citava la difesa, a conforto della doglianza, le pronunce di questa Corte: n. 34417/2006, 35400/2010, 35829/2012, 3738/2015, 12656/2016.

2.2.3 – L'avviso di conclusione delle indagini preliminari era stato notificato al prevenuto in copia non conforme perché riportava una data diversa dell'originale e non comprendeva il nome di uno dei coindagati. Tale nullità si riverberava sulla validità della richiesta di rinvio a giudizio.

2.2.4 – Il Tribunale, poi, aveva fatto menzione, nel valutare i presupposti del vincolo, dell'annotazione della Guardia di finanza, tardivamente depositata, che, come tale, doveva essere dichiarata inutilizzabile. E ciò anche in considerazione del fatto che la stessa era stata inserita nel fascicolo dopo il termine, prorogato, di chiusura delle indagini preliminari e che, del suo deposito, non era stato dato avviso allo [omissis].

2.3 – Con il terzo motivo lamenta la violazione di legge per essere, la motivazione del provvedimento impugnato, meramente apparente. In particolare sul *fumus* dei delitti contestati non era stata fornita dal Tribunale un'autonoma valutazione degli elementi di prova. Si erano citate le relazioni e le ispezioni delle varie autorità che avevano svolto accertamenti, senza dare però adeguato conto delle confutazioni, di tali emergenze, avanzate dalla difesa con le memorie e con le argomentazioni dedotte in sede di interrogatorio, così non chiarendo le ragioni per le quali si erano ritenuti irrilevanti gli elementi indicati dalla difesa. Non si era in alcun modo illustrato il ruolo e la condotta, nella complessiva vicenda descritta nei capi di imputazione, dello [omissis]. Citava la difesa, a conforto della censura, Cass. n. 51900/2017 e n. 24848/2016. Il Tribunale si era riportato alle decisioni prese dai pubblici ministeri con la richiesta di rinvio a giudizio, senza valutare la congruenza della motivazione del Gup e senza a sua volta argomentare. La documentazione fornita dalla difesa era invece copiosa ed era stata anche integrata da una relazione tecnica in cui si erano spiegate e dettagliate le alternative ragioni, del tutto lecite, poste a fondamento dei finanziamenti ottenuti dalla banca.

2.4 – Con il quarto motivo deduce la violazione di legge derivante dall'arbitraria quantificazione del danno, non ancorato a dati oggettivi e coerenti, posto che il medesimo era stato quantificato nella misura del 50% del corso azionario più alto raggiunto dai titoli. La stessa relazione dei consulenti del p.m. portava ad esiti molto inferiori, intorno ai 6 euro per azione, piuttosto che a quanto sopra individuato, un valore di circa 31 euro per ogni titolo posseduto dalle parti civili.

2.5 – Con il quinto motivo lamenta la violazione di legge in riferimento al ritenuto *periculum in mora*, sotto il profilo soggettivo, e solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 316 c.p.p. in relazione agli artt. 3, 24, 42 e 111 Cost. e art. 6, comma 3, lett. b) e c), Cedu. L'orientamento espresso dalle Sezioni unite – circa la sussistenza del pericolo in presenza del mero dato oggettivo della insufficienza del patrimonio del debitore – rende irrilevante la verifica della volontà dell'imputato di depauperare il proprio patrimonio (nonostante che alcuni arresti della Corte di cassazione ne illustrino la decisività: Cass. 14065/2015, 28286/2009), con evidente, intollerabile, sacrificio dei diritti di difesa.

2.6 – Con il sesto motivo lamenta la violazione di legge in relazione al vincolo apposto sull'immobile conferito nel fondo patrimoniale. L'imputato era da tempo legato al suo compagno ed il conferimento dell'immobile era avvenuto al momento della loro unione civile così che il bene non era stato donato ma solo cointestato per la metà. I crediti pretesi dalle parti civili nei confronti dello [omissis] sono pacificamente estranei ai bisogni della famiglia e non possono pertanto, ai sensi dell'art. 170 c.c., trovare soddisfazione escutendo il fondo patrimoniale. Il Tribunale aveva adottato criteri di prova civilistici facendo ricorso a presunzioni, non tenendo conto del fatto che l'abitazione conferita era quella in cui viveva la coppia e che lo stesso [omissis] era venuto a conoscenza delle indagini solo a settembre 2015 e nulla ne aveva saputo, del loro prosieguo, fino alla notifica dell'avviso di conclusione delle stesse, del 26 luglio 2017, quando già l'immobile era stato conferito nel fondo.

2.7 – Con il settimo motivo denuncia la violazione di legge in relazione all'avvenuto sequestro dell'immobile ceduto dall'imputato, con atto di compravendita, alla moglie [omissis], definendo così i rapporti patrimoniali fra i predetti a seguito della separazione personale avvenuta nel corso del 2006. Nel 2006, infatti, erano state pattuite, fra i due coniugi, una serie di condizioni economiche che, non assolute, avevano condotto al riconoscimento di debito da parte dello [omissis] a favore della [omissis] per Euro 400.000. I patti della separazione erano stati confermati al momento dello scioglimento del matrimonio, avvenuto nel 2015. Dopo l'unione civile con il compagno, [omissis] aveva definito i rapporti con la ex-moglie, riconoscendole un credito di un milione di euro e, di conseguenza, trasferendole, a titolo oneroso, l'immobile sequestrato (che aveva acquistato nel 2009). Il Gup aveva ritenuto l'immobile passibile di sequestro ai sensi dell'art. 192 c.p., mentre il Tribunale aveva modificato i presupposti del vincolo, ritenendo la dissimulazione della donazione ed il difetto di forma della stessa. In realtà, l'imputato si era limitato ad assolvere ad un debito contratto. La [omissis] aveva, poi, in adempimento ai patti stipulati nel 2010 (dimostrando così la loro validità), donato l'immobile alla figlia. Non era stato poi evidenziato alcun elemento di prova della ipotizzata mala fede della [omissis].

2.8 – Con l'ottavo motivo deduce la violazione di legge in relazione al mancato rispetto del termine di decadenza di trenta giorni per l'esecuzione del vincolo. Era stato palesemente violato il disposto dell'art. 675 c.p.c. richiamato dall'art. 317, comma 3, c.p.p.

3 – I difensori dello [omissis] hanno depositato una memoria con la quale, ad integrazione dell'eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio a seguito della mancata rinnovazione dell'avviso previsto dall'art. 415-bis c.p.p. e dell'interrogatorio tenutosi tre giorni prima della richiesta stessa, scandiscono la successione cronologica degli atti processuali di impulso e di deposito delle nuove indagini.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso promosso nell'interesse di [omissis] è infondato e va pertanto rigettato.

1 – Al primo motivo, che si sostanzia in un'istanza di riunione del presente procedimento ad altri aventi ad oggetto ordinanze del medesimo Tribunale di analogo contenuto, la difesa ha rinunciato.

2 – Il secondo motivo, che ripropone le questioni preliminari già avanzate e negativamente risolte dal Tribunale, è complessivamente infondato. Per le seguenti ragioni.

2.1 – Dalla sentenza delle Sezioni unite n. 18954 del 31 marzo 2016, Culasso, non è possibile dedurre, come sostiene la difesa, che sia consentito richiedere, da parte del pubblico ministero o della parte civile, e disporre il sequestro conservativo solo a seguito della pronuncia del decreto che dispone il giudizio. Alle Sezioni unite, infatti, in quella occasione, era stato rimesso il seguente quesito: «Se le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni (costituenti, nella specie, un fondo patrimoniale) sottoposti a sequestro conservativo siano deducibili con la richiesta di riesame e debbano essere decise dal tribunale del riesame, oppure siano devolute in via esclusiva al giudice dell'esecuzione civile dopo la conversione del sequestro conservativo in pignoramento, a seguito della irrevocabilità della sentenza penale di condanna». Ed il Collegio aveva così deciso: «Le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo sono deducibili con la richiesta di riesame e vanno decise dal tribunale del riesame». Ed è quindi evidente che le Sezioni unite non avevano formulato alcun principio di diritto in ordine alla fase processuale a partire dalla quale è consentito richiedere e disporre il sequestro conservativo. A tal proposito, si erano limitate a considerare che: «è altrettanto incontestabile che quantomeno il sequestro preventivo e quello probatorio (per il sequestro conservativo vi è la peculiarità della necessaria precondizione del rinvio a giudizio), nel presupporre l'esplicitazione della sussistenza di un reato in concreto mediante la esposizione e la valutazione degli elementi in tal senso significativi, comportino, per l'autorità giudiziaria che li dispone, un percorso motivazionale che si discosta da quello sugli indizi, proprio delle misure personali, essenzialmente, e in taluni casi, sul punto della responsabilità dell'indagato, potendo essere, il sequestro, disposto anche nei confronti di terzi». Così che l'inciso relativo al rinvio a giudizio come precondizione del sequestro conservativo non può essere interpretato nel senso preteso dalla difesa in quanto in esso le Sezioni unite si sono limitate a riprodurre (in termini sintetici perché non era indispensabile, nel risolvere il conflitto giurisprudenziale, l'ulteriore sviluppo dell'argomento, tanto che lo stesso era stato collocato in parentesi) la lettera dell'art. 316 c.p.p. che consente di procedere al sequestro conservativo solo nel corso del processo di merito e, quindi, dopo l'inizio dell'azione penale, nei modi previsti dall'art. 405 c.p.p. E, pertanto, nel caso di reati che prevedono la celebrazione dell'udienza preliminare, con la richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministe-

ro. Si deve, poi, considerare che, altrimenti (consentendo il sequestro conservativo solo a seguito della pronuncia del decreto che dispone il giudizio), si creerebbe un trattamento di ingiustificato sfavore – postponendo il momento in cui può essere chiesta la misura di cautela rispetto all’inizio dell’azione penale proprio in relazione a quelle condotte che il legislatore considera di maggiore gravità, e che sono pertanto foriere di maggior danno per le parti civili. Così che l’eccezione proposta sul punto risulta infondata.

2.2 – È priva di fondamento anche l’eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio e, ancor prima, dell’interrogatorio al quale l’indagato si era sottoposto dopo la comunicazione dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari (eccezione ribadita con la memoria), a seguito dell’espletamento di indagini, da parte del pubblico ministero, nel periodo di tempo intercorso fra l’avviso previsto dall’art. 415-bis c.p.p. e la medesima richiesta di rinvio a giudizio. Se, infatti, le pronunce di questa Corte citate nel ricorso (in particolare sez. VI, n. 12656 del 26 febbraio 2016, Ced 266870; sez. I, n. 32942 del 3 luglio 2008, Ced 240675) si sono limitate ad affermare che non è dovuta la rinnovazione dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari quando il pubblico ministero abbia disposto i soli accertamenti sollecitati dalla difesa, resta impregiudicata la questione della sanzione che deve seguire all’inosservanza di tale principio, quando, invece, il pubblico ministero non abbia rinnovato l’avviso nonostante abbia effettuato ulteriori, proprie, indagini. L’art. 416 c.p.p. sancisce la nullità della richiesta di rinvio a giudizio nei soli casi, che debbono considerarsi tassativi ai sensi dell’art. 177 c.p.p., in cui la stessa «non è preceduta dall’avviso previsto dall’art. 415-bis nonché dall’invito a presentarsi per rendere l’interrogatorio» (quando l’indagato l’abbia richiesto). E, quindi, la nullità deriva solo dall’omessa comunicazione dell’avviso previsto dall’art. 415-bis codice di rito. Una situazione del tutto diversa da quella che si crea quando l’avviso sia stato inviato ma non venga rinnovato a seguito di nuove indagini, un’ipotesi non espressamente disciplinata dall’art. 416 codice di rito (e neppure dall’art. 415-bis c.p.p.). L’indubbio sacrificio che ne deriva al diritto della difesa, di essere posta a conoscenza degli elementi che sostengono l’accusa, deve però trovare un rimedio, una sanzione, e questa non potrà che essere (non potendosi dichiarare nulla una richiesta di rinvio a giudizio preceduta dall’avviso di conclusione delle indagini preliminari) la declaratoria di inutilizzabilità delle nuove investigazioni. Una soluzione già indicata dalla giurisprudenza di questa Corte, con le seguenti pronunce: sez. III, n. 24979 del 22 dicembre 2017, Ced 273527 e sez. III, n. 8049 del 11 gennaio 2007, Ced 236102 in cui si precisa che non sussiste neppure l’inutilizzabilità quando si tratti di attività integrativa di indagine, a mente dell’art. 430 c.p.p. – ancorché espletata prima della emissione del decreto che dispone il giudizio – se la documentazione relativa sia depositata e posta immediatamente a disposizione degli indagati, non essendo ravvisabile, in tal caso, alcuna violazione dei diritti di difesa; un principio di diritto, ribadito anche da sez. IV, n. 7597 dello 8 novembre 2013, Ced 259121.

2.2.1 – Peraltro, nell’odierno processo, vi sono ulteriori ragioni per ritenere l’infondatezza, in questo caso manifesta, dell’eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio. Sostiene, infatti la difesa, che l’annotazione di polizia giudiziaria, che sarebbe stata depositata dopo la comunicazione dell’avviso previsto dall’art. 415-bis c.p.p., non sarebbe solo riassuntiva, come si sostiene nel provvedimento impugnato, ma integrativa, ma così sollecita a questa Corte un giudizio di fatto che non le compete (e non allega al ricorso, per la sua autosufficienza, la necessaria documentazione) e che certo non può sostanzarsi nella sola constatazione che l’annotazione stessa sia così definita da chi l’ha redatta, a prescindere, quindi, dalla verifica del suo effettivo contenuto. Ed ancora, nel ricorso si legge che l’annotazione in questione sarebbe stata depositata in data successiva alla richiesta di rinvio a giudizio quando pertanto non era più possibile retrocedere alla fase delle indagini preliminari, rinnovando l’avviso di conclusione delle stesse, in quanto si era dato già inizio all’azione penale. L’eccezione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio (e dell’interrogatorio disposto su richiesta dell’indagato) è, così, complessivamente, priva di fondamento.

2.3 – Sono manifestamente infondate le due ulteriori censure, sulla non conformità all’originale della copia notificata al prevenuto dell’avviso *ex* art. 415-bis c.p.p. e sulla nullità del provvedimento impugnato in quanto contiene il riferimento all’annotazione di polizia giudiziaria che si assume essere inutilizzabile, perché:

– il denunciato vizio di non conformità della copia notificata dell’atto non è accompagnato dalle necessarie allegazioni e comunque si sostanzia in una mera irregolarità (la data dell’atto e la mancata indicazione in epigrafe, ma non nel corpo dell’imputazione, del nome di un coindagato), che non ha comportato alcun sacrificio dei diritti della difesa (tanto che neppure nel ricorso si precisa quale possa essere stato);

– considerando che la stessa eccezione di inutilizzabilità dell’annotazione di polizia giudiziaria depositata dopo la richiesta di rinvio a giudizio non appare fondata (come si è più sopra annotato), non ne può derivare alcuna nullità della decisione che ne ha tenuto conto; comunque, nel ricorso, non viene proposta la necessaria “prova di resistenza”, posto che è orientamento consolidato di questa Corte (da ultimo: sez. II, n. 7986 del 18 novembre 2016, Ced 269218) che, nell’ipotesi in cui, con il ricorso per cassazione, si lamenti l’inutilizzabilità di un elemento a carico, il motivo di impugnazione deve illustrare, a pena di inammissibilità per aspecificità, l’incidenza sul complessivo quadro probatorio dell’eventuale eliminazione del predetto elemento, in quanto gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano irrilevanti ed ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l’identico convincimento.

3 – Il terzo motivo, speso sul *fumus* dei contestati delitti è inammissibile. Va, innanzitutto, ricordato che questa Corte (anche nella citata sentenza Culasso delle Sezioni unite, dalla quale è tratto il seguente brano) ha precisato che «il sindacato della Cassazione in tema di ordinanze del riesame relative a provvedimenti reali è circoscritto alla possibilità di rilevare ed apprezzare la sola violazione di legge, così come dispone testualmente l’art. 325, comma 1, c.p.p.: una violazione che la giurisprudenza ormai costante di questa Corte, uniformandosi al principio enunciato da sez. Un., n. 5876, del 28 gennaio 2004, Ced 226710, riconosce unicamente quando sia constatabile la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente, in quanto correlate alla inosservanza di precise norme processuali». Un principio di diritto applicabile al motivo di ricorso speso sul *fumus* dei contestati delitti posto che le argomentazioni spese sul punto si limitano a censurare la mancata considerazione dell’apporto probatorio offerto dalla difesa senza però neppure illustrare sotto quale profilo la documentazione prodotta consenta di confutare l’ipotesi accusatoria (fondata su fonti dotate di particolare attendibilità tecnica, perché provenienti da enti deputati al controllo delle attività finanziarie, bancarie ed economiche, quali Banca d’Italia, CONSOB e BCE), così che il motivo di ricorso difetta di specificità e il vizio motivazionale denunciato si sostanzia in una carenza argomentativa che non concreta il ricordato vizio di legittimità, sussistente nel solo caso di omessa motivazione o di mera apparenza della stessa. Le alternative ragioni esposte dalla difesa in ordine all’ottenimento dei finanziamenti dalla banca amministrata anche dal prevenuto, poi, non possono costituire valida smentita dell’accusa quando non comprendono l’intero disegno criminoso ipotizzato nell’imputazione e ritenuto, allo stato, costituire valido fondamento (come *fumus boni iuris* della collegata pretesa civile) della cautela reale.

4 – Il quarto motivo, speso sulla quantificazione del danno patito dalle parti civili, è manifestamente infondato posto che, anche su tale aspetto, il Tribunale ha speso una concreta ed adeguata motivazione, riportandosi ad un criterio di calcolo che non può definirsi arbitrario, fissando il preteso danno, allo stato, alla metà del valore massimo del corso delle azioni (e del resto le parti civili l’avevano individuato nella totale perdita di valore dei titoli della [omissis] da loro stessi detenuti). Così facendo corretta applicazione del principio di diritto fissato da questa Corte (ribadito da ultimo da sez. V, n. 16750 del 30 marzo 2016, Ced 266702) secondo il quale è legittimo il sequestro conservativo disposto a tutela di un credito il cui importo sia determinabile con un apprezzamento che, pur approssimativo, è, tuttavia, ancorato a dati oggettivi e ad argomenti sviluppati in termini idonei a rendere comprensibile il ragionamento del giudice. Quanto affermato in ricorso circa la prospettabilità di un danno di minore portata, nulla è stato offerto a questa Corte che le consentisse di valutare l’obiezione e, comunque, le viene sollecitato un giudizio in fatto che le è precluso, conseguente poi ad un vizio motivazionale, il cui rilievo, come si è detto, non è consentito in relazione a provvedimenti di cautela reale.

5 – Il quinto motivo, sulla sussistenza del *periculum in mora*, è anch’esso manifestamente infondato. Come la stessa difesa ha ricordato, le Sezioni unite di questa Corte, con la sentenza n. 51660 del 25 settembre 2014, Ced 261118, hanno affermato che, per l’adozione del sequestro conservativo, è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente per l’adempimento delle obbligazioni di cui all’art. 316, commi 1 e 2, c.p.p., non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore. La difesa dubita della compatibilità di tale orientamento giurisprudenziale con le norme costituzionali poste a salvaguardia dei diritti di difesa e di proprietà, perché non terrebbe conto dell’atteggiamento psicologico dell’imputato, o meglio del debitore, attivando la misura di cautela solo quando lo stesso mostri di voler dissipare il proprio patrimonio, posto a garanzia dei crediti azionati. Dimentica però la difesa di valutare sia la rilevanza della questione nell’odierno procedimento, sia, sotto il

profilo della sua non manifesta infondatezza, la natura stessa della misura cautelare che era stata disposta. Quanto al primo profilo, infatti, difetta il requisito della rilevanza della questione di costituzionalità posto che fra i beni sequestrati ve ne sono alcuni che lo [omissis] ha fraudolentemente escluso dal proprio patrimonio, tanto da essere stati sottoposti al vincolo in applicazione dell'art. 192 c.p., mostrando così come la ridetta volontà spoliativa non sia stata pretermessa nel giudizio ma sia stata, al contrario, positivamente accertata. Quanto al secondo, nell'argomento speso dalla difesa non si tiene conto della funzione propria della misura di cautela attivata, che è volta a salvaguardare la garanzia patrimoniale nei confronti di un soggetto che non viene arbitrariamente spogliato dei propri beni e ciò in quanto si assume che lo stesso abbia cagionato ad altri soggetti danni tali da rendere già insufficiente il proprio intero patrimonio. Il sacrificio del suo diritto di proprietà trova pertanto concreta ed adeguata giustificazione.

6 – Il sesto motivo, sul vincolo apposto al bene immobile conferito nel fondo patrimoniale, è inammissibile perché, preso atto che lo stesso era stato conferito in epoca successiva alla commissione dei delitti contestati allo [omissis] con un atto a titolo gratuito, se ne era dichiarata l'inefficacia ai sensi dell'art. 192 rispetto ai crediti indicati dell'art. 189 c.p. in cui sono comprese le somme dovute a titolo di risarcimento del danno. Del tutto inconferente è pertanto il riferimento all'art. 170 c.c., che individua i creditori che possono soddisfarsi sul fondo patrimoniale (ed escluderebbe le odierne parti civili) posto che lo stesso, come si è detto, è stato dichiarato inefficace, e quindi inopponibile, alle ragioni azionate dalle parti civili. Le censure che il compagno dello [omissis] potrebbe avanzare sulla sua quota del fondo patrimoniale non possono essere qui valutate costituendo l'oggetto di un separato ricorso, avanzato nel suo interesse, e non avendo lo [omissis] un immediato e concreto interesse ad ottenere il dissequestro del bene a vantaggio di altro soggetto.

7 – Il settimo motivo, sull'apposizione del vincolo all'immobile ceduto dal prevenuto all'ex-moglie [omissis], è inammissibile perché interamente versato in fatto e perché si fonda sulla pretesa incompletezza ed illogicità della motivazione. Il Tribunale aveva affrontato le questioni sollevate dalla difesa ed aveva comunque concluso per la gratuità della cessione dell'immobile sequestrato (e così per la dissimulazione della donazione nel concluso atto di compravendita) in considerazione del fatto che, in epoca precedente alla stessa, al momento dello scioglimento del matrimonio, le parti avevano dato atto della avvenuta definizione di tutte le pendenze economiche e, quindi, anche del debito che lo [omissis] aveva riconosciuto alla moglie. Una motivazione che non può considerarsi né inesistente né meramente apparente. Manifestamente infondata è anche la censura relativa all'assunto mutamento del titolo che il Tribunale avrebbe, a detta della difesa, operato rispetto a quanto rilevato dal Gup, posto che resta la considerazione che il sequestro si è comunque fondato sul fatto che l'atto di cessione dell'immobile, dallo [omissis] alla [omissis], è stato ritenuto, da entrambi i giudici, inefficace ai sensi del più volte citato art. 192 c.p.

8 – L'ottavo motivo, sulla decadenza del vincolo per la sua mancata esecuzione nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 675 c.p.c. richiamato dall'art. 317, comma 3, c.p.p., è manifestamente infondato perché non tiene conto del costante orientamento di questa Corte (da ultimo: sez. VI, n. 45480 del 6 ottobre 2015, Ced 265456) secondo il quale il mancato rispetto del termine perentorio di giorni trenta per l'esecuzione del sequestro conservativo di cui all'art. 675 c.p.c. non determina la decadenza del provvedimento emesso dal G.i.p., sia perché il richiamo alle «forme previste dal codice di procedura civile» contenuto nell'art. 317, comma 3, c.p.p., attiene esclusivamente alle modalità esecutive e non alle altre statuizioni del relativo codice di rito aventi finalità diverse e proprie del procedimento civile, sia perché il comma successivo del predetto art. 317 già disciplina in termini autonomi la perenzione del sequestro, ricollegandola non già ad eventuali inerzie nel dare esecuzione alla misura, bensì al sopravvenire della sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, non più soggetta a impugnazione.

9 – Al rigetto del ricorso segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

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

STEFANO CIAMPI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Trieste

Incompleta *discovery* al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite

Incomplete discovery at the end of preliminary investigations: the Joint Chambers of the Court of Cassation should decide on the consequences (exclusion of evidence or nullity?)

La Corte di cassazione conferma l'adagio secondo cui la documentazione dell'attività d'indagine che non venga depositata a mente dell'art. 415-bis c.p.p. diventa inutilizzabile nel corso del processo; correlativamente, esclude che il comportamento elusivo del magistrato inquirente si traduca in una causa di invalidità dell'atto imputativo. Impostazione esegetica, questa, che non raccoglie consensi unanimi in dottrina e che si pone in rotta di collisione con un convincente orientamento giurisprudenziale minoritario, il quale, nel fare salve le indagini compiute *secundum legem*, censura con la nullità dell'atto di accusa la condotta del pubblico ministero che deposita solo una parte del materiale fruibile. Poiché il contrasto interpretativo rischia di alimentare disparità di trattamento, orientando le sorti processuali di imputati attinti dalla medesima *quaestio iuris* in direzioni teoriche opposte, è auspicabile che, a mente degli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p., siano le Sezioni Unite a dirimere, quanto prima, la contesa ermeneutica.

The Italian Court of Cassation has confirmed the mainstream interpretation that the investigative actions that fail to be disclosed under Article 415-bis of the Italian Code of Criminal Procedure (CPP) shall not be used during the preliminary hearing and the trial. On the contrary, the Court excludes that such a Public Prosecutor's misconduct shall entail the nullity of the accusation. This standpoint runs counter a convincing but minority case-law orientation, according to which the Public Prosecutor's misconduct shall cause the nullity of the accusation, while investigations lawfully carried out shall be considered valid. Since these two opposing interpretations are likely to lead to contradictory decisions on the same question of law, the Joint Chambers of the Court of Cassation should, under Articles 610, paragraph 2, and 618, paragraph 1, of the CCP, solve the jurisprudential conflict as soon as possible.

LA DINAMICA PROCESSUALE

La Suprema Corte si occupa dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una *sedes atypica* per l'istituto, qual è il ricorso di legittimità contemplato, nel perimetro delle cautele reali, dall'art. 325 c.p.p. Il motivo discende dal tratto, impresso dal legislatore al sequestro conservativo disposto su richiesta della parte civile a mente dell'art. 316, comma 2, c.p.p., di istituto processuale *stricto sensu*, vale a dire applicabile solo ad azione penale esercitata e, dunque, per definizione estraneo alla fase preimputativa: nel caso di specie, l'imputato, deducendo la nullità dell'atto di esercizio dell'azione penale per un'asserita violazione della disciplina contenuta nell'art. 415-bis c.p.p., mirava alla regressione del processo alle indagini preliminari, con conseguente caducazione del presupposto in rito del sequestro conservativo applicato dal giudice dell'udienza preliminare.

Più in dettaglio, il ricorrente – mercé un poliedrico atto di impugnazione, del quale, in questa sede, preme richiamare i soli motivi strettamente afferenti alla lamentata invalidità dell'atto di accusa – teorizzava che la richiesta di rinvio a giudizio fosse affetta da nullità, in quanto il pubblico ministero, dopo avere notificato l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., aveva proseguito l'attività investigativa, senza provvedere a tempestivo deposito delle nuove acquisizioni o, comunque, senza informarne la persona sottoposta alle indagini, nemmeno in vista dell'interrogatorio effettuato, su richiesta di quest'ultima, *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p. Di talché, lo stesso interrogatorio doveva considerarsi affetto da nullità, po-

sto che l'interessato non era stato reso edotto dei *nova* nella fase preliminare all'espletamento dell'incombente.

Anche a prescindere dalle ricadute sull'adempimento *ex art.* 64 c.p.p., comunque, la difesa assumeva che, notificato l'avviso di conclusione delle indagini, il pubblico ministero non fosse più legittimato a compiere attività investigative *motu proprio*, dovendosi, viceversa, attenere alle eventuali richieste formulate dal prevenuto a mente dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.: in tale senso, secondo il ricorrente, deporrrebbe la giurisprudenza di legittimità in materia, i cui *dicta*, ove non rispettati, comporterebbero l'invalidità dell'atto di esercizio dell'azione penale, qualora il pubblico ministero non rinnovi l'avviso e la correlata *discovery* a valle delle nuove investigazioni.

LE QUESTIONI RIMESSE ALLO SCRUTINIO DI LEGITTIMITÀ

A ben considerare, l'*occasio* della decisione della Suprema Corte, offerta da un incidente cautelare, non vale a circoscrivere entro il perimetro di quest'ultimo la portata delle questioni giuridiche trattate, le quali, al contrario, hanno una rilevanza più ampia, poiché involgono le dinamiche del processo di merito e, precisamente, le regole che sovrintendono alla chiusura delle indagini preliminari e al corretto esercizio dell'azione penale: viene qui in gioco la disciplina compendiata nel trittico di norme costituito dagli artt. 415-bis, 416 e 552 c.p.p.

Per un verso, ci si chiede se il pubblico ministero, disponendo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, sancisca, in ossequio al *nomen iuris* dell'istituto, che la fase di investigazione è chiusa, sicché le uniche attività che gli inquirenti potranno legittimamente svolgere, in vista della formulazione dell'imputazione, saranno quelle correlate alle iniziative della difesa, ove poste in essere, tempestivamente, a' sensi dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.

In secondo luogo, ci si interroga sulle ricadute processuali, da intendersi in chiave sanzionatoria, vuoi di un'attività investigativa che il pubblico ministero protragga, di propria iniziativa, in violazione della *regula iuris* che risponde all'interrogativo precedente, vuoi di un'omissione, totale o parziale, di quella *discovery* che è l'elemento caratterizzante l'istituto introdotto dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

SULLA PROSECUZIONE DELL'ATTIVITÀ D'INDAGINE DA PARTE DEL PUBBLICO MINISTERO DOPO LA NOTIFICA DELL'AVVISO EX ART. 415-BIS C.P.P.

Il dubbio sulla legittimità di attività investigative che il magistrato inquirente compia, di propria iniziativa, dopo la notifica dell'avviso in commento non trova, in dottrina, soluzioni unanimi.

Per taluni interpreti, infatti, l'architettura della disciplina forgiata dall'art. 415-bis c.p.p. vacillerebbe se si ammettesse che gli inquirenti possano continuare a svolgere attività d'indagine dopo la notifica dell'avviso, dato che il legislatore volutamente non contempla tale evenienza, la quale si rivela contraria alla *ratio* stessa dell'istituto¹. Altri autori², invece, osservano come, nell'ordito codicistico, nemmeno l'esercizio dell'azione penale segni, di per sé, la fine dell'attività di ricerca e della sua documentazione,

¹Secondo T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 240, «il pubblico ministero brucia la sua autonomia investigativa con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini indipendentemente dallo spirare dei termini massimi di durata delle indagini preliminari: la brucia terminologicamente – 'avviso di conclusione' –; e la brucia operativamente – per lui 'le indagini sono compiute'» (l'A., peraltro, ammette che il pubblico ministero possa compiere nuovi atti d'indagine di propria iniziativa, purché connessi e collegati alle iniziative assunte dalla difesa *ex art.* 415-bis, comma 3, c.p.p.; sul tema, si rinvia al paragrafo successivo). Cfr. anche G. Casartelli, *Nuove garanzie difensive nelle indagini preliminari. L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 85.

²Si vedano, in questo senso, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, in *Legislazione pen.*, 2000, p. 355; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, Padova, Cedam, 2000, p. 281; F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 160; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 49; F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in L. Kalb (a cura di), *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti). Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 107.

vero essendo che gli artt. 419, comma 3, e 430 c.p.p. ascrivono un peso specifico a investigazioni – definite suppletive e integrative³ – che addirittura seguono l'elevazione dell'accusa: legittimo, dunque, che gli organi inquirenti continuino la propria attività anche dopo avere notificato l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p., ferma la necessità di rispettare la *dead line* tracciata dagli artt. 405-407 c.p.p. rispetto ai termini massimi d'indagine; come meglio si vedrà in seguito, eventuali riverberi di matrice sanzionatoria conseguiranno, semmai, a una diversa condotta elusiva del pubblico ministero, consistente nell'omettere il tempestivo deposito in segreteria della documentazione dell'attività in discorso.

A parere di chi scrive, è la seconda l'impostazione preferibile, sia perché si rivela rispettosa del principio di tassatività che governa la materia delle sanzioni processuali⁴, sia perché si pone in sintonia con uno spunto di matrice sistematica che trova ancoraggio, tanto al predicato di ragionevole durata del processo, enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost., quanto ai presidi metaprimari dell'interesse difensivo alla tempestiva informazione sul procedimento e sull'addebito.

Invero, quando il primo comma dell'art. 415-bis c.p.p. si riferisce agli archi temporali di cui all'art. 405 c.p.p., se del caso prorogati *ex art. 406* c.p.p., scandisce il termine ultimo entro il quale il pubblico ministero si deve attivare, notificando – se non chiede l'archiviazione – l'avviso⁵. Nulla vieta, tuttavia, che il magistrato concluda le investigazioni e si orienti per l'esercizio dell'azione penale con anticipo rispetto alla scadenza formale *de qua*⁶. Ebbene, seguendo la tesi più restrittiva rievocata *supra*, che osteggia il pubblico ministero nella prosecuzione delle indagini dopo la notifica dell'avviso, sebbene residuino margini temporali *ex artt. 405-407* c.p.p., si rischia – a nostro parere – di favorire un effetto collaterale negativo in un'ottica di economia processuale e, a ben vedere, di tutela del diritto di difesa. Infatti, nello scenario appena raffigurato, non stupirebbe se il magistrato inquirente decidesse di ritardare sempre e comunque, fino all'ultimo, la notifica *ex art. 415-bis* c.p.p., in ragione del comprensibile scrupolo di non sacrificare con le proprie mani, e *a priori*, una frazione del tempo che gli artt. 405-407 c.p.p. riconoscono, in linea astratta, alle sue ricerche. Evidenti le ricadute negative di un simile (eppure legittimo) *modus operandi*, non solo sulla durata del procedimento, ma anche sugli interessi difensivi della persona sottoposta alle indagini, la cui aspirazione a ricevere un'informazione sull'esistenza di investigazioni a proprio carico e sugli estremi dell'addebito nel più breve tempo possibile è tutelata, sia nel dettato costituzionale, sia a livello convenzionale, sia dalle fonti dell'Unione europea⁷.

L'interpretazione qui prediletta disinnesci i rischi appena paventati, perché, senza forzare la *littera legis* e, anzi, facendo leva sull'assenza di prescrizioni sanzionatorie o limitanti sul punto, ammette una

³In tema, vedansi, quantomeno, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 270; M.L. Di Bitonto, *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; G. Varraso, *Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti. Metamorfosi di un istituto*, Padova, Cedam, 2004, *passim*, nonché, in chiave prevalentemente critica, E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 204.

⁴Come è stato condivisibilmente scritto (da A. Barazzetta, *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Indice pen.*, 2000, p. 506), «se il termine d'indagine concesso *ex lege* o prorogato dal giudice di fase non [è] ancora spirato, vanamente si cercherebbe una disposizione normativa che vieti *a priori*» il compimento di nuove indagini su iniziativa degli inquirenti.

⁵Per la verità, il legislatore non si premura di coordinare adeguatamente la disciplina *ex art. 415-bis* c.p.p. con quella della proroga dei termini d'indagine *ex art. 406* c.p.p. In particolare, rimane sotto traccia il caso dell'atto imputativo formulato a fronte di un diniego della proroga richiesta: ivi, lo *spatium temporis* concepito dal legislatore («il giudice [...] fissa un termine non superiore a dieci giorni per la formulazione delle richieste del pubblico ministero») dovrebbe intendersi riferito alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, piuttosto che all'atto di accusa in senso proprio. La tesi contraria, osserva giustamente V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 356, darebbe vita a una «palese disparità di trattamento [...] tra indagati ammessi alla conoscenza degli atti del p.m.» *ex art. 415-bis* c.p.p. «ed indagati ammessi sì ad interloquire sull'istanza di proroga, ma forti solamente della conoscenza delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo dei fatti». L'A., tuttavia, da simile premessa non trae la conclusione più garantista, poiché ritiene che l'assetto normativo non consenta di configurare come doverosa la notifica *ex art. 415-bis* c.p.p. nel caso in esame (*ivi*, p. 364). Approdo, a nostro avviso, troppo cauto: letti gli artt. 416 e 552 c.p.p. non sembra forzata la conclusione nel senso della nullità degli atti imputativi non preceduti dall'avviso in discorso, con conseguente esegesi correttiva della lettera dell'art. 406, comma 7, c.p.p., 'si da imporre al pubblico ministero di procedere alla notifica dell'avviso entro i termini ivi scanditi, salva la richiesta di archiviazione o la formulazione di un atto di accusa in forma diversa dalla richiesta di rinvio a giudizio o dal decreto di citazione diretta davanti al tribunale monocratico.

⁶Cfr., *ex plurimis*, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., pp. 40 e 216.

⁷Ci si riferisce, rispettivamente, agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost., all'art. 6, par. 3, Cedu e all'art. 6 direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

maggior flessibilità insita nelle scelte e nei comportamenti del magistrato inquirente: ove reputi concluse le indagini, notifichi senza ritardo l'avviso in commento; se i termini disciplinati dall'art. 405 c.p.p. non sono ancora consumati, non comprometterà la propria *chance* d'integrare le investigazioni che, erroneamente, abbia reputato anzitempo esaustive; se del caso, potrà chiedere la proroga a mente dell'art. 406 c.p.p.⁸. In questo panorama, la chiusura del cerchio è data dall'obbligo di *discovery* e dalla correlata informazione: se si attiverà di propria iniziativa, il pubblico ministero provvederà al tempestivo deposito del nuovo materiale raccolto e renderà nota l'integrazione d'indagine a mezzo di uno specifico avvertimento notificato all'indagato che, così, beneficerà di un nuovo termine di venti giorni per accedere agli atti ed, eventualmente, riorganizzare la propria strategia reattiva *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p.⁹. Un dovere, questo, che trova riscontro anche nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/13/UE, dedicata proprio al «diritto all'informazione nei procedimenti penali», il cui art. 7, enunciato in rubrica il «diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine», non manca di dettare, *ex professo*, la prescrizione secondo cui, «qualora le autorità competenti entrino in possesso di ulteriore materiale probatorio, l'accesso a quest'ultimo è concesso in tempo utile per consentirne l'esame». Per essere più precisi, dovrebbe, *in parte qua*, distinguersi¹⁰ l'ipotesi in cui le nuove investigazioni non comportino alcuna modifica della contestazione tratteggiata nell'adempimento già spedito, nel qual caso sarà sufficiente la summenzionata comunicazione di avvenuto deposito dei nuovi verbali o documenti, dall'alternativa in cui vi siano ricadute sulla descrizione del fatto per cui si procede, eventualità che renderebbe doverosa la notifica (non di un semplice *alert* di avvenuto deposito, bensì) di un nuovo avviso di conclusione delle indagini, aggiornato a livello contenutistico.

Tutto ciò premesso, è agevole concludere che la decisione in rassegna, su questo specifico versante, merita condivisione, ove conferma la possibilità, per il pubblico ministero, di svolgere, di propria iniziativa, attività d'indagine anche dopo avere notificato l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. e, correlativamente, disattende e rigetta il motivo di ricorso che invocava la nullità dell'atto di accusa in virtù della semplice prosecuzione delle investigazioni da parte degli inquirenti. Ne esce, dunque, corroborato il già solido orientamento della Suprema Corte in materia, inteso a legittimare il pubblico ministero a compiere «atti di investigazione nel lasso di tempo che intercorre tra la data di spedizione dell'avviso di conclusione delle indagini e l'esercizio dell'azione penale», fermi restando, da un lato, il rispetto dei termini massimi stabiliti dagli artt. 405-407 c.p.p., e, dall'altro, l'obbligo di «depositare gli atti, dandone avviso alla difesa per reintegrarla nelle prerogative attribuite dall'art. 415-bis, commi 2 e 3, c.p.p.»¹¹.

SEGUE: SULLE INDAGINI DEL PUBBLICO MINISTERO CORRELATE ALLE INIZIATIVE ASSUNTE DALLA DIFESA EX ART. 415-BIS, COMMA 3, C.P.P.

Uno scrupolo di completezza suggerisce, incidentalmente, di osservare come la giurisprudenza adotti canoni ermeneutici peculiari rispetto all'atto investigativo che il magistrato inquirente ponga in essere, sì, *ex officio*, ma non in totale autonomia, bensì in relazione consequenziale con una delle iniziative assunte dalla difesa a fronte dell'accesso alla documentazione depositata. La Cassazione¹², infatti, tende a qualificare tale attività del pubblico ministero ammissibile e utilizzabile anche se sono scaduti i termini ordinari

⁸ Gli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero di propria iniziativa, dunque, saranno utilizzabili purché espletati nel rispetto dei termini generali (L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 273); mentre, valicato il limite segnato dagli artt. 405-407 c.p.p., il pubblico ministero, a pena d'inutilizzabilità (E. Amodio, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale riformata*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 43), dovrà ripiegare sulle investigazioni suppletive o integrative. In tema, v. anche Cass., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 37862, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1503.

⁹ Cfr. anche F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 159 s.

¹⁰ Come fanno A. Barazzetta, *Gli snodi processuali*, cit., p. 506; V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 362; R. Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico. Legge 16 dicembre 1999 n. 479*, Milano, Ipsoa, 2000, p. 112; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 281; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 50 e 218.

¹¹ Così, da ultimo, in motivazione, Cass., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 24979, in *CED Cass.*, n. 273527. *Antea*, Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, *ivi*, n. 259121; Cass., sez. fer., 13 settembre 2007, n. 37368, *ivi*, n. 237301; Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 8049, *ivi*, n. 236102; Cass., sez. III, 12 luglio 2006, n. 34417, in *Riv. pen.*, 2007, p. 928.

¹² Cfr. Cass., sez. III, 14 gennaio 2004, n. 8131, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2652.

d'indagine ex artt. 405 ss. c.p.p., dato che la fattispecie rientrerebbe nel novero degli atti investigativi di cui all'art. 415-bis c.p.p., fatti salvi, *expressis verbis*, dall'*incipit* dell'art. 407, comma 3, c.p.p.

In effetti, deve ammettersi che quest'ultima norma rinvia, senza *distinguo*, a «quanto previsto dall'articolo 415-bis», il cui quarto comma si riferisce, con formula anodina, alle «nuove indagini» che il pubblico ministero dispone «a seguito delle richieste dell'indagato», mentre il comma 5 fa salvi «i nuovi atti d'indagine del pubblico ministero», purché compiuti entro i termini stabiliti nel capoverso precedente, i quali potrebbero esorbitare dai confini temporali tracciati dagli artt. 405-407 c.p.p.: un assetto di regole, questo, che può sorreggere l'esegesi permissiva, la quale, per «nuove indagini» disposte «a seguito delle richieste dell'indagato», intende, non solo quelle esplicitamente sollecitate da quest'ultimo, ma anche quelle che il magistrato inquirente pone in essere di propria iniziativa, purché in stringente connessione con le prime o, più in generale, con le iniziative assunte dalla difesa a mente dell'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.¹³.

Ferma l'ortodossia sul piano dell'interpretazione letterale, non deve, tuttavia, sfuggire un riverbero di questa lettura, che potrebbe scardinare il sistema dei termini d'indagine. Infatti, ove il pubblico ministero, nonostante il decorso degli archi temporali scanditi dagli artt. 405-407 c.p.p., vada oltre le richieste della persona indagata, per compiere altre attività, connesse alle prime, dovrebbe poi – in ossequio a quanto detto *supra* – depositare in segreteria ciò che ha acquisito di propria iniziativa, con conseguente riapertura dello *spatium temporis* di venti giorni per l'accesso e l'eventuale formulazione di nuove richieste difensive ex art. 415-bis, comma 3, c.p.p. Queste ultime, tuttavia, ben potrebbero, per proprio conto, veicolare nuove istanze di integrazione d'indagine che, seguendo la tesi in discussione, legittimerebbero il pubblico ministero a svolgere, *motu proprio*, anche altre attività, purché connesse, le quali, a loro volta, dovrebbero essere depositate, con re-innesco dello *ius postulandi* della difesa, dando vita, in tal modo, a un meccanismo circolare capace, potenzialmente, di autoalimentarsi all'infinito.

Risulta, allora, preferibile – perché coerente con un assetto di regole che disciplina in maniera rigorosa i termini di durata delle indagini preliminari – la tesi, più restrittiva, che circoscrive gli effetti dell'art. 415-bis, comma 4, c.p.p. alle sole attività d'indagine espressamente richieste dell'indagato¹⁴. Implicitamente, avvalorata questa lettura il peculiare *iter* che tale norma detta per la proroga del tempo dedicato al seguito delle istanze difensive: il fatto che il legislatore faccia perno sulla sola richiesta del pubblico ministero rivolta al giudice, senza coinvolgere la persona sottoposta alle indagini (in ciò differenziandosi dall'art. 406 c.p.p.), si giustifica, esclusivamente, se si ipotizza che le investigazioni di riferimento siano proprio quelle sollecitate da quest'ultima, il cui interesse alla proroga, dunque, è *in re ipsa*.

Nel medesimo senso, a ben considerare, depone anche la constatazione che il legislatore contempla, sì, *apertis verbis*, l'ipotesi di atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero su istanza difensiva, ma, rispetto ad essi, non impone l'immediato deposito in segreteria, né, tantomeno, prescrive di rinnovare, a valle, la notificazione dell'avviso¹⁵. Diversamente da quanto osservato con riferimento alle integrazioni investigative cui il pubblico ministero dà corso, di propria iniziativa, dopo la notifica della formalità in parola, si ritiene che il silenzio serbato *in parte qua* dell'art. 415-bis, comma 4, c.p.p. riveli un preciso significato¹⁶: invero, se, a fronte delle nuove indagini volute dalla difesa, il pubblico ministero si orienterà per la richiesta di archiviazione, lo scenario cambierà radicalmente, perché l'itinerario da percorrersi sarà quello autonomamente tracciato dagli artt. 408 ss. c.p.p.; se, invece, il pubblico ministero conferme-

¹³ In dottrina, cfr. T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 241.

¹⁴ Cfr. anche F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari ovvero una garanzia incompiuta per l'inquisito*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 683.

¹⁵ In tema, vedasi Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 12656, in *CED Cass.*, n. 266870, di recente confermata da Cass., sez. IV, 7 giugno 2018, n. 40931, *ivi*, n. 273928. Già in precedenza, Cass., sez. I, 3 luglio 2008, n. 32942, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3526, aveva condivisibilmente precisato che «non è dovuta la rinnovazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari allorché il pubblico ministero, sollecitato, a seguito della sua notificazione, dalla difesa, proceda a ulteriori accertamenti [...] senza espletare, a sua volta, investigazioni del tutto distinte e autonome rispetto ai temi proposti con le richieste difensive». Di conseguenza, qualora il giudice, constatata la mancata rinnovazione dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p. nel caso *de quo*, dichiarasse la nullità dell'atto imputativo e disponesse la trasmissione degli atti al pubblico ministero, incorrerebbe in un *error in procedendo*: la sua decisione, tuttavia, non sarebbe tacciabile di abnormità, «trattandosi di provvedimento che, lungi dall'essere avulso dal sistema, costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento» (Cass., sez. II, 13 gennaio 2015, n. 3738, in *CED Cass.*, n. 262374, sulla scia di Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4549).

¹⁶ Cfr. anche F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 683. *Contra*, però, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 361.

rà le proprie determinazioni, nel senso dell'esercizio dell'azione penale, non avrebbe senso un'integrazione mirata della *discovery* a' sensi dell'art. 415-bis c.p.p., dato che quest'ultima non potrebbe comunque riaprire, per la difesa, lo *spatium temporis* di venti giorni assicurato dal terzo comma della norma, visto che l'indagato si troverebbe a compulsare gli esiti dell'attività da esso stesso richiesta; il deposito di tali atti sarà, dunque, posticipato al momento dell'elevazione dell'accusa¹⁷.

Ciò significa che, ove si rimanga all'interno del perimetro temporale segnato dagli artt. 405-407 c.p.p., il pubblico ministero sarà legittimato a integrare le proprie indagini (se del caso "ispirato" dalle iniziative assunte dalla difesa ex art. 415-bis, comma 3, c.p.p.) e sarà tenuto a una tempestiva *discovery* della documentazione dell'attività svolta di propria iniziativa, restituendo nel termine l'indagato per l'accesso e l'assunzione di nuove iniziative difensive; decorsi quei termini, l'unica parentesi che può restare aperta è quella disciplinata dall'art. 415-bis, commi 4 e 5, c.p.p., all'interno della quale, però, trovano spazio le sole attività espressamente richieste dalla difesa, i cui esiti non sono oggetto di deposito a' sensi dell'art. 415-bis c.p.p., bensì, a seconda delle successive scelte del magistrato inquirente, a norma degli artt. 419, comma 2, e 552, comma 4, c.p.p., se viene esercitata l'azione penale, oppure ex art. 409, comma 2, c.p.p., in caso di richiesta di archiviazione non accolta *de plano*.

RICADUTE SANZIONATORIE DELL'INCOMPLETA DISCOVERY DEL MATERIALE D'INDAGINE: LE PERPLESSITÀ DESTATE DALLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE

Il secondo tema attinto dalla Corte di cassazione nella decisione in commento è quello relativo alle conseguenze di un'eventuale omessa *disclosure* di una parte della documentazione di cui il pubblico ministero dispone¹⁸. La fattispecie elusiva può essere perpetrata in almeno due modi, dato che il magistrato inquirente può escludere dal deposito in segreteria alcuni atti:

a) *ab origine*, cioè nel momento stesso in cui effettua la *discovery* generalizzata¹⁹, concomitante con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, oppure

¹⁷ Sui rapporti tra deposito ex art. 415-bis, comma 2, c.p.p. e deposito ex artt. 419, comma 2, e 552, comma 4, c.p.p., vedasi, in luogo d'altri, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 156 ss.

¹⁸ In termini più generali, cfr. E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, cit., p. 172.

¹⁹ A ben considerare, il riferimento testuale alla «documentazione relativa alle indagini espletate» non è ampio e onnicomprensivo come quello che ricorre nella *littera* degli artt. 408, comma 1, 416, comma 2, e 454, comma 2, c.p.p., tanto da far sorgere il dubbio che l'art. 415-bis c.p.p. non imponga il deposito dei verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari e di quelli incorporanti la notizia di reato. Tale dubbio, tuttavia, deve essere fugato, perché, come ha condivisibilmente osservato F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 276, sarebbe «impensabile costringere le segreterie del pubblico ministero a smembrare il fascicolo delle indagini in occasione del deposito ex art. 415-bis c.p.p., per poi reintrodurre gli atti mancanti ai fini della *discovery* ex art. 416, comma 1, c.p.p.», dato che tale operazione non risponderebbe ad alcuna logica. L'opera di temporaneo stralcio determinerebbe, invero, l'esclusione dal deposito di alcuni verbali già *ab origine* accessibili per l'indagato, come avviene per quelli dell'incidente probatorio, giusta l'art. 401, comma 8, c.p.p. Quanto, poi, agli atti incorporanti la notizia di reato, il giudizio non cambia: poco convincente teorizzare, proprio rispetto ad essi, una forma di segretezza particolarmente pervicace, quando un'informazione sull'addebito è *claris verbis* contemplata dallo stesso art. 415-bis, comma 2, c.p.p. e, comunque, consegue, fisiologicamente, alla possibilità di compulsare l'intero *dossier* depositato in segreteria (in senso conforme, v. T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 158, il quale giustamente rimarca che, ragionando diversamente, «il sistema consentirebbe un'irragionevole distinzione, sotto il profilo dell'ampiezza, fra il deposito degli atti contestuale alla richiesta di rinvio a giudizio e quello contestuale alla richiesta di archiviazione»; *contra*, però, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 258). Un significativo limite alla portata della *discovery* discende, invece, dal referente oggettivo e soggettivo delle investigazioni: anche nel caso in cui le indagini siano state compiute a carico di più soggetti o in riferimento a più reati, per ragioni di connessione o collegamento, ex artt. 12 o 371 c.p.p., dovrà essere messa a disposizione dell'interessato la sola documentazione che lo riguarda direttamente e che afferisca all'accusa *in fieri*, come enunciata nell'adempimento. Tale soluzione parcellizzata si desume, per analogia, dall'art. 130, comma 1, norme att. c.p.p., il quale, con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 416, comma 2, c.p.p., stabilisce a chiare lettere che, «se gli atti d'indagine preliminare riguardano più persone o più imputazioni, il pubblico ministero forma il fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale». In tema, cfr., per tutti, T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 210; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 164 ss.; G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 701; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 16 maggio 2002, n. 30996, in *CED Cass.*, n. 222574; Cass., sez. I, 10 novembre 1999, n. 14588, *ivi*, n. 216204; Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, n. 12729, *ivi*, n. 199981.

b) *ex post*, ove a non essere depositati siano proprio gli atti investigativi di cui si è trattato in apertura, vale a dire quelli che il magistrato pone in essere, di propria iniziativa, dopo avere notificato l'avviso, nel rispetto degli archi temporali di cui agli artt. 405-407 c.p.p.

In ragione di quanto osservato poc'anzi, restano, invece, estranee alla casistica *de qua* le indagini che il pubblico ministero compia su esplicita richiesta difensiva, formulata a mente dell'art. 415-bis c.p.p., poiché non riguardate, *ex se*, dall'obbligo di deposito previsto da tale norma.

In materia, la decisione in rassegna – che, in ragione dei motivi di ricorso, si occupa solo della casistica *sub b*) – aderisce a un orientamento giurisprudenziale consolidato²⁰ (sebbene – come si vedrà – non monolitico), secondo il quale la scelta del pubblico ministero verrà sanzionata con l'inutilizzabilità degli atti non ostentati. Eletta questa via, la Cassazione, in linea con i menzionati precedenti, esclude l'altra, propugnata invece dal ricorrente, il quale lamentava la nullità dell'atto imputativo²¹.

Tale impostazione, nonostante il forte credito goduto nella giurisprudenza di legittimità, meriterebbe, ad avviso di chi scrive, un ripensamento, anzitutto perché fa leva su un istituto, quello dell'inutilizzabilità, che, *in subiecta materia*, sembra invocato con eccessiva disinvoltura.

