

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

2-2019

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

La cd. legge spazza corrotti e le regole del giusto processo
Spazza-corrotti Act and equitable trial rules

Videoriprese investigative e tutela della riservatezza
Investigative videorecording and privacy protection

Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali
Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection

No al divieto per i detenuti "al 41-bis ord. pen." di cuocere cibi
No the prohibition for "under 41-bis ord. pen." prisoners of cooking food

Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU
Home search and par. 8 ECHR

Diritto costituzionale applicato e destino del processo penale
Constitutional Law in Action and Destiny of the Criminal Process

Interferenze tra ne bis in idem processuale e sostanziale
Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

2-2019

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*

AGOSTINO 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 / *Spazza-corrotti Act: criminal policy, constitutional rules and equitable trial*** 281

Scenari | *Overviews*

- Novità legislative interne / *National Legislative News* (FABRIZIO RIPPA) 291
- Novità sovranazionali / *Supranational News* (ELENA ZANETTI) 302
- De jure condendo* (GIOIA SAMBUCCO) 309
- Corte europea dei diritti dell'uomo / *European Court of Human Rights* (ANDREA SIVIER) 312
- Corte di Giustizia UE / *Court of Justice EU* (LORENZO BELVINI) 318
- Corte costituzionale (ANGELA PROCACCINO) 322
- Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI) 329
- Rassegna bibliografica / *Bibliographic Review* (MARILENA COLAMUSSI) 331

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

Aree condominiali e videoriprese a fini investigativi

- Corte di cassazione, Sezione IV, sentenza 8 agosto 2018, n. 38230 – Pres. Piccialli; Rel. Tornesi 336
- Videoriprese investigative e tutela della riservatezza: un binomio che richiede sistemazione legislativa / *Investigative videorecording and privacy protection: a combination that demands legislative solution* (VALENTINA BONINI) 338

Misure reali e giudicato cautelare

- Corte di cassazione, sentenza 11 ottobre 2018, n. 46201 – Pres. Carcano; Rel. Petruzzellis 349
- Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali / *Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection* (STEFANO RUGGERI) 355

Art. 41-bis O.P.: illegittimo il divieto di cuocere cibi

- Corte costituzionale, sentenza 26 settembre 2018, n. 186 – Pres. Lattanzi; Rel. Zanon 367
- Privo di ragionevole giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del "carcere duro" / *Without reasonable justification, disproportionate and useless: the prohibition for detainees under "hard penitentiary regime" to cook food has been struck by the Constitutional Court* (LUCIA PARLATO) 375

L'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione

- Corte di cassazione, Sez. un., sent. 22 marzo 2018, n. 40984, – Pres. Carcano; Rel. Bonito 389
- Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione / *The accused person has the right to appeal the decision with which the Preliminary investigation Judge orders the Public Prosecutor to charge the accused persons under different facts from those related to the request to drop the case* (MENA MINAFRA) 398

Inutilizzabilità della prova dichiarata in sede rescindente e giudizio di rinvio ai soli effetti civili

- Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 3 ottobre 2018, n. 43896 – Pres. Fidelbo; Rel. Silvestri 413
 Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze / *Referral for civil effects only and criminal judgement of annulment: autonomy and interferences* (FEDERICA CENTORAME) 418

Perquisizioni domiciliari e garanzie procedurali: per Strasburgo rischio di abusi da parte degli inquirenti

- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sentenza 27 settembre 2018, ricorso n. 57278/11, causa Brazzi contro Italia 426
 Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell’ingerenza / *Home search and par. 8 ECHR: the European Court criticizes the lack of “effective control” for interference* (MARCO TORRE) 433

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

- Il patteggiamento: gli obblighi restitutori depotenziano le finalità deflattive / *The plea bargaining: the obligations of refund defuse the purposes of deflation*** (FRANCESCO VERGINE) 443

- Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da “rivedere” / *Ministerial Crimes and the position of the person accused in joined proceedings*** (ORietta BRUNO) 450

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospectives*

- “L’eterno ritorno”: vacilla l’autonoma valutazione in sede cautelare / *“The eternal return”: the autonomous assessment of precautionary measures is wavering*** (ANNALISA MANGIARACINA) 517

- Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio / *Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle for the containment of the double-track sanctions*** (CHIARA BUFFON) 526

- Forma dell’impugnazione e canoni della motivazione / *Form of the appeals and canons of the grounds of the judgment*** (CRISTIANA VALENTINI) 540

- Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale / *Constitutional Law in Action: Destination and Destiny of the Criminal Process*** (DANIELE NEGRI) 553

- Diritto di difesa e struttura del processo / *Right of defense and process structure*** (CARLA PANSINI) 562

Indici | *Index*

- Autori / *Authors* 570
 Provvedimenti / *Measures* 571
 Materie / *Topics* 572

AGOSTINO DE CARO

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi del Molise

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

Spazza-corrotti Act: criminal policy, constitutional rules and equitable trial

Il contributo esamina le linee della politica legislativa penale espressa, soprattutto, con la recente legge spazza corrotti, mettendo in evidenza le numerose e significative criticità che la riforma presenta. L'esame sintetico dei quattro aspetti di maggior impatto sul sistema penale consente di cogliere immediatamente la frattura con i principi fondamentali di molte delle novità introdotte dalla novella.

The work analyzes the lines of the criminal legislative policy expressed with the recent law Spazza Corrotti, highlighting the numerous and significant criticalities that the reform presents. The paper consists of concise examination of the four aspects of greatest impact on the penal system and it allows to immediately grasp the fracture with the fundamental principles of many of the novelties introduced by new law.

L'AMBIGUITÀ DELLA POLITICA PENALE ESPRESSA DALLE RECENTI LINEE LEGISLATIVE

L'insieme delle linee legislative, emergenti dai recenti interventi sul sistema penale, consente immediatamente di cogliere un disegno nebuloso ed incerto nella sua trama essenziale. L'esame delle ultime novelle normative e più in generale delle scelte del legislatore autorizza, infatti, oggettive (ma anche significative) perplessità; e, in verità, ancora meno rassicuranti appaiono le prospettive, poste le dichiarazioni del guardasigilli (del tipo: entro giugno riformeremo il processo penale) e le proposte sul tappeto (come l'eliminazione del divieto di *reformatio in peius* caldeggiata dall'associazione nazionale magistrati).

Il prodotto legislativo appare scadente ed è la conseguenza non solo della precaria sintassi giuridica utilizzata. Il modo con il quale vengono confezionate le leggi (anche quelle delicate, come le norme penali o processuali) appare spesso singolare. Sul piano del metodo, ad esempio, è veramente difficile comprendere e giustificare il mancato coinvolgimento preventivo dell'accademia, dell'avvocatura e della magistratura nell'individuazione delle modifiche proposte e spesso approvate attraverso il voto di fiducia¹, senza, cioè, consentire al Parlamento un sereno e proficuo dibattito e senza, soprattutto, valutare gli interventi sul testo, suggeriti, peraltro, da tutti i protagonisti del dibattito scientifico. O, ancor peggio, utilizzare la mera finzione di un coinvolgimento attraverso audizioni o pareri puntualmente disattesi.

Sfugge, in verità, la ragion d'essere di un simile comportamento, anche a chi vorrebbe comprenderne le motivazioni senza rifugiarsi esclusivamente nei luoghi comuni che disegnano una maggioranza proiettata solo a parlare alla "pancia" ed alla paura del paese, per inseguire vantaggi elettorali (invero, futuri e incerti) fondati sulle inquietudini della gente, piuttosto che sulla ricerca di reali soluzioni dei problemi.

¹ Due esempi sono eloquenti e lasciano intravedere un metodo generalizzato e non limitato ai soli interventi in ambito penale. Mi riferisco al c.d. decreto sicurezza ma anche alla legge di bilancio, approvate con la fiducia; l'ultima, in verità, è stata approvata senza consentire al parlamento non solo di approfondire ma anche di conoscere il testo, presentato dal governo (attraverso un maxi emendamento) solo qualche ora prima della sua approvazione.

Il contenuto del prodotto è, ovviamente, sempre conseguenza dello spessore del dibattito e della capacità di ascolto espressa dal legislatore.

Rappresentano bene lo scenario descritto il recentissimo decreto sicurezze il tentativo (non ancora concluso) di escludere il ricorso al rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo²: su entrambi, si sono addensati non pochi rilievi di legittimità costituzionale e, per entrambi, nessun suggerimento è stato accolto. Il primo, è stato contestato da alcuni Sindaci e da molti intellettuali per la cifra autoritaria che impone e per la modalità di trattare delicate questioni connesse ai diritti dei cittadini stranieri. Il secondo, non ancora approvato in via definitiva, punta a sottrarre alcune fattispecie dalla celebrazione del giudizio con le modalità del rito abbreviato, 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.

LE ULTERIORI INCONGRUENZE EMERGENTI DALLA PRIMA LETTURA DELLA LEGGE SPAZZA-CORROTTI

Nella stessa direzione ontologica, si pone la recente legge c.d. "spazza corrotti"³. Essa propone ulteriori e, se possibile, maggiori dubbi di costituzionalità ed in ogni caso aspetti francamente incomprensibili che rischiano di determinare un sensibile arretramento del nostro rito penale rispetto alle regole del giusto processo.

I tratti caratteristici della nuova legge sono, sul piano penalistico, collocabili in quattro ambiti principali, tutti espressione di logiche non condivisibili e, per certi versi, pericolose: l'aumento della durata delle pene ed in particolare di quelle accessorie e la loro parziale esclusione dagli effetti della sospensione condizionale della pena e della riabilitazione; la modifica della disciplina delle misure alternative alla detenzione per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, attuata attraverso l'ampliamento (illogico e immotivato) del perimetro entro il quale opera il divieto previsto dall'art. 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario; la modifica della disciplina della prescrizione; l'inserimento dell'agente sotto copertura per un'ampia serie di reati, tra cui quelli contro la pubblica amministrazione. A tali principali segmenti, si aggiungono altre modifiche, pur significative (come quelle sulla disciplina delle intercettazioni telefoniche, l'aumento delle pene per talune fattispecie o l'introduzione della collaborazione per alcuni reati contro la pubblica amministrazione), ma di minore allarme sul piano del rispetto dei principi consolidati. Ovviamente, non mancano novità positive: vale la pena di osservare, però, che esse riguardano profili sui quali vi era larga condivisione tra gli studiosi delle rispettive materie.

Oltre al marcato disinteresse per i rilievi critici proposti da quasi tutti i protagonisti del processo (gli avvocati penalisti, ad esempio, hanno proclamato, senza alcun esito, varie astensioni dalle udienze, protestando soprattutto per la modifica della prescrizione), risulta evidente la siderale distanza di alcune manipolazioni normative con l'impianto della Costituzione, della Convenzione europea, ma anche con la ragionevolezza minima che dovrebbe guidare una politica criminale degna di tal nome.

L'AMPLIAMENTO DEL PERIMETRO DELLE PENE ACCESSORIE PERPETUE E L'INASPRIMENTO DEL REGIME PENITENZIARIO PER I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: OVVERO, IL VOLTO TRUCE DELLO STATO E LA NEUTRALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA E DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA

Il primo profilo critico coinvolge sicuramente la nuova perimetrazione delle pene accessorie. Sul punto, basta prendere in considerazione la modifica dell'art. 317-bis c.p. che ha previsto, per le condanne ad una pena superiore a due anni di reclusione per i reati di peculato, corruzione, concussione, indebita induzione a dare o promettere utilità, traffico di influenze illecite, l'applicazione delle pene accessorie "perpetue" dell'interdizione dai pubblici uffici e del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione. La misura è stata propagandata, utilizzando uno spot efficace ma giuridicamente non corretto, come daspo ai corrotti.

²Per chi vuole approfondire il profilo cfr. De Caro, *Le ambigue liee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 12, p. 1627 ss.

³Legge 9 gennaio 2019, n. 3, in *GU* n. 13 del 16 gennaio 2019.

La novella è francamente sconcertante per la semplice ragione che si pone in aperto e macroscopico contrasto col principio di proporzionalità delle pene (principali ed accessorie) e con il correlato (fondamentale) principio della finalità di rieducazione della sanzione penale, al primo inscindibilmente connesso. Essa, peraltro, si inserisce nel contesto ordinamentale determinando non solo una significativa frizione con l'assetto costituzionale, ma anche nel più completo disinteresse degli orientamenti recentissimi espressi dal giudice delle leggi. La Corte costituzionale⁴ ha, infatti, poco tempo prima dell'approvazione definitiva della legge "spazza corrotti", dichiarato illegittimo l'art. 216, ult. comma, del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, nella parte in cui prevede, per i reati di bancarotta fraudolenta, l'applicazione automatica delle pene accessorie interdittive "per la durata di dieci anni".

La Consulta, pur ritenendo possibile la previsione di pene accessorie di durata diversa e maggiore rispetto alla pena principale, ha evidenziato come "essenziale a garantire la compatibilità delle pene accessorie di natura interdittiva con il volto costituzionale della sanzione penale è, infatti, che esse non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di rieducazione del reo imposto dall'art. 27 della Costituzione".

La ragion d'esser sulla quale fonda la declaratoria di illegittimità consiste "non già in via generale nel difetto di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie" per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta "bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale che precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve".

Sovrapponendo la motivazione della Corte costituzionale con la novella in esame si può facilmente leggere una macroscopica violazione dei "criteri guida" utilizzati dalla Consulta e che condurrà, con molta probabilità, alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 317-*bis* c.p. Il contrasto è evidente e propone una riflessione più ampia e complessa: è concepibile che il legislatore deliberatamente ignori le decisioni della Corte di legittimità o volutamente ne contrasti il contenuto? La scelta legislativa esprime la mancata conoscenza della decisione della Consulta ovvero manifesta una precisa scelta? Entrambe le soluzioni approdano, sia pur con differenti prospettive, ad un contrasto costituzionale francamente incomprensibile.

Le perplessità aumentano ulteriormente leggendo la disposizione che inserisce nel divieto di concessione dei benefici penitenziari molti reati contro la pubblica amministrazione. L'ampliamento del comma 1 dell'art. 4-*bis* l. ord. pen. dimostra, peraltro, come, sotto il profilo della sicurezza pubblica e della tutela della collettività, tali reati vengono valutati alla stregua dell'associazione camorristica, del voto di scambio politico mafioso, del terrorismo, dell'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, della riduzione in schiavitù, della tratta di persone o del reclutamento e dello sfruttamento della prostituzione minorile e giudicati più gravi dell'omicidio o della violenza sessuale.

Ma è evidente la differente logica e le diverse ragioni di politica criminale che presidiano il divieto di concessione delle misure alternative alla detenzione in carcere per i reati per i quali è essenziale recidere il collegamento con il territorio (come le associazioni mafiose o terroristiche); divieto in sé irragionevole per fattispecie diverse da quelle associative e, forse, neppure per queste del tutto comprensibile. Estendere il rigore normativo (nella sua forma più estrema del comma 1) dell'art. 4-*bis* l. ord. pen ad altre fattispecie solo sulla scorta della scelta di dare risalto politico alla "lotta alla corruzione", equivale a confondere le ragioni che stanno alla base della punizione, le ragioni dell'efficienza dell'investigazione, quelle dell'accertamento processuale e le prospettive della rieducazione collegata alla espiazione della pena. Ognuna di queste esigenze ha una collocazione ontologica e giuridica ben precisa che corrisponde al progetto costituzionale di utilizzare la punizione per neutralizzare i comportamenti illeciti, l'accertamento per individuare il colpevole, assicurando la presunzione di innocenza e l'espiazione della pena per rieducare o almeno non desocializzare il condannato. Confondere i vari ambiti, senza una ragione precisa e senza una solida giustificazione politico criminale, non mi pare condivisibile ed è oltremodo pericoloso per le conseguenze in termini di coerenza dell'intero sistema penitenziario e per l'assetto di principi giuridici fino ad oggi condivisi.

Nel nostro caso, peraltro, è difficile anche solo comprendere quali siano state le ragioni di politica

⁴Corte cost., sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018.

criminale che hanno indotto il legislatore ad inasprire in modo sensibile il trattamento penitenziario per le fattispecie di corruzione, concussione, induzione e peculato. Soprattutto, se si considera che la cultura giuridica e le linee legislative più recenti in materia di trattamento penitenziario stavano camminando in una direzione completamente opposta, come è testimoniato dagli ultimi provvedimenti normativi⁵ e dal dibattito svolto nel corso degli stati generali sull'esecuzione della pena.

Qualche avvisaglia, in verità, emergeva già dal sospetto affossamento del principale decreto in materia di esecuzione penale, prossimo al varo e bloccato – senza ragione – dall'ultimo parere della commissione parlamentare.

I principi di proporzionalità, ragionevolezza e rieducazione suggeriscono, peraltro, di armonizzare il sistema ed evitare al suo interno fratture ingiustificate. È davvero difficile da comprendere il diverso regime previsto per i reati di corruzione, peculato, concussione e induzione in materia cautelare con quello disegnato dalla novella in tema di benefici penitenziari.

Anche per la novità legislativa in esame appare prevalente la volontà di manifestare il volto truce dello Stato piuttosto che quella di dare attuazione ai principi della Costituzione e delle Carte dei diritti. Si vuole, cioè, dar maggiore spazio alle "istanze sociali" di irrigidimento nella lotta alla corruzione e del malaffare, piuttosto che ragionare secondo le prospettive meditate della cultura e della tecnica: ma è assai pericoloso concedere troppo spazio alle istanze sociali che, qualche volta, vorrebbero "irragionevolmente" buttare via la chiave della cella o ghigliottinare i malfattori. Prospettive non certo esaltanti per una democrazia reale.

Al sistema penitenziario italiano serve, in realtà, una drastica riduzione degli ambiti applicativi del famigerato art. 4-bis e il suo allineamento agli orientamenti espressi dalla Corte costituzionale in materia di presunzioni cautelari vista la *ratio* che lega i due ambiti e la necessità di "ridurre il ricorso al carcere", non certo l'opposto.

La modifica normativa, poi, in mancanza di una disciplina transitoria, potrà ingenerare equivoci circa la sua applicabilità. Se, infatti, si valuta l'art. 4-bis l. ord. pen. alla stregua di una norma processuale dovrebbe utilizzarsi il principio del *tempus regit actum* e ritenere il divieto applicabile 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 sospeso ex art. 656 c.p.p. ma il Tribunale di sorveglianza non ha ancora deliberato sulla richiesta di applicazione di una misura alternativa.

Se, invece, si considera, come sembra ovvio, 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, come fa la Corte EDU, in modo ampio la locuzione), risulterà evidente la non applicabilità della disposizione ai reati commessi prima della sua entrata in vigore. Peraltro, la prova del nove della correttezza di questa interpretazione può rintracciarsi nella circostanza che, per i fatti antecedenti all'entrata in vigore della disciplina, è oggettivamente inesigibile la collaborazione ex art. 323-ter c.p. introdotta dalla legge "spazza corrotti" e considerata, nell'ambito dell'art. 4-bis, comma 1, l. ord. pen., come capace di neutralizzare il divieto di concessione delle misure alternative alla detenzione.

Una così delicata questione avrebbe, però, meritato attenzione da parte del legislatore.

Senza contare che la riforma interviene in un momento storico nel quale si registra un ingiustificato trend di crescita della popolazione carceraria opposto alla decrescita dei reati, che andrebbe affrontato utilizzando il buon senso e cioè "evitando l'ipertrofia delle sanzioni penali e favorendo il progressivo reinserimento in società del condannato"⁶. Approcciare i problemi di politica criminale attraverso il massiccio ricorso al carcere sembra, invece, davvero la risposta meno adatta a governare il fenomeno in modo utile alla società.

⁵Cfr. la delega contenuta nella legge 23 giugno 2017 n. 103 (sul punto cfr. P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, Cedam 2017, p. 587 ss.) e i decreti legislativi, 2 ottobre 2018, n. 121 e 123. Cfr. pure N. La Rocca, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 1 ss.

⁶G. Giostra, *Nuove carceri non creano più sicurezza*, La Repubblica, 18 gennaio 2019.

L'AGENTE SOTTO COPERTURA E I RISCHI DI UNA APPLICAZIONE TROPPO AMPIA

Una particolare attenzione merita l'introduzione dell'agente sotto copertura nei reati contro la pubblica amministrazione. La novella è stata introdotta ampliando, nell'ambito della lettera a) dell'articolo 9, comma 1, legge 16 marzo 2006, n. 146, il perimetro delle fattispecie per cui tale speciale strumento investigativo è consentito⁷ e le condotte scriminate. In questa direzione, è stata data sostanziale attuazione alla legge 3 agosto 2009, n. 116 di ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4 (c.d. Convenzione di Merida), in materia di operazioni sotto copertura.

Il Consiglio superiore della magistratura, dopo aver dato conto dell'orientamento della Corte EDU e della esigenza di estrema cautela nell'utilizzo dell'agente sotto copertura⁸, ha evidenziato i rischi che una tale estensione potrà determinare e la necessità di evitare che l'agente sotto copertura possa addirittura "istigare o determinare i soggetti sotto indagine al compimento di atti corruttivi che, in mancanza dell'intervento dell'agente, non sarebbero stati posti in essere"⁹. Il monito è quanto mai opportuno per evitare che, nella prassi, la nuova figura possa assumere la fisionomia dell'agente provocatore, capace di "creare il reato", determinandolo, e non solo di acquisirne la prova della sua realizzazione.

Il pericolo è reale. È indiscutibile l'utilità dell'agente sotto copertura nell'ambito del contrasto alle organizzazioni criminali, dove è necessario operare all'interno della struttura per raccogliere le prove dell'illecito. In questo caso, anche se la delicatezza dello strumento investigativo impone cautela nell'utilizzo del meccanismo, è riconoscibile la sua ragion d'essere proprio nella necessità di penetrazione nei meccanismi riservati o segreti della *societas* criminale. L'occasione che, in genere, lo giustifica è ancorata saldamente ad un'opportunità investigativa. Nel caso tipico dei reati contro la pubblica amministrazione è, invece, difficile comprenderne la funzione oggettiva, senza correre il rischio che sia l'agente stesso a indurre il soggetto ad accettare la promessa o a chiedere una dazione illecita.

Il monito del Consiglio superiore della magistratura richiama un pericolo effettivo perché, sotto il profilo giuridico, si possono creare frizioni tra le condotte dell'agente provocatore e la riconoscibilità della scriminate speciale prevista dalla nuova norma. Sotto il profilo etico, invece, risulta davvero difficile accettare l'idea stessa che un ufficiale di polizia giudiziaria possa determinare qualcuno a compiere un reato per legittime finalità investigative.

UNA PERICOLOSA E INCOMPRESIBILE AMPUTAZIONE: LA ELIMINAZIONE (IMPROVVISA) DELLA PRESCRIZIONE DOPO LA SENTENZA DI PRIMO GRADO SENZA INTERVENTI SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

L'aspetto critico più evidente, sul quale maggiore è stato il dissenso dell'accademia e dell'avvocatura riguarda, però, la frettolosa (e, per certi versi, stravagante) modifica della prescrizione, dovuta ad un "improvviso" emendamento inserito nel disegno di legge sulla corruzione. La novella, in particolare, prevede che il decorso della prescrizione si sospenda (ndr: cessi definitivamente) con la sentenza di primo grado, qualunque sia l'esito. Si parla impropriamente di sospensione della prescrizione, ma in realtà si tratta della sua definitiva amputazione successiva alla prima decisione. È stato evidenziato l'errore terminologico, dovendo, si dice, più correttamente, parlarsi di interruzione del suo decorso.

In realtà, anche il richiamo all'interruzione è improprio. Nel sistema penalistico vigente, la sospensione presuppone una parentesi del decorso della prescrizione che, dopo la cessazione della causa di sospensione, continua il suo percorso (art. 159, ult. comma, c.p.); la interruzione, invece, comporta che la prescrizione interrotta inizia, dopo l'evento interruttivo, nuovamente a decorrere (art. 160, comma 3, c.p.). La norma di nuovo conio, invece, sotto le spoglie della sospensione, erroneamente evocata, na-

⁷ L'ampliamento riguarda i reati di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies c.p.

⁸ Viene richiamata la sentenza della Corte EDU 9 giugno 1998, Texeira de Castro c. Portogallo. Ove è stata individuata la violazione della Convenzione "nell'utilizzo di metodiche investigative che si concretizzano in una vera e propria pressione od incitazio- ne al crimine del soggetto sottoposto ad indagini sotto copertura" (cfr. parere del CSM al disegno di legge anticorruzione, in *Legge spazza-corrotti e riforma della prescrizione del reato: il parere del CSM*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2019).

⁹ In tale senso, cfr., testualmente, il parere del CSM al disegno di legge anticorruzione, in *Legge spazza-corrotti e riforma della prescrizione del reato: il parere del CSM*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2019.

sconde la sostanziale eliminazione della prescrizione dopo un certo evento procedurale (scelto, peraltro, in modo abbastanza casuale).

Il tema è spinoso. Indubbiamente, la disciplina della prescrizione – cioè del rapporto tra decorso del tempo e possibilità di condannare – crea, nella versione precedente alla modifica in esame e ancora vigente, una oggettiva insoddisfazione e più di una perplessità¹⁰; ma non sono maggiori di quelle generate dalla più ampia e complessiva correlazione tra tempo e celebrazione del processo¹¹. I due ambiti non possono essere scissi senza creare un cortocircuito e senza contribuire a stressare, nella sostanza, l'unica previsione costituzionale collegata allo specifico tema: la ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.).

È fin troppo noto agli operatori del diritto, infatti, che l'incombenza della prescrizione rappresenta l'elemento essenziale per accelerare la celebrazione dei processi con imputati liberi. Ed anche se non può sostenersi, in astratto, che la disciplina della prescrizione sia funzionale alla ragionevole durata del processo¹², è indubbio che, nel concreto e quotidiano operare della giustizia, i processi relativi a reati prossimi a prescrizione vengono celebrati prima di quelli per i quali il decorso del tempo non rappresenta un pericolo. Quindi, si accelera il percorso in funzione del rischio di prescrizione (e spesso le ragioni sono ancorate alla necessità di evitare provvedimenti disciplinari).

L'associazione italiana tra gli studiosi del processo penale, pur rilevando come alcuni degli effetti del sistema della prescrizione disegnato dalla legge ex Cirielli sono poco comprensibili e suggeriscono interventi modificativi, ha dovuto sottolineare, in chiave fortemente critica, che i profili problematici del "regime della prescrizione vanno fronteggiati in altro modo, facendosi carico, con visione sistematica, delle plurime disfunzioni operative del processo penale, da tempo e da più parti ampiamente segnalate. In questa prospettiva merita attenzione l'ipotesi – già coltivata in disegni di legge presentati nel recente passato – di prevedere accanto alla prescrizione del reato, una prescrizione del processo, vale a dire l'individuazione di un tempo massimo di durata dell'accertamento giurisdizionale"¹³.

Equiparare, peraltro, le sentenze di condanna e di assoluzione costituisce una confusione elementare, che il legislatore non dovrebbe consentirsi; ma anche fermare il decorso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado rappresenta una scelta decisamente contrastante con la presunzione di innocenza fino al passaggio in giudicato della decisione. Sfugge la ragione ontologica in funzione della quale il diritto all'oblio debba cessare definitivamente dopo la prima sentenza (senza distinzione di sorta) e non, ad esempio, nel momento dell'esercizio dell'azione penale o del rinvio a giudizio (allorché, cioè, la pretesa punitiva si attiva o viene chiesto il giudizio) o ancora della sentenza di appello. Quale la *ratio* della scelta? È, peraltro, molto pericoloso, soprattutto in prospettiva, riconoscere alla sentenza di primo grado un valore straripante ed eccentrico rispetto a quello attribuito dall'art. 27, comma 2, Cost. L'unico parametro di riferimento, a me pare essere la presunzione di non colpevolezza fino al passaggio in giudicato della decisione.

Intervenire sul rapporto tra tempo e processo senza porsi una prospettiva di lungo respiro che parta dal principio della ragionevole durata del processo (il cui significato minimo ed inequivocabile indica che oltre un dato periodo – concreto ed effettivo – l'accertamento è illegittimo) ed approdi alla reale convinzione secondo la quale una decisione troppo ritardata è, in sé, una decisione ingiusta (per tutte le ragioni collegate alla finalità della pena, al contraddittorio, al diritto all'oblio ecc.), passando per la esatta declinazione dei concetti di prescrizione e di ragionevole durata, certamente non omologhi, neppure strumentali o interconnessi, ma, sotto il profilo della tenuta del sistema, sicuramente non indifferenti l'uno all'altro. Questo significa pensare ad una riforma del processo organica e complessiva e non ragionare per spot isolati e in sé anche incongrui.

Per comprendere il rilievo critico, basta pensare che il legislatore attuale, in tema di interruzione del-

¹⁰ G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

¹¹ Cfr. sul punto le interessanti osservazioni di G. Insolera, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018.

¹² Sotto questo profilo appare corretta la riflessione di M. Chiavario, *Salvare la prescrizione facendo giustizia*, in *Avvenire*, 3 novembre 2018.

¹³ Cfr. il documento dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale Gian Domenico Pisapia dell'8 novembre 2018; nella stessa direzione critica si sono mossi l'Unione delle Camere penali Italiane e l'Associazione italiana dei professori di diritto penale.

la prescrizione, è stato capace di elaborare una soluzione che neppure il codice fascista aveva immaginato.

Per valutare la portata della riforma e poterne apprezzare le significative criticità devo, però, puntualizzare alcuni profili.

La prescrizione è un istituto di diritto penale sostanziale che incide sulla finalità di rieducazione della pena¹⁴ (i cui effetti sarebbero nefasti a troppa distanza dal fatto), e, per ciò stesso, essa opera “per l’intero arco temporale che separa la commissione del reato dalla sentenza irrevocabile”¹⁵.

Le tradizionali ragioni che sostengono, dal punto di vista teorico, l’istituto della prescrizione sono, secondo alcuni autori, rintracciabili: a) nell’*affievolirsi delle esigenze che giustificano la punizione*, trascorso un certo tempo dalla commissione del reato; b) nell’*accrescersi col tempo delle difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto*, con ripercussioni negative sull’esercizio del diritto di difesa¹⁶.

Io aggiungerei che, se il decorso di un lasso temporale supera limiti ragionevoli (da fissare con rigore, competenza ed in proporzione alla gravità del reato, escludendo fattispecie la cui gravità le rende imprescrivibili), la punizione stessa diventa illogica e perde i connotati essenziali di giustizia, perché tradisce tutti gli obiettivi che la caratterizzano: resterebbe solo un atto di forza, spesso inutile e solo dannoso.

In questa prospettiva, il diritto all’oblio ha una *ratio* riconoscibile e fondata sull’idea stessa di punizione.

In una prospettiva diversa, è stato autorevolmente sostenuto come le ragioni di solito utilizzate per giustificare la prescrizione hanno “la loro plausibilità se riferite al lasso di tempo che decorre dalla commissione del reato all’attivarsi della pretesa punitiva dello Stato; ma perdono qualsiasi capacità persuasiva rispetto alla vigente disciplina italiana, caratterizzata da un termine prescrizionale massimo complessivo che continua a decorrere imperterrita anche dopo il rinvio a giudizio dell’imputato, e persino dopo la sentenza di condanna di primo grado”¹⁷.

L’affermazione, che pure ha una sua oggettiva ragion d’essere, non può essere condivisa nella prospettiva accolta dalla riforma. Posso, infatti, comprendere l’ottica (in verità, parziale) secondo la quale la prescrizione del reato, valutata alla stregua del concetto di prescrizione in generale, debba logicamente interrompersi nel momento in cui viene azionata la pretesa punitiva da parte dello Stato, ma non comprendo la *ratio* di una amputazione dopo la prima sentenza, evento procedurale scelto in modo del tutto arbitrario.

Come ho sinteticamente cercato di dire, la prescrizione penalistica ha una funzione che travalica quella tipica e generale dell’omologo istituto civilistico, perché punta ad impedire, nella maggior parte dei casi, ad una condanna troppo tardiva di realizzare i suoi effetti negativi, senza, peraltro, esplicitare alcuna delle sue virtuose prerogative.

Il tema, nella sua dimensione ontologica, è stato affrontato, sia pure in relazione ad una fattispecie particolare (i c.d. eterni giudicabili e la relazione con la prescrizione), dalla Corte costituzionale che ha avuto modo di puntualizzare come “l’infinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo – con la conseguenza della tendenziale perennità della condizione di giudicabile dell’imputato, dovuta all’effetto, a sua volta sospensivo, sulla prescrizione – presenta il carattere della irragionevolezza, giacché entra in contraddizione con la *ratio* posta a base, rispettivamente, della prescrizione dei reati e della sospensione del processo. La prima è legata, tra l’altro, sia all’affievolimento progressivo dell’interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati, sia al “diritto all’oblio” dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela”¹⁸. Nella stessa decisione, viene anche sottolineato che “la sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi, altrimenti si modifica la sua natura e si altera profondamente la fattispecie alla

¹⁴ Cfr., sul punto, le sentenze della Corte costituzionale n. 115 del 2018, n. 143 del 2014, n. 324 del 2008 e n. 393 del 2006.

¹⁵ Documento redatto da alcuni professori di diritto processuale penale.

¹⁶ Cfr. G.L. Gatta, *Una riforma dirimpente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

¹⁷ F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 18 dicembre 2012.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 2015 (che richiama la sentenza n. 23 del 2013).

quale la sospensione si applica. Una sospensione del corso della prescrizione senza fine determina di fatto l'imprescrittibilità del reato, e questa situazione, in violazione dell'art. 3 Cost., dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli imputati che vengono a trovarsi in uno stato irreversibile di incapacità processuale".

La fattispecie è peculiare. Ma l'interpretazione ci fa comprendere che la sospensione della prescrizione senza successiva ripresa del decorso del tempo è intrinsecamente illegittima. Si può obiettare che, nel caso della novella del 2019, non ci troviamo dinanzi ad una sospensione in senso tecnico, ma all'amputazione della prescrizione dopo la sentenza di condanna. La nuova norma parla, però, di sospensione e di fatto costruisce il sistema come una sospensione senza possibilità di ripresa, la cui legittimità è davvero dubbia. Ma anche se si volesse superare il problema (ritenendolo una disputa terminologica), l'ipotesi di amputazione dopo la sentenza di primo grado è ancor meno comprensibile, perché consente di valutare il decorso del tempo non alla luce della fattispecie astratta ma, nella sostanza, in funzione di comportamenti soggettivi spesso dovuti al caso o alla maggiore o minore speditezza del processo. Insomma, non è più il giudicato che mette fine alla prescrizione, ma la velocità con quale si è arrivati alla prima sentenza. La logica è francamente assai sfuggente e forse anche lesiva dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzione.

La convinzione che la prescrizione non sia un farmaco per curare la lentezza del processo, evidente patologia del sistema, contiene una verità indiscutibile; è, però, altrettanto vero che essa rappresenta un modo per impedire l'effetto devastante di una condanna a distanza di molti anni dal fatto. E se la prescrizione intervenuta nel corso del processo rappresenta un fallimento per lo Stato, non può essere considerata un male in sé nella misura in cui impedisce un evidente arbitrio¹⁹. La condanna a siderale distanza dal fatto è, infatti, sempre una ingiustizia: bisogna solo stabilire qual è il tempo che separa la giustizia dall'arbitrio.

Insomma, impedire che dopo un periodo di tempo particolarmente lungo l'imputato possa essere sottoposto alla pena è un atto di coerenza. A questa esigenza, è funzionale, tradizionalmente, la prescrizione, che interviene, dunque, nel rapporto tra tempo e condanna. In questa ottica, non si può affermare la sua eccentricità rispetto alla durata ragionevole del processo. E se pure coglie nel segno chi sostiene che la disciplina della prescrizione del reato non abbia la diretta funzione di consentire la durata ragionevole del processo, è indubbio (e bisogna prenderne atto) che, in concreto, essa impedisce al processo di durare un tempo biblico, impedendo almeno gli irragionevoli eccessi.

Posso convenire sul fatto che la disciplina dettata dalla legge ex Cirielli sia, in molti casi, incongrua²⁰, ma non si deve confondere la prescrizione in sé, per come è oggi strutturata nel contesto generale dell'ordinamento penale, naturalmente proiettata sull'intero arco processuale e fino al passaggio in giudicato della sentenza, con la disciplina specificamente prevista per alcune fattispecie o con l'uso abnorme che ne viene fatto.

La responsabilità dei guasti è da attribuire alla lunghezza insopportabile e patologica del processo. Amputare la prescrizione equivale a dire: il processo dura troppo tempo, per risolvere il problema eliminiamo il concetto di tempo invece di accelerare il rito.

Ugualmente, rientra nella logica del bilanciamento di interessi concreti e nella legittima discrezionalità del legislatore, l'individuazione di una categoria di reati di particolare gravità per i quali detto principio non trova applicazione.

Per risolvere il problema ed evitare dispute teoriche, si dovrebbe mutare radicalmente il sistema e, come i processualisti sostengono da tempo, distinguere nettamente tra prescrizione del reato e prescrizione dell'azione. La prima si deve interrompere con l'esercizio dell'azione penale o col rinvio a giudizio (perché è questo il momento in cui lo Stato si attiva e cessa l'inerzia), ma la seconda deve impedire la celebrazione del processo oltre limiti ragionevoli, realizzando il progetto costituzionale previsto dall'art. 111, comma 2, Cost. In questo caso, la prescrizione processuale non potrebbe mai essere considerata un male o una patologia del sistema, ma semmai una virtuosa componente dell'ordinamento a tutela della durata ragionevole del processo.

¹⁹ Cfr., sul punto, per una diversa impostazione, G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019, cit.

²⁰ Come correttamente ritiene G. Insolera, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018; l'autore sottolinea la necessità di una modifica della disciplina della prescrizione ma interloquendo con "politici che conoscano alfabeto e grammatica dello stato di diritto".

La soluzione prospettata²¹ ha una sua razionalità, muovendosi nella direzione di sdoppiare la “prescrizione” in due segmenti distinti. Così si possono evitare finalità spurie rispetto alla essenza dell’istituto sostanziale, tutelando, però, contemporaneamente ed in modo effettivo, il valore espresso dalla norma costituzionale attraverso il nuovo meccanismo processuale.

Non può, invece, essere tollerata una riforma che, all’improvviso (senza alcun dibattito preventivo e con un confronto parlamentare ridottissimo), elimina dal sistema penale la prescrizione dopo la sentenza di primo grado, senza neppure interrogarsi sulle modalità per rendere effettiva la ragionevole durata del processo.

Essa esprime, ancora una volta, una oggettiva ambiguità della politica criminale seguita da questo legislatore e un’evidente approssimazione della cultura giuridica posta a fondamento delle scelte. È pericoloso (in)seguire esclusivamente la popolarità delle soluzioni proposte in luogo della loro efficienza tecnica e della capacità di disciplinare i fenomeni sociali. A lungo andare queste scelte improvvisate ricadranno, con guasti facilmente immaginabili, sulla coerenza e sull’ordine sistematico del sistema penale, generando fratture sempre più vistose con i principi espressi nella Costituzione e nelle Carte fondamentali dei diritti.

²¹ Che richiama un’idea già elaborata nel progetto di riforma elaborato dalla commissione di riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. G. Riccio.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Fabrizio Rippa

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)

Il 18 settembre 2018, dopo un *iter* parlamentare non privo di momenti di frizione tra le attuali forze di maggioranza, ma ciò nonostante abbastanza rapido, è stata definitivamente approvata dal Parlamento la l. 9 gennaio 2019, n. 3, intitolata “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”. Il provvedimento (pubblicato in *G.U.*, Sr. gen., 16 gennaio 2019, n. 13) è entrato in vigore il giorno 31 dello stesso mese (salvo le modifiche in tema di prescrizione, che entreranno in vigore, ai sensi del comma 2 della stessa legge, a far data dal 1 gennaio 2020).

Il provvedimento finale, come è noto, va ben oltre le iniziali intenzioni del Governo, che il 24 settembre del 2018 – tramite il Ministro della Giustizia Bonafede – aveva presentato alla Camera il d.d.l. n. 1189 in materia di reati contro la p.a., suggestivamente definito “spazza-corrotti”: nelle more dei lavori parlamentari e del dibattito politico sul tema della “giustizia” (complessivamente inteso), il progetto legislativo ha assunto una portata decisamente più ampia, investendo in particolare il delicato tema della prescrizione del reato, istituto di parte generale che era stato riformato appena un anno prima tramite la riforma Orlando, l. 23 giugno 2017, n. 103.

Il testo della legge consta di un unico articolo, composto di 30 commi, seguendo una tecnica legislativa oramai consueta e non esente da profondi aspetti di criticità, data l’eterogeneità delle modifiche introdotte, le quali non solo attengono a tre differenti “settori” (quelli indicati in rubrica), ma che all’interno degli stessi coinvolgono istituti e norme di parte generale e parte speciale (compresi alcuni comparti di legislazione complementare, come quella della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 o delle operazioni sotto copertura), di diritto processuale e di diritto penitenziario.

Nel tentativo di ricostruire quanto più schematicamente ed esaustivamente possibile le misure adottate, si procederà elencandole in base alla loro pertinenza alle tre macro-aree di intervento che caratterizzano la legge (reati contro la pubblica amministrazione; prescrizione del reato; trasparenza dei partiti e movimenti politici), il cui filo conduttore sembra essere, in ogni caso, quello di un irrigidimento del “momento” repressivo, in particolare in tema di malaffare e di conflitto di interessi nelle pubbliche amministrazioni e nel mondo partitico; anche se le misure in materia di prescrizione e quelle in tema di riabilitazione, in un certo senso, generalizzano tale “opzione punitiva”.

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Assecondando un moto di riforma perpetuo che non sembra lasciar sedimentare gli effetti delle precedenti riforme del 2012 e del 2015 (sulla base di analisi empiriche non del tutto consapevoli, che ne hanno “misurato” l’inefficacia alla stregua di parametri tutt’altro che oggettivi, e più che altro incentrati sul dato della mera percezione – benché qualificata – dei fenomeni corruttivi), con la legge in commento si è provveduto ad aumentare ulteriormente il già munito armamentario degli strumenti penali di contrasto ai principali delitti contro la pubblica amministrazione, operando sul piano strettamente sanzionatorio (ove assistiamo, in particolare, all’inasprimento delle pene accessorie); su quello delle strategie di accertamento – investigative e processuali – dei fenomeni *latu sensu* corruttivi, (ove vengono inserite nuove cause di non punibilità e si interviene sulla già discussa figura dell’agente sotto copertura, am-

pliandone la disciplina); su quello dell'esecuzione delle pene, anche questo innovato seguendo logiche di estremo rigore. Vengono inoltre accorpate in un'unica disposizione le figure del millantato credito e del traffico di influenze illecite, mediante l'abrogazione dell'art. 346 c.p. e l'inserimento delle condotte di mera asserzione di relazioni di influenza nell'ambito dell'art. 346-bis c.p. Non mancano disposizioni, poi, in tema di responsabilità "da reato" degli enti. Di seguito si riportano, raggruppate per settore di pertinenza o per tipo di intervento, tutte le innovazioni apportate dalla riforma.

Modifiche o abrogazione di reati

La novità di maggior rilievo, come detto poc'anzi, riguarda il confluire delle condotte di millantato credito nel riformulato delitto di traffico di influenze illecite, modifiche "indotte" dal contesto internazionale che ha segnalato, tramite il G.R.E.C.O., la necessità di dare quanta maggiore "copertura penale" possibile a questo tipo di accordo illecito, considerato prodromico rispetto alle ipotesi corruttive vere e proprie. Anche le altre innovazioni di ordine "sostanziale" traggono origine dalla necessità di adeguamento della legislazione interna agli obblighi di natura convenzionale.

Nel dettaglio:

- viene abrogato, *ex art. 1, comma 1, lett. s)*, l'art. 346 c.p. (millantato credito);
- contestualmente, viene modificato (*ex art. 1, comma 1, lett. t)*, nn. 1, 2 e 3) l'art. 346-bis c.p. in tema di traffico di influenze illecite: inserendo l'art. 318 c.p. nell'iniziale clausola di riserva; aggiungendo la condotte di mera vanteria di relazioni asserite (assorbendo così le vecchie ipotesi di millantato credito, che vengono parificate a quelle di sfruttamento di relazioni effettivamente esistenti); inserendo nel catalogo dei decisori pubblici destinatari dell'illecita influenza tutti i soggetti di cui all'art. 322-bis c.p.; sostituendo la più ristretta nozione di «vantaggio patrimoniale» (ai commi 1, 2 e 3) con quella di «altra utilità»; aggravando la pena base, che nel massimo passa da tre anni a quattro anni e sei mesi (rimane invariato il minimo, un anno); sostituendo il compimento di un atto contrario (o il ritardo o l'omissione di un atto dell'ufficio) con il generico esercizio della funzione o dei poteri quale possibile oggetto della futura mediazione (e dunque rendendo penalmente rilevante anche l'influenza illecita rivolta sia all'asservimento della funzione o dei poteri pubblici, sia al compimento di un atto conforme ai doveri di ufficio); inserendo l'atto contrario (o l'omissione e il ritardo dell'atto dovuto) nell'ipotesi aggravata di cui al quarto comma.

Tali modifiche, volte a dare attuazione alle indicazioni formulate in sede sovranazionale (in particolare quelle contenute nell'*Addenda al Second Compliance Report* sull'Italia, approvato dal G.R.E.C.O. il 18 giugno 2018) hanno come effetto principale, oltre ad un generale inasprimento del trattamento sanzionatorio (eccetto il caso della millanteria, visto che il precedente art. 346 prevedeva un massimo di cinque anni), quello di rendere punibile "l'acquirente" dell'illecita influenza anche nel caso di relazione con il pubblico decisore meramente millantata e non realmente esistente (con parificazione, forse incongruente, del trattamento sanzionatorio per le ipotesi di reale possibilità di sfruttamento di un rapporto effettivamente esistente con il soggetto pubblico), quale effetto della contestuale abrogazione dell'art. 346 c.p. e l'inserimento delle relative condotte tipiche nell'ambito dell'art. 416-bis c.p. In tal modo viene definitivamente reciso il legame che, in costanza del vecchio assetto normativo, assimilava il millantato credito ad un'ipotesi di tipo fraudolento, con natura pluri-offensiva (e che dunque colpiva, secondo una tesi poi diventata da ultimo minoritaria sia in dottrina che in giurisprudenza, non solo il bene del corretto funzionamento della p.a., ma, in seconda battuta, anche quello del patrimonio del "compratore di fumo"). Rimane invece piuttosto indeterminata la descrizione della condotta tipica: il riferimento all'"illecita mediazione" (e la contestuale assenza di una regolamentazione del fenomeno del *lobbying*) rende, infatti, molto difficile per l'interprete orientarsi nel distinguere tra attività di rilievo penale a mere attività di intermediazione tra portatori di interessi e soggetti pubblici decisori, soprattutto se investiti di cariche politiche;

- sempre sulla scorta delle indicazioni contenute nell'*Addenda al Second Compliance Report* sull'Italia del G.R.E.C.O. (che rimarcava l'esigenza di estendere l'ambito applicativo delle norme in materia di corruzione a tutti i pubblici ufficiali stranieri), viene modificato l'art. 322-bis c.p. (*ex art. 1, comma 1, lett. o)*, nn. 1, 2, e 3), al quale viene anche sostituita la rubrica con la seguente: «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 modifiche,

nello specifico, riguardano: l'aggiunta di due nuovi numeri, il 5-ter ed il 5-quater, al comma 1 della disposizione in esame, con i quali viene estesa la punibilità per i delitti lì richiamati anche 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 ed ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali (art. 1, comma 1, lett. o), n. 2); e la soppressione, al secondo comma, 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». In tale maniera, eliminando tali specifiche finalità, dovrebbe risultare esteso l'ambito applicativo per i delitti previsti al comma due dell'art. 322-bis c.p. (ovvero quelli di cui agli artt. 319-quater, comma 2, c.p., 321 e 322, commi 1 e 2, c.p.) quando la dazione, l'offerta o la promessa di denaro o altra utilità sia effettuata a favore di persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali (ove, per questi ultimi, sarebbe già bastato il loro inserimento ai sensi del nuovo n. 5-ter del comma 1, stante l'espresso richiamo, al n. 1 del comma 2, di tutti i soggetti indicati al primo comma dello stesso articolo).