La sanzione *de qua*, infatti, opera – com'è noto – secondo due schemi profondamente diversi tra loro²²: quello, imperniato sull'art. 191 c.p.p., della violazione di un divieto stabilito dalla legge con riguardo all'ammissione o all'assunzione di una prova (c.d. inutilizzabilità patologica); e quello correlato all'assunto che un'attività *lato sensu* probatoria, seppure compiuta *secundum legem*, non può essere valorizzata in una certa fase del processo, in quanto quest'ultima è funzionalmente distinta da quella in cui l'atto probatorio (*lato sensu*) si è formato (c.d. inutilizzabilità fisiologica²³). Orbene, quando il pubblico ministero omette di depositare parte del materiale investigativo ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p., per reintrodurla in scena solo successivamente, ad esempio in concomitanza con l'elevazione dell'accusa, non è chiaro come possa integrarsi uno dei due summenzionati paradigmi. A rigore, infatti, se gli atti d'indagine in discorso sono stati compiuti nel rispetto delle regole che li governano, è arduo teorizzare una loro «acquisizione» in violazione dei divieti stabiliti dalla legge²⁴ solo perché non sono stati depositati *ex art.* 415-bis c.p.p.: si configurerebbe una causa di “inutilizzabilità patologica sopravvenuta”, che fulminerebbe la valenza euristica dell'atto istruttorio solo nell'eventualità che quest'ultimo, pur correttamente acquisito, non venga depositato nella segreteria del pubblico ministero²⁵. Ancora meno calzanti di rivelano, *in parte qua*, le implicazioni proprie della c.d. inutilizzabilità fisiologica, che rappresenta-

²⁰ Da ultimo, Cass., sez. III, 22 dicembre 2017, n. 24979, cit. In precedenza, si sono espresse nel medesimo senso Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 43552, in *Guida dir.*, 2015, n. 4, p. 92; Cass., sez. I, 12 marzo 2014, n. 27879, *ivi*, 2014, n. 33, p. 44 (che ha escluso anche la possibilità di un recupero in sede dibattimentale *ex art.* 507 c.p.p.); Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, n. 7597, cit.; Cass., sez. II, 9 maggio 2012, n. 32841, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, p. 636 (che fa salvi gli atti relativi ad altri procedimenti); Cass., sez. V, 22 aprile 2009, n. 21593, in *CED Cass.*, n. 243899; Cass., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 8049, cit.

²¹ Oscillazioni si registrano in punto di abnormità del provvedimento che – erroneamente, secondo la Corte regolatrice – dichiara nullo l'atto di accusa: nel senso dell'abnormità, Cass., sez. IV, 8 giugno 2006, n. 26867, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 642, con nota critica di S. Campanelli, *La vexata quaestio della natura giuridica delle sanzioni ex art. 415-bis c.p.p.*, *ibidem*, p. 643; Cass., sez. I, 2 marzo 2005, n. 13407, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 450; Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 8779, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1135; in senso contrario, Cass., sez. III, 22 settembre 2017, n. 2736, in *CED Cass.*, n. 271765; Cass., sez. III, 15 ottobre 2003, n. 44422, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 580.

²² In argomento, cfr., per tutti, C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 17; N. Galantini, *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, I Agg., Milano, Giuffrè, 1997, p. 690; Ead., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, *passim*; F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 169; A. Melchionda, *Prova. I) Prova in generale. c) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 663; M. Nobili, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in M. Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 409; Id., *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, *ivi*, p. 381; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*; D. Siracusano, *Prova. III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2003, p. 9; P. Tonini, *La prova penale*, IV ed., Padova, Cedam, 2000, p. 58. Antea, G. Uberty, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, p. 705.

²³ *In parte qua*, rilevano le norme sulla spartizione del materiale investigativo tra i fascicoli per il dibattimento (art. 431 c.p.p.) e del pubblico ministero (art. 433 c.p.p.), da correlarsi agli artt. 511 ss. c.p.p. sulle possibili “letture” in seno all'istruzione dibattimentale e alla norma di chiusura di cui all'art. 526, comma 1, c.p.p.

²⁴ Per ricorrere alla lettera dell'art. 191, comma 1, c.p.p.

²⁵ Manifesta perplessità rispetto al riferimento, *in subiecta materia*, all'art. 191 c.p.p. anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212.

no un portato del principio di separazione funzionale delle fasi e che ben poco hanno a che spartire con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini.

Ciò non significa che la condotta irregolare del pubblico ministero sia destinata a non produrre ricadute sanzionatorie.

Invero, si ritiene corretto identificare nell'omesso deposito del materiale d'indagine una forma d'indebita compressione delle possibilità di intervento e di assistenza²⁶ della persona sottoposta alle indagini nel procedimento penale²⁷: se il magistrato inquirente impedisce all'interessato e al suo difensore di accedere a una parte del materiale che, invece, dovrebbe essere disponibile, assicura solo formalmente le garanzie partecipative regolate dall'art. 415-bis c.p.p., perché non v'è chi non veda come la scelta di chiedere di essere interrogati, le risposte fornite nel corso dell'interrogatorio, il tenore delle dichiarazioni spontanee, i potenziali contributi offerti a mezzo di investigazioni difensive o di documenti *stricto sensu* siano delle variabili fortemente condizionate dalla scorta di materiale investigativo che, compulsata dall'indagato e dal patrono, consente di pianificare nel dettaglio una strategia difensiva²⁸.

Nonostante il contrario avviso – espresso nella decisione in commento e in numerosi precedenti²⁹ – della Suprema Corte, si ritiene, dunque, che, se il pubblico ministero deve, a' sensi dell'art. 415-bis, comma 2, c.p.p., depositare l'intero *dossier* d'accusa e, invece, non lo fa (*in toto* o *pro parte*), risulta integrata la violazione di una disciplina concernente l'intervento e l'assistenza dell'indagato, rilevante ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., da cui scaturirà la nullità a regime intermedio dell'eventuale atto imputativo³⁰. Né, a escludere un simile esito, può essere – come invece afferma la Corte di cassazione nel-

²⁶ Non sfugga che le iniziali incertezze circa la doverosità del conferimento d'incarico a un difensore d'ufficio in vista della notifica ex art. 415-bis c.p.p. in favore di un indagato sguarnito di patrono (in dottrina, per la doverosità cfr., tra gli altri, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 53; F. Ruggieri, *La difesa d'ufficio*, in L. Filippi (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private-Difesa d'ufficio-Patrocinio per i non abbienti*, Padova, Cedam, 2001, p. 578; F. Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, cit., p. 92; viceversa, escludevano che la disciplina suffragasse soluzioni cogenti per l'autorità giudiziaria, V. Bonini, *Commento all'art. 17 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, cit., p. 357; M. Mannucci, *Brevi considerazioni sulle modifiche apportate al procedimento penale dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1502; F. Nuzzo, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 678) sono state risolte dalla giurisprudenza di legittimità nel senso più garantista. La Suprema Corte, per suffragare il proprio *decisum*, si è richiamata alla *ratio* dell'avviso ex art. 415-bis c.p.p., tesa ad «anticipare il contraddittorio, nella sua massima estensione, comprensiva anche della difesa tecnica, a un momento antecedente all'esercizio dell'azione penale», concludendo che sarebbe questa, fra le varie possibili interpretazioni, quella più «conforme ai principi costituzionali che sanciscono l'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e l'infedeltà del contraddittorio (art. 111 Cost.)» (Cass., sez. II, 9 maggio 2002, n. 25206, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1089, seguita, *ex plurimis*, da Cass., sez. III, 21 gennaio 2004, n. 6806, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1640; Cass., sez. IV, 14 ottobre 2003, n. 635, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 691).

²⁷ Cfr. anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 266; L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 264.

²⁸ Condivisibilmente, L. Iandolo Pisanelli, *L'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 15, osserva, rispetto all'invito per rendere interrogatorio, assunto a condizione di validità dell'atto imputativo con la l. 16 luglio 1997, n. 234, che l'intervento riformatore di allora si era rivelato deficitario, in quanto non era stata di pari passo rinforzata la prospettiva dell'accesso difensivo agli atti del procedimento. Cfr. anche A.A. Dalia, *La contestazione della imputazione provvisoria*, in A.A. Dalia-M. Ferraioli (coordinato da), *La modifica dell'abuso d'ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa. Commento alla Legge 16 luglio 1997, n. 234*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 192.

²⁹ Vedi *supra*, nota n. 20.

³⁰ In questo senso anche T. Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, cit., p. 212; C. Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1286; S. Campanelli, *La vexata quaestio*, cit., p. 649; F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa*, cit., p. 277; F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 169; M. Murone, *La chiusura delle indagini tra giusto processo e attività difensive*, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 397; Id., *Note in tema di omesso deposito degli atti di indagine ex art. 415-bis c.p.p.*, *ivi*, c. 60; A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2820 (il quale, enunciato l'obbligo che la documentazione formata dal pubblico ministero dopo la notifica ex art. 415-bis c.p.p. sia depositata in segreteria, facendovi seguire un nuovo avviso e un rinnovato decorso dei termini per esercitare le facoltà difensive, perspicuamente chiosa: «un'omissione, in proposito, rientrerebbe tra le nullità di cui implicitamente parla l'art. 416, comma 1, c.p.p.»); G. Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, cit., p. 701. *Mutatis mutandis*, cfr. A. Scalfati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, Cedam, 1999, p. 29, il quale, con riferimento al deposito di cui all'art. 416 c.p.p., rimarca come «la violazione dell'obbligo di deposito tenda ad essere confusa con il profilo dell'efficacia probatoria dei relativi atti, allorchando in generale si assume che l'inadempimento del pubblico ministero dev'essere sanzionato solo con l'inutilizzabilità». Il chiaro A. giudica, perciò, più corretto teorizzare una nullità a regime intermedio nei confronti dell'atto imputativo, a cui si aggiunge l'inutilizzabilità del «materiale che il pubblico ministero ha illegittimamente non trasmesso».

la pronuncia in rassegna – il principio di tassatività di cui all'art. 177 c.p.p. Vero che il combinato disposto degli artt. 415-bis, 416 e 552 c.p.p. contempla, *expressis verbis*, la nullità dell'atto imputativo nelle sole ipotesi di mancata notificazione dell'avviso o di pretermissione dell'interrogatorio richiesto; vero anche, però, che l'irrituale comportamento del pubblico ministero di cui in questa sede si discute acquista, di per sé, rilievo a mente dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., senza che, ai fini della produzione dell'effetto invalidante, si renda necessaria una menzione testuale di tale causa di nullità. Si noti che la stessa Suprema Corte ha, in più occasioni, ragionato secondo questo schema, teorizzando cause di nullità degli atti imputativi in relazione a violazioni della disciplina legale diverse da quelle *per tabulas* menzionate dagli artt. 416 e 552 c.p.p., ad esempio, ascrivendo rilievo alla compressione del termine dilatorio di venti giorni, stabilito dall'art. 415-bis, comma 3, c.p.p.³¹, o alla mancata nomina di un difensore d'ufficio in favore della persona sottoposta alle indagini sguarnita di assistenza tecnica al momento della notifica dell'avviso in discorso³², o, ancora, all'invio di quest'ultimo a un patrono designato *ex art. 97 c.p.p.* anziché a quello di fiducia, previamente nominato dall'interessato³³.

Seguendo l'*iter* logico appena tracciato, peraltro fatto proprio anche da isolate (ma convincenti) pronunce della Corte di cassazione³⁴, quando la difesa apprenderà dell'esistenza di verbali o documenti in precedenza rimasti occulti, potrà dedurre la nullità dell'atto d'accusa e potrà, così, beneficiare della regressione del procedimento alla fase preimputativa, ove risulterà finalmente in condizione di esplicitare in modo compiuto la propria strategia difensiva, nelle forme previste dall'art. 415-bis, comma 3, c.p.p. Un'impostazione, questa, che trova rispondenza anche nei principali portati della già citata direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/13/UE, ove il diritto all'informazione, inteso come una componente genetica e imprescindibile della difesa giudiziaria penale, viene enucleato secondo tre accezioni, polarizzate, rispettivamente, sulla conoscenza degli estremi dell'addebito, sull'informazione circa le prerogative processuali spettanti al prevenuto e sul diritto di quest'ultimo di accedere al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti. Tre dimensioni che trovano, ciascuna, un'implicazione di aggancio con la disciplina recata dall'art. 415-bis c.p.p., a conferma che l'istituto in discorso si pone a diretto presidio del diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini: arduo negare, perciò, che la sua violazione acquisisca rilevanza e significato a mente dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., anche a prescindere da espresse comminatorie da parte del legislatore sotto forma di nullità speciali.

Quanto al materiale d'indagine in prima battuta occultato e, successivamente, riesumato dal magistrato inquirente, come si è già avuto modo di osservare, non sembra, invece, rintracciabile nel sistema una causa d'inutilizzabilità³⁵. Il che, a ben considerare, produce un risvolto interessante sugli spazi di manovra lasciati al soggetto che, alla fine, veda esercitata l'azione penale nei propri confronti.

Infatti, se il caso a cui istintivamente si pensa, a proposito dell'incompleta *discovery* in parola, è quello del materiale "a carico" che, indebitamente affossato nella fase conclusiva delle indagini, riemerge *ex abrupto* solo successivamente, cogliendo di sorpresa il neo-imputato, non può escludersi *a priori* l'ipotesi del mancato deposito *ex art. 415-bis c.p.p.* di materiale con valenza *pro reo*. Teorizzare *in parte qua* la sanzione dell'inutilizzabilità dello stesso, una volta che ricompaia tra gli atti del processo, è controproducente, dato che la sanzione penalizzerebbe, paradossalmente, l'accusato. Addirittura, un pubblico ministero poco leale potrebbe volutamente stralciare *ab origine* dal *dossier* depositato in segreteria *ex art. 415-bis c.p.p.* la documentazione favorevole all'indagato, al fine di neutralizzarla in sede processuale;

³¹ Per tutte, cfr. Cass., sez. II, 4 giugno 2015, n. 24998, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, p. 447 (che ha escluso la necessità di accertare quali ragioni supportino la deduzione, da parte della difesa, della nullità dell'atto imputativo); Cass., sez. I, 8 novembre 2011, n. 949, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4191 (che ascrive efficacia sanante del vizio alla richiesta di giudizio abbreviato).

³² Cfr. *supra*, nota n. 26.

³³ Per tutte, cfr. Cass., sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 2382, in *CED Cass.*, n. 272025.

³⁴ Cfr., in particolare, Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4300, nonché in *CED Cass.*, n. 272901. In precedenza, Cass., sez. III, 23 ottobre 2003, n. 47578, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1021, aveva teorizzato una nullità di ordine generale a regime intermedio in relazione all'omesso avviso di deposito degli atti in segreteria. Giusta l'art. 183, comma 1, lett. b), c.p.p., peraltro, la Suprema Corte aveva ascritto efficacia sanante del vizio all'accesso da parte della difesa in segreteria per compulsare gli atti, configurandosi un'ipotesi di esercizio della facoltà cui l'atto omesso era preordinato. Rileva una nullità dell'atto di accusa anche Cass., sez. V, 12 aprile 2017, n. 38409, in *CED Cass.*, n. 271118, che adotta il peculiare scorcio prospettico dei rapporti tra (omesso) deposito generalizzato *ex art. 415-bis c.p.p.* e (omessa) *discovery* del materiale intercettato, a mente degli artt. 266 ss. c.p.p.

³⁵ In giurisprudenza, si esprime in questo senso Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit.

allo stesso modo, potrebbe ometterne la *discovery* nell'ipotesi di acquisizione *ex officio*, successiva alla notificazione dell'avviso. Per ovviare a queste evidenti distorsioni, bisognerebbe ragionare d'inutilizzabilità in un'ottica "monodirezionale", orientandola solamente *contra reum*³⁶, nella consapevolezza, però, che tale criterio poggia su una dicotomia (*pro reo/ contra reum*) che, soprattutto nella pratica operativa, rischia di veicolare incertezze e conflittualità, piuttosto che soluzioni lineari e condivise.

La tesi della nullità dell'atto imputativo, per converso, sposta il baricentro sul prevenuto e lascia aperte diverse possibilità: quella della deduzione del vizio, quando l'interessato reputi che la propria strategia difensiva *ante causam* sarebbe stata diversa, se avesse conosciuto a tempo debito il materiale non depositato, donde la regressione del procedimento in indagini; quella della sanatoria del vizio, ove l'imputato faccia acquiescenza *ex art. 183, comma 1, lett. a)*, c.p.p., giudicando in termini favorevoli o neutrali quel contributo, fino ad allora ignorato; quella della neutralizzazione del vizio, per motivi ascrivibili, vuoi all'inutile decorso del termine funzionale alla deduzione o al rilievo delle nullità a regime intermedio, vuoi all'adozione, da parte dell'imputato, di determinate strategie processuali, quale, ad esempio, la richiesta di giudizio abbreviato, mercé l'art. 438, comma 6-bis, c.p.p.³⁷. In questo modo, dunque, si ergerebbero delle preclusioni processuali capaci di arginare la sanzione in discorso, poiché verrebbe meno un regime di rilievo – com'è quello dettato dall'art. 191, comma 2, c.p.p. – capace di attingere, potenzialmente, ogni stato e grado del procedimento.

CONCLUSIONI: DIVERGENZE INTERPRETATIVE CHE RICHIEDONO L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

La giurisprudenza maggioritaria sposa, dunque, la tesi che sanziona con l'inutilizzabilità l'omesso deposito del materiale d'indagine di cui il pubblico ministero disponga al momento della notifica *ex art. 415-bis c.p.p.* o che, di propria iniziativa, formi successivamente ad essa; contestualmente, esclude che il comportamento elusivo *de quo* si traduca in una causa di invalidità dell'atto di accusa. Le notazioni che precedono tendono a spiegare perché tali conclusioni non convincano e perché sia, invece, preferibile l'assunto minoritario, comunque presente in giurisprudenza, che, nel fare salva l'utilizzabilità delle indagini compiute *secundum legem*, sanziona con la nullità a regime intermedio l'atto imputativo elevato nonostante la mancata o incompleta *discovery*.

La differenza di vedute non è di poco momento: da un lato, atti d'indagine fulminati nella loro valenza euristica, ma atto di accusa pienamente legittimo e, dunque, processo destinato a seguire il proprio corso; dall'altro lato, materiale investigativo fruibile secondo il consueto regime, ma imputazione nulla e procedimento a rischio di regressione. A prescindere dalle preferenze espresse in questo contributo per la seconda impostazione esegetica, va detto che entrambe hanno un fondamento razionale e più di un addentellato nel sistema di regole del codice di rito: la loro convivenza si deve al silenzio che il legislatore serba su certi risvolti applicativi dell'art. 415-bis c.p.p., sicché le lacune legislative vengono colmate dagli interpreti seguendo linee di pensiero che, legittimamente, possono divergere.

Se il confronto fra tesi diverse, ma parimenti solide per fundamenta concettuali, rientra nella fisiolo-

³⁶ Così fa F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., p. 159 s., il quale afferma che «la *ratio* di prevenire condotte abusive del pubblico ministero esclude che l'inutilizzabilità scatti in rapporto ad atti non resi conoscibili ma aventi un contenuto favorevole all'imputato». *Mutatis mutandis*, v. G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, II ed., Torino, Giapichelli, 1994, p. 54, che, nel trattare degli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero dopo la scadenza dei termini massimi, sostiene che l'inutilizzabilità comminata dall'art. 407, comma 3, sarebbe «diretta a colpire soltanto il possibile uso *contra reum* che delle investigazioni tardive potrebbe fare il pubblico ministero precedente». Va detto, però, che i due temi non sono esattamente collimanti, poiché il secondo afferisce a una disciplina, contenuta nell'art. 407 c.p.p., che, *apertis verbis*, sanziona con l'inutilizzabilità l'atto tardivo, sicché l'interprete si cimenta in un'apprezzabile esegesi ortopedica; rispetto all'omesso deposito *ex art. 415-bis c.p.p.*, invece, il silenzio del legislatore sul riverbero sanzionatorio concede più ampi spazi di manovra nella individuazione della sanzione applicabile. A questo riguardo, varrà la pena di segnalare come una fattispecie analoga a quella contenuta nell'art. 407, comma 3, c.p.p. si rinvenga nell'art. 415-bis, comma 5, c.p.p., ove è contemplata, espressamente, un'ipotesi d'inutilizzabilità. Convince, pertanto, l'interpretazione correttiva che la Cassazione, *in subiecta materia*, propone rispetto all'interrogatorio tardivo: poiché è stato espletato, l'atto di accusa non sarà nullo; tuttavia, tenuto conto che la scadenza dei termini stabiliti dalla legge ne comporta l'inutilizzabilità e che questa rischia di ritorcersi contro l'incolpevole accusato, tale sanzione opererà solo nei confronti del pubblico ministero, mentre «l'imputato [potrà] sempre utilizzarlo nei suoi confronti» (Cass., sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 6497, in *CED Cass.*, n. 272601).

³⁷ Cfr., al riguardo, Cass., sez. II, 10 aprile 2018, n. 20125, cit., nonché, in motivazione, Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 12656, cit.

gia dell'esercizio speculativo, non può, tuttavia, celarsi la preoccupazione circa il rischio che procedimenti penali investiti dalla medesima *quaestio iuris* diventino matrici di profonde disparità di trattamento. Ad avviso di chi scrive, mercé gli artt. 610, comma 2, e 618, comma 1, c.p.p., sarebbe auspicabile, *in subiecta materia*, un tempestivo intervento delle Sezioni Unite, inteso a dirimere la contesa ermeneutica, 'sì da elidere, anzitutto, il pericolo che le sorti processuali di imputati che si trovano in situazioni analoghe siano condotte dai giudici di merito o di legittimità verso capolinea teorici opposti.

Ma vi è di più. In assenza di una presa di posizione da parte del Consesso allargato e, dunque, in difetto di un orientamento dotato di peculiare *vis* nomofilattica, non è fantasiosa l'ipotesi che, sposata in sede meritale la tesi oggi maggioritaria, incentrata sull'inutilizzabilità degli atti d'indagine, sia, poi, la Cassazione a dissentire, prediligendo l'altra lettura: ove il vizio sia stato puntualmente dedotto e riproposto con i motivi di impugnazione, ne sortirebbe la declaratoria di nullità dell'atto imputativo al termine del giudizio di legittimità, con conseguente regressione alla fase d'indagine e vanificazione di due gradi di processo di merito, con buona pace dei predicati – costituzionali e convenzionali – di ragionevole durata e di economia processuale³⁸.

³⁸ *Mutatis mutandis*, è quanto di recente accaduto con riferimento a un altro profilo di legalità processuale riconducibile all'art. 415-bis c.p.p.: Cass., sez. III, 17 dicembre 2018, n. 6922, in *CED Cass.*, n. 275002, ha sconfessato la tesi, fatta propria dai giudici di prime e di seconde cure, secondo cui l'interrogatorio non era stato regolarmente richiesto *ex art. 415-bis*, comma 3, c.p.p., in quanto l'istanza era stata avanzata nelle pieghe di una memoria difensiva. Chiarito che «non occorrono formule sacramentali per richiedere l'interrogatorio a seguito della notifica dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p.» e giudicata «del tutto irrilevante» la circostanza che, nel caso di specie, tale richiesta fosse compendiata in un'ampia memoria, la Suprema Corte, preso atto che la persona sottoposta a indagini non era stata invitata a comparire per l'adempimento *ex art. 64* c.p.p., ha dichiarato «la nullità del decreto di citazione a giudizio e di tutti gli atti successivi», comprese le sentenze di primo grado e di appello, disponendo la trasmissione degli atti alla procura della Repubblica. Questa fattispecie, tuttavia, si distingue da quella affrontata nel testo, perché qui viene in gioco un assunto pacifico in giurisprudenza (quello secondo cui la richiesta di interrogatorio non necessita di formule sacramentali), mentre il tema oggetto di commento è interessato da un contrasto interpretativo che aumenta esponenzialmente il rischio che giudici diversi assumano, anche nell'ambito dello stesso processo, posizioni eterogenee e fra loro contraddittorie.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2019

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

ALBERTO DE VITA

Professore ordinario di Diritto minorile – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3

*The new Italian Anti-Corruption Law
and the saving illusion of the Grand Inquisitor.
Criminal law profiles of Law no. 3 of 9 January 2019*

La l. 9 gennaio 2019, n. 3 (cd. Spazzacorrotti) non ha circoscritto i propri effetti alla materia della corruzione e nemmeno solo a quella dei reati contro la pubblica amministrazione. L’inserimento della nuova disciplina della prescrizione, che ne congela i termini dopo il primo grado di giudizio, insieme alle altre modifiche e ai nuovi istituti introdotti, dimostra che la riforma ha ambizioni ben più ampie. Il quadro complessivo, infatti, presenta elementi univoci: seppure, per una volta, non si riscontra un diffuso incremento delle già sature pene principali (ad eccezione della corruzione per la funzione *ex art.* 318 c.p. e del traffico d’influenze illecite fraudolento di cui all’art. 346-*bis* c.p.), si incrementano e si aggravano notevolmente le pene accessorie, soprattutto quelle interdittive e inabilitanti, che spesso diventano permanenti. L’introduzione, poi, di metodi d’indagine estremamente invasivi e insidiosi (si pensi all’estensione dell’agente sotto copertura e del “pentito remunerato” ed anche all’allargamento dei limiti per l’uso del captatore informatico) e la permanente patologica imprecisione di alcune cruciali fattispecie incriminatrici (in particolare l’art. 318 c.p. e l’art. 346-*bis* c.p.), rendono evidente che la legge in commento ha proseguito la strada, già intrapresa con le precedenti riforme in materia (ad es. con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, che ha ampliato l’uso del captatore informatico alle indagini per i delitti dei pp.uu. contro la P.A., con la l. n. 103 del 23 giugno 2017 sul blocco della prescrizione nei giudizi d’impugnazione e le leggi n. 190 del 6 novembre 2012 e n. 69 del 27 maggio 2015 che hanno comportato notevoli aumenti di pena), di torsione autoritaria del sistema penale che sacrifica i diritti individuali alle esigenze di pretesa efficienza del sistema. Nel contempo, però, il decreto sblocca-cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) elimina di fatto i controlli prima previsti per gli affidamenti di lavori pubblici di valore fino a 200mila euro: eloquente dimostrazione del fatto che la corruzione non viene trattata come una reale emergenza ma solo come pretesto che consente di proseguire il percorso, già intrapreso prima della legge in commento, verso la trasformazione illiberale del nostro sistema penale.

Ma lo scambio tra libertà e maggiore “sicurezza” proposto dall’ennesima legislazione dell’emergenza, non è sempre un processo reversibile, come sa bene il Grande Inquisitore di Dostoevskij: perché il legislatore si adagia sull’espedito propagandistico di una umanità redenta a prezzo della libertà, il giudice sulle semplificazioni probatorie e sulle interpretazioni “estensive”, il pubblico ministero sulle invadenti intrusioni investigative e sulle collaborazioni premiali che facilitano ed “efficientano” le indagini. Intanto si asciugano le lacrime di Antigone e resta solo l’intransigenza di Creonte, e se anche dovesse accadere che in tal modo si finisca per condannare un innocente Gesù, si tratterebbe di un accettabile danno collaterale, giustificabile da Pilato con la fittizia democrazia che ha consentito quella condanna. A questo punto, tornare indietro più che impossibile può diventare addirittura inutile, come chiudere la stalla dopo la proverbiale fuga dei buoi.

The effects of Law no. 3/2019 (known as “Sweep-the-Corrupt” Law) are not confined to reforming the regulation of corruption or crimes against the Public Administration. The new Law has a much wider range of unstated ambitions. These ambitions are revealed by the freezing of statute of limitations and other measures provided by the Law. The reform introduces increased criminal penalties in only a few cases but much greater increases in accessory penalties, which have become more severe and, in many cases, permanent. The Law establishes new types of special investigative techniques, such as undercover operations, added to the already existing intrusive measures, very harsh penalties and enlargement of statute of limitations of offence provided for by previous laws (for example, Legislative Decree no. 216 of 29 December 2017 concerning the use of trojan malware in criminal investigations, Law no. 103 of 23 June 2017 concerning enlargement of statute of limitations, and Laws no. 190 of 6 November 2012 and no. 69 of 27 May 2015 concerning increased penalties in crimes against the Public Ad-

ministration). The new Law moves towards a more authoritarian criminal law system that sacrifices individual rights only to give the illusion of greater security for the "people" and greater severity against offenders. At the same time, another law (Decree Law no. 32 of 18 April 2019, the so-called "Unblocking Construction Sites Decree") decreases the effectiveness of tools for controlling public tenders under the threshold of €150,000. This Decree Law confirms that corruption is not perceived by the legislator as a real emergency but only as a pretext for continuing along the path already begun before this reform towards an illiberal transformation of the criminal law system.

However, the exchange of freedom for greater "security" proposed by this umpteenth emergency legislation is not always a reversible process, as Dostoevsky's Grand Inquisitor knows well. The legislator takes advantage of the propagandist expedient of redeeming humanity by taking away its freedom, the judge of the simplification of evidence and "extensive" interpretation of the law, and the public prosecutor of intrusive investigative methods and collaborations with "pentiti" that facilitate investigations.

In the meantime, the tears of Antigone are drying up and only the intransigence of Creon remains. And even if we might end up condemning an innocent Jesus, it would be considered acceptable collateral damage because justified by Pontius Pilate with his fictitious democracy allowing Jesus' condemnation. At this point, going back may be not only impossible but even useless, like closing the barn door after the horse has bolted.

PREMESSA

Non sono molte le fattispecie incriminatrici incise dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, battezzata a fini mediatici e divulgativi come "spazzacorrotti". Se si eccettua l'operazione di fusione per incorporazione del millantato credito nel traffico d'influenze di cui all'art. 346-bis c.p., il *leitmotiv* della riforma è facilmente (e rozza) compendiabile mediante l'abusata metafora del "giro di vite", seppure con qualche dissonanza (l'enigmatica aggiunta di un periodo finale all'art. 316-ter c.p.). Le altre novità di diritto sostanziale constano per lo più di inasprimenti sanzionatori, soprattutto per quel che riguarda le pene accessorie.

L'impianto complessivo della riforma, tuttavia, non è meramente novellistico e, ad uno sguardo attento, l'operazione imbastita si rivela ben più ambiziosa di quanto potrebbe indurre a pensare l'intitolazione mediatica, incentrata esclusivamente sulla lotta alla corruzione anzi, a ben vedere, ai "corrotti", alle persone corrotte. C'è stato un momento, nel corso dei lavori preparatori, a partire dal quale l'intento perseguito dal legislatore è apparso più chiaro, ed è stato quando, dopo molte tribolazioni, nel ddl si è insinuato un «*intruso d'onore*»¹, la nuova disciplina della prescrizione, tradizionale "valvola di sfogo" delle lungaggini del nostro processo penale, che appare ora, di fatto, neutralizzata. All'interno del "campo di tensione" costitutivo del diritto penale moderno² la scelta è netta: portando alle estreme conseguenze la scelta già operata un anno e mezzo prima con la riforma Orlando³ (l. 23 giugno 2017, n. 103), viene ulteriormente privilegiata l'esigenza pubblica di *law enforcement* a detrimento del diritto dell'individuo ad essere giudicato definitivamente in tempi ragionevoli, come esige il principio del giusto processo che ispira l'art. 111 Cost.

Si può dire, quindi, che la legge in commento si pone all'avanguardia delle tendenze in atto nel sistema legislativo penale: la corruzione – emergenza per antonomasia che perdura come tale da un quarto di secolo, accomunata ormai per molti aspetti all'altra emergenza perenne, la mafia – perde le connotazioni sue proprie e diventa il paradigma di tutte le forme d'infedeltà, non solo del pubblico funzionario ma anche del comune cittadino: a chi "sgarra" o, *rectius*, a chi è accusato di aver sgarrato (o anche solo di aver desiderato sgarrare: v. quanto si dirà *infra* sulla punibilità del richiedente nel traffico d'influenze fraudolento), il legislatore prefigura processi dalla durata indefinitamente lunga, magari accompagnati sia dalle misure cautelari "classiche" (le quali, grazie all'aumento dei limiti edittali delle pene, possono applicarsi più ampiamente), sia dal nuovo "divieto temporaneo di contrattare con la

¹ Secondo la definizione di G. Flora, *La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale?*, in G. Flora – A. Marandola (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali* (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti"), Pisa, Pacini, 2019, p. 13.

² V. D. Pulitanò, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 giugno 2016, p. 3.

³ La continuità in materia di prescrizione tra la riforma Orlando e la legge "spazzacorrotti" è ben rilevata da G. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

pubblica amministrazione”, misura inserita dall’art. 1, comma 4, lett. c), della l. n. 3 del 2019 che ha introdotto l’art. 289-*bis* nel c.p.p., applicabile nei processi per reati contro la pubblica amministrazione anche al di sotto dei limiti di cui all’art. 287 c.p.p.

La “lotta alla corruzione” viene così utilizzata come testa d’ariete per vincere le residue resistenze che, sempre più inani, si oppongono alla legislazione penale demagogica, farmaco palliativo somministrato ad ogni piè sospinto per alleviare il risentimento sociale, morale ed anche esistenziale dei “cittadini onesti”⁴. Dall’altro lato della barricata ci sono i “politici”, gli amministratori pubblici e, in generale, la “vecchia politica”, sentina di tutti i mali, di tutte le “corruzioni”, malattia incistata nel corpo sano della nazione come fosse l’effetto di un’invasione dall’esterno: sembra quasi che i corrotti da “spazzare” siano considerati come gli Hyksos invasori dell’Egitto, assecondando una lettura manichea del fenomeno, poco utile ad un efficace contrasto e simile alla consolatoria ricostruzione crociana dell’avvento del fascismo in Italia⁵.

IL “NUOVO” TRAFFICO D’INFLUENZE ILLECITE E L’INCORPORAZIONE DEL MILLANTATO CREDITO

Come si è accennato, le fattispecie di reato sulle quali la l. n. 3 del 2019 interviene in modo strutturale sono tre: indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-*ter* c.p.), millantato credito (art. 346 c.p.) e traffico d’influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). Queste ultime due fattispecie vengono fuse attraverso l’incorporazione del millantato credito nell’art. 346-*bis* c.p., con qualche ulteriore accorgimento che ne ha esteso l’ambito di applicazione.

L’art. 1, comma 1, l. n. 3 del 2019, alla lett. s) ha abrogato l’art. 346 c.p.⁶ mentre, con la successiva lett. t), ha riformulato l’art. 346-*bis* c.p. in modo da ricomprendervi anche le condotte millantatorie ed altre prima escluse da entrambe le figure di reato. L’attuale formulazione della norma, rubricata ancora come «*Traffico di influenze illecite*», stabilisce che:

«1. *Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi.*

2. *La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità.*

3. *La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.*

4. *Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio.*

5. *Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».*

Il millantato credito costituiva una figura assimilabile alla truffa e fu inserito dal codice Rocco tra i

⁴Non si può che concordare con quanto osservato da A. De Caro, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l’attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *questa Rivista*, 2019, p. 282, e leggere anche la riforma in commento alla luce di quanto da lui osservato sulle riforme penali attuate o in via di attuazione «*senza oggettive e condivisibili ragioni procedurali, ma aderendo alle istanze sociali alimentate da odiosi fatti di cronaca. In tal modo, si vuole rispondere all’urlo della folla inferocita, piuttosto che affrontare problemi reali e individuare soluzioni equilibrate e ragionevoli*».

⁵B. Croce, *La libertà italiana nella libertà del mondo*, in A. Carella (a cura di), *Scritti e discorsi politici*, vol. 1, Napoli, Bibliopolis, 1993, pp. 54-62.

⁶Il cui testo era il seguente:

«Art. 346 – *Millantato credito*. 1. *Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 309 euro a 2.065 euro.*

2. *La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da 516 euro a 3.098 euro, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare».*

delitti dei privati contro la pubblica amministrazione solo in considerazione del discredito che ad essa ne derivava presso i cittadini, senza tuttavia disconoscere il danno che veniva arrecato anche al patrimonio del richiedente, che restava tuttavia relegato ad un ruolo recessivo⁷ secondo la ben nota «*progressione discendente*» che informa la gerarchia dei beni giuridici nel codice penale del 1930⁸. La norma prevedeva due distinte figure criminose, a seconda che il millantatore si facesse pagare per esercitare la pressione (millantato credito cd. oneroso: abr. art. 346, comma 1, c.p.) ovvero chiedesse denaro o altro vantaggio patrimoniale «*col pretesto*» di dover pagare il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, ovvero di remunerarlo (millantato credito cd. gratuito: art. 346, comma 2, c.p.). In entrambi i casi lo scopo della pressione (falsamente) dichiarato non assumeva alcun rilievo, poiché il rapporto privilegiato con il pubblico funzionario era solo millantato e non vi era alcuna *reale* possibilità di influire sul funzionamento della pubblica amministrazione. Sotto questo profilo, il legislatore del 1930 fu chiaro nell'individuare l'oggetto della fattispecie negli «*illeciti mercanteggiamenti dei così detti venditori di fumo*»⁹, collocando idealmente la fattispecie nell'ambito delle truffe. Tale collocazione, evidente al di là della topografia codicistica, era resa ancor più chiara dalla non punibilità del richiedente la mediazione e dalla mancanza di clausole di riserva: poiché l'intervento sul pubblico ufficiale o impiegato era solo *millantato*, non vi era pericolo che si potesse configurare un concorso formale o materiale con i reati contro la pubblica amministrazione.

Il traffico d'influenze illecite è una figura creata dalla legislazione d'Oltralpe nel 1889 in seguito ad uno scandalo che aveva ad oggetto le remunerazioni richieste da Daniel Wilson, deputato di Loches (Indre-et-Loire) e genero del terzo presidente della terza Repubblica, Jules Grevy¹⁰, per influire sulle assegnazioni delle onorificenze. Nacque quindi sull'onda di uno scandalo per una intermediazione effettiva e non solo millantata ma, in seguito, le illecite interferenze rispetto alle pubbliche funzioni sono state attratte nel campo gravitazionale del contrasto globale alla corruzione, senza distinzione tra influenze effettive e mere vanterie fraudolente. I trattati internazionali in materia di corruzione¹¹, ai quali ha dato attuazione la legge Severino del 2012, delineano fattispecie a concorso necessario sia nel caso della mera millanteria, sia per l'intermediazione illecita effettiva. La l. n. 190 del 2012, tuttavia, non aderì integralmente alle formulazioni convenzionali e, con l'art. 346-*bis* c.p., introdusse la punibilità di entrambi i protagonisti (richiedente e mediatore) solo per il traffico di influenze effettivamente esistenti, senza modificare l'art. 346 c.p. che, in caso di «vendita di fumo», puniva solo il millantatore.

⁷ Cfr. *Relazione del Guardasigilli Alf. Rocco sul Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, pt. II, Roma, 1929, p. 152.

⁸ T. Padovani, *L'organizzazione della parte speciale*, in T. Padovani-G. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del codice penale*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 43 ss.

⁹ *Relazione del Guardasigilli Alf. Rocco*, cit., p. 153.

¹⁰ Sempre nel 1889 anche in Gran Bretagna fu inserita nel *Public bodies Corrupt Practices Act* una previsione espressa in tema di traffico di influenza (*Influence peddling*).

¹¹ Convenzione ONU di Merida del 31 ottobre 2003 (ratif. con l. n. 116 del 2009):

«Art.18 (Millantato credito) – Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione di misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando tali atti sono stati commessi intenzionalmente:

a) Al fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona;

b) Al fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per se o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte».

«Art. 28 (La conoscenza, l'intenzione e la motivazione in quanto elementi di un reato) – La conoscenza, l'intenzione o la motivazione necessarie in quanto elementi di un reato stabilito conformemente alla presente Convenzione possono essere dedotte da circostanze fattuali obiettive».

Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa di Strasburgo del 27 gennaio 1999 (ratif. con l. n. 110 del 2012):

«Art. 12 (Malversazione) – Ciascuna Parte adotta i provvedimenti legislativi e di altro tipo che si rivelano necessari per configurare in quanto reato in conformità al proprio diritto interno quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, il fatto di proporre, offrire o dare, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio a titolo di remunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un'influenza sulle decisioni delle persone indicate agli articoli 2, 4 a 6 e 9 ad 11, a prescindere che l'indebito vantaggio sia per se stesso o per altra persona, come pure il fatto di sollecitare, di ricevere, o di accettarne l'offerta o la promessa di remunerazione per tale influenza, a prescindere che quest'ultima sia o meno esercitata o che produca o meno il risultato auspicato».

La riforma in commento estende l'incriminazione sotto il *profilo soggettivo* anche a quest'ultimo, al "compratore di fumo" il quale, benché ingannato dal faccendiere, diventa concorrente necessario nel reato¹²; sul *piano oggettivo*, l'estensione interessa anche i traffici d'influenze aventi ad oggetto atti d'ufficio, esclusi dal perimetro originario della fattispecie incriminatrice che puniva l'intermediazione illecita, onerosa o gratuita, solo se compiuta «*in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*», con un chiaro richiamo alle condotte di corruzione propria¹³. Ulteriori novità, anch'esse operate in ossequio alle osservazioni del GRECO, sono rappresentate sia dalla notevole dilatazione dell'oggetto del mercimonio, che può essere costituito oltre che dal denaro anche da ogni «*altra utilità*» e non solo da un «*vantaggio patrimoniale*» (con la conseguente nuova incriminazione delle ipotesi nelle quali oggetto del compenso sia rappresentato da utilità non aventi carattere patrimoniale), sia dall'ampliamento dei destinatari finali dell'illecita influenza, che non sono più solo i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio italiani, ma anche i membri delle Corti internazionali, degli organi delle Comunità europee, di assemblee parlamentari internazionali, di organizzazioni internazionali e i funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri, come indicati dalla norma estensiva dell'art. 322-*bis* c.p. Segue infine l'inconsueto aumento della pena, il cui massimo edittale passa da tre a quattro anni e sei mesi, comunque inferiore al limite edittale massimo del millantato credito.

Andando nel dettaglio, il nuovo art. 346-*bis* c.p. è composto:

a) da due fattispecie-base, descritte nel primo comma: la prima, il *traffico d'influenze oneroso*, punisce con la reclusione da uno a quattro anni e mezzo il mediatore che si faccia dare o promettere denaro o altra utilità, per sé o per altri, come prezzo per la propria mediazione illecita nei confronti di un pubblico funzionario, italiano o di organizzazioni internazionali, con il quale è in rapporto o nei confronti del quale vanta asserite relazioni in realtà inesistenti. Sotto tale figura di reato rientrano tutte le ipotesi di traffico d'influenze oneroso, indipendentemente dal fatto che al soggetto qualificato venga richiesto, attraverso il mediatore, un atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio oppure l'omissione o il ritardo di un atto d'ufficio. La seconda fattispecie-base è il *traffico d'influenze gratuito*, nel quale il mediatore si fa dare o promettere denaro o altra utilità non per sé o per altri ma al fine di *retribuire* il pubblico funzionario affinché compia un atto del suo ufficio. Se dunque la mediazione illecita onerosa può riguardare atti e attività contrari o conformi ai doveri d'ufficio, la mediazione illecita gratuita, nella sua formulazione-base, incrimina attività o ingannevoli (in caso di relazione solo vantata) ovvero prodromiche (se la relazione esiste) alla corruzione per la funzione ex art. 318 c.p. Si comprende quindi il motivo per il quale, nella clausola di riserva relativa posta in apertura dell'articolo, è stato aggiunto il riferimento a tale figura di reato. Confluendo nel traffico d'influenze illecite, inoltre, la condotta dell'abrogato art. 346 c.p. non viene più descritta attraverso il verbo «*millantare*» e sopravvive grazie all'inserimento nell'art. 346-*bis* c.p. dell'attività di «*vanteria*» riferita a relazioni meramente «*asserite*» con il funzionario pubblico;

b) dalla nuova incriminazione prevista dal secondo comma per chi dà o promette denaro o altra utilità a fronte di una relazione vantata e asserita, ma inesistente, con il soggetto qualificato, condotta non punita dall'abrogato art. 346 c.p. La norma in commento, dunque, estende l'incriminazione della fattispecie-base anche all'acquirente della mediazione illecita, senza distinguere tra traffico millantato o reale;

c) da due circostanze aggravanti speciali a effetto comune: la prima, prevista dal terzo comma, aumenta la pena se il mediatore riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. In tal caso, il concorso formale con il delitto di abuso d'ufficio (non contemplato tra i casi di concorso esclusi dall'incipit dell'art. 346-*bis* c.p.), possibile nel vigore della versione precedente (sia pure con le difficoltà dovute alla possibile operatività dell'art. 15 c.p.), è oggi scongiurato in virtù della clausola di riserva relativa dell'art. 323 c.p., poiché il massimo edittale dell'abuso d'ufficio è ora di sei mesi inferiore rispetto a quello, aumentato, della fattispecie-base di traffico d'influenze. L'unica modifica introdotta in questo comma dalla nuova legge riguarda l'oggetto della dazione o promessa, che, quando non è costituito dal denaro, può essere rappresentato da qualsiasi «*altra utilità*» invece che solo da un vantaggio

¹² Sul punto v. le considerazioni critiche di N. Pisani, *Il disegno di legge "spazza corrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3591.

¹³ In tal senso, con riferimento al contratto di *lobbying* finalizzato al compimento di una mediazione illecita verso un pubblico ufficiale (o alla sua corruzione), P. Semeraro, *Fatto tipico e traffico di influenze illecite*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 7; M. Piccirillo, *L'unificazione dei delitti di millantato credito e traffico di influenze*, in G. Flora-A. Marandola (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, cit., p. 32.

patrimoniale, in coerenza con il nuovo primo comma. La seconda aggravante, prevista dal quarto comma, ha portata più ampia perché dispone l'aumento di pena sia, come già previsto, qualora la mediazione onerosa o gratuita riguardi l'esercizio di funzioni giudiziarie, sia per la mediazione gratuita che abbia ad oggetto il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio oppure l'omissione o il ritardo di atti d'ufficio del destinatario della pressione. Ne deriva che l'aggravante avente ad oggetto la natura dell'atto non si applica ai casi di mediazione onerosa, che restano disciplinati dal primo comma anche quando riguardano il compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio.

In sintesi, le *nuove incriminazioni* inserite dalla l. n. 3 del 2019 nell'art. 346-bis c.p., che sottostanno al principio d'irretroattività ex art. 2, comma 2, c.p. riguardano le seguenti condotte:

- a) per l'*acquirente* della mediazione costituiscono nuove incriminazioni tutte le condotte di *traffico d'influenze illecite fraudolento* e, in particolare:
 - l'indebita dazione o promessa di denaro o di altra utilità per l'illecita mediazione di chi vanti asserite relazioni, in realtà inesistenti, con un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o con i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. (*traffico d'influenze illecite oneroso fraudolento*);
 - l'indebita dazione o promessa di denaro o di altra utilità a chi vanti asserite relazioni, in realtà inesistenti, con un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o con i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. per remunerare quest'ultimo in relazione al compimento di un atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio (*traffico d'influenze illecite gratuito fraudolento*);
- b) per l'*acquirente* e per il *mediatore* costituiscono nuove incriminazioni le *ipotesi di traffico d'influenze illecite non patrimoniale, oneroso o gratuito*:
 - l'indebita dazione o promessa e l'accettazione di utilità non costituenti vantaggio patrimoniale per l'illecita mediazione di chi sfrutti relazioni esistenti con un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o con i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. (*traffico d'influenze illecite oneroso non patrimoniale*);
 - l'indebita dazione o promessa e l'accettazione di utilità non costituenti vantaggio patrimoniale per chi sfrutti relazioni esistenti con un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o con i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p. per remunerare quest'ultimo in relazione alla funzione ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio (*traffico d'influenze illecite gratuito non patrimoniale*).

Invece, *mere modifiche* di disciplina *più favorevoli al reo*, applicabili retroattivamente con il limite dell'intangibilità del giudicato ex art. 2, comma 4, c.p., sono ipotizzabili in due casi:

- per le condotte di traffico di influenze illecite fraudolento, oneroso o gratuito, prima rientranti nell'abrogato art. 346, commi 1 e 2, c.p.: l'attuale formulazione dell'art. 346-bis c.p., infatti, prevede in questi casi la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi, mentre l'art. 346 c.p. al primo comma puniva il millantato credito oneroso con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 309 a 2.065 euro e, al secondo comma, comminava la reclusione da due a sei anni e la multa da 516 a 3.098 euro per il millantato credito gratuito quando il colpevole faceva dare o promettere, per sé o per altri, denaro o altra utilità «*col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare*»;
- in caso di concorso (peraltro problematico) tra abuso d'ufficio e traffico d'influenze aggravato dalla qualifica pubblicistica del mediatore ex art. 346-bis, comma 3, c.p., qualora il giudice reputi che la pena da comminare per il concorso di reati (configurabile prima della l. n. 3 del 2019) sia *in concreto* superiore o comunque più grave rispetto a quella derivante dall'applicazione della nuova fattispecie circostanziata, sempre che non si ritenga di escludere il concorso tra i due reati in applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. e in considerazione del carattere sussidiario e residuale dell'art. 323 c.p.

Soprattutto nel primo degli ultimi due casi, il risultato della riforma non appare in linea con le aspirazioni dichiarate dal legislatore: le pene per il millantato credito, diventato traffico d'influenze fraudolento nel nuovo art. 346-bis c.p., sono infatti diminuite, anche in modo cospicuo nelle ipotesi aggravate di cui al secondo comma dell'abrogato art. 346 c.p.¹⁴, e tale diminuzione determina altresì l'effetto –

¹⁴Segnala tale paradosso M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 70 ss., il quale osserva che, in virtù dell'orientamento che forniva una lettura "ampia" dell'art. 346 c.p., tale da inglobare nel perimetro della tipicità anche le condotte di vanteria di un "credito" realmente esistente presso il pubblico ufficiale o impiegato, già la riforma della l. n. 190 del 2012 aveva affievolito gli strumenti per combattere il fenomeno.

non si sa quanto calcolato – di rendere impossibili le intercettazioni *ex art. 266 c.p.p.*¹⁵.

Per quel che riguarda i rapporti con i reati di corruzione, la clausola iniziale segnala una sussidiarietà che evita il concorso di reati. Pertanto, se si configura prima l'art. 346-*bis* c.p. e poi l'art. 319 c.p. o l'art. 318 c.p. attraverso una progressione criminosa, si applicherà solo la fattispecie di corruzione¹⁶.

LA INDEBITA PERCEZIONE DI EROGAZIONI A DANNO DELLO STATO CON ABUSO DELLE FUNZIONI

L'art. 1, comma 1, lett. l), l. n. 3 del 2019 ha aggiunto, in coda all'art. 316-*ter* c.p. in materia di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, una circostanza aggravante indipendente ad effetto parzialmente speciale che eleva i limiti edittali sia nel minimo (da sei mesi a un anno di reclusione, quindi con effetto speciale), sia nel massimo (da tre a quattro anni di reclusione, dunque con effetto comune) «*se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri*».

Tra le modifiche introdotte dalla legge in commento, è questa probabilmente la più enigmatica. Assente nella formulazione originaria del ddl, la modifica dell'art. 316-*ter* c.p. fu proposta con l'emendamento n. 1.27 presentato il 5 novembre 2018 alla seduta delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei Deputati. Riformulato nella successiva seduta del 6 novembre 2018, fu approvato il 14 novembre 2018¹⁷. Non è dato conoscerne le motivazioni perché dagli atti parlamentari risulta che nessuno dei proponenti prese la parola per illustrarlo¹⁸.

Il mistero sulle ragioni della modifica ha alimentato le congetture più varie, persino quella secondo la quale, attraverso l'aggiunta della circostanza speciale *in cauda* all'art. 316-*ter* c.p., si sarebbe cercato di far confluire in tale disposizione le condotte di peculato contestate ad alcuni consiglieri regionali, uno dei quali diventato nel frattempo viceministro, per l'appropriazione di rimborsi spettanti ai gruppi in consiglio regionale per spese non eligibili. In tal senso, prima della modifica oggi vigente, si era pronunciata una sentenza della Corte d'Appello di Milano¹⁹ che aveva ritenuto di qualificare come indebita percezione *ex art. 316-ter* c.p. l'utilizzazione, da parte di un consigliere regionale, di fondi pubblici assegnati al proprio gruppo consiliare per finalità estranee all'esercizio del mandato. Tale condotta, contestata come peculato e in tal senso qualificata dal giudice di primo grado, dopo essere stata derubricata come indebita percezione dalla Corte d'Appello fu nuovamente ricondotta nell'ambito del peculato dalla Corte di Cassazione (senza però sortire effetto concreto per la mancata impugnazione della sentenza d'appello da parte della Procura Generale). In tale decisione, le cui motivazioni furono depositate proprio il 5 novembre 2018, la Suprema Corte ritenne, in base all'esame della normativa della Regione Lombardia in materia, che nel caso di specie la condotta dell'imputato fosse configurabile come peculato e non come indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato «*dal momento che il predetto, avendo la giuridica disponibilità di tali fondi, senza necessità di compiere alcuna attività per conseguirla, se ne*

¹⁵ Su tale rilievo v. R. Cantone-A. Milone, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 3 dicembre 2018.

¹⁶ In tal senso v. *Relazione illustrativa*, cit., p. 16 dove si osserva che l'inserimento della corruzione per l'esercizio della funzione nella clausola iniziale rende chiaro che, se la mediazione va a buon fine, si realizza un concorso "trilaterale" (cioè dei protagonisti del traffico d'influenze e del soggetto qualificato) nel più grave reato di cui all'art. 318 c.p., il quale assorbe tutto il disvalore del fatto ed esclude la punibilità autonoma ai sensi dell'art. 346-*bis* c.p.

¹⁷ L'emendamento n. 1.27 presentato il 5 novembre 2018 dai deputati, iscritti al Gruppo Lega-Salvini Premier, Potenti, Turri, Paolini, Boniardi, Bisa, Tateo, Marchetti, Cantalamessa e Di Muro, prevedeva l'inserimento all'art. 1, comma 1, del ddl 1189C, di una lettera *d-bis* secondo la quale: «*all'articolo 316-ter, al primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "La pena è della reclusione da uno a quattro anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio"*». L'emendamento fu poi riformulato nella seduta del giorno successivo dagli stessi parlamentari, ai quali si aggiunse il deputato Vinci (dello stesso Gruppo parlamentare), inserendo alla fine dell'emendamento il riferimento all'abuso della qualità o dei poteri e arrivando così alla formulazione poi approvata definitivamente. La collocazione della norma (dalla lett. *d-bis* all'attuale lett. l) cambiò in seguito all'unificazione del ddl 1189 («Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici» presentato dal Ministro della Giustizia) con la pdl d'iniziativa parlamentare n. 765 («Modifiche al codice penale in materia di prescrizione dei reati»).

¹⁸ L'assenza di motivazioni è rilevata anche da M. Verrucchi, *L'interpolazione normativa dell'art. 316-ter, comma 1, c.p. nella riforma c.d. "spazza-corrotti"*, in <https://discrimen.it/>, 26 febbraio 2019, p. 1.

¹⁹ App. Milano, 1° dicembre 2017, Spreafico, inedita.

appropria illecitamente con il mero ordine di spesa»²⁰. Ciò che rende configurabile il peculato nel caso dei rimborsi ai consiglieri regionali, quindi, sarebbe la sussistenza del cd. presupposto possessorio, elemento che non sembra possa venir meno in virtù della modifica legislativa ora introdotta. In ogni caso, anche secondo la giurisprudenza citata, la valutazione circa la sussistenza del previo “possesso” da parte dei consiglieri regionali dei fondi per i rimborsi dipende dalle singole normative regionali in materia, sicché resta ferma la necessità di valutare caso per caso²¹. Residuerrebbe la possibilità – invero non “risolutiva” – di considerare come «abuso della qualità o dei poteri» l’ordine di spesa attraverso il quale il pubblico ufficiale si appropria dei fondi a sua disposizione in mancanza dei presupposti necessari. In ogni caso, non è certo trasformando in aggravante speciale la circostanza aggravante comune dell’art. 61, n. 9, c.p.²² che può ottenersi il risultato di far confluire nell’art. 316-ter c.p. condotte che, secondo la lettura della Suprema Corte, costituiscono forme di malversazione piuttosto che di fraudolenta percezione di fondi pubblici (senza per questo voler ora suggerire una modifica dell’art. 316-bis c.p.).

Se dunque, allo stato, non appare del tutto assecondabile (quantomeno con riferimento alla sua concreta efficacia)²³ la lettura “maliziosa” dell’operazione parlamentare di inserimento dell’aggravante speciale nell’art. 316-ter c.p., non ci si può esimere dal chiedersi il senso di tale modifica, finendo però con l’arrendersi di fronte alla difficoltà soverchiante dell’impresa rispetto alle forze disponibili. Le motivazioni razionali e gli scopi dell’iniziativa non risultano invero decifrabili mediante i consueti canoni ermeneutici, perché la nuova aggravante, benché ad effetto speciale (solo con riferimento al minimo edittale), non si sottrae al giudizio comparativo al pari della tradizionale aggravante comune dell’art. 61, n. 9, c.p., e quindi non è inquadrabile nemmeno nell’ambito dell’aggravamento sanzionatorio, filo conduttore (non sempre perseguito con coerenza) della riforma legislativa in commento.

L’AMPLIAMENTO DELLO SPETTRO APPLICATIVO DELL’ART. 322-BIS C.P.

Nel mese di giugno 2018 il GRECO²⁴ pubblicava l’*Addenda al Second Compliance Report* nell’ambito del *Third Evaluation Round* sull’Italia. Nel documento si rilevava, tra l’altro, il parziale inadempimento della Raccomandazione II nella parte in cui auspicava l’estensione dell’ambito applicativo delle norme in materia di corruzione a tutti i pubblici ufficiali stranieri²⁵. È in tale contesto che dev’essere inquadrata la modifica dell’art. 322-bis c.p. ad opera dell’art. 1, comma 1, lett. o), nn. 1, 2 e 3²⁶.

²⁰ Cass., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 49990; conf. Id., 6 luglio 2018, n. 45003; Id., 2 febbraio 2017, n. 14580.

²¹ V. sul punto le dichiarazioni ai giornali del Presidente ANAC, R. Cantone, il quale non ha escluso la possibilità che la riforma possa incidere sui procedimenti in corso per i rimborsi dei consiglieri regionali: Spazzacorrotti, *il comma salva Rixi? Il mini-stero: “Non si applica al peculato”*. Cantone: “Rischio sui processi c’è”, ne *Il Fatto Quotidiano*, 13 gennaio 2019.

²² Che pertanto diventa inapplicabile: cfr. M. Verrucchi, *L’interpolazione normativa*, cit., p. 2.

²³ V, sulla questione le puntuali osservazioni di G. Flora, *La modifica del reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche a danno dello Stato (art. 316-ter c.p.)*, in G. Flora-A. Marandola (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., p. 73 ss., il quale conclude l’esame della vicenda vedendo in essa un motivo di «duplice “disdoro”» per il legislatore, in quanto «clamoroso tentativo inidoneo di norma “ad personas”» (ivi, p. 75).

²⁴ *Groupe d’Etats contre la Corruption*, organismo istituito nel 1999 in seno al Consiglio d’Europa per monitorare il livello di progressivo adeguamento delle legislazioni degli stati firmatari della Convenzione penale sulla corruzione, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, agli *standards* anti-corruzione dell’organizzazione internazionale. Il meccanismo di monitoraggio, basato sulla reciproca valutazione tra pari (c.d. *peer review*) dei 49 Stati partecipanti, si articola in una *prima fase*, orizzontale, nella quale tutti i paesi firmatari sono sottoposti ad un ciclo di valutazione (*Evaluation Round*) che si conclude con la formulazione di *raccomandazioni* che indicano nell’*Evaluation Report* lo stato del processo di adeguamento alla normativa del Consiglio d’Europa e le iniziative da assumere per migliorarne il livello (*Recommendations*); nella *seconda fase* viene esaminata l’idoneità delle misure assunte rispetto allo scopo e i risultati conseguiti, riassunti nel *Compliance Report*. L’Italia ha aderito al GRECO il 30 giugno 2007, dopo la chiusura dei primi due cicli di valutazione svolti entrambi contemporaneamente. Attualmente è in corso il *Third Evaluation Round* che ha incentrato l’attenzione su due temi fondamentali: le incriminazioni (*Incriminations*) e la trasparenza del finanziamento dei partiti (*Transparency of party funding*), nell’ambito del quale sono già stati redatti due *Compliance Reports* e un *Addendum al Second Compliance Report*, quest’ultimo pubblicato il 29 giugno 2018.

²⁵ Sul punto v. F. Rippa, *Novità legislative interne. Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici (L. 9 gennaio 2019, n. 3)*, in *questa Rivista*, 2019, p. 292.

²⁶ Il testo attuale della norma codicistica è il seguente:

Com'è noto, l'art. 322-bis c.p. fu introdotto con la l. 29 settembre 2000, n. 300, di attuazione del cd. Terzo pilastro dell'Unione Europea sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, subendo negli anni successivi vari ampliamenti, sia attraverso l'aggiunta di ulteriori figure pubbliche alle quali è stata estesa l'applicabilità delle norme incriminatrici corruttive previste dal codice penale, sia incrementando le fattispecie oggetto di applicazione. Anche in questo caso, la legge in commento continua l'opera delle riforme precedenti e prosegue sulla strada intrapresa per adeguarsi alle prescrizioni del Greco.

Lo spettro applicativo della norma viene quindi esteso, *sul piano dei soggetti pubblici coinvolti*, anche ai membri di tutte le corti internazionali (e non solo della Corte penale internazionale com'era previsto prima), delle assemblee parlamentari internazionali, delle organizzazioni internazionali o sovranazionali e alle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito delle organizzazioni pubbliche internazionali, attraverso l'inserimento dei numeri 5-ter e 5-quater nel primo comma della disposizione in esame.

L'estensione dell'ambito applicativo della norma si verifica anche con riferimento alle *fattispecie di reato applicabili*. Non si aggiungono nuove figure di reato oltre quelle, già previste, di peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione ma, attraverso la soppressione, al comma 2, n. 2, delle parole «*qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria*» viene eliminato il dolo specifico precedentemente richiesto per la punibilità dell'indotto nei delitti di induzione indebita (art. 319-quater, comma 2, c.p.), del corruttore (art. 321 c.p.) e dell'istigatore alla corruzione (art. 322, commi 1 e 2, c.p.) se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso alle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali. Da notare che il riferimento dell'art. 322-bis, comma 2, n. 2, c.p. alle «*persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito di ... organizzazioni pubbliche internazionali*», già previsto prima della riforma in esame, appare ultroneo perché già ricavabile dal riferimento dell'art. 322-bis, comma 2, n. 1, «*alle persone indicate nel primo comma del presente articolo*» in virtù dell'inserimento del nuovo n. 5-ter nel comma 1 della medesima disposizione²⁷.

«Art. 322-bis – (Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

Le disposizioni degli articoli 314, 316, da 317 a 320 e 322, terzo e quarto comma, si applicano anche:

1) ai membri della Commissione delle Comunità europee, del Parlamento europeo, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee;

2) ai funzionari e agli agenti assunti per contratto a norma dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli agenti delle Comunità europee;

3) alle persone comandate dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o privato presso le Comunità europee, che esercitano funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti delle Comunità europee;

4) ai membri e agli addetti a enti costituiti sulla base dei Trattati che istituiscono le Comunità europee;

5) a coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio.

5-bis) ai giudici, al procuratore, ai procuratori aggiunti, ai funzionari e agli agenti della Corte penale internazionale, alle persone comandate dagli Stati parte del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale le quali esercitano funzioni corrispondenti a quelle dei funzionari o agenti della Corte stessa, ai membri ed agli addetti a enti costituiti sulla base del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale;

5-ter) alle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di organizzazioni pubbliche internazionali;

5-quater) ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali.

Le disposizioni degli articoli 319-quater, secondo comma, 321 e 322, primo e secondo comma, si applicano anche se il denaro o altra utilità è dato, offerto o promesso:

1) alle persone indicate nel primo comma del presente articolo;

2) a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali.

Le persone indicate nel primo comma sono assimilate ai pubblici ufficiali, qualora esercitano funzioni corrispondenti, e agli incaricati di un pubblico servizio negli altri casi».

²⁷ Il rilievo è già stato operato da F. Rippa, *op. cit.*, p. 293.

La riforma tuttavia non ha risolto l'evidente asimmetria che si crea nelle ipotesi di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), corruzione per la funzione o per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di incaricato di pubblico servizio e istigazione alla corruzione (artt. 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 320 e 322 c.p.) quando tali delitti siano commessi da chi esercita funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di Stati esteri extra UE: in tali casi, infatti, l'art. 322-*bis*, comma 2, n. 2, c.p. estende la punibilità al solo privato che abbia dato, offerto o promesso denaro o altra utilità (eliminando peraltro il limite del dolo specifico prima richiesto) e non anche al soggetto qualificato.

Sulla base di quanto si è osservato, la riformulazione dell'art. 322-*bis* c.p. determina *tre ipotesi di nuove incriminazioni*, soggette al regime d'irretroattività *ex art. 2*, comma 1, c.p., nei casi di:

- peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione commessi dalle persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di organizzazioni pubbliche internazionali (art. 322, comma 1, n. 5-*bis*, c.p.);

- peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione commessi da membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e dai giudici o da funzionari delle corti internazionali;

- induzione indebita "passiva" (art. 319-*quater*, comma 2, c.p.), corruzione attiva (art. 321 c.p.) e istigazione alla corruzione da parte del privato (art. 322, commi 1 e 2, c.p.), quando tali delitti non siano finalizzati a procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero ad ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria. In tal caso, l'abolizione dell'elemento specializzato della vecchia fattispecie rappresentato dal descritto dolo specifico, determina una nuova incriminazione per successione tra norma speciale e norma generale che estende l'area di punibilità.

LA (ULTERIORE) TORSIONE PUNITIVA: LE PENE PRINCIPALI

Per quanto riguarda l'intervento sul sistema sanzionatorio, la legge anticorruzione del 2019 si pone in linea di perfetta continuità con quelle che l'hanno preceduta negli ultimi anni: in mancanza di soluzioni efficaci per dirimere i dilemmi interpretativi e risolvere i dubbi applicativi prodotti dalle riforme precedenti, ci si rifugia nell'aumento delle pene. Avendo trovato limiti edittali già ampiamente saturati dal legislatore precedente²⁸, ci si è accaniti sui due "anelli deboli" del sistema, individuati nel traffico d'influenze (di cui si è già detto) e nella corruzione per la funzione, unici casi di aumento della pena principale previsti dalla legge "spazzacorrotti". Il minimo della pena edittale dell'art. 318 c.p. aumenta così da uno a tre anni di reclusione e il massimo passa da sei a ben otto anni di reclusione mentre, nel caso del nuovo traffico d'influenze illecite (che incorpora il millantato credito), la cornice edittale massima aumenta della metà (passando da tre a quattro anni e mezzo) rispetto a quanto previsto in precedenza dall'art. 346-*bis* c.p. ma diminuiscono le pene detentive comminate per le ipotesi di millantato credito di cui all'abrogato art. 346 c.p., e vengono eliminate anche le relative pene pecuniarie.

Le motivazioni addotte nella relazione ministeriale per giustificare l'incremento sanzionatorio della corruzione per la funzione sono tutt'altro che convincenti: in pratica, si auspica che, grazie all'incremento sanzionatorio – complice anche l'«*alleggerimento dell'onere probatorio*» determinato dalla contestazione del reato di cui all'art. 318 c.p. in sede processuale²⁹ – la giurisprudenza possa rivedere l'indirizzo

²⁸ Nella Relazione al ddl governativo (*Relazione del Ministro della Giustizia*, cit., p. 4) si dà atto del «*sensibile e progressivo aggravamento delle pene previste per i delitti contro la pubblica amministrazione a partire dalla riforma adottata nel 1990 (con legge 26 aprile 1990, n. 867) e, più marcatamente, dal 2012 (con le leggi 6 novembre 2012, n. 190, e 27 maggio 2015, n. 69)*» e si riconosce tuttavia che tale inasprimento sanzionatorio (che in alcuni casi, come nella corruzione propria antecedente, è lievitato del 200 per cento nel minimo e del 100 per cento nel massimo: *ivi*, p. 5) non ha ottenuto alcun reale effetto di *law enforcement*, dal momento che, «*pur avendo sortito l'effetto di prolungare i termini di prescrizione dei reati – non manifesta una significativa correlazione con il numero dei reati accertati e delle condanne definitive*».

²⁹ Nella Relazione al ddl "spazzacorrotti" si pone in evidenza che, soprattutto nel caso di attività amministrative ad alto tasso di discrezionalità, «*la prova del più grave delitto di cui all'articolo 319 del codice penale, in tale prospettiva ermeneutica, può tuttavia essere imperiosa e l'accertamento della responsabilità penale molto difficoltoso. La configurabilità del delitto di cui all'articolo 319 del codice penale presuppone, infatti, l'accertamento non solo della sinallagmaticità tra dazione (o promessa di dazione) e l'atto (o gli atti) dell'ufficio,*

interpretativo secondo il quale, anche dopo la “conversione” dell’art. 318 c.p. in fattispecie “generale” di corruzione operata dalla legge Severino del 2012, la corruzione “per asservimento” rientrerebbe nell’art. 319 c.p.³⁰. L’auspicio, tuttavia, non è fondato su di una revisione degli aspetti strutturali delle rispettive fattispecie ma esclusivamente su quella che viene definita come “armonizzazione” del trattamento sanzionatorio della corruzione per la funzione rispetto alla corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio e alla corruzione in atti giudiziari³¹. E allora l’operazione appare paradossale: attraverso l’aumento dei limiti edittali dell’art. 318 c.p., che restano comunque inferiori a quelli degli artt. 319 e 319-ter c.p., si mira in realtà ad ottenere un *overruling* giurisprudenziale che dovrebbe, di fatto, alleggerire il trattamento sanzionatorio delle ipotesi riconducibili alla corruzione “per asservimento”. A tal fine, poi, si aumentano entrambi i limiti edittali, pur riconoscendo che lo spettro applicativo dell’art. 318 c.p. può coprire casi dal disvalore anche relativamente modesto³².

Pur volendo prescindere da tali considerazioni, la draconiana cornice sanzionatoria appare del tutto sproporzionata, soprattutto in considerazione della natura non ben definita della fattispecie, la cui deriva semantica, iniziata con la riforma della l. n. 190 del 2012 nel vano tentativo di arginarne la disapplicazione per via giudiziaria (che propendeva, e in parte ancora propende³³, per l’art. 319 c.p. attraverso l’*escamotage* della “corruzione per asservimento”), procede in modo sempre più spedito verso i lidi di una generica figura di *Abuse of function*. La vecchia corruzione per atto d’ufficio è diventata così – in applicazione della poco stringente formulazione dell’art. 19 (*Abuse of functions*)³⁴ piuttosto che dell’art. 15 (*Bribery of National Public Officials*)³⁵ della Convenzione ONU contro la corruzione – una *catch-all pro-*

ma anche la prova dell’effettiva deviazione dell’esercizio della discrezionalità amministrativa dal modello procedimentale che la disciplina, quanto meno nella forma della rinuncia a priori a un’equanime comparazione degli interessi in gioco» (v. Relazione del Ministro della Giustizia al ddl n. 1189, presentato alla Camera dei deputati il 24 settembre 2018, p. 7).

³⁰ Nella Relazione si citano Cass., sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 15959; Cass., sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 3606 e Cass., sez. VI, 15 settembre 2017, n. 46492 (v. Relazione del Ministro, cit., pp. 6-7).

³¹ Si legge infatti nella Relazione: «La modifica intende consentire l’adeguamento della risposta repressiva alla concreta portata offensiva delle condotte riconducibili a tale fattispecie di reato, suscettibili di disvalore anche molto diverso, e armonizzarla – pur mantenendo una congrua differenziazione di pene – rispetto al trattamento sanzionatorio previsto per i reati di corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio (articolo 319 del codice penale) e di corruzione in atti giudiziari (articolo 319-ter del codice penale)» (Relazione del Ministro, cit., p. 5).

³² «Le ipotesi di “corruzione per l’esercizio della funzione” possono connotarsi per disvalore anche molto diverso, spaziando dalla corruzione di utilità per un’attività conforme ai doveri d’ufficio (sia nelle forme della corruzione cosiddetta “antecedente”, nel caso in cui il patto corruttivo abbia ad oggetto l’esercizio futuro della funzione, sia della corruzione “sussequente”, quando la dazione si correla all’esercizio già avvenuto della funzione) alla ben più grave corruzione per asservimento (ossia la compravendita della discrezionalità amministrativa, la cosiddetta “iscrizione a libro paga” del pubblico funzionario, anche denominata in dottrina “corruzione a futura memoria”)» (Relazione del Ministro, cit., p. 6).

³³ V. Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 33032, secondo la quale «configura reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio (e non la più lieve fattispecie di atti di corruzione per l’esercizio della funzione, art. 318 c.p.) lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi»; analogamente Id., 19 aprile 2018, n. 51946, afferma che «configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio – e non il più lieve reato di corruzione per l’esercizio della funzione – lo stabile asservimento del pubblico agente a interessi personali di terzi, che si traduca in atti discrezionali e non rigorosamente predeterminati, finalizzati a privilegiare l’interesse del privato». Contra, v. Id., 11 dicembre 2018, n. 4486: «I fenomeni di corruzione sistematica conosciuti dall’esperienza giudiziaria come “messa a libro paga del pubblico funzionario” o “asservimento della funzione pubblica agli interessi privati” o messa a disposizione del proprio ufficio, tutti caratterizzati da un accordo corruttivo che impegna permanentemente il pubblico ufficiale a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata – sussunti prima della riforma del 2012 nella fattispecie della corruzione propria, per atti contrario al proprio ufficio, prevista dall’art. 319 c.p. – devono essere ricondotti previsione di corruzione impropria ex art. 318 c.p., sempre che l’accordo o i pagamenti intervenuti non siano ricollegabili al compimento di uno o più atti contrari ai doveri d’ufficio».

³⁴ L’art. 19 della Convenzione contro la corruzione approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dall’Italia il 9 dicembre 2003 e ratificata con l. 3 agosto 2009, n. 116 (UNCAC o Convenzione di Merida) così prevede [corsivi aggiunti]:

«Article 19. *Abuse of functions* – Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity».

³⁵ La cui formulazione, pur sempre entro i limiti di una norma convenzionale, è ben più precisa:

«Article 15. *Bribery of national public officials* – Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties;

*vision*³⁶ alternativa allo schema della *Bribery* che, anche secondo la normativa internazionale alla quale il nostro legislatore dichiara di volersi adeguare³⁷, richiede pur sempre il requisito del *Link between Briber and the Act of the Public Official*³⁸. Il nuovo quadro sanzionatorio dell'art. 318 si conferma quindi del tutto sproporzionato, per eccesso, rispetto ad una fattispecie che, anche nell'applicazione pratica, sta assumendo il ruolo di nuova "norma di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione³⁹.

SEGUE: L'ESTENSIONE/INASPIMENTO DELLE PENE ACCESSORIE E LE MODIFICHE DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA

Anche nella materia delle **pene accessorie**, la legge in commento prosegue ed esaspera il cammino intrapreso con le riforme precedenti. Così, l'art. 1, comma 1, lett. m), l. n. 3 del 2019, sostituendo l'art. 317-bis c.p., ha ulteriormente aumentato il numero di reati per i quali si applica *in perpetuo* l'interdizione dai pubblici uffici e vi ha inserito l'incapacità, perpetua e temporanea, di contrattare con la pubblica amministrazione, già previste dagli artt. 32-ter e 32-quater c.p. Inoltre, diminuendo da tre a due anni il limite della pena concretamente applicata entro il quale la durata delle due pene accessorie non è perpetua ma limitata a cinque anni nel minimo e a sette anni nel massimo, ha di fatto esteso i casi di applicazione delle sanzioni accessorie preesistenti.

In origine, l'art. 317-bis c.p., inserito dall'art. 5 l. 26 aprile 1990 n. 86, riguardava la sola **interdizione perpetua dai pubblici uffici** quale pena accessoria da applicarsi in caso di condanna per i reati di peculato e concussione (artt. 314 e 317 c.p.). La pena poteva diventare temporanea se, per l'effetto di circostanze attenuanti, veniva inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni. Con l'art. 1, comma 75, lett. e), l. n. 190 del 2012, la misura era stata estesa anche ai reati di corruzione propria e corruzione in atti giudiziari (artt. 319 e 319-ter c.p.) ma, in virtù della modifica dell'art. 317 c.p., era stata espunta dal perimetro applicativo dell'art. 317-bis c.p. la concussione per induzione, diventata nel frattempo «*induzione indebita*» ex art. 319-quater c.p., alla quale, anche dopo tale modifica, la giurisprudenza ritenne di dover comunque applicare la misura interdittiva come prevista dalla norma di parte generale dell'art. 31 c.p.⁴⁰.

Ora l'elenco dei reati per i quali si applica l'interdizione dai pubblici uffici è stato nuovamente ampliato, fino a ricomprendere, oltre ai delitti già previsti, anche la corruzione per la funzione (art. 318

(b) The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties».

³⁶ Sull'uso della figura di *Abuse of function* di cui all'art. 19 UNCAC come *catch-all provision* cui si ricorre in quanto non vi sono prove sufficienti della corruzione, cfr. C. Rose, *sub Article 19: Abuse of functions*, in C. Rose-M. Kubiciel-O. Landwehr, *The United Nations Convention Against Corruption. A Commentary*, Oxford, by, Oxford University Press, 2019, p. 216. Sul "rischio" di trasformare l'art. 318 c.p. in una *catch-all provision*, cfr. V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1139.

³⁷ Cfr. gli articoli 2 e 3 della Convenzione di Strasburgo [corsivi aggiunti]:

«Article 2 – Active bribery of domestic public officials.

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, offering or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage to any of its public officials, for himself or herself or for anyone else, *for him or her to act or refrain from acting* in the exercise of his or her functions.

«Article 3 – Passive bribery of domestic public officials

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the request or receipt by any of its public officials, directly or indirectly, of any undue advantage, for himself or herself or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, *to act or refrain from acting* in the exercise of his or her functions».

³⁸ In tal senso, con riferimento all'art. 15 UNCAC, v. M. Kubiciel, *sub Article 15. Bribery of National Public Officials*, in C. Rose-M. Kubiciel-O. Landwehr, *The United Nations Convention Against Corruption*, cit., p. 172.

³⁹ V. ad es., Cass., sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 4486, cit., che qualifica espressamente l'art. 318 c.p. come «*fattispecie di onnicomprensiva "monetizzazione" del munus pubblico*» con funzione sussidiaria delle ipotesi più gravi.

⁴⁰ Alla quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, poteva comunque applicarsi l'interdizione dai pubblici uffici, trattandosi di reato comunque commesso con abuso di poteri, «*modulata nella sua durata in base alle norme generali di cui agli artt. 29, 31 e 37 c.p.*» (Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n.12228, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1992, con nota di M. Gambardella, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*).

c.p.), la corruzione propria aggravata *ex art. 319-bis* c.p. (che per la verità già vi rientrava, trattandosi di mera circostanza aggravante speciale dell'art. 321 c.p.), l'induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), la corruzione dell'incaricato di pubblico servizio (art. 320 c.p.), la corruzione attiva (art. 321 c.p.) e l'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.) di pubblici funzionari nazionali e, altra novità, anche internazionali (art. 322-*bis*, c.p.). L'interdizione conseguente alla condanna per tali delitti continua ad essere, di regola, perpetua, salvo i casi nei quali il fatto sia ritenuto di particolare tenuità *ex art. 323-bis*, comma 1, c.p. o quando la pena applicata sia inferiore a due anni (come si è visto, prima il limite era di tre anni): in tali ipotesi la pena accessoria diventa temporanea ma, in deroga ai limiti di cui all'art. 28, comma 4, c.p., non può avere una durata inferiore a cinque anni né superiore a sette. Se ricorre l'attenuante speciale ad effetto speciale del ravvedimento-collaborazione *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p., l'art. 317-*bis*, comma 2, c.p. stabilisce che i limiti della pena accessoria tornino quelli "ordinari" di cui all'art. 28, comma 4, c.p. (da uno a cinque anni). In virtù dell'inserimento delle fattispecie di cui agli artt. 321 e 322 c.p., l'interdizione dai pubblici uffici colpirà non solo i soggetti qualificati ma anche i privati giudicati colpevoli di induzione indebita "passiva" *ex art. 318*, comma 2, c.p., di corruzione attiva e di istigazione alla corruzione.

Nel nuovo art. 317-*bis* c.p. è stata inserita anche una disciplina speciale della pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Nel disegno di legge presentato in Parlamento il 24 settembre 2018, le modifiche a tale misura erano inserite sia nelle norme di parte generale di cui agli artt. 32-*ter*, comma 2, c.p. e 32-*quater* c.p., sia nell'art. 317-*bis* c.p. prevedendone la sostituzione. Nella versione definitiva, l'art. 32-*ter* c.p. è rimasto intonso e l'art. 32-*quater* c.p. è stato "arricchito" inserendovi il riferimento al peculato *ex art. 314*, comma 1, c.p. (quindi escluso il peculato d'uso), la corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), il traffico d'influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). La decisione di inserire la nuova disciplina solo nella norma di parte speciale costituisce un ulteriore indizio dell'intento del legislatore di costruire un sottosistema punitivo derogatorio in materia di reati contro la pubblica amministrazione, seguendo gli ormai consueti canoni della legislazione d'emergenza. In tal modo si sono anche creati problemi di coerenza tra la norma generale e quella speciale: non si comprende, ad esempio, per quale motivo il peculato d'uso, escluso dall'ambito applicativo dell'art. 32-*quater* c.p., sia stato invece incluso nell'art. 317-*bis* c.p., peraltro con una irragionevole inversione del rapporto tra norma generale e norma speciale: la prima, infatti, esclude l'applicazione della pena accessoria alle ipotesi di peculato d'uso nelle quali il fatto sia commesso in relazione a un'attività imprenditoriale, mentre la norma speciale *estende* l'applicabilità della sanzione accessoria a *tutti* i casi di peculato, anche in mancanza della clausola di specialità rappresentata dal nesso con un'attività d'impresa. In ogni caso, i limiti di applicazione della pena inibitoria sono parificati a quelli dell'interdizione dai pubblici uffici.

Infine, in caso di condanna per (quasi) tutti i reati "selezionati" dall'art. 317-*bis* c.p., entrambe le pene accessorie possono essere rese dal giudice insensibili alla concessione della **sospensione condizionale** della pena, in virtù della modifica dell'art. 166 c.p. (art. 1, comma 1, lett. *h*), l. n. 3 del 2019). Tale eccezione alla regola generale di cui al primo periodo dell'art. 166, comma 1, c.p., tuttavia, non si applica al peculato d'uso (art. 314 cpv. c.p.) e all'induzione indebita passiva (art. 319-*quater*, comma 2, c.p.).

Le pene accessorie, se perpetue, sono refrattarie non solo alla sospensione condizionale (a discrezione del giudice) ma anche all'affidamento in prova al servizio sociale *ex art. 47*, comma 12, ord. pen., come interpolato dall'art. 1, comma 7, l. n. 3 del 2019. L'interpolazione prevede che la misura alternativa, anche se conclusa con esito positivo, non estingue le pene accessorie perpetue. E addirittura la stessa **riabilitazione** viene sterilizzata nei suoi effetti sulle pene accessorie non temporanee: l'art. 1, comma 1, lett. *i*) della legge in commento ha infatti aggiunto un settimo comma all'art. 179 c.p., con il quale inibisce l'efficacia della riabilitazione sulle pene accessorie perpetue. Solo dopo il decorso di un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua può essere dichiarata estinta, «quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta». Si tratta, con tutta evidenza, di un meccanismo farraginoso che impone, di fatto, una "doppia riabilitazione" al condannato per reati che prevedono sanzioni accessorie perpetue.

La legittimità costituzionale delle modifiche che hanno interessato l'affidamento in prova e la riabilitazione è senz'altro problematica, sia sotto il profilo della compatibilità con la finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.), sia per la irragionevole disparità di trattamento rispetto a soggetti condannati per reati altrettanto gravi o anche più gravi (art. 3 Cost.).

Un ulteriore intervento volto a "stabilizzare" gli effetti delle pene accessorie perpetue riguarda il patteggiamento: con la modifica apportata dall'art. 1, comma 4, lett. *d*) ed *e*), l. n. 3 del 2019, vengono

modificati gli artt. 444 e 445 c.p.p. Nell'art. 444 c.p.p. viene inserito un comma 3-*bis* che, similmente a quanto previsto nel comma precedente per le pene principali, consente alla parte, nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis* c.p., di subordinare l'efficacia della richiesta di patteggiamento all'esonero dalle pene accessorie previste dall'art. 317-*bis* c.p. ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie. In questi casi il giudice, parallelamente a quanto avviene per le pene principali, se ritiene comunque di applicare le pene accessorie o ritiene che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta. Nell'art. 445 c.p.p. viene inserito il comma 1-*ter* che prevede una deroga alla regola generale, prevista dal primo comma, che impedisce l'applicazione di pene accessorie quando la pena concordata ex art. 444 c.p.p. non supera due anni di reclusione. Quando si procede per uno dei delitti contenuti nell'elenco dell'art. 445, comma 1-*ter*, c.p.p. (identico a quello dell'art. 444, comma 3-*bis*, c.p.p.), il giudice può comunque applicare le pene accessorie previste dall'art. 317-*bis* c.p. Per questo motivo, alla fine del primo comma dell'art. 445 c.p.p. è inserito un riferimento al successivo comma 1-*ter*.

Anche queste ultime modifiche confermano il notevole investimento compiuto dal legislatore del 2019 sulla funzione delle pene accessorie, in particolare per la loro funzione di neutralizzazione del reo che appare consentanea all'ispirazione di fondo dell'attuale politica criminale. Per quel che riguarda i presupposti applicativi, va riconosciuto che il temperamento dell'automaticità di tali sanzioni potrebbe consentire di recuperare la funzione specialpreventiva, attraverso un uso corretto della discrezionalità del giudice, orientata secondo valutazioni individualizzanti e finalisticamente orientate.

La modifica della disciplina della sospensione condizionale introdotta dalla legge in commento riguarda anche gli obblighi del condannato cui è subordinata la concessione del beneficio in caso di condanna per uno dei delitti già compresi nell'elenco dell'art. 165, comma 4, c.p. ai quali l'art. 1, comma 1, lett. g) della legge in esame aggiunge le ipotesi di corruzione attiva ex art. 321 c.p. (lasciando però fuori il traffico d'influenze illecite). La quantificazione della riparazione pecuniaria viene ora determinata dall'art. 165, comma 4, c.p., attraverso il rinvio al nuovo art. 322-*quater* c.p., in «una somma equivalente al prezzo o al profitto del reato a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio». In tal modo si è risolta la discrasia tra art. 165, comma 4, c.p. e art. 322-*quater* c.p. in merito al parametro per la quantificazione della riparazione pecuniaria: nella seconda disposizione, infatti, mancava il riferimento al «profitto del reato», presente invece nella prima. Nel determinare il criterio di commisurazione della riparazione pecuniaria, inoltre, il riferimento a una «somma equivalente al prezzo o al profitto del reato» prende il posto di quello, precedente, a «quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio». La modifica non sembra meramente lessicale ma consegue all'inclusione del privato corruttore tra i soggetti tenuti alla riparazione e mira ad ampliare il parametro commisurativo della misura, poiché adotta un termine, «profitto», suscettibile di un'interpretazione sistematica⁴¹ in grado di estenderlo, in astratto, fino a comprendere anche utilità di carattere non strettamente economico-monetario⁴². Data la sua natura «sostanzialmente» punitiva⁴³, la riparazione pecuniaria non può essere applicata retroattivamente né al di fuori dei casi espressamente previsti. Ne deriva che in caso di sentenza di patteggiamento, ordinario o cd. allargato, non può darsi luogo alla riparazione pecuniaria che presuppone, ex art. 322-*quater* c.p., una «condanna» in senso stretto e non una decisione ad essa solo «equiparata» ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p.⁴⁴. Tale conclusione è suffragata da solide considerazioni di ordine sistematico in virtù

⁴¹ Per il concetto di «profitto» nei reati contro il patrimonio, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale, pt. spec.*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, Cedam, 2014, p. 41 s. In tale ambito la nozione allargata di profitto è prevalente in giurisprudenza: v., ad es., Cass., V, 29 marzo 2018, n. 32373; Id., II, 09 ottobre 2012, n. 40631; *contra*: Cass., V, 23 gennaio 2018, n. 30073.

⁴² La S.C. ha assimilato l'art. 322-*quater* c.p., nella versione inserita dalla l. n. 69 del 2015, alla riparazione pecuniaria prevista dall'art. 12 l. 18 febbraio 1948, n. 47, applicabile in caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, affermandone la natura «esclusivamente economica» (Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, in *Dir. pen. contemporaneo*, 26 marzo 2019).

⁴³ A questo proposito, la giurisprudenza di legittimità ha qualificato la riparazione pecuniaria come «sanzione civile accessoria» a carattere punitivo. che «si presenta sotto forma di una "tipica" obbligazione civilistica – là dove ha un contenuto squisitamente economico ed è destinata alla persona offesa –, ma – giusta l'applicazione in termini di obbligatorietà, da parte del giudice penale, a prescindere dal danno civilisticamente inteso e dall'azione risarcitoria della parte civile, anche in aggiunta al risarcimento del danno – assume anche un'indubbia connotazione punitiva» (Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit.).

⁴⁴ In tal senso, Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit., che osserva come l'espressione «sentenza di condanna» contenuta nell'art. 322-*quater* c.p. «debba ritenersi riferita al provvedimento conclusivo del giudizio ordinario o abbreviato, ma non anche alla senten-

delle numerose disposizioni del codice penale, anche di recente formulazione, nelle quali il legislatore mostra di non assimilare la «condanna» alla «applicazione della pena» ai fini delle ulteriori conseguenze penali derivanti dal reato (così, ad esempio, negli artt. 322-ter, 466-bis e 644, ult. comma, c.p., ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale anche in caso di patteggiamento, sono state inserite espresse deroghe all'art. 445, comma 1, c.p.p.)⁴⁵. Né sarebbe ragionevole subordinare la concessione del patteggiamento alla riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico agente ex art. 322-quater c.p.p. quando già l'art. 444, comma 1-ter, c.p.p., subordina l'ammissibilità della richiesta di applicazione della pena, per gran parte dei reati per i quali è prevista la riparazione pecuniaria, «alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato», condizione commisurata quindi agli stessi parametri dell'art. 322-quater c.p.⁴⁶.

Infine, va osservato che il disegno di legge prevedeva un limite minimo della riparazione pecuniaria comunque non inferiore a diecimila euro. Tale limite, che introduceva di fatto una pena principale pecuniaria non modulabile in rapporto al caso concreto, è stato opportunamente eliminato nella stesura definitiva.

SEGUE: L'ESCLUSIONE DAI BENEFICI PENITENZIARI DEI CONDANNATI PER PECULATO PER APPROPRIAZIONE, CONCUSSIONE, CORRUZIONE ATTIVA E PASSIVA E INDUZIONE INDEBITA ATTIVA

Nell'ambito dell'incremento afflittivo previsto dalla riforma in commento, un ruolo di assoluto rilievo giocano anche le norme in materia di esclusione dai benefici penitenziari⁴⁷, alle quali si farà solo un accenno, rinviando per maggiori approfondimenti allo specifico contributo sull'argomento.

L'art. 1, comma 6, l. n. 3 del 2019 inserisce tra i reati "ostativi" di cui all'art. 4-bis, comma 1, l. n. 354 del 1975 (Ordinamento penitenziario) il peculato (escluso il peculato d'uso), la concussione, tutte le forme di corruzione, attiva e passiva, e l'induzione indebita attiva (artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322, 322-bis c.p.)⁴⁸. Tale inclusione solleva fondati dubbi di ragionevolezza, soprattutto perché attuata in mancanza di qualsiasi riflessione di natura criminologica⁴⁹ sui motivi dell'assimilazione di tali reati ai più gravi delitti associativi di mafia, terrorismo, eversione violenta dell'ordine democratico, traffico di stupefacenti e contrabbando, nonché quelli in materia di riduzione in schiavitù, compravendita di schiavi e tratta di persone, reclutamento o induzione alla prostituzione minorile, realizzazione di esibizioni o spettacoli di pornografia minorile, reclutamento dei minori a tale scopo e commercializzazione del relativo materiale, traffico di organi, violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione, promozione, direzione, organizzazione e finanziamento dell'immigrazione clandestina. In mancanza di esplicite prese di posizione del legislatore sui motivi che lo hanno indotto ad assimilare i reati di "corruzione" in senso lato ad alcuni tra i delitti più

za di applicazione della pena che, nel prescindere dall'accertamento positivo della penale responsabilità dell'imputato e giusta l'espressa previsione dell'art. 445 c.p.p., comma 2, è "solo" equiparata ad una pronuncia di condanna».

⁴⁵ Il rilievo è contenuto sempre in Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit.

⁴⁶ Anche questa osservazione è contenuta in Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit. Va detto, però, che, a differenza dell'art. 322-quater c.p.p., l'art. 444, comma 1-ter, c.p.p. non contempla i casi di corruzione attiva e istigazione alla corruzione.

⁴⁷ Sull'argomento, cfr. V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2019, 2, p. 107.

⁴⁸ L'attuale testo dell'art. 4-bis l. n. 354 del 1975 è il seguente (modifiche in corsivo): «Art. 4 -bis (Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti). – 1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-ter della presente legge o a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme».

⁴⁹ Nella citata Relazione ministeriale si accenna, vagamente, alla generale esigenza di «aggravamento ed effettività delle sanzioni accessorie» che sarebbe alla base anche delle modifiche sull'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario (*Relazione*, cit., p. 2).

gravi e ripugnanti del nostro sistema penale (benché da tale “lista di proscrizione” restino esclusi reati gravissimi, come l’omicidio volontario e la violenza sessuale non di gruppo), l’unica spiegazione plausibile sembra quella del pervicace perseguimento di una strategia di *labelling* nei confronti dei colpevoli di reati, talvolta anche di modesto rilievo offensivo (come riconosce la stessa *Relazione ministeriale* con riferimento all’art. 318 c.p.), che devono ricevere comunque lo stigma d’infamia in ragione del tipo d’autore che esprimono⁵⁰.

Al condannato per alcuno dei selezionati reati contro la pubblica amministrazione, non resta che una strada, il ravvedimento operoso *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p. (comma inserito dall’art. 1, comma 1, l. n. 69 del 2015), alternativo alla forma di collaborazione prevista dall’art. 58-*ter* ord. pen. In tal caso, promette il nuovo art. 4 ord. pen., il Tribunale di sorveglianza potrà consentire anche al “corrotto” o al “corruttore” l’accesso agli agognati benefici. Ma se decide di percorrere tale strada, il condannato è bene che faccia attenzione, perché la collaborazione codificata nel 2015 non si estende a tutti i reati ostativi di nuovo conio e le esclusioni non sono di poco momento: ne restano fuori il peculato, la concussione e la corruzione aggravata *ex art. 319-bis* c.p. (anche se in quest’ultimo caso, trattandosi di mera aggravante di un reato incluso nell’elenco, l’esclusione può essere superata). Probabilmente sul punto s’impone un intervento di (prematura) manutenzione legislativa.

E seppure il suo reato rientri nella lista, e la Sorveglianza lo ammetta al beneficio, il condannato deve ricordare che in ogni caso, come si è visto, all’esito dell’affidamento in prova non verrà meno la pena accessoria perpetua.

A conclusione di questi accenni cursori, residuerebbero i problemi di diritto intertemporale, poiché l’art. 4-*bis* ord. pen. è considerato dalla giurisprudenza norma processuale e, come tale, seguirebbe il criterio *tempus regit actum*. Sarebbe quindi possibile applicare le nuove preclusioni per l’accesso ai benefici anche a soggetti condannati per fatti e con sentenze precedenti alla riforma. Sennonché sul punto sono state sollevate già varie questioni di legittimità costituzionale da giudici di merito⁵¹ e anche la Corte di Cassazione, sia pure in un *obiter dictum*, ha ritenuto la questione non manifestamente infondata (sebbene non pertinente al caso sottoposto al suo esame)⁵². Il problema dell’applicazione retroattiva, tuttavia, attenendo all’interpretazione della legge più che ad una norma transitoria mancante⁵³, potrebbe essere risolto anche senza l’intervento della Consulta se si ritenesse, con il conforto di quanto già sancito dalla Corte EDU nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*⁵⁴, che «ai condannati, sulla scorta del principio del divieto di regressione trattamentale – connesso alla funzione rieducativa della pena – non può applicarsi la nuova disciplina sfavorevole: il percorso trattamentale non può cioè subire regressioni non ascrivibili alla condotta del condannato»⁵⁵.

L’ESTENSIONE DELLE TECNICHE INVESTIGATIVE SPECIALI: PROBLEMI DI DIRITTO SOSTANZIALE DELL’AGENTE “SOTTO COPERTURA”

La Convenzione di Merida, nell’ambito del capitolo dedicato alla collaborazione internazionale, stabilisce che, per un efficace contrasto alla corruzione, gli stati firmatari possono prevedere l’utilizzo, al-

⁵⁰ Com’è stato osservato, «l’aspetto più propriamente sociologico della teoria del *labelling* approach è che l’individuo che è riconosciuto come criminale dagli organi ufficiali pubblici viene ad essere trattato in maniera conseguente dalla maggior parte dei membri della società, in una parola, stigmatizzato» (M. Amistano Tesi, *Le tipologie della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 7).

⁵¹ V., ad es., App. Lecce, ord. 4 aprile 2019, Pres. Scardia, Est. Errico; Gip Napoli, Giud. Vertuccio, ord. 2 aprile 2019, in *Dir. pen. contemporaneo*, 8 aprile 2019, con nota di G. L. Gatta, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p. ai delitti contro la p.a.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*.

⁵² Cfr. Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit., con nota di G. L. Gatta, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell’orientamento consolidato, favorevole all’applicazione retroattiva*.

⁵³ Come osserva G. L. Gatta, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p.*, cit., secondo il quale le censure mosse dai giudici di merito s’indirizzerebbero «più che alla legge n. 3/2019 – priva di una disposizione transitoria da impugnare –, all’orientamento giurisprudenziale che esclude l’applicabilità dell’art. 2, commi 1 e 4, c.p. e dell’art. 25, comma 2, Cost., in rapporto alle modifiche peggiorative che riguardano le misure alternative alla detenzione».

⁵⁴ Corte e.d.u., sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in *Dir. pen. contemporaneo*, 30 ottobre 2013, con nota di F. Mazzacova, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*. La decisione è richiamata anche in Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, cit. Sul punto v. G. L. Gatta, *Estensione del regime ex art. 4 bis o.p.*, cit.

⁵⁵ M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”*, cit., p. 48.

l'interno del loro territorio, di "tecniche investigative speciali" come la «consegna controllata» del *pre-tium sceleris* e, «se lo ritengono opportuno», la sorveglianza elettronica o altre forme di sorveglianza nonché le operazioni sotto copertura, consentendo l'utilizzabilità in giudizio delle prove così acquisite⁵⁶. A livello internazionale, le decisioni di consentire la consegna controllata possono includere, con l'accordo degli Stati-parte interessati, sia l'intercettazione della merce o dei fondi, sia metodi che permettono alle merci e ai fondi di proseguire integri oppure di essere asportati o sostituiti in tutto o in parte (art. 50, comma 4, UNCOC).

Dando attuazione a questa parte della Convenzione con l'art. 1, comma 8, l. n. 3 del 2019, il legislatore si è proposto di potenziare gli strumenti di indagine e di accertamento di un cospicuo numero di reati, inserendo tra i delitti per i quali opera la causa di non punibilità dell'agente sotto copertura di cui all'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146 del 2006, anche quelli di concussione (art. 317 c.p.), tutte le forme di corruzione attiva e passiva di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, italiani e internazionali (artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321 e 322-bis c.p.), l'induzione indebita attiva (art. 319-*quater*, comma 1, c.p.), l'istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), il traffico d'influenze illecite (art. 346-bis c.p.), la turbata libertà degli incanti e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-bis c.p.).

Viene incrementato anche il numero e il tipo di attività scriminate ex art. 9 l. n. 146 del 2006 che ora prevede, per quanto riguarda l'oggetto materiale del reato, la possibilità, per l'agente infiltrato, di acquistare, ricevere, sostituire od occultare non solo denaro ma anche «altra utilità» nonché cose che costituiscono «prezzo» del reato (in aggiunta ai beni ovvero alle cose che rappresentano oggetto, prodotto o profitto o mezzo per commettere il reato). Sotto il profilo delle condotte scriminate, sono aggiunte l'accettazione dell'offerta o della promessa, nonché la condotta dell'agente che corrisponde denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, oppure quella di chi promette o dà denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerare lo stesso.

Il notevole allargamento dell'ambito di applicabilità dello strumento d'indagine, ideato e sperimentato con riferimento a settori criminali diversi, caratterizzati abitualmente da una forte connotazione organizzativa⁵⁷ è una scelta da registrare con preoccupazione, soprattutto per le particolari caratteristiche dei reati in questione. Così, ad esempio, all'agente infiltrato che riceva una sollecitazione da parte del pubblico ufficiale a dare o promettere denaro o altra utilità per l'esercizio delle funzioni o per compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio, non dovrebbe essere consentito effettuare la dazione o la promessa, poiché egli avrebbe già accertato un delitto consumato di istigazione passiva ex art. 322, commi 3 o 4, c.p. Allo stesso modo, l'agente sotto copertura il quale, nelle mentite spoglie di pubblico ufficiale titolare della posizione qualificata per il compimento dell'atto, riceva un'offerta o una promessa di denaro o altra utilità per il compimento dell'atto conforme o contrario ai doveri d'ufficio, non dovrebbe realizzare le condotte di accettazione dell'offerta o della promessa, pur espressamente consentite dal novellato art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146 del 2006, poiché in tal modo farebbe progredire nel più grave delitto di corruzione un reato di istigazione attiva ex art. 322, commi 1 o 2, c.p., già consumato. Minori problemi pone la corresponsione di denaro o altra utilità effettuata dall'agente di p.g. «in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri», purché tale accordo presenti già i caratteri della promessa penalmente rilevante ai fini della consumazione dei delitti di corruzione, e la dazione consenta di acquisire la prova della pregressa promessa. Altrimenti il mero accordo, apprezzabile al più come "quasi reato" ex art. 115, comma 2, c.p., diventerebbe penalmente rilevante in virtù dell'iniziativa dell'agente *undercover*. Una simile operazione non sarebbe sussumibile nella scriminante, «*dovendo in ogni caso escludersi la possibilità dell'agente sotto copertura di provocare la consumazione di un reato*»⁵⁸. Al termine dell'esimente spe-

⁵⁶ L'art. 50, comma 1, della Convenzione ONU di Merida è il seguente: «In order to combat corruption effectively, each State Party shall, to the extent permitted by the basic principles of its domestic legal system and in accordance with the conditions prescribed by its domestic law, take such measures as may be necessary, within its means, to allow for the appropriate use by its competent authorities of controlled delivery and, where it deems appropriate, other special investigative techniques, such as electronic or other forms of surveillance and undercover operations, within its territory, and to allow for the admissibility in court of evidence derived therefrom».

⁵⁷ In tal senso il *Parere* reso dal CSM il 18 dicembre 2018, p. 17, in www.csm.it/documents/21768/92150/parere+anticorruzione+19+dicembre+2018.

⁵⁸ *Relazione del Ministro della Giustizia*, cit., p. 26.

ciale resta ferma la preesistente clausola che estende l'impunità a tutte le «attività prodromiche e strumentali» rispetto a quelle espressamente previste.

A questo punto va rammentato che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità e in adesione al principio dell'equo processo previsto dall'art. 6, comma 1, CEDU, condizione per l'operatività dell'esimente di cui all'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 146 del 2006 è che l'agente infiltrato deve limitarsi a disvelare un'intenzione criminale già esistente senza inserirsi con rilevanza causale nell'*iter criminis*⁵⁹.

È sulla base di tali premesse che l'estensione delle operazioni "sotto copertura" a una tipologia di reati che non si innestano necessariamente in un contesto associativo teso alla costante reiterazione di condotte illecite, ognuna delle quali configurabile anche come singola figura di reato, genera «notevoli preoccupazioni pure sotto il profilo "etico" laddove siano gli organi dello Stato a offrire o comunque a generare l'occasione di delinquere»⁶⁰. Com'è stato osservato, «in un sistema come quello configurato nelle operazioni undercover, dove già la succinta normativa presta il fianco a critiche in ordine alla mai del tutto sopita volontà di utilizzare un atto investigativo come strumento preventivo, il loro impiego per fenomeni non necessariamente riconducibili a stabili organizzazioni criminali pone innanzitutto il dilemma di comprendere chi, come e perché siano stati individuati determinati soggetti quali destinatari di quella che parrebbe (tornare a essere) una forma di provocazione al delitto»⁶¹.

LA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DEL RAVVEDIMENTO-COLLABORAZIONE EX ART. 323-TER C.P.

Con l'art. 1, comma 1, lett. r), l. n. 3 del 2019 è stato inserito nel codice penale l'art. 323-ter c.p. Si tratta di una disposizione propugnata, con andamento carsico, fin dai tempi di Tangentopoli⁶², diretta a scindere e contrapporre le diverse posizioni che caratterizzano i reati contro la pubblica amministrazione a concorso necessario e, in particolare, i delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis c.p., «limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati», nonché gli artt. 353, 353-bis e 354 c.p. La finalità di distinguere e contrapporre le posizioni del corrotto/induttore e del corruttore/indotto viene perseguita prevedendo la non punibilità di chi ha commesso il reato se, prima di avere avuto notizia di indagini a proprio carico in relazione a tale fatto e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione dello stesso, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. In tal caso, la non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. Appare evidente la comunanza di finalità tra questa causa di non punibilità e l'incentivo alla collaborazione offerto dalla circostanza attenuante dell'art. 323-bis, comma 2, c.p. inserito dalla l. n. 69 del 2015. Le due norme, tuttavia, hanno natura diversa e parzialmente differente è anche l'ambito applicativo: l'istigazione alla corruzione, ad esempio, è inclusa nell'attenuante dell'art. 323-bis c.p. ma non è stata inserita tra i reati per i quali si applica la clausola di non punibilità ex art. 323-ter c.p.; all'inverso, i delitti in materia di pubblici incanti di cui agli artt. 353, 353-bis e 354 c.p. – definiti «para-corruttivi» nella *Relazione illustrativa* del Guardasigilli – sono invece compresi nella causa di non punibilità dell'art. 323-ter c.p. ma restano esclusi dall'attenuante di cui all'art. 323-bis c.p. In mancanza di spiegazioni "autentiche" di tali differenze, si può solo ipotizzare che sia stato ritenuto troppo pericoloso estendere l'esimente "postuma" dell'art. 323-ter c.p. a mere istigazioni, fattispecie ben più impalpabili di una corruzione realizzata.

Sotto il profilo della struttura della norma, l'art. 323-ter c.p. rappresenta una causa sopravvenuta

⁵⁹ Così, Cass., sez. VI, 27 novembre 2018, n. 2158, secondo la quale «non contrasta con il diritto di ogni persona a un processo equo ex art. 6 della Convenzione EDU, l'azione dell'agente provocatore che si limita a disvelare un'intenzione criminale esistente, ma allo stato latente, fornendo solo l'occasione per concretizzare la stessa, e, quindi, senza determinarla in modo essenziale». V. altresì *Parere CSM*, cit., p. 19.

⁶⁰ G. Barrocu, *DDL Anticorruzione. Le operazioni sotto copertura nel d.d.l. anticorruzione: facciamo chiarezza*, in *Quot. Giur.*, 21 dicembre 2018. V. anche i rilievi critici di A. De Caro, *La legge c.d. spazza corrotti*, cit., p. 285.

⁶¹ G. Barrocu, *op. loc. cit.*

⁶² V. gli artt. 10-12 delle *Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti* che furono presentate il 14 settembre 1994 da alcuni membri del Pool "Mani Pulite" della Procura di Milano (i pubblici ministeri G. Colombo, P. Davigo, A. Di Pietro e F. Greco), da alcuni professori di diritto e procedura penale (O. Dominioni, D. Pulitanò, F. Stella) e dall'avv. M. Dinoia in un convegno presso l'Università Statale di Milano (cd. *Proposta della Statale*), pubblicate, insieme ad una relazione illustrativa degli autori, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss.

di esclusione della punibilità di natura personale⁶³. Il legislatore “premia” con l’esonero dalla punizione chi, dopo aver commesso il reato, realizza «un comportamento volontario, tempestivo, concretamente antagonista rispetto alla condotta delittuosa, sintomatico di un autentico ravvedimento e realmente efficace al fine di individuare i correi, assicurare la prova del fatto e neutralizzare il profitto illecito»⁶⁴. Trattandosi di “circostanza” a carattere personale, la causa di esenzione dalla punibilità non si comunica ad eventuali concorrenti nel reato *ex art. 119 c.p.*⁶⁵, al pari di altre cause di non punibilità soggettive quali, ad esempio, la particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*, la ritrattazione di cui all’art. 376 c.p. e l’immunità assicurata dall’art. 68 Cost. ai membri del Parlamento che esprimano opinioni nell’esercizio delle loro funzioni.

Il secondo comma impedisce l’applicazione della causa di non punibilità «quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato», invertendo però i termini della questione, perché appare evidente che è la commissione del reato denunciato a non dover essere predisposta per la successiva denuncia e non viceversa. Nella relazione ministeriale la norma viene presentata quale «presidio avverso eventuali strumentalizzazioni a fini illeciti della speciale causa di non punibilità (ossia per evitare che essa possa essere utilizzata per provocare impunemente la corruzione, al solo fine, ad esempio, di denunciare un rivale)»⁶⁶. Va detto, però, che per far funzionare tale “presidio”, bisognerebbe poter dimostrare che la commissione del reato era già dall’inizio finalizzata alla successiva denuncia: prova diabolica quant’altre mai. Anche il tempo massimo che può intercorrere tra commissione del reato e resipiscenza attiva, che è di soli quattro mesi, autorizza più di qualche riserva⁶⁷. Il rischio, fin troppo evidente, è che in tal modo faccia ingresso nel nostro sistema una pratica molto pericolosa: si è voluto, giustamente, evitare l’agente provocatore “istituzionale” ma si consente di fatto a chiunque, fuori da qualsiasi controllo dell’Autorità giudiziaria, di improvvisarsi agente provocatore *fai-da-te*, organizzare una corruzione per poi denunciarla entro quattro mesi e “incastrare” chi è caduto nella trappola.

ALTRE MODIFICHE DI DIRITTO SOSTANZIALE: L’INOPINATO INASPRIMENTO DEL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DELL’APPROPRIAZIONE INDEBITA

Le modifiche introdotte dalle lett. *u)* e *v)* dell’art. 1, comma 1, della legge in esame, che hanno aumentato i limiti edittali dell’art. 646 c.p. e reintrodotta la procedibilità d’ufficio per alcune forme aggravate di appropriazione indebita e di truffa (modificando l’art. 649-*bis* c.p.), appaiono eccentriche rispetto all’oggetto della riforma.