Pene principali

A parte il caso della corruzione per l'esercizio della funzione, non si è ritenuto opportuno intervenire sulle pene principali previste per i delitti in materia di contrasto ai fenomeni corruttivi, peraltro già sensibilmente aumentate dapprima con la riforma del 2012 e successivamente con quella del 2015. Nella stessa *Relazione* di accompagnamento all'originario disegno di legge, veniva infatti affermato come «un ulteriore, generalizzato aggravamento delle pene principali non sia strumento strategicamente vincente».

Queste le modifiche:

– ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. n), vengono aumentate le pene per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione di cui all'art. 318 c.p., che viene ora punito con la reclusione da tre ad otto anni in luogo della precedente forbice che spaziava da uno a sei anni. L'aumento di pena, considerevole, potrebbe "riabilitare" la figura delittuosa in parola, la quale – pur introdotta quale ipotesi "base" di corruzione nel 2012, rispetto alle forme qualificate di corruzione per atto contrario e corruzione per esercizio della funzione – era stata presto ridotta a figura marginale dalla prassi applicativa;

– l'art 1, comma 1, lett. l) prevede, nel caso del delitto di cui all'art. 316-ter c.p. (indebita percezione di erogazioni in danno dello Stato) la pena della reclusione da uno a quattro anni (in luogo di quella che va da sei mesi a tre anni) nel caso in cui il fatto sia commesso da «un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso della sua qualità o dei suoi poteri». Considerata l'esistenza della circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 9, c.p. (che, almeno nel massimo, avrebbe "pareggiato" l'attuale sanzione prevista nel caso di soggetto attivo qualificato), tale modifica potrebbe leggersi nel senso di conferire natura autonoma, e non più circostanziata, al delitto in parola, quando commesso dai soggetti qualificati suindicati;

– pur non strettamente pertinente alla materia *de qua* (se non nel senso di voler intensificare il contrasto anche alle attività illecite prodromiche rispetto ai fenomeni propriamente corruttivi), l'art. 1, comma 1, lett. u) aumenta le pene previste per il delitto di appropriazione indebita *ex art.* 646 c.p., che ora prevede la reclusione da due a cinque anni e la multa da euro 1.000 a euro 3.000 (precedentemente la pena detentiva era fino a tre anni e quella pecuniaria fino a euro 1.032).

Pene accessorie

Una delle anime portanti della riforma (che giustifica la gergale etichettatura delle legge come "spazza-corrotti", e "sancisce" uno dei *leit-motiv* delle attuali forze politiche di maggioranza) è quella relativa alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, il cui complessivo inasprimento mira al definitivo allontanamento dei malfattori dai luoghi in cui si amministra la "cosa pubblica" (tanto da riecheggiare simbolicamente, anche per i corruttori, la figura del Daspo).

Nello specifico:

– attraverso l'art. 1, comma 1, lett. *m*) si sostituisce completamente l'art. 317-*bis* c.p. in tema di pene accessorie innovando sotto diversi aspetti la previgente disciplina: viene innanzitutto allargato il novero dei reati la cui condanna comporta l'applicazione perpetua dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione – tale ultima misura non era in precedenza prevista dall'art. 317-*bis* – aggiungendo alle ipotesi di cui agli artt. 314, 317, 319 e 319-*ter* c.p. i delitti di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), di corruzione aggravata ai sensi dell'art. 319-*bis* c.p., di induzione indebita a dare o promettere utilità (319-*quater*, comma 1, c.p.), di corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.), di c.d. corruzione attiva (art. 321 c.p.), di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), dei delitti previsti dagli artt. (contestualmente riformulati, v. *supra*) 322-*bis* e 346-*bis* c.p.; fatta salva in ogni caso la possibilità, in caso di applicazione di dette misure, di ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, aumentano considerevolmente i termini di durata nel caso di applicazione temporanea, che da uno a cinque anni passano da cinque a sette anni; il limite di condanna per ottenere la misura temporanea passa da tre anni a due anni di reclusione (considerando anche la pena base e non più solo quella inflitta in caso di circostanze attenuanti, in virtù dell'ampliamento del catalogo dei reati per i quali possono essere applicate tali misure accessorie); in ossequio al principio di proporzionalità, le pene accessorie avranno durata temporanea – sempre da cinque a sette anni – anche nel caso in cui ricorra la circostanza attenuante della particolare tenuità di cui all'art. 323-*bis*, comma 1, c.p.; nel caso della circostanza attenuante della collaborazione prevista dal secondo comma di tale ultima disposizione le sanzioni accessorie che si accompagneranno alla condanna avranno natura temporanea e durata da uno a cinque anni (tale ultima previsione si allinea, nella sua logica clemenziale, a quella, più “radicale”, della nuova causa di non punibilità prevista all'esordiente art. 323-*ter*, sul quale *infra*);

– viene sostituito, ex art. 1, comma 1, lett. *c*), l'art. 32-*quater* c.p. in tema di incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, nel quale viene aggiornato il catalogo dei reati la cui condanna comporta l'applicazione della suindicata pena accessoria temporanea se commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa (ovviamente, rispetto al novero dei reati contemplati dal novellato art. 317-*bis* c.p., dovrà tenersi conto dell'inclusione in tale disposizione sia della misura perpetua che di quella temporanea in tema di incapacità a contrattare con la p.a., con possibili difetti di coordinamento e sovrapposizioni fra le due discipline). Nello specifico vengono inseriti gli artt. 314, comma 1, 319-*ter*, 346-*bis*, 452-*quaterdecies*, c.p. e viene eliminato il riferimento all'art. 260, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152;

– la “messa al bando” dei pubblici agenti infedeli viene attuata anche tramite alcune modifiche in tema di riabilitazione (modifiche che in realtà riguardano ogni ipotesi di condanna a pena accessoria perpetua e non solo, come prevedeva l'originario disegno di legge, quelle pertinenti l'ambito dei delitti contro la p.a.): per gli effetti dell'art. 1, comma 1, lett. *i*), viene infatti aggiunto in coda all'art. 179 c.p. un nuovo comma, ai sensi del quale «la riabilitazione [...] non produce effetti sulle pene accessorie perpetue». L'estinzione delle stesse, inoltre, potrà aversi solo dopo che sia trascorso un periodo non inferiore a sette anni a partire dalla riabilitazione, sempre a condizione che il condannato abbia dato (*rectius*, continuato a dare) prove effettive e costanti di buona condotta. Dunque, e nella migliore delle ipotesi (ovverosia quella di cui all'art. 179, comma 1, c.p.), in caso di condanna cui consegua una pena accessoria perpetua, il destinatario potrà chiedere la riabilitazione solo dopo che siano trascorsi almeno tre anni dall'esecuzione o dall'estinzione per qualunque altro motivo della pena principale, dopodiché, in costanza di atteggiamento virtuoso, occorrerà aspettare altri sette anni per veder svanire anche gli effetti della pena accessoria (senza poter neanche usufruire, come si vedrà in seguito, dei benefici premiali conseguenti al buon esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali, stante la contestuale modifica dell'art. 47, comma 12, ord. penit.): lo stigma con cui il legislatore ritiene di dover marchiare i “corrottori” (chiunque, in verità, abbia subito una pena accessoria perpetua), dunque, sarà davvero difficile da lavar via, continuando ad ammantare il condannato per un periodo di almeno dieci anni dall'avvenuta espiazione della condanna principale (e si consideri che, rispetto all'originario disegno di legge, i termini per poter ottenere l'effetto estintivo sono stati notevolmente ridotti, visto che inizialmente si era pensato ad un periodo di almeno 12 anni dalla riabilitazione);

– la mano dura del legislatore riformista colpisce anche la disciplina prevista in caso di sospensione condizionale della pena: in deroga alla regola generale per la quale tale istituto riverbera effetti anche sulle pene accessorie, viene prevista, tramite l'aggiunta disposta dall'art. 1, comma 1, lett. *h*) all'art. 166, comma 1, c.p., la possibilità per il giudice di disporre «che la sospensione non estenda i suoi effetti alle

pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione», nei casi di condanna per 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*, e 346-*bis* c.p.;

– un potere discrezionale del giudice di applicare le due pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la p.a. viene previsto anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti: ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. e), n. 2, viene aggiunto il comma 1-*ter* all'art. 445 c.p.p., in virtù del quale il giudice potrà ora disporre l'applicazione di tali provvedimenti anche nel caso in cui la pena *ex art. 444*, comma 2, c.p.p. applicata per i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, e 346-*bis* c.p., non superi i due anni di reclusione soli o congiunti alla pena pecuniaria, limite che solitamente inficia la possibilità di applicare le misure accessorie ai sensi del primo comma dello stesso art. 445 c.p. (il quale viene appositamente modificato, *ex art. 1*, comma 4, lett. e), n. 1, mediante l'aggiunta finale del periodo: «Nei casi previsti dal presente comma è fatta salva l'applicazione del comma 1-*ter*»);

– sempre in tema di “patteggiamento”, viene prevista la possibilità (mediante l'aggiunta del comma 3-*bis* all'art. 444 c.p.p., *ex art. 1*, comma 4, lett. d) che nel corso dei procedimenti per i delitti di cui al punto precedente, la richiesta della pena possa essere formulata dalla parte in maniera tale da subordinarne l'efficacia all'esenzione 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 dovrà rigettare la richiesta qualora ritenga, sempre in base al suo potere discrezionale, di applicare le pene accessorie o ritenga che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa.

La riparazione pecuniaria

Sulla scia di alcune indicazioni avanzate in sede O.C.S.E. tramite il *Working Group on Bribery* (organismo che vigila sull'attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali), è stata modificata la disciplina relativa alla riparazione pecuniaria *ex art. 322-quater* c.p. (*ex art. 1*, comma 1, lett. q) In verità l'organismo internazionale suggeriva (tramite le raccomandazioni rivolte all'Italia nel 2014) di valutare l'opportunità di introdurre sanzioni pecuniarie nei confronti di soggetti condannati per corruzione, mentre il legislatore nostrano ha ritenuto non opportuno intervenire sull'impianto delle pene principali, preferendo rivolgere le sue attenzioni all'eterogenea platea degli strumenti sanzionatori ablativi dei proventi da reato. Viene così modificato l'art. 322-*quater* c.p. (introdotto nel 2015, ed il cui inquadramento sistematico è risultato sin da subito problematico), amplificandone la portata afflittiva (e dunque sanzionatoria in senso stretto) e rendendo ancora più difficili i già imperfetti meccanismi di coordinamento con la figura della confisca *ex art. 322-ter* c.p. Nello specifico, le modifiche riguardano:

– l'introduzione dell'art. 321 c.p. nel catalogo dei reati “presupposto”, per cui tale misura sanzionatoria verrà da oggi applicata anche al corruttore o non solo più all'agente pubblico corrotto;

– la sostituzione della precedente dizione «di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'art. 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia» con la seguente: «di 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 dall'incaricato di un pubblico servizio» (con modifiche rispetto al progetto iniziale, ove il carattere schiettamente sanzionatorio della misura era ancora più accentuato, essendo originariamente previsto che la somma da devolvere non dovesse essere comunque inferiore a euro 10.000);

– viene coerentemente modificato anche l'art. 165 c.p., comma 4, c.p. (tramite l'art. 1, comma 1, lett. g), adeguandolo alla nuova formulazione dell'art. 322-*quater* c.p. Come si ricorderà, tale disposizione, introdotta nel 2015, rende tale misura un obbligo al cui adempimento il giudice è tenuto a subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena;

– sempre in tema di misure ablatorie, viene introdotto l'art 322-*ter*.1, rubricato «custodia giudiziale dei beni sequestrati» (art. 1, comma 1, lett. p). Secondo tale disposizione «i beni sequestrati nell'ambito dei procedimenti penali relativi ai delitti indicati nell'art. 322-*ter*, diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, possono essere affidati dall'autorità giudiziaria in custodia giudiziale agli organi della polizia giudiziaria che ne facciano richiesta per le proprie esigenze operative».

Causa di non punibilità

Di particolare rilievo, ai fini del rafforzamento delle strategie di contrasto alla delittuosità corruttiva, è la previsione nel codice penale di una nuova causa speciale di non punibilità per chi denuncia l'accordo illecito (misura che venne già pensata, e poi mai attuata, ai tempi della c.d. "proposta di Cernobio"). Tale operazione viene realizzata mediante l'introduzione, *ex art. 1, comma 1, lett. r)*, dell'art. 323-ter c.p. Secondo tale nuova ipotesi «non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili». Il secondo comma della novella disposizione stabilisce che «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 individuare il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma». Ai sensi del terzo comma, inoltre, «la causa di non punibilità non si applica quando la denuncia è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2016, n. 146».

Le intenzioni del legislatore, mediante l'introduzione di tale ipotesi di non punibilità sono chiare, e mirano ad indebolire il legame di complicità che avviluppa il corrotto ed il corruttore, e che normalmente rende più difficoltosa l'emersione di tali tipologie delittuose, visto il comune interesse a coprirsi vicendevolmente, sia in fase investigativa che processuale. Come illustrato anche nella dichiarazione di accompagnamento all'originario disegno di legge, tale meccanismo dovrebbe operare anche dal punto di vista preventivo, inserendo un fattore di insicurezza (e dunque disincentivante) che impedisce ai due possibili contraenti di poter fare pieno affidamento sulla reciproca omertà e solidarietà. Rispetto all'iniziale progetto, la versione finale della disposizione estende l'operatività della causa di non punibilità anche all'ipotesi di corruzione in atti giudiziari; ne esclude l'applicazione all'agente sotto copertura (era evidente infatti il rischio che, mediante la previsione della non punibilità, lo stesso potesse agire quale vero e proprio agente provocatore); ricollega i termini ultimi per poter denunciare non più all'iscrizione della notizia di reato (che, come rilevato in dottrina ed in sede di commento al primo progetto, è un termine normalmente non conosciuto dal denunciante) ma, per l'appunto, alla circostanza di essere venuto ad effettiva conoscenza di indagini nei suoi confronti; riduce da sei a quattro mesi il termine temporale massimo entro cui è possibile comunque denunciare.

AGENTE SOTTO COPERTURA

In linea con la precedente misura, per molti aspetti, si rivela anche l'altra tra le innovazioni che hanno più suscitato perplessità durante i lavori parlamentari e che, ciò nonostante, non ha poi subito modifiche nell'approvazione del testo finale, ovverosia quella relativa alla disciplina delle operazioni sotto copertura, di cui alla l. 16 marzo 2006, n. 146. Come si legge nella relazione al d.d.l., tale misura viene ritenuta essenziale ai fini del potenziamento delle strategie investigative per delitti dal difficile accertamento, «perché connotati dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e dal legame omertoso che li protegge». Come è noto, il tema delle operazioni sotto copertura richiede sempre estrema prudenza da parte del legislatore affinché selezioni con cura, tra le condotte potenzialmente tipiche da scriminare, solo quelle volte a garantire l'accertamento di fatti di reato *già in atto* e non già anche quelle volte a creare le condizioni per la realizzazione di quegli stessi fatti, sotto forma di istigazione o provocazione. Sotto tale profilo, come ha avuto modo di ammonire più volte anche la giurisprudenza della Corte e.d.u., occorre infatti tenere sempre a mente la distinzione tra agente infiltrato ed agente provocatore, ovvero tra colui che si inserisce in contesti criminosi già in essere, al fine di raccogliere elementi utili ai fini delle investigazioni, e colui che, tramite veri e propri atti di istigazione a commettere un reato, mira ad assicurare alla giustizia chi non ha ancora compiuto alcun delitto. A tal fine, conscio dei possibili rischi, il legislatore ha operato su tre versanti: ha inserito la corruzione ed altri delitti contro la p.a. nella disciplina delle operazioni sotto copertura *ex art. 9, comma 1, lett. a)*, l. 16

marzo 2006, n. 146 (art. 1, comma 8); nella stessa norma ha selezionato, tra le condotte tipiche di alcuni reati contro la p.a. che possono risultare scriminate quando poste in essere dall'agente sotto copertura, unicamente quelle ritenute «necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa, ma si inseriscono in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecita altrui» (per cui gli agenti sotto copertura sono giustificati se «corrispondono danaro o altra utilità in esecuzione di un accordo già concluso da altri o danno danaro 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 remunerarlo»); ha escluso l'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 322-ter c.p. in favore dell'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle disposizioni di cui alla norma in oggetto (vedi *supra*). Nonostante tali premure, la dottrina non ha mancato di segnalare come, soprattutto nel caso di episodi corruttivi non legati a «circuiti contrattuali definiti», ovverosia quelli scaturenti da contingenze occasionali e normalmente a struttura bilaterale, la condotta corrispondente alla dazione di danaro o altra utilità rischi di sconfinare, più o meno palesemente, nella provocazione.

ORDINAMENTO PENITENZIARIO

Il particolare “accanimento” nei confronti degli autori di fatti corruttivi e di malaffare nella p.a. si riverbera anche nel campo dell'esecuzione penale, in particolare attraverso l'inclusione delle fattispecie in materia di corruzione e peculato nel catalogo dei reati ostativi alla concessione dei benefici di cui all'art. 4-bis l. 26 luglio n. 1975, n. 354 (ord. penit.), norma definita «la porta di ingresso ad un regime carcerario differenziato, d'inasprita severità e sostanzialmente ostile alle istanze dell'art. 27, comma 3, c.p.» (T. Padovani). Non sorprendono, allora, le reazioni allarmate della dottrina e degli operatori del diritto, che avanzano da più parti dubbi sulla costituzionalità di tali previsioni (e più in generale sullo stesso regime carcerario prima richiamato).

Queste le modifiche:

- vengono inseriti 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 nell'elenco di cui al comma 1 dell'art. 4-bis (art. 1, comma 6, lett. b);
- la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla circostanza che il condannato collabori «a norma dell'art. 322-bis, secondo comma, c.p.» (art. 1, comma 6, lett. a). Per effetto di questa e di tutte le altre modifiche attuate, dunque, il sistema mira ad ottenere “ad ogni costo” la collaborazione dell'autore di un fatto corruttivo: premiandola con l'esclusione della punibilità, se tale collaborazione interviene durante la fase delle indagini; incentivandola attraverso l'attenuazione del trattamento sanzionatorio, se la respiscenza interviene a processo in corso; e praticamente imponendola, attraverso tale ultima previsione, pena l'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari;
- viene modificato (*ex art. 1, comma 7*) l'art. 47, comma 12, ord. penit., aggiungendo, dopo il primo periodo, le parole «ad eccezione delle pene accessorie perpetue».

CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ

La necessità di rispettare gli obblighi derivanti dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa si è tradotta in un progressivo adeguamento, nel corso degli anni, della nostra normativa interna in materia. Le ultime indicazioni sono quelle contenute nell'*Addenda al Second Compliance Report* sull'Italia, che illustrava le misure ancora non attuate o attuate solo in parte. Oltre alle modifiche in tema di traffico di influenze illecite e di estensione della soggettività attiva a tutti gli agenti stranieri delle norme sulla corruzione (vedi *supra*), il *report* sulla nostra legislazione richiedeva anche ulteriori interventi, volti a garantire la massima effettività e celerità dei procedimenti penali per i delitti di corruzione. Tali modifiche hanno pertanto agito anche sul versante delle condizioni di procedibilità.

In particolare:

- vengono modificate le disposizioni in materia di delitto comune del cittadino e dello straniero all'estero, stabilendo che nel caso di reati di corruzione commessi all'estero non sia più necessaria la ri-

chiesta del Ministro della Giustizia o l'istanza o la querela della persona offesa. Più nello specifico, mediante l'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1, viene aggiunto il comma 4 all'art. 9 c.p., il quale prevede che tali atti non siano più necessari per i delitti previsti dagli artt. 320, 321 e 346-bis c.p.; al n. 2 dello stesso comma 1, lett. a), si prevede l'aggiunta, all'art. 10 c.p., del terzo comma, che egualmente esclude la necessità della richiesta o dell'istanza/querela per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.;

- nella stessa prospettiva dell'adeguamento alle indicazioni del G.R.E.C.O., vengono modificate anche le disposizioni in materia di corruzione tra privati e di istigazione alla corruzione tra privati, attraverso la soppressione del quinto comma dell'art. 2635 c.c. (art. 1, comma 5, lett. a); e del terzo comma dell'art. 2635-bis c.c. (art. 1, comma 5, lett. b). In tal modo si generalizza il regime di procedibilità d'ufficio per le ipotesi di corruzione tra privati (in precedenza riservato solo alle ipotesi in cui dal fatto fosse derivato un effetto distorsivo per la concorrenza nell'acquisizione di beni o servizi) e si elimina la procedibilità a querela per il caso di istigazione alla corruzione tra privati;

- la sostituzione della procedibilità a querela con quella di ufficio prevista dall'art. 649-bis c.p. viene estesa ad ulteriori casi, mediante l'aggiunta, allo stesso articolo, delle seguenti parole: «ovvero se la persona offesa è incapace per età o infermità o se il danno arrecato alla persona offesa è di rilevante gravità» (art. 1, comma 1, lett. v).

RESPONSABILITÀ “DA REATO” DEGLI ENTI

Sulla falsariga degli interventi che riguardano la responsabilità penale delle persone fisiche, si muovono anche le modifiche apportate alla disciplina della responsabilità degli enti *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, che vanno ad incidere sul catalogo dei reati presupposto; sulla disciplina delle sanzioni interdittive; sulla disciplina della collaborazione, anche in quest'ambito fortemente incentivata.

Più precisamente:

- viene introdotta la fattispecie di traffico di influenze illecite nel catalogo dei reati presupposto di cui all'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001 (*ex* art. 1, comma 9, lett. b), n. 1);

- viene notevolmente aumentata (anche se in misura inferiore di quanto non prevedesse l'iniziale d.d.l, che le portava da cinque a dieci anni) la durata delle misure interdittive, nei casi di condanna per concussione e per i delitti di corruzione previsti ai commi 2 e 3 dell'art. 25: modificando l'art. 25, comma 5 (che originariamente prevedeva una durata non inferiore ad un anno per la sanzione interdittiva), si prevede ora che in tali casi «si applicano le sanzioni previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a quattro anni e non superiore a sette anni, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lett. a), e per una durata non inferiore a due anni e non superiore a quattro, se il reato è stato commesso da uno dei soggetti di cui all'art. 5, comma 1, lettera b)» (art. 1, comma 9, lett. b), n. 2); viene contestualmente modificata la generale previsione di cui all'art. 13, comma 2, che prevede una durata da tre mesi a due anni per le sanzioni interdittive, eccettuando dal suo ambito applicativo le disposizioni del (novellato) art. 25, comma 5;

- la stessa disposizione da ultimo richiamata torna tuttavia ad applicarsi (e con essa i suoi limiti editali), ai sensi del nuovo comma 5-bis dell'art. 25 (introdotto *ex* art. 1, comma 9, lett. b), n. 3), quando «prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa posta in essere 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»;

- una mera operazione linguistica, infine, è quella che modifica l'art. 51 in tema di misure cautelari.