In occasione della presentazione del disegno di legge, l’inserimento di tali modifiche (inizialmente incidenti solo sulla perseguibilità a querela⁶⁸) fu ricondotto alla necessità di ostacolare la formazione di

⁶³ In tal senso, M. Gambardella, *La grande assente*, cit., p. 55.

⁶⁴ *Relazione illustrativa del Ministro della Giustizia*, cit., p. 20.

⁶⁵ Cfr. M. Gambardella, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ *Relazione illustrativa del Ministro della Giustizia*, cit., p. 20.

⁶⁷ Sul punto cfr. le osservazioni di G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell’alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 274 ss., il quale, con riferimento sia alla citata “proposta della Statale”, (pure detta “proposta di Cernobbio” perché presentata anche nel seminario annuale di Cernobbio organizzato dallo Studio Ambrosetti il 3 settembre 1994) che stabiliva un termine di tre mesi per la causa di non punibilità prevista dall’art. 10 della proposta, sia alla previsione dell’art. 426 del *Código Penal* spagnolo che impone un termine di due mesi per un’analoga clausola esimente, ritiene non «necessario o utile, bensì controproducente, il limite temporale di novanta giorni dal fatto posto alla denuncia perché assicuri l’effetto della non punibilità. Ha infatti mero fondamento moralistico la affermata volontà di non assecondare ritardi della denuncia secondo convenienza ed è del tutto inappropriato in materia il riferimento all’art. 27 Cost. ed alla prevenzione speciale. Spontaneità della confessione o resipiscenza morale del reo – che comunque certo non hanno scadenza, né si può pensare possano intervenire in tempi così brevi – sono profili del tutto estranei alla non punibilità nella teoria del reato. Lo scopo è invece di riconoscere (e favorire) la tutela del bene che, per le caratteristiche peculiari della lesione considerata, può attuarsi anche in tempi decisamente più lunghi rispetto ai novanta giorni detti senza perdere il legame con la comminatoria edittale. Bisogna, d’altra parte, consentire che si mettano in moto quei meccanismi soggettivi idonei a produrre l’effetto auspicato, riguardo ai quali il calcolo più o meno cinico ha la stessa valenza del ravvedimento morale, perché è l’esito della denuncia e non la motivazione a produrre la tutela del bene».

⁶⁸ L’aumento della pena edittale dell’art. 646 c.p. fu inserito durante l’esame da parte delle Commissioni della Camera dei Deputati.

fondi neri utilizzabili per la corruzione⁶⁹. Tuttavia, l'oggetto delle modifiche non appare coerente con le finalità annunciate. L'aumento dei limiti edittali di pena, infatti, non sembra affatto idoneo allo scopo e la perseguibilità d'ufficio, già prevista in presenza di aggravanti ad effetto speciale, viene reintrodotta per le appropriazioni indebite aggravate dall'abuso di prestazione d'opera (art. 61, n. 11, c.p.) o se commesse su cose possedute a titolo di deposito necessario (art. 646, comma 2, c.p.), solo se la persona offesa è incapace per età o per infermità o se il danno arrecato alla stessa è di rilevante gravità.

Nel caso della truffa aggravata e della frode informatica (artt. 640 e 640-ter c.p.), la modifica dell'art. 649-bis c.p. non ottiene alcun effetto, poiché entrambi i delitti erano già perseguibili d'ufficio se commessi «profittando di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa» (art. 61, n. 5, c.p.) ovvero arrecando alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, n. 7, c.p.)⁷⁰.

SEGUE: GLI AMPLIAMENTI E IRRIGIDIMENTI SANZIONATORI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI (CON L'ATTENUANTE DELLA COLLABORAZIONE)

L'irrigidimento operato dalla legge in commento sulla disciplina delle pene accessorie a carico delle persone fisiche condannate per reati contro la pubblica amministrazione ha indotto il legislatore a ritenere necessaria un'armonizzazione con le sanzioni previste per gli enti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Pertanto, l'art. 1, comma 9, l. n. 3 del 2019 interviene sull'art. 25 d.lgs. n. 231 del 2001 con le seguenti modifiche:

- il delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) viene inserito nell'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 tra le fattispecie che possono determinare la responsabilità dell'ente nella forma meno grave (sanzione pecuniaria fino a duecento quote);

- le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001 e rese applicabili dall'art. 25, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001 nelle ipotesi di concussione (art. 317 c.p.), corruzione attiva e passiva (propria e in atti giudiziari: artt. 319, 319-bis, 319-ter, 321 c.p.), induzione indebita (art. 319-quater), istigazione alla corruzione propria (art. 322, commi 2 e 4, c.p.) sono state aggravate e differenziate a seconda della qualifica soggettiva rivestita dal colpevole del reato presupposto: se si tratta di soggetti apicali la durata non può essere inferiore a quattro anni e superiore a sette anni mentre, per i sottoposti, i limiti sono ridotti nel minimo a due anni e nel massimo a quattro anni (prima della riforma era previsto in tutti i casi il limite minimo di un anno). Per esigenze di coordinamento, l'art. 1, comma 6, l. n. 3 del 2019 modifica anche l'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, al fine di chiarire che la durata delle sanzioni interdittive ivi prevista in via generale (non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni) è derogata dalla disposizione di cui all'art. 25, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001. Va osservato, a questo punto, che il quinto comma dell'art. 25 d.lgs. n. 231 del 2001, prevede l'applicazione delle sanzioni interdittive «nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 2 e 3». La mancanza di un riferimento anche alle fattispecie richiamate dal quarto comma dello stesso articolo (quelle degli artt. 320 e 322-bis c.p.) ha fatto dubitare che le sanzioni interdittive fossero applicabili nel caso di delitti commessi dall'incaricato di pubblico servizio e in caso di corruzione internazionale. L'intervento della legge in commento sull'art. 25, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001, avrebbe potuto risolvere il problema, magari inserendo un rinvio *quoad poenam* anche al quarto comma della medesima disposizione, offrendo così certezza circa l'applicabilità delle sanzioni pecuniarie previste dai tre commi precedenti all'incaricato di pubblico servizio e ai funzionari internazionali. Il silenzio serbato sul punto dalla legge in commento, pur in presenza dei dubbi autorevolmente espressi dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina, potrebbe essere avere una sua "eloquenza" circa la volontà

⁶⁹ Si legge infatti nella *Relazione illustrativa del Ministro della Giustizia* (cit., p. 21): «il reato di appropriazione indebita è strumento che consente comunemente (come il reato di falso in bilancio o i reati tributari) di formare provviste illecite utilizzabili per il pagamento del prezzo della corruzione. Sembra pertanto opportuno, nella prospettiva di un contrasto efficace non solo dei fenomeni corruttivi, ma anche delle attività prodromiche alla corruzione, mantenere la procedibilità d'ufficio per le ipotesi di maggiore gravità di appropriazione indebita».

⁷⁰ Anche con riferimento al testo originario del ddl n. 1189 (che già prevedeva la modifica dell'art. 649-bis c.p.) è errato quindi affermare, come fa la *Relazione illustrativa* (loc. ult. cit.) che «l'effetto estensivo della procedibilità d'ufficio, in tal modo, si riverbera anche sui reati preveduti dagli articoli 640, terzo comma, 640-ter, quarto comma, c.p. menzionati dallo stesso art. 649-bis c.p., per i quali si prospetta la medesima opportunità di intervento».

del legislatore di non estendere alla corruzione internazionale le misure interdittive⁷¹. D'altra parte, «la scelta di omettere la tutela interdittiva in caso di corruzione internazionale può essere inquadrata nell'ambito di una meditata e non irragionevole valutazione politico-criminale del legislatore italiano, peraltro non smentita da specifici elementi che, viceversa, dimostrano un univoco orientamento del legislatore delegato in senso contrario»⁷². L'incertezza sull'ambito di operatività delle sanzioni interdittive ha immediate ricadute anche sul versante delle misure cautelari, considerato il sistema costruito già con la l. delega n. 300 del 2000 che, all'art. 11, lett. o), rende applicabili in sede cautelare il medesimo tipo di sanzioni interdittive previsto a carico dell'ente che sia ritenuto responsabile dell'illecito derivante da reato. E la stessa Cassazione, pur sciogliendo in senso affermativo il dubbio sull'applicabilità delle misure interdittive in via cautelare a carico degli enti per il reato di corruzione internazionale, ha rilevato come l'attuale situazione (rimasta sul punto inalterata) dia obiettivamente origine «ad interpretazioni dubbie»⁷³. Ma in una situazione d'incertezza, la vigenza del principio di tassatività dell'applicazione delle sanzioni, anche interdittive, previste dal d.lgs. n. 231 del 2001 dovrebbe condurre a una stretta esegesi delle disposizioni sanzionatorie, non certo all'estensione para-analogica delle stesse⁷⁴;

– le modifiche operate sull'art. 51, commi 1 e 2, d.lgs. n. 231 del 2001 si sono rese necessarie in seguito alla modifica del precedente art. 13, comma 2, e hanno solo la funzione di non alterare i limiti temporali delle misure cautelari, che restano fissate a un anno fino alla conclusione del processo di primo grado e a un anno e quattro mesi dopo la sentenza di condanna;

– infine, attraverso l'inserimento del comma 5-bis nell'art. 25 d.lgs. n. 231 del 2001, viene previsto un incentivo alla collaborazione e all'eliminazione delle condizioni che hanno consentito la commissione dell'illecito, costruito come circostanza attenuante sulla falsariga dell'art. 323-bis, comma 2, c.p., che riporta i limiti edittali della sanzione interdittiva entro i parametri ordinari di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001⁷⁵. La lettura della norma dev'essere coordinata con l'art. 17, d.lgs. n. 231 del 2001 che esclude l'applicazione delle sanzioni interdittive (ferme restando quelle pecuniarie) se l'ente, *prima della dichiarazione di apertura del dibattimento*: a) risarcisce integralmente il danno ed elimina le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si adopera efficacemente in tal senso; b) elimina le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) mette a disposizione il profitto con-

⁷¹ Si consideri, peraltro, che l'applicazione di misure interdittive agli enti che si occupano di transazioni internazionali comporta l'insorgere, da un lato, di complesse problematiche applicative rispetto a rapporti economici transnazionali e, dall'altro, di prevedibili questioni diplomatiche che inevitabilmente sorgerebbero nell'applicazione (addirittura provvisoria) di misure interdittive che finirebbero per dispiegare effetti rilevanti nei confronti di Stati esteri. Pertanto, non sembrerebbe irragionevole la scelta del legislatore italiano che, limitando la punizione per l'ente alla sola sanzione pecuniaria, potrebbe aver voluto prevenire le complesse problematiche prospettabili: in tal senso, cfr. F. Centonze-V. Dell'Osso, *La corruzione internazionale. Profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 247. Anche M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, ed. III, Milano, Giuffrè, 2013, p. 281, sottolinea «le difficoltà teoriche e pratiche create dall'applicazione agli enti nel cui interesse o vantaggio abbiano agito i privati corruttori, di sanzioni come quelle elencate dall'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231 cit., quali p.e. sospensioni o revocche di autorizzazioni, licenze o concessioni, la cui concreta "esecuzione" dipenderebbe dalle amministrazioni pubbliche straniere». Sul punto cfr. V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 345, il quale osserva che la concreta esecuzione delle misure interdittive in ambito internazionale «non può prescindere dalla cooperazione delle amministrazioni pubbliche estere, talvolta delle stesse amministrazioni con cui gli esponenti dell'ente imputato abbiano avuto rapporti illeciti. Sulle autorità straniere, però, il giudice penale italiano non ha alcuna potestà di intervento, e a fortiori quella di imporre ordini ed effettuare i relativi controlli».

⁷² M. Scoletta-P. Chiaraviglio, *Corruzione internazionale e sanzioni interdittive per la persona giuridica: interpretazione sistematico-integratrice o sentenza "additiva" in malam partem?*, commento a Cass., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 42701, in *Le Società*, 2011, p. 698.

⁷³ Cass., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 42701, cit., in *Foro it.*, 2011, 6, II, c. 370, che ha reputato comunque astrattamente applicabili le misure cautelari interdittive in un'ipotesi di contestazione del reato di corruzione internazionale ex art. 322-bis c.p., privilegiando un approccio ermeneutico sistematico e attento più alla (supposta) *intentio legislatoris* che alla lettera della legge.

⁷⁴ Qualificano come «vero e proprio procedimento analogico» l'interpretazione offerta dal Cass., sez. VI, 30 settembre 2010, n. 42701, cit.; F. Centonze-V. Dell'Osso, *La corruzione internazionale*, cit., p. 245.

⁷⁵ Prevede infatti l'art. 25, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001: «Se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2».

seguito ai fini della confisca. È evidente che, prima dell'apertura del dibattimento, l'ente cercherà di percorrere questa strada piuttosto di quella, ben più impegnativa⁷⁶ e meno "premiante" dell'attenuante di cui al successivo art. 25, comma 5-*bis*. L'attuazione di quest'ultima disposizione, quindi, si collocherà nella fase dibattimentale del processo di primo grado o, al massimo, entro la fine della discussione.

SEGUE: L'INTRODUZIONE DELLA PROCEDIBILITÀ D'UFFICIO PER I DELITTI DI CORRUZIONE TRA PRIVATI E DI ISTIGAZIONE ALLA CORRUZIONE TRA PRIVATI (ARTT. 2635 E 2635-BIS C.C.) E L'ELIMINAZIONE DELLE CONDIZIONI PER LA PUNIBILITÀ DI DELITTI CONTRO LA P.A. COMMESSI DAL CITTADINO O DALLO STRANIERO ALL'ESTERO

Gli artt. 7 ed 8 della Convenzione di Strasburgo prevedono, tra i provvedimenti da adottare, l'incriminazione della corruzione attiva e passiva⁷⁷ tra privati commessa nell'ambito di un'attività commerciale. Com'è noto, l'art. 1, comma 76, l. n. 190 del 2012 ha introdotto all'art. 2635 c.c. la fattispecie di corruzione tra privati. Successivamente, con il d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38 (*Attuazione della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*) la normativa è stata implementata, rendendola più aderente alle richieste del GRECO e inserendo anche all'art. 2635-*bis* c.c. la fattispecie di istigazione alla corruzione tra privati. Tuttavia, nel già citato *Addendum* al Secondo rapporto di conformità sull'Italia, pubblicato nel giugno 2018, il GRECO ha ritenuto ancora solo parzialmente implementata la raccomandazione IV dell'*Evaluation Report on Italy* redatto nel marzo 2012 nell'ambito del *Third Evaluation Round*, a causa del mantenimento, anche dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 38 del 2017, della condizione di procedibilità a querela del reato (non richiesta solo per le ipotesi in cui dalla condotta corruttiva derivi una distorsione della concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi). Sulla questione, tuttavia, l'*Addendum* del GRECO non aveva richiesto ulteriori informazioni all'Italia, perché sul punto vi era stata un'espressa riserva del nostro Paese, rinnovata nel 2017 (con l'impegno di riconsiderare la questione dopo tre anni). Tuttavia, senza aspettare tale termine, l'art. 1, comma 5, l. n. 3 del 2019, nell'ambito della generale rinuncia a rinnovare alla scadenza le riserve apposte alla Convenzione di Strasburgo (art. 1, comma 10, l. n. 3 del 2019)⁷⁸, in accoglimento delle raccomandazioni del GRECO, ha eliminato la perseguibilità a querela della corruzione e dell'istigazione alla corruzione tra privati attraverso l'abrogazione del quinto comma dell'art. 2635 cod. civ. e del terzo comma del successivo art. 2635-*bis*.

Con l'art. 1, comma 1, lett. a) e b), l. n. 3 del 2019 sono state accolte anche le raccomandazioni del Greco per l'eliminazione dei limiti posti dagli artt. 9 e 10 c.p. alla perseguibilità dei delitti contro la pubblica amministrazione commessi dal cittadino italiano o dallo straniero all'estero. La perseguibilità del cittadino che commetta in territorio estero i delitti di cui agli articoli 320, 321 e 346-*bis* c.p. non viene più condizionata alla richiesta del Ministro della giustizia o all'istanza o querela della parte offesa. Tale limite viene rimosso anche per lo straniero che all'estero commetta i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. ai danni dello Stato o di un cittadino italiano.

CONSIDERAZIONI FINALI: ANCHE LA LEGGE "SPAZZACORROTTI" NON SPAZZA VIA (MA ENFATIZZA) LA SUGGERZIONE SALVIFICA DEL "GRANDE INQUISITORE" COLTIVATA DALLE RIFORME PRECEDENTI

Nel corso dell'esame delle modifiche introdotte dalla legge in commento, ne è stata più volte sottolineata la continuità con le riforme precedenti, soprattutto quelle degli ultimi anni. In tutti i settori inte-

⁷⁶ Cfr. i rilievi di D. Cimadomo, *Le modifiche in tema di responsabilità "amministrativa" degli enti derivante da reato*, in G. Flora – A. Marandola (a cura di), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione*, cit., p. 160 ss.

⁷⁷ La corruzione attiva (art. 7) è descritta come «il fatto di promettere, di offrire o di procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a una qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei suoi doveri»; la corruzione passiva (art. 8), invece, come «il fatto, per qualsiasi persona che dirige un ente privato o che vi lavora, di sollecitare o di ricevere, direttamente o per il tramite di terzi, un vantaggio indebito, per sé o per terzi, o di accettarne l'offerta o la promessa, affinché compia o si astenga dal compiere un atto in violazione dei propri doveri».

⁷⁸ Ad eccezione di «quelle aventi ad oggetto le condotte di corruzione passiva dei pubblici ufficiali stranieri e quelle di corruzione, sia attiva che passiva, dei membri delle assemblee pubbliche straniere, fatta eccezione per quelle degli Stati membri dell'Unione europea e delle assemblee parlamentari internazionali» (art. 1, comma 10, l. n. 3 del 2019).

ressati – aumento delle pene, irrigidimento del trattamento sanzionatorio anche accessorio, ampliamento e semplificazione del ricorso a metodi d'indagine intrusivi e insidiosi – quest'ultimo intervento legislativo aumenta ed esaspera le tendenze già in atto. Le vere novità sono poche, e quelle poche non sono in genere da salutare con particolare favore.

Tra le esasperazioni più evidenti, vi è l'assimilazione del trattamento sanzionatorio e investigativo dei delitti contro la pubblica amministrazione con quello dei reati di mafia, anche questa volta aderendo a un indirizzo legislativo già intrapreso da altri. È noto il caso emblematico, frutto della precedente legislatura, dell'inserimento nel codice di prevenzione antimafia delle ipotesi in cui vi sia il sospetto anche di un solo⁷⁹ episodio di corruzione o di altri reati contro la pubblica amministrazione, pur con il limite che tali reati siano inquadrabili entro un contesto associativo (l. n. 161 del 2017). Già all'epoca corrotti e corruttori furono additati «come nuovi “tipi d'autore” espressivi di una originale carica di “antisocialità generica”, da colpire appunto in via preventiva»⁸⁰.

Il rigore esibito in sede penale, però, contrasta con la tendenza all'allentamento dei controlli preventivi. Così, ad esempio, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) come modificato dal decreto-legge cd. Sblocca-cantieri (d.l. 18 aprile 2019, n. 32) all'art. 36 aumenta a 200 mila euro e a 209 mila euro il limite per il ricorso alla procedura negoziata, rispettivamente, per gli appalti di lavori pubblici e per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, prevedendo altresì la riduzione da dieci a tre del numero di operatori da consultare nel caso di lavori pubblici. Non sembra un provvedimento coerente con la *percezione* di una corruzione *dilagante*, assunta a presupposto della “spazzacorrotti”⁸¹. Si trascura la prevenzione (salvo quella sulla trasparenza dei partiti politici) e si enfatizza la repressione, in attesa che finisca l'«emergenza». E per accelerarne la fine si potenziano gli strumenti repressivi e di controllo, introducendo nuove figure di delatori senza alcuna regola, volentieri collaboranti allo stato brado; di fatto, come si è detto, agenti provocatori *fai-da-te*, idonei soprattutto allo scopo di creare un clima di sospetto generalizzato. Ne sortisce il quadro di una società dove ci si occupa di nuovo delle “vite degli altri”, il modello sociale è il capo-caseggiato di buona memoria.

Lo scambio tra libertà e maggiore “sicurezza” proposto dalla legislazione dell'emergenza, tuttavia, non è sempre un processo reversibile, come sa bene il Grande Inquisitore di Dostoevskij: perché il legislatore si adagia sull'espedito propagandistico di una umanità redenta a prezzo della libertà, il giudice sulle semplificazioni probatorie e sulle interpretazioni “estensive”, il pubblico ministero sulle invadenti intrusioni investigative e sulle collaborazioni premiali che facilitano ed “efficientano” le indagini. Intanto si asciugano le lacrime di Antigone e resta solo l'intransigenza di Creonte, e anche se dovesse accadere che in tal modo si finisca per condannare un innocente Gesù, si tratterebbe di un accettabile danno collaterale, giustificabile da Pilato con la fittizia democrazia che ha consentito quella condanna. A questo punto, tornare indietro più che impossibile può diventare addirittura inutile, come chiudere la stalla dopo la proverbiale fuga dei buoi.

⁷⁹ Sul punto cfr. V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, cit., p. 1130, nota 16, il quale sottolinea come con tale riforma il legislatore del 2017 avesse «scavalcato ... anche l'interpretazione giurisprudenziale più severa» la quale, pur estendendo ai corrotti le misure di prevenzione *paeter delictum* attraverso il ricorso alla figura del “corruttore seriale socialmente pericoloso”, richiedeva comunque condotte corruttive reiterate e l'affermazione della pericolosità per la sicurezza pubblica del soggetto inciso.

⁸⁰ Cfr. ancora V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, cit., p. 1130 s.

⁸¹ In tal senso, v. la più volte citata *Relazione illustrativa*, pp. 1-2, dove si legge, ad esempio: «Il livello di corruzione *percepita* nel settore pubblico è molto alto e mantiene l'Italia in posizione lontana dai vertici della classifica europea ... Recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti *seriali e pervasivi*, che si traducono in un fenomeno *endemico*, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali» (corsivi aggiunti).

ALESSANDRO MILONE

Dottorando di ricerca – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

La fine della prescrizione?

The end of the statute of limitations?

Il contributo esamina la nuova riforma della prescrizione del reato, operata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3, che entrerà in vigore nel nostro ordinamento dall’inizio del 2020, mettendo in evidenza le criticità della futura normativa. La novella prevederà il blocco della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, sia di assoluzione che di condanna, o del decreto penale di condanna, senza considerare una possibile ripresa del corso della prescrizione. L’esame della nuova prescrizione consente di cogliere immediatamente la frattura che si verificherà nel nostro ordinamento penale tra le nuove disposizioni e i principi della Costituzione.

The article examines the new reform of the statute of limitations of the crime, made by law 9 January 2019, no. 3, which will be effective in our system from the beginning of 2020, highlighting the critical issues of future legislation. The novel will provide for the blocking of the prescription after the pronouncement of the sentence of first instance, both of acquittal and conviction, or of the criminal decree of conviction, without providing for a possible resumption of the course of the prescription. Examination of the new statute of limitations makes it possible to immediately understand the fracture that will occur in our criminal system between the new dispositions and the principles of the Italian Constitution

LA RIFORMA BONAFEDE ED IL “PROBLEMA” DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO

La l. 9 gennaio 2019, n. 3, recante “Misure per i contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, mediaticamente nota come legge “spazza-corrotti”, ha modificato significativamente la disciplina della prescrizione del reato¹, prevista dagli artt. 157 c.p. e ss.

In particolare, la nuova disciplina, contenuta all’art.1, lett. d), e f) della legge, che entrerà in vigore dal 1° gennaio 2020, in attesa di una annunciata ed auspicabile riforma della giustizia e del processo penale, non modifica l’assetto complessivo dell’istituto, così come riformulato dalla legge “ex Cirielli” del 2005, ma stravolge i profili che riguardano propriamente il decorso del termine di prescrizione del reato, in particolar modo i meccanismi che individuano il *dies ad quem* dell’istituto (art. 159 c.p.).

Tra le novità più significative va senz’altro menzionata fin da ora la grande e centrale rivoluzione del nuovo legislatore: il blocco definitivo – il testo erroneamente parla di “sospensione” – della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza, di condanna o di assoluzione, in primo grado o del decreto penale di condanna, fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o alla irrevocabilità del decreto di condanna. Una rivoluzione copernicana – squisitamente giustizialista² – che stravolge

¹ Per un primo commento – critico – sulla riforma della prescrizione si veda G.L. Gatta, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2018; G. Insolera, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 novembre 2018; G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2019; G. Pecchioni, *Note sulle recenti modifiche alla disciplina della prescrizione*, in www.discrimen.it, 22 febbraio 2019. Invece, per una panoramica ad ampio raggio sulla legge di riforma Bonafede in relazione alle misure di contrasto alla corruzione si legga R. Cantone, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in www.giurisprudenzapenale.it, 30 settembre 2018; F. Rippa, *Novità legislative interne*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2019, p. 291.

² Sul tema si veda M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Modena, Mucchi, 2014.

l'istituto e che ha da subito provocato, in larga parte della dottrina e del mondo degli addetti ai lavori, accesi dibattiti di cui daremo conto³.

È un tema, quello della prescrizione, molto delicato che comporta conseguenze significative sulla società, sulla vita e sulla libertà dei consociati nonché sulla giustizia del Paese. Esso riflette lo scorrere del tempo e come quest'ultimo incide in maniera dirompente sulle situazioni giuridiche personali.

Per questo motivo, preliminarmente all'analisi delle modifiche apportate, va ribadito che la scelta di intervenire su tale argomento, senza una riflessione approfondita che coinvolgesse tutto l'arco parlamentare, è sintomo di un legislatore ancora una volta emergenziale e disordinato attento perlopiù alla "pancia" dell'elettorato. Sarebbe stato forse preferibile attendere i primi risultati prodotti dalla riforma Orlando di appena due anni prima piuttosto che inserire un emendamento-blitz in un testo dedicato sostanzialmente ad altro (la lotta alla corruzione). Il metodo scelto, quindi, prima ancora del merito, non appare condivisibile.

Il tema della prescrizione andava, però, affrontato. Negli ultimi anni, come testimoniato dai dati forniti dal Ministero della Giustizia⁴, nonostante un calo globale dei procedimenti penali chiusi per prescrizione, un "problema prescrizione" era senza dubbio presente nel processo penale italiano. Tuttavia questo fenomeno, benché in controtendenza con i dati, ha indotto nella comunità un senso di ingiustizia e di insicurezza sociale, insieme alla frustrazione nelle vittime che vedevano impuniti i (presunti) colpevoli. Possiamo affermare quindi che il vero "problema prescrizione", così come il "problema corruzione", è legato ad una percezione elevata di ingiustizia nel Paese.

Per addivenire ad una soluzione legislativa efficiente però bisogna individuare con precisione il problema da risolvere: oggi ad essere "malato" è il processo. Ed il problema vero, ad ogni modo, è che la prescrizione non è la malattia del processo penale, anzi nasce e funziona come un farmaco⁵, oltretutto temperato da cause di sospensione ed interruzione.

La prescrizione, invero, è l'antidoto alle lungaggini processuali, all'incapacità del sistema di rispettare la ragionevole durata del processo, come previsto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU. La prescrizione interviene quando il tempo ragionevole per ottenere una sentenza nel merito è già diventato "irragionevole", perché tale istituto presuppone che il sistema giudiziario assicuri, correttamente *ex ante*, la regolare conclusione dei procedimenti.

LA RATIO DELL'ISTITUTO TRA CENNI STORICI E FUNZIONALI

La *ratio* dell'istituto della prescrizione⁶ del reato è uno dei temi più discussi nella dottrina penalistica, anche perché il suo fondamento, come causa estintiva del reato, non è del tutto chiaro né univoco.

Senza voler esaurire in maniera completa l'argomento⁷, può essere utile ripercorrere brevemente il

³ Possiamo citare, ad esempio, l'appello rivolto al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella affinché rinviasse il testo della riforma alle Camere, sottoscritto da 150 professori di diritto, unitamente all'UCPI, in data 19 dicembre 2018, o il documento dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale Gian Domenico Pisapia dell'8 novembre 2018 (entrambi reperibili sul sito www.camerepenali.it) o il parere del CSM del 19 dicembre 2018 sul sito www.csm.it.

⁴ L'ultima "Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia", condotta dal Ministero della Giustizia e pubblicata il 7 maggio 2016 ci fornisce i seguenti dati: in primo luogo nel decennio 2004-2010 si è registrato un calo generale dei procedimenti estinti per prescrizione (da 213 mila a 132 mila). In seconda battuta, però, l'incidenza della prescrizione, per il 58%, è concentrata sulla fase delle indagini preliminari (circa 80mila procedimenti), mentre è in aumento l'incidenza nella fase dell'appello, passata dal 10% al 18% nel solo triennio 2010-2013.

⁵ La metafora della prescrizione come farmaco è abilmente descritta da G. Giostra, *La prescrizione: aspetti processuali*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 84; e da F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Riv. dir. pen. contemporaneo*, 18 dicembre 2012, p. 2.

⁶ L'istituto della prescrizione affonda le proprie radici nella *praescriptio* del diritto romano che assumeva i caratteri di una decadenza dell'azione penale per l'inerzia dell'accusatore. Trae la sua origine dal diritto civile, laddove indicava la formula difensiva con la quale il convenuto, in un processo civile, respingeva la domanda di restituzione della cosa eccedendone il possesso da un lungo periodo di tempo. Si veda per un approfondimento S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁷ Per un'analisi completa della genesi, del ruolo e della funzione della prescrizione nel diritto penale si rimanda ad autorevole dottrina: L. D'Antonio, *Prescrizione (materia penale)* in *Dig. it.*, vol. XIX, t. 1, Torino, Utet, 1909-1912, p. 540 ss.; A. Molari, *Apunti in tema di prescrizione del reato e della pena*, Napoli, Jovene, 1971; P. Pisa, *Prescrizione (dir. Pen.)* in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 78 ss.; F. Giunta-D. Micheletti, *Tempori cedere, Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragio-*

ruolo che la prescrizione ha – o dovrebbe avere – all'interno del nostro ordinamento penale.

La prescrizione ha uno “statuto” complesso. Essa risponde, in primo luogo, ad un principio di economia dei sistemi giudiziari: lo Stato rinuncia a perseguire l'autore di un fatto di reato quando sia trascorso un certo periodo di tempo dalla sua commissione in maniera proporzionale alla gravità del fatto stesso. Grazie a questo istituto si evita di impiegare risorse economiche e umane dello Stato per punire reati risalenti nel tempo e rispetto ai quali si è affievolita, anche a livello sociale, l'esigenza di garantire una tutela alla collettività. L'istituto è fondato altresì sul venir meno dell'esigenza di rieducazione del condannato, in ossequio alla finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27 Cost.

Non va dimenticata anche un'altra delle *rationes* della prescrizione, la quale è posta a tutela del diritto di difesa: l'oblio punitivo è garantito anche perché, con il passare del tempo, si accrescono sempre più le difficoltà probatorie dei fatti, con importanti conseguenze sull'accertamento processuale.

Dopo un lungo dibattito in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza italiana ed europea – si veda il caso Taricco presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea – l'istituto della prescrizione ha definitivamente acquisito i caratteri di un istituto di diritto penale sostanziale, la cui *ratio* si ricollega, come stabilito dalla Corte Costituzionale in più sentenze⁸, «all'interesse generale di non perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno o notevolmente attenuato l'allarme della coscienza comune» ed anche a alla necessità di «garantire il diritto all'oblio dei cittadini quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela».

L'idea che esiste un limite (morale?) e che esiste, ed è garantito a tutti, un tempo dell'oblio rivela il volto di uno Stato liberale, non incline a tendenze autoritarie, che bilancia ed attenua esigenze di repressione, a seconda della gravità del reato commesso. Tale tempo è espressione di una giustizia conscia dei suoi limiti, senza pretese di assolutezza, e che prenda in considerazione i tempi di vita delle persone.

La prescrizione è l'antidoto alla “giustizia infinita” ed alla possibilità di essere perennemente sottoposti a processo penale. La pena giusta, costituzionalmente orientata, è la pena certa, “vicina” al fatto commesso. Una pena tardiva, anche se severa, perde la sua carica rieducativa.

La prescrizione, tecnicamente, è l'esito di un processo non ancora concluso nel merito – come invece sarebbe auspicabile – ad una distanza temporale dal fatto contestato non ragionevole per il nostro ordinamento. Il processo, paradossalmente, potrebbe anche non essere “eccessivamente lungo”, ma interrompersi per prescrizione. Basti pensare che, come anticipato, oltre la metà delle prescrizioni annuali intervengono durante la fase delle indagini preliminari, a processo non ancora iniziato.

Questo volto garantista, umano, della prescrizione, però non deve anche farci dimenticare gli “errori di sistema”. La prescrizione, con la sua cesoia, salva tutti, innocenti e colpevoli, indistintamente⁹, salve le ipotesi di rinuncia, chiaramente di scarso utilizzo, introdotte con una sentenza additiva della Corte costituzionale (n.275 del 1990)¹⁰.

nevole durata del processo, Torino, Giappichelli, 2003; S. Silvani, *Il giudizio del tempo*, cit.; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2016, 1; D. Pulitanò, *La moralità della prescrizione per decorso del tempo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, ETS, 2017.

⁸La prescrizione, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale, la massima autorità nell'interpretazione della legge costituzionale, è «un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosi anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile». (ex plurimis, sentt. n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006; ordd. n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999) (C. cost., 10 aprile 2018, n. 115).

⁹Autorevole dottrina ha utilizzato sapientemente la metafora dell'estintore per descrivere il senso dell'istituto: «la prescrizione è un estintore che, non diversamente dagli estintori previsti da un sistema di protezione dall'incendio, è necessario collocare a presidio di determinate situazioni, ma che il buon funzionamento del sistema dovrebbe mantenere inattivo. Viste nella loro veste formale di dichiarazioni di estinzione del reato, le declaratorie di prescrizione, molto numerose nell'esperienza italiana, si presentano come una sconfitta del law enforcement: impunità di reati commessi, immeritatamente guadagnata (o astutamente conquistata) per obiettivo decorso del tempo». D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2015, 1, p. 21 ss.

¹⁰Anche in Europa è avvertita l'esigenza di garantire l'effettività della pena, se non con la sentenza di condanna quanto meno con le misure di sicurezza. In *Giem* contro Italia, infatti, la Corte EDU ha confermato il principio per cui una misura di sicurezza come la confisca può trovare applicazione anche a seguito di una sentenza di assoluzione non piena – perché il fatto è estinto per prescrizione – purché sia stata accertata la responsabilità penale degli imputati durante le more del giudizio o nei gradi precedenti. Sul tema si veda A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2018, 7/8.

In ogni caso, eventuali temperamenti del decorso della prescrizione non possono andare a detrimento della garanzia costituzionale del giusto processo e devono essere inseriti all'interno di una complessiva strategia di politica criminale e giudiziaria. La riduzione del carico degli uffici inquirenti e giudicanti non può essere perseguita attraverso l'attenuazione dei diritti dell'indagato/imputato ma dovrebbe costituire l'effetto di decriminalizzazioni incisive, incentivi ai riti alternativi e governo efficiente della "macchina" giudiziaria.

PRECEDENTI MODIFICHE DELLA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO

La prescrizione del reato nel nostro codice penale, come ha sottolineato autorevole dottrina, è «*la causa estintiva che visse due volte*»¹¹. Per diversi decenni – sino alle inchieste di Tangentopoli e alla fine della Prima Repubblica – è stato un istituto poco studiato dai commentatori e certamente ignoto all'opinione pubblica. Solamente negli ultimi trent'anni, per effetto della moltiplicazione dei processi penali e per lo scarso utilizzo di strumenti come l'amnistia, la prescrizione è uscita dal "cono d'ombra" per rivivere una nuova giovinezza "vivace e contrastata".

Infatti, la struttura della prescrizione è stata modificata nella storia repubblicana soltanto tre volte. Tutte le riforme effettuate si collocano temporalmente negli ultimi quindici anni.

Il codice penale Rocco del 1930, nella sua formulazione originaria, prevedeva, all'art. 157 c.p., una prescrizione dei reati «*a scaglioni*», istituendo termini dilatati nel tempo a seconda della gravità del reato commesso e quindi in base alla pena prevista dal legislatore.

I termini previsti erano: venti anni per i delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni; quindici anni per delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni; dieci anni per delitti puniti con la reclusione non inferiore a cinque anni; cinque anni per delitti puniti con la reclusione inferiore a cinque anni, o con la multa; tre anni per contravvenzioni punite con l'arresto; due anni per contravvenzioni punite con l'ammenda.

In relazione al *dies a quo* dell'istituto nell'originaria formulazione, all'art. 158 c.p., prevedeva che lo stesso decorresse per il reato consumato dal giorno della consumazione; per il reato tentato dal giorno in cui era cessata l'attività del colpevole e per il reato permanente o continuato dal giorno in cui cessava la permanenza e la continuazione (tale formula, modificata nel 2005 dalla legge *ex Cirielli* è stata ora ristabilita dalla legge in esame con decorrenza dal 2020). Gli artt. 159 e 160 c.p. elencavano cause tassative di sospensione ed interruzione del processo di prescrizione.

Successivamente, la l. 5 dicembre 2005, n. 251, cd "legge *ex Cirielli*", è intervenuta modificando incisivamente la disciplina del codice Rocco, eliminando il sistema «*a scaglioni*» e comportando una decisiva riduzione dei tempi originari per il decorso della prescrizione nei reati più gravi.

Il *novum* legislativo prevedeva che la prescrizione estinguesse il reato con il passare di un tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dal codice per ogni reato e, ad ogni modo, prevedendo un tempo non inferiore a sei anni per il delitto e quattro per le contravvenzioni. L'art. 157 c.p. prevedeva, nel Codice Rocco, inoltre che nel calcolo si dovesse tenere conto nel massimo e nel minimo della pena delle eventuali circostanze aggravanti o attenuanti. La legge "*ex Cirielli*" è intervenuta sul punto vietando il computo delle circostanze nel caso della prescrizione, tranne quelle per le quali la legge stabilisse una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale.

Ulteriore modifica della l. n. 251 del 2005 riguardava l'art. 158 c.p. e il termine di decorrenza del reato continuato. La riforma, come accennato, ha espunto dal testo il riferimento al reato continuato e così facendo, ha previsto che per tale reato il calcolo della prescrizione operasse in relazione alla data di commissione di ogni singolo delitto. Come anticipato, il legislatore del 2019 è ritornato alla vecchia disciplina del Codice Rocco.

L'ultima modifica legislativa in tema di prescrizione del reato da ricordare è piuttosto recente ed è stata la Riforma Orlando del 2017, la legge n. 103¹². Lo scopo della riforma è stato quello di limitare il

¹¹ L'espressione è di F. Giunta, *La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte*, in G. Conte-S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, t. I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, pp. 233 ss.

¹² Per approfondire il tema si veda: S. Zirulia, *La riforma della prescrizione del reato*, in R. Garofoli-T. Treu (diretto da), *Libro*

numero di processi che si chiudevano anzitempo per intervenuta prescrizione. Il legislatore, con una riforma equilibrata ed allo stesso tempo incisiva, ha introdotto diverse novità. Ad esempio, all'art. 158 c.p. ha stabilito che, per una serie di delitti a danno dei minori, il termini di prescrizione decorresse dal giorno di compimento del diciottesimo anno di età della vittima, salvo che l'azione penale non sia stata già esercitata in precedenza.

Il cambiamento più incisivo, però, la legge Orlando l'ha apportato alla disciplina della sospensione, prevedendo che il corso della prescrizione fosse sospeso in due casi: dal deposito della motivazione della sentenza di condanna in primo grado, sino alla sentenza che definisce il giudizio, per un tempo non superiore ad un anno e sei mesi, e dal deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, sino alla pronuncia della sentenza definitiva, per un tempo non superiore ad un anno e sei mesi.

Tra le altre novità del testo, va segnalata la nuova causa di sospensione per le rogatorie all'estero e il nuovo atto interruttivo del processo, ossia l'interrogatorio reso davanti alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero.

COME CAMBIERÀ NEL 2020: LE CRITICITÀ DELLA NUOVA DISCIPLINA

La riforma Bonafede, quindi, come già menzionato, non impatta sulla struttura della prescrizione del reato, che rimane sostanzialmente la stessa ideata dal legislatore del 2005, ma interviene con decisione inserendo nella disciplina codicistica un blocco della prescrizione dopo il decreto penale di condanna o alla pronuncia della sentenza di primo grado, senza distinzione di merito, sino all'esecutività della sentenza che chiude il processo (o della irrevocabilità del decreto di condanna).

Una riforma travolgente attenuata solamente dal rinvio di un anno per l'entrata in vigore ottenuto a seguito di un compromesso tra le varie anime della maggioranza di governo.

Il testo parla di "sospensione", ma a ben vedere la nozione di sospensione viene adoperata in modo improprio, poiché essa presuppone l'eventuale ripresa del corso della prescrizione che, invece, sarebbe ora resa impossibile dalla riforma che introduce l'esecutività della sentenza che definisce il giudizio.

Tale modifica ha scatenato aspre critiche. In effetti, appare evidente che si è preferito intervenire – "a costo zero" – sulla prescrizione piuttosto che iniziare ad investire per innovare, ringiovanire e rendere più efficiente la giustizia penale.

Ma le critiche più veementi entrano nel merito della scelta sullo «stop» alla prescrizione dopo il primo grado di giudizio.

Una normativa così delineata espone l'imputato – condannato o assolto che sia – al rischio concreto di rimanere "sotto la spada di Damocle" della giustizia italiana per anni, pur sapendo che proprio i giudizi di Appello e Cassazione richiedono tempi più lunghi. Venuta meno la prescrizione, che incide oggi nella priorità di calendarizzazione delle udienze in Appello e Cassazione, aumenteranno anche i processi a "rischio legge Pinto", ovvero a rischio risarcimento per l'irragionevole durata del processo.

Da queste considerazioni si evince anche la concreta possibilità di ipotizzare un *vulnus* al principio costituzionale sancito dall'art. 111 Cost.

Un'ulteriore modifica che presenta motivi di perplessità riguarda la riforma del primo comma dell'art. 158 c.p. che secondo il nuovo testo recita: «*il termine di prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione*».

La novella, quindi, torna all'originaria disciplina e fissa il *tempus commissi delicti* per il reato continuato al momento della cessazione della continuazione. È facile prevedere che, con tale modifica, l'elasticità dei criteri giurisprudenziali nella identificazione del medesimo disegno criminoso consentirà un'ampia discrezionalità che potrà essere utilizzate per procrastinare il *dies a quo* della prescrizione. Viene pertanto disattesa l'esigenza di maggiore certezza che aveva ispirato la riforma introdotta con la l. n. 251 del 2005 (c.d. *ex Cirielli*).

In virtù della natura sostanziale dell'istituto, il nuovo regime della prescrizione è soggetto al principio di irretroattività perché ha introdotto una disciplina meno favorevole al reo, sicché troverà applica-

dell'anno del diritto Treccani, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana; F. Viganò, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1289.

zione unicamente per i reati commessi a partire dalla (futura) data di entrata in vigore. Per i reati compiuti durante tutto il 2019 continuerà invece ad applicarsi la disciplina attualmente in vigore, introdotta dalla cd. riforma Orlando.

LA FINE DELLA PRESCRIZIONE? CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In conclusione, prima di trarre alcune considerazioni finali sulla riforma e sulle prospettive *de iure condendo* dell'istituto della prescrizione del reato, è necessario evidenziare le principali criticità relative alla recente novella legislativa.

Invero, la riforma, dall'accentuato carattere simbolico – repressivo, sembra diretta più a soddisfare le aspettative di un arrebbante populismo penale¹³ che ormai domina il panorama politico e che, in questo caso, pare aver orientato le scelte del legislatore.

L'evidente cedimento a simili tentazioni da parte del Parlamento, minando le basi liberali e garantiste del nostro diritto penale costruito come Magna Charta del reo, rischia di compromettere la democrazia dell'intero sistema punitivo e di portare il diritto penale verso lidi autoritari.

Riforma della prescrizione, riforma della legittima difesa, inasprimenti sanzionatori sconsiderati, sono sintomi di un uso del diritto penale sempre più prepotente, che ricorre all'illusione penale per rispondere ad esigenze socio-economiche e culturali della comunità dei cittadini a detrimento dei diritti individuali. Il diritto penale non è un'arma¹⁴, ma è una garanzia, non solo per la società nei confronti del singolo reo, ma anche per tutti i cittadini nei confronti del potere esecutivo e giudiziario, a meno di non operare un completo stravolgimento nell'assetto costituzionale del sistema punitivo.

La tendenza – sia chiaro – non è nuova. Quest'aria da “tintinnar di manetta”¹⁵, nella società, viene da lontano¹⁶. È in dubbio, infatti, che la nostra società, sopraffatta negli ultimi decenni, da notizie riguardanti impunità e scandali del potere economico e politico, abbia reagito premiando la promessa di portare nelle istituzioni legalità e trasparenza non come pre-requisito dell'agire politico ma come programma politico stesso.

Il compito del legislatore dovrebbe essere quello di rispondere a tali esigenze senza stravolgere i principi di garanzia che informano le norme costituzionali che disciplinano la materia penale.

Ritornando, allora, alla riforma cd. “Bonafede”, possiamo trarre alcune considerazioni utili.

Il risultato concreto del blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado significa rendere, ipoteticamente, ogni reato imprescrittibile, annullando il sistema, ancora oggi in vigore, che differenzia i tempi di prescrizione a seconda della gravità del reato commesso. Gli effetti dello scorrere del tempo sul diritto diventano, così, nulli. Il disegno Bonafede, che mal si concilia con le garanzie democratiche che permeano il nostro sistema di ispirazione illuminista, attento alle garanzie dell'individuo, porta con sé il rischio concreto di processi interminabili – che costituiscono *ex se* una pena – e sentenze tardive.

¹³ Per un approfondimento sul tema del “populismo penale” si rinvia agli interventi frutto del dibattito sull'uso distorto e simbolico del diritto penale raccolti in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, pubblicati su www.penalecontemporaneo.it con contributi di D. Pulitanò, L. Riscicato, A. Manna, G. Insolera, N. Mazzacuva, T. Guerini, C. Sotis, A. Sessa, S. Bonini, oppure il volume di S. Anastasia-M. Anselmi-D. Falcinelli, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano, Cedam, 2015.

¹⁴ Sul punto è interessante approfondire il concetto del cd. diritto penale del nemico o dell'emergenza. Per rispondere ad istanze di difesa sociale pressanti durante gli anni del terrorismo politico interno e della lotta alle mafie, il nostro legislatore ha reagito, nei momenti di maggiore crisi, costruendo un sistema di norme speciali “emergenziali” volte a combattere un nemico. Venne creato un diritto penale speciale, sostanziale, processuale e in tema di ordinamento penitenziario, che sovvertiva i tradizionali meccanismi troppo garantisti e poco efficaci nel contrasto alle emergenze criminali. Un diritto penale, utilizzando parole di Mantovani, «non tanto del fatto colpevole ma quanto dell'autore pericoloso, non della colpevolezza ma della pericolosità, non della retribuzione proporzionale ma della neutralizzazione» (F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, p. 470)

¹⁵ L'espressione è da attribuire a Oscar Luigi Scalfaro, Presidente della Repubblica Italiana, che in un messaggio alla nazione del 31 dicembre 1997, criticando l'uso sconsiderato della carcerazione preventiva, rivolgendosi agli italiani, disse: «Il tintinnare le manette in faccia a uno che viene interrogato da qualche collaboratore, questo è un sistema abietto, perché è di offesa. Anche l'imputato di imputazioni peggiori ha diritto al rispetto». Il discorso poi continuava così: «la carcerazione preventiva, specie, quando a volte, non so se il Magistrato o qualche collaboratore, consentitemi, un po' rozzo, ha detto: “O parli o rimani dentro”, no, questo non ha spazio nella civiltà giuridica di nessun paese. Ha spazio, purtroppo, sotto la voce tortura».

¹⁶ Si veda sul tema il recente saggio di D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018.

Più conferente con il nostro assetto democratico e, contemporaneamente, idonea a rispondere alle esigenze di limitazione della tempistica processuale, è apparsa, invece, la proposta di compromesso, pubblicata proprio negli stessi giorni in cui la maggioranza di governo approvava l'emendamento al disegno di legge "spazza-corrotti", ed avanzata dall'Associazione Nazionale Magistrati¹⁷ che chiedeva di limitare il blocco della prescrizione alla sentenza di primo grado, solo nei casi in cui il tribunale di merito avesse accertato una prima responsabilità penale con una condanna, e non anche a seguito di una pronuncia assolutoria.

Una prescrizione così novellata avrebbe comportato sicuramente meno sofferenze per quei cittadini, che invece, a partire dall'anno prossimo, seppure assolti, dovranno attendere con pazienza le lungaggini dei processi penali di gravame.

Va segnalato, ancora, come nel caso in cui la nuova norma entrasse in vigore, senza la palinogenetica riforma del processo penale promessa, si potrebbero registrare, tra alcuni anni, a causa dell'allungamento dei processi, serie ripercussioni economiche di segno decisamente negativo per l'erario dello Stato, che si troverebbe a fronteggiare un numero notevole di richieste di risarcimento danni *ex lege* Pinto.

In definitiva, i *vulnera* che la riforma cd. Bonafede potrebbe provocare sono evidenti, e sono vari, come si è visto, i profili che potrebbero essere portati all'attenzione della Corte Costituzionale.

Oltre alla già citata violazione del principio del "giusto processo", la dottrina¹⁸ ha posto in evidenza come la lesione dei diritti di difesa dell'imputato possa ripercuotersi su numerosi altri diritti sociali dell'individuo, riconosciuti dalla nostra Carta Costituzionale e sottratti alla disponibilità del legislatore.

La prescrizione è un istituto connotato da una specifica "ambiguità assiologia"¹⁹ perché diretto a contemperare esigenze contrapposte: funzionalità di tutela di beni giuridici attraverso il diritto penale e garanzia degli individui mediante la delimitazione temporale dell'operatività dello strumento penale.

Sotto quest'ultimo profilo, la tradizione penalistica del "*tempori cedere*" protegge, indirettamente, il bene vita dei cittadini e quindi anche degli imputati, colpevoli o innocenti che siano, pur registrando il fallimento dell'apparato punitivo dello Stato che non è riuscito per tempo a giudicare il fatto.

La direzione auspicabile non è cancellare di fatto la prescrizione, che deve invece rimanere un istituto di garanzia nei confronti del potere tanto esecutivo quanto giudiziario, ma curare le endemiche patologie del processo penale, con un intervento strutturale, razionale e conforme ai principi costituzionali, che periodicamente inducono il legislatore in tentazioni di torsione autoritaria dell'ordinamento penale.

¹⁷ Proposte di riforma dell'Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale, approvate dal Comitato Direttivo Centrale nella riunione del 10 novembre 2018, sul sito www.associazionemagistrati.it.

¹⁸ Così L. Della Ragione, *La riforma della prescrizione nella l. 3/2019*, focus su www.ilpenalista.it: «In un ordinamento a carattere personalistico, qual è il nostro (...) l'esistenza della prescrizione trova un diretto fondamento costituzionale. E non solo, com'è ovvio, in virtù dell'art. 2 Cost., che assicura – anche al reo – la tutela dei «diritti inviolabili dell'uomo», tra i quali va annoverato, innanzi tutto, il "diritto alla vita" (cfr. l'art. 6 del Patto internazionale dei diritti civili e politici), che viene appunto salvaguardato dalla delimitazione temporale del potere punitivo. Ma anche in forza di quel reticolo di norme costituzionali (v. gli artt. 3, 4, 29, 35, 37, ecc.) che impongono allo Stato (il quale per questa ragione viene definito "sociale") compiti positivi, volti cioè a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona. Non v'è ragione di escludere, infatti, che un tale coacervo di "diritti sociali" riguardi anche il soggetto potenzialmente punibile, verso il quale la Costituzione ammette sì l'eventuale uso della forza (cfr. il combinato disposto tra gli artt. 13 e 25 Cost.) ma non certo la volatile menomazione delle proprie prerogative fondamentali, che discenderebbe, viceversa, dalla persistente prospettiva di una sanzione da scontare. In quest'ottica, anche la disciplina della prescrizione mira a garantire le libere scelte di azione del cittadino, riallacciandosi con la ratio del principio di legalità in materia penale. Sotto tale aspetto, la riforma che di fatto cancella, sospendendolo senza possibilità di ripresa, l'istituto della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, si espone a seri dubbi di legittimità costituzionale».

¹⁹ L'espressione è di D. Pulitanò, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. contemporaneo*, 2016, 1, p. 3.

PAOLO SCOTTO DI LUZIO

Magistrato presso il Tribunale di Velletri

Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario

The Unprecedented Effects introduced by L. n. 3/2019 on the Penitentiary System

L'inclusione, ad opera della l. 9 gennaio 2019, n. 3 (*"Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*) dei delitti contro la pubblica amministrazione tra i "reati ostativi" previsti dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario in funzione di contrasto della corruzione, postula una poco meditata equiparazione normativa delle forme di criminalità politico-economica al crimine organizzato ed è destinata a significative ed immediate ricadute pratiche sulla materia dell'esecuzione penale, incidendo sul regime di ordinaria sospensione delle condanne pronunciate prima della riforma. La modifica legislativa introduce un'inedita forma di collaborazione processuale ai fini dell'accesso alle misure alternative, problematica sul piano sistematico e difficilmente esigibile dal condannato in stato di detenzione; interviene, infine, in deroga ai principi ordinari, sugli effetti estintivi della pena espiata in regime di affidamento in prova.

Law no. 3 of 2019 submits convicted of corruption-related offences under special detention regime pursuant to article 4 bis of the Italian Penitentiary System. The law has equalized, with immediate effects, the "hard" detention regime for criminal conspiracy convicts to "white collar" criminals and it does not allow for the suspension of the enforcement orders. The art. 4 bis provides access to probation only from the state of detention and subjects the probation to collaboration with the law enforcements authorities. The regulation doesn't seem suitable for convicts in state of detention and could be unreasonable.

LA LEGGE CONTRO LA CORRUZIONE E LA NATURA OSTATIVA DEI DELITTI CONTRO LA P.A. AI FINI DELL'ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI

Approvato al Senato in seconda lettura, il 13 dicembre 2018, con ricorso al voto di fiducia, il disegno di legge recante *"Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"* ha trovato definitiva approvazione il 18 dicembre 2018, in terza rapida lettura alla Camera dei Deputati, ed è stato pubblicato come legge 9 gennaio 2019, n. 3.

In ragione delle forme in cui è avvenuta la sua approvazione¹ la legge si compone di un unico articolo e 30 commi e reca, nella prima parte, modifiche a norme di diritto penale sostanziale e processuale e, per quanto qui interessa, alla legge di ordinamento penitenziario 26 luglio 1975, n. 354.

In particolare, i commi 6 e 7 intervengono, rispettivamente, sul comma 1 dell'art. 4-bis e sul comma 12 dell'art. 47.

Si tratta di modifiche direttamente incidenti sul regime dell'esecuzione della pena e dell'accesso ai benefici penitenziari.

Il comma 6 della legge in commento aggiorna, infatti, il catalogo o elenco dei c.d. reati ostativi di

¹La forma del maxiemendamento che accorpi un intero testo di legge costituisce ormai una modalità consueta di novazione del diritto penale. Identica sorte era toccata alla l. n. 103 del 2017 (riforma Orlando) dopo un ben più lungo, ma non meno travagliato *iter* parlamentare.

prima fascia, inserendo al comma 1 dell'art. 4 *bis* i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*² c.p.

Il risultato di tale interpolazione è che anche i condannati per taluno dei reati menzionati non possono essere assegnati al lavoro all'esterno, né beneficiare dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della l. n. 354 del 1975³, se non alla condizione che vi sia collaborazione con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della medesima legge *ovvero*, in ciò sostanziandosi l'ulteriore novità, a norma dell'articolo 323 *bis*, comma 2, c.p.

L'ART. 4 BIS DELLA LEGGE DI ORDINAMENTO PENITENZIARIO E IL REGIME DIFFERENZIATO DI ESECUZIONE PENALE

L'art. 4-*bis* della legge di ordinamento penitenziario è stato introdotto con d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (*"Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa"*), convertito in l. n. 203 del 1992.

Nella sua originaria versione consentiva ai condannati per delitti c.d. ostativi di accedere ai benefici penitenziari sopra menzionati solo se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

Oggetto di trattamento penitenziario differenziato erano infatti i condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. e all'art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

Il regime fu inasprito con l'art. 15 del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356 del 1992, che prevede alla sostituzione dell'intero testo del comma 1 dell'art. 4-*bis*.

Tale intervento era specificamente e unicamente finalizzato all'inasprimento del regime detentivo dei condannati di mafia nei confronti dei quali si chiedeva, per la prima volta, la collaborazione quale condizione esclusiva per l'accesso ai benefici penitenziari e si giustificava «nell'esigenza di adeguare l'intero sistema penitenziario agli ormai intollerabili livelli di pericolosità sociale raggiunti dal triste fenomeno della criminalità organizzata»⁴.

Dopo l'insanguinata stagione dei primi anni '90 del secolo scorso, la norma ha subito ripetuti rimaneggiamenti, radicando regimi differenziati di detenzione sulla base della natura del reato commesso dal condannato⁵. Nelle intenzioni del legislatore sono manifeste e del tutto prevalenti, nell'opera di ripetuta riscrittura della norma, le esigenze di prevenzione generale, sul presupposto che la natura dei reati commessi, inizialmente quelli associativi mafiosi ma via via reati di varia gravità, dimostrerebbe in sé la pericolosità del condannato ed è pertanto idonea a precludere o a dilatare nel tempo forme di trattamento penitenziario ritenute invece adeguate per i detenuti comuni.

²Si tratta dei delitti di peculato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, anche nella forma aggravata di cui all'articolo 319 *bis* (così dovendo intendere il rinvio a tale ultimo articolo nel corpo dell'elenco), corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione. Il regime ostativo riguarda anche il corruttore e i condannati per fatti commessi da membri o nei confronti di funzionari dell'Unione europea, di altri organismi internazionali o di Stati esteri.

³Al capo VI della l. n. 354 del 1975 sono disciplinati: l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.); la detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.); la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinques* ord. penit.) la semilibertà (art. 48 ord. penit.); la licenza al condannato ammesso al regime di semilibertà (art. 52 ord. penit.); le licenze all'internato (art. 53 ord. penit.); l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare "nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, del codice di procedura penale e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS". La liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.) pure regolata nel medesimo capo è espressamente esclusa dall'ambito del divieto di cui all'art. 4-*bis*.

⁴C. cost., sent. 22 febbraio 1995, n. 68.

⁵L'art. 4-*bis*, infatti, detta regole diverse di accesso agli istituti menzionati del lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione per categorie di reati. Ci si occupa qui dei delitti c.d. di prima fascia, regolati dai commi 1 e 1-*bis*.

L'introduzione del regime differenziato in un sistema ispirato alla finalità rieducativa della pena e alla individualizzazione del trattamento penitenziario, secondo la prospettiva indicata dall'art. 27 Cost., è stata avvertita come una «sostanziale "alterazione" della "originaria configurazione" dell'ordinamento penitenziario»⁶.

La preclusione all'accesso ai benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati autori di determinate categorie di reati si fonda, infatti, su una presunzione di pericolosità scarsamente compatibile con le esigenze di individualizzazione del trattamento rieducativo, in quanto pone uno sbarramento che non dipende dalla condotta e dall'atteggiamento dell'interessato. La commissione di alcuni reati postula, infatti, una presunzione assoluta di pericolosità dei relativi autori e giustifica di per sé un trattamento penitenziario essenzialmente volto al contrasto della pericolosità così manifestata. La rimozione degli ostacoli alla fruizione dell'ordinaria offerta trattamentale può pertanto avvenire solo se è dimostrata una attività di collaborazione con la giustizia, vuoi quale espressione dell'adesione al principio di rieducazione, vuoi quale indice di rescissione di ogni legame con il circuito criminale di appartenenza.

Le ripetute pronunce della Corte Costituzionale in materia «mostrano la particolare attenzione riservata dalla Consulta alla norma "simbolo" della riformata disciplina penitenziaria, all'unisono criticata dalla dottrina per il palese contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost. e con l'elaborazione che del principio rieducativo della pena ha fornito la stessa Corte. Un'attenzione che, purtroppo, ha sortito il modesto risultato di attenuare l'eccessiva asprezza delle preclusioni contenute nell'ultima e vigente versione dell'art. 4-bis ord. penit., ma non quello di intaccare la scelta legislativa di divaricare, per fini del tutto estranei a quelli dell'esecuzione penale, la posizione dei "collaboratori" da quella degli "irriducibili"»⁷.

La Corte costituzionale ha infatti sostenuto: «appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita». Tuttavia, nel medesimo contesto, ha precisato come resta «aperta la possibilità per tutti i detenuti che perseguono un programma di rieducazione di avvalersi di uno degli istituti volti a tale scopo: e ciò esclude che possa ritenersi vanificato, per i condannati di cui è questione, il perseguimento in concreto della finalità rieducativa della pena e perciò che sia violato l'art. 27, terzo comma, Cost.»⁸.

La diade essenziale collaborazione/accesso ai benefici con riguardo al variabile elenco dei reati di c.d. prima fascia è rimasta inalterata e ritenuta sin qui ragionevole a fini di prevenzione generale, nonostante i ripetuti interventi demolitori della Corte costituzionale sull'articolo 4 bis e sulle disposizioni della legge di ordinamento penitenziario che nel fare ad esso rinvio contribuiscono a definire il regime esecutivo differenziato per i responsabili di delitti particolarmente gravi⁹.

⁶G. Mannozi, *Ordinamento penitenziario*, in F.C. Palazzo-C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2003, p.1435.

⁷M. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art.4 bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1255

⁸C. cost., sent. 11 giugno 1993, n. 306, che ebbe a dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, lett. a), prima parte, primo e secondo periodo della l. 26 luglio 1975, n. 354, nel testo modificato con l'art. 15, primo comma, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, come convertito con la l. 7 agosto 1992, n. 356, sollevate in riferimento agli artt. 27, comma 3, 24, comma 3, 25, commi 1 e 2 e 3 Cost.

⁹Per una ricostruzione delle pronunce della Corte e della stratificazione normativa sul testo dell'art. 4-bis si veda C. Cesari-G. Giostra, *sub art. 4 bis*, in G. Giostra-V. Grevi-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, I, Padova, Cedam, 2011, p. 49 ss. Tra i contributi più recenti sul tema del regime differenziato e del "doppio binario" esecutivo si vedano anche: L. Filippi-G. Spangher-M.F. Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2016; R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, Monduzzi Editore, 2011; C.E. Paliero, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006.

SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE DELLA PENA. IL RINVIO ALL'ART. 4-BIS OPERATO DALL'ART. 656 C.P.P. IL REGIME INTERTEMPORALE DELL'ESECUZIONE DELLE CONDANNE PER I DELITTI OSTATIVI CONTRO LA P.A.

Tralasciando al momento i rinvii all'art. 4-bis contenuti diffusamente all'interno della legge di ordinamento penitenziario¹⁰, è opportuno rammentare che a far data dall'entrata in vigore della legge in commento, l'ordine di esecuzione della sentenza di condanna per taluno dei delitti di nuovo inserimento di cui all'art. 4-bis, comma 1, non potrà essere sospeso, quando anche la pena irrogata sia inferiore a quattro anni di reclusione¹¹.

La sospensione dell'ordine di esecuzione è regolata dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. che individua, in generale, il limite di pena entro il quale essa deve essere disposta, al fine di consentire al condannato di presentare istanza «volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47 ter e 50, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico».

L'attuale disciplina della sospensione è il risultato dell'integrale sostituzione dell'art. 656 c.p.p. operata dalla l. 27 maggio 1998, n. 165¹².

La modifica legislativa deriva dalla sentenza n. 569 del 1989¹³, con cui la Corte costituzionale estese a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all'affidamento in prova, sull'assunto che «il solo elemento significativo per l'affidamento in prova al servizio sociale dei condannati a pena detentiva fino a tre anni è l'osservazione del comportamento del reo ai fini della prognosi di idoneità alla rieducazione: osservazione che, secondo la legge, può utilmente avvenire tanto durante l'espiazione carceraria della pena quanto in libertà».

Prima dell'intervento della Corte l'accesso alla misura era riservato alla sola popolazione carceraria. La Corte ebbe ad osservare «che sarebbe stato in linea di principio incongruo disporre temporaneamente

¹⁰ Effettuati dall'art. 41-bis, dall'art. 58-ter, dall'art. 58-quater, comma 4, dall'art. 21, comma 1, dall'art. 30-ter, comma 4 e dall'art. 50, comma 2.

¹¹ La Corte costituzionale con sent. n. 41 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. nella parte in cui prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni. La pronuncia origina dalle previsioni del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modif., dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10 (*"Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria"*) e interviene, tra l'altro, sui limiti di accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova – che ha introdotto il c.d. affidamento in prova allargato con il comma 3-bis all'art. 47 ord. penit., elevando a quattro anni di detenzione il limite per la sua concessione: «L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». L'illegittimità costituzionale della norma discende dal mancato adeguamento della disposizione in punto di sospensione al più ampio limite di pena che consente l'accesso alla misura, che comporta un'irragionevole distonia nell'obbligato parallelismo tra misura della pena oggetto di sospensione dell'esecuzione e misura della pena che consente di usufruire, da libero, della più opportuna valutazione per accedere a una misura alternativa. Stabilito infatti che la concessione dell'affidamento allargato è possibile per il condannato in stato di libertà «se l'ordine di esecuzione di una pena detentiva tra tre anni e un giorno e quattro anni non potesse essere sospeso, si tratterebbe di una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto normativamente stabilita e voluta. Infatti l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, avvenuta senza aver dato al condannato il tempo di chiedere l'affidamento in prova allargato e comunque senza attendere una decisione al riguardo, renderebbe impossibile la concessione della misura alternativa prima dell'ingresso in carcere. Tale è appunto la situazione normativa che si è realizzata a causa del mancato adeguamento dell'art. 656, comma 5, c.p.p. Omettendo di intervenire sulla normativa ancillare, il legislatore smentisce sé stesso, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale. Mancando di elevare il termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, così da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato, il legislatore non è incorso in un mero difetto di coordinamento, ma ha leso l'art. 3 Cost. Si è infatti derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali».

¹² Su cui vedi A. Presutti *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998 n. 165*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 178.

¹³ C. cost., sent. 13 dicembre 1989, n. 569, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1442, con nota di F. Della Casa, *Corte costituzionale e affidamento "anticipato": perfezionamento e rilancio del più recente modello di probation*, *ivi*, p. 1448. Ma vedi anche A. Bernasconi, *La divaricazione funzionale dell'affidamento in prova e l'obsolescenza del modello correzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1315.

te la carcerazione di chi avrebbe poi potuto godere di una misura specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere» e che la condizione di una preventiva carcerazione appariva «non solo priva di razionalità intrinseca – in quanto non collegata al ravvedimento – ma anche discriminatoria, in quanto finisce con l'escludere dal beneficio proprio l'autore dei reati meno gravi».

È evidente, come recentemente confermato dalla Corte costituzionale¹⁴, la natura servente dell'istituto della sospensione e il parallelismo tra esso e il tetto previsto per l'accesso alle misure alternative.

Nel ragionamento della Corte le ipotesi per le quali «l'accesso alla misura alternativa è soggetto a condizioni così stringenti da rendere questa eventualità meramente residuale» rende «tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione: è quanto (oltre che per la gravità dei reati) accade per i delitti elencati dall'art. 4 bis della L. n. 354 del 1975».

Da qui la persistente esclusione dal beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis di gravità tale da escludere l'immediato accesso a una misura alternativa.

Il comma 9 dell'art. 656 c.p.p. alla lett. a) stabilisce, quindi, che la sospensione non può essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis ord. penit.

Proprio il rinvio in oggetto rappresenta il primo e principale tassello del regime differenziato riservato ai condannati per i delitti gravi, tra i quali la l. n. 3 del 2019 annovera quelli contro la pubblica amministrazione.

Che il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione possa trovare immediata applicazione discende dall'indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo cui le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa. Tali disposizioni non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.¹⁵.

La l. n. 3 del 2019 non contempla disciplina transitoria e in relazione alle condanne per i delitti di nuova introduzione nel catalogo di cui all'art. 4-bis, il relativo ordine di esecuzione non andrà sospeso, sempre che non sia ancora esaurito il relativo procedimento esecutivo al momento dell'entrata in vigore della novella legislativa.

Per rapporti esauriti o procedimenti esauriti, a corollario del principio affermato, la giurisprudenza intende quelli per i quali vi sia stata una pronuncia del giudice di sorveglianza competente¹⁶.

Occorrerà verificare, quindi, se il principio tradizionalmente ripetuto in occasione dei reiterati aggiornamenti dell'elenco in esame sia destinato a essere confermato a fronte dell'ulteriore allargamento del catalogo dei delitti ostativi.

L'indirizzo cui si fa cenno, peraltro, sembra trovare legittimazione nella stessa giurisprudenza della Corte EDU che ha sin qui escluso dalla nozione di pena, ai sensi dell'art. 7 della Carta, le modalità di esecuzione della sanzione penale, sottraendo alla regola ivi stabilita il complesso delle disposizioni applicative della sanzione, anche con riguardo alle misure alternative¹⁷. Si tratta di giurisprudenza sovente richiamata dai giudici nazionali a sostegno della tesi.

¹⁴ C. cost, sent., 6 febbraio 2018, n. 41.

¹⁵ Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *CED Cass.* n. 233976. La tesi trova il suo fondamento dottrinale in L. Pagliaro, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 1067 ss.; Id., *Principi di diritto penale*, IV ed., Milano, 1996, p. 122. In senso contrario, F. Bricola, sub art. 25 Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981. In relazione all'indirizzo in esame si vedano anche: Cass., sez. I, 14 maggio 2015, n. 13210, in *CED Cass.* n. 266560; Cass. sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580, in *CED Cass.* n. 255310; Cass., sez. I 15 giugno 2010, n. 24831, in *CED Cass.* n. 248046; Cass., sez. I, 18 settembre 2009, n. 41567, in *CED Cass.* n. 245045.

¹⁶ Da ultimo sul punto si veda Cass., sez. I, 20 luglio 2018, n. 34427. Per l'individuazione delle c.d. situazioni esaurite, in riferimento alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656 c.p.p., comma 5, (afferzata da C. cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41) la Corte ha stabilito che «il giudice dell'esecuzione, lì dove il condannato, da detenuto in espiazione per reati non ostativi, formuli domanda di sospensione temporanea dell'ordine di esecuzione (relativo a pena superiore a tre anni ed inferiore a quattro anni) ha il dovere di valutare la domanda e di provvedere, in presenza degli ulteriori presupposti di legge, al ripristino della facoltà di proposizione – da libero – della domanda di misura alternativa, con temporanea sospensione della esecuzione, *salva l'ipotesi di avvenuta decisione da parte del Tribunale di Sorveglianza di una analoga domanda proposta dopo l'inizio della esecuzione cui la richiesta si riferisce*».

¹⁷ Corte e.d.u., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

A ben vedere, tuttavia, proprio la natura casistica delle decisioni di quella Corte induce a una ragionevole prudenza nel maneggiare il preteso principio di diritto da essa affermato. Se infatti è astrattamente dichiarata «la distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una pena e una misura che riguarda l'esecuzione o l'applicazione della pena» per cui «se la natura e il fine della misura riguarda la detrazione di pena o una modifica del regime di liberazione anticipata, essa non fa parte della pena ai sensi dell'art. 7», è altrettanto vero che «per determinare se una misura adottata nel corso dell'esecuzione di una pena riguarda solo la modalità di esecuzione della pena o, al contrario, incide sulla sua portata», occorre valutare «in ciascun caso che cosa comportava effettivamente la pena inflitta in base al diritto interno in vigore al momento pertinente». E ciò secondo un approccio sostanzialistico non dissimile da quello ben noto della sentenza Scoppola c. Italia¹⁸.

È pertinente domandarsi quindi se le modifiche del trattamento in fase esecutiva – come quelle recate dalla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione – incidano in senso concretamente peggiorativo sulla “pena attesa” dal condannato, fosse solo con riguardo alla impossibilità di accedere a una misura alternativa da libero o con riguardo alla necessità di collaborare con la giustizia per ottenere l'affidamento in prova, altrimenti accessibile alle condizioni meno gravose stabilite dall'art. 47 ord. penit.¹⁹

D'altra parte l'effetto espressamente perseguito dal legislatore è quello dell'«aggravamento ed effettività delle sanzioni accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, sia mediante la modifica dei presupposti applicativi e dell'entità delle sanzioni (artt. 317-bis, 32-ter e 32-quater c.p), sia mediante interventi sulla disciplina degli effetti della sospensione condizionale della pena (art. 166 c.p), della riabilitazione (art. 179 c.p) e dell'accesso ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario (articolo 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354)».²⁰

L'intervento, con l'intento manifesto di un inasprimento della risposta punitiva, da un lato, e del regime di esecuzione delle pene, dall'altro, muove da premesse del tutto diverse da quelle che, nella precedente legislatura, avevano ispirato la irrealizzata riforma della legge di ordinamento penitenziario.

In sede di prima applicazione del complesso normativo in esame, se da un lato nella giurisprudenza di merito hanno trovato conferma i principi tradizionalmente stabiliti²¹, va segnalato il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari di Como, quale giudice dell'esecuzione, ha dichiarato l'inefficacia dell'ordine di esecuzione, emesso nella vigenza della nuova normativa, relativo a condanna per delitto ostativo commesso anteriormente²².

¹⁸ Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

¹⁹ Non dubita che di retroattività *in peius* si tratti, sia pure in relazione a precedenti modifiche del medesimo art. 4 bis, A. Natalini, *Ordinamento penitenziario e benefici. La reformatio in peius è ammessa, dir. e giustizia*, 2005, p. 38; Id. *Delitti sessuali, addio benefici carcerari. Sospensione della pena sempre vietata, dir. e giustizia*, 2006, p. 28. Per i problemi di diritto transitorio posti dalle varie modifiche della norma vedi, comunque, C. Cesari-G. Giostra, *sub art. 4 bis*, in Giostra-Grevi-Della Casa (a cura di), *op. cit.*, p. 107 e ss. Sullo stesso argomento si vedano anche: F. Della Casa, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 402, 403; C. Fiorio, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.* 2006, 3, p. 320, indicativi della posizione secondo cui l'inizio dell'esecuzione segna il discrimine dell'applicazione delle norme penitenziarie; solo allora infatti sorgerebbe il “patto” fra lo Stato e il condannato con cui il primo acconsente a ridimensionare la propria pretesa punitiva, mediante la concessione di misure alternative, «in cambio di un adeguato impegno del secondo nel percorso rieducativo».

²⁰ Così la relazione illustrativa.

²¹ Il riferimento è a Trib. Napoli, sez. VII, ord. 1° marzo 2019, che ha annullato ordine di esecuzione emesso dalla locale procura all'atto dell'entrata in vigore della nuova legge. Il tribunale nel rilevare che era stata già sospesa l'esecuzione della condanna per il delitto di cui all'art.322 c.p., ordinata prima delle modifiche recate all'art. 4-bis, ha ritenuta illegittima la revoca di quel provvedimento e la contestuale detenzione del condannato per effetto della normativa sopravvenuta e ha sostenuto che «proprio in applicazione del principio *tempus regit actum* [...] le successive modifiche di legge non possono interferire con i provvedimenti di esecuzione con sospensione già emessi”. Si tratta di principio già rinvenibile nella giurisprudenza di legittimità e affermato in occasione di precedente modifica dell'art. 4 bis: «in virtù del principio *tempus regit actum*, secondo cui la validità degli atti è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro formazione, il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena legittimamente emesso ai sensi dell'art. 656 c.p.p. non può essere revocato per effetto del sopravvenire della legge 6 febbraio 2006, n. 38, che ha incluso i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter e 609-quater nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, per i quali la sospensione non può più essere disposta» (Cass., sez. I, 15 giugno 2010, n. 24831, *CED Cass.* n. 248046).

²² Gip Como, ord. 8 marzo 2019, con nota di L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti* in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2019.

Il provvedimento si segnala per il tono assertivo con cui afferma che «in assenza di una disciplina transitoria deve, quindi, intendersi che la nuova norma introdotta dalla l. n. 3/2019 che ha inserito l'art. 314 nell'elenco di cui all'art. 4 *bis*, richiamato dall'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p. non possa trovare applicazione nel caso di specie avendo un contenuto intrinsecamente afflittivo e sanzionatorio».

Il giudice respinge l'approccio formalistico che caratterizzerebbe la pluriennale giurisprudenza di legittimità sul punto della natura processuale delle norme in senso lato penitenziarie, per aderire a una nozione della norma penale in senso sostanzialistico che ne valuti in concreto il contenuto afflittivo, concludendo per il divieto della applicazione retroattiva delle modifiche all'art. 4-*bis*.

Invero, nel caso sembra venga in essere ancora una volta la natura del rinvio all'art. 4-*bis* recato dall'art. 656 c.p.p. È tale ultima norma che era invocata davanti al giudice e coglie nel segno la critica che individua nel provvedimento in esame in fatto una sua sostanziale disapplicazione, ammantata da interpretazione costituzionalmente orientata: «di fronte ad un tradizionale orientamento della giurisprudenza di legittimità che egli ritiene contrario alla corretta interpretazione del principio costituzionale di irretroattività in materia penale, decide di non sollevare questione di costituzionalità, e di fornire invece quella che ritiene la sola interpretazione costituzionalmente corretta della normativa, per quanto opposta a quella prevalente»²³. È escluso che l'adozione di una soluzione siffatta possa essere confermata in sede di impugnazione, a meno di un *revirement* della Corte di cassazione. Al riguardo si deve registrare la pronuncia con la quale la Corte di cassazione ha ritenuto la questione di costituzionalità concernente l'assenza di un regime di diritto intertemporale della legge n. 3 del 2019, «per quanto non manifestamente infondata [...], non rilevante», nel caso sottoposto al suo vaglio²⁴. La Corte sembra preannunciare l'assunto che sia invocabile «il principio di affidamento», nel senso fatto proprio dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Rio Prada*, tuttavia, ritiene la questione non rilevante perché estranea all'oggetto del giudizio, afferente l'impugnazione di sentenza di patteggiamento e non i profili esecutivi ad essa conseguenti.

LA COLLABORAZIONE AI SENSI DELL'ART. 322-BIS PER L'ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI

Quanto l'esito finale sia utile allo scopo dichiarato resta da verificare, se si considera che le condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i condannati di cui si discute sono alternativamente previste nella collaborazione a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit., ovvero a norma dell'articolo dell'art. 323-*bis*, comma 2, c.p.

L'interpolazione dell'art. 4-*bis* comporta, infatti, un rinvio espresso alla circostanza attenuante ad effetto speciale contemplata dal secondo comma dell'art. 323-*bis* c.p, secondo cui la pena è diminuita in misura compresa tra un terzo e due terzi «per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite».

L'attenuante, modellata secondo lo schema emergenziale tipico in tema di misure premiali, con lo scopo di interrompere il patto corruttivo, altrimenti destinato al segreto in ragione della reciproca convenienza, è volta pertanto a ottenere una collaborazione processuale, in relazione, peraltro, ad alcuni soltanto dei delitti ostativi contro la pubblica amministrazione, riguardando esclusivamente i reati di corruzione e di induzione indebita.

Non mette conto qui soffermarsi sulle controverse questioni circa le condizioni per l'integrazione dell'attenuante in parola²⁵; sembra però di dover rilevare che l'accertamento della collaborazione è af-

Si veda anche V. Alberta, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2.

²³ L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, cit.

²⁴ Cass, sez. VI, 20 marzo 2019, n. 12541.

²⁵ Per quanto non siano note pronunce di legittimità sul punto, la formulazione testuale del secondo comma dell'art. 323 *bis* c.p. sembrerebbe pretendere la contestuale ricorrenza delle condizioni suddette: essersi efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. In senso contrario C. Benussi, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015, secondo il quale «le condotte collaborative descritte nella norma sono state contemplate alternativamente e non cumulativamente, ciò in quanto il legislatore ha voluto of-

fidato al giudice della cognizione e quindi l'accesso ai benefici penitenziari è necessariamente subordinato all'intervenuto riconoscimento di un'attenuante in senso tecnico ad opera del giudice di merito nella sentenza di condanna.

Occorre dunque verificare se la modifica incida sul regime della sospensione dell'esecuzione della pena. Se, infatti, dovesse affermarsi l'indirizzo secondo cui il rinvio contenuto nel comma 9 dell'art. 656 c.p.p. al catalogo di reati di cui all'art. 4-bis osti alla sospensione dell'esecuzione della condanna inflitta, il collaborante a norma dell'art. 323-bis, comma 2, c.p., vedrà ritardare l'accesso alle misure alternative, in attesa delle decisioni del magistrato di sorveglianza, azionabile da detenuto.

La soluzione vanificherebbe, verosimilmente, la spinta stessa a collaborare, che si pretende assunta sulla base di un giudizio utilitaristico. Vale a dire che occorrerà valutare se lo stimolo alla collaborazione, perseguito mediante l'introduzione dell'attenuante, possa efficacemente manifestarsi di fronte alla prospettiva di una condanna, anche lieve, necessariamente posta in esecuzione.

Non è peregrino rilevare quanto accaduto in relazione alla riforma della disciplina penitenziaria dei delitti di violenza sessuale, nell'ipotesi di applicazione dell'attenuante dei casi di minore gravità, esclusi dal novero di quelli per i quali, ai fini dell'accesso alle misure alternative, è obbligatoria l'osservazione in carcere condotta collegialmente per almeno un anno. All'indomani della modifica all'art. 4-bis, comma 1-*quater*, ord. penit.²⁶ la giurisprudenza aveva avuto modo di sostenere che non potesse essere disposta la sospensione dell'esecuzione di condanna inflitta per il delitto di violenza sessuale ai sensi dell'art. 656, comma 9, c.p.p., neanche ove fosse stata riconosciuta la predetta circostanza attenuante della minore gravità del fatto prevista dal comma *terzo* dell'art. 609-bis c.p., «in quanto la deroga prevista per quest'ultima ipotesi dall'ultima parte dell'art. 4-bis, comma 1 *quater*, della legge 26 luglio 1974 n. 354 (cosiddetto ordinamento penitenziario) riguarda solo l'accesso ai benefici penitenziari»²⁷.

In altri termini il regime di sospensione dell'esecuzione cui fanno eccezione le condanne per delitti indicati dall'art. 4 *bis* è stato già interpretato come indifferente alla disciplina delle condizioni di accesso ai benefici penitenziari.

È vero che l'indirizzo richiamato è stato superato, sull'assunto che «l'ordinamento prevede di non procedere immediatamente ad espiazione nei casi in cui consente al condannato di proporre istanza per una misura alternativa e ciò sulla base della sola astratta applicabilità di tale misura, dal momento che l'effettivo apprezzamento dei presupposti per la sua concessione resta affidato al tribunale di sorveglianza. Pertanto nel caso di condannato per il delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p., attenuato [...] la fruizione delle misure alternative e quindi il previo accesso alla sospensione temporanea dell'esecuzione non è impedito in assoluto, né è subordinato all'effettuazione dell'osservazione inframuraria della personalità»²⁸.

Nel caso dunque di condanna per i soli delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. inseriti da ultimo nell'elenco di quelli ostativi, dovrebbe affermarsi che l'accesso alle misure alternative «non è impedito in assoluto».

Ne consegue che l'ordine di esecuzione, ove l'attenuante della collaborazione sia stata riconosciuta, potrebbe essere sospeso, non rientrando nel divieto di cui al comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

Tale soluzione sarebbe ragionevolmente percorribile, pure a fronte del dato testuale dell'art. 656 c.p.p.

frire al "pentito" la più vasta gamma possibile di comportamenti di ravvedimento legati fra loro da un unico filo conduttore: il comportamento del colpevole deve essere anche nei fatti antagonista rispetto alla condotta delittuosa da lui posta in essere, così da ottenere, in complesso, un atteggiamento sintomatico di un autentico ravvedimento». Invero appare scarsamente richiedibile al condannato una condotta attiva che non sia eventualmente quella di una mera indicazione dei corresponsabili del delitto, ma sia volta ad assicurare le prove della loro responsabilità.

²⁶ La modifica in parola è stata introdotta con d.l. 23 febbraio 2009, n.11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38 (*"Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori"*).

²⁷ Cass., sez. I, 11 maggio 2010, n. 29384, *CED Cass.* n. 248025, ma anche Cass., sez. I, 11 novembre 2010, n. 42309, in *CED Cass.* n. 249025.

²⁸ Per tutte: Cass., sez. I, 24 aprile 2014, n. 20373, in *CED Cass.* n. 263404, indicativa di un orientamento ormai consolidato. Di tale mutato indirizzo la medesima Corte Costituzionale non sembra avvertita se, nel ritenere infondata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1-*quater*, ha avuto modo di sostenere che «la Corte di cassazione, con giurisprudenza costante, ritiene che per le persone condannate per il delitto previsto dagli artt. 609-bis e 609-*ter* cod. pen. l'osservazione scientifica della personalità è necessaria anche quando alla persona è stata riconosciuta l'attenuante prevista dall'art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen. (sez. I, 11 novembre 2010, n. 42309; sez. I, 3 giugno 2010, n. 30497; sez. I, 13 maggio 2010, n. 20896)»; cfr. C. cost., ord. 12 gennaio 2018, n. 3.

Non appare infatti sostenibile l'opinione, ricorrente in giurisprudenza, secondo cui il tenore testuale dell'art. 4-bis costituisce un indice univoco dell'intento di assegnare esclusivo rilievo al mero titolo del reato giudicato, cui è collegata la presunzione di specifica pericolosità, a prescindere dal concreto trattamento punitivo.

L'espressa e diversa previsione della legge in commento che attribuisce specifico rilievo all'attenuante induce ad escludere *ex se* la natura ostativa dei delitti per i quali essa sia stata in concreto riconosciuta, anche se oggetto di bilanciamento con altra aggravante.

Sembra profilarsi dunque un regime ulteriormente differenziato, già sul piano della disciplina della sospensione dell'ordine dell'esecuzione, per delitti particolarmente gravi rispetto a quelli ugualmente ostativi, ma di minore gravità, per i quali l'attenuante in esame non potrebbe essere riconosciuta, alla luce del tenore dell'art. 323-bis c.p.

Si pensi al delitto di peculato punito fino a dieci anni e sei mesi di reclusione, escluso dall'ambito applicativo della norma da ultimo citata, e alla corruzione in atti giudiziari, punito fino a dodici anni di reclusione.

L'ATTENUANTE DELLA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

A ben vedere, tuttavia, dubbi sul piano della coerenza e della ragionevolezza pone la mancata eccezione nel corpo dell'art. 4-bis delle condanne per i delitti ostativi di nuova introduzione rispetto ai quali sia stata riconosciuta l'attenuante contemplata al comma primo del medesimo art. 323 bis c.p., che prevede una diminuzione, nei limiti ordinari del terzo della pena, se i fatti sono di particolare tenuità. Occorre richiamare quanto sostenuto sin qui dalla giurisprudenza per ritenere del tutto verosimilmente che il regime ostativo delineato dall'art. 4-bis si dispieghi nella sua ampiezza, anche ove tale attenuante sia stata in concreto riconosciuta, in mancanza di ogni indicazione testuale contraria.

La giurisprudenza ha affermato, in epoca del tutto recente, che «l'esclusione dai benefici penitenziari operata dall'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, con riferimento ai reati c.d. ostativi opera in relazione all'astratto titolo del reato giudicato, a nulla rilevando, in assenza di diversa ed espressa previsione di legge, che, concretamente, la sentenza di condanna riconosca un'ipotesi attenuata, incidente solo sul trattamento sanzionatorio»²⁹.

Da tale affermazione discendono rilevanti conseguenze anche in punto di legittimità della mancata sospensione dell'ordine di esecuzione³⁰; l'art. 656 c.p.p. rinvia, infatti, all'elenco dei delitti di cui all'art. 4 bis e preclude ogni valutazione che attenga al trattamento sanzionatorio concretamente applicato, senza dunque che rilevi l'intervenuto riconoscimento di circostanze attenuanti ai fini della sospensione.

Si deve, tuttavia, rilevare che la Corte suprema ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis «nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi, ivi indicati, il reato di cui all'art. 630 c.p., ove per lo stesso sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2012»³¹.

Il ragionamento che fonda l'incidente di costituzionalità muove dalla considerazione che è impossibile, alla luce dei dati testuali e del diritto vivente, una interpretazione dell'art. 4-bis ord. penit. diversa da quella sopra riferita. È stata, infatti, sin qui negata l'opzione secondo la quale l'elencazione normativa dei reati ostativi si debba riferire solo ai casi in cui, giudizialmente, non siano state riconosciute circostanze attenuanti, incidenti sulla obiettiva gravità del fatto.

La Corte rimettente si mostra del tutto consapevole del fatto che la Corte costituzionale abbia sin qui validato «il presupposto della particolare natura delle condotte per le quali è intervenuta la condanna [ostativa] per la quale vige una sorta di presunzione di non praticabilità di valide alternative rieducative in assenza di collaborazione: in quanto si tratterebbe di condotte che costituiscono, di norma, espressione di una organizzata, e quindi con caratteristiche di stabilità e particolare resistenza, struttura criminale». Contesta tuttavia che un simile presupposto, che trova fondamento presuntivo, sia rinvenibile nella ipotesi attenuata per la lieve entità del fatto, a partire proprio da quanto la stessa Corte costituzio-

²⁹ Cass., sez. VII, ord. 17 febbraio 2017, n. 39918, in *CED cass.* n. 270977 – 01.

³⁰ Cass., sez. I, 19 settembre 2012, n. 36318, in *CED Cass.* n. 253784 – 01.

³¹ Cass., sez. VI, ord. 16 novembre 2018, n. 51877.

nale ha ripetutamente affermato sulle nozioni pericolosità sociale e presunzioni legislative nella materia cautelare³².

La Corte costituzionale si dovrà, pertanto, occupare a breve e in maniera espressa della compatibilità costituzionale delle rigide condizioni di accesso a ogni beneficio penitenziario stabilite dall'art.4 *bis*, nel caso di riconosciuta concreta minore capacità offensiva del singolo fatto, in relazione a ipotesi delittuose di elevata gravità astratta.

Lungi dall'avventurarsi in previsioni, ci si limita a registrare come i nodi irrisolti della massiva attività legislativa sull'art. 4-*bis* restano affidati al lavoro delle corti non sempre dialoganti tra loro³³.

LA COLLABORAZIONE A NORMA DELL'ART. 58-TER DELLA LEGGE DI ORDINAMENTO PENITENZIARIO

L'alternativa per l'accesso ai benefici penitenziari dei condannati per i nuovi delitti ostativi è quella della collaborazione "ordinaria", a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit. Norma quest'ultima, pure oggetto di ripetuti rimaneggiamenti e la cui portata precettiva è oggi colta, con ragionevole margine di condivisione, nel fungere da «parametro di riferimento per l'accertamento, contenutistico e procedurale, dell'intervenuta collaborazione»³⁴.

La collaborazione prestata, anche dopo la condanna, ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., consente al detenuto per uno dei delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* tanto l'accesso ai benefici, quanto di fruire dell'assegnazione al lavoro esterno, del permesso premio, della semilibertà, prima che maturino i termini più rigorosi singolarmente stabiliti per ciascuno di essi, rispettivamente dall'art. 21, comma 1 (un terzo della pena), dall'art. 30-*ter*, comma 4 (metà della pena), dall'art. 50, comma 2 (due terzi della pena).

La collaborazione rilevante ai sensi delle disposizioni di ordinamento penitenziario consiste nell'essersi «adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero» nell'aver «aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati» (art. 58-*ter*, comma 1)³⁵. L'accertamento delle condotte di collaborazione è demandato al giudice di sorveglianza.

³² Il riferimento è alle pronunce della Corte dichiarative dell'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., nella versione anteriore alle modifiche recate dalla l. 16 aprile 2015, n. 47. Nella stessa prospettiva interpretativa dell'ordinanza citata nel testo, muove Cass., sez. I, ord. 20 novembre 2018, n. 57913, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio.

³³ La stessa Corte di cassazione (Cass, sez. IV, 18 settembre 2012, n. 43117, in *CED Cass.* n. 253699) ha avuto modo di ribadire che «in tema di divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, la presunzione di pericolosità [è] legata in modo oggettivo al titolo di reato per cui è intervenuta la condanna». La compatibilità costituzionale del principio, dettato in materia di reati sessuali, non è scalfita dalla sentenza della C. cost., 7 luglio 2010, n. 265, che ha stabilito l'irragionevolezza della presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria a garantire le esigenze di prevenzione sociale in ordine a tali delitti. In proposito ha rilevato che la valutazione delle esigenze cautelari interviene in un momento in cui non è ancora stata emanata una sentenza definitiva di colpevolezza: «quando sopravviene una condanna definitiva [...] la presunzione di pericolosità, che impone di non sospendere immediatamente la pena, ha una sua ragionevolezza, in quanto finisce per far prevalere la regola (esecuzione di una condanna definitiva), sull'eccezione (sospensione dell'esecuzione)», da qui la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con argomentazioni non diverse da quelle ricordate sopra.

³⁴ A. Bernasconi, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in A. Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, Cortina, 1994, p. 209.

³⁵ La formulazione della norma è tale, tuttavia, che i condannati nella condizione indicata dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* possono accedere a quei medesimi benefici, ma solo nei più rigorosi limiti temporali già sopra indicati. Tale interpretazione discende dal dato testuale che pretende la rimozione di quei limiti solo se si è prestata collaborazione corrispondente ai requisiti indicati dallo stesso art. 58 *ter* e non vale dunque per coloro la cui «limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità» rende «comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia» o, per quanto offerta, «oggettivamente irrilevante»: «In tema di concessione di benefici penitenziari (nella specie, permesso-premio) a soggetti condannati per delitti ostativi di prima fascia, ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma primo, ord. pen., soltanto una collaborazione effettiva con la giustizia può, unitamente alle altre condizioni di legge, rimuovere la condizione delle soglie minime di pena espiata, senza che a detta collaborazione possa equipararsi la c.d. collaborazione impossibile o inesigibile, che incide soltanto sull'astratta possibilità per il condannato di accedere al beneficio eliminando l'ostatività della pena, ma non anche le predette soglie» (Cass., sez. I, 20 dicembre 2017, n. 26073, in *CED Cass.* n. 273123).

La collaborazione con la giustizia, qui esaminata, secondo consolidata interpretazione, non può essere generica né limitata all'ammissione delle proprie responsabilità. Quando vengano in essere condanne per reati mono soggettivi, in cui non vi siano altri correi da individuare, il contributo richiesto «deve essere più pregnante e non può consistere nella sola confessione, specie se il responsabile sia stato già individuato, ovvero nella ricostruzione di particolari secondari per l'accertamento della verità»³⁶.

Assumono rilievo non soltanto i comportamenti di collaborazione che ineriscono al delitto per cui è in esecuzione la custodia o la pena, ma anche gli apporti informativi che hanno consentito la repressione o prevenzione di condotte criminose diverse da esso.

A quest'ultimo proposito la giurisprudenza è andata specificando che i comportamenti di collaborazione, non inerenti al delitto per cui è in esecuzione la pena, integrano «un "aiuto concreto" per l'autorità di polizia o per quella giudiziaria, da intendersi come apporto non oggettivamente irrilevante e, quindi, dotato di una reale efficacia ai fini della ricostruzione dei fatti e dell'accertamento delle responsabilità, che contribuisce alla formazione in dibattimento di prove indispensabili per dimostrare la responsabilità degli imputati e determinarne la condanna»³⁷.

In via di prima approssimazione si può argomentare, dunque, che i condannati per i delitti in esame potranno vedere cadere la limitazione all'accesso alle misure alternative, a norma dell'art. 58-ter, ove la collaborazione sia prestata in un processo diverso da quello concluso con la condanna posta in esecuzione o quando la scelta di collaborazione sia intervenuta dopo la condanna.

Non sembra cioè sostenibile che il contributo alla *formazione in dibattimento di prove indispensabili per dimostrare la responsabilità degli imputati e determinarne la condanna*, che la giurisprudenza in commento ritiene rilevante a norma dell'art. 58 ter, si traduca in un comportamento diverso da quello che può essere apprezzato ai fini del riconoscimento della speciale attenuante di cui all'art. 323 bis c.p., traducendosi in quella collaborazione processuale, sorretta dal *fine di assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili*³⁸.

COLLABORAZIONE IRRILEVANTE E RAVVEDIMENTO

Al di là delle ipotesi di minima partecipazione al fatto commesso, secondo quanto stabilito dal comma 1-bis dell'art. 4-bis, che richiama i delitti di cui al comma 1 e dunque anche quelli di nuova introduzione, assume significato per la concessione dei benefici penitenziari, la collaborazione oggettivamente irrilevante, che non sia stata utile ai fini dell'accertamento della responsabilità. La ragione della previsione di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis risiede nella constatazione che il condannato cui sia stata applicata la circostanza attenuante in parola ha già dato segni di ravvedimento, in ciò sostanzian-dosi l'offerta di collaborare, sia pure in un contesto in cui le responsabilità risultano integralmente accertate nella sentenza irrevocabile.

Tale collaborazione presuppone, sul piano testuale, il riconoscimento, di una delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62, n. 6), c.p.

Viene qui in considerazione, oltre al risarcimento del danno, effettuato anche dopo la condanna, la condotta di chi «prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, [si è] adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato». Per conseguenze dannose o pericolose del reato si intendono quelle concernenti il danno penale, strettamente inerente alla lesione o al pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma violata.

È vero che la circostanza attenuante comune è collegata a una condotta realizzata prima del giudizio, non si può non rilevare, tuttavia, che l'art. 323-bis contempla, tra le condotte suscettibili di valutazione ai fini del riconoscimento dell'attenuante speciale l'essersi «efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori».

³⁶ Cass., sez. I, 29 maggio 2008, n. 28870, in *CED Cass.* n. 240468

³⁷ Cass., sez. I, 26 ottobre 2017, n. 58075, in *CED Cass.* n. 271616.

³⁸ Sempre che non si affermi il principio della necessaria cumulabilità delle condotte richieste dall'art. 323-bis c.p. – «si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite» – con la conseguenza che l'attenuante sarebbe destinata ad operare in margini assai ristretti.

Si tratta in entrambi i casi di forme di ravvedimento³⁹ la cui diversa incidenza sull'accesso ai benefici penitenziari dovrà essere adeguatamente valutata, tanto più se l'art. 323-*bis* c.p. sia interpretato nel senso che la norma non esiga «che la condotta tenuta abbia effettivamente raggiunto il suo scopo (in caso contrario non avrebbe ragion d'essere il connotato “finalistico” espresso dalla locuzione “per evitare che...”»⁴⁰. In questa prospettiva, infatti, ove il contributo collaborativo volto a evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, si rilevi comunque irrilevante per l'accertamento dei fatti, potrà comunque fondare il riconoscimento dell'attenuante speciale, con esiti sicuramente di maggior favore ai fini del trattamento penitenziario. Ci si troverebbe infatti di fronte a una collaborazione autonomamente disciplinata dal novellato comma 1 dell'art. 4-*bis* piuttosto che di fronte a un'ipotesi di collaborazione irrilevante nel senso sin qui fatto proprio dalla giurisprudenza.

D'altra parte la natura dei delitti in parola, affatto diversi da quelli di elezione del regime penitenziario speciale, induce ragionevolmente a riconsiderare gli esiti interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza, misurati sul fenomeno della criminalità organizzata di tipo mafioso. Se in quell'ambito la rescissione definitiva dei legami con l'associazione di appartenenza costituisce il parametro di riferimento nella valutazione della collaborazione, in relazione ai delitti dei “colletti bianchi” il ravvedimento sembra rappresentare il motivo dominante delle *politiche giudiziarie* in materia penitenziaria.

La modifica al testo dell'art.4 *bis* non è affatto estranea ai condizionamenti della mai conclusa stagione di tangentopoli e al dibattito sulla specifica pericolosità sociale dei soggetti socialmente integrati. L'apparato di misure alternative alla detenzione, costruito intorno al delinquente svantaggiato sul piano psico-sociale, appare incongruo – sembra di dover sostenere – con il recupero di soggetti di regola dotati di *status* sociale ed economico. Da qui la pretesa che il reinserimento sociale di costoro possa perseguirsi sì attraverso una misura alternativa ma a condizione che si ravvedano, che pongano cioè in essere «una profonda e autentica revisione critica del comportamento»⁴¹ delittuoso, non essendo sufficiente il buon comportamento carcerario.

È in questa prospettiva che può trovare spiegazione l'inserimento del rinvio all'art. 323-*bis* c.p. nel corpo della norma, verosimilmente destinato ad essere declinato in funzione personalistica, al di là dell'induzione alla collaborazione in chiave di vantaggio investigativo, quale condizione per l'accesso a un trattamento penitenziario che non si risolva nella carcerazione, altrimenti adeguata quale unica seria forma di espiazione della pena.

EFFETTI ESTINTIVI DELL'AFFIDAMENTO IN PROVA SULLE PENE ACCESSORIE E LA DEROGA PER L'INTERDIZIONE PERPETUA

Il comma 7, art. 1, l. n. 3 del 2019 interviene sull'art. 47 ord. penit., che regola l'affidamento in prova al servizio sociale, e segnatamente sul comma 12, al fine di escludere che l'esito positivo del periodo di prova estingua le pene accessorie perpetue.

Il comma 12 dell'art. 47 ord. penit. stabilisce che l'esito positivo della prova estingue la pena detentiva e gli altri effetti penali.

Compete al tribunale di sorveglianza, al termine dell'affidamento, stabilirne l'esito, positivo o meno, mediante valutazione del comportamento del condannato durante lo svolgimento dell'intero periodo di prova, al fine di decidere se la misura abbia comportato o meno il suo recupero sociale.

In altri termini, l'effetto estintivo della pena non consegue automaticamente al mero decorso del pe-

³⁹ Con riguardo al comma secondo dell'art. 323 *bis* c.p. discorrono espressamente di «speciale ipotesi di ravvedimento operoso» i lavori parlamentari della legge 27 maggio 2015, n. 69 (Si veda il dossier all'atto Senato n.19, XVII legislatura).

⁴⁰ Così S. Milone-A.M. Piotta, *Commento alla l. 69/2015*, www.lalegislazionepenale.eu.

⁴¹ Trib. Milano, ord. 23 luglio 1997, in *Foro it.*, 1998, II, p. 31, in punto di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale. Sul dibattito cui si accenna nel testo G. La Greca, *Colletti bianchi e benefici penitenziari*, *Foro it.*, 1998, II, p. 34 ss. La questione si è riproposta in termini ideologicamente identici a più di vent'anni di distanza, all'atto dell'affidamento in prova al servizio sociale di Silvio Berlusconi: B. Deidda, *Berlusconi, il “normo-inserito”, Prime considerazioni sull'ordinanza di affidamento ai servizi sociali nei confronti dell'ex presidente del Consiglio*, in *Questione giustizia on line*, 26 aprile 2014. «Si tratta di una delle pochissime volte in cui un cittadino potente, condannato per un grave reato, viene affidato ai servizi sociali, anziché scontare la pena inflittagli», interessante il *lapsus* rivelatore della considerazione circa l'affidamento in prova, che non costituirebbe un modo di scontare la pena.

riodo di prova, senza che sia intervenuta revoca, ma alla valutazione del giudice circa la bontà del percorso individuale intrapreso⁴². In questo senso si è sempre espressa la giurisprudenza contro le posizioni dottrinali che escludono la necessità di ogni giudizio discrezionale e collegano l'effetto estintivo alla mera conclusione del periodo di prova senza che sia intervenuta la revoca. Solo alla revoca è affidata la funzione di sanzione dei comportamenti incompatibili con i fini della rieducazione del condannato connessi alla misura.

La positiva valutazione produce quindi l'effetto legale dell'estinzione della pena.

Sull'individuazione delle conseguenze estintive⁴³ per quanto qui rileva si deve segnalare che la più recente giurisprudenza ha affermato che «l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale determina l'automatica estinzione delle pene accessorie, posto che queste sono definite dall'art. 20 c.p. "effetti penali" della condanna e che l'art. 47, comma dodicesimo, legge 26 luglio 1975, n. 354, collega all'esito favorevole della prova l'estinzione, oltre che della pena detentiva, anche di "ogni altro effetto penale"»⁴⁴.

Per effetto dell'interpolazione dell'art. 47 ord. penit. operata dalla l. n. 3 del 2019 non sembra si debba dubitare che l'effetto estintivo dell'esito positivo dell'affidamento in prova riguardi le pene accessorie, dal momento che la disposizione ritaglia una nuova area di eccezione per quelle perpetue, escluse testualmente e in modo espresso allo scopo di negare ogni conseguenza collegata all'esito positivo dell'affidamento in prova.

Che l'effetto estintivo si estendesse alle pene accessorie non era tuttavia pacifico in giurisprudenza, tant'è che nell'originaria proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario approdata alle Camere nel corso della XVII legislatura e non approvata si prevedeva l'espressa normazione dell'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato, esplicitando che l'esito positivo dell'affidamento in prova estinguesse le pene accessorie non eseguite.

Di quel progetto è sopravvissuta l'introduzione dell'art. 51-*quater* ord. penit., ispirato al principio che alla funzione di risocializzazione potessero essere di ostacolo le pene accessorie con il loro contenuto di incapacitazione più o meno consistente. La nuova norma stabilisce pertanto che «in caso di applicazione di una misura alternativa alla detenzione, sono eseguite anche le pene accessorie, salvo che il giudice che ha concesso la misura, tenuto conto delle esigenze di reinserimento sociale del condannato, ne disponga la sospensione».

Scopo della norma da ultimo citata è quello di consentire la contemporanea espiazione della pena principale e accessoria, avendo come prospettiva finale l'esito della prova che se positivo estingue ogni effetto penale della condanna e le pene accessorie, con effetti di sicuro favore se si considera la cumulabilità con quelli dell'affidamento in prova degli effetti della liberazione anticipata, destinati a prodursi, sembra di comprendere a seguito dell'introduzione dell'art. 51 *quater*, anche sulla pena accessoria tem-

⁴² Cass, sez. un., 27 febbraio 2002, n. 10530, in *CED Cass.* n. 220878 da cui discende il principio che «comportamenti posti in essere dal condannato in epoca successiva all'esaurimento del periodo di affidamento, sebbene non siano mai idonei a giustificare la revoca della misura alternativa ormai conclusa, possono tuttavia essere apprezzati quali indici sintomatici dell'esito dell'esperimento, a condizione che intervengano prima che il tribunale abbia formulato il giudizio relativo a detto esito, dichiarando estinta la pena e ogni altro effetto penale».

⁴³ Di fatto affidata al lavoro delle corti, se solo si considera che pure ricorrente nel codice penale l'espressione effetti penali o effetto penale della condanna non è in alcun luogo definita. Riferimento obbligato è la sentenza Cass., sez. un., 20 aprile 1994, n.7, in *CED Cass.* n. 197537. La corte afferma che «l'effetto penale sia caratterizzato: 1) dall'essere conseguenza soltanto di una sentenza irrevocabile di condanna e non pure di altri provvedimenti che possano determinare quell'effetto; 2) dall'essere conseguenza che deriva direttamente, *ope legis*, dalla sentenza di condanna e non da provvedimenti discrezionali della pubblica amministrazione, ancorché aventi come necessario presupposto la sentenza di condanna; 3) dalla natura "sanzionatoria" dell'effetto». Argomenta, inoltre, dalla formulazione dell'art. 20 c.p. che eleva a criterio di distinzione tra pene principali ed accessorie il fatto che queste ultime "conseguono di diritto alla condanna come effetti penali di questa", per «ritenere che il legislatore abbia caratterizzato gli effetti penali in base alla loro peculiarità di essere conseguenze automatiche, *ope legis*, della sentenza di condanna». Individua infine a mero scopo casistico gli effetti pregiudizievoli sicuramente connessi alla sentenza di condanna: «recidiva, abitudine, professionalità, sospensione condizionale della pena, punibilità per i reati ex art. 707-708 c.p., preclusione all'applicazione di sanzioni sostitutive».

⁴⁴ Cass., sez. I, 29 settembre 2014, n. 52551, *CED Cass.* n. 262196. In senso contrario era stato affermato che il tempo di espiazione della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, in quanto modalità esecutiva della sola pena detentiva, non potesse essere utilmente computato anche ai fini della contemporanea espiazione di una pena accessoria, di conseguenza non era idoneo a produrre l'estinzione automatica di quest'ultima per effetto dell'avvenuta esecuzione della pena principale (Cass., sez. I, 9 marzo 2011, n. 13499 *CED Cass.* n. 249865; Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, n. 88, *CED Cass.* n. 200430).

poranea⁴⁵, se si ritiene che la norma costituisca eccezione sopravvenuta al principio stabilito dall'art. 139 c.p. in materia di computo delle pene accessorie

Che all'estinzione della pena principale residui la pena accessoria perpetua irrogata con la condanna non costituisce un effetto del tutto nuovo con riguardo alla disciplina delle cause di estinzione della pena. Se infatti l'amnistia impropria fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie, in contrario, a titolo di esempio, sia l'art. 9 del d.p.r. 16 ottobre 1986 n. 865 che l'art. 2 d.p.r. 22 dicembre 1990 n. 394 prevedevano entrambi la concessione dell'indulto solo per le pene accessorie temporanee. Siamo tuttavia nell'ambito di tipici provvedimenti di clemenza.

L'aver stabilito un principio di ordine generale secondo il quale il recupero sociale del condannato è idoneo a determinare l'estinzione totale della pena, ma non anche i suoi accessori, appare problematico in relazione agli esiti più recenti della giurisprudenza costituzionale, che sembra perseguire un modello fondato sulla temporaneità delle pene accessorie e il loro collegamento con la durata variabile delle pene principali, proprio in relazione all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Come rilevato dalla Corte «la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato è riservato alla discrezionalità del legislatore, in conformità a quanto stabilito dall'art. 25, comma 2, Cost.; tuttavia, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative»⁴⁶.