LE MODIFICHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE E AL D.LGS. 29 DICEMBRE 2017, N. 216

Si riportano, di seguito, le ulteriori modifiche in materia di reati contro la p.a. che riguardano le intercettazioni, l'applicazione delle pene accessorie, la confisca:

- viene abrogato, *ex* art. 1, comma 3, il comma 2 dell'art. 6 d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, in materia di intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., eliminando i limiti a

tali attività in precedenza previsti (e riguardanti l'utilizzo di captatore informatico inserito su dispositivo elettronico portatile);

- parallelamente viene modificato l'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., inserendo nell'elenco dei delitti per i quali è sempre possibile utilizzare tale strumento investigativo «i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4» (art. 1, comma 4, lett. *a*);

- a catena, la modifica coinvolge anche l'art. 267 c.p.p.;

- viene inserito l'art. 289-*bis* c.p.p. (*ex art.* 1, comma 4, lett. *c*), ai sensi del quale «con il provvedimento che dispone il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, il giudice interdice temporaneamente all'imputato di concludere contratti con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Qualora si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 287, comma 1»;

- viene ampliato il potere del giudice dell'impugnazione in materia di confisca ai sensi dell'art. 578-*bis* c.p.p., inserendo le ipotesi di confisca *ex art.* 322-*ter* c.p. (art. 1, comma 4, lett. *f*);

- infine vengono apportate alcune modifiche all'art. 683, comma 1, c.p.p. (art. 1, comma 4, lett. *g*), nn. 1 e 2).

PRESCRIZIONE DEL REATO

Le modifiche apportate in tema di prescrizione del reato sono destinate ad avere una portata dirimente, andando ad incidere profondamente sulla disciplina di tale delicato istituto. In effetti, pur mantenendo sostanzialmente inalterato l'impianto edificato dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 (più nota come *ex Cirielli*) – non mutano, ad esempio, i limiti edittali ed i criteri per calcolare la pena ed i tempi necessari a prescrivere le diverse tipologie criminose, stabiliti dall'art. 157 c.p. – gli interventi attuati con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 prevedono importanti modifiche per quanto riguarda la disciplina del *decorso* della prescrizione (andando a sostituire quelle regole che erano state introdotte con la riforma Orlando del 2017). Modifiche che operano non tanto sul piano dell'individuazione del c.d. *dies a quo* (ovverosia del momento in cui tale decorso ha inizio), ove le innovazioni – seppur di rilievo – non richiedono un particolare sforzo dogmatico, muovendosi all'interno di categorie e nozioni ben conosciute; quanto piuttosto sul versante del *dies ad quem*, poiché viene inserita una rivoluzionaria disciplina per la quale, di fatto, alla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna, il decorso della prescrizione *termina* definitivamente (pur avendo il legislatore riformista parlato in questo caso – illogicamente, come si vedrà – di *sospensione*), non essendo più possibile una sua ripresa o un suo nuovo inizio (effetto questo che, conseguentemente alla logica dell'istituto, dovrebbe conseguire solo al suo scadere naturale – ovverosia al momento della sua maturazione – o al momento della definitività del giudizio). Prima di vedere nel dettaglio quali siano state le modifiche introdotte, occorre ribadire che, limitatamente all'istituto della prescrizione, la riforma entrerà in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2020. Sino a tale momento, dunque, dovrà considerarsi ancora vigente la disciplina introdotta dalla riforma Orlando, che verrà abrogata solo successivamente a tale data.

Queste, nel dettaglio, le novità:

- viene sostituito (*ex art.* 1, comma 1, lett. *d*) il primo comma dell'art. 158 c.p., nel quale viene reintrodotta la regola per cui, nel caso di reato continuato, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la continuazione; con il ripristino di tale regola, che era stata soppressa dalla *ex Cirielli*, viene evidentemente spostato in avanti il momento in cui si prescrive il reato (laddove in precedenza si doveva tener conto del momento in cui era stato commesso ciascuno dei reati avvinti dal vincolo della continuazione), e deve considerarsi dunque modificata in senso sfavorevole, non applicabile retroattivamente (come di recente ribadito dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017, relativa alla vicenda Taricco, e che ha confermato la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione);

- viene sostituito il secondo comma dell'art. 159 c.p., ai sensi del quale «il corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronuncia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna» (art. 1, comma 1, lett. *e*), n. 1). Vengono inoltre abrogati i commi terzo e quarto della stessa disposizione (art. 1, comma 1, lett. *e*), n. 2);

- viene abrogato, *ex art.* 1 comma 1, lett. *f*), n. 1, il primo comma dell'art. 160 c.p. (che alla sentenza di

condanna o al decreto di condanna attribuiva effetto interruttivo della prescrizione); viene soppressa, al secondo comma della stessa disposizione la parola «pure» (art. 1, comma 1, lett. f), nn. 1 e 2).

Le critiche maggiori si sono concentrate, come era prevedibile, sulle modifiche apportate all'art. 159 c.p.: innanzitutto per l'impropria collocazione sistematica di questa nuova disciplina la quale, a conti fatti, non prevede affatto una ipotesi di *sospensione* del corso della prescrizione, poiché logica vorrebbe che in caso di sospensione tale corso fosse destinato a riprendere. Mentre a norma del novellato art. 159, comma 1, c.p. lo stesso rimane nominalmente sospeso ma per un periodo che dura sino alla esecutività della sentenza (o dell'irrevocabilità del decreto), quando il corso della prescrizione cessa definitivamente. Di fatto, una sospensione che senza soluzione di continuità si collega al momento in cui termina il corso della prescrizione, rappresenta già di per sé il *dies ad quem*, ragione per la quale non sarà più possibile che maturino i tempi di prescrizione nei successivi gradi di giudizio. Di fatto, una volta intervenuta la sentenza di primo grado (sia essa favorevole che di condanna) o il decreto penale, non sarà più possibile far prescrivere il reato, poiché è definitivamente terminato il corso della prescrizione, e senza che vi sia stata una sentenza definitiva. Né si può parlare di interruzione, poiché anche in questo caso, seppur riprendendo dall'inizio, i tempi di prescrizione dovrebbero cominciare a decorrere dal momento dell'interruzione. Del resto a conforto di tale soluzione vi è anche l'espressa abrogazione del primo comma dell'art. 160 c.p. Dunque, seppur dettata dalle stesse logiche che avevano portato la riforma Orlando a prevedere due periodi eventuali di sospensione del corso della prescrizione (dopo la sentenza di primo e di secondo grado, ciascuno per un tempo non superiore a sei mesi, e solo a seguito di condanna), ovverosia quello di evitare che il prolungarsi dei processi attraverso i successivi gradi di giudizio aumentasse il rischio di vedere prescritti i reati per i quali si procedeva, la riforma in parola, che a quella si sostituisce, si presenta con una soluzione molto più radicale. Mentre la riforma Orlando, in effetti, "concedeva" un tempo massimo di (ulteriori) tre anni per poter arrivare ad una sentenza definitiva di condanna, allontanando per un po' la "minaccia" della prescrizione, tali modifiche comportano il definitivo affrancamento da quel timore, poiché, una volta intervenuta la "sospensione" ex art. 159 c.p., i successivi gradi di giudizio potranno essere celebrati senza limiti di tempo, visto che quella sospensione (meglio, a questo punto, chiamarlo blocco) durerà fintanto che non si arriverà a sentenza definitiva. Dunque come è stato giustamente affermato la prescrizione del reato non potrà più maturare in appello o in cassazione (G.L. Gatta). Circostanza che, come da più parti si teme, influirà negativamente sulla lunghezza dei processi, fino a presagire veri e propri processi infiniti (non solo per coloro che sono stati condannati in primo grado, ma, paradossalmente anche per coloro che sono stati assolti), con evidente rischio di *vulnus* al principio della ragionevole durata degli stessi sancito dall'art. 111, comma 2, Cost. e dall'art. 6 Cedu.

TRASPARENZA DEI PARTITI E MOVIMENTI POLITICI

Molte le disposizioni in tema di trasparenza e controllo dei partiti e movimenti politici, volte principalmente a garantire la pubblicità e la tracciabilità di tutti i finanziamenti ricevuti ed alla diffusione di una serie di informazioni relativi alla "storia" professionale e giudiziaria dei candidati alle competizioni elettorali.

Nello specifico, anche se in maniera sintetica:

– all'art. 1, comma 11, si prevede un automatismo per cui, attraverso l'elargizione di contributi in denaro (o altre forme di sostegno di valore equivalente) che superino i 500 euro annui per soggetto erogatore a favore di partiti, movimenti politici, nonché alle liste e ai candidati alla carica di sindaco per le elezioni amministrative nei comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, si intende prestato il consenso alla pubblicità dei dati da parte dei soggetti erogatori; contestualmente viene fatto divieto ai partiti ed agli altri soggetti politici di ricevere tali forme di contributi da parte di soggetto erogatore che si dichiara contrario alla pubblicità dei propri dati; tutte le informazioni relative a tali elargizioni (entità, soggetto erogatore, valore della prestazione) devono essere raccolte, entro il mese solare successivo alla loro percezione, in apposito registro custodito presso la sede legale del partito o del movimento politico. Tali dati devono essere inoltre inseriti nel rendiconto di cui all'art. 8, l. 2 gennaio 1997, n. 2 e pubblicati in un proprio sito internet istituzionale. Tali obblighi non si applicano nel caso di attività a contenuto non commerciale, professionale o di lavoro autonomo di sostegno volontario all'organizzazione ed alle iniziative del partito o del movimento politico;

- all’art. 1, comma 12, viene fatto divieto, ai partiti e movimenti politici ed alle liste di cui al comma precedente, di ricevere contributi ed altre forme di sostegno provenienti da governi o enti pubblici di Stati esteri e da persone giuridiche aventi sede in uno Stato estero non assoggettate a obblighi fiscali in Italia; è fatto inoltre divieto di elargizione alle persone fisiche maggiorenni non iscritte nelle liste elettorali o private del diritto di voto;
- i contributi ricevuti in violazione di tali divieti non sono ripetibili e devono essere versati alla cassa delle ammende, di cui all’art. 4 l. 9 maggio, 1932, n. 547 (art. 1, comma 13);
- ai commi 14 e 15 sono previsti obblighi di pubblicazione del curriculum vitae ed il certificato penale rilasciato dal casellario giudiziale dei candidati a qualunque competizione elettorale (con esclusione di quelle relative ai comuni con meno di 15.000 abitanti), sia sul sito internet dei partiti e movimenti politici, sia su quello istituzionale dell’ente cui si riferisce la consultazione elettorale ovvero del Ministero dell’interno in caso di elezioni del Parlamento nazionale o dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia;
- ai sensi dell’art. 1, comma 16, i partiti ed i movimenti politici trasmettono annualmente i rendiconti di cui all’art. 8 l. 2 gennaio 1997, n. 2 (e tutta la documentazione allegata) alla Commissione per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti e dei movimenti politici, di cui all’art. 9, comma 3, l. 6 luglio 2012, n. 96;
- vengono apportate (art. 1, comma 17, lett. *a*) e *b*) alcune modifiche al d.l. 28 dicembre 2013, n. 149 («Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore»): in particolare viene abbassata da 5.000 a 500 euro l’anno la soglia massima dell’importo ricevuto che comporta l’obbligo di inserimento nella dichiarazione patrimoniale o di reddito che i partiti sono tenuti a presentare presso l’Ufficio di presidenza della Camera dei Deputati o del Senato della Repubblica; lo stesso limite viene individuato per l’inserimento obbligatorio del soggetto erogatore nell’apposito elenco da trasmettere alla Presidenza della Camera dei Deputati;
- ai partiti ed ai movimenti politici vengono equiparati, mediante la sostituzione dell’art. 5, comma 4, d.l. n. 149 del 2013 le fondazioni, le associazioni e i comitati i cui organi direttivi siano nominati o composti da soggetti di natura politica (art. 1, comma 20);
- infine, ai commi 21, 22, e 23 vengono previste una serie di sanzioni amministrative pecuniarie, in caso di violazione agli obblighi ed ai divieti contemplati nelle disposizioni precedenti.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

NASCE L'AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE

Dalla decisione 2002/187/GAI al Regolamento (UE) 2018/1727

L'11 dicembre 2018 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2018/1727 del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agazia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale U.E. 21 novembre 2018, L 295 (il Regolamento e gli altri atti normativi in seguito citati sono consultabili in www.giustiziapenaleeuropea.eu). Il nuovo testo – che si applicherà, ai sensi dell'art. 82, solo a decorrere dal 12 dicembre 2019, data in cui avrà effetto la sostituzione – definisce una transizione morbida dalla “vecchia” Unità Eurojust, primo modello centralizzato di cooperazione giudiziaria in ambito europeo, al nuovo organismo, parimenti dotato di personalità giuridica (art. 1, § 3), che succederà alla prima secondo le dettagliate disposizioni transitorie previste dall'art. 80.

Nella sua versione originaria, l'Unità Eurojust – a sua volta subentrata all'Unità provvisoria Pro Eurojust, creata con decisione 2000/799/GAI – era stata istituita nel 2002 con la decisione del Consiglio ora abrogata, allo scopo di migliorare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri «*in particolare nella lotta contro le forme gravi di criminalità che sono spesso opera di organizzazioni transnazionali*», in una prospettiva di cooperazione verticale, secondo il modello inaugurato, sul parallelo fronte della cooperazione di polizia, da Europol (art. 29 e 31 vecchio TUE). Sviluppando l'idea originaria enucleata nella conclusione n. 46 del Consiglio Europeo di Tampere e ribadita nella conclusione n. 43 del Consiglio Europeo di Laeken si era dato vita ad una struttura giudiziaria sovranazionale, costituita da membri nazionali – uno per ciascun Paese membro – distaccati dai rispettivi Stati e privi di poteri autoritativi, concepita come una sorta di “interfaccia” delle autorità giudiziarie nazionali, volta a favorire il loro collegamento, in funzione di impulso e di stimolo delle rispettive attività in materia di indagini e di esercizio dell'azione penale.

Anche se di creazione abbastanza recente, nel corso della sua storia, il quadro giuridico di Eurojust aveva già subito alcuni incisivi interventi di modifica, finalizzati a razionalizzare la formula della “centralizzazione leggera” e a renderne più efficiente l'azione. Nel 2003, una prima decisione (2003/659/GAI, in *G.U.C.E.*, 29 settembre 2003, L 245) aveva operato sui profili amministrativi e sulle regole di bilancio di Eurojust; nel 2009, la decisione 2009/426/GAI (in *G.U.C.E.*, 4 giugno 2009, L 138) aveva invece ridisegnato, rafforzandoli sensibilmente e accentuandone il carattere giudiziario, i poteri dei membri nazionali (v. artt. 6, § 2; 9, § 3; 9-bis; 9-ter; 9-quater; 9-quinquies) e quelli del Collegio (artt. 7, § 2; 7, § 3), oltre ad aver introdotto nuove forme di coordinamento (art. 5-bis) e regolato lo scambio di informazioni (art. 13).

L'esigenza di una più radicale revisione della struttura e dell'operatività di Eurojust si è poi manifestata, negli anni successivi, sia rispetto alla significativa e costante evoluzione della normativa europea in materia di cooperazione giudiziaria, sia rispetto ad alcuni nodi problematici del suo funzionamento, che neppure la messa a punto effettuata con la decisione 2009/426/GAI era valsa ad emendare.

Sul primo versante, la progressiva incidenza del principio del mutuo riconoscimento e l'affermarsi di nuovi strumenti di cooperazione, sollecitavano un rafforzamento dell'azione di Eurojust per svilupparne le potenzialità ancora inespresse – specie se rapportate alla notevole estensione della sua competenza *ratione materiae* (art. 4) – rendendo più efficiente la funzione di coordinamento e superando le difficoltà derivanti da una non omogenea attuazione della decisione istitutiva nei diversi Stati membri. Assai significative sono, in quest'ottica, le varie attribuzioni “aggiuntive” conferite via via ad Eurojust da autonomi atti normativi dell'Unione, quali, ad esempio la decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione (art. 12) e la direttiva 2014/41/UE istitutiva dell'or-

dine europeo d'indagine (OEI) (considerando 13) rispetto alle quali era però mancato un coerente intervento di raccordo sul piano dell'operatività di Eurojust.

Sul secondo versante, va sottolineato come sin dall'atto di nascita, la piena affermazione di Eurojust sia stata condizionata dalla questione irrisolta dei suoi connotati "ibridi", in cui confluiscono componenti sia di natura giudiziaria, sia di natura amministrativa, che impediscono di tracciarne un profilo unitario, anche in ragione dell'accentuarsi ora dell'una, ora dell'altra componente nelle diverse normative nazionali di attuazione (quanto all'ordinamento italiano sembra prevalere la tesi della natura amministrativa, v. l. 14 marzo 2005, n. 41, artt. 1 e 3).

Scenari propizi all'evoluzione di Eurojust si sono aperti grazie all'art. 85 del Trattato di Lisbona che – confermandone la centralità nel coordinamento della cooperazione tra le autorità nazionali – ha riconosciuto al Parlamento europeo e al Consiglio, nel contesto della procedura legislativa ordinaria, il potere di determinarne, mediante regolamento, *«la struttura, il funzionamento, la sfera d'azione e i compiti»*. Nello specifico, ai sensi dell'art. 85, § 1, tra questi ultimi rientrano: *«a) l'avvio di indagini penali, nonché la proposta di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti, in particolare quelle relative a reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; b) il coordinamento di indagini ed azioni penali di cui alla lettera a); c) il potenziamento della cooperazione giudiziaria, anche attraverso la composizione di conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la Rete giudiziaria europea»*.

I propositi di riforma di Eurojust si sono quindi concretizzati nella proposta di regolamento COM (2013)535, adottata dalla Commissione europea il 17 luglio 2013, tradottasi – a seguito della posizione del Parlamento europeo del 4 ottobre 2018 e della decisione del Consiglio del 6 novembre 2018 – nel Regolamento in esame.

Come cambia Eurojust

Basta scorrere il corposo preambolo (considerandi 1-74) per cogliere quanto siano ambiziose le novità introdotte dal nuovo Regolamento nella disciplina di Eurojust, a partire dal cambio di *status*. L'intento dichiarato – quello di migliorare l'efficacia operativa dell'Agenzia, intervenendo sugli aspetti più critici riscontrati nel suo funzionamento – è perseguito mediante la semplificazione del quadro giuridico complessivo (considerando 10) e con un generalizzato sforzo di razionalizzazione che ne ha coinvolto svariati profili, dalla rinnovata *governance* alle funzioni operative.

Tale sforzo è ben evidente già dalla ridefinizione dei compiti e della competenza di Eurojust, operata rispettivamente nell'art. 2 e nell'art. 3 del Regolamento, specie se confrontati alle corrispondenti previsioni della decisione 2002/187/GAI (artt. 3 e 4). In entrambi i casi, la definizione più coerente funge da premessa per reimpostare le basi del coordinamento del ruolo di Eurojust con gli Stati membri e con gli altri organismi europei attivi nel settore della cooperazione penale.

Nel rinnovato contesto normativo, spetta dunque all'Agenzia sostenere e potenziare *«il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro le forme gravi di criminalità di competenza di Eurojust [...] qualora tali forme di criminalità interessino due o più Stati membri o richiedano un'azione penale su basi comuni»* muovendo dalle operazioni effettuate e dalle informazioni fornite *«dalle autorità degli Stati membri, da Europol, da EPPO e dall'OLAF»* (art. 2, § 1). In tal senso, si specifica ulteriormente che, nell'esercizio dei suoi compiti, Eurojust tiene conto *«di qualsiasi richiesta formulata dall'autorità competente di uno Stato membro e di qualsiasi informazione fornita da autorità, istituzioni, organi e organismi dell'Unione competenti»*, ed agevola *«l'esecuzione delle richieste e decisioni di cooperazione giudiziaria, anche con riferimento a richieste e decisioni basate sugli strumenti che danno effetto al principio del riconoscimento reciproco»* (art. 2, § 2). A rimarcare maggiormente le differenze con il passato è però la previsione che Eurojust possa assolvere tali compiti non più solo dietro richiesta degli Stati membri, ma anche di propria iniziativa e su richiesta della Procura europea nei limiti della sua competenza (art. 2, § 3).

L'ambito di competenza di Eurojust continua di fatto ad essere allineato a quello di Europol, sebbene dall'art. 3 sia scomparso il rinvio *per relationem* a quest'ultimo, contenuto nell'art. 4, § 1 della decisione 2002/187/GAI. Le trenta categorie di reati gravi elencate nell'allegato 1 al Regolamento in esame, a cui rimanda l'art. 3, coincidono, infatti, con quelle contenute nel corrispondente allegato del regolamento (UE) 2016/794 dedicato ad Europol. L'istituzione della Procura europea ha reso invece necessario definire linee di demarcazione tra le rispettive sfere di intervento per evitare sovrapposizioni e conflitti. In via generale, dalla data in cui EPPO assumerà le sue funzioni (2021) si è stabilito che Eurojust non eserciterà *«le proprie competenze per quanto riguarda le forme di criminalità per le quali EPPO esercita le sue compe-*

tenze». Fanno eccezione alla regola generale di riparto, le ipotesi in cui siano coinvolti «anche Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di EPPO», oppure vi sia una richiesta in tal senso degli stessi Stati membri non partecipanti o da parte di EPPO (art. 3, § 1). In ordine ai reati che ledono interessi finanziari dell'Unione, Eurojust potrà mantenere le sue competenze allorché siano coinvolti Paesi membri che aderiscano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di EPPO, quando quest'ultima non sia competente o, pur essendolo, decida «di non esercitare la sua competenza» (art. 3, § 2). In conformità ai rispettivi mandati operativi, Eurojust ed EPPO potranno anche avviare consultazioni con gli Stati membri interessati e cooperare tra loro per facilitare l'esercizio della competenza di Eurojust, secondo modalità definite mediante appositi accordi di lavoro stipulati a norma dell'art. 47, § 3.

Non mancano poi regole ausiliarie volte ad ampliare la competenza di Eurojust, estendendola oltre i reati gravi menzionati nell'Allegato 1. In tal senso, l'Agenzia è competente, in primo luogo, anche per i reati connessi – secondo le specificazioni fornite dall'art. 3, § 4 – a quelli che ricadono nel suo ambito di competenza; inoltre, sempre in via accessoria, potrà «prestare assistenza nelle indagini e nelle azioni penali» concernenti reati diversi dietro espressa «richiesta di un'autorità competente di uno Stato membro» (art. 3, § 3) e, ancora, sempre su richiesta dello Stato membro interessato, prestare sostegno anche qualora le indagini o le azioni penali «interessino unicamente lo Stato membro in questione e un paese terzo», con il quale sussistano accordi di cooperazione «o qualora in un caso particolare sussista un interesse essenziale a prestare tale sostegno» (art. 3, § 5). Qualora, invece, le indagini, pur riguardando un singolo Stato membro, «abbiano ripercussioni a livello dell'Unione» l'intervento di Eurojust potrà essere sollecitato non solo dall'autorità competente dello Stato membro stesso, ma anche dalla Commissione. In tale ultima ipotesi, prima di accogliere la richiesta, Eurojust consulterà lo Stato membro interessato, fissando un termine entro cui esso possa, se del caso, «opporsi all'esecuzione della richiesta» (art. 3, § 6).

Si è, inoltre, provveduto al riordino delle funzioni, che Eurojust continua a svolgere rispettivamente attraverso i membri nazionali (art. 4, § 1 e § 2) e per il tramite del collegio (art. 4, §§ 3-5 e art. 5). La ripartizione – in precedenza tracciata dagli artt. 6 e 7 della decisione 2002/187/GAI – è stata rivisitata in ossequio al criterio, enunciato nel considerando n. 9, che fosse «opportuno rafforzare le funzioni operative riducendo il carico di lavoro amministrativo dei membri nazionali», per consentire all'Agenzia di «sviluppare tutto il suo potenziale». L'art. 4 dettaglia così, le «funzioni operative» che sono attribuite ai membri nazionali (§ 1, lett. a-i). Nell'esercizio di tali attività, Eurojust può rivolgere alle autorità competenti degli Stati membri interessati richieste motivate al fine di: avviare un'indagine o un'azione penale per fatti precisi; accettare che una di esse sia «più indicata ad avviare un'indagine o un'azione penale per fatti precisi»; coordinarsi con le autorità competenti di altri Stati membri; istituire una squadra investigativa comune; comunicare le informazioni necessarie per l'assolvimento dei suoi compiti; disporre misure investigative speciali; prendere «ogni altra misura giustificata ai fini dell'indagine o dell'azione penale» (art. 4, § 2, lett. a-g).