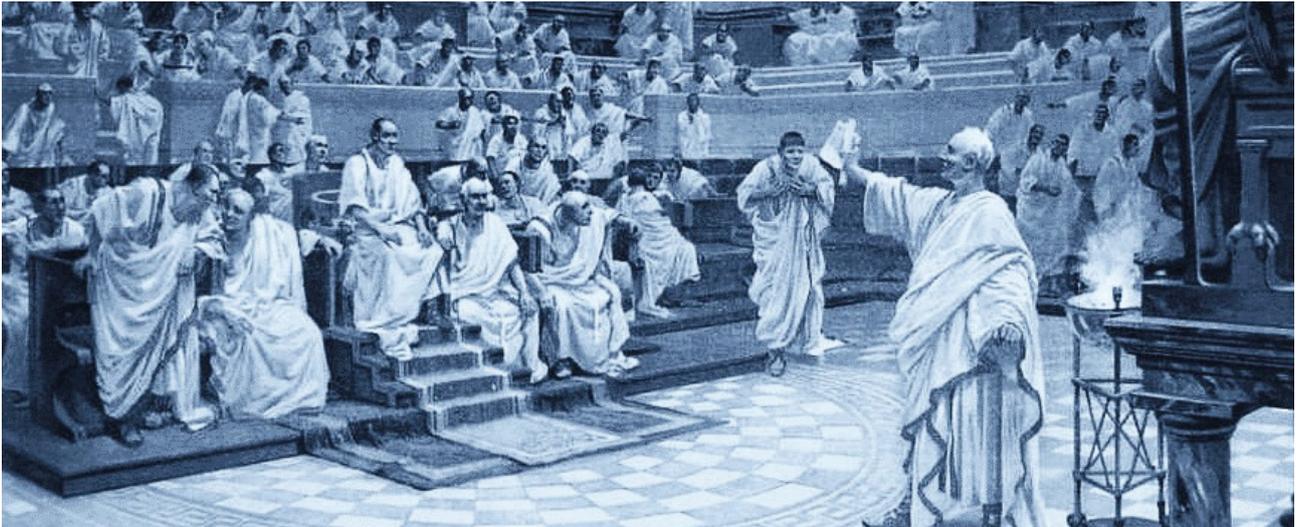
Tale irragionevolezza è individuata nel conferimento legislativo al giudice di commisurare le pene tra un minimo e un massimo al fine di garantire un trattamento quanto più individualizzante, non solo in fase di irrogazione della sanzione ma, per quanto qui maggiormente rileva, anche nella prospettiva «di idoneità dell'esecuzione della pena a svolgere la finalità rieducativa, oltre che di soddisfare ad una reale finalità di prevenzione speciale». La Corte dedica uno specifico passaggio nel suo argomentare proprio all'affidamento in prova, destinato a essere la modalità di elezione dell'esecuzione della pena per le condanne alla reclusione sino a quattro anni, con l'effetto che «le pene accessorie [...] finiscono per rappresentare le sanzioni in concreto più afflittive».

Questo contenuto di afflizione non è giustificato se riferibile generalmente a tutti i reati della medesima specie, in quel caso di bancarotta, perché stabilito in misura fissa e non variabile. Da qui la declaratoria di incostituzionalità delle norme della legge fallimentare che stabiliscono in maniera fissa la durata delle pene accessorie di contenuto interdittivo, secondo una rigidità applicativa ritenuta irragionevole.

Se si ritiene che il ragionamento della Corte guarda sicuramente e soprattutto alla esecuzione delle pene, occorrerà valutare l'effettiva tenuta della previsione di un meccanismo ostativo all'estinzione delle pene accessorie, rigidamente ancorato alla loro durata perpetua, necessariamente stabilita in fase di irrogazione. Tanto più che l'effetto estintivo solo parziale è destinato a prodursi all'esito del procedimento in cui viene in valutazione la corrispondenza del pieno recupero del condannato al percorso rieducativo intrapreso, sul presupposto che l'accesso a quel percorso è già esclusivamente consentito solo a chi abbia dato prova di "ravvedimento" nelle varie forme discendenti dal disposto congiunto degli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. e 323-bis c.p.

⁴⁵ Natura in senso lato clemenziale rivestirebbe anche la liberazione anticipata, definita «una sorta di indulto perpetuo parziale»; così E. Fassone-G. Tuccillo-T. Basile (a cura di), *La riforma penitenziaria*, Napoli, Jovene, 1987.

⁴⁶ C. cost., sent., 5 dicembre 2018, n. 222.



Processo penale e giustizia n. 4 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

RITA LOPEZ

Ricercatrice confermata di Procedura penale – Università di Roma ‘Tor Vergata’

Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue

Lawful impediment of the defender: achieved objectives and remaining criticalities

Il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore dell'imputato ai fini del rinvio dell'udienza, si inserisce nell'ampio gruppo di previsioni volte a rafforzare l'effettività del diritto di difesa sotto il profilo tecnico. L'adesione al "processo di parti" e il rinnovato ruolo della difesa, coprotagonista insieme all'accusa, del contraddittorio nella formazione della prova, hanno imposto al legislatore del 1988 l'introduzione della garanzia di immutabilità del difensore. Alla incessante e poderosa elaborazione giurisprudenziale in materia si deve l'individuazione sia dei motivi compendati nella generica nozione di legittimo impedimento, sia dei rigorosi presupposti che ne condizionano la rilevanza.

The recognition of the lawful impediment of the accused's defender for the purposes of postponement of hearing, is part of the large group of rules aimed to strengthen the effectiveness of the proper exercises of the right of defence from a technical point of view. The adhesion to the adversary system and the renewed role of the defence, co-starring with the prosecutor, of the right to confrontation in the trial, imposed the introduction of the guarantee of the immutability of the defender on the lawgiver who issued since 1988. The recognition of the reasons summarized in the generic concept of lawful impediment and the rigorous presuppositions that effect its relevance, are due to the endless and mighty elaboration of the line of cases in subiecta materia.

ANNO ZERO: LA TUTELA DEL LEGITTIMO IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE NEL CODICE VASSALLI

A voler immaginare un possibile distinguo tra la serie di istituti inediti introdotti dal codice Vassalli, mentre i più costituiscono una assoluta novità, in quanto diretta conseguenza della adesione ai canoni del processo accusatorio, la cui attuazione, nella concretezza del tessuto normativo, si è resa possibile per il loro tramite¹; i restanti presentano, invece, un profilo di novità attenuato, costituendo l'affinamento di previsioni mutate dalla precedente esperienza codicistica e ripensate nell'ottica delle rinnovate coordinate valoriali del sistema e delle garanzie costituzionali e sovranazionali di riferimento

Filone particolarmente significativo in questo senso è dato dalle numerose disposizioni che, pur nella diversità dei settori di rispettiva incidenza, tendono al comune obiettivo di accrescere la "densità"

¹Solo per citarne alcuni tra i più significativi, si pensi a istituti come l'udienza preliminare; il giudizio abbreviato o, ancora, le letture contestazione. Addirittura esemplare, poi, nella prospettiva qui considerata, la disciplina del "doppio fascicolo", che codificando nell'art. 431 c.p.p. la regola della non conoscibilità, nel dibattimento, degli atti di indagine ripetibili, «rende fisicamente l'idea della opzione epistemologica su cui si fonda l'attuale sistema processuale» (così P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Milano, Cedam, 2017, 1). Lo smistamento dei protocolli investigativi all'interno di incartamenti distinti, dei quali uno soltanto è destinato al giudice della decisione, è dato strutturale che conferisce dimensione normativa all'oralità-immediatezza e al contraddittorio, principi fondanti il giusto processo ed, ancor prima, «principi naturali del giudizio», cfr. M. Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 249 ss. La "storia" del codice, del resto, conferma questo rapporto di cruciale strumentalità: l'obiettivo del legislatore di "ridimensionare" – *rectius* sovvertire – la portata di quei principi, è stato agevolmente raggiunto proprio manipolando istituti chiave come quelli cui si è fatto cenno, attraverso modifiche all'apparenza marginali. «Dal processo accusatorio all'inquisitorio, il passaggio è agevole ... non occorrono grandi riforme o, meglio, queste si operano con pochi ritocchi, per via di omissioni e a colpi di forbice. Basta eliminare qualche divieto di lettura e il gioco è fatto», così P. Ferrua, *Studi sul processo penale, II, Anamorfofi del processo accusatorio*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 157.

contenutistica del diritto di difesa², per valorizzarne il profilo di «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale»³. Il ruolo guadagnato dalla difesa nell'attuale sistema, di coprotagonista del contraddittorio insieme all'accusa⁴, presuppone un confronto che nell'impossibilità di svolgersi tra pari, deve però inderogabilmente avvenire «in condizioni di parità»⁵, ovvero con strumenti di eguale efficacia ed incisività rispetto a quello messi in campo dall'avversario. L'effettività dell'assistenza tecnica è direttamente proporzionale alla effettività del contraddittorio: se la prima vacilla, il secondo sbiadisce e il dialogo divenuto monologo, fallisce gli obiettivi cui è preordinato.

Assumono particolare significato in questa prospettiva, l'evoluzione che ha interessato la difesa d'ufficio; «bisognava reinventare l'istituto: l'ultima direttiva nella delega al Governo lo esigeva adeguato a criteri che ne garantiscono l'effettività»⁶, ad esempio la professionalità e competenza tecnica che devono assicurare gli iscritti all'apposito albo e l'automatismo delle investiture, il tutto sotto l'egida del Consiglio nazionale forense e delle sue diramazioni territoriali; ancora, la disciplina del patrocinio per i non abbienti, non più ufficio onorifico, ma retribuito dallo Stato, che provvedendo ai costi della difesa, garantisce un accesso effettivo alla giustizia a chi è sprovvisto dei mezzi economici necessari⁷. Dai confini più circoscritti, ma comunque espressione della stessa ragion d'essere, anche il diritto alla assistenza linguistica, legato nelle fonti sovranazionali che ne costituiscono la matrice, all'esercizio del complesso delle facoltà difensive; ovvero, venendo così all'oggetto delle presenti riflessioni, il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore dell'imputato⁸ a presenziare all'udienza.

La disposizione che, nel 1988, introdusse tale garanzia, imponeva al giudice di sospendere o rinviare il dibattimento quando, assente il difensore di fiducia o d'ufficio⁹, risultasse provato che l'assoluta impossibilità a comparire era dovuta a legittimo impedimento. La circostanza, benché legittima, non giustificava però il differimento dell'udienza, quando dei due componenti il collegio difensivo uno solo risultasse impedito; oppure, se a farne le veci subentrasse un sostituto designato ai sensi dell'art. 102 c.p.p.; infine, se fosse l'imputato stesso a chiedere di procedere nonostante l'assenza giustificata del legale. Tali deroghe costituivano l'esito di una operazione di bilanciamento tra diritto alla effettività della difesa tecnica ed esigenza di speditezza del processo, che il legislatore risolveva a favore della seconda, nella convinzione che la presenza dell'altro componente il *tandem* difensivo; la designazione di un sostit-

²Con riferimento alla norma costituzionale che la consacra, si osserva: «a poco serve qualificare come inviolabile la difesa, se prima nulla si dice sull'essenza di quel diritto, sulle garanzie a esso strumentali, sul tipo di assetto processuale maggiormente idoneo a valorizzare l'esercizio della funzione difensiva», così A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006, p. 197; M. Scaparone, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 25 ss.

³P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 483.

⁴Per i rapporti tra contraddittorio e diritto di difesa, le insuperate pagine di P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, Utet, 1989, p. 8 ss.; Id., *Difesa (diritto di)*, cit., p. 483; Id., *Studi sul processo penale*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 15 ss.; G. Giostra, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. del diritto*, 1986, n. 1, p. 13 ss.

⁵Sottolinea, infatti, come l'art. 111 Cost. postuli la parità non in riferimento alle parti, ma alle «condizioni» delle parti, F. R. Dinacci, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 93.

⁶F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, IX ed., 2012, p. 290.

⁷D.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, contenente il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, in *Gazz. uff., Suppl. ord.*, 15 giugno, 2002, n. 139.

⁸Il rinvio dell'udienza è consentito nel solo caso in cui l'impedimento riguardi il difensore dell'imputato, non anche quello della parte civile. La giurisprudenza sia costituzionale (C. cost. sent. 14 luglio 2009, n. 217, in *Cass. pen.*, 2010, p. 149) che di legittimità (Cass., sez. V, 13 luglio 2011, n. 39334, in *CED Cass.*, n. 251530; Cass., sez. II, 2 ottobre 2008, n. 39369, in *CED Cass.*, n. 241865) attribuiscono tale esclusione alla non equiparabilità delle posizioni soggettive e alla diversità di interessi di cui imputato e parte civile sono portatori, cui corrispondono modalità partecipative altrettanto diversificate, anche in relazione alla presenza difensiva. In considerazione, poi, della pluralità di sedi e strumenti a disposizione del titolare dell'azione risarcitoria, nel bilanciamento tra tutela delle pretese civilistiche ed esigenza di speditezza del processo, il legislatore ha attribuito rilievo preminente a quest'ultima in linea con il *favor separationis* tra azione civile e azione penale, che ispira il sistema. Critici sul punto L. Filippi, sub art. 19, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 191, secondo cui la tutela accordata dalla disposizione si estende anche al difensore delle altre parti private.

⁹Il nuovo codice ispirandosi alla esigenza di assicurare la continuità dell'assistenza tecnico-giuridica e di garantire la concreta ed efficace tutela dei diritti dell'imputato, ha attuato la sostanziale equiparazione della difesa d'ufficio a quella di fiducia, nel senso che anch'essa si caratterizza per l'immutabilità del difensore fino all'eventuale dispensa dall'incarico o all'avvenuta nomina fiduciaria. cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 22, in *Cass. pen.*, 1995, p. 884.

tuto o, infine, la disponibilità dell'interessato a rinunciare al "suo" legale, comunque preservassero lo *standard* qualitativo dell'assistenza prestata dal titolare dell'incarico.

Nella stringatezza delle previsioni riferite, si compendia la disciplina sul legittimo impedimento del difensore dell'imputato, in origine contemplata dall'art. 486, comma 5, c.p.p. il quale, in conformità alla direttiva n. 77 della legge delega e con efficacia applicativa immediata¹⁰, inaugura un istituto prima di allora sconosciuto all'ordinamento. Come anticipato, la novità va letta quale chiaro segnale della volontà di potenziare la componente tecnica della difesa, che il contesto processuale nel quale è chiamata a esplicarsi, esige consapevole, dinamica ed efficace. I pilastri portanti del sistema: la disponibilità delle prove nelle mani di accusa e difesa; il tramonto del giudice *deus ex machina* della scena processuale; l'attività di ricerca della prova non più prerogativa esclusiva del p.m.; la gestione dell'esame incrociato per l'acquisizione della prova dichiarativa; la scelta dei possibili percorsi di definizione dell'accertamento; non ultima, la dimensione anche sovranazionale dell'orizzonte normativo e giurisprudenziale che ha fatto irruzione tra le fonti regolatrici del processo; sono tutti fattori che molto poco, per non dire nulla, lasciano al caso e alla improvvisazione. Al contrario, vista "la posta in gioco", i compiti da espletare sono di assoluta responsabilità e delicatezza, e solo un difensore qualificato è in grado di assolverli, un difensore, cioè, che si distingue per solida professionalità ed elevate capacità tecnico-giuridiche, in possesso, non ultime, anche di doti di tattico e stratega¹¹.

Pur con una formulazione non esente da profili di incertezza¹², la disposizione sanava il *deficit* di tutela ereditato del codice Rocco, traducendo per la prima volta a livello positivo la infungibilità tra difesa fiduciaria e difesa d'ufficio. La previsione sancì, in altri termini, il passaggio dal «diritto dell'imputato a "un" difensore al diritto, del medesimo, a "quel" difensore, che essendo stato già nominato, fiduciarmente o d'ufficio risulta in grado di conoscere meglio la situazione processuale»¹³, e per tale ragione riesce ad effettuare scelte più avvedute e, dunque, più proficue per gli interessi del proprio assistito. Grazie all'accoglimento di questa mutata prospettiva, fu possibile "girare pagina" rispetto alla esperienza pregressa e compiere un salto di qualità notevole nella considerazione della inderogabilità della difesa tecnica nell'avvicendamento delle due codici.

Durante la vigenza del precedente rito, nel quale risultavano tutelate le sole cause ostative della presenza dell'imputato (art. 497 c.p.p. abr.), l'evenienza dell'impedimento del difensore che non avesse provveduto a designare un sostituto poiché, ad esempio, l'assoluta imprevedibilità della circostanza impeditiva non gliene aveva lasciato il tempo, era risolta con la nomina d'ufficio. Ma in che modo il difensore reperito occasionalmente e "catapultato" in un processo di fatto sconosciuto, potesse operare con efficacia, era incognita dai pochi dubbi: l'estraneità alla scelta *intuitu personae* espressa dall'imputato e la conoscenza della vicenda soltanto attraverso lo studio condotto sulle "carte", rendevano incolmabile il divario rispetto a chi a fianco dell'assistito dall'inizio, aveva partecipato e concertato con lui il divenire del procedimento.

¹⁰ Va ricordato che la disposizione rientrava tra quelle per cui la normativa transitoria aveva sancito l'operatività immediata; la circostanza conferma e avvalorata l'essenza garantistica della non intercambiabilità del difensore ai fini della effettività della difesa tecnica. Per il tramite dell'art. 245, comma 2, disp. att. e coord., il legislatore, infatti, si premurò di anticipare ai procedimenti che sarebbero proseguiti secondo la disciplina previgente, in quanto già transitati nella fase del giudizio alla data del 24 ottobre 1989, le più significative garanzie assicurate alle parti dal nuovo rito, come, ad esempio, oltre quella in discorso, i colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare; la sospensione della esecuzione di misure cautelari; la riparazione per ingiusta detenzione; cfr. A. Presutti, sub art. 245, in E. Amodio-O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale, Appendice, Norme di coordinamento e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 284 ss.

¹¹ I difensori «lavorano su materia viva: scoprono, calcolano, deducono, elaborano prove; molto dell'esito dipende da *performances* inventive, strategiche, tattiche», così F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 285.

¹² Definiva il testo del comma 5 dell'art. 486 «non dei più felici», A. Melchionda, sub art. 486, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. V, Torino, Utet, 1991, p. 145. Nello specifico, fu il richiamo operato al comma 3 della stessa disposizione, relativo alla assenza dell'imputato nelle udienze successive a quella di comparizione, a far dubitare che il legislatore avesse voluto circoscrivere la rilevanza dell'impedimento del difensore solo a queste ultime, con esclusione perciò della prima udienza. Si chiarì, tuttavia, come per oggetto del rinvio dovesse intendersi non la *sedes* in cui si registrava l'assenza, bensì il tipo di provvedimento adottabile dal giudice, dunque non la rinnovazione della citazione (prevista per l'imputato al comma 1), ma la fissazione di una nuova udienza con ordinanza, da notificare al soggetto impedito; così Bovio, *Prima udienza penale e impedimento del difensore a comparire*, in *Difesa pen.*, 1990, n. 27, p. 93; A. Melchionda, sub art. 486, cit., p. 140; F. Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 55.

¹³ P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, Cedam, 2000, p. 322.

Nei confronti della questione, acuita peraltro dal sopraggiunto rilievo costituzionale della inviolabilità del diritto di difesa, né il legislatore né la giurisprudenza dell'epoca, a dire il vero, mostrarono particolare interesse; il primo la ignorò del tutto, tant'è che la lacuna normativa attraversò, senza esserne sfiorata, la stagione del c.d. "garantismo inquisitorio" inaugurata dalla novella del '55¹⁴. La seconda, dal canto suo, indifferente al «"valore aggiunto" proprio del rapporto difensivo fiduciario»¹⁵, la liquidò rapidamente limitandosi ad una considerazione formalistica della difesa tecnica, per la cui salvaguardia ritenne costituissero presidi sufficienti la nomina da parte dell'imputato di altro difensore in luogo di quello impedito e, ove questa non intervenisse, la nomina ufficiosa. Solo in apparenza più attente alle istanze difensive le pronunce che affidavano la valutazione dell'impedimento al prudente apprezzamento del giudice, il quale in caso di accoglimento della relativa richiesta, poteva disporre il rinvio; tuttavia, la pretestuosità del richiamo al libero convincimento su cui la suprema Corte fondava la insindacabilità della decisione di rigetto, degradava la possibilità del rinvio ad un atto di "graziosa concessione" elargito dal giudice¹⁶.

A perpetuare tale asfittica quanto pervicace impostazione, "congelando" al contempo il dibattito dottrinario nel quale si era levata più di una voce di dissenso¹⁷, contribuì in modo decisivo la Corte costituzionale. Investita della questione di legittimità dell'art. 498 c.p.p. 1930 nella parte, appunto, in cui non prevedeva l'obbligo di rinvio in caso di legittimo impedimento del difensore, ne dichiarò la infondatezza¹⁸, con un totale e acritico richiamo alle argomentazioni del Giudice di legittimità. Anche lo spiraglio aperto all'eventuale assegnazione di un termine congruo per lo studio degli atti, era rimedio insoddisfacente perché frutto dello stesso vizio di prospettiva: tralasciate le implicazioni affatto peculiari che il rapporto fiduciario tra avvocato e cliente che lo ha scelto, conferisce alla effettività della difesa, si riduceva la componente tecnica della funzione difensiva alla mera presenza formale di un giurisperito che per aver acquisito la conoscenza del materiale di causa grazie al termine concesso, per ciò solo sarebbe stato in grado di "rimpiazzare" senza sostanziali differenze il titolare nominato.

Molti anni ancora, gli stessi occorsi per tagliare il traguardo dell'"accusatorio", si resero necessari al superamento di questa mentalità

(SEGUE): IMMUTABILITÀ DEL DIFENSORE E UDIENZA PRELIMINARE.

Allo scadere del primo decennio di applicazione del 'nuovo codice', la garanzia di immutabilità del difensore guadagnò terreno registrando un ampliamento del proprio raggio applicativo; in occasione della riforma del "giudice unico", il legislatore ne riconobbe, infatti, l'operatività all'interno di una udienza preliminare del tutto rivisitata nella originaria fisionomia. Sino ad allora, la disciplina tratteggiata dagli artt. 416 e seguenti c.p.p., sia pure qualificata da una variante di rilievo rispetto all'archetipo del regime camerale ordinario, ovvero la necessaria partecipazione del difensore, vincolava il g.u.p. che constatasse la mancata comparsa del legale già nominato, a designare un sostituto immediatamente reperibile. La chiara formulazione dell'art. 420, comma 3, c.p.p., in forza del richiamo all'art. 97 comma 4, c.p.p., non lasciava spazio a verifiche giudiziali in ordine ai motivi della mancata presenza del legale¹⁹,

¹⁴ L. 18 giugno 1955, n. 517.

¹⁵ M. L. Balzarotti, *Impedimento a comparire* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2007, p. 468.

¹⁶ «Il riferimento a questo principio ... può avere un senso solo se con esso si vuole sottolineare che nella valutazione della verosimiglianza e della rilevanza dei motivi che dovrebbero giustificare l'impedimento, il giudice non è legato ad alcuna regola normativa, ma deve decidere sulla base degli elementi che gli vengono presentati nel caso concreto. Quando, però, quegli elementi indicano che l'impedimento è legittimo, al libero convincimento subentra l'obbligo del decidere in un modo che non sia difforme dalle risultanze processuali», così M. Massa, *Difensore impedito, imputato indifeso?*, in *Il foro penale*, 1963, p. 157.

¹⁷ M. Massa, *Difensore impedito, imputato indifeso?*, cit., p. 154; M. Bargis., *Dibattimento e difensore di fiducia impedito*, in *Giur. it.*, 1975, II, c. 313; G. Torrebruno, *L'impedimento del difensore e l'art. 24 Cost.*, in *Giust. pen.*, 1973, I, c. 247; L. Kalb, *Malattia del difensore di fiducia ed insufficienze della difesa d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1981, III, c. 7; *contra* V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, II, 1968, VI ed., p. 603.

¹⁸ C. cost., sent. 12 dicembre 1972, n. 177, in *Giust. pen.*, 1973, I, c. 72.

¹⁹ G. Frigo, sub art. 420, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino, Utet, p. 613; C. Taormina, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1995, p. 637; *contra*, E. Randazzo, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze preliminari e camerale*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2219, favorevole alla estensione analogica della disposizione.

così confermando la volontà legislativa di escludere ogni rilievo, nell'ottica di un possibile rinvio, all'impedimento del difensore, benché legittimo, perché conseguente ad assoluta impossibilità a comparire²⁰.

Gli ampliati profili funzionali e gli inediti apporti informativi che modificarono sensibilmente l'istituto, allo scopo tra l'altro di esaltarne il ruolo di volano dei riti alternativi, fecero sì che già il momento di snodo tra procedimento e processo divenisse nevralgica sede per opzioni difensive determinanti per l'esito dell'accertamento. L'accresciuto spettro di alternative possibili alla delibazione sulla consistenza dell'accusa e la pluralità di «scopi eterogenei»²¹ assegnati alla fase preliminare, imposero il contestuale ampliamento degli spazi riservati alla azione difensiva, cui il legislatore mise mano a partire dalla retrocessione della tutela partecipativa di imputato e difensore, propria del dibattimento²².

Sul versante della difesa attiva, l'anticipazione delle previsioni in materia di contumacia e assenza rappresentavano un indiretto ma efficace punto di forza a favore della facoltà dell'imputato di contribuire alla ricostruzione del fatto tramite dichiarazioni spontanee oppure richiesta di interrogatorio: l'espansione dell'intervento personale dell'imputato e il suo diritto di interloquire con il giudice, infatti, avrebbero potuto essere aggirati agevolmente se l'ordinamento non avesse dato significato alla mancata comparizione incolpevole e non avesse approntato nel contempo «una procedura incidentale diretta a verificare che fosse, davvero, il frutto di un'opzione consapevole»²³.

Sul piano della difesa tecnica, come detto, il contenuto dell'art. 486, comma 5, c.p.p. veniva trasfuso per intero nell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., il quale, fatta eccezione per il riferimento al solo rinvio della udienza e non anche alla sua sospensione, riaffermava il medesimo contenuto prescrittivo, con il giudice tenuto alla temporanea interruzione dell'udienza con predeterminata prosecuzione in altra successiva, quando il difensore risulti assente a causa di un impedimento legittimo prontamente comunicato²⁴. L'avvenuta parificazione con il trattamento dibattimentale previsto in caso di assenza giustificata del difensore, estrometteva dal ventaglio di scenari innescati dagli sviluppi conseguenti alla impossibilità di decidere allo stato degli atti, il sostituto reperito in via estemporanea, riservando ogni iniziativa in materia al difensore "naturale", l'unico realisticamente in grado di orientarsi tra le opzioni praticabili, compresa quella assai delicata per le sue conseguenze, riguardante la rinuncia alla dialettica dibattimentale.

IL PROCEDIMENTO INCIDENTALE SULLA LEGITTIMITÀ DELL'IMPEDIMENTO: LE MODALITÀ DI TRASMISSIONE DELLA RICHIESTA

Verificata in sede di accertamenti relativi alla costituzione delle parti ai sensi degli artt. 420 e 484 c.p.p., la regolare notifica dell'avviso di fissazione della data dell'udienza nei confronti del difensore dell'imputato e disposta la rinnovazione dell'avviso ove risulti un difetto di notifica, il giudice che rilevi la mancata presenza del difensore, procede immediatamente alla nomina di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p.. Solo dopo la designazione del sostituto, può avere inizio il procedimento incidentale volto a verificare la legittimità dell'impedimento eventualmente dedotto dal difensore, non senza aver prima interpellato l'imputato, il quale, ai sensi dell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., potrebbe consentire che si proceda in assenza del professionista. Se l'imputato non intende rinunciare al "suo" difensore, il giudice destinatario della istanza di differimento non può sottrarsi alla valutazione per de-

²⁰ La mancata applicazione del legittimo impedimento del difensore nell'udienza preliminare costituisce solo un aspetto del più generale e, tuttora, controverso tema dell'operatività della tutela in discorso anche nei riti camerati, di cui si dirà più avanti.

²¹ Così A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2818.

²² Critici sulla collocazione sistematica, P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, cit., p. 322; A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., p. 2823, il quale definisce «discutibile la scelta di aver fissato il modello normativo "di genere" nel contesto di una fase in cui la predetta tutela assume un peso minore rispetto al segmento processuale in funzione del quale, invece, maggiormente si giustifica». Dopo la modifica in discorso, l'operatività alla fase dibattimentale del legittimo impedimento si deve al richiamo di cui all'art. 484, comma 2 bis, c.p.p.

²³ F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in G. Uberris-G. Voena, (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XXXI, Milano, Giuffrè, 2007, p. 208.

²⁴ Riprodotto negli stessi termini anche il regime derogatorio sancito dalla norma abrogata.

cidere se disporre il rinvio dell'udienza, oppure pronunciare ordinanza motivata di rigetto²⁵.

Il primo *step* della verifica che occupa il giudice, riguarda l'ammissibilità e la ricevibilità della richiesta in relazione alle modalità con cui viene comunicata e all'espletamento degli oneri gravanti sul difensore nella sua formulazione.

Per quanto riguarda la prima delle questioni segnalate, la disposizione tace, né la disciplina generale dettata in materia, secondo cui «le memorie e le richieste sono presentate al giudice per iscritto mediante deposito in cancelleria» (art. 121 c.p.p.), riesce a chiarire i dubbi legati al silenzio sul punto da parte dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. I maggiori problemi insorti nella prassi riguardano il ricorso al mezzo del telefax, che per la semplicità e rapidità del suo utilizzo, trova largo impiego. Gli aspetti di incertezza legati alla provenienza del documento inviato per il suo tramite, sono oggetto di esegesi contrastanti, solo in parte appianate da un intervento del Giudice di legittimità pronunciatosi a sezioni unite²⁶, dopo il quale sono nuovamente affiorati orientamenti differenti, «a dimostrazione di come il tema sia tuttora scivoloso»²⁷.

A fini di maggiore chiarezza dell'odierno stato di cose, è opportuno, ripercorrere in sintesi i passaggi che ne hanno costituito l'antefatto.

Un primo, più restrittivo, indirizzo sulla base del richiamato art. 121 c.p.p. e dell'art. 150 c.p.p. che individua nei funzionari di cancelleria i soli soggetti abilitati ad avvalersi di forme particolari di notificazioni, negava la possibilità di invio a mezzo fax della richiesta, soprattutto per l'accennata l'inidoneità di tale strumento a garantire la verifica della autenticità della sua provenienza²⁸. Sul versante opposto, si collocavano quelle pronunce, invero isolate, che ispirate ad un minore rigore formalistico, sanzionavano con la forma di più grave di invalidità degli atti, la sentenza emessa dal giudice che non si fosse pronunciata sull'istanza di rinvio fatta pervenire dal difensore servendosi del fax²⁹.

Il tentativo di accorciare le distanze tra i due fronti, si deve all'accennata sentenza delle Sezioni unite, riguardante nello specifico le modalità di esercizio del diritto degli avvocati alla astensione collettiva dalle udienze e tra queste, dunque, anche la presentazione della relativa dichiarazione. Sul punto, l'art. 3, comma 2, del Codice di autoregolamentazione³⁰ – norma speciale competente a regolare la materia in luogo dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. – stabilisce che l'atto contenente la dichiarazione di astensione è «trasMESSO o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del p.m.». L'univocità del dato letterale non permetteva al Collegio approdi di segno contrario a quello raggiunto: assodato che l'attività di trasmissione, menzionata *ex lege* senza altre specificazioni, può realizzarsi con qualunque mezzo tecnico idoneo ad assicurare la provenienza della comunicazione dal difensore e il suo arrivo nella cancelleria del giudice o nella segreteria del p.m. precedenti, si affermava la ricevibilità ed ammissibilità dell'istanza trasmessa via fax, purché inoltrata al numero della cancelleria del giudice o della segreteria del p.m. precedenti e non a quello generico dell'ufficio giudiziario.

Completa l'*iter* logico-argomentativo un ulteriore, apprezzabile, passaggio, che permetteva l'exportabilità della conclusione oltre i confini della materia considerata, ovvero ai casi in cui l'istanza da inviare, riguardasse ipotesi di legittimo impedimento dovute a motivi diversi dalla adesione allo "sciopero" di categoria. Si legge nella motivazione che «la soluzione appare imposta non solo da una interpretazione letterale (perché non è previsto il rispetto di forme particolari, potendo la comunicazione e il deposito avvenire con qualsiasi mezzo e forma, mentre quando siano richieste forme vincolate il legislatore lo ha previsto espressamente, come per l'art. 162 c.p.p.), ma anche da una interpretazione ade-

²⁵ Per tali aspetti, v. più avanti § 2.2.

²⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4383.

²⁷ L. Giordano, *Richiesta di rinvio per legittimo impedimento inviata a mezzo fax. Quali oneri per il difensore?*, in *Il Penalista*, 23 luglio 2018.

²⁸ Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *CED Cass.*, n. 258443; Cass., sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 28244, in *CED Cass.*, n. 256894; Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 46954, in *CED Cass.*, n. 245397; Cass., sez. I, 11 maggio 1998, n. 6528, in *CED Cass.*, n. 210711.

²⁹ Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2565; Cass., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 21987, in *CED Cass.*, n. 252954; Cass., sez. V, 16 ottobre 2010, n. 43514, in *CED Cass.*, n. 249280; Cass., sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10637, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1156; Cass., sez. V, 24 aprile 2008, n.32964, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1066.

³⁰ Il riferimento è al Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, adottato dagli organismi di categoria nell'aprile 2007 e dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia per la regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, con deliberazione del 13 dicembre 2007, in attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in *Gazz. uff.*, 4 gennaio 2008, n. 3.

guatrice (perché maggiormente conforme ai principi costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio), e comunque da una interpretazione sistematica meno legata a risalenti schemi formalistici e più rispondente alla evoluzione del sistema di comunicazioni e notifiche, nonché alle esigenze di semplificazione e celerità richieste dal principio della ragionevole durata del processo».

Nonostante l'accoglimento del principio di diritto da parte della successiva giurisprudenza, la tregua sul tema si è consumata in tempi brevi. Riconosciuta la generale ammissibilità dell'invio a mezzo fax dell'istanza, con il conseguente dovere del giudice che ne ha avuto tempestiva conoscenza, di valutarla a pena di nullità assoluta per difetto di assistenza dell'imputato, si controverte sull'onere del difensore di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice, nel caso voglia dedurre in sede di impugnazione l'omesso esame della richiesta. Alcuni provvedimenti sostengono che l'omessa deliberazione dell'istanza inoltrata con il fax, della quale il giudice non sia venuto a conoscenza, non lede il diritto di difesa e, pertanto, non risulta sanzionabile, in quanto il difensore che sceglie di avvalersi di un mezzo tecnico non autorizzato, si espone al rischio della intempestività con cui l'atto può arrivare a conoscenza del destinatario. Di qui il ritenuto onere per la parte di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice procedente³¹. Quest'onere di verifica – si è ulteriormente precisato – andrebbe assolto mediante un sostituto processuale, un addetto allo studio, o una interlocuzione telefonica con la cancelleria interessata³². Tuttavia, se l'impedimento legato a condizioni di salute o di altra natura, è insorto in modo improvviso e inevitabile così da impedire qualsiasi attivazione da parte del difensore, questi potrà esimersi dall'effettuare tali verifiche, salvo dover provare le circostanze che le hanno impedito³³.

Per altro orientamento, è sufficiente la dimostrazione che il giudice sia stato messo in condizione di conoscere per tempo l'esistenza della richiesta di rinvio³⁴, attraverso l'allegazione della ricevuta comprovante il dato della conferma elettronica della spedizione del fax al numero della cancelleria del giudice³⁵.

Non meno controversa l'ammissibilità dell'istanza trasmessa tramite posta elettronica certificata. La suprema Corte poco dopo aver negato la possibilità per le parti private del processo di avvalersi della posta elettronica certificata quale forma generalizzata di comunicazione o notificazione, né per la presentazione di istanze³⁶, ammettendola viceversa soltanto per effettuare le notificazioni da parte delle cancellerie a persona diversa dall'imputato; è tornata sui suoi passi. Ha riconosciuto, infatti, l'ammissibilità dell'istanza inviata all'indirizzo di posta elettronica ordinaria dell'ufficio di cancelleria del giudice procedente, gravando tuttavia il difensore che voglia dolersi della omessa valutazione, dell'onere di verificare la regolare ricezione della mail³⁷.

SEGUE: IL CATALOGO DEGLI ONERI DIFENSIVI

All'interno della richiesta ammissibile sotto il profilo della sua ricevibilità, il difensore deve comunicare prontamente le ragioni che gli impediscono di comparire; si tratta di un onere – in verità, l'unico

³¹ Cass., sez. 19 giugno 2018, n. 24909; Cass., sez. 8 giugno 2018, n. 30376; Cass., 18 giugno 2015, n. 37859, in *CED Cass.*, n. 265162; Cass., sez. II, 22 maggio 2015, n. 24515, in *CED Cass.*, n. 264361; Cass., sez. V, 16 ottobre 2014, n. 7706.

³² Cass., sez. 8 giugno 2018, n. 30376; Cass., sez. 16 novembre 2017, n. 1904.

³³ Cass., sez. II, 18 dicembre 2018, n. 13549; Cass., sez. I, 16 novembre 2017, n. 1904, in *CED Cass.*, n. 272049.

³⁴ «Una volta affermato che la richiesta di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del difensore, inviata a mezzo telefax in cancelleria, non è irricevibile, né inammissibile, non trova alcuna giustificazione sul piano logico, ancora prima che normativo, imporre alla parte che intenda far valere la nullità per omessa valutazione, l'onere di dimostrare che la suddetta richiesta sia stata portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria tempestivamente, vale a dire prima della adozione dell'atto cui era preordinata l'attività processuale, oggetto dell'istanza di rinvio», così Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 535, in *CED Cass.*, n. 268942.

³⁵ Cass., sez. II, 29 ottobre 2018, n. 49459, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 689, criticamente annotata da F. Cerqua, *La difesa non può comunicare con la posta elettronica certificata* e da E. Priolo, *Notifiche Pec off limits per le parti private*, in *Il Penalista*, 8 febbraio 2019; Cass., sez. VI, 19 luglio 2018, n. 10892, in *Il Penalista*, 7 maggio 2019, secondo cui costituendo la Pec modalità di trasmissione non consentita, il giudice non è tenuto a valutare la richiesta pervenuta per il suo tramite; Cass., sez. III, 4 aprile 2018, n. 23192; Cass., sez. II, 7 novembre 2017, n. 51665; Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 535.

³⁶ Cass., sez. II, 16 maggio 2017, n. 31314, in *CED Cass.*, n. 270272; Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *CED Cass.*, n. 258443.

³⁷ Cass., sez. VI, 19 aprile 2017, n. 35217, in *CED Cass.*, n. 270912; Cass., sez. II, 7 novembre 2014, n. 47427, in *CED Cass.*, n. 260963; in argomento V. Bove, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 9 novembre 2015; A. Diddi, *Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 299.

ad essere espressamente contemplato – che l'art. 420, comma 5 *ter*, c.p.p. impone allo scopo di garantirne la speditezza del processo, il cui fluire non può subire interruzioni ingiustificate, in quanto riconducibili a interessi che non risultano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. In considerazione dell'obiettivo perseguito, il difensore deve palesare al giudice l'esistenza dell'impedimento non appena si sia verificato ed egli ne sia venuto a conoscenza. Solo a queste condizioni, la "prontezza" con cui viene comunicato il fattore impeditivo – da riferire, dunque, al momento del suo insorgere e non alla data di celebrazione del processo – permette al giudice che accoglie l'istanza, di fissare l'udienza in un giorno prossimo a quello originariamente previsto³⁸. La contiguità temporale tra la data rinviata e quella nuova permette sia di evitare oneri ingiusti per gli altri soggetti processuali, sia di contenere al minimo battute d'arresto e intollerabili "tempi morti", soprattutto quando vadano a spezzare la concentrazione della istruzione dibattimentale.

Dalla comunicazione effettuata in contrasto con la tempistica stabilita dalla disposizione, discende il rigetto della istanza di rinvio e il conseguente svolgimento dell'udienza in assenza del titolare dell'incarico difensivo.

L'impedimento tempestivamente portato a conoscenza del giudice, deve essere altresì supportato dalla indicazione delle circostanze che lo hanno determinato, di qui l'ulteriore onere di allegazione e dimostrazione che incombe sul legale. Dal momento che l'impossibilità a comparire – sancisce la previsione – deve "risultare" al giudice così da rendere possibile il controllo sulla fondatezza di quanto dedotto³⁹ prima, e il bilanciamento tra interesse difensivo e interesse pubblico alla immediata trattazione del processo poi, è scontato che il professionista non possa semplicemente limitarsi ad asserire la sussistenza dell'impedimento. Ne deriva che la tempestività che la disposizione riferisce alla sola comunicazione dell'impedimento, coinvolge sul piano logico anche la sua prova: poiché la documentazione prodotta dal difensore – la quale si specificherà di volta in volta, a seconda della natura dell'impedimento occorso in concreto – è finalizzata ad ottenere una decisione favorevole, deve pervenire non oltre la fase dedicata al controllo sulla regolare costituzione delle parti. È questa la sede, infatti, nella quale rileva l'impossibilità a comparire del difensore che interferisce con la costituzione della parte privata. Dunque, l'inciso «quando risulta al giudice» non va inteso «come mera derivazione della comunicazione fatta, ma come giudizio conclusivo anche a seguito di attività (di accertamento, evidentemente) svolte (pure a conferma della provenienza) sull'impedimento comunicato»⁴⁰.

Più controverso l'inquadramento dell'obbligo per il difensore di specificare anche le ragioni che hanno reso impossibile la nomina di un sostituto, la cui designazione ai sensi dell'art. 102, comma 1, c.p.p., individua, come detto, una delle possibili deroghe alla garanzia di immutabilità del difensore. La disposizione richiamata nel prevedere che «il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto», descrive una prerogativa difensiva del tutto discrezionale, il cui perimetro applicativo risulta sensibilmente incrementato rispetto all'art. 127 c.p.p. abr., che ne limitava l'operatività alla sola fase dibattimentale ed in presenza di un impedimento del difensore. L'esercizio di questa facoltà sganciata dall'esistenza di qualunque condizione oggettiva, ha condotto alla «totale liberalizzazione del potere di ricorso alla figura del sostituto»⁴¹; la circostanza se, da un lato, consente a colui che opta per la sostituzione, di adempiere il proprio obbligo di assistenza e rappresentanza, astenendosi dal partecipa-

³⁸ A. Melchionda, sub art. 486, cit., p. 146; P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, cit., p. 324; Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49759, in *CED Cass.*, n. 254200; Cass., sez. IV, 12 maggio 2004, n. 25332, in *Cass. pen.*, 2006, p. 183; Cass., sez. IV, 11 giugno 2003, n. 41997, in *Cass. pen.*, 2005, p. 97; Cass., sez. I, 26 febbraio 1996, n. 2567, in *Cass. pen.*, 1997, p. 756. La conseguenza ritenuta irragionevole in quanto contrastante con i principi di inviolabilità della difesa e del giusto processo, potrebbe essere evitata – si osserva – grazie ad una disciplina che prevedesse che «se la prova della mancata conoscenza della udienza preliminare o della assoluta impossibilità di comparire del difensore per legittimo impedimento perviene dopo la nomina del sostituto, ma il difensore impedito dimostra che la prova è pervenuta con ritardo senza sua colpa, il giudice dovrebbe revocare la nomina del sostituto e disporre la regressione dell'udienza al momento della nomina del sostituto, in modo da consentire al difensore di fiducia legittimamente impedito di presenziare alla ripetizione dell'udienza», v. L. Filippi, sub art. 19, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 191.

³⁹ Cass., sez. III, 31 gennaio 1994, n. 4426, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1549.

⁴⁰ D. Potetti, *L'impedimento del difensore a comparire in dibattimento, con particolare considerazione per il concorrente impegno professionale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3904.

⁴¹ A. Ricci, *Il difensore*, in G. Dean (a cura di), *I soggetti*, 1, t. I, *Trattato di procedura penale*, (diretto da G. Spangher), 2009, Torino, Utet, p. 789.

re direttamente dalla attività processuale; dall'altro, non è esente da rischi, potendo implicare il pericolo che la nomina del sostituto processuale effettuata in assenza di reali e concrete esigenze organizzative, comprometta il livello tecnico-qualitativo di assistenza difensiva.

Ora, l'indubbio carattere discrezionale della sostituzione stride con il dettato dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., secondo cui l'impedimento rilevante ai fini del differimento della udienza, deve condurre ad una impossibilità a comparire assoluta e perciò insuperabile; potendo la nomina del sostituto elidere il carattere di assolutezza richiesto *ex lege* per l'impedimento, il difensore sarebbe sempre obbligato ad attivare la designazione ai sensi dell'art. 102 c.p.p. Ma poiché la nomina del sostituto costituisce, appunto, una facoltà e non un obbligo, non può ricollegarsi al suo mancato esercizio la sostanziale negazione del diritto di difesa. Le previsioni menzionate e i principi costituzionali che le ispirano – diritto di difesa, da un lato, e ragionevole durata del processo, dall'altro – venendo in contatto, mettono in “corto circuito” il sistema; il giudice sulla base dei motivi che hanno sconsigliato la designazione sostitutiva, provvede a mediare le opposte tensioni in campo; diversamente, tale operazione di armonizzazione risulterebbe impraticabile. Di qui la imprescindibilità dell'onere in questione, su cui è attestato l'orientamento ermeneutico dominante, suggellato anche dalle Sezioni unite⁴², che hanno chiarito come l'onere di nominare un sostituto o di indicare la ragioni della mancata nomina, sussiste esclusivamente per il difensore impossibilitato a comparire a causa di impegno professionale concorrente. Viceversa, per il difensore assente perché affetto da patologia imprevedibile o a causa di altri eventi imprevisi di forza maggiore, la legge non prevede alcun obbligo in tal senso, né esige l'indicazione dei motivi per cui non ha provveduto ai sensi dell'art. 102, comma 1, c.p.p.; ma richiede solo l'esistenza comprovata da adeguata certificazione di una patologia in atto, inabilitante alla presenza in udienza, tempestivamente comunicata.

SEGUE: GLI ADEMPIMENTI DEL GIUDICE

Competente a definire la procedura incidentale è l'organo giudicante nella composizione prevista per il giudizio⁴³. Pervenuta l'istanza, il destinatario non può ignorarla mandandola inevasa; anche in ipotesi di rigetto, deve essere adottato un provvedimento espresso e motivato. Se il giudice tralascia di valutare la richiesta e procede direttamente alla nomina di un difensore d'ufficio, gli atti indebitamente svolti in assenza del difensore impedito, sono colpiti da nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., per difetto di assistenza dell'imputato⁴⁴. Opera la medesima sanzione quando l'istanza risulti erroneamente rigettata: la presenza del sostituto designato ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. non può in ogni caso sopperire nei confronti dell'imputato all'assenza del “suo” difensore.

Se il giudice dà seguito alla richiesta, deve provvedere a notificare la data della nuova udienza al difensore titolare; il mancato avviso determina la nullità assoluta e insanabile degli atti svolti, data l'assenza (giustificata, appunto, dall'omissione dell'avviso) nel dibattimento fissato in prosecuzione, del difensore titolare dell'imputato⁴⁵, a meno che non intervenga nell'udienza differita. Infatti, se l'istanza di rinvio non è stata respinta tramite apposito provvedimento motivato, il giudice ha l'obbligo di avvisare il difensore della nuova udienza; solo la notifica dell'avviso legittima – evitando la nullità assoluta degli atti *ex art.* 179 comma 1, c.p.p. – la prosecuzione del dibattimento con la partecipazione del difensore designato ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. Se il sostituto rappresenta l'impedimento a comparire del difensore titolare, agisce, in relazione all'istanza, in nome e per conto del professionista che sostituisce, al quale, pertanto, l'ordinanza che fissa la data della nuova udienza non deve essere notificata. Si esclude, cioè, la necessità che il difensore titolare sia avvisato della data della nuova udienza, ritenendosi

⁴² Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, in *Cass. pen.*, 2017, p. 541. V. più avanti § 3 a) e b). *Contra* Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, in 49733, in *CED Cass.*, n. 261182; Cass., sez. fer., 22 luglio 2014, n. 35263, in *CED Cass.*, n. 260152, che assimilano l'impedimento per concomitante impegno professionale a quello per malattia, correlativamente estendendo la disciplina del primo al secondo.

⁴³ L'ordinanza non può essere adottata dal Presidente in sostituzione del Collegio, così Cass., sez. II 14 maggio 2014, n. 36097, in *CED Cass.*, n. 260335.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 18 novembre 2015, n. 47213, in *CED Cass.*, 265483; Cass., sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 42110, in *CED Cass.*, n. 245127; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 10376, in *CED Cass.*, n. 238926; Cass. sez., 14 novembre 1995, n. 12629, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2993.

⁴⁵ Cass., sez. V, 6 giugno 2001, n. 32450, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3502; Cass., sez. III, 25 maggio 1994, n. 7542, in *CED Cass.*, n. 198379.

sufficiente l'informazione data al designato in sostituzione, quando questi non si sia limitato ad assumere il patrocinio obbligatorio dell'imputato, ma abbia posto in essere attività esorbitanti la funzione obbligatoria *ex lege*, quali ad esempio la reiterazione della richiesta di rinvio del dibattimento⁴⁶.

LE POSSIBILI CAUSE DI LEGITTIMO IMPEDIMENTO: SERI MOTIVI DI CARATTERE FISICO O SANITARIO, STATO DI AVANZATA GRAVIDANZA E ALTRE GRAVI ESIGENZE PERSONALI

Le cause in grado di determinare l'assoluta impossibilità a comparire del difensore configurando un'ipotesi di impedimento – qualificato in via normativa solo dal predicato della legittimità e, dunque, dalla necessaria, ma sufficiente, esclusiva conformità alla legge o dall'essere in essa previsto – sono molteplici e di carattere vario ed eterogeneo. In mancanza di qualunque tentativo di tipizzazione normativa delle cause idonee a integrare il legittimo impedimento partecipativo, un ausilio importante alla individuazione della relativa nozione proviene dalla omologa disciplina dettata per l'imputato, nonché dall'ampia casistica di fattispecie impeditive segnalate dalla prassi. La imponente produzione giurisprudenziale individua quali motivi di impedimento maggiormente ricorrenti l'esistenza di serie ragioni di salute, il concomitante impegno professionale in altro procedimento e l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze proclamata dalle associazioni di categoria.

Grazie ai progressivi affinamenti conseguenti alla stratificazione giurisprudenziale di questi anni, ciascuna delle citate situazioni è venuta progressivamente delineandosi attraverso l'individuazione di una serie di requisiti che, al di là della specificità del caso concreto, devono connotarne la fisionomia.

Diversamente dall'art. 420 *ter*, commi 1 e 2, c.p.p. che a proposito della assoluta impossibilità dell'imputato a presenziare all'udienza, dà rilevanza al caso fortuito, alla forza maggiore e al legittimo impedimento, il successivo comma 5 della disposizione riferendosi al difensore, richiama soltanto il legittimo impedimento. Ne deriva *prima facie* un ambito operativo più ristretto; si tratta tuttavia di limitazione più apparente che reale: infatti, la formula evoca di per sé un concetto generico e flessibile, capace di attrarre nella propria orbita la disparata fenomenologia riconducibile, sul piano astratto, anche alle nozioni di "caso fortuito" e "forza maggiore"⁴⁷, le quali secondo il significato enucleato in sede giurisprudenziale in tema di restituzione del termine, si riferiscono a eventi che per la loro intrinseca caratteristica di imprevedibilità o irresistibilità, risultano inevitabili.

Ciò premesso, dalla ricognizione delle pronunce di legittimità emerge come dato oramai pacifico che l'impossibilità a comparire non deve essere intesa in senso soltanto meccanicistico, quale fattore materiale che impedisce fisicamente al difensore di raggiungere il luogo di svolgimento del processo⁴⁸, potendo viceversa scaturire anche da situazioni di diversa natura, gravi sotto il profilo umano e morale, che impediscono di affiancare l'imputato, nella pienezza delle proprie facoltà fisiche o mentali. In occasione di eventi così caratterizzati, il legale come ogni altro prestatore d'opera, ha il diritto di essere giustificato per l'assenza dal luogo ove la prestazione deve essere eseguita⁴⁹. Quando la ragione dell'impedimento addotto risieda in una indisponibilità fisica determinata da un stato morboso in senso proprio, quest'ultimo deve dare luogo a una situazione tale da impedire al difensore di comparire se non a costo di un grave e non altrimenti evitabile rischio per la propria salute; pertanto, laddove vengano certificate patologie non invalidanti le quali, anche sulla base nozioni di comune esperienza, non espongono il difensore ad un simile rischio, il giudice è libero di respingere la richiesta⁵⁰.

Quando l'impossibilità a comparire è da ascrivere a grave malattia o ad altro evento improvviso ed imprevedibile dovuto a forza maggiore, il difensore deve documentare in via esclusiva l'esistenza del-

⁴⁶ Cass., sez. VI, 31 marzo 2004, n. 19677 in *CED Cass.*, n. 228229; Cass., sez. III, 11 marzo 1994, n. 199179.

⁴⁷ Dello stesso avviso anche la dottrina più autorevole, F. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, Utet, 1990, p. 555.

⁴⁸ Integra ipotesi di legittimo impedimento autorizzando il conseguente rinvio dell'udienza, la necessità di accompagnare e assistere il coniuge ricoverato presso un centro oncologico, situato a notevole distanza dal luogo di celebrazione del processo e concomitante con il giorno di udienza, così Cass., sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 18069, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4557; ancora, è stata accolta l'istanza di differimento dell'udienza per consentire al difensore di partecipare al funerale della sorella, celebrato a circa cento chilometri di distanza dal luogo del processo, Cass., sez. VI, 7 giugno 2012, n. 32949, in *CED Cass.*, n. 253220.

⁴⁹ Cass., sez. VI, 7 giugno 2012, n. 32949, cit.

⁵⁰ Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 3558, in *CED Cass.*, n. 262846; Cass., sez. V, 24 settembre 2013, n. 44845, in *CED Cass.*, n. 257133.

l'impedimento. Lo stato patologico dichiarato va necessariamente supportato da un certificato medico che ne specifichi in modo puntuale il tipo, la gravità e la imprevedibilità al momento di fissazione dell'udienza, indicando altresì i motivi che fondano l'assoluta impossibilità di allontanarsi dal luogo di degenza – abitazione o nosocomio – per il tempo strettamente necessario a presenziare al processo⁵¹. Le ragioni circa l'impossibilità di nominare un sostituto ai sensi dell'art. 102 c.p.p. devono essere, invece, specificate soltanto se la malattia che affligge il difensore è caratterizzata da prevedibilità⁵². Condivisibile la stigmatizzazione del ricorso al labile, sfuggente e assolutamente incerto criterio della prevedibilità della malattia, come spartiacque tra sussistenza o meno dell'obbligo di designazione del sostituto, il quale lascia ampio spazio a valutazioni del tutto discrezionali del giudice. Questi «a seconda della personale convinzione circa la prevedibilità o meno, nel caso di specie, dell'impedimento, potrebbe addossare al difensore il (o sgravarlo dal) rischio della mancata o erronea previsione dell'evento ostativo alla personale comparizione in udienza, qualora non abbia proceduto alla nomina di un sostituto»⁵³.

La sola eccezione alla fluidità della nozione impiegata dall'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., è contenuta nel successivo comma in vigore dal primo gennaio 2018⁵⁴, il quale ha codificato una presunzione di legittimo impedimento a favore della professionista in stato di gravidanza avanzata e nel successivo periodo di puerperio, dunque dalla ventottesima alla trentaseiesima settimana precedenti la data presunta del parto insieme al periodo di tre mesi successivi ad esso. La previsione, preziosa sul piano astratto quale passo in avanti verso l'affermazione della parità di genere, ha una ricaduta notevole anche in termini concreti dato il numero sempre crescente di donne abilitate all'esercizio della professione legale, le quali non beneficiando del congedo per maternità, viceversa riconosciuto alle lavoratrici dipendenti, subivano una vistosa disparità trattamento. Lo stato di gravidanza, trattato al pari di qualunque altro stato morboso che affliggesse il difensore, costituiva, infatti, per la prevalente giurisprudenza, evenienza idonea a imporre il rinvio dell'udienza solo in presenza di specifiche attestazioni sanitarie indicative del pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie o professionali⁵⁵. Il lavoro di sensibilizzazione condotto sia dalle istituzioni forensi che dalle associazioni professionali, si è dapprima tradotto nella sottoscrizione, su base locale, di Protocolli d'intesa con altrettanti Uffici giudiziari, volti a rimuovere ogni comportamento discriminatorio per ragioni di sesso nell'esercizio della professione forense, per poi sfociare in due proposte di legge⁵⁶, preludio dell'attuale disciplina. L'ingresso di tale presunzione assoluta sulla sussistenza dell'impedimento, esclude ogni margine di discrezionalità in capo al giudice, il quale ove l'onere di pronta comunicazione sia stato assolto e l'istanza di rinvio depositata presso la cancelleria, ammissibile, deve aderire alla richiesta proveniente dal difensore. Nel periodo temporale non "coperto" dalla presunzione legislativa, torna a espandersi il regime ordinario, sicché il difensore che voglia invocare il beneficio per problemi fisici connessi allo stato di gravidanza che non sia avanzato, è tenuto a documentarli, come richiesto con riferimento a qualunque altra patologia, tramite attestazioni che certifichino un pericolo per la salute. Il giudice, a sua volta, ne valuterà la fondatezza secondo i criteri ordinari, con facoltà perciò di disattendere la prognosi del sanitario e respingere la relativa istanza⁵⁷.

⁵¹ Cass., sez. IV, 28 gennaio 2014, n. n. 7979, in *CED Cass.*, n. 259287; Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 3558, in *CED Cass.*, n. 262846; Cass., sez. VI, 12 maggio 2010, n. 20811; Cass., sez. VI, 28 febbraio 2017, n.13850. Si è escluso, pertanto, che l'impedimento addotto dal difensore per sottoporsi a esami diagnostici specialistici anche in regime di ricovero ospedaliero, possa determinare l'assoluta impossibilità a comparire, così Cass., sez. II, 22 maggio 2007, n. 22186, in *CED Cass.*, n. 236686; Cass., sez. I, 18 aprile 1994, n. 6234, in *CED Cass.*, n. 198870.

⁵² Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 7997, in *CED Cass.*, n. 262389; Cass., sez. VI, 11 aprile 2014, n. 32699, in *CED Cass.*, 262074; Cass., sez. I, 9 dicembre 2008, n. 47753, in *CED Cass.*, n. 242489; Cass., sez. III, 17 dicembre 2002, n. 3072, in *CED Cass.*, n. 223943.

⁵³G. Daraio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 115; A. De Caro, *Le Sezioni Unite sul legittimo impedimento del difensore per grave malattia: un condivisibile, ma ancora limitato, approdo interpretativo*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 254.

⁵⁴ L'introduzione del comma aggiuntivo si deve all'art. 1, comma 466, legge di bilancio 27 dicembre 2017, n. 205, con decorrenza primo gennaio 2018.

⁵⁵ Cass., sez. V, 18 aprile 2013, n. 21262, in *Guida dir.*, 2013, n. 25, p. 74; Cass., sez. V, 14 febbraio 2007, n. 8129, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1498.

⁵⁶ Si tratta delle proposte di legge Di Lello C. 4000 e Rossomando C. n. 4058.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 23 marzo 2018, n. 26614, in *Cass. pen.*, 2019, p. 277.

SEGUE: IL CONCOMITANTE IMPEGNO PROFESSIONALE

La possibilità di inquadrare l'assoluta impossibilità a comparire per concorrente impegno professionale del difensore, nell'ambito operativo del legittimo impedimento, è stata al centro di un cospicuo e articolato dibattito interpretativo, impegnato a lungo sulla natura giuridica attribuibile alle due fattispecie

La ricostruzione del concetto di impegno professionale concomitante registra un primo, importante, contributo chiarificatore da parte della Corte costituzionale. L'assenza di criteri selettivi cui ancorare il sindacato giudiziale sull'oggetto dell'impegno assunto altrove o sull'epoca della sua assunzione da parte del professionista e la reiterabilità, potenzialmente illimitata, di istanze motivate dalla necessità di assicurare la presenza del difensore in altro concomitante procedimento, con effetti paralizzanti sulla giurisdizione, diedero corpo ai dubbi di costituzionalità dell'art. 486, comma 5, c.p.p. sollevati dal giudice *a quo* in riferimento agli artt. 102, comma 1, e 112 Cost. La sentenza nel dichiarare la infondatezza della questione, escludeva anzitutto che la norma denunciata precludesse al giudice un esame comparativo delle situazioni messe a confronto per agevolare l'esercizio della giurisdizione e affermava poi che il giudizio di priorità devoluto al giudice per valutare la legittimità della richiesta avanzata, andava effettuato secondo canoni di ragionevolezza, forniti dalla pratica giurisprudenziale e a titolo esemplificativo indicava il criterio della priorità cronologica della notifica dell'avviso al difensore⁵⁸.

L'attribuzione alla giurisprudenza del compito di individuare i criteri in grado di orientare il sindacato del giudice in merito alla legittimità della richiesta, portava con sé l'implicito riconoscimento del concomitante impegno professionale quale legittimo motivo di impedimento ai sensi dell'art. 486 c.p.p. L'atteggiamento di apertura espresso nella sentenza e l'equilibrio della impostazione seguita non furono però sufficienti a frenare l'ostracismo di una parte della giurisprudenza di legittimità; il timore, infatti, che la norma potesse prestarsi a strumentalizzazioni e abusi e che il processo potesse, dunque, rimanere "ostaggio" di uno stillicidio di richieste, indusse a escludere in modo radicale la riconducibilità dell'impegno concorrente assunto in altra sede giudiziaria, all'area operativa dell'art. 486 c.p.p.. L'orientamento più rigoroso, per un verso, negava il requisito della assolutezza all'impedimento rappresentato dall'incarico concorrente, data la facoltà del difensore di potersi sempre avvalere di un sostituto⁵⁹; per altro verso, considerava inaccettabile rimettere al medesimo soggetto la decisione – non sindacabile dal giudice in assenza di prefissati criteri di priorità – tra l'impegno da assolvere e quello per cui chiedere il rinvio. Promotrici di una tesi più sensibile all'esigenza di temperamento degli interessi in gioco, quelle sentenze che subordinavano la configurabilità dell'impegno professionale concorrente in termini di legittimo impedimento, alla prova della antecedenza della notificazione dell'avviso relativo a uno degli impegni rispetto agli altri⁶⁰.

L'esigenza di comporre tale mosaico di opzioni interpretative, causa di gravi incertezze sul piano applicativo, chiamava in causa la suprema Corte a sezioni unite. Intervenuta in materia a partire dal 1992, ha delineato una soluzione⁶¹, poi confermata nel tempo⁶², fondata su un ragionevole punto di equilibrio tra diritto di difesa che deve concretizzarsi in una attività di effettiva "partecipazione" nel procedimento ed affermazione della giurisdizione. Al giudice il ruolo di "ago della bilancia" nel momento in cui procedendo alla valutazione e comparazione in concreto tra esigenze difensive ed esigenze pubbliche, scongiura che l'istituto diventi *escamotage* per ottenere impunità, anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva e pretestuosi ritardi nella definizione dei processi.

L'analisi del lavoro di ricostruzione svolto in sede giurisprudenziale permette di stilare un elenco di informazioni oggetto di inderogabile ostensione a cura del professionista, che solo in questo modo può dimostrare che il legittimo impedimento partecipativo che dichiara rispetto al procedimento pregiudicante, costituisce circostanza indipendente della sua volontà. I dati forniti sono funzionali al rigoroso

⁵⁸ C. cost., sent. 29 aprile 1991, n.178, in *Cass. pen.*, 1991, p. 935.

⁵⁹ Cass., sez. V, 12 marzo 1992, n. 5464, in *CED Cass.*, n. 190074; Cass., sez. VI, 25 giugno, 1991, n. 12206, in *CED Cass.*, n. 188999; Cass., sez. II, 15 maggio 1991, in *CED Cass.*, n. 188187.

Cass., sez. VI, 15 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1989, II, p. 1, che prospettava anche l'operatività di criteri sussidiari come l'importanza dell'impegno sopravvenuto ovvero ragioni particolari come la vicinanza del termine di prescrizione.

⁶¹ Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4708, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1787.

⁶² Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 29529, in *CED Cass.*, n. 244109.

controllo demandato al giudice, che deve maturare il convincimento per cui l'impossibilità a comparire in uno dei procedimenti concorrenti, non è il frutto di una libera scelta del difensore, ma la conseguenza dell'oggettiva impossibilità fisica di assicurare la presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi⁶³. Infatti, rispetto al presupposto alla base della contemporaneità dell'impegno professionale – la fissazione della udienza di due distinti procedimenti per la medesima data – la volontà del difensore è del tutto influente, «dipendendo piuttosto da decisioni assunte dal giudice procedente, tenendo conto della natura del processo innanzi a sé pendente, delle esigenze di urgenza nella trattazione dello stesso e della organizzazione dell'ufficio giudiziario di appartenenza»⁶⁴. A parte l'onere di pronta comunicazione, la cui tempestività, nel caso di specie, va rapportata al momento in cui il difensore apprende la simultaneità dei diversi impegni⁶⁵, egli deve documentare l'esistenza dell'incarico nell'altro processo tramite copia conforme, con attestazione della cancelleria, di uno degli atti del diverso impegno pregiudicante, idoneo a dimostrare la coincidenza della data di celebrazione del processo⁶⁶. Ma rilievo cruciale per la configurabilità dell'impedimento in termini di evento indipendente della volontà del difensore, riveste, come anticipato, l'onere informativo che impone di rappresentare al giudice, in modo esplicito e puntuale, le concrete ragioni della sua insostituibilità. A tal fine, devono essere specificate le ragioni che rendono essenziale con riferimento alla particolare natura dell'attività da svolgere, l'espletamento della funzione nel diverso processo; deve essere attestata l'assenza di altro codifensore in grado di difendere validamente l'imputato; devono essere illustrati i motivi ostativi alla nomina di un sostituto nei due procedimenti pendenti, così da fornire la prova che l'impedimento non dissimula un espediente dilatorio⁶⁷, ma, al contrario, è reale ed oggettivo; deve essere dichiarata l'insussistenza di esigenze che giustifichino una sollecita trattazione del procedimento per il quale si produce istanza di rinvio, irricevibile, pertanto, laddove sia prossimo il termine di prescrizione⁶⁸, oppure l'imputato del procedimento sia detenuto, o, ancora, si tratti di procedimento oggettivamente complesso per il quale il giudice ritenga prevalenti le ragioni di trattazione unitaria.

Da questo "catalogo" di informazioni da compilare a pena di inammissibilità della richiesta di rinvio – in quanto strumentali al controllo sulla assolutezza dell'impedimento – risulta l'affermarsi quale prioritario criterio selettivo dell'analisi comparativa che spetta al giudice, quello della valutazione in concreto dell'attività che il difensore deve svolgere nell'altro procedimento. Rispetto ad esso retrocede sia la considerazione della gravità e del numero dei reati per cui si procede, sia la precedenza cronologica delle notificazioni degli avvisi di fissazione delle udienze, entrambi realisticamente poco significativi nella identificazione del procedimento da privilegiare. In particolare, riguardo al criterio cronologico fondato sulla precedenza delle notifiche degli atti introduttivi dei giudizi, si ritiene che l'impedimento fatto valere deve essere sopravvenuto e mai preesistente al conferimento dell'incarico, data la impossibilità di considerare legittimo e validamente opponibile un impedimento già conosciuto al momento della accettazione della nomina e che si configuri sin dall'inizio come incompatibile con l'espletamento del nuovo mandato⁶⁹.

Quando la richiesta è ammissibile e l'impedimento legittimo, con conseguente rinvio dell'udienza, scatta il congelamento del termine prescrizione per un periodo massimo di sessanta giorni oltre la prevedibile cessazione dell'impedimento stesso e a prescindere dalla sua durata⁷⁰. Questa la conclusio-

⁶³ Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 37171, in *CED Cass.*, n. 260106.

⁶⁴ G. Daraio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, cit., p. 110.

⁶⁵ Si è ritenuto non prontamente comunicato l'impedimento reso noto dal difensore non nel momento in cui apprendeva la contestualità degli impegni, ma con soli due giorni di anticipo rispetto all'udienza cui l'impedimento di riferiva, cfr. Cass., sez. II, 9 febbraio 2011, n. 16603, in *DG on line*, 14 maggio 2011; Cass., sez. II, 12 maggio 2010, n. 20693, in *CED Cass.*, n. 247548; Cass., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2776, in *CED Cass.*, n. 242711.

⁶⁶ Cass., sez. III, 17 ottobre 2017, n. 8537, in *CED Cass.*, n. 272297.

⁶⁷ Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1788; Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 13351, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1978; Cass., sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 41997, in *Cass. pen.*, 2005, p. 96; Cass., sez. VI, 1° luglio 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 97.

⁶⁸ Cass., 21 febbraio 2007, Zinna, in *CED Cass.*, n. 236605.

⁶⁹ Cass., sez. V, 23 maggio 2014, n. 41000, in *CED Cass.*, n. 261252; Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 19458, in *CED Cass.*, n. 259757.

⁷⁰ Può accadere che il difensore richieda il rinvio anche a prescindere dall'esistenza di un impedimento legittimo, per ragioni private o professionali. In un simile caso, il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, può accordare il rinvio così da garantire all'imputato l'assistenza del difensore di fiducia, tenendo conto delle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, dei diritti e delle facoltà delle altre parti del processo, dei principi di ragionevole durata ed efficienza della giurisdizione. In questa

ne rassegnata da ultimo dalla Cassazione a sezioni unite⁷¹, che ha composto un contrasto interpretativo riguardante il dubbio se in caso di rinvio del processo per concomitante impegno professionale del difensore, si applicasse o meno, ai fini della sospensione del corso della prescrizione, il limite temporale previsto dall'art. 159, comma 1, n. 3, c.p. Si tratta di questione dai risvolti delicati, dal momento che, in questo caso particolare, nella operazione di bilanciamento tra diritti configgenti – scenario che fa da sfondo a tutta la materia – entra una implicazione particolare: da un lato, la piena esplicazione del diritto di difesa anche sotto il profilo della garanzia di immutabilità del difensore; dall'altro, la speditezza del processo, suscettibile d'essere aggirata attraverso artificiosi impedimenti posti in essere per ostacolarne la celebrazione allo scopo di lucrare la scadenza dei termini di prescrizione⁷².

È noto che la norma penale novellata nel 2005⁷³, ha differenziato il regime di sospensione del corso della prescrizione derivante da sospensione del processo o del procedimento penale, a seconda che quest'ultima sia prevista da una particolare disposizione di legge; sia dovuta a specifiche ragioni di impedimento delle parti o del difensore, oppure sia disposta su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Poiché la durata massima del periodo di sospensione dei termini di prescrizione per impedimento delle parti e dei difensori non deve superare il termine dell'impedimento aumentato di sessanta giorni e, secondo la regola generale *ex art. 159 comma 3 c.p.*, i termini di prescrizione riprendono a decorrere dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione, cioè dal giorno corrispondente alla scadenza del periodo di sospensione del processo disposta dal giudice, è decisivo stabilire per individuare la disciplina applicabile, se la sospensione del processo per concorrente impegno professionale possa essere ricondotta alle ipotesi di "impedimento" del difensore dell'imputato. L'andamento pendolare degli orientamenti espressi in sede di legittimità, ha oscillato dalla negazione dell'impegno concorrente come impedimento in senso tecnico, in quanto ricollegabile a una scelta, ancorché legittima, del difensore e non espressione di una impossibilità assoluta e oggettivamente insuperabile a comparire; alla sua riconducibilità nell'alveo dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., in quanto l'esigenza del rinvio nasce dalla impossibilità fisica per il difensore di assicurare la propria presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi. Nel primo caso, il differimento disposto dal giudice seguirebbe a una mera richiesta difensiva e, pertanto, il decorso del termine dovrebbe rimanere sospeso da udienza a udienza per tutta la durata del rinvio; nel secondo, al contrario, il differimento dell'udienza è imposto dall'impegno concorrente nel quale va individuata un'ipotesi di impedimento assoluto tutte le volte in cui ricorrono i rigorosi presupposti individuati dalla giurisprudenza. Scatterebbe, in tal caso, la disciplina dell'art. 159, comma 1, n. 3 c.p. con la sospensione del corso della prescrizione non oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento stesso.

ASTENSIONE COLLETTIVA DALLE ATTIVITÀ GIUDIZIARIE E DIRITTO AL RINVIO DELL'UDIENZA

Solo dopo lungo e articolato *iter* interpretativo, il fondamento costituzionale, la natura giuridica, la disciplina applicabile e gli effetti nel processo, della astensione del difensore dalle attività giudiziarie, risultano inquadrabili entro una cornice dai contorni sufficientemente nitidi. Il contributo fornito dalla Corte costituzionale e da quella di legittimità, insieme alla regolamentazione della materia intervenuta nel 2000, è stato decisivo per abdicare in via definitiva alla tesi che "declassava" a legittimo impedimento il diritto al rinvio dell'udienza legato all'esercizio del diritto di libertà associativa del difensore.

Secondo acquisizione ormai consolidata, l'astensione degli avvocati dalle udienze ha conquistato

ipotesi, si ha soltanto una sospensione della attività processuale e pertanto l'interruzione del decorso della prescrizione fino alla udienza successiva, cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1778.

⁷¹ Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, cit.; T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno professionale e l'effettività della difesa tecnica*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 4, p. 46; F. Costantini, *Impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali e sospensione del corso della prescrizione: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1790.

⁷² «Il difensore attraverso la sua richiesta di rinvio ad uno piuttosto che all'altro dei due organi giudiziari che tengono udienza lo stesso giorno, può scegliere quale procedimento deve essere trattato e quale, invece, rinviato, optando per la situazione processuale maggiormente avvantaggiata, sotto il profilo della prescrizione, dalla mancata trattazione del processo», G. Da-raio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, cit.,

⁷³ Art. 6, comma 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251, cosiddetta legge *ex Cirielli*.

piena legittimazione all'interno dell'ordinamento giuridico quale espressione del fondamentale diritto di associarsi liberamente, tutelato dall'art. 18 Cost.. Le modalità del suo esercizio sono stabilite dalla legge di settore⁷⁴ e dal Codice di autoregolamentazione⁷⁵ che la integra in funzione di fonte secondaria con forza precettiva *erga omnes*⁷⁶; al suo interno il legislatore, sollecitato dalla Consulta, ha posto una serie di limiti e regole⁷⁷ nel tentativo di contemperare l'astensione e il diritto al rinvio che ne costituisce naturale corollario, con la tutela della funzione giudiziaria ed il principio costituzionale di buon andamento della amministrazione della giustizia. Benché non riconducibile alla tutela del diritto di sciopero riconosciuta dall'art. 40 Cost.⁷⁸, l'astensione dalla attività defensionale rappresenta una forma di manifestazione della dinamica associativa volta alla tutela di una forma di lavoro autonomo, da inquadrare come tale nell'ambito del diritto di associazione e oggetto di tutela nei confronti di ogni forma sociale, pur nella tutela concorrente di altri valori di pari rango costituzionale⁷⁹.

Poste queste premesse si è ritenuto «riduttivo equiparare questa forma di “protesta di categoria” ad una qualsiasi ipotesi di impedimento a comparire, nel senso che con la dichiarazione di astensione dalle udienze il difensore esercita un diritto, che il giudice deve riconoscere»⁸⁰. Pertanto, se l'adesione alla forma di agitazione di categoria, avviene nel rispetto dell'articolato prescrittivo fissato dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, esito del contemperamento tra interessi di pari rilevanza costituzionale, il giudice è vincolato a disporre il rinvio.

L'impossibilità di assimilare il diritto alla astensione del difensore all'istituto contemplato dall'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., si ripercuote anche sul piano del regime applicabile; di ciò si trova puntuale conferma nella giurisprudenza di legittimità con riferimento sia alla durata del termine di sospensione della prescrizione, sia alla operatività di tale diritto anche nei procedimenti incidentali a contraddittorio eventuale.

In merito alla prima questione, quando la sospensione è dovuta ad astensione del legale, il termine resta sospeso per l'intero periodo di differimento e non opera il limite massimo di sessanta giorni stabilito dall'art. 159, comma 1, n. 3 c.p. per il rinvio determinato da impedimento del difensore. L'ipotesi, infatti, pur connessa all'esercizio di un diritto costituzionale di libertà, è insuscettibile di beneficiare del più favorevole regime sospensivo della prescrizione previsto quando, ricorrendo l'assoluta impossibilità del difensore di partecipare all'udienza, la richiesta di rinvio discende da legittimo impedimento⁸¹.

Ma l'eterogeneità tra diritto del difensore alla astensione dalla attività giudiziaria e legittimo impedimento a comparire, è stata coerentemente sviluppata in sede di legittimità anche in relazione alla seconda delle questioni accennate. Una significativa pronuncia del 2013⁸², definita «vera e propria “svolta”» della materia⁸³, ribadendo l'autonomia concettuale tra astensione forense e legittimo impedimento, ha riconosciuto nell'ambito del giudizio abbreviato in appello e negli altri procedimenti incidentali a contraddittorio eventuale dalle caratteristiche analoghe (ad esempio, l'udienza tenuta ai sensi degli artt. 409 e 410 c.p.p.), la rilevanza del diritto al rinvio a favore del difensore aderente alla protesta di categoria.

Prima di questo intervento, l'esame delle sentenze sul tema palesava una discrasia interpretativa dovuto all'oscillante inquadramento riservato alla astensione: conforme alle fonti regolatrici relativa-

⁷⁴ L. 11 aprile 2000, n. 83, recante *Modifiche e integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati*, in *Gazz. uff.*, 11 aprile 2000, n. 85.

⁷⁵ V. *retro*, nota 30.

⁷⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, cit.; Cass., sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 1826, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2075.

⁷⁷ Si pensi al previsto obbligo di un congruo preavviso, oppure alla necessità di un ragionevole limite temporale dell'astensione.

⁷⁸ E. Gianfrancesco, *“Sciopero” degli avvocati e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 23 ss.

⁷⁹ C. cost., sent. 27 maggio 1996, n. 171, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2872.

⁸⁰ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, cit., p. 4383; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 1826, cit., p. 2076.

⁸¹ Cass., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 10621, in *CED Cass.*, n. 256067; Cass., sez. V, 8 febbraio 2010, n. 18071, in *CED Cass.*, n. 247182; Cass., sez. I, 17 giugno 2008, n. 25714, in *CED Cass.*, n. 240460; Cass., sez. II, 12 febbraio 2008, n. 20274, in *Cass., pen.*, 2008, p. 4085; in dottrina, V. Grevi, *L'adesione allo “sciopero” dei difensori non costituisce “legittimo impedimento” (a proposito del regime di sospensione della prescrizione)*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 2058; L. Iafisco, *Nuovo orientamento della suprema Corte in tema di adesione del difensore alla astensione dalle udienze e regime della prescrizione: inapplicabili i limiti di durata della sospensione previsti per il legittimo impedimento*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 4088.

⁸² Cass., sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 1826, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2075.

⁸³ T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2086.

mente al tema della prescrizione⁸⁴; viceversa, inspiegabilmente riportato nell'alveo dell'impedimento in senso tecnico, pur dopo il sopraggiunto statuto autonomo della materia, a proposito della possibilità di rinvio per astensione nei procedimenti svolti con le modalità dell'art. 127 c.p.p.⁸⁵. I giudici di legittimità individuata nel Codice di autoregolamentazione la sede primaria ove rintracciare forme, modalità, limitazioni ed esclusioni all'esercizio del diritto all'astensione, non rinvennero al suo interno alcuna norma che ne precluda al difensore l'esercizio rispetto alle attività che prevedono la sua partecipazione in via facoltativa. Infatti, l'art. 3 del suddetto Codice stabilisce il diritto al differimento delle udienze agli atti di indagine preliminare o a qualsiasi altro atto o adempimento per il quale «sia prevista la sua presenza ancorché non obbligatoria». «Il diritto di astenersi rimane integro dunque in tutti i casi di partecipazione facoltativa, ivi incluso, ma alla pari degli altri, quello – pur, di fatto, segnatamente importante – della udienza del giudizio abbreviato in appello»⁸⁶. L'importante traguardo è consacrato per mano del Collegio esteso, che promuove l'uniformità di disciplina tra udienze partecipate e a contraddittorio eventuale ai fini del diritto a ottenere il rinvio della trattazione nei riguardi del difensore "in sciopero"⁸⁷.

LEGITTIMO IMPEDIMENTO E RITI CAMERALI

L'ulteriore, rilevante tassello che, da ultimo, arricchisce la caratura della garanzia di immutabilità del difensore, si registra sul piano della sua progressiva estensione anche alle udienze camerali – diverse da quella preliminare – a prescindere dalla previsione della presenza necessaria o facoltativa del legale.

L'indirizzo ermeneutico favorevole alla esclusione del legittimo impedimento nei procedimenti disciplinati dall'art. 127 c.p.p., si è imposto per lungo tempo sulla base della considerazione per cui il contraddittorio – diversamente modulato dal legislatore a seconda delle precipue caratteristiche del contesto in cui opera – risulta garantito, nell'ambito delle udienze camerali, attraverso l'avviso di fissazione dell'udienza al difensore, con rilevanza della mancata comparizione solo se dovuta a omessa o irrituale notifica dell'avviso stesso. Nei casi in cui per ragioni di speditezza e concentrazione che il legislatore ha ritenuto di tutelare in via prioritaria, accusa e difesa vengono estromesse, è solo l'impedimento dell'imputato che abbia fatto esplicita richiesta di comparire per essere sentito, a determinare il doveroso rinvio della udienza. Unica eccezione in questo quadro si identifica con l'eventuale rinnovazione della istruttoria dibattimentale, nella quale titolare dell'azione e difensore sono di nuovo e imprescindibilmente chiamati in causa ai fini della formazione della prova⁸⁸.

Il primo "cedimento" registrato nei confronti di questo consolidato e maggioritario indirizzo, risale ad una pronuncia del 2015⁸⁹, affermativa della applicabilità del legittimo impedimento nel procedimento instaurato a seguito di appello avverso il provvedimento conclusivo del giudizio abbreviato, da tenersi con le forme tipiche del modello camerale, perciò con la partecipazione solo eventuale del difensore (artt. 443,

⁸⁴ Come visto, il caso della astensione soggiace al regime previsto per la seconda ipotesi di cui all'art. 159, comma 1, n. 3, c.p. con conseguente sospensione del termine di prescrizione per l'intero periodo di differimento, cioè "da udienza a udienza".

⁸⁵ Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *CED Cass.*, n. 210795; nel solco di questa pronuncia successivamente, Cass., sez. IV, 17 marzo 2005, n. 20576, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1861; Cass., sez. 24 maggio 2006, n. 23778, in *CED Cass.*, n. 234726; Cass., sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33392, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4778; Cass., sez. V, 16 luglio 2010, n. 36623, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2671.

⁸⁶ T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, cit., p. 2085.

⁸⁷ Cass., sez. un., 14 aprile 2015, n. 1532, in *Proc. pen. giust.*, 2015, fasc. 6, p. 109, annotata da E. Mariucci, *L'astensione degli avvocati tra punti fermi e qualche impasse*, p. 123.

⁸⁸ Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *Cass. pen.*, p. 1998, p. 3219; sulla stessa scia, Cass., sez. V, 12 maggio 2015, n. 25501, in *CED Cass.*, n. 264066; Cass., sez. IV, 18 dicembre 2014, n. 25143, in *CED Cass.*, n. 263852; Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249, in *CED Cass.*, n. 263029; Cass., sez. I, 24 novembre 2011, n. 6907, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2737; Cass., sez. V, 16 luglio 2010, n. 36623, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2671; Cass., sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33392, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4778; Cass., sez. VI, 24 maggio 2006, n. 23778, in *CED Cass.*, n. 234726; Cass., sez. IV, 17 marzo 2005, n. 20576, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1861. Nell'ottica specifica dei riti alternativi, i giudici della suprema Corte hanno ancora sostenuto che il contraddittorio svolto in forma cartolare, in grado di appello, non vanifica né l'esercizio del diritto di difesa, né lede il principio di uguaglianza, dal momento che tale possibilità discende dall'opzione, liberamente privilegiata dallo stesso imputato, di consentire l'accelerazione del procedimento in cambio di consistenti benefici sostanziali, cfr. Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249, cit.; Cass., sez. V, 6 aprile 2006, n. 16555, in *CED Cass.*, n. 234451. In senso contrario, in totale minoranza, Cass., sez. II, 11 ottobre 2000, n. 13033, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3445, con nota di P.P. Dell'Anno.

⁸⁹ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 10157, in *CED Cass.*, n. 266531.

comma 4, e 599, comma 1, c.p.p.). La natura decisoria della fase, ove si discute sia del merito che della fondatezza dell'addebito di fronte ad un giudice cui è attribuita cognizione piena, esige per identità di *ratio* con gli altri spazi in cui il previsto rimedio all'"ostacolo" partecipativo è funzionale alla effettività della difesa e del contraddittorio, l'operatività della medesima tutela. Il carattere solo eventuale dell'intervento difensivo – «i difensori sono sentiti se compaiono» stabilisce l'art. 127, comma 3, c.p.p. – non scalfisce la correttezza della ricostruzione, poiché il difensore che scelga di comparire per operare senza soluzione di continuità in una sede "minore" solo per opinione tralattizia, risulterebbe ingiustificatamente penalizzato a causa di eventi di forza maggiore indipendenti dalla sua volontà.

Si adeguano a stretto giro le Sezioni unite che aderendo all'*iter* logico-argomentativo, sanciscono l'inversione di rotta, auspicabilmente definitiva, sulla non negoziabilità della effettività della difesa tecnica sotto il profilo della rilevanza dell'impedimento, realizzata grazie all'innesto dell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p. nel prototipo di modello camerale delineato dall'art. 127 c.p.p.⁹⁰

Con una sentenza di poco successiva, la prima sezione penale della suprema Corte⁹¹ in linea di continuità con l'impostazione dell'intervento regolatore da cui prende le mosse, ne espande i confini oltre il *thema decidendum* sino a includere i procedimenti di esecuzione e sorveglianza. Il pregio della decisione risiede nella «inedita chiave interpretativa dell'archetipo camerale», per cui «l'area del diritto al rinvio, finora garantito con esclusivo riguardo alla sede dell'udienza preliminare e del dibattimento, si allarga a comprendere l'intera area dei procedimenti camerale, a prescindere – si badi – dalla natura necessaria o solo eventuale della partecipazione del difensore, per diventare così un pilastro indefettibile della difesa tecnica»⁹².

La presenza del difensore relegata sullo sfondo della procedura descritta dall'art. 127 c.p.p., ritrova la dignità del suo ruolo grazie ad un non più ritrattabile allineamento col nucleo di garanzie che la qualifica al di fuori dai riti camerale. Come detto, nel momento in cui la norma richiamata riconosce il diritto alla difesa tecnica, deve necessariamente tutelarne l'esercizio effettivo; che, in concreto, poi, il difensore possa liberamente decidere di comparire o meno, è circostanza ininfluenza rispetto alla validità della esegesi di cui la pronuncia è promotrice. Infatti, nei confronti del difensore che sceglie di partecipare, devono essere garantite le condizioni che gli consentano di esprimere una difesa tecnicamente adeguata, che certamente non potrebbe essere tale se, in ipotesi di assoluta impossibilità a comparire, venisse affidata al 'primo' collega disponibile. L'inviolabilità del diritto di difesa, la formazione della prova in contraddittorio e le condizioni di parità dei partecipanti al confronto dialettico, non ammettono ripensamenti futuri sulla inderogabile tutela da accordare alla infungibilità del difensore incaricato in via fiduciaria.

CONSIDERAZIONI FINALI

La ricognizione della disciplina sul legittimo impedimento partecipativo del difensore, consegna allo studioso un assetto raggiunto nello sforzo continuo, non sempre riuscito, di comporre le tensioni tra valori tutti di rilievo primario – inviolabilità della difesa, speditezza del processo e affermazione della giurisdizione – direttamente coinvolti nella attuazione della sua tutela.

Fermo l'indiscusso valore della tutela accordata al legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza, l'istituto presenta tuttavia risvolti molto delicati, acuti peraltro dalla sua considerevole incidenza pratica, collocandosi, appunto, tra tensioni contrapposte: l'effettività della difesa tecnica da lato e la speditezza del processo, dall'altro.

Il disposto prescrittivo generico e l'assenza di un pregresso applicativo di riferimento dato il carattere inedito dell'istituto, sconosciuto al codice Rocco, hanno lasciato ampio "spazio di manovra" al Giu-

⁹⁰ Cass. sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, in *Cass. pen.*, 2017, p. 541, commentata da E. A.A. Dei-Cas, *Ancora sul legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza: in particolare, sull'onere di nominare un sostituto processuale in caso di malattia*.

⁹¹ Cass., sez. I, 3 aprile 2018, n. 14785, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 5, p. 869. Il ricorso riguardava la correttezza dell'operato del giudice di merito che ricevuta la richiesta di rinvio dell'udienza avanzata dal difensore di fiducia per un impedimento dovuto a ragioni di salute, comunicato con prontezza e adeguatamente documentato, proseguiva comunque il procedimento di sorveglianza, previa nomina del difensore d'ufficio. Il ricorso era ritenuto meritevole di accoglimento e l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di rigetto della richiesta di rinvio, annullata.

⁹² A. Sanna, *La tutela della difesa tecnica nei riti camerale e di sorveglianza: la svolta garantista della Cassazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 869.

dice di legittimità nel lavoro di definizione contenutistica della garanzia. Si è visto, così, come a tale elaborazione debba ascriversi sia l'individuazione dei motivi di impedimento in grado di autorizzare il rinvio dell'udienza, sia l'auspicata espansione del loro perimetro operativo; non è sfuggito, però, come la Corte, per lo meno con riferimento alla mancata nomina di un sostituto in caso di impegno concorrente, pretenda attualmente dal professionista l'indicazione delle relative ragioni, "appesantendo" così il catalogo degli oneri a suo carico.

Tale ricostruzione forzando il dato normativo che, invece, rimette alla discrezionalità del difensore la designazione del sostituto, si è affermata dunque in spregio alla riserva di legge che regola la materia processuale penale ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.; di qui la sua censurabilità al pari di tutti gli altri interventi di creazione giurisprudenziale cui si assiste in maniera crescente negli ultimi anni, anche quando, come nel caso di specie, possano leggersi sullo sfondo comprensibili istanze di politica giudiziaria.

ROSA MARIA GERACI

Professore associato di Procedura penale – Università di Roma “Tor Vergata”

Detenzione e tutela del diritto alla salute*

Imprisonment and health right protection

La recente riforma dell'art. 11 della l. n. 354 del 1975 realizzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 appare ispirata da un duplice intento: completare l'opera di riordino della medicina penitenziaria avviata con il d.lgs. n. 230 del 1999, di attribuzione delle competenze al Servizio Sanitario Nazionale, e realizzare un'effettiva parità tra tutti i soggetti – liberi o meno – quanto a cure e prestazioni sanitarie usufruibili.

Il risultato, tuttavia, non appare immune da lacune e contraddizioni, in grado di depotenziare – se non inficiare in radice – l'effettivo conseguimento delle predette finalità, e dunque, la stessa portata pratica della novella.

Latest reform of article 11 of law n. 354 of 1975 by d.lgs. n. 123 of 2018 pursues a double goal: to complete penitentiary medicine rearrangement started with d.lgs. n. 230 of 1999, that gave the competences to the National Health Service, and to achieve a real equality between all people – free or not – in terms of health care and services to benefit from.

The result, however, presents gaps and inconsistencies that could spoil the achievement of the mentioned goals, and therefore, the effectiveness of the reform.

PREMESSA

Tra i molteplici profili attinti dalla normativa di parziale attuazione della delega in materia di esecuzione penitenziaria di cui alla l. 23 giugno 2017, n. 103, particolare rilievo assumono quelli inerenti l'assistenza sanitaria delle persone detenute o internate¹.

Al riguardo, il d.lgs. n. 123 del 2018 ha provveduto ad una integrale riscrittura dell'art. 11 della l. n. 354 del 1975, oltre che alla abrogazione dell'art. 240 disp. att. c.p.p., nell'intento – quantomeno dichiarato – di dotare di maggiore effettività la tutela del diritto alla salute della popolazione ristretta, svantaggiata rispetto a quella libera quanto ad accesso e livello di cure e prestazioni sanitarie².

* Con il titolo *Il diritto alla salute del detenuto e il ruolo del Servizio Sanitario Nazionale*, il presente lavoro è destinato anche alla pubblicazione nel volume *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di M. Colamussi, Torino, Giappichelli, 2019.

¹ In generale, sul tema della tutela del diritto alla salute delle persone *in vinculis*, si v. E. Aprile, “Dall'errore all'errante”: quali prospettive per una più efficace tutela del diritto alla salute ed al trattamento rieducativo del detenuto?, in *Riv. it. di medicina legale*, 2012, n. 2, p. 607 ss.; C. Colapietro, *La condizione dei carcerati*, in *Dir. e società*, 2006, n. 3, p. 333 ss.; M. L. Fadda, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, *ivi*, 2012, n. 2, p. 613 ss.; con specifico riferimento alla prospettiva europea, si v. M. Castellaneta, *L'Italia non è nuova a condanne per le condizioni di vita nei penitenziari. (Spetta agli Stati assicurare ai detenuti nelle carceri le cure appropriate per evitare che la salute peggiori)*, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 92 ss.; F. Cecchini, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2017; L. Cesaris, *Nuovi interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, n. 3, p. 213 ss.

² Sulla riforma, si v. in dottrina A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario. Decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e 124 (G.U. 26 ottobre 2018)*, in *www.penalecontemporaneo*, 7 novembre 2018; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, in *Il penalista*, Milano, Giuffrè Francis Lefevre, 2018; *Id.*, *Vita detentiva. Le novità introdotte con la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *www.ilpenalista.it*, 23 novembre 2018; M. Miravalle, *La salute psico-fisica dei detenuti*, in P. Gonella (a cura di), *Riforma ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 33 ss.; R. Polidoro-G. Terranova-R. Vigna, *Il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 di modifica dell'ordinamento penitenziario in tema di assistenza sanitaria, di procedimenti e vita detentiva*, in R. Polidoro (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario. Lavoro-Minorenni – Assistenza sanitaria e vita penitenziaria. I Decreti legislativi 2 ottobre 2018, numeri 121, 123, 124*, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, p. 89 ss.

L'opzione a favore di una «rinnovata centralità dell'esecuzione inframuraria rispetto a quella esterna al carcere»³ privilegiata dalla riforma, in discontinuità con la delega, ha reso infatti evidente la necessità di colmare il *gap* allo stato esistente, tanto più grave ove si considerino i maggiori rischi per la salute – sia fisica che psichica – cui la restrizione espone, vuoi in ragione delle condizioni di affollamento⁴ e di forzata promiscuità cui costringe, che per i disturbi comportamentali connessi alla compressione della libertà⁵.

In questa prospettiva, la novella ha cercato di operare perseguendo un duplice obiettivo: completare, da un lato, l'opera di riordino della medicina penitenziaria avviata con il d.lgs. n. 230 del 1999, di attribuzione delle competenze al Servizio Sanitario Nazionale, e realizzare, dall'altro, un'effettiva parità tra tutti i soggetti – liberi o meno – quanto ad attuazione del canone di cui all'art. 32 Cost., facendo proprie alcune delle proposte già avanzate dal cd. Progetto Pelissero⁶.

Non sono mancate, tuttavia, come si vedrà, talune contraddizioni ed omissioni, in grado di depotenziare – se non inficiare in radice – l'effettivo conseguimento delle predette finalità, e dunque, la portata pratica della riforma.

LE RAGIONI DELL'INTERVENTO RIFORMATORE

Come noto, con la l. delega 30 novembre 1998, n. 419, ed il successivo decreto legislativo di attuazione 22 giugno 1999, n. 230, è stata realizzata la riforma della sanità penitenziaria⁷, determinandosi il passaggio delle attribuzioni e competenze in materia di assistenza ai soggetti detenuti ed internati dal Ministero della Giustizia (Dipartimento Amministrazione Penitenziaria), al Ministero della Salute (Servizio Sanitario Nazionale)⁸.

Per quanto apprezzabile per la filosofia ispiratrice, volta ad introdurre una piena parità di trattamento di tutti gli individui – liberi e detenuti – nell'accesso alle cure mediche,⁹ tale scelta legislativa non è andata esente da critiche per le ripercussioni pratiche nella gestione delle specifiche esigenze della realtà carceraria¹⁰.

³F. Fiorentin, *Vita detentiva*, cit., Opzione resa evidente, ad esempio, dalla mancata attuazione dei criteri direttivi di delega inerenti l'agevolazione dell'accesso alle misure alternative e l'eliminazione degli automatismi preclusivi [art. 1, comma 85, lett. b), c) ed e) l. n. 103 del 2017].

⁴Secondo i dati riportati da D. Stasio, *La lezione di Dworkin: anche nella partita sulla sicurezza, la «briscola» è la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.questionegiustizia.it*, 30 ottobre 2018, al 22 ottobre scorso, la popolazione carceraria «era arrivata a quota 59.820 detenuti, su una capienza regolamentare di 50.598 posti (di cui 5 mila sarebbero però inagibili), quindi poco meno dei 61mila di dieci anni fa quando esplose la bomba sovraffollamento».

⁵Si tratta delle patologie tipiche delle cd. «comunità chiuse», quali malattie infettive e da contagio, favorite dalla forzata coabitazione, dalle condizioni igieniche ed alimentari, nonché dalla limitata permanenza all'aperto. A queste si aggiungono, poi, le cd. «sindromi reattive alla carcerazione».

⁶È questo il Progetto elaborato dalla *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, istituita con d.m. 19 luglio 2017 e presieduta dal prof. Marco Pelissero.

⁷Poi completata con la l. 24 dicembre 2007, n. 244 ed il d.P.C.M. del 1° aprile 2008.

⁸Nel sancire il passaggio delle competenze in questione al S.S.N., il d.lgs. n. 230 del 1999 ha precisato le competenze spettanti ai diversi enti interessati: Regioni, Ministero della Salute e Ministero della Giustizia. In particolare, si è stabilito che l'Amministrazione penitenziaria mantenga le prerogative inerenti alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, mentre le ASL si incarichino dell'organizzazione ed erogazione delle prestazioni sanitarie ai soggetti detenuti.

⁹Ispirandosi al fondamentale principio dell'«equivalenza» dell'assistenza sanitaria, il decreto n. 230 del 1999 ha previsto che il S.S.N. garantisca servizi ed eroghi prestazioni analoghe per tutti gli utenti, a prescindere dalle particolari condizioni in cui versino. In quest'ottica, si è statuito (art. 1) che «i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali». Sono, inoltre, sanciti una serie di diritti particolari spettanti ai soggetti ristretti, quali: il diritto a «livelli di prestazioni analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi»; ad «azioni di protezione, di informazione e di educazione ai fini dello sviluppo della responsabilità individuale e collettiva in materia di salute»; ad informazioni complete sul proprio stato di salute al momento dell'ingresso in carcere e per tutto il corso del periodo detentivo; ad «interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico e sociale»; all'esclusione dal sistema di compartecipazione alla spesa delle prestazioni sanitarie erogate dal SSN. Per i detenuti stranieri, si è prevista altresì l'iscrizione al SSN per il periodo di detenzione «a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia».

¹⁰La riforma, infatti, nel perseguimento dell'obiettivo egualitario, presupponeva la negazione di una «specificità» della

È, invero, un dato di fatto che il cambiamento ha generato non poche difficoltà e problemi organizzativi, in ragione sia dell'atavica insufficienza di risorse finanziarie che della disomogeneità di prestazioni offerte dal S.S.N. nei diversi ambiti territoriali¹¹.

Il risultato è stato un'erogazione dell'assistenza sanitaria nel contesto penitenziario spesso connotata da carenze e ritardi, rendendosi conseguentemente in molti istituti poco effettiva la tutela del diritto alla salute delle persone ristrette¹², in spregio a quanto sancito dalla Costituzione (art. 32) e dalle fonti sovranazionali [art. 3 Cedu; art. 35 Carta dei diritti fondamentali dell'UE; Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa dell'11 giugno 2006 (cd. "Regole penitenziarie europee"); *United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* ("the Mandela Rules"), adottate dall'assemblea generale dell'O.N.U. il 17 dicembre 2015].

Proprio nel tentativo di rimediare a tale stato di cose, l'art. 1, comma 85, lett. l), l. n. 103 del 2017, ha previsto quale criterio direttivo di riforma della disciplina dell'esecuzione la «revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena».

Il d.lgs. n. 123 del 2018 ha scelto di attuare solo la prima parte del riportato principio di delega – quella relativa all'armonizzazione delle previsioni di cui alla l. n. 354 del 1975 con i principi di cui al d.lgs. n. 230 del 1999 – tralasciando, invece, il potenziamento delle cure e dei trattamenti da riservare ai detenuti infermi di mente, che pure era stato oggetto di attenzione privilegiata tanto da parte del testo di riforma elaborato dalla commissione Pelissero, quanto della prima versione del decreto attuativo, non andata a buon fine per ragioni legate alle contingenti vicende politiche.

LA TUTELA DELLA SALUTE E DELL'INTEGRITÀ FISICA ALL'INTERNO DELL'ISTITUTO: L'"EFFETTIVITÀ" DELLE CURE

Entrando più nello specifico delle modifiche introdotte, la novella realizzata dal d.lgs. n. 123 del 2018 interviene in una pluralità di direzioni: riscrive integralmente l'art. 11 o.p. (norma cardine in tema di assistenza sanitaria ai detenuti), abroga l'art. 240 disp. att. c.p.p. ed i commi 6 e 7 dell'art. 17 d.p.r. n. 230 del 2000 (le cui previsioni sono ora riassorbite nel novellato art. 11), ed introduce modifiche all'art. 1 del d.lgs. n. 230 del 1999.

Complessivamente, l'intervento sembra mirato a declinare nelle varie potenzialità applicative pratiche due principi fondamentali: l'"effettività" delle cure e la "consapevolezza" del detenuto circa il proprio stato di salute e l'assistenza sanitaria disponibile. Garanzie, queste, sancite a favore di tutte le persone

medicina penitenziaria, il che – come efficacemente messo in rilievo (cfr. G. Tamburino, *Prefazione*, in F. De Ferrari-C.A. Romano, *Sistema penale e tutela della salute*, Giuffrè, Milano, 2003, p. XV) se può essere condivisibile per ciò che concerne il profilo sanitario in senso stretto, non esistendo patologie esclusive della popolazione detenuta o che si sviluppano solo in carcere, sembra più opinabile quanto ai "malesseri specifici" indotti dalla restrizione. Questi, infatti, appaiono spesso «non risolvibili con le modalità che nei casi corrispondenti verrebbero adottate nella società libera»: si pensi, a titolo esemplificativo, alle patologie derivanti dalla situazione di costrizione e coabitazione coatta, veicolo privilegiato di malattie infettive, ai fenomeni simulatori e dissimulatori «presenti in peculiari dimensioni e qualità all'interno della realtà carceraria»; ad alcune patologie psichiatriche e ad alcuni disturbi psicologici «concentrati in misura non rapportabile a quella di un gruppo sociale esterno»; alla imprescindibile necessità di una «risposta sollecita ed adeguata» all'interno degli istituti, sia «perché il detenuto è affidato alla responsabilità dello Stato, sia per i riflessi che ne conseguono sulla convivenza carceraria» (non solo quanto a ripercussioni sull'ordine e la disciplina dell'istituto, ma anche relativamente agli effetti di cd. "contagio psicologico" «dovuti alla fortissima partecipazione emotiva che si crea nelle sezioni dinanzi a situazioni di patologie gravi e urgenze indifferibili».

¹¹ Proprio sulle criticità connesse all'attuazione della Riforma della medicina penitenziaria si era soffermato il Tavolo 10 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale («*Salute e disagio psichico*»), che aveva cercato di individuare le strategie più adeguate per l'effettivo esercizio del diritto alla salute in carcere, formulando indicazioni per una riflessione generale ed avanzando proposte di intervento normativo. Prioritario, per incidere sui vari profili specifici individuati, era stato in ogni caso ritenuto il miglioramento dei sistemi di rilevazione epidemiologica negli ambienti penitenziari, onde ottenere le informazioni necessarie per far fronte al "fabbisogno di salute" realmente esistente.

¹² F. Fiorentin, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene, *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Milano, Giuffrè, p. 435.

soggette a restrizione: condannati a titolo definitivo, imputati in stato di custodia cautelare, internati¹³.

Più precisamente, per ciò che concerne il primo dei citati canoni – l’“effettività” delle cure – questo è perseguito attraverso la tendenziale equiparazione delle prestazioni sanitarie intramurarie a quelle esterne.

L’obiettivo è, cioè, che il S.S.N. garantisca servizi e prestazioni equivalenti a prescindere dal luogo istituzionale di erogazione degli stessi e dalle particolari condizioni dell’utenza che ne usufruisce.

In questa prospettiva, si prevede innanzitutto in apertura del rinnovato art. 11 o.p. la consacrazione del diritto dei soggetti ristretti ad avvalersi di prestazioni sanitarie efficaci, tempestive ed appropriate, allo stesso modo dei liberi: è questo, infatti, il senso della riproduzione nei primi due commi della novellata disposizione dei principi contenuti nel d.lgs. n. 230 del 1999, in virtù dei quali «il servizio sanitario nazionale opera negli istituti penitenziari e negli istituti penali per minorenni nel rispetto della disciplina sul riordino della medicina penitenziaria» e «garantisce a ogni istituto un servizio sanitario rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti e degli internati».

Ne consegue, l’obbligatorietà della predisposizione presso ogni istituto di un servizio medico e di un servizio farmaceutico calibrati sulle specifiche necessità della popolazione ivi ristretta, e dunque, idonei a soddisfare le esigenze di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione che in concreto si pongono. Ciò che, a ben vedere, può realizzarsi solo strutturando tali presidi – per quanto concerne personale afferente e prestazioni erogabili – tenendo conto del numero di detenuti esistenti in ciascun istituto e delle peculiari patologie ed esigenze terapeutiche cui occorre far fronte¹⁴.

Patologie ed esigenze che in concreto, invero, ben possono essere anche di tipo psichiatrico: sorprende dunque – lasciando alquanto perplessi quanto ad “effettività” stessa della riforma – la mancata riproduzione della previsione contenuta nel testo previgente della norma (e ribadita dal Progetto Giostra¹⁵) secondo cui ogni istituto penitenziario «dispone, inoltre, dell’opera di almeno uno specialista in psichiatria». Omissione che, con tutta probabilità, può spiegarsi alla luce dell’onnicomprendività del richiamo alla normativa sul riordino della medicina penitenziaria, nell’ambito della quale particolare importanza riveste proprio la figura dello psichiatra, di cui ogni istituto deve essere dotato.

La mancata attuazione del criterio di delega relativo all’assistenza psichiatrica può, cioè, essere intesa come una consapevole scelta legislativa di *non potenziare* tale tipo di supporto terapeutico – ad esempio, ignorando le proposte al riguardo contenute nel Progetto Pelissero (quali, l’equiparazione del disagio psichico a quello fisico ai fini del rinvio della pena ai sensi dell’art. 147 c.p. e della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1-*ter* o.p.; l’introduzione di una particolare specie di affidamento in prova per i soggetti affetti da patologie psichiche; la creazione di sezioni penitenziarie specializzate nel trattamento del disagio *de quo*)¹⁶ – ma non può, comunque, comportare un arretramento rispetto al livello di tutela già acquisito in base alla disciplina previgente, pena la vanificazione dello stesso significato dell’intervento riformatore¹⁷.

¹³ Le previsioni non si applicano, invece, ai condannati ammessi a misure alternative alla detenzione o a benefici extramurari: per tali soggetti, infatti, l’accesso alle prestazioni sanitarie avviene nelle forme ordinarie vigenti per ogni cittadino, in seguito ad eventuali autorizzazioni all’uscita dal domicilio concesse – anche in via permanente – dal magistrato di sorveglianza (Cass., sez. I, 5 novembre 1996, n. 5763, in *C.E.D. Cass.*, n. 206770).

¹⁴ In ciascun istituto è organizzato il Presidio Sanitario Penitenziario, il cui organico comprende varie figure: il medico incaricato, che eroga le cure primarie e svolge attività prescrittiva e certificativa; il medico di continuità assistenziale, che effettua le visite mediche ordinarie e gli interventi di emergenza-urgenza; il personale infermieristico. Il detenuto ha, altresì, diritto di chiedere consulenze specialistiche al medico di assistenza primaria, il quale, ove necessario, se ne avvale, disponendo gli opportuni esami strumentali.

¹⁵ Si tratta del Progetto elaborato dalla *Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso* istituita con D.M. 19 luglio 2017 e presieduta dal prof. Glauco Giostra.

¹⁶ Il progetto Pelissero, inoltre, reputava insufficiente la previsione della presenza di almeno uno psichiatra per istituto: per garantire idonei interventi di prevenzione, cura e sostegno del disagio psichico, prevedeva infatti la necessità che il S.S.N. garantisse «un presidio del dipartimento di salute mentale adeguato alle dimensioni ed alle esigenze di ogni istituto».

¹⁷ La prospettiva sembra essere condivisa da F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 21, secondo cui il rinnovato tenore del testo dell’art. 11 o.p. «garantisce l’impegno del servizio pubblico di assicurare che il livello dell’assistenza in favore dei soggetti afflitti da patologie (anche di natura psichiatrica) sia adeguato alla domanda». In senso contrario pare, invece, esprimersi A. Della Bella, *Riforma dell’ordinamento penitenziario*, cit., secondo cui «la nuova disposizione non solo non prevede il potenziamento di tale servizio (come richiesto nella legge delega e come previsto nel progetto Pelissero), ma addirittura elimina la previsione, contenuta nel “vecchio” comma 1, secondo cui ogni istituto deve

Che la pregressa attenzione alla sfera psichica non sia del tutto annientata è, del resto, indirettamente confermato dall'espressa previsione secondo cui, nell'eventualità in cui siano ristretti soggetti che abbiano in corso un programma terapeutico di transizione sessuale ai sensi della legge 14 aprile 1982, n. 164, deve essere garantita loro la continuazione del programma stesso (onde evitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'interruzione della terapia ormonale), corredandola con il «necessario supporto psicologico».