Diversamente, nelle attribuzioni del collegio, come si evince dall'art. 5, alle funzioni operative o «direttamente connesse con aspetti operativi» si cumulano anche questioni amministrative, sia pure «solo nella misura necessaria ad assicurare l'espletamento delle sue funzioni operative». Rispetto alle funzioni attribuite dall'art. 4, § 1 e § 2 ai membri nazionali, l'intervento collegiale può essere sollecitato dalla richiesta di «uno o più membri nazionali interessati da un caso trattato di Eurojust», ovvero se la questione «comporta indagini o azioni penali che abbiano un'incidenza su scala dell'Unione o possano interessare Stati membri diversi da quelli direttamente interessati» (art. 5, § 2, lett. a). In ogni caso, quando svolge i suoi compiti Eurojust «comunica se agisce per il tramite di uno o più membri nazionali oppure del collegio» (art. 5, § 3). Sul piano amministrativo sono rimesse al collegio, tra l'altro, l'adozione del bilancio; la nomina del direttore amministrativo; l'adozione degli accordi di lavoro conclusi a norma dell'art. 47, § 3 e dell'art. 52; l'adozione di relazioni, documenti programmatici, orientamenti destinati alle autorità nazionali e pareri riguardanti «l'attività operativa di Eurojust, ogniqualvolta tali documenti siano di natura strategica» (art. 2, § 2, lett. j). Compete, inoltre, al collegio l'adozione – a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti – del regolamento interno di Eurojust (art. 5, § 5).

Ad un esame più approfondito dell'articolato (82 articoli ripartiti in dieci capi, cui si aggiungono 2 allegati), tre sembrano le direttrici secondo cui è stato ridisegnato il profilo della nuova Agenzia, ovvero la razionalizzazione dell'assetto interno (capo II. *Struttura e organizzazione di Eurojust*, artt. 6-18); la messa a punto dei rapporti operativi con i referenti nazionali e gli Stati membri (capo III. *Aspetti operativi*, artt. 19-25) e delle relazioni con gli altri soggetti attivi nel settore della cooperazione giudiziaria, quali Europol, EPPO, Rete giudiziaria europea (capo V. *Relazioni con i partner*, artt. 47-59) e l'aggiornamento della disciplina sul trattamento dei dati personali (capo IV. *Trattamento delle informazioni*, artt. 26-46).

Le modifiche all'organizzazione e alla struttura di Eurojust

Il riassetto organizzativo e strutturale operato dal Regolamento 2018/1727 ha coinvolto sia i membri nazionali, sia il collegio.

La disomogeneità delle prerogative conferiti dagli Stati ai rispettivi membri nazionali ha sovente rappresentato un limite all'azione di sostegno e di coordinamento delle indagini transfrontaliere operata da Eurojust. Anche se, di fatto, non muta lo *status* dei membri nazionali – distaccati presso l'Agenzia da ciascuno Stato «*in conformità del proprio ordinamento giuridico*» (art. 7, § 1), con la qualifica di magistrato del pubblico ministero, giudice o rappresentante dell'autorità giudiziaria con prerogative equivalenti a quelle di pubblico ministero o di giudice «*a norma del diritto nazionale*» (art. 7, § 4) – si prevede ora espressamente che, affinché possano svolgere adeguatamente il proprio mandato, gli Stati membri conferiscano «*loro almeno i poteri previsti dal presente regolamento*» (art. 7, § 4). Ne consegue che, ai sensi dell'art. 8, i membri nazionali dovranno quantomeno essere in grado di agevolare o altrimenti sostenere l'emissione e l'esecuzione «*delle richieste di assistenza giudiziaria o riconoscimento reciproco*»; contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità nazionali competenti del proprio Stato, «*con qualsiasi altro organo, ufficio o agenzia competente dell'Unione, inclusa EPPO*» e con le autorità internazionali competenti; partecipare alle squadre investigative comuni; accedere alle informazioni contenute nei pubblici registri nazionali indicati dall'art. 9. Inoltre, di concerto con l'autorità nazionale competente o, anche autonomamente in caso di urgenza e qualora non sia possibile contattare in modo tempestivo l'autorità competente, i membri nazionali potranno anche emettere o eseguire «*ogni richiesta di assistenza giuridica reciproca o di riconoscimento reciproco*» e disporre, chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine di indagine europeo (art. 8, § 4).

Gli Stati membri potranno inoltre attribuire ai loro membri nazionali ulteriori poteri «*in conformità del loro diritto nazionale*», previa formale comunicazione alla Commissione e al collegio (art. 8, § 2).

Da segnalare poi che anche la durata del mandato dei membri nazionali e dei loro aggiunti – in precedenza fissata in almeno 4 anni (art. 9 decisione 2002/187/GAI, come modificato dalla decisione 2009/426/GAI – è stata elevata a cinque anni, rinnovabile una sola volta (art. 7, § 5).

Meno rilevanti sotto il profilo operativo, ma pure sempre significativi, sono le variazioni introdotte nella composizione e nel funzionamento del collegio, giustificati dall'opportunità di separare/distinguere in modo più netto al suo interno le funzioni operative da quelle di gestione (considerando 17). In tal senso, ai membri nazionali che lo compongono abitualmente, si aggiunge un rappresentante della Commissione allorché il collegio eserciti funzioni di gestione (art. 10, § 1). Qualora, invece, il collegio debba discutere questioni rilevanti ai fini dell'esercizio delle funzioni di EPPO, quest'ultima sarà invitata a partecipare alle riunioni, previo invio del relativo ordine del giorno, con diritto di accedere ai documenti pertinenti, ma senza diritto di voto (art. 13, § 3).

Oltre ai membri nazionali e al collegio, completano l'impianto di Eurojust il comitato esecutivo e il direttore amministrativo, di nuova istituzione (art. 6). La necessità di dotare l'Agenzia di una idonea struttura amministrativa e di gestione per consentirle «*di svolgere i suoi compiti in modo più efficace*» (considerando 16), si è, infatti, tradotta nella creazione di un comitato esecutivo (art. 16), che affianca il collegio, assistendolo nelle funzioni di gestione al fine di consentire «*un processo decisionale snello per le questioni non operative e strategiche*» (considerando 18). Il comitato esecutivo – composto dal presidente e dai vicepresidenti di Eurojust, da un rappresentante della Commissione e da altri due membri del collegio designati secondo un sistema di rotazione e dal direttore amministrativo, membro senza diritto di voto (art. 16, § 4) – è dunque responsabile dell'adozione «*di decisioni amministrative fondamentali per assicurare il funzionamento di Eurojust*» e sovrintende «*ai lavori preparatori necessari del direttore amministrativo su altre questioni amministrative da sottoporre al collegio per l'adozione*» (art. 16, § 1).

Si evolve, inoltre, in meccanismo di coordinamento permanente (MCC) il “vecchio” coordinamento permanente (CP) – inaugurato dall'art. 5-bis della decisione 2002/187/GAI – in grado di intervenire nei casi di urgenza, al fine di ricevere e trattare «*in qualsiasi momento*» le richieste che gli sono destinate: a tal fine, come prevede l'art. 19, § 1, il meccanismo «*deve essere contattabile 24 ore su 24 e 7 giorni su 7*». Il meccanismo si avvale di un componente designato da ciascuno Stato membro (art. 19, § 2).

Relazioni con gli Stati membri, i Partner e i Paesi terzi

a) Sul fronte dei rapporti con gli Stati membri va segnalato l'ampliamento della composizione del sistema di coordinamento nazionale Eurojust (art. 20), strumento finalizzato a coordinare a livello locale

il lavoro svolto dai diversi corrispondenti nazionali indicati nell'art. 20, § 3 e ad agevolare, in varie forme, «*lo svolgimento dei compiti di Eurojust all'interno dello Stato membro*» (art. 20, § 7). Oltre ai corrispondenti nazionali di Eurojust; al corrispondente nazionale di Eurojust in materia di terrorismo; al corrispondente nazionale della rete giudiziaria europea e a un massimo di tre altri punti di contatto della rete; ed ai membri nazionali o i punti di contatto della rete delle squadre investigative comuni e delle altre reti istituite con le decisioni 2002/494/GAI, 2007/845/GAI e 2008/852/GAI, il coordinamento coinvolge ora anche i corrispondenti nazionali per le questioni attinenti alla competenza di EPPO. L'azione del coordinamento si esplica a livelli diversi, ad esempio, aiutando a decidere se una richiesta di cooperazione debba essere trattata con l'assistenza di Eurojust o della rete giudiziaria europea; aiutando il membro nazionale ad individuare le pertinenti autorità per l'esecuzione di richieste e decisioni di cooperazione giudiziaria; o ancora mantenendo i rapporti con l'unità nazionale Europol, altri punti di contatto della rete giudiziaria europea e altre autorità nazionali competenti (art. 20, § 7).

Resta, invece, invariata – rispetto all'art. 13 della decisione 2002/187/GAI nella versione novellata – la disciplina dei contatti e dello scambio di informazioni con gli Stati membri e tra membri nazionali (art. 21). Al riguardo, si dispone che le autorità nazionali competenti scambino con Eurojust, in conformità delle norme applicabili in materia di protezione dei dati (v., *infra*), tutte le informazioni necessarie allo svolgimento dei suoi compiti. In particolare, le autorità nazionali sono tenute a comunicare, senza ritardo, ai rispettivi membri nazionali i casi che li riguardano (art. 21, § 3) e l'istituzione di squadre investigative comuni e i risultati conseguiti dalle squadre stesse (art. 21, § 4).

Dal canto suo Eurojust comunica, invece, alle autorità nazionali notizie relative ai risultati del trattamento delle informazioni e all'esistenza di collegamenti «*con casi già registrati nel sistema automatico di gestione dei fascicoli*» (art. 22, § 1).

b) La natura del mandato di Eurojust richiede altresì che siano valorizzati al meglio, nell'assolvimento delle sue funzioni, i rapporti di cooperazione con organi, organismi e istituzioni dell'Unione, con le autorità competenti dei Paesi terzi e con le organizzazioni internazionali.

In tal senso, il capo V del Regolamento (artt. 47-59) – premesse alcune disposizioni comuni relative per lo più allo scambio e al trattamento di dati (art. 47) – provvede a chiarire e a delimitare i rispettivi ruoli, differenziando i rapporti con i partner all'interno dell'Unione con i quali si tende a costituire “sistema” (Sezione II, artt. 48-51), da quelli con le autorità di Paesi terzi e le organizzazioni internazionali (Sezione III, artt. 52-54).

Eurojust intrattiene rapporti privilegiati con la rete giudiziaria europea, basati sulla concertazione e sulla complementarità, per il tramite del membro nazionale, dei punti di contatto della rete giudiziaria europea ed i corrispondenti nazionali di Eurojust e della rete. In particolare, i membri nazionali informano i punti di contatto della rete – che possono essere invitati alle riunioni di Eurojust – sui fascicoli che «*ritengano possano essere trattati più opportunamente dalla rete*» (art. 48, § 1). Rapporti analoghi si delineano anche con le altre reti dell'Unione coinvolte nella cooperazione giudiziaria penale, tra cui la rete delle squadre investigative comuni e la rete europea di punti di contatto in materia di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra istituita con decisione 2002/494/GAI. I segretariati generali delle reti fanno parte del personale di Eurojust, di cui costituiscono unità distinte sul piano funzionale (art. 48, § 1, lett. b); § 2). A tal fine la rete relativa ad una rete di punti di contatto contro la corruzione, istituita con decisione 2008/852/GAI del 24 ottobre 2008 potrà chiedere ad Eurojust a fornirle un segretariato.

Per potenziare la cooperazione con Europol, al fine di individuare i collegamenti tra i dati già nella disponibilità delle due agenzie (art. 49, § 2), Eurojust consente l'accesso in via indiretta alle informazioni in suo possesso «*in base ad un sistema di riscontro positivo o negativo (hit/no hit)*», avviando, in caso di riscontro positivo, la procedura in base alla quale l'informazione che ha generato l'*hit* può essere condivisa, in conformità alla decisione dello Stato membro, dell'organismo o del diverso soggetto che abbia fornito l'informazione stessa ad Eurojust (art. 49, § 1). La procedura di condivisione delle informazioni con Europol può essere attivata anche qualora, durante il trattamento di dati in relazione ad una singola indagine, si ravvisi la necessità di coordinamento, cooperazione o sostegno tra le attività delle due Agenzie (art. 49, § 4).

Le relazioni – ancora tutte da scrivere – di Eurojust con EPPO si basano sulla cooperazione reciproca «*nell'ambito dei rispettivi mandati e delle rispettive competenze, nonché sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione*». Per questo motivo, si prevede che il presidente di Eurojust e il procuratore europeo si riuniscano «*periodicamente per discutere le questioni di interesse comune*» (art. 50, § 1). Eurojust tratterà senza ritardo le richieste di sostegno provenienti da EPPO, informando e, se del caso, coin-

volgendo la Procura europea nelle proprie attività relative ai casi transfrontalieri, mediante la condivisione di «informazioni, compresi dati personali, riguardanti i suoi fascicoli» o richiedendo il sostegno di EP-PO (art. 50, § 4). È, inoltre, previsto un meccanismo reciproco di accesso indiretto alle informazioni del sistema automatico di gestione dei fascicoli (art. 23) rispettivamente di Eurojust e della Procura europea, basato su di un sistema di riscontro positivo/negativo (art. 50, § 5).

c) In merito alla cooperazione con soggetti esterni all'ambito dell'Unione, si prevede che Eurojust predisponga, ogni quattro anni, in consultazione con la Commissione, «una strategia di cooperazione che specifica i paesi terzi e le organizzazioni internazionali riguardo ai quali sussiste un'esigenza operativa di cooperazione» (art. 52, § 1). Allo scopo di agevolare la cooperazione con Paesi terzi Eurojust può designare in essi, di concerto con le autorità competenti interessati dei punti di contatto (art. 52, § 3) o, in presenza di un apposito accordo di lavoro definito ai sensi dell'art. 47, § 3, distaccare magistrati di collegamento (art. 53, §1). I compiti di questi ultimi includono «attività volte a incoraggiare e accelerare tutte le forme di cooperazioni giudiziaria in materia penale, in particolare stabilendo collegamenti diretti con le autorità competenti interessate» (art. 53, § 2).

Con l'accordo degli Stati membri interessati Eurojust può, inoltre, coordinare l'esecuzione di richieste di cooperazione giudiziaria provenienti da un Paese terzo, a condizione che tali richieste «debbano essere eseguite in almeno due Stati membri nell'ambito di una stessa indagine» (art. 54, § 1). In caso di urgenza, tali richieste, se provenienti da uno Paese terzo che abbia concluso un accordo di cooperazione o di lavoro con Eurojust, potranno essere ricevute e trasmesse dal meccanismo di coordinamento permanente (MCC) previsto dall'art. 19 (art. 54, § 2).

Il trattamento e la protezione dei dati personali

Una cospicua parte del Regolamento 2018/1727 (capo IV, artt. 26-46) è dedicata al trattamento dei dati personali da parte di Eurojust, materia che ha richiesto un approfondito aggiornamento alla luce della nuova disciplina europea. In quest'ottica – come si precisa nel preambolo (considerando 28) – al fine di garantire lo stesso livello di protezione mediante diritti giuridicamente tutelati in tutta l'Europa e di «prevenire disparità che possano ostacolare lo scambio di dati personali tra Eurojust e le autorità competenti degli Stati membri» è opportuno che le norme per la protezione e la circolazione dei dati personali operativi trattati da Eurojust «siano coerenti con la direttiva (UE) 2016/680» (relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati).

Posta tale premessa, il trattamento dei dati personali “operativi” – ossia quelli connessi ad indagini penali – da parte di Eurojust è regolato dalle previsioni contenute nell'art. 3 e nel capo IX del regolamento (UE) 2018/1725 (concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi, degli uffici e delle agenzie dell'Unione, nonché la libera circolazione di tali dati) e dalle norme specifiche previste dal Regolamento in esame (art. 26, § 1), da considerare rispetto alle prime alla stregua di *lex specialis* (considerando 29). Diversamente, il trattamento dei dati personali “amministrativi” che Eurojust gestisce è sottoposto alle norme generali del (UE) 2018/1725 (art. 26, § 1).

I dati personali operativi che Eurojust, nell'ambito delle sue competenze e al fine di svolgere le sue funzioni operative, è autorizzata a trattare se «necessario per l'assolvimento dei suoi compiti», sono soltanto quelli elencati nell'allegato II del Regolamento in esame (art. 27, § 1 e § 2). Si tratta, in particolare, dei dati relativi a «persone nei cui confronti sussistono, in base al diritto nazionale degli Stati membri interessati, fondati motivi di ritenere che abbiano commesso o intendano commettere un reato di sua competenza, o che sono state condannate per siffatto reato» (punto 1 dell'allegato II); nonché di quelli riguardanti «persone che, in base al diritto nazionale degli Stati membri interessati, sono considerate vittime o oltre parti rispetto a un reato, quali le persone che potrebbero essere chiamate a testimoniare in un'indagine o azione penale riguardante una o più forme di criminalità e uno o più reati di cui all'articolo 3, persone che sono in grado di fornire informazioni su reati, o persone in contatto con una delle persone di cui al paragrafo 1 o ad essa collegate» (punto 2 dell'allegato II).

Solo in casi eccezionali e «per un periodo limitato che non può superare il tempo necessario per concludere il caso in relazione al quale sono trattati», Eurojust può trattare anche dati personali diversi da quelli di cui all'Allegato II, purché concernenti le circostanze di un reato, «qualora tali dati siano di rilevanza immediata e rientrano nell'ambito di indagini in corso che Eurojust coordina o contribuisce a coordinare» (art. 27, § 3).

Il trasferimento dei dati personali operativi è, invece, disciplinato dagli artt. 55-59.

È, infine, mutata l'autorità preposta a vigilare sull'applicazione e sul rispetto delle previsioni *de quibus* da parte di Eurojust, che la decisione 2002/187/GAI individuava in un'autorità di controllo *ad hoc*, di natura collegiale, appositamente istituita ai sensi dell'art. 23. Il controllo è ora affidato al Garante europeo della protezione dei dati, chiamato altresì a fornire ad Eurojust e agli interessati pareri sulle questioni attinenti al trattamento dei dati personali operativi (art. 40, § 1). Tra i poteri attribuiti a tal fine al Garante (art. 40, § 3) spiccano quello di rivolgere ad Eurojust avvertimenti (art. 40, § 3, lett. *d*) e quello di ordinarle di rettificare, limitare o cancellare dati che siano «*stati trattati in violazione delle disposizioni che disciplinano il trattamento dei dati personali operativi*» (art. 40, § 3, lett. *e*).

DE JURE CONDENDO

di Gioia Sambuco

TUTELA PIÙ AMPIA PER LE VITTIME DI VIOLENZA DOMESTICA E DI GENERE

È attualmente all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 1455 («*Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*»), presentato il 17 dicembre 2018 dal Ministro della Giustizia Bonafede e teso a velocizzare l'instaurazione del procedimento penale e, dunque, sotto il profilo cautelare e pre-cautelare, ad accelerare l'eventuale adozione di provvedimenti di protezione delle vittime dei reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e lesioni aggravate commessi in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza.

In particolare, in ossequio alla direttiva 2012/29/UE (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), la proposta intende potenziare gli strumenti delle indagini e dell'azione giudiziaria, favorendo l'immediata instaurazione e progressione del procedimento penale e prevedendo altresì, ove necessario, l'adozione, senza ritardi, di eventuali provvedimenti cautelari per scongiurare la protrazione di ulteriori situazioni di pericolo o minaccia dell'incolumità psicofisica della vittima.

Per effetto dell'art. 1 d.d.l. C. 1455, l'art. 347 c.p.p. è novellato nel senso di estendere ai delitti sopra ricordati il regime speciale attualmente previsto per i gravi delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), numeri da 1) a 6), del codice di rito; più precipuamente, per tali fattispecie criminose, si impone alla polizia giudiziaria, l'immediata comunicazione della notizia di reato, anche in forma orale, elidendo così ogni potenziale discrezionalità in capo a chi raccoglie la *notitia criminis*, relativamente alla valutazione dell'esistenza di ragioni di urgenza per la relativa trasmissione, delineando così una sorta di presunzione assoluta di "urgente trattazione" per le sopramenzionate condotte criminose.

L'art. 2 d.d.l., rubricato «*Assunzione di informazioni*», introduce un nuovo comma nell'art. 362 c.p.p. prescrivendo, in capo al pubblico ministero, sempre relativamente al catalogo di delitti nello stesso disposto enucleati, l'obbligo di procedere all'assunzione di sommarie informazioni dalla vittima del reato «*entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa*». Non è tuttavia previsto, nella disposizione *de qua*, alcuno strumento che effettivamente rimedi o comunque presidi all'eventuale "inerzia" dell'organo requirente, con il conseguente rischio di annichilire la portata di tutela effettiva della vittima che, invece, il d.d.l. medesimo dichiara di essersi prefisso.

L'art. 3 d.d.l., rubricato «*Atti diretti e delegati*», interpolando l'art. 370 c.p.p., introduce, per effetto del comma 2-bis, una ulteriore presunzione "legale" di urgenza per le indagini delegate dal pubblico ministero in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. In particolare, si impone alla polizia giudiziaria di procedere «*senza ritardo al compimento degli atti delegati dal pubblico ministero*» che riguardino i reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e lesioni aggravate, commessi in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza.

Per effetto dell'ulteriore nuovo comma 2-ter, la proposta sancisce altresì che per il catalogo di reati ribaditi nel comma 2-bis, «*la polizia giudiziaria pone senza ritardo a disposizione del pubblico ministero la documentazione dell'attività nelle forme e con le modalità previste dall'articolo 357*» evidentemente al fine di consentire, all'organo dell'accusa, di valutare, rapidamente, l'opportunità di adottare eventuali misure cautelari od inibitorie, atte ad impedire la reiterazione della condotta criminosa ovvero l'aggravamento delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

La proposta di legge, all'art. 4, rubricato «*Formazione degli operatori di polizia*» prescrive che «*entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge*», la Polizia di Stato, l'Arma dei carabinieri e il Corpo di polizia penitenziaria organizzino, presso i rispettivi istituti di formazione, dei corsi, con obbligo di frequenza, destinati al personale – individuato dall'amministrazione di appartenenza – che eserciti funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria in relazione alla prevenzione e al perseguimento

dei reati di cui agli artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis e 582 c.p. (quest'ultimo nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, comma 1, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, commi 1 e 2, c.p.) nonché al personale impegnato nel trattamento penitenziario delle persone condannate per tale tipologia di delitti. Al dichiarato scopo di assicurare l'omogeneità di tale "specializzazione", l'art. 4, comma 2, prevede altresì che i contenuti dei suddetti corsi formativi debbano essere delineati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione, dell'interno, della giustizia e della difesa.

A chiusura delle proposte modificative, l'art. 5 d.d.l. in esame prevede, infine, che «dall'attuazione delle disposizioni di cui alla presente legge non debbano derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

Le motivazioni fondanti la proposta normativa riportate nella *Relazione di accompagnamento* sembrano meritevoli di apprezzamento: verrebbe ad essere colmato quel vuoto di tutela che attualmente si verifica nel caso in cui la vittima non sia ritenuta "particolarmente vulnerabile" nel senso inteso *sub* art. 90-quater c.p.p. (introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212); in tale fattispecie, difettando questa condizione, la vittima non potrebbe beneficiare delle cautele poste a suo presidio, relative, sinteticamente, alle celeri modalità previste per l'assunzione di sommarie informazioni o della testimonianza delle persone, nonché alla rapida adozione, a sua tutela, di eventuali provvedimenti cautelari.

Per completezza, occorre segnalare come strettamente correlati al d.d.l. in commento (tanto da essere tutti all'esame della Commissione Giustizia), siano altresì due proposte, entrambe di iniziativa parlamentare: il riferimento è, da un lato, al d.d.l. C. 1003 che, oltre a perseguire i medesimi obiettivi di cui al progetto di legge di iniziativa governativa, con modalità sostanzialmente analoghe, rafforza gli obblighi di comunicazione alla persona offesa, relativamente agli sviluppi del procedimento penale con particolare riferimento alla messa in libertà del presunto autore della violenza, estendendo il campo di applicazione del c.d. braccialetto elettronico; d'altro, alla proposta di legge C. 1457 che, analogamente, interviene sugli obblighi di comunicazione in favore della persona offesa, ma si prefigge altresì l'obiettivo di modificare le disposizioni attualmente vigenti relativamente all'ordinamento penitenziario, estendendo il catalogo di reati per la cui condanna l'accesso ai benefici penitenziari è subordinato ad un periodo di osservazione della personalità ed ad un programma di riabilitazione.

RAFFORZATO IL SEGRETO PROFESSIONALE DEL GIORNALISTA

Al cospetto della Commissione Giustizia del Senato si trova il d.d.l. S. 836, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di tutela dell'identità delle fonti delle informazioni giornalistiche*», presentato, in data 2 ottobre 2018, dai senn. Di Nicola ed altri.

La proposta *de qua*, che consta di un solo articolo, intende sostituire l'attuale formulazione dell'art. 200, comma 3, c.p.p., sancendo che «*Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti e pubblicisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione*».

L'obiettivo è dunque quello di rafforzare la tutela del segreto sulle fonti del giornalista professionista o pubblicista che sia qualificato, nella *Relazione di accompagnamento* del d.d.l. S. 836, un vero e proprio "diritto" di prevalente pregnanza sia rispetto alla ricerca della prova, sia al prudente apprezzamento del giudice ed alla sua libertà di convincimento.

COMPETENZA TERRITORIALE AD HOC PER I REATI INFORMATICI

All'attenzione della Commissione Giustizia del Senato è anche il d.d.l. S. 798 («*Disposizioni in materia di competenza territoriale in caso di reati informatici*»), presentato in data 19 settembre 2018 dall'on. Giammanco e teso ad innalzare la tutela nei confronti dei cittadini più deboli e di quelle persone che, vittime di un reato a distanza, sono indotte a rinunciare forzatamente alla tutela giurisdizionale per evitare di far fronte alle spese di viaggio e di pernottamento e a tutte le altre connesse a un processo che si svolgerebbe in un'altra città del Paese.

Invero, oggi, balza agli occhi di tutti la diffusione, sempre più capillare, della tecnologia virtuale: la rete internet e, correlativamente, le comunicazioni virtuali, costituiscono sovente il mezzo o l'oggetto

per la commissione di fattispecie tipiche di reato le quali, in considerazione delle peculiari caratteristiche delle tecnologie informatiche e telematiche, comportano una serie di problematiche (talora anche di non pronta soluzione), in considerazione della rapidità delle comunicazioni in rete, dell'astrattezza dei dati informatici più agevolmente occultabili rispetto alle comunicazioni tradizionali, dell'anonimato dietro cui la persona che le effettua può nascondersi, nonché dell'attivabilità della comunicazione, con minima tecnologia, pressoché da ogni luogo.

Nella *Relazione di accompagnamento* alla proposta di legge in esame è puntualizzato come nel 2017 siano aumentate, rispetto all'anno precedente, del 51% le denunce per reati commessi in rete, con una lievitazione soprattutto di minacce e molestie.

Uno dei primi problemi sorti insieme alla proliferazione delle "nuove comunicazioni" è quello dell'individuazione del giudice territorialmente competente ad accertare la perpetrazione di un fatto di reato ed il suo autore.

Nel tentativo di offrire una risposta concreta alla problematica sopra evidenziata, l'iniziativa in commento, che si compone di un solo articolo, sancisce, al comma 1, per i reati cosiddetti informatici (artt. 392, comma 3, 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 616, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 621, 623-bis, 635-bis, 635-quater, 640-ter e 640-quinquies c.p., nonché per i reati di cui agli artt. 494, 595, 609-undecies, 612, 612-bis, 615-bis, comma 2, 618, 629 e 640 del medesimo codice, commessi attraverso strumenti informatici o telematici), che il foro competente sia determinato dal luogo di residenza, domicilio o dimora abituale della persona offesa.

Il comma 2 della proposta in esame, inoltre, prevede che, nel caso di pluralità di persone offese dal medesimo reato «*procede il giudice competente per il maggior numero di esse*». Infine, il disposto *de quo*, al comma 3, nelle ipotesi nelle quali la persona offesa dovesse essere residente, domiciliata ovvero dimorante abitualmente all'estero, rinvia all'attuale disciplina generale prevista in tema di competenza per territorio, prevedendo così, soltanto in via residuale, che «*la competenza territoriale è determinata ai sensi degli articoli 8 e 9 del codice di procedura penale*».

Ad avviso del proponente, la "nuova" determinazione del foro competente per i reati commessi tramite mezzi informatici, sarebbe giustificata dalla circostanza per cui, al momento della stesura della norma vigente sulla competenza territoriale, i cosiddetti reati «a distanza» non erano stati ancora previsti né ipotizzati e, pertanto, «*le regole [attuali] erano state pensate presumendo per ogni reato la contemporanea presenza del reo e della vittima nello stesso luogo*». Al riguardo, si rileva, invero, come tale tipologia di criterio non sia effettivamente un elemento di novità rispetto a quanto attualmente previsto dalle disposizioni sulla competenza territoriale sancite in tema di diffamazione tramite sistema radiotelevisivo: anche per tale fattispecie delittuosa, infatti, si è (già) derogato alle regole generali del codice di rito penale, traslando la competenza proprio nel luogo di dimora della persona offesa.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di *Andrea Sivier*

DIVIETO DI TORTURA E DI PENE O TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI

(Corte e.d.u., 22 novembre 2018, *Konstantinopoulos e altri c. Grecia – n. 2*)

Con la decisione in commento la Corte europea dei diritti dell'uomo torna ad occuparsi della tematica concernente l'uso sproporzionato della forza pubblica da parte delle autorità statali, contribuendo, così, a delineare la portata applicativa dei principi sottesi all'art. 3 della Convenzione, il quale sancisce il divieto di sottoporre chiunque a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti.

Nello specifico, i giudici strasburghesi hanno condannato la Grecia per gli accadimenti del 13 aprile 2013 avvenuti all'interno del carcere di Grevena, definito dagli osservatori internazionali la Guantanamo ellenica. Merita, infatti, di essere evidenziato che in passato la Corte si era già occupata della struttura penitenziaria in parola, condannando la Grecia per le preoccupanti condizioni nelle quali versavano i detenuti: celle di dodici metri quadri condivise da tre o quattro persone, alcune delle quali costrette a dormire a terra, visite ristrette a quindici minuti massimo, nessuna telefonata, cibo di scarsa qualità, oltre alla mancanza di differenziazione degli spazi tra condannati e detenuti in attesa di giudizio.

Il caso in esame prende le mosse da due ricorsi, successivamente riuniti ai sensi dell'art. 42 § 1 del Regolamento della Corte, presentati da diversi cittadini greci, albanesi e bulgari che lamentavano la violazione dell'articolo 3 Cedu per avere subito maltrattamenti perpetrati dalle Autorità statali in occasione di una serie di perquisizioni avvenute nel carcere ellenico di Grevena il 13 aprile 2013. In relazione a tali fatti, inoltre, i ricorrenti si dolevano della violazione del diritto ad un ricorso interno effettivo di cui all'art. 13 Cedu, oltre che della violazione dell'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1, il quale tutela il diritto alla protezione della proprietà.

Si dia un rapido sguardo ai fatti di causa.

Nel 2013, a seguito di informazioni relative alla possibilità di una fuga dei detenuti o di rivolte interne presso il carcere di Grevena, il Ministero della Giustizia ordinava che fossero posti in essere dei controlli all'interno del citato istituto. Si tenga presente che la situazione sociale ellenica del periodo era caratterizzata da situazioni emergenziali scaturite dalla prorompente crisi economica del paese, da malessere diffuso della popolazione nei confronti dell'Autorità e dall'aumento dei crimini, con conseguente innalzamento del numero della popolazione carceraria. In alcune prigioni greche si erano verificati episodi allarmanti, quali un tentativo di fuga dalla struttura di Trikala e la presa in ostaggio di alcuni agenti penitenziari nel carcere di Melandrino.

Il 13 aprile 2013, invero, alla presenza del procuratore presso il Tribunale penale di Grevena e del direttore del carcere, veniva effettuata la perquisizione di varie celle della citata struttura penitenziaria.

Tali controlli erano stati posti materialmente in essere, con l'ausilio del personale penitenziario, dalla Polizia di Grevena, dall'unità speciale EKAM (forze speciali antiterrorismo) e da un gruppo di artificieri con cani poliziotto. In particolare, le operazioni avevano riguardato l'ala B (40 celle che ospitavano circa 140 detenuti) e l'ala A2 del carcere (20 celle che ospitavano circa 70 prigionieri), presso le quali erano detenuti i soggetti più pericolosi per la sicurezza del carcere, circostanza della quale le forze di polizia coinvolte erano state edotte prima degli interventi.

Le operazioni di controllo si erano protratte per diverse ore, portando alla scoperta, nell'ala B, di un coltello improvvisato, tre telefoni cellulari e un caricabatterie, nell'ala A2, di due telefoni cellulari e un certo quantitativo di polvere bianca (probabile sostanza stupefacente).

Al termine dei controlli, verso le ore 19:00, alcuni detenuti dell'ala A2 chiedevano di essere visitati dal medico del carcere (anch'egli detenuto presso la medesima struttura), sostenendo di essere stati vittime di maltrattamenti. Il sanitario, dopo avere visionato ventotto detenuti, aveva modo di constatare come questi mostrassero diverse contusioni e tracce di infiammazioni cutanee, senza, tuttavia, essere in grado di determinarne la causa, ma specificando che tali escoriazioni erano comuni tra carcerati e spesso provenivano da risse tra di loro.

Dopo la citata visita, verso le ore 20:00, sessanta detenuti dell'ala A2 inviavano una petizione al Ministero della Giustizia ed alla direzione del Carcere di Grevena, denunciando che durante i controlli in questione, pur non avendo alcuna opposta resistenza, i poliziotti si sarebbero precipitati dentro le loro celle e li avrebbero picchiati crudelmente, facendo uso di dispositivi "taser" che venivano puntati su varie parti del corpo (braccia, piedi, collo, testa e, persino, occhi). Lamentarono, inoltre, che le autorità li avrebbero obbligati a denudarsi, a camminare a gattoni nella palestra del complesso penitenziario e a stare faccia al muro per diverso tempo, pratiche umilianti che sarebbero culminate con la distruzione da parte della Polizia di una serie di oggetti personali dei detenuti, tra cui foto di famiglia, documenti legali, vestiti e cibo.

Nei giorni seguenti, gli organi di stampa nazionali attribuivano larga esposizione mediatica ai fatti denunciati, al punto che la struttura carceraria veniva visitata sia dal Presidente della commissione parlamentare permanente incaricata del monitoraggio del sistema penitenziario (17 aprile 2013), sia dal Ministro della giustizia (25 aprile 2013), i quali, in tali occasioni, avevano modo di constatare la presenza di lividi e tumefazioni su diverse parti del corpo dei detenuti.

Il Procuratore presso il Tribunale di Grevena, dunque, apriva un procedimento penale ed ordinava al comandante del locale commissariato di Polizia di eseguire degli accertamenti, da un lato, finalizzati ad acquisire la relazione di un medico legale che fosse in grado di constatare se effettivamente erano state cagionate lesioni corporali tali da mettere in pericolo la vita dei detenuti o, comunque, di causare loro gravi danni fisici, dall'altro, funzionali ad acclarare le modalità attraverso le quali i controlli in contestazione ebbero luogo.

La visita del medico legale avveniva il 4 maggio 2013, ben ventuno giorni dopo i fatti, circostanza che, inevitabilmente, comprometteva le indagini, dal momento che dei ventinove detenuti esaminati, solamente otto presentavano lesioni che astrattamente potevano essere riconducibili all'utilizzo dei taser, ma risultava particolarmente gravoso affermare o escludere tale eventualità, in quanto era ormai trascorso un apprezzabile lasso temporale. Risultava, inoltre, accertato che altri undici detenuti presentavano edemi o piccoli lividi, i quali potevano derivare dall'utilizzo improprio di strumenti quali, ad esempio, un bastone, mentre solo i restanti dieci carcerati non riportavano alcuna ferita.

Nonostante il clamore mediatico, seguiva un periodo di inerzia investigativa, tant'è che il rappresentante dei detenuti denunzianti si vedeva costretto a presentare al Procuratore ben due formali istanze affinché le autorità inquirenti, in ossequio a quanto disposto dall'art. 572 del codice di rito ellenico, adottassero le misure necessarie per raccogliere e conservare tutte le prove funzionali ad assicurare alla giustizia i responsabili degli accadimenti denunciati. In particolare, si chiedeva di visionare i filmati delle telecamere di sorveglianza installate presso la prigione, come pure la trasmissione di una relazione informativa sui progressi investigativi compiuti a seguito della denuncia.

Senza alcun apparente motivo, il Procuratore forniva esclusivamente la relazione informativa, dalla quale emergeva come l'indagine preliminare fosse condotta in maniera lacunosa e, di fatto, trovava inizio solamente a seguito delle ripetute istanze delle persone offese. Nello stesso periodo, di contro, la Procura presso il Tribunale di Grevena aprì un'indagine contro i detenuti per "resistenza e aggressione contro agenti di polizia". Tale procedimento, tuttavia, veniva presto chiuso per impossibilità di identificare gli autori degli asseriti reati.

Il 31 ottobre 2013 veniva ascoltato il direttore del carcere, il quale, pur confermando di aver assistito ai controlli incriminati, dichiarava di non avere notato alcun atto posto in essere dal personale penitenziario o dalle forze di polizia che potesse giustificare la denuncia da parte dei detenuti.

Il 15 marzo 2014, su richiesta del Procuratore presso il Tribunale di Grevena veniva aperta pure un'inchiesta amministrativa volta a chiarire le circostanze e le modalità con le quali furono perpetrate le perquisizioni oggetto di accusa. Nell'ambito di tale procedimento veniva espletata l'audizione di diversi poliziotti ed uno di questi affermava che, effettivamente, era stato fatto utilizzo del dispositivo taser, ma ciò era motivato dal fatto che alcuni detenuti si erano dimostrati particolarmente aggressivi, tentando di occupare gli spazi esterni alle celle e gettando oggetti addosso alle forze speciali intervenute, e che, comunque, che la forza pubblica era stata esercitata in maniera ponderata, utilizzando il taser per non oltre due secondi e solo laddove estremamente necessario, tenuto conto pure delle particolari condizioni di ristrettezza degli spazi ove erano stati effettuati i controlli, circostanza che non permetteva alle forze speciali di reagire con altri metodi meno invasivi.

Il 17 novembre 2014 il direttore della polizia regionale della Macedonia, responsabile del procedimento amministrativo, ritenendo che gli agenti interessati non avessero commesso alcuna violazione

disciplinare, archiviava il caso e trasmetteva il proprio rapporto al Procuratore presso il Tribunale di Grevena.

Il 10 dicembre 2014, a seguito della relazione del titolare dell'indagine penale, il Procuratore presso la corte d'appello della Macedonia occidentale decideva di archiviare il procedimento penale, ritenendo l'operato delle forze di Polizia intervenute il 13 aprile 2013 conforme ai principi di legalità, in quanto l'uso della forza pubblica posto in essere era da considerarsi proporzionato in relazione alle particolari circostanze nelle quali erano stati calati i controlli.

Il 16 dicembre 2014, dunque, i difensori dei detenuti venivano informati dell'archiviazione del procedimento, ma soltanto oralmente. Per tale ragione il giorno seguente facevano richiesta per ricevere una copia del provvedimento archiviativo, senza, tuttavia, ottenere risposta alcuna.

La vicenda interna si concludeva con l'ottenimento del provvedimento in parola in data 28 gennaio 2015, a seguito della reiterazione dell'istanza

Passando ad esaminare la decisione in commento, è possibile volgere alcune riflessioni suggerite dalle argomentazioni dei giudici strasburghesi.

Anzitutto, viene confermata la portata inderogabile dell'art. 3 della Convenzione.

La Corte, infatti, rammenta come tale divieto incarna uno dei valori fondamentali delle società democratiche, al punto che non può essere soggetto a restrizioni e, in base all'art. 15 § 2 della Convenzione, non può subire deroghe, nemmeno in caso di emergenza pubblica che minacci la vita della nazione.

Emerge, quindi, come il binomio divieto di tortura/società democratica rappresenti il punto di partenza per ogni ulteriore ragionamento sul punto.

Inoltre, i giudici tornano a specificare ulteriormente il concetto di tortura o trattamento inumano o degradante.

Giova rammentare, infatti, che tale concetto risulta essere piuttosto dinamico e, dunque, negli anni, i giudici strasburghesi sono stati chiamati ad effettuare un'operazione di demarcazione dei confini delle violenze ricadenti nell'ambito dell'art. 3 Cedu e quelle, invece, che ne sono escluse.

Ovviamente, per aversi maltrattamento ai sensi dell'art. 3 della Convenzione occorre che la violenza abbia un minimo di gravità. È proprio la valutazione di tale minimo che presenta le maggiori criticità, in quanto relativa. La Corte, già in passato, ha avuto modo di affermare che il giudizio in questione dipende da varie circostanze, tra le quali, per esempio, la durata del trattamento, gli effetti fisici e mentali conseguenti e, in determinate occasioni, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima.

Ebbene, con la decisione qui analizzata il giudice sovranazionale pare valorizzare la particolare posizione del soggetto che abbia subito violenze in stato di privazione della libertà, confermando che l'uso della forza fisica nei confronti del ristretto, quando non è resa necessaria dal suo comportamento, mina la dignità umana e, in linea di principio, costituisce sempre violazione del diritto garantito dall'art. 3 della Convenzione.

Sembra, dunque, che in tali situazioni si verifichi una presunzione di gravità del comportamento posto in essere dall'aggressore che potrà essere sconfessata esclusivamente attraverso una prova negativa.

La Corte, inoltre, si occupa della particolare posizione del soggetto che, non solo sia vittima di maltrattamenti in stato di privazione della libertà, ma lo sia per mezzo dell'autorità pubblica che lo ha in custodia.

Laddove i pubblici poteri siano accusati di avere esercitato la forza, chiosa la Corte, spetta agli Stati fornire una spiegazione plausibile dell'origine delle lesioni e, dunque, produrre prove in grado di mettere in dubbio la versione della vittima.

Si viene, così, a creare una sorta di inversione dell'onere della prova che si caratterizza per attribuire massima protezione alla posizione della vittima di torture o pene o trattamenti inumani o degradanti posti in essere da autorità pubbliche.

A ben vedere, l'assunto appare tanto ovvio quanto decisivo affinché sia rispettato il substrato culturale e ideologico che ha portato all'elaborazione ed alla successiva cristallizzazione dei principi enunciati dalla Convenzione.

Qualora, infatti, un soggetto sia in stato di custodia presso l'autorità statale, questa versa in una sicura posizione di supremazia sullo stesso ed ha il conseguente obbligo di tutelarne e garantirne l'integrità fisica e psicologica. Orbene, in una siffatta ipotesi il citato meccanismo di inversione degli oneri probatori risulta necessario al fine di non garantire ai pubblici poteri quel corridoio di impunità che, altrimenti, rischierebbe di mortificare la portata democratica del divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione.

Chiarito quanto sopra, occorre dar conto che nel caso di specie, come anticipato, la Corte ha rilevato come il Governo ellenico non sia stato in grado di fornire la prova dell'utilizzo razionale e proporzionato della forza pubblica da parte delle autorità interne e, dunque, ha ritenuto che sia stata posta in essere la violazione del divieto in parola sotto il profilo sostanziale.

Tale giudizio è dovuto alla valorizzazione di varie circostanze fattuali.

In primo luogo, che i ricorrenti furono feriti, non nel contesto di un'operazione dettata da una situazione di emergenza improvvisa, bensì nell'ambito di controlli preventivamente programmati e pianificati e, dunque, posti in essere da operatori consapevoli del grado di rischio dei soggetti detenuti nelle celle perquisite.

In secondo luogo, che i controlli furono condotti con modalità tali da scontrarsi logicamente con la possibilità che la situazione potesse degenerare al punto da costringere i poliziotti a ricorrere all'utilizzo dei taser. Giova, infatti, rammentare che le operazioni furono condotte da parte di varie forze – anche speciali – di polizia, mediante la perquisizione di una cella alla volta all'interno della quale erano detenute tre, massimo quattro persone.

Insieme a tali circostanze i giudici strasburghesi hanno valorizzato pure alcuni fatti in grado di porre più di qualche ambiguità sull'operato delle autorità, dubbi che non sono stati chiariti dal Governo greco e, data la sopraccitata inversione sostanziale dell'onere della prova in materia, hanno fatto propendere la Corte per la violazione del divieto di tortura da parte delle autorità elleniche.

Nello specifico, il giudice sovranazionale ha ritenuto dirimenti in tal senso le contraddizioni tra le dichiarazioni del direttore del carcere di Grevena (che affermò di non aver notato alcun episodio di violenza) e quelle rilasciate da uno dei poliziotti sentiti nell'ambito dell'indagine amministrativa (il quale, invece, affermò che furono utilizzati i taser, ma solo per un breve lasso temporale) nonché la circostanza che, nonostante la richiesta formulata dai difensori dei detenuti, le autorità incaricate dell'indagine non consegnarono i nastri delle registrazioni audio e video delle telecamere di sorveglianza.

La Corte, inoltre, ha ritenuto violato il divieto di cui all'art. 3 della Convenzione anche con riguardo al suo riflesso procedurale e, cioè, sotto il triplice profilo dello scarso grado di approfondimento dell'indagine, dell'intempestività dei mezzi di cristallizzazione degli elementi probatori e della mancata indipendenza delle autorità responsabili dell'inchiesta.

Ed invero, i giudici hanno ritenuto che le autorità, date le summenzionate contraddizioni e lacune probatorie, abbiano contravvenuto l'obbligo di approfondimento dell'indagine che, dunque è risultata sommaria ed incompleta.

Inoltre, la Corte ha ritenuto di avere acquisito sufficienti elementi per ritenere che l'indagine sia stata intempestiva. Da un lato, infatti, pur essendo le autorità a conoscenza delle accuse sin dai primi momenti successivi ai controlli incriminati, la visita del medico legale è avvenuta ben ventuno giorni dopo i fatti lamentati, circostanza che ha irrimediabilmente compromesso le risultanze dell'inchiesta, dal momento che non è stato possibile concludere scientificamente che le lesioni inflitte fossero diretta conseguenza dell'utilizzo dei taser; dall'altro lato, le audizioni delle persone informate sui fatti sono avvenute a distanza di qualche mese dai fatti e solamente a seguito della reiterazione, per ben due, volte, di apposita istanza da parte delle vittime.

Infine, il giudice sovranazionale ha ritenuto che gli organi inquirenti non abbiano operato in condizione di indipendenza. In tal senso sono state valorizzate le circostanze che, anzitutto, l'indagine fu affidata ad un membro della Procura presso il Tribunale penale di Grevena, organo che non solo ha competenza funzionale pure sulla vigilanza della prigionia in questione, ma, in occasione dei controlli incriminati, vide la presenza sul posto di un suo rappresentante; in secondo luogo, il fatto che il titolare dell'indagine si fosse dimostrato particolarmente ostile alle richieste ed alle doglianze dei denunciati (si pensi, ad esempio alla mancata consegna dei nastri audio e video delle telecamere di sorveglianza della prigionia) e, da ultimo, il fatto che il Procuratore, contestualmente al procedimento penale per maltrattamenti, abbia aperto un'inchiesta contro i detenuti, archiviandolo mediante una formula non definitiva e che, ad apprezzamento della Corte, potrebbe essere stata utilizzata per intimidire i denunziati, dal momento che l'identità di coloro che durante i controlli in questione non collaborarono con le forze di polizia era ben nota alle autorità della prigionia.

PROFILI DEL GIUSTO PROCESSO (ESECUZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIALI)

(Corte e.d.u., 13 dicembre 2018, Casa di cura Valle Fiorita s.r.l. c. Italia)

Pur trattandosi di una questione all'apparenza prettamente civilistica, quale la tutela della proprietà di un immobile, la decisione in commento assume connotati particolarmente interessanti sul versante del giusto processo e, in particolare, con riguardo al profilo esecutivo del provvedimento giudiziale di sequestro preventivo nell'ambito di un procedimento penale.

Il caso prende l'abbrivio dal ricorso presentato da una società italiana (Casa di cura Valle Fiorita s.r.l.), la quale lamentava la violazione del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del protocollo n. 1 alla Cedu e del diritto ad un equo processo di cui all'articolo 6 della Convenzione medesima, dal momento che le autorità italiane avevano negato alla stessa ogni tutela, rendendole impossibile la ripresa del possesso di un proprio immobile occupato arbitrariamente da terzi, nonostante a proprio favore potesse vantare un provvedimento di sequestro preventivo disposto dal giudice per le indagini preliminari.

Si dia un rapido sguardo ai fatti di causa.

La ricorrente è proprietaria di un complesso immobiliare utilizzato come clinica privata sino al 2011, quando, a causa dell'interruzione della convenzione con la struttura pubblica collegata, cessò ogni attività.

Dopo qualche mese dalla chiusura, un centinaio di persone entrarono nell'edificio con la forza e si appropriarono dei locali.

La ricorrente, quindi, denunciò i fatti alla locale Procura della Repubblica che aprì un'indagine nell'ambito della quale il giudice per le indagini preliminari accolse la richiesta del magistrato e dispose il sequestro preventivo del complesso, ipotizzando il reato di occupazione abusiva di immobile, sanzionato dall'art. 633 c.p., e ritenendo che la prosecuzione di tale condotta da parte degli occupanti avrebbe comportato un concreto rischio di degrado dell'edificio, oltre che un rilevante pregiudizio per la persona offesa.

Dell'esecuzione del citato sequestro venne incaricata la Divisione Investigazioni Generali e Operazioni Speciali (Digos), la quale, a propria volta, delegò il Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica (CPOSP) istituito presso la locale prefettura.

Per motivi strettamente legati alla carenza di alloggi da assegnare agli occupanti e per le conseguenti ragioni di ordine pubblico, il sequestro non venne eseguito.

In particolare, nella relazione presentata dalla Digos alla Procura della Repubblica si legge che nel corso degli anni precedenti, nel dipartimento di Roma, avevano avuto luogo numerose occupazioni abusive di immobili, organizzate da diversi movimenti a difesa del diritto alla casa, che spesso avevano coinvolto una pluralità di persone e, dunque, tenuto conto di una siffatta situazione, era fondamentale pianificare scrupolosamente gli sfratti degli occupanti al fine di preservare l'ordine pubblico e garantire l'assistenza necessaria alle persone vulnerabili coinvolte.

Dopo aver richiesto, senza successo, alla Procura della Repubblica l'accesso ai dati delle persone coinvolte negli atti di occupazione al fine di poter intentare contro di queste delle azioni giudiziarie, il 3 marzo 2015, la ricorrente intimò all'amministrazione di dare esecuzione al provvedimento di sequestro del giudice per le indagini preliminari.

Poiché la citata amministrazione non diede seguito all'istanza, la ricorrente adì il Tribunale amministrativo del Lazio lamentando l'inerzia dell'amministrazione stessa. Anche tale procedimento, invero, non sortì effetto alcuno.

Investita della questione, nei termini sopra menzionati, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preventivamente esaminato l'eccezione mossa dal Governo italiano secondo il quale la ricorrente non avrebbe esaurito le vie di ricorso interne, dal momento che, a suo tempo, non era stato dalla stessa adito il giudice civile.

I giudici strasburghesi, passando in rassegna i rimedi interni consentiti, soprattutto sotto il profilo dell'effettività, hanno sancito che in casi come quello in esame (e, cioè, laddove vi sia alla radice un provvedimento immediatamente esecutivo disposto da un giudice penale), l'obbligo di agire grava sulle autorità e non sul soggetto che richiede la tutela dei propri diritti. Infatti, continua la Corte, esigere che l'interessato prenda altre iniziative i cui risultati non potrebbero che essere identici, tenuto conto del fatto che gli occupanti risiedono illegalmente nell'edificio senza essere stati identificati né fermati dalla polizia, non corrisponderebbe all'esigenza dell'art. 35 § 1 della Convenzione.

Entrando nel merito della doglianza della ricorrente, concernente la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, la Corte ha avuto modo di affrontare varie tematiche connesse, sviluppando interessanti argomentazioni.

In particolare, viene affermato che il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria costituisce uno degli aspetti del diritto di accesso a un tribunale, il quale sarebbe illusorio, se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva e vincolante rimanesse inoperante a scapito di una delle parti.

Infatti, non si comprenderebbe come l'articolo 6 § 1 descriva in dettaglio le garanzie procedurali (equità, pubblicità e celerità) accordate alle parti e non tuteli l'attuazione delle decisioni giudiziarie.

I giudici affermano, inoltre, che l'effettività della tutela fornita dalla citata disposizione si snoda attraverso un'interpretazione che deve andare necessariamente oltre al mero accesso alla giustizia e allo svolgimento del procedimento, in quanto, altrimenti, si sminuirebbe il principio dello Stato di diritto che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare ratificando la Convenzione. L'esecuzione di una sentenza, dunque, indipendentemente da quale giudice l'abbia pronunciata, deve essere considerata come facente parte integrante del processo ai sensi dell'articolo 6.

Proprio con riguardo all'esecuzione dei provvedimenti emessi dai giudici nazionali, la Corte, inoltre, afferma che in linea generale è ammissibile che gli Stati intervengano nelle more di tale fase, ma risulta contrastante con i principi richiamati il fatto che le autorità impediscano, invalidino o, comunque, ritardino in maniera eccessiva l'attuazione delle stesse, anche se tali intromissioni sono finalizzate a risolvere problemi di ordine pubblico.

In altre parole, anche in circostanze eccezionali, occorre che l'autorità soppesi i diritti e gli interessi contrastanti ed effettui un'operazione di bilanciamento degli stessi, rispetto alla quale, comunque, l'esecuzione di una decisione si pone come la regola che può essere disattesa soltanto laddove lo Stato fornisca la prova di essersi dotato di un arsenale giuridico adeguato e sufficiente per assicurare il rispetto degli obblighi positivi posti a suo carico.

Analizzando le specificità del caso, la Corte ha, quindi, ritenuto che la decisione di sequestro del bene, per la sua stessa natura, ricopriva un carattere di urgenza, nella misura in cui era destinata a impedire il proseguimento di un reato allo scopo di preservare l'integrità del bene della ricorrente e, dunque, le motivazioni di ordine sociale e i timori relativi al rischio di problemi di ordine pubblico, anche se avrebbero potuto in astratto giustificare delle difficoltà di esecuzione del provvedimento, non potevano essere posti a fondamento di un'inerzia totale e prolungata da parte delle autorità delle autorità italiane.

Ed invero, astenendosi, per più di cinque anni, dall'adottare tutte le misure necessarie per conformarsi a una decisione giudiziaria definitiva ed esecutiva, le autorità nazionali hanno violato l'art. 6 § 1 della Convenzione, privandolo, nel caso di specie, di qualsiasi effetto utile e pregiudicando lo Stato di diritto, fondato sulla preminenza delle decisioni giudiziali e sulla sicurezza dei rapporti giuridici.

Per le suesposte ragioni, inoltre, è stato ritenuto vulnerato pure il diritto tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

CORTE DI GIUSTIZIA UE COURT OF JUSTICE EU

di Lorenzo Belvini

LO STATO DI ESECUZIONE DEL M.A.E. PUÒ RIFIUTARE LA CONSEGNA ANCHE QUANDO IL REATO SIA PUNIBILE, SECONDO IL PROPRIO DIRITTO INTERNO, CON LA SOLA PENA PECUNIARIA

(Corte di Giustizia U.E., Prima Sezione, 13 dicembre 2018, causa C-514/17)

La decisione in commento verte sull'interpretazione dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI (relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri); in particolare, si chiede alla Corte di Giustizia quali siano i presupposti che consentono allo Stato membro di esecuzione di non eseguire il mandato di arresto europeo emesso nei confronti di una persona che risiede stabilmente in tale Stato, anche se il reato per il quale il m.a.e. è stato emesso è punibile nello stato di esecuzione con la sola pena pecuniaria.

Una rapida ricognizione della vicenda giudiziaria è utile per comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione in commento.

Le autorità giudiziarie della Romania emettevano mandato di arresto europeo nei confronti di M.S., per l'esecuzione della pena detentiva di un anno e due mesi irrogata dal Judecătoria Carei (Tribunale di primo grado di Carei, Romania).

L'autorità giudiziaria del Belgio (Tribunale di Liegi) – Paese in cui M.S. si era trasferito e dove risiedeva stabilmente – disponeva l'esecuzione del mandato di arresto europeo. Avverso tale decisione proponeva appello M.S.; a fondamento del gravame proposto si poneva l'art. 6, punto 4, della legge belga sul mandato di arresto europeo (con cui il Belgio ha recepito l'art.4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI), il quale consente di negare l'esecuzione del m.a.e. «emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, qualora la persona interessata sia belga o risieda in Belgio e qualora le autorità belghe competenti si impegnino ad eseguire tale pena o misura di sicurezza conformemente alla legge belga».

La Corte di appello belga, investita del gravame, osservava però che i reati per i quali M.S. era stato condannato in Romania alla pena detentiva, in Belgio erano puniti con la sola sanzione pecuniaria; tale circostanza impediva al Belgio di eseguire la detta pena detentiva, di conseguenza non era possibile rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso nei confronti di M.S. A tal riguardo va, infatti, considerato il divieto di convertire una pena detentiva in sanzione pecuniaria previsto, in modo espresso dall'art. 8, § 3, della decisione quadro 2008/909/GAI (relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea); la norma *de qua*, quindi, era ostativa all'esecuzione in Belgio della pena detentiva indicata nel mandato di arresto europeo emesso dalle autorità rumene.

L'impossibilità di rifiutare l'esecuzione del m.a.e. era, tuttavia, secondo la Corte di appello belga, in contrasto con gli arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE, che riconoscono «una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui è stata condannata» (C. giust. UE, 5 settembre 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11 e C. Giust. UE, 29 giugno 2017, Poplawski, V-579/15).

Veniva, quindi, proposta questione pregiudiziale, con la quale si chiedeva se l'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, ammette il rifiuto di eseguire un m.a.e. emesso nei confronti di una persona residente nello Stato membro di esecuzione, per consentire il reinserimento sociale di tale soggetto, anche se il reato indicato nel mandato è punibile con la sola pena pecuniaria.

La Corte di Giustizia UE, nel risolvere la questione prospettata dal giudice belga, osserva che il principio del riconoscimento reciproco, posto alla base della decisione quadro 2002/584/GAI, non implica «un obbligo assoluto di esecuzione del mandato di arresto europeo»; l'art. 4, punto 6, della detta decisione quadro rappresenta, infatti, una delle ipotesi in cui un Paese membro dell'UE ha la facoltà, nei ca-

si ivi indicati in modo tassativo, di rifiutare l'esecuzione del m.a.e. disponendo che la pena inflitta debba essere applicata nel proprio territorio.

Nella decisione in commento viene, altresì, precisato che la norma ostativa alla conversione delle pene detentive in sanzioni pecuniarie (art. 8, § 3, della decisione quadro 2008/909/GAI) non pregiudica, in alcun modo, l'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa sancita dall'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, poiché «il legislatore dell'Unione ha espressamente previsto che le suddette disposizioni [2008/909/GAI] sono applicabili soltanto nella misura in cui siano compatibili con le disposizioni di quest'ultima [2002/584/GAI]».

Secondo i Giudici lussemburghesi la possibilità di non eseguire il m.a.e., prevista dall'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, implica, nondimeno, un obbligo per l'autorità giudiziaria di verificare se la pena indicata nel mandato possa essere effettivamente applicata in modo conforme al proprio diritto interno. Tuttavia, la valutazione che i giudici del Paese di esecuzione devono compiere non consente, in modo automatico, il rifiuto di eseguire il m.a.e. se la propria legislazione prevede una mera pena pecuniaria per il reato che sta alla base del mandato di arresto.

La Corte di Giustizia, quindi, riserva al giudice nazionale che intenda non eseguire il m.a.e. sulla base del motivo facoltativo sancito dall'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584/GAI, il dovere di accertare che, anche quando il reato posto alla base del m.a.e. sia punibile, ai sensi del diritto interno, solo con sanzione pecuniaria, tale diritto permette di eseguire, in modo effettivo, la pena detentiva inflitta dallo Stato membro emittente nei confronti della persona oggetto del mandato di arresto europeo.

* * *

L'OMESSA INDICAZIONE NEL M.A.E. DELLA PENA ACCESSORIA NON È OSTATIVA ALLA SUA ESECUZIONE

(Corte di Giustizia U.E., Prima Sezione, 6 dicembre 2018, causa C-551/18 PPU)

La questione pregiudiziale sottoposta al vaglio della Corte, concerne l'eseguibilità di una pena accessoria – emessa per lo stesso reato e con la stessa sentenza con cui è stata applicata la pena principale – non indicata nel mandato di arresto europeo.

Il caso che ha generato la pronuncia della Corte di Giustizia trae origine da una sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Anversa, con la quale I.K., cittadino belga, veniva condannato alla pena principale di tre anni di reclusione e alla pena accessoria della “messa a disposizione del tribunale dell'esecuzione penale” per un periodo di dieci anni. Va precisato che, secondo il diritto belga, con la detta pena accessoria, il condannato, prima della “scadenza della pena principale”, viene privato della libertà personale o sottoposto a liberazione sotto sorveglianza, dal Tribunale dell'esecuzione penale qualora vi sia il rischio che egli “commetta gravi reati”.

Con riferimento alla sopra indicata sentenza, l'autorità giudiziaria belga emetteva mandato di arresto europeo nei confronti di I.K., che si era allontanato dal Belgio, omettendo però di indicare la pena accessoria alla quale lo stesso era stato condannato. Il Tribunale di Amsterdam, dopo l'arresto di I.K. ne disponeva, per l'esecuzione della pena detentiva indicata nel detto m.a.e., la consegna all'autorità giudiziaria del Belgio che lo poneva in stato di detenzione.

Successivamente il Tribunale dell'esecuzione penale di Anversa, disponeva l'applicazione della pena accessoria della “messa a disposizione” nei confronti di I.K.; durante tale procedimento però, l'interessato eccepeva che la consegna da parte dell'autorità dei Paesi Bassi concerneva esclusivamente la pena principale, di conseguenza la pena accessoria non poteva essere eseguita, in quanto la stessa non era stata indicata nel mandato di arresto europeo. L'autorità giudiziaria Belga, dunque, chiedeva all'autorità dei Paesi Bassi di assentire l'esecuzione della pena accessoria, tale richiesta veniva, tuttavia, rigettata; ciononostante il Tribunale dell'esecuzione penale di Anversa, rigettando le richieste di I.K., lo manteneva in stato di detenzione.

La Corte di Cassazione del Belgio, adita da I.K., sospendeva il procedimento e proponeva questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se, ai sensi dell'art. 8, § 1, lett. f) della decisione quadro 2002/584/GAI, per l'esecuzione della pena accessoria applicata con la medesima sentenza e per lo stesso reato per il quale è stata irrogata la pena principale, sia sufficiente l'indicazione nel m.a.e. della sola pena principale.

La Corte lussemburghese, investita della questione, premette che il rifiuto di eseguire il mandato di arresto europeo è legittimo solo nei casi eccezionali indicati, in modo tassativo, dalla decisione quadro 2002/584/GAI, di conseguenza la regola generale è l'esecuzione del mandato; il rigetto, invece, rappresenta una eccezione oggetto di esegesi restrittiva.

Nell'analizzare le norme che interessano il caso di specie, la Corte osserva come il requisito dell'indicazione nel m.a.e. della pena inflitta (art. 8, § 1, lett. f) della decisione quadro 2002/584/GAI), è previsto per consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di accertare che il m.a.e. sia stato emesso per l'esecuzione di una pena la cui durata sia superiore a quattro mesi di reclusione (soglia minima fissata dall'art. 2, § 1, della decisione quadro 2002/584/GAI).

Nel caso di specie, il mandato di arresto europeo indicava in tre anni di reclusione la pena principale applicata a I.K., «di conseguenza la menzione della stessa era sufficiente a garantire che il mandato di arresto europeo soddisfi il requisito della regolarità di cui all'art. 8, paragrafo uno lettera f)» della decisione quadro 2002/584/GAI; pertanto, sostiene la Corte, l'omessa indicazione della pena accessoria «non può incidere in alcun modo sull'esecuzione di tale pena nello Stato membro emittente in seguito alla consegna».

La Corte precisa, poi, che l'esecuzione di una pena accessoria non menzionata nel m.a.e., non determina alcuna violazione del principio di specialità, sancito dall'art. 27 della decisione quadro 2002/584/GAI, – che impedisce di sottoporre la persona consegnata a un procedimento penale, di condannarla o privarla della libertà «per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stata consegnata». Nel caso di specie, invero, la pena accessoria non è stata aggiunta dopo la consegna, ma era stata applicata per il medesimo reato e con la stessa sentenza sulla cui base era stato emesso il mandato di arresto europeo, di conseguenza non è possibile ravvisare alcuna violazione del principio di specialità.

* * *

LA MERA NOTIFICA DI UNO STATO MEMBRO DELLA PROPRIA INTENZIONE DI RECEDERE DALL'UE NON IMPEDISCE L'ESECUZIONE DEL M.A.E.

(Corte di Giustizia U.E., Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU)

La Corte di Giustizia UE è stata chiamata a pronunciarsi su un tema di grande attualità: la possibilità per un Paese membro dell'UE di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso da un altro Stato che ha manifestato, in modo ufficiale, la volontà di recedere dall'Unione.

La vicenda riguardava un cittadino irlandese, R.O., sottoposto a misura cautelare in Irlanda per effetto di due mandati di arresto europeo emessi dal Regno Unito.

R.O., si opponeva alla consegna, deducendo che il Regno Unito aveva notificato al presidente del Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione, ai sensi dell'art. 50 del TUE; R.O., prospettava quindi, il concreto rischio che i diritti riconosciuti dalla decisione quadro 2002/584/GAI (relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), potevano non essergli garantiti dopo il recesso del Regno Unito.

La High Court (Alta Corte irlandese), chiamata a pronunciarsi sulla detta opposizione, osservava come per effetto della procedura di recesso attivata ex art. 50 TUE, vi era la possibilità di stipulare accordi tra l'Unione e il Regno Unito, per disciplinare i relativi rapporti, ivi compresi quelli relativi l'applicazione della disciplina sul mandato di arresto europeo.

Tuttavia secondo i Giudici irlandesi, sino a quando non fossero stati regolati i rapporti tra Unione e Regno Unito, vi sarebbe stata incertezza circa il regime giuridico vigente nel Regno Unito a seguito del recesso, di conseguenza non era possibile garantire che i diritti previsti dal diritto dell'Unione europea, potessero essere ugualmente riconosciuti a seguito del recesso. Nello specifico la High Court irlandese osservava come il dubbio sul regime giuridico applicabile nel Regno Unito dopo il suo recesso dall'Unione, concerneva i seguenti profili: «il diritto alla deduzione del periodo di custodia scontato nello Stato membro di esecuzione, previsto all'art. 26 della decisione quadro [2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri]; la cosiddetta regola "di specialità", di cui all'art. 27 della decisione quadro [2002/584/GAI]; la norma che limita la consegna o l'extradizione successiva, prevista all'art. 28 della decisione quadro [2002/584/GAI] e il rispetto dei diritti fonamen-

tali della persona consegnata conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Sulla scorta di tali motivi il giudice irlandese proponeva questione pregiudiziale, per verificare se la notifica da parte di un Paese membro della volontà di recedere dall'Unione sia ostativa alla consegna in quel Paese di una persona nei cui confronti era stata emesso un mandato di arresto europeo.

La Corte di Giustizia, sul punto, premette che il diritto dell'UE, si fonda sul principio di "fiducia reciproca" tra gli stati membri, il quale, con particolare riferimento al mandato di arresto europeo, si salda con il principio del "reciproco riconoscimento" (art. 1, § 2, della decisione quadro 2002/584/GAI); i casi che consentono a un Paese membro di rifiutare l'esecuzione del mandato sono, quindi, previsti in via eccezionale, solo nelle ipotesi previste in modo espresso dal diritto dell'UE.

A tal riguardo i Giudici lussemburghesi osservano come la mera notifica della volontà di recedere dall'Unione europea, non sospende l'applicazione del diritto dell'UE nei confronti dello Stato membro che ha manifestato la volontà rescindente; pertanto, l'eventuale rifiuto di eseguire il mandato di arresto europeo richiesto dal Regno Unito equivarrebbe «a una sospensione unilaterale della decisione quadro [2002/584/GAI]». A sostegno del proprio assunto la Corte lussemburghese osserva come la procedura delineata dall'art. 50 TUE preveda, dopo la notifica al Consiglio europeo della volontà di recedere, una fase negoziale e la conclusione di accordi idonei a disciplinare le modalità del recesso, il quale produrrà i propri effetti dalla stipula degli accordi, o in mancanza, dopo due anni dalla notifica al Consiglio europeo.

La decisione in commento, però, riserva al giudice nazionale la possibilità di verificare se sussistono «ragioni serie e comprovate», che consentano di ritenere che a seguito del recesso, la persona oggetto del mandato d'arresto rischi di essere privata dei diritti sanciti dal diritto dell'UE nel Paese di consegna. Con riferimento al caso specifico tuttavia, la Corte di Giustizia sostiene che avendo il Regno Unito aderito alla CEDU, va escluso il concreto rischio di un trattamento inumano o degradante nei confronti della persona da consegnare per effetto del mandato d'arresto europeo.

CORTE COSTITUZIONALE

di Angela Procaccino

IL VENTAGLIO DI PRESCRIZIONI DELLA LIBERTÀ VIGILATA EX ART. 228, COMMA 2, C.P.P. PERMETTE AL GIUDICE DI NON APPLICARE UNA MISURA DI SICUREZZA DETENTIVA IN CASO DI TRASGRESSIONE

(C. cost., sent. 27 dicembre 2018, 250)

Sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale degli artt. 676, comma 1, e 679, comma 1, c.p.p. e 231, comma 2, c.p., nella parte in cui non consentono al giudice di applicare la confisca in sede di aggravamento della misura di sicurezza personale della libertà vigilata, così non lasciandogli altra opzione che quella dell'adozione della misura di sicurezza detentiva della casa di lavoro oppure di quella della colonia agricola.

La Corte costituzionale, se da un lato ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 676, comma 1, e 679, comma 1, c.p.p., posto che l'attribuzione al magistrato di sorveglianza della competenza ad irrogare la confisca (come ogni altra forma di attribuzione) è riservata all'ampia discrezionalità del legislatore (forse ancor più in materia processuale: *ex multis*, sentenze n. 65 del 2014 e n. 216 del 2013; ordinanze n. 48 del 2014 e n. 190 del 2013), dall'altro lato, ha ritenuto non fondata la seconda questione di legittimità, riferita all'art. 231, comma 2, c.p. ed ha, al contempo, fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

La critica del giudice rimettente, per cui la misura della libertà vigilata non potrebbe essere sostituita altrimenti che con una misura di sicurezza aggravata, quale l'assegnazione a una colonia agricola oppure a una casa di lavoro – stante il combinato disposto di cui agli artt. 215 e 231 c.p. – è stata respinta innanzitutto, in forza della formulazione testuale dell'art. 231, comma 2, c.p., che esclude ogni automatismo, *ex se* lesivo della libertà personale.

Ciò significa, ad avviso della Corte, che il giudice che ritenga, anche avuto riguardo alla «particolare gravità della trasgressione o al ripetersi della medesima», essere, allo stato, una misura detentiva sproporzionata ed eccedente le finalità di prevenzione, ben può limitarsi ad aggravare la stessa libertà vigilata, inasprendo le prescrizioni *ex art. 228, comma 2, c.p.*, così rimanendo nell'ambito delle misure di sicurezza non detentive. (Con riferimento all'assegnazione a una casa di cura e di custodia, di cui all'art. 219 c.p., sulla possibilità di applicare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si veda, Corte cost., sentenza n. 208 del 2009. Come pure si vedano Corte cost., sent. n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004, per l'illegittimità costituzionale rispettivamente dell'art. 222 c.p., sul ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, e dell'art. 206 c.p., sull'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, nella parte in cui non consentono al giudice di adottare, in luogo delle misure previste da essi, una misura di sicurezza non detentiva idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale).

ANCORA UN SIGILLO SULL'INAPPLICABILITÀ DELLA “REGOLA TARICCO”

(C. cost., ord. 20 novembre 2018, 243)

Il provvedimento dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, l. 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007).

Le ordinanze di rimessione al giudice delle leggi risultano tutte antecedenti alla nota pronuncia della Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., che ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola Taricco”, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più se-

vero di quello vigente al momento della commissione del reato. Peraltro la Corte era già stata chiamata a pronunciarsi su questioni del tutto analoghe a quelle sollevate dai giudici *a quo*, e con sentenza n. 115 del 2018 aveva affermato che, indipendentemente dalla collocazione temporale dei fatti rispetto alla data in cui è stata pronunciata la sentenza Taricco, il giudice comune non può applicare la “regola” ivi enunciata perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, comma 2, Cost. (si vedano, pure, Corte cost., sentenze n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 185 del 1992). Peraltro, a sigillare la tenuta di questa conclusione, la Corte ha concluso che «quand’anche tale regola potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (si veda Corte cost., sent. n. 327 del 2008).

È ESCLUSO IL *BIS IN IDEM* TRA SOSPENSIONE “CAUTELARE” E SOSPENSIONE “PUNITIVA” DEL CONSULENTE FINANZIARIO (ARTT. 55 E 196 T.U. FINANZA), MA L’AUTORITÀ PROCEDENTE DEVE VERIFICARE SE RESIDUINO ULTERIORI ESIGENZE DI TUTELA DEL MERCATO DA SALVAGUARDARE

(C. cost., sent. 20 novembre 2018, n. 240)

La pronuncia dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 55, comma 2, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 l. 6 febbraio 1996, n. 52), sollevate in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 Cedu.

È determinante ricordare come il censurato art. 55, comma 2, t.u. finanza, in pendenza della questione di legittimità costituzionale, sia stato abrogato. Ciò è avvenuto per mezzo del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, recante «Attuazione della direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari». È pure indispensabile ricordare come, con l’art. 7-*septies* del t.u. finanza – aggiunto dall’art. 2, comma 7, del medesimo d.lgs. n. 129 del 2017 –, il potere di sospensione cautelare, già previsto dall’abrogato art. 55, comma 2, t.u. finanza, in capo alla CONSOB, sia ora stato attribuito all’Organismo di vigilanza e tenuta dell’albo unico dei consulenti finanziari, a sua volta sottoposto al controllo della CONSOB.

Lo *ius superveniens*, tuttavia, non determinava effetti sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale posta all’esame della Corte, atteso che l’art. 10, comma 2, del sopravvenuto d.lgs. n. 129 del 2017, quale norma transitoria, ha previsto che le norme abrogate o modificate continuino ad applicarsi fino all’entrata in vigore di disposizioni che dovranno essere adottate, secondo le rispettive competenze, dalla Banca d’Italia e dalla CONSOB (il che, nella specie, è avvenuto solo il 15 febbraio 2018, con l’approvazione da parte della CONSOB del Regolamento intermediari, adottato con delibera n. 20307, che, giusta la previsione di cui all’art. 4 di detta delibera, è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, n. 41 del 19 febbraio 2018).

Quanto all’asserita incostituzionalità del detto art. 55, la Corte ha reputato che le censure addotte dai giudici *a quo* si fondassero sull’impropria attribuzione della natura sanzionatoria alle misure adottate dalla CONSOB in forza del potere all’epoca conferitole dal cennato art. 55, comma 2, t.u. finanza, a fronte di un diritto vivente che induce, invece, a conclusioni di segno opposto: l’orientamento concorde delle supreme magistrature civili (Cass., sez. un., ord. 12 febbraio 2014, n. 3202) e amministrative (C. St., sez. VI, sent. 5 dicembre 2017, n. 5734; C. St., sez. VI, sent. 10 settembre 2015, n. 4226) è, infatti, nel senso che la disposizione censurata conferisce un potere avente natura di vigilanza attiva e non sanzionatoria. Anche ad avviso del giudice delle leggi, la *ratio* del provvedimento di sospensione *ex art.* 55, comma 2, t.u. finanza, non ha una funzione servente o anticipatoria rispetto ad eventuali provvedimenti sanzionatori o al possibile esito di un procedimento penale in cui è coinvolto il consulente finanziario, ma trova la sua *ratio*, piuttosto, nell’esigenza di evitare il rischio che l’allarme sociale derivante dal coinvolgimento del consulente finanziario in gravi vicende penali possa compromettere la fiducia di risparmiatori e investitori nel buon funzionamento del mercato e nella correttezza di coloro che vi operano.

Si tratta, cioè, di una misura di natura cautelare, non sanzionatoria, posta a tutela di un interesse pubblico, che presenta aspetti di analogia con la pur diversa ipotesi della sospensione dalle cariche elettive, che la Corte ha qualificato come «misura sicuramente cautelare» rispondente a esigenze proprie della funzione pubblica, non assimilabile a una sanzione di natura penale (sent. n. 276 del 2016 e n. 236 del 2015).

Per altro verso, la diversità di funzione dei vari istituti non consente neppure di giudicare sproporzionato o irragionevole l'eventuale cumulo dei periodi di sospensione inflitti al medesimo soggetto. Ciò non toglie, ed è qui una delle più importanti affermazioni della Corte, che, nella valutazione discrezionale circa l'applicazione della misura cautelare di cui all'art. 55, comma 2, t.u. finanza, l'autorità procedente debba necessariamente tenere conto degli effetti dell'eventuale sospensione subita dal consulente finanziario a titolo di sanzione amministrativa e del periodo di interdizione già disposto dal giudice penale ai sensi dell'art. 308, comma 2, c.p.p., per verificare se residuino ancora ulteriori esigenze di tutela del mercato da salvaguardare.

ILLEGITTIME LE ISCRIZIONI DELL'ORDINANZA DI SOSPENSIONE DEL PROCESSO CON MESSA ALLA PROVA DELL'IMPUTATO NEI CERTIFICATI DEL CASELLARIO A RICHIESTA DELL'INTERESSATO

(Corte cost., sent. 7 dicembre 2018, 231)

La pronuncia in parola dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 24, comma 1, e 25, comma 1, d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (Testo A)», nel testo anteriore alle modifiche, che non erano ancora divenute efficaci, recate dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122 (Disposizioni per la revisione della disciplina del casellario giudiziale, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 18 e 19, l. 23 giugno 2017, n. 103), nella parte in cui non prevedono che nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesti dall'interessato non siano riportate le iscrizioni dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 464-*quater*, c.p.p. e della sentenza che dichiara l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 464-*septies*, c.p.p.

La Corte, nonostante l'avvenuta novellazione, non ha restituito gli atti ai giudici remittenti, perché da un lato la normativa sopraggiunta non ha effetto nei giudizi *a quibus*, e dall'altro, il d.lgs. n. 122 del 2018 (G.U., 26 ottobre 2018, n. 250, *Suppl. ord.* n. 50), acquisterà efficacia «decorso un anno dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» (art. 7), dimodoché questa pronuncia costituzionale ben potrà servire alle fattispecie non già coperte dalla novellazione normativa.

ACCOLTO IL RICORSO PER CONFLITTO DI ATTRIBUZIONI TRA PROCURA DI BARI E PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI E ANNULLATA LA DISPOSIZIONE SULLA TRASMISSIONE ALLA "SCALA GERARCHICA" DELLE NOTIZIE SULL'INOLTRO DELLE INFORMATIVE DI REATO

(C. cost., sent. 7 novembre 2018, 229)

Con questa sentenza la Corte, in accoglimento del ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato dal Procuratore della Repubblica di Bari, ha dichiarato che non spettava al Governo approvare una disciplina come quella contenuta nel secondo periodo dell'art. 18, comma 5, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, recante «Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lett. a), l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche». Detta disposizione prevede che: «al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale».

Mette conto ricordare come la disposizione impugnata riprenda, se non proprio pedissequamente ma nella sostanza, il contenuto di una norma di carattere regolamentare, prevista per la sola Arma dei carabinieri, contenuta nell'art. 237, comma 1, d.p.r. n. 90 del 2010. Nonostante di quest'ultima norma il comandante dei Carabinieri avesse disposto un'interpretazione rigorosa e restrittiva, la Corte ha ritenuto che la trasposizione in fonte primaria di una norma analoga a quella di fonte regolamentare avrebbe aperto la strada ad una serie di rischi, primo fra tutti quello di un conflitto, sul piano pratico, tra il segreto investigativo da un lato e gli obblighi informativi della polizia giudiziaria alla propria scala gerar-

chica, dall'altro; con il conseguente rischio che le esigenze di coordinamento informativo andassero a sfociare in una forma di coordinamento investigativo alternativo a quello affidato al pubblico ministero, ove non fosse stato condotto "fatti salvi" gli obblighi previsti dal codice di procedura penale, ma, al contrario, in deroga ad essi. Peraltro, la disposizione censurata era chiara solo nell'introduzione di una deroga ad obblighi del codice di rito, mentre lo era assai meno nelle altre parti del suo contenuto precettivo, stante la tecnica lessicale incerta e fonte di ambiguità, che rinviava, per le indispensabili precisazioni e dettagli, ad apposite «istruzioni» adottate dal Capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e dai vertici delle altre Forze di polizia (per ciò che concerne la Polizia di Stato, queste istruzioni erano state adottate in data 8 ottobre 2016, e ulteriormente precisate in data 10 novembre 2016; per il Comando generale della Guardia di Finanza, in data 13 marzo 2017, con un esplicito riferimento alla necessità di tener conto del «dibattito istituzionale» originato dall'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016; per il Comando generale dell'Arma dei carabinieri, erano state confermate le istruzioni operative già impartite in relazione all'art. 237 d.p.r. 90 del 2010). E a ben vedere, l'indeterminatezza riguardava sia l'ambito soggettivo sia quello oggettivo delle prescrizioni. Sul primo profilo, infatti, la disposizione definiva i soggetti sui quali gravava l'obbligo d'informazione, riferendosi ai «responsabili di ciascun presidio di polizia interessato» e i destinatari delle informazioni con la locuzione «scala gerarchica», senza ulteriori specificazioni. Quanto all'ambito dei destinatari delle informazioni, poi, proprio il labile riferimento alla "scala gerarchica" avrebbe determinato la conoscibilità, o meglio, la conoscenza di notizie coperte dal segreto investigativo da parte di un numero elevato di soggetti, peraltro privi di titolo a rapportarsi con l'autorità giudiziaria concretamente competente sull'attività d'indagine. Anche il confini del contenuto delle informazioni da trasmettere erano assai indeterminati, poiché, la locuzione utilizzata («notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria») poteva parimenti riferirsi tanto all'obbligo di trasmissione della sola informativa di reato, quanto all'avvenuto inoltro, come pure poteva riferirsi tanto ai soli dati esteriori effettivamente utili al coordinamento informativo e organizzativo (quali numero degli indagati, tipologia di reati, complessità delle indagini), quanto dati di interesse investigativo (come, ad esempio, il nome degli indagati o dei destinatari di attività d'intercettazione in corso, il contenuto di singoli atti investigativi, e così via).

In buona sostanza, la Corte ha ritenuto che la deroga al rispetto degli obblighi previsti dal codice di procedura penale a tutela del segreto investigativo determinava un'indebita concentrazione di una notevole quantità di dati e informazioni di significato investigativo, ultronei rispetto alle necessità di coordinamento e di organizzazione. Tale concentrazione comportava il pericolo non astratto che si concretizzino interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria, in lesione, primo fra tutti, dell'art. 109 Cost.

L'INADEGUATEZZA DEI COMPENSI DI PERITI E CONSULENTI: UNA PRONUNCIA D'INAMMISSIBILITÀ CONCEDE TEMPO AL LEGISLATORE MENTRE INDICA LA STRADA DI FUTURE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

(C. cost., sent. 10 ottobre 2018, 224)

La pronuncia dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, l. 8 luglio 1980, n. 319 (Compensi spettanti ai periti, ai consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria). Le criticità sarebbero particolarmente percepibili, ad avviso del giudice rimettente, nel caso in cui sia conferita perizia collegiale, poiché in tale ipotesi l'art. 53 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)», prevede, in sostanza, una decurtazione del compenso orario per ciascuno dei componenti il collegio, alla luce della stessa collegialità della prestazione.

Come spesso accade, nella parte motiva dei provvedimenti di inammissibilità possono leggersi interpretazioni alternative rispetto a quelle adoperate dai rimettenti, oltre che (più o meno espliciti) suggerimenti per future ordinanze di rimessione. Nel caso in oggetto, in particolare, la Corte ha sottolineato, innanzitutto, la mancata applicazione dell'art. 52, comma 1, d.p.r. n. 115 del 2002, che, per prestazioni di eccezionale importanza, complessità e difficoltà, consente aumenti fino al doppio, (se congruamente motivato, detti aumenti non possono essere sindacati in sede di giudizio di legittimità: da ultimo, Cass., sez. II civ., ord. 21 settembre 2017, n. 21963). In secondo luogo, anche la doglianza circa la prevista diminuzione del compenso orario per ciascuno dei componenti il collegio, ai sensi dell'art. 53,

d.p.r. n. 115 del 2002 (decurtazione non più prevista per le consulenze rese in materia di responsabilità sanitaria in base all'art. 15, l. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», tuttavia non applicabile, *ratione temporis*, ai casi di specie), ad avviso della Corte, non teneva conto che lo stesso art. 53, consente al giudice di disporre che ognuno degli incaricati debba svolgere personalmente e per intero la prestazione richiesta, ricevendo così un compenso non ridotto.

In terzo luogo, la Corte sottolinea che, ove il giudice *a quo* avesse consapevolmente tenuto conto, da una parte del meccanismo di aggiornamento del detto art. 54, d.p.r. n. 115 del 2002, e, dall'altra, del lungo tempo trascorso dall'ultimo adeguamento (2002), «avrebbe potuto non implausibilmente aggiungere argomenti a sostegno dell'inadeguatezza degli importi previsti, per i compensi da liquidarsi a vacanza, dall'art. 4, comma 2, l. n. 319 del 1980», anche considerando che tale mancato adeguamento era già stato più volte stigmatizzato dalla Corte stessa (da ultimo, con la sentenze n. 178 del 2017 e n. 192 del 2015).

CONFISCA PER EQUIVALENTE E ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE DI INSIDER SECONDARI: LA CORTE RISTABILISCE IL PRINCIPIO DI APPLICABILITÀ DELLA *LEX MITIOR* A PRESCINDERE DALLA QUALIFICA FORMALE DELLA SANZIONE

(C. cost., sent. 25 ottobre 2018, 223)

La pronuncia riveste particolare importanza in quanto dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 6, l. 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), che dispone l'inderogabile applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria ai fatti pregressi. In particolare, la Corte ne ha decretato l'illegittimità costituzionale, nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 l. 6 febbraio 1996, n. 52), si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio, conseguente all'intervento di depenalizzazione, risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

Come noto, la legge n. 62 del 2005 determinava il venir meno per gli insider secondari della sanzione penale originariamente prevista, configurando l'abuso di informazioni privilegiate da parte dei medesimi quale mero illecito amministrativo nel nuovo art. 187-*bis* d.lgs. n. 58 del 1998, comminando pure, una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro. L'art. 187-*sexies* d.lgs. n. 58 del 1998, nella versione introdotta dalla legge n. 62 del 2005, prevedeva, inoltre, che a questo illecito amministrativo fosse sempre applicabile la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, nonché, qualora ciò non fosse possibile, la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente. L'art. 9, comma 6, l. n. 62 del 2005, in questa sede censurato, aveva inoltre previsto, come già detto, che le disposizioni sanzionatorie relative al nuovo illecito amministrativo si applicassero anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non fosse stato definito. Ad avviso della Corte di Cassazione, giudice rimettente, la misura in questione aveva «un contenuto sostanzialmente afflittivo, che eccede la finalità di prevenire la commissione di illeciti, perché non colpisce beni in “rapporto di pertinenzialità” con l'illecito». In effetti, era stata già la precedente sentenza costituzionale n. 68 del 2017, a riconoscere, la finalità di carattere punitivo, e non meramente preventivo, della confisca per equivalente introdotta dalla l. n. 62 del 2005, la quale svolge – anzi – tale funzione «con tratti di significativa afflittività». Tale conclusione, era, peraltro, già stata formulata dalla giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass., sez. un., 23 aprile 2013, n. 18374) e avallata da Corte cost., ordd. nn. 301 e 97 del 2009, con riguardo ad altre figure di confisca per equivalente, provvedendo, in linea di principio, ad applicare a tale misura lo statuto costituzionale e convenzionale della sanzione penale, ai sensi degli artt. 25, comma 2, Cost. e 7 Cedu.

A questo punto, (e premesso che il *petitum* della questione di legittimità era stato ritagliato dai giudici *a quo* ai soli profili concernenti la confisca per equivalente) mette conto segnalare come uno dei passaggi fondamentali della pronuncia sia costituito dall'affermazione per cui entrambi i divieti inglobati nell'art. 25 Cost. – applicazione retroattiva a un fatto prima penalmente irrilevante e applicazione

di una legge più severa per un fatto già incriminato – debbano essere riferiti anche al diritto sanzionatorio amministrativo. D'altro canto la Corte stessa richiama i precedenti in cui aveva riconosciuto la fondamentale garanzia di irretroattività sancita dall'art. 25, comma 2, Cost., (Corte cost., sent. n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), proprio al fine di tutelare l'esigenza di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto, anche alla luce del crescente impatto delle sanzioni amministrative (specie quelle sul *market abuse*) sui diritti fondamentali della persona nella legislazione più recente.

RINNOVO EX ART. 27 C.P.P. DELL'ORDINANZA CAUTELARE: LA CORTE NON PUÒ "RIVEDERE" LA DECISIONE CON CUI LA CASSAZIONE ESCLUDE LA NULLITÀ PER ASSENZA DELL'"AUTONOMA VALUTAZIONE"

(C. cost., ord. 22 novembre 2018, 214)

Sebbene dichiarati la manifesta inammissibilità delle questioni sottoposte, mette conto segnalare la pronuncia, che ha trattato del dubbio circa la legittimità costituzionale degli artt. 27 e 292, comma 2, lett. c), c.p.p., segnatamente, nella parte in cui «consentono al giudice competente di motivare facendo rinvio alle valutazioni già espresse dal precedente giudice, dichiaratosi incompetente, su tutti i presupposti per la adozione del titolo restrittivo».

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato il difetto di diretta applicabilità delle disposizioni invocate, dal momento che la Corte di Cassazione, investita del ricorso per il riconoscimento della nullità ex art. 292, comma 2, lett. c), aveva ormai escluso in via definitiva detta nullità. Dunque, alla luce di tale circostanza, la richiesta fatta alla Corte costituzionale avrebbe operato una sorta di "revisione in grado ulteriore" della sentenza della Corte di Cassazione che ha dato origine al giudizio *a quo*, conferendo al giudice delle leggi il ruolo di giudice dell'impugnazione, che non le spetta (Corte cost., sentenze n. 270 del 2014 e n. 294 del 1995) neanche nel sistema delle impugnazioni, dal "volto costituzionale"» (ordinanze n. 149 del 2013 e n. 501 del 2000; nello stesso senso, sentenze n. 224 del 1996, n. 294 del 1995, n. 21 del 1982, n. 50 del 1970; ord. n. 11 del 1999).

IL PAGAMENTO DELLE SPESE DI CUSTODIA E CONSERVAZIONE DEI BENI SEQUESTRATI GRAVA SU OGNI CONDANNATO

(C. cost., sent. 9 gennaio 2019, 3)

La pronuncia, interpretativa di rigetto, risolve la questione di legittimità costituzionale dell'art. 205, comma 1, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)», nella parte in cui dispone che le spese del processo penale anticipate dall'erario sono recuperate nella misura fissa stabilita con decreto del Ministro della giustizia nei confronti di ciascun condannato, e dell'art. 204 dello stesso d.p.r., nella parte in cui prevede che, nel caso di decreto di condanna emesso ai sensi dell'art. 460 c.p.p., si procede al recupero delle spese per la custodia dei beni sequestrati. Difatti, ad avviso del giudice rimettente tali disposizioni avrebbero violato l'art. 3 Cost., poiché «l'imputato condannato all'esito del giudizio ordinario o all'esito del giudizio abbreviato non è tenuto al pagamento delle spese di custodia e conservazione dei beni in sequestro, che non sono ricomprese tra quelle che per legge devono essere recuperate per intero, mentre [coloro che riportano] sentenza di applicazione [della] pena, nel limite di anni due di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, o decreto penale di condanna, esentati rispettivamente ex art. 445, comma 1, e art. 460, comma 5, c.p.p., dal pagamento delle spese del procedimento – che non devono dunque pagare nemmeno nella misura forfettaria stabilita dal decreto ministeriale – devono però pagare le spese di custodia e conservazione del bene».

Ad avviso della Corte, però, l'ampia estensione delle ipotesi di forfettizzazione delle spese processuali non può significare – per una (assunta) inferenza *a contrario* – esonero del condannato dal pagamento di quelle spese per le quali non sia espressamente prevista né tale forfettizzazione secondo il disposto dell'art. 1 del citato d.m., né il recupero per intero o per quota secondo l'art. 2 del medesimo decreto. Si avrebbe, altrimenti, un ingiustificato regime differenziato, nel senso che in generale le spese di custodia dei beni sequestrati non sarebbero, per il condannato, oggetto dell'obbligo di pagamento, laddove – inspiegabilmente e irragionevolmente – lo sarebbero nelle ipotesi di condanna per decreto pena-

le o di applicazione della pena su richiesta. In buona sostanza, con interpretazione adeguatrice, il presupposto dal quale muove il giudice rimettente deve essere corretto nel senso di ritenere che anche il condannato, in generale, è tenuto al pagamento delle spese di custodia dei beni in sequestro, di modo che non sussista la denunciata disparità di trattamento con riguardo al condannato per decreto che, parimenti, è tenuto allo stesso obbligo di pagamento.

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

LA PARTE CIVILE È LEGITTIMATA AD IMPUGNARE LA SENTENZA DI IMPROCEDIBILITÀ PER ESTINZIONE EMessa IN PRIMO GRADO?

In tema di impugnazioni, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato in più pronunce e risolto in modo divergente la questione relativa alla sussistenza dell'interesse della parte civile a proporre l'impugnazione della sentenza di proscioglimento dichiarativa della estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Secondo un primo orientamento, deve ritenersi ammissibile l'impugnazione della parte civile nei confronti della sentenza con cui in primo grado è stata dichiarata la prescrizione del reato. È indubbio infatti che la parte civile abbia interesse ad impugnare la sentenza di primo grado dalla quale si ritiene danneggiata, non rilevando che la stessa possa agire in sede civile senza essere pregiudicata dalla decisione in sede penale, in quanto la legge le ha concesso di far valere le sue ragioni, a suo insindacabile giudizio, in sede civile o in sede penale, senza che la via da seguire sia indicata dal giudice. Quanto alla legittimazione, la lettera dell'art. 576 c.p.p. – che riconosce alla parte civile la facoltà ad impugnare, senza limite alcuno, “la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio”, tra cui si annovera anche la sentenza dichiarativa di estinzione del reato – conferma la facoltà insindacabile della parte civile di proporre impugnazione avverso la sentenza di prescrizione dichiarata dal primo giudice