L'«effettività» delle cure della popolazione detenuta o internata è assicurata anche attraverso ulteriori previsioni.

In primis, quelle postulanti l'attuazione dei principi del cd. «metodo proattivo», della «globalità dell'intervento» sulle cause patogene, di «unitarietà dei servizi e delle prestazioni», di «integrazione dell'assistenza sociale e sanitaria» e di «continuità terapeutica» (così importante, considerati i frequenti trasferimenti di istituto dei detenuti che si verificano nella prassi).

In quest'ottica, si prevede che il soggetto ristretto, durante la permanenza in carcere, sia sottoposto a «periodici riscontri», effettuati con una cadenza calibrata sui suoi effettivi bisogni¹⁸, dovendosi in ogni caso garantire ai «detenuti ammalati» una visita quotidiana¹⁹. Quanto ai soggetti non ammalati che ne facciano richiesta, la visita è effettuata solo «quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica»²⁰, smentendosi così, invero, nei fatti quella logica di intervento sanitario «proattivo» – ossia, di «iniziativa anticipata» finalizzata ad intercettare e prevenire il rischio clinico – proclamata in via teorica dalla riforma.

Logica disattesa anche dalla mancata riproduzione della previsione contenuta nel Progetto Pelissero²¹, secondo cui «in ogni istituto devono essere svolte con continuità attività di medicina preventiva che rilevino, segnalino ed intervengano in merito alle prolungate situazioni di inerzia e di riduzione del movimento e dell'attività fisica». Statuizione significativa, volta ad anticipare – contrastandole in via preventiva – eventuali patologie connesse a situazioni di scarso movimento fisico derivanti dallo stato di limitazione della libertà personale, tanto più importante allorché il detenuto fosse sottoposto a speciali regimi trattamentali.

In ogni caso, si prevede in via generale che la prestazione dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario sia effettuata senza limitazioni concernenti gli orari, dovendosi comunque assicurare – come accennato – il principio della continuità terapeutica, onde evitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla brusca interruzione o non adeguata continuazione di terapie in atto tanto all'esterno come all'interno di altro istituto, da cui il soggetto detenuto o internato sia stato trasferito.

Si tratta di doveri che incombono direttamente sul medico del servizio incaricato, il quale deve altresì effettuare la sorveglianza sanitaria della struttura penitenziaria, secondo le disposizioni attuative del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, controllando anche l'idoneità dei detenuti rispetto alle mansioni lavorative cui eventualmente siano adibiti.

Infine, con previsione innovativa, la parificazione del trattamento sanitario intramurario a quello esterno è perseguita introducendo la possibilità che il soggetto ristretto solleciti a sue spese l'intervento di un sanitario di fiducia estraneo all'amministrazione, non solo, come già precedentemente contemplato, a fini diagnostici, ma anche medico-trattamentali, chirurgici e terapeutici.

Ai sensi del rinnovato comma 12 dell'art. 11 o.p., infatti, i detenuti e gli internati, in virtù del cd. «principio di autodeterminazione al trattamento sanitario», possono chiedere di essere visitati, curati od anche operati a proprie spese da parte di sanitari e tecnici di propria fiducia.

L'intervento ai predetti fini deve, comunque, realizzarsi all'interno della struttura penitenziaria (nel-

disporre «dell'opera di almeno uno specialista in psichiatria»: un'omissione che può forse considerarsi come un eccesso di delega, per il fatto che il legislatore delegato è intervenuto sulla materia dell'assistenza psichiatrica operando nella direzione opposta rispetto a quella indicata nella legge delega».

¹⁸ È interessante notare come tanto il Progetto Giostra quanto il Progetto Pelissero prevedessero, invece, «periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati».

¹⁹ Come osserva F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 27, il tenore testuale della previsione, contenuta nel comma 8 dell'art. 11 o.p., sembrerebbe lasciare esclusi gli *internati*.

²⁰ In discontinuità con quanto previsto dal Progetto Giostra, secondo cui invece la visita quotidiana da parte del sanitario doveva essere assicurata non solo agli ammalati, ma anche a coloro che ne avessero fatto richiesta.

²¹ Che, a sua volta, consacrava a livello di legislazione ordinaria quanto statuito dall'ultimo comma dell'art. 17 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 300.

le infermerie o nei reparti clinici o chirurgici eventualmente ivi esistenti), e previ accordi con l'A.S.L. competente, che fornisce le indicazioni pratico-organizzative cui attenersi.

Peraltro, onde evitare che l'accesso del professionista privato possa fungere da strumento attraverso cui creare «un canale informativo con e dall'esterno»²², si prevede la necessità dell'autorizzazione all'ingresso, concessa dal giudice che procede (per gli imputati) o dal direttore dell'istituto (per gli imputati dopo la sentenza di primo grado, per i condannati e per gli internati), che valuteranno la richiesta di prestazione specialistica sollecitata.

La finalità di tutela del diritto alla salute sottesa alla disposizione pare legittimare la possibilità di attivazione del reclamo giurisdizionale *ex art. 35-bis* o.p. avverso l'eventuale statuizione negativa dell'autorità competente²³.

SEGUE: LA "CONSAPEVOLEZZA" CIRCA LO STATO DI SALUTE E L'ASSISTENZA SANITARIA DISPONIBILE

Il secondo versante in direzione del quale si è mossa la riforma è stato quello della "consapevolezza" del detenuto (o internato) sulle sue condizioni di salute e sulle cure di cui può godere.

A tal fine, il novellato art. 11 o.p. prevede una serie di oneri informativi a carico dell'amministrazione pubblica, sia penitenziaria che sanitaria.

All'atto dell'ingresso in istituto è, infatti, innanzitutto previsto che sia effettuata una prima visita medica, volta a constatare le condizioni generali della persona²⁴.

Già in tale momento il soggetto *in vinculis* ha diritto di ricevere dal medico «informazioni complete sul proprio stato di salute».

Peraltro, fermo l'obbligo del referto, il sanitario è altresì tenuto ad annotare nella cartella clinica che compila «ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che la persona possa avere subito violenze o maltrattamenti», dandone comunicazione sia al direttore dell'istituto che al magistrato di sorveglianza.

È questa una novità significativa, volta ad accertare eventuali violenze o abusi che il soggetto abbia subito antecedentemente all'ingresso in istituto, ad esempio al momento dell'arresto, come avvenuto in occasione di taluni gravi fatti di cronaca che hanno scosso l'opinione pubblica²⁵.

E tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come la disposizione in discorso costituisca una variante *minor* rispetto a quella contenuta tanto nel Progetto Pelissero quanto nell'originaria versione del decreto attuativo, che, recependo al riguardo le osservazioni del Garante nazionale dei detenuti, aveva sancito l'obbligo della documentazione fotografica dei segni di violenze o maltrattamenti riscontrati.

Obbligo che, purtroppo, nel testo definitivo del comma 7 dell'art. 11 o.p. è scomparso, al pari dell'ulteriore previsione secondo cui, onde ottenere un quadro davvero esaustivo delle condizioni di salute del detenuto o internato, la prima visita medica dovesse effettuarsi «in coordinamento con il presidio psichiatrico e il servizio per le dipendenze», sì da rilevare non solo eventuali patologie fisiche, ma anche psichiche²⁶ o problematiche connesse all'uso di stupefacenti o altre sostanze, e consentire in tal modo all'amministrazione penitenziaria di adottare le cautele necessarie a prevenire o arginare atti co-

²² F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 30.

²³ L'omologa previsione contenuta nel Progetto Pelissero conteneva l'espresso inciso iniziale «a tutela del loro diritto fondamentale alla salute»: con tale dicitura si voleva esplicitare che la possibilità di richiedere di essere visitati a proprie spese costituiva «esplicazione di un diritto fondamentale della persona», sicché diventava «conseguenziale la possibilità di presentare reclamo ai sensi dell'art. 35-bis ord. penit.». L'omesso richiamo espresso a tale facoltà si giustificava per evitare che il reclamo non fosse ritenuto azionabile «in situazioni assimilabili a quella di cui all'art. 11 co. 11 ord. penit.» (*Relazione illustrativa*, p. 10).

²⁴ La disciplina di tale visita è contenuta nel comma 7 dell'art. 11 o.p., che recepisce sostanzialmente quanto previsto dalle *Regole penitenziarie europee* del 2006.

²⁵ Il riferimento è al noto "caso Cucchi" (per ulteriori episodi, si v. E. Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 39 s.). Si tratta, in sostanza, come evidenziato in dottrina, di una previsione volta ad approntare una tutela particolare al nuovo giunto allorché «le risultanze sanitarie possano far ritenere che si tratti di un soggetto fragile o potenziale vittima di atti di natura violenta», onde consentirne «una idonea collocazione in istituto», adottando «eventuali particolari tutele che possono essere apprestate a garanzia della sua incolumità» (F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 26).

²⁶ Anche il Progetto Giostra sottolineava come la prima visita medica fosse deputata ad «accertare eventuali malattie fisiche o psichiche».

stituenti manifestazione delle stesse²⁷ (quali i fenomeni di autolesionismo, o i suicidi)²⁸.

Il diritto di ricevere informazioni complete sul proprio stato di salute non è limitato al momento del primo contatto con la realtà carceraria, ma si estende a tutto «il periodo di detenzione», nonché «all'atto della rimessione in libertà»²⁹: attraverso le visite periodiche dianzi menzionate, il detenuto ha diritto di monitorare il proprio stato di salute nell'arco del tempo, onde intervenire con i trattamenti più appropriati già in istituto, proseguendoli poi – sulla base appunto delle informazioni qui ottenute – all'esterno, una volta rimesso in libertà.

Il semplice diritto ad essere informato sul proprio stato di salute risulterebbe, invero, monco se il soggetto non fosse altresì reso edotto delle possibilità diagnostico-terapeutiche di cui può usufruire durante il periodo di restrizione.

A tal fine, il comma 3 dell'art. 11 o.p. prevede che ciascuna azienda sanitaria locale nel cui ambito territoriale è ubicato un istituto penitenziario sia tenuta ad adottare la cd. “Carta dei servizi sanitari” di cui al d.lgs. n. 230 del 1999, mettendola a disposizione dei detenuti e degli internati con adeguati mezzi di pubblicità.

È questo uno strumento organizzativo fondamentale, che riepiloga le informazioni generali sull'organizzazione sanitaria, sui compiti spettanti alle varie figure professionali presenti nell'area dei presidi, sulle modalità per accedere ai diversi servizi, sulle prestazioni erogate, sulle terapie disponibili, cercando di agevolare una maggiore correlazione tra carcere e territorio, premessa indefettibile per il raggiungimento di quegli obiettivi di efficienza ed efficacia dell'assistenza fornita dal S.S.N., onde garantire il diritto alla salute di tutti gli individui, ivi compresi quelli privati della libertà personale³⁰.

Per quanto non previsto nella versione definitiva del decreto attuativo, tale Carta dovrebbe essere predisposta dopo avere consultato gli organismi di rappresentanza dei detenuti e le organizzazioni di volontariato che operano per la tutela dei loro diritti³¹, in modo tale da venire incontro alle effettive necessità che in punto di tutela del diritto consacrato all'art. 32 Cost. la realtà carceraria pone.

La Carta, inoltre, dovrebbe, essere tradotta in diverse lingue – quantomeno quelle della popolazione immigrata detenuta presente nel territorio di competenza dell'A.S.L. – assicurandone la più completa divulgazione, sia all'interno dell'istituto che fuori, attraverso forme di pubblicazione cartacea e digitale: affissione nella bacheca di ogni sezione, pubblicazione su siti *internet* istituzionali, *etc.*³².

IL RICOVERO TEMPORANEO PRESSO LUOGHI ESTERNI DI CURA

La finalità di tutelare al meglio il diritto alla salute dei soggetti reclusi ha indotto anche ad intervenire sulla disciplina del trasferimento temporaneo presso luoghi esterni di cura, consentito ove gli interventi sanitari non possano essere effettuati all'interno dell'istituzione penitenziaria.

²⁷ Allo stesso modo, non è stata riprodotta la statuizione contenuta nel previgente comma 7 dell'art. 11 o.p. secondo cui, «nel caso di sospetto di malattia psichica sono adottati senza indugio i provvedimenti del caso con rispetto delle norme concernenti l'assistenza psichiatrica e la sanità mentale».

²⁸ E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi. “Se uno cade e si sbuccia un ginocchio ...”*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 novembre 2018, p. 2, ricorda «il drammatico indicatore offerto dai suicidi in carcere»: nel 2017 «sono stati 48»; nel 2013 «erano stati 42», «scesi a 39 nel 2015 e nel 2016, per poi subire un brusco incremento lo scorso anno». «Il tasso di suicidi in carcere è stato, nel 2017, di 8,4 su 100.000 detenuti, il valore più elevato degli ultimi 5 anni: ben al di sopra della media europea – 7,2 su 100.000 detenuti –».

²⁹ Naturalmente, le informazioni riguardanti la salute della persona sono comunicate al solo diretto interessato o al suo delegato e tutto il personale sanitario è tenuto al segreto professionale. Tuttavia, con riferimento al trattamento dei dati sanitari relativi alla persona detenuta o internata, la *Relazione di accompagnamento* ai lavori del Tavolo 10 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale (pp. 17 e 18), evidenziava l'inadeguatezza generale dell'attuale impianto normativo «a soddisfare le esigenze di tutela del diritto alla riservatezza» delle persone ristrette, contemperandole con le esigenze di accesso ai dati medesimi da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

³⁰ La Carta non è rivolta solo alla popolazione detenuta, che fruisce in modo diretto dei servizi, ma anche al personale sanitario, al corpo di Polizia penitenziaria, alle articolazioni del Servizio Aziendale per la Tutela della Salute in carcere ed alle associazioni di volontariato che collaborano allo svolgimento delle attività di supporto.

³¹ Come previsto dal Progetto Pelissero.

³² Secondo F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 21, la pubblicità potrebbe essere realizzata anche mediante momenti informativi all'interno degli stabilimenti di pena.

Al riguardo, il nuovo testo del comma 4 dell'art. 11 o.p. – che ha riassorbito la regolamentazione originaria contenuta nell'art. 240 disp. att. c.p.p., contestualmente abrogato – ha provveduto ad una rivisitazione dell'assetto delle relative competenze autorizzative³³.

La scelta legislativa è stata nel senso di prevedere una “competenza tripartita”, così articolata: per gli imputati provvede il giudice che procede³⁴; per i condannati in via definitiva e per gli internati la decisione spetta al magistrato di sorveglianza; in caso di giudizio direttissimo e fino alla presentazione dell'imputato in udienza per la contestuale convalida dell'arresto in flagranza il provvedimento autorizzativo è adottato dal pubblico ministero.

Si tratta di una opzione incentrata sul principio per cui la competenza, ai fini in questione, si distribuisce in base alla posizione giuridica del soggetto, ispirandosi al criterio recepito nell'art. 279 c.p.p. In linea con quanto previsto dal Progetto Giostra, tale soluzione è invero opposta a quella che era stata privilegiata dal Progetto Pelissero, che garantiva centralità alla competenza del magistrato di sorveglianza, quale giudice di prossimità. In particolare, con riferimento agli imputati – come espressamente chiarito dalla relazione illustrativa allo stesso – si reputava non opportuno attribuire la competenza al giudice procedente «in quanto sussistono difficoltà di ordine pratico», posto che tale organo «non è una figura di magistrato di prossimità che presiede quotidianamente l'ufficio e non è solito interloquire con l'area della sanità penitenziaria»; per di più – si sottolineava – «in molti casi può trovarsi anche geograficamente in località assai distante dall'istituto penitenziario nel quale l'imputato è recluso»³⁵.

Nessun riferimento esplicito, inoltre, è stato fatto nel testo definitivo alla competenza del direttore dell'istituto, prevista nei casi di urgenza sia dal Progetto Pelissero che dall'originario schema di decreto attuativo. Nonostante il silenzio della norma, tale competenza è da ritenere, tuttavia, sussistente in virtù del disposto dell'art. 17, comma 8, d.p.r. n. 230 del 2000, che la contempla per le ipotesi in cui l'attesa del provvedimento giudiziale sarebbe pregiudizievole per la salute del detenuto o dell'internato.

Nulla si dice nemmeno in ordine alla forma che il provvedimento autorizzativo deve rivestire: ragioni sistematiche, correlate alla natura dei beni giuridici in gioco, fanno propendere per l'ordinanza, in coerenza del resto con quanto previsto dall'abrogato art. 240 disp. att. c.p.p., oltre che con le indicazioni in proposito manifestate nel corso dei lavori della Commissione legislativa ministeriale³⁶.

In ogni caso, il provvedimento autorizzativo può essere soggetto a modifica o a revoca: la prima, ove intervengano «sopravvenute ragioni di sicurezza»; la seconda, «appena vengono meno le ragioni che lo hanno determinato», ossia, i motivi del ricovero nella struttura esterna.

Si tratta di una previsione piuttosto laconica, che, da un lato, nulla dice in ordine all'autorità competente ad adottare i predetti provvedimenti e, dall'altro, sembra “imbrigliare” eccessivamente i poteri a questa spettanti.

Sotto il primo profilo, la soluzione più convincente pare essere quella di riconoscere la competenza alla modifica o alla revoca alla stessa autorità che ha emesso il provvedimento autorizzativo, soluzione coerente con la prassi affermatasi nel vigore della precedente normativa e che offre il pregio di consentire una celerità decisionale. Sotto il secondo, con specifico riferimento alla modifica, stando alla lettera della legge, questa parrebbe limitata alla sola eventualità del *sopravvenire* di esigenze securitarie, restando fuori non solo l'attenuarsi delle stesse, ma anche il ricorrere di esigenze di tipo diverso, *in primis* di tipo sanitario (si pensi, alla necessità di un trasferimento presso altra struttura esterna in seguito all'aggravarsi delle condizioni del soggetto). Una lettura poco sensata, che proprio nello spirito della riforma dovrebbe essere corretta da una prassi applicativa di tipo estensivo³⁷.

Durante la degenza nella struttura esterna di cura, se non sussiste il pericolo di fuga, il recluso non è

³³ Sulla disciplina previgente, si v. F.P. Iovino, *Sul ricovero del detenuto in luogo esterno di cura*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1550 ss.

³⁴ La norma specifica che se si tratta di organo collegiale, provvede il presidente; prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il giudice per le indagini preliminari; se è proposto ricorso per cassazione, provvede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.

³⁵ In quest'ottica, il Progetto attribuiva la competenza sulle autorizzazioni al magistrato di sorveglianza, quale giudice di prossimità, non solo ovviamente nella fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza, ma già anche dopo la pronuncia della sentenza di primo grado; mentre prima di questo momento, la competenza spettava al giudice procedente (in caso di organo collegiale, al presidente).

³⁶ F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 24.

³⁷ F. Fiorentin, *ibidem*.

sottoposto a piantonamento, a meno che tale cautela non si renda necessaria per tutelare la sua incolumità o – novità introdotta dalla riforma – quella di altri soggetti³⁸.

In tutti i casi di allontanamento ingiustificato dal luogo di ricovero – sia stato o meno disposto il piantonamento – si incorrerà nell'applicabilità dell'art. 385 c.p., verificandosi comunque la sottrazione al potere coercitivo dello Stato: si innova, dunque, sul piano testuale la disciplina anteriore, che circoscriveva ingiustificatamente l'integrazione della fattispecie di evasione alla sola ipotesi di allontanamento del recluso ricoverato senza piantonamento³⁹.

L'ASSISTENZA SANITARIA ALLE GESTANTI E ALLE PUERPERE

Le peculiari esigenze delle donne detenute erano prese in considerazione da due direttive della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario, quelle di cui alle lett. s) e t) dell'art. 1, comma 85, l. n. 103 del 2017: la prima – attuata con la novella dell'art. 14 o.p. – prevedeva la revisione della disciplina vigente in materia di misure alternative alla detenzione, onde «assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori»; la seconda – di più diretto interesse ai fini che qui ci occupano – statuiva la necessità di prevedere norme che considerassero «gli specifici bisogni e diritti delle donne detenute».

Entrambe hanno avuto un'attuazione piuttosto deludente rispetto alle attese riposte nell'intervento novellistico, confermandosi ancora una volta la scarsa attenzione legislativa verso quella che, insieme ai minori e agli stranieri, costituisce una “minoranza penitenziaria”⁴⁰.

Per ciò che concerne specificamente il tema dell'assistenza sanitaria, innovando ben poco rispetto al passato, il riformato comma 8, ultima parte, dell'art. 11 o.p., si limita a prevedere genericamente che «in ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere»⁴¹.

Null'altro viene sancito, essendo scomparse le previgenti statuizioni inerenti la possibilità per le detenute madri di tenere con sé la prole fino al compimento del terzo anno di età e la predisposizione di appositi asili nido per la cura e l'assistenza dei bambini, disposizioni entrambe confluite nel novellato art. 14 o.p., sede più appropriata, trattandosi di norme non attinenti all'organizzazione del servizio sanitario, ma alla disciplina dei rapporti madre-figlio in contesto penitenziario.

Nemmeno è stata recepita la previsione di una visita medica pediatrica per i figli delle detenute all'atto dell'ingresso in istituto, contemporanea alla prima visita medica della madre, contemplata invece dal Progetto Giostra⁴².

Ma soprattutto non è stato introdotto il nuovo comma 8-bis, elaborato dalla Commissione Giostra, secondo cui «in ogni istituto penitenziario per donne o in ogni sezione per donne sono comunque assicurati servizi specialistici dedicati e prestati possibilmente da personale femminile»⁴³.

³⁸ Come precisa F. Fiorentin, *ibidem*, il piantonamento non potrà essere disposto nel caso in cui «il pericolo si riferisca ad altri beni giuridici pur tutelati dall'ordinamento, quali ad es. la proprietà».

³⁹ Come previsto, del resto, anche dal Progetto Giostra. La nuova versione della norma aderisce, invece, alla proposta contenuta nel Progetto Pelissero.

⁴⁰ Secondo l'espressione di P. Gonnella, *Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni*, in *Costituzionalismo.it*, p. 2. Le donne costituiscono circa il 4,4% della popolazione carceraria. Percentuale che si è mantenuta sostanzialmente costante negli ultimi anni, essendo sempre pari al 4-5 %, anche negli anni di sovraffollamento carcerario. Secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia-Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, al 31 dicembre 2017 le donne detenute erano 2421, su una popolazione complessiva di 54.972 persone ristrette.

⁴¹ In base ai dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, al 31 gennaio 2019, le detenute madri presenti negli istituti penitenziari italiani erano in totale 46, con 42 figli al seguito (di queste, 19 italiane con 24 figli, e 27 straniere con 28 figli).

⁴² Il quale (comma 5) così statuiva: «se si tratta di donne che abbiano con sé la prole, anche quest'ultima viene sottoposta a visita medica, possibilmente ad opera di un pediatra, per accertarne lo stato di salute».

⁴³ Giova ricordare che ai sensi dell'art. 14 o.p. «le donne sono ospitate in istituti separati o in apposite sezioni di istituto». Gli istituti femminili nel nostro Paese sono solo cinque (Empoli, Pozzuoli, Roma “Rebibbia”, Trani, Venezia “Giudecca”), sussistendo per il resto un totale di 52 reparti *ad hoc* ricavati all'interno delle carceri maschili. Se negli istituti dedicati le donne hanno una maggiore possibilità di poter condurre una vita detentiva calibrata sui loro specifici bisogni, la situazione è decisamente peggiore nelle sezioni femminili ricavate nell'ambito di complessi penitenziari maschili. Come riconosciuto dallo stesso Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in una scheda sulla detenzione femminile realizzata nel gennaio 2015, in questi contesti «le

Si trattava di una prima, importante apertura verso le peculiarità che in generale – prescindendo dalla condizione di “gestante” o “madre” della donna – l’assistenza sanitaria declinata al femminile presuppone: riconoscere l’esistenza in quest’ambito di una differenza di genere e predisporre un sistema di assistenza specificamente calibrato sulla “donna” in quanto tale sarebbe stato essenziale per una riforma che avesse voluto davvero fare *dell’effettività e parità di accesso* alle cure e prestazioni sanitarie la sua stella polare⁴⁴.

Così, però, non è stato.

Al di là, infatti, della menzionata, generica considerazione riferita al suo ruolo di gestante o madre, la donna in sé non è fatta oggetto di un’attenzione specifica da parte del presente decreto attuativo.

Ciò che risulta tanto più grave considerando che il carcere è una istituzione “pensata” eminentemente al maschile⁴⁵, anche da un punto di vista sanitario, essendo calibrata sulle problematiche tipiche di tale genere, diverse da quelle femminili: basti pensare, a titolo esemplificativo, ai fenomeni di aggressività, non solo etero-diretta, ma anche auto-diretta, propri della detenzione maschile, riguardo ai quali invece le donne non mostrano propensione, denotando peraltro in generale una maggiore sensibilità rispetto agli uomini verso la cura della malattia⁴⁶.

Inutile dire, dunque, come si sia persa un’occasione preziosa per mettere al centro dell’attenzione sanitaria la donna in sé considerata⁴⁷, implementando i servizi per far fronte alle particolari esigenze terapeutiche di cui necessita (anche dal punto di vista psichiatrico)⁴⁸ e pianificando le attività volte a prevenire il rischio di talune patologie tipicamente femminili.

Attenzione che avrebbe avuto anche il pregio dell’allineamento agli *standard* di tutela fissati a livello internazionale, primi fra tutti quelli di cui alle *Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato* (cd. *Regole di Bangkok* – Risoluzione 2010/16 del 22 luglio 2010), che pongono in risalto le necessità proprie delle donne detenute in materia di salute ginecologica, psicologica, psichiatrica, estendendo ai bambini che si trovano in carcere con le madri il diritto ad un’assistenza sanitaria adeguata (con riferimento, ad esempio, alle cure prenatali, all’allattamento al seno, *etc.*).

IL SISTEMA DI CONTROLLI

Il delineato funzionamento dell’assistenza sanitaria all’interno delle istituzioni penitenziarie è soggetto ad un sistema di controlli di carattere amministrativo.

La relativa disciplina è contenuta nei commi 13 e 14 dell’art. 11 o.p., che introducono una regolamentazione distinta rispetto al passato quanto ad organo competente alla verifica, attivazione ed oggetto della stessa.

donne vivono prevalentemente una realtà che è pensata e realizzata nelle strutture e nelle regole per gli uomini mentre i loro bisogni specifici, in buona parte correlati ai bisogni dei loro figli, sono spesso disattesi».

⁴⁴ Come risultato dai lavori del Tavolo 3 degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale («*Donne e carcere*»; spec., All. 4, M. Graziosi, *Salute della donna e detenzione*), in questi ultimi anni studi e ricerche hanno dimostrato l’importanza di «quella che è stata chiamata medicina di genere, aderente a talune caratteristiche della salute delle donne», essendosi constatato che il genere «condiziona sia l’insorgenza che il decorso delle malattie, e spesso dà luogo a sintomi e risposte ai farmaci molto diverse fra loro». Non solo. «In passato si pensava che la salute della donna fosse prevalentemente messa a rischio dalle patologie ginecologiche e riproduttive, mentre è ovviamente errato limitarsi a quella sfera», essendo «decisiva la specifica rilevanza associata alla differenza di genere in tutta la questione della salute delle donne in carcere».

⁴⁵ In questo senso, cfr. I. Del Gosso, *Realtà e peculiarità degli istituti femminili*, in D. Pajardi-R. Adorno-C. M. Lendaro-C.A. Romano, *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018 p. 195, che sottolinea come in carcere «le donne sono generalmente emarginate una seconda volta: perché rinchiusi in spazi angusti, ove tutte le risorse – umane ed economiche, già di per sé insufficienti – sono destinate a soddisfare le esigenze della popolazione detenuta maggioritaria: quella di sesso maschile». Analogamente, I. Casciaro, *Esecuzione e carcere: uno sguardo alle problematiche femminili*, *ivi*, p. 124; M.L. Fadda, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, in www.ristrettiorizonti.it, p. 2.

⁴⁶ C. Cantone, *La detenzione al femminile*, in D. Pajardi-R. Adorno-C. M. Lendaro-C. A. Romano, *Donne e carcere*, cit., p. 191.

⁴⁷ Già il Tavolo 3 degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale («*Donne e carcere*»), evidenziava come «la questione della detenzione femminile non può esaurirsi nell’analisi della maternità in carcere», essendo molteplici i profili da prendere in considerazione (assetto generale della vita all’interno dell’istituto, formazione professionale, territorialità della pena, salute fisica e psichica, affettività e sessualità, istruzione, attività ricreative e sportive).

⁴⁸ Con riferimento al disagio psichiatrico femminile, v. *infra*, nel testo.

Se in virtù del testo previgente organo incaricato era il medico provinciale, ora la competenza spetta invece al Direttore generale dell'azienda unità sanitaria locale nel cui ambito territoriale ha sede l'istituto di reclusione.

Questi, almeno due volte l'anno, deve disporre la visita degli istituti di prevenzione e di pena, potendo attivarsi – ulteriore novità rispetto al passato – «anche in base alle segnalazioni ricevute», ossia, a seguito di apposita sollecitazione proveniente non solo dal medico incaricato per l'istituto di pena, dai Garanti dei detenuti o dal magistrato di sorveglianza, bensì dagli stessi reclusi.

Il controllo, inoltre, mentre in passato mirava anche ad accertare le condizioni igienico-sanitarie delle persone ristrette⁴⁹, adesso è invece unicamente finalizzato a verificare «l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive e le condizioni igieniche e sanitarie degli istituti». Si delinea, cioè – come confermato dalla stessa Relazione illustrativa al decreto attuativo⁵⁰ – una netta separazione di competenze ed interventi tra il dirigente dell'A.S.L. ed il medico incaricato per l'istituto penitenziario: il primo si occupa unicamente delle condizioni delle strutture penitenziarie, ma non anche dello stato di salute dei detenuti, di competenza esclusiva del secondo.

Sul Direttore generale dell'azienda unità sanitaria gravano, poi, una serie di oneri informativi: effettuati i controlli, egli deve infatti riferire sull'esito degli stessi e sui provvedimenti da adottare al Ministero della salute e al Ministero della giustizia, informando anche i competenti uffici regionali, comunali, nonché il magistrato di sorveglianza.

Nessuna comunicazione è prevista, invece, nei confronti del Garante nazionale dei detenuti. L'omissione, lungi dall'essere addebitabile ad una svista, è al contrario frutto di una consapevole scelta legislativa, imperniata sulla circostanza che a tale organo «compete [...] autonomamente il diritto di visita nei singoli istituti ai medesimi scopi». Argomentazione, invero, non del tutto convincente, posto che – come efficacemente messo in rilievo in dottrina – analogo diritto spetta anche al magistrato di sorveglianza, «e pure, tale autorità figura tra quelle destinatarie dell'informazione del direttore generale dell'azienda unità sanitaria locale»⁵¹.

CONCLUSIONI: LA SCARSA ATTENZIONE VERSO LE “FRAGILITÀ”

Nelle intenzioni originarie del legislatore delegante, l'intervento in materia di esecuzione penitenziaria avrebbe dovuto dar vita ad una riforma “organica”, di sistema, volta a superare i plurimi profili di criticità di un assetto penitenziario ormai in crisi, come riconosciuto anche a livello europeo⁵².

In questa prospettiva, le direttive della l. delega 23 giugno 2017, n. 103, cercavano di perseguire un allineamento ai principi fondamentali – costituzionali e sovraordinati – in tema di espiazione della pena (*in primis*, art. 27, comma 2 Cost. ed art. 3 C.e.d.u.), impulsando l'umanizzazione del trattamento e la finalità rieducativa dello stesso, e cercando di imprimere efficienza al sistema nel suo complesso.

Tuttavia, l'attuazione che della delega è stata realizzata ha frustrato le menzionate aspirazioni riformatrici di ampio respiro⁵³.

Gli sviluppi politici, e in particolare, l'affermarsi di una maggioranza parlamentare dotata di una sensibilità diversa rispetto alla precedente sulle tematiche in discorso, hanno indotto ad orientarsi a favore di un intervento distinto e in chiave “minore” rispetto a quello predisposto con un primo schema di decreto attuativo, dando vita ad una novella parziale, ispirata ad una filosofia di fondo di tenore opposto⁵⁴.

⁴⁹ Come previsto anche dal Progetto Giostra e dal Progetto Pelissero.

⁵⁰ La quale precisa, infatti, che «il diritto di visita del dirigente dell'azienda sanitaria [...] è riferito alle condizioni sanitarie e igieniche degli istituti e non dei reclusi».

⁵¹ F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 31.

⁵² Il riferimento è, soprattutto, alla nota sentenza della Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*. In proposito, vale la pena ricordare quanto scritto nell'*Introduzione* al Progetto elaborato dalla Commissione Giostra: «si ha la sensazione di un sostanziale fallimento dell'Ordinamento penitenziario nato con la riforma del 1975 [...] e dell'indifferibilità di un mutamento di passo – culturale prima ancora che normativo – che non può attendere una nuova condanna della Corte di Strasburgo per essere compiuto».

⁵³ Di «un'attuazione ... molto parziale» delle deleghe contenute nella legge Orlando e di «interventi di facciata, che lasciano immutata la sostanza del carcere», parla E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, cit., pp. 4 e 5.

⁵⁴ Come ricorda F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 11, il nuovo

Peraltro, pur nei limiti descritti, la riforma non sembra aver conseguito appieno gli scopi prefissati.

Con specifico riferimento al settore dell'assistenza sanitaria, invero, il "livellamento" tra prestazioni intramurarie ed esterne non pare essere stato raggiunto, permanendo una serie di criticità che sotto diversi profili continuano a rendere poco effettiva la tutela del diritto alla salute all'interno del carcere.

In proposito, colpisce innanzitutto la generale scarsa attenzione rivolta alle condizioni di maggiore "fragilità" che parte della popolazione ristretta può presentare.

Scomparso ogni riferimento alla "marginalità sociale" – contemplata, invece, dal Progetto Pelissero – molto deludente appare il modo in cui il decreto attuativo (non) affronta il tema del disagio psichico.

La scelta di non attuare il criterio di delega che prevedeva il potenziamento degli strumenti di cura e trattamento dello stesso sembra, invero, del tutto in controtendenza con le effettive necessità poste dalla realtà carceraria. Come affermato da più parti, infatti, «gli istituti penitenziari sono da sempre collettori ed amplificatori» di tale patologia ed è necessario che il legislatore e l'amministrazione «pongano particolare attenzione» verso di essa⁵⁵, costituendo «una delle maggiori emergenze di questi anni del mondo penitenziario», che «apparirà sicuramente alle criticità del futuro prossimo»⁵⁶.

Peraltro, gli approcci attualmente seguiti, oltre a non sortire gli effetti positivi auspicati, si sono rivelati forieri di ulteriori disequaglianze tra la popolazione carceraria.

L'istituzione delle cd. "Articolazioni per la Tutela della Salute mentale" all'interno di uno o più istituti penitenziari nell'ambito di ogni Regione, in attuazione dell'accordo approvato dalla Conferenza unificata in data 13 ottobre 2011, infatti, non è apparsa consona alle effettive necessità, prevedendosi «un numero di posti (306) del tutto inadeguato, già allo stato attuale, rispetto alle esigenze che l'assistenza psichiatrica in carcere deve soddisfare»⁵⁷.

Non solo. Essa ha, inoltre, acuito la marginalizzazione femminile: mentre, infatti, per gli uomini si è tentata la via di tali reparti, «vista anche la quantità di casi da affrontare», «per le donne è proprio la residualità dei casi in termini quantitativi che accentua le difficoltà»: invero, «la detenuta che ha bisogno di essere inserita in un periodo di osservazione psichiatrica rischia di essere costretta ad un totale isolamento, ma davanti a casi particolarmente delicati è difficile immaginare che l'équipe psichiatrica dell'istituto possa inventarsi qualche altra soluzione, tenendo conto che non si può immaginare che la cura psichiatrica possa essere soltanto farmacologica»⁵⁸.

Di conseguenza, è oggi quanto mai avvertita la necessità di un potenziamento dell'assistenza psichiatrica negli istituti di pena, essendo necessario a tal fine «un forte investimento in termini strutturali e di risorse umane, con la costituzione di specifiche sezioni in carcere all'interno delle quali l'esecuzione della pena possa avvenire tenendo conto delle specifiche esigenze terapeutiche e con personale, numericamente e professionalmente adeguato»⁵⁹.

La scarsa attenzione della riforma nei confronti delle "fragilità" in generale emerge anche da ulteriori profili.

Tra questi, spicca la mancata riproduzione dell'obbligo di documentazione fotografica di eventuali segni di violenza o maltrattamenti riscontrati dal sanitario in occasione dell'effettuazione della prima vista medica al momento dell'ingresso in carcere.

Si tratta di un'omissione che segna un cedimento nel livello di tutela dell'integrità fisica della persona affidata agli organi dello Stato: la sua previsione, invero, oltre a rafforzare il già previsto obbligo di referto, avrebbe garantito una traccia documentale utile anche ai fini dell'accertamento di eventuali responsabilità penali in ordine ai fatti in questione.

Governo ha rinunciato ad esercitare la delega relativa ad importanti settori della riforma, quali le misure alternative alla detenzione, gli automatismi preclusivi ai fini dell'accesso alle stesse, la giustizia riparativa e le misure di sicurezza. Ad avviso dell'Autore, si tratta, dunque, di una «riforma incompiuta», che per il suo carattere di «settorialità» e per «alcuni non secondari disallineamenti» con la filosofia ispiratrice sottesa alla prima stesura del decreto attuativo, «non può propriamente ritenersi – al di là della sua intitolazione formale – quale esercizio della delega contenuta nella l. 103/2017, segnando, piuttosto, un passaggio che sancisce una netta soluzione di continuità con essa e che, se da un lato ne sterilizza i più importanti capisaldi, pone le basi per una complessiva rivisitazione dell'esecuzione penale e penitenziaria per come essa è venuta sviluppandosi nell'ultimo decennio».

⁵⁵ *Relazione introduttiva allo schema di decreto attuativo elaborato dalla Commissione Pelissero*, p. 1.

⁵⁶ C. Cantone, *La detenzione al femminile*, cit., p. 193.

⁵⁷ *Relazione introduttiva allo schema di decreto attuativo elaborato dalla Commissione Pelissero*, p. 1.

⁵⁸ C. Cantone, *La detenzione al femminile*, cit., p. 194.

⁵⁹ *Relazione introduttiva allo schema di decreto attuativo elaborato dalla Commissione Pelissero*, p. 1.

SEGUE: CONTRADDIZIONI E LACUNE

Più in generale, poi, si rinvengono all'interno della novella talune contraddizioni ed omissioni che paiono depotenziare quell'effettività dell'assistenza sanitaria in carcere tanto perseguita a livello teorico.

In questo senso, si possono segnalare l'arretramento in punto di disciplina delle visite mediche richieste dai soggetti non ammalati, di fatto ora rimesse alla valutazione discrezionale del sanitario circa la "necessità" «in base a criteri di appropriatezza clinica», smentendosi così quell'approccio "proattivo" in punto di cure che avrebbe dovuto invece trovare piena attuazione pratica.

Rileva, inoltre, l'assenza di una disciplina delle "liste d'attesa" per l'erogazione delle prestazioni sanitarie, fondamentale ai fini di un'effettiva realizzazione del principio di continuità terapeutica: l'esperienza pratica dimostra che spesso i trasferimenti dei detenuti da un istituto penitenziario ad un altro, ricompreso nell'ambito di competenza di una diversa A.S.L., fanno perdere la precedenza acquisita in virtù di prenotazioni effettuate prima del trasferimento, compromettendosi così la possibilità di un intervento sanitario tempestivo, e quindi, efficace, a tutto discapito della salute del soggetto ristretto⁶⁰.

Inoltre, proprio a garanzia sia della continuità che della tempestività delle cure avrebbe potuto essere disciplinata l'introduzione della cd. "cartella clinica informatica"⁶¹, strumento fondamentale, che avrebbe il pregio di consentire al contempo una più agevole e completa ricostruzione dell'anamnesi del paziente ed un abbattimento dei costi connessi ad un sistema tutt'ora imperniato sulla cartella clinica cartacea (ripetizione di visite ed analisi in caso di perdita o sua incompleta tenuta, spese di fotocopiatura, etc.)⁶².

Nel complesso, inoltre, sarebbe stata quanto mai opportuna una focalizzazione dell'attenzione del legislatore sui principali fattori di problematicità per la salute all'interno del carcere – regime alimentare, ambienti malsani, stato delle strutture edilizie, mancanza di movimento e di attività sociali, atti di violenza e di autolesionismo – onde prevedere interventi mirati (quali, ad esempio, programmi di prevenzione primaria nell'ambito della nutrizione, dell'igiene degli alimenti, degli ambienti di vita e di lavoro), avvalendosi della collaborazione sinergica delle istituzioni interessate (Servizio Sanitario Regionale, Amministrazione Penitenziaria, organizzazioni di volontariato).

Interventi tutti che, peraltro, avrebbero adeguato la nostra normativa agli standard di tutela del diritto alla salute fissati a livello costituzionale ed europeo, "disinnescando" sul piano interno il rischio di ricorsi *ex art. 35-bis* o.p. (per violazione del canone di cui all'art. 32 Cost.), e sul piano sovranazionale sia quello di condanne del nostro Paese da parte della Corte e.d.u. (potendo la carenza di cure mediche per i detenuti malati costituire un trattamento inumano o degradante)⁶³, che di un rifiuto opposto all'eventuale cooperazione giudiziaria sollecitata [potendo, con riferimento al mandato d'arresto europeo, il livello insufficiente di assistenza sanitaria costituire motivo di rifiuto della consegna *ex art. 18*, comma 1, lett. h), l. n. 69 del 2005]⁶⁴.

Infine, un'ultima notazione.

La riforma – posta l'espressa clausola di esclusione contenuta nell'*incipit* della delega («Fermo re-

⁶⁰ La questione – come affermato nella relazione al primo schema di decreto attuativo – potrebbe essere affrontata e risolta attraverso specifici accordi da definire in sede di Conferenza Unificata Stato-Regioni.

⁶¹ Come ricorda F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 25, già il d.P.C. del 2008 (punto 4, obiettivi di salute e livelli essenziali di assistenza), indicava il fine di «attivare un sistema informativo alimentato da cartelle cliniche informatizzate».

⁶² Profili, questi, su cui si soffermava la Relazione di accompagnamento ai lavori del Tavolo 10 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale (p. 16), che, oltre a sottolineare l'«opportunità di adottare un sistema informatico omogeneo» di raccolta dei «diari clinici dei pazienti detenuti», evidenziava altresì l'importanza dello sviluppo di un sistema di «telemedicina», comportante il vantaggio di evitare gli spostamenti verso strutture esterne (con le connesse problematiche in termini di sicurezza), garantendo un intervento più tempestivo ai fini dell'erogazione della prestazione medica.

⁶³ Dovendo lo Stato assicurare l'integrità delle persone che ha privato della libertà (cfr., Corte edu, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia*, parr. 75-85).

⁶⁴ In argomento, si v. F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., p. 17.

stando quanto previsto dall'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354») – non contempla il regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* o.p.⁶⁵: in questo modo, tuttavia, si è forse persa l'occasione per “smussare” taluni profili d'attrito dell'attuale assetto del cd. “carcere duro” con le garanzie sovraordinate⁶⁶, profili, come noto, sempre più oggetto di attenzione tanto da parte della dottrina che della giurisprudenza, come dimostrato peraltro dai recenti interventi demolitori del Giudice delle leggi⁶⁷.

⁶⁵ In dottrina, sulla tutela della salute dei detenuti soggetti a tale regime, si v. L. Cesaris, *Tutela della salute ed esigenze cautelari per gli imputati detenuti in regime ex art. 41 bis comma 2 ord. pen.: un equilibrio difficile, forse impossibile*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2277 ss.

⁶⁶ F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, cit., pp. 9-10.

⁶⁷ Cfr. le declaratorie di incostituzionalità di cui alle sentt. n. 143 del 2013 e n. 186 del 2018 della Corte costituzionale, rispettivamente in materia di colloqui con il difensore e divieto di cuocere cibi, in www.processopenaleegiustizia.it.

Indici | Index

AUTORI | AUTHORS

Stefano Ciampi

Incompleta *discovery* al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite / *Incomplete discovery at the end of preliminary investigations: the Joint Chambers of the Court of Cassation should decide on the consequences (exclusion of evidence or nullity?)*

935

Marilena Colamussi

Rassegna bibliografica / *Bibliographic Review*

873

Paola Corvi

Decisioni in contrasto

870

Alberto De Vita

La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3 / *The new anti-corruption Law and the saving illusion of the Grand Inquisitor. Criminal law profiles of Law 9th January 2019, no. 3*

947

Jacopo Della Torre

Novità legislative interne / *National Legislative News*

830

Francesca Delvecchio

Corte costituzionale

858

Rosa Maria Geraci

Detenzione e tutela del diritto alla salute / *Imprisonment and health right protection*

1010

Rosa Gaia Grassia

Sezioni Unite

865

Rita Lopez

Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue / *Lawful impediment of the defender: achieved objectives and remaining criticalities*

992

Sergio Lorusso

Digital evidence, cybercrime e giustizia penale 2.0 / Digital evidence, cybercrime and criminal justice 2.0

821

Alessandro Milone

La fine della prescrizione? / *The end of the statute limitations?*

970

Giorgia Padua

Corte di Giustizia UE / *Court of Justice EU*

856

Francesca Proia

Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale? / *Private investigations: does the probative value postulate that the lawyer is a public official?*

881

Lorenzo Pulito <i>De jure condendo</i>	843
Natalia Rombi Sulla revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione che condannano al risarcimento del danno/ <i>The review of the penal judgements which declares the extinction of crime with condemnation to compensation for the damages</i>	904
Paolo Scotto Di Luzio Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario / <i>The Unprecedented Effects introduced by L. n. 3/2019 on the Penitentiary System</i>	977
Marcello Stellin Corte europea dei diritti dell'uomo / <i>European Court of Human Rights</i>	847
Raffaele Tecce Confisca urbanistica e prescrizione del reato / <i>The urban planning confiscation and prescription of the crime</i>	918
Elena Zanetti Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	838

PROVVEDIMENTI | MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 66	858
C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 68	859
C. cost., sent. 11 aprile 2019, n. 82	859
C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 99	860
C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 102	861
C. cost., sent. 16 maggio 2019, n. 120	862
C. cost., sent. 23 maggio 2019, n. 124	863
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 7 febbraio 2019, n. 6141	890
sentenza 2 aprile 2019, n. 14426	865
sentenza 17 aprile 2019, n. 16896	867
sentenza 22 maggio 2019, n. 22533	868
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione V, sentenza 15 gennaio 2019, n. 7585	928
Sezione III, sentenza 17 gennaio 2019, n. 2049	877
Sezione III, sentenza 7 febbraio 2019, n. 5936	915
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione I, sentenza 16 aprile 2019, n. 16557	871
Sezione III, sentenza 14 maggio 2019, n. 20781	870
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
Corte e.d.u., 19 marzo 2019, <i>E.B. c. Romania</i>	849
Corte e.d.u., 16 aprile 2019, <i>Ármannsson c. Islanda</i>	847

Corte e.d.u., 16 aprile 2019, <i>Bondar c. Ucraina</i>	852
Corte e.d.u., 2 maggio 2019, <i>Famulyak c. Ucraina</i>	853
<i>Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	
C. giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19	856
<i>Atti sovranazionali</i>	
Direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019	838
<i>Norme interne</i>	
Decreto legislativo 7 marzo 2019, n. 24 «Attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo»	830
Legge 12 aprile 2019, n. 33 «Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo»	831
Legge 26 aprile 2019, n. 36 «Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa»	833
Legge 3 maggio 2019, n. 39 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla manipolazione di competizioni sportive, fatta a Magglingen il 18 settembre 2014»	835
Legge 21 maggio 2019, n. 43 «Modifica all'art. 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso»	836
<i>De jure condendo</i>	
Proposta di legge A.C. 1564 «Modifica alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti il divieto di concessione dei benefici penitenziari»	843
Disegno di legge S. 1273 «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni»	844
Disegno di legge A.S. 1078 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice civile, nonché altre disposizioni in materia di tutela degli animali»	846
MATERIE TOPICS	
Animali (tutela degli)	
◇ Modifiche procedurali per tutelare gli animali (D.d.l. A.S. 1078 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice civile, nonché altre disposizioni in materia di tutela degli animali»)	846
Appello	
◇ Legittima la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello in caso di giudizio abbreviato (C. cost., sent. 23 maggio 2019, n. 124)	863
Assenza	
◇ Alcune precisazioni sul regime transitorio del processo <i>in absentia</i> (C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 102)	861
Confisca	
◇ Confisca urbanistica e prescrizione del reato / <i>The urban planning confiscation and prescription of the crime</i> , di Raffaele Tecce	918

Contraddittorio

- ◇ Contraddittorio, parità delle armi, *sole or decisive rule*, immediatezza (Corte e.d.u., 16 aprile 2019, *Bondar c. Ucraina*; Corte e.d.u., 2 maggio 2019, *Famulyak c. Ucraina*) 852

Cooperazione giudiziaria internazionale

- ◇ Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla manipolazione di competizioni sportive (L. 3 maggio 2019, n. 39 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla manipolazione di competizioni sportive, fatta a Magglingen il 18 settembre 2014*») 835

Criminalità organizzata

- ◇ Modifica all'art. 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso (L. 21 maggio 2019, n. 43 «*Modifica all'art. 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso*») 836
- ◇ "Ritocchi" al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (D.d.l. S. 1273 «*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni*») 844

Difesa e difensori

- ◇ Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue / *Lawful impediment of the defender: achieved objectives and remaining criticalities*, di Rita Lopez 992

- indagini difensive

- ◇ Indagini private: il valore probatorio postula che il difensore sia pubblico ufficiale? / *Private investigations: does the probative value postulate that the lawyer is a public official?*, di Francesca Proia 881

Frodi e falsificazioni

- ◇ Una nuova direttiva europea in tema di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (*Direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019*) 838

Giudizio abbreviato

- ◇ Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo (L. 12 aprile 2019, n. 33 «*Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo*») 831

Imputazione

- ◇ Il controllo del g.u.p. sull'imputazione: nessuna incompatibilità in caso di *mutatio libelli* (C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 66) 858

Indagini preliminari

- ◇ Incompleta *discovery* al termine delle indagini preliminari: sulle conseguenze sanzionatorie serve un intervento delle Sezioni Unite/ *Incomplete discovery at the end of preliminary investigations: the Joint Chambers of the Court of Cassation should decide on the consequences (exclusion of evidence or nullity?)*, di Stefano Ciampi 935

Legittima difesa

- ◇ Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa (L. 26 aprile 2019, n. 36 «*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*») 833

Mandato di arresto europeo

- ◇ L'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo è un presupposto fondamentale per integrare la nozione di «autorità giudiziaria» competente ad emettere un MAE (C. giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19) 856

Messa alla prova

- ◇ La Consulta conferma l'irrelevanza del "pre-sofferto" nel computo finale della pena in caso di esito negativo della messa alla prova del minore (C. cost., sent. 29 marzo 2019, n. 68) 859

Misure di prevenzione

- ◇ Misure di prevenzione personale e obbligo di comunicazione delle variazioni patrimoniali (Cass., sez. un., 17 aprile 2019, n. 16896) 867

Misure di sicurezza

- ◇ Omessa applicazione della misura di sicurezza nella sentenza di patteggiamento e ricorso per cassazione (Cass., sez. III, 14 maggio 2019, n. 20781) 870

Ne bis in idem

- ◇ *Ne bis in idem*, doppio binario sanzionatorio (Corte e.d.u., 16 aprile 2019, Ármannsson c. Islanda) 847

Normativa anticorruzione

- ◇ Normativa anticorruzione e regime transitorio (D.d.l. A.C. 1564 «Modifica alla l. 9 gennaio 2019, n. 3, in materia di ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti il divieto di concessione dei benefici penitenziari») 843
- ◇ La nuova legge anticorruzione e la suggestione salvifica del Grande Inquisitore. Profili sostanziali della l. 9 gennaio 2019, n. 3 / *The new anti-corruption Law and the saving illusion of the Grand Inquisitor. Criminal law profiles of Law 9th January 2019, no. 3*, di Alberto De Vita 947
- ◇ La fine della prescrizione? / *The end of the statute limitations?*, di Alessandro Milone 970
- ◇ Effetti della l. 9 gennaio 2019, n. 3 sull'esecuzione penale e sul trattamento penitenziario / *The Unprecedented Effects introduced by L. n. 3/2019 on the Penitentiary System*, di Paolo Scotto Di Luzio 977

Nuove contestazioni

- ◇ Nuove contestazioni e accesso ai riti alternativi: cade la preclusione alla richiesta di patteggiamento (C. cost., sent. 11 aprile 2019, n. 82) 859

Ordinamento penitenziario

- ◇ La Consulta estende la detenzione domiciliare "in deroga" ai casi di grave infermità psichica sopravvenuta (C. cost., sent. 19 aprile 2019, n. 99) 860
- ◇ Colloqui del detenuto sottoposto a regime detentivo ex art. 41-bis ord. penit. con i familiari tramite videoconferenza (Cass., sez. I, 16 aprile 2019, n. 16557) 871
- ◇ Detenzione e tutela del diritto alla salute / *Imprisonment and health right protection*, di Rosa Maria Geraci 1010

Particolare tenuità del fatto

- ◇ Inapplicabilità della particolare tenuità del fatto ai reati di competenza del giudice di pace. La Consulta e le Sezioni unite fanno fronte comune (C. cost., sent. 16 maggio 2019, n. 120) 862

Patrocinio a spese dello Stato

- ◇ Attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (D.lgs. 7 marzo 2019, n. 24 «Attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo») 830

Prove

- **prove digitali**
- ◇ *Digital evidence, cybercrime e giustizia penale 2.0 / Digital evidence, cybercrime and criminal justice 2.0*, di Sergio Lorusso 821
- **prove dichiarative**
- ◇ Dichiarazione resa dal perito e riforma della sentenza di assoluzione: necessità di rinnovazione dibattimentale (*Cass., sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426*) 865

Revisione

- ◇ Sulla revisione delle sentenze di proscioglimento per prescrizione che condannano al risarcimento del danno/ *The review of the penal judgements which declares the extinction of crime with condemnation to compensation for the damages*, di Natalia Rombi 904

Sospensione condizionale della pena

- ◇ Mancata concessione d'ufficio della sospensione condizionale della pena, obbligo di motivazione per il giudice d'appello e impossibilità di ricorso in cassazione per l'imputato (*Cass., sez. un., 22 maggio 2019, n. 22533*) 868

Tortura (divieto di)

- ◇ Violenza di genere, divieto di tortura, obblighi positivi di tutela (*Corte e.d.u., 19 marzo 2019, E.B. c. Romania*) 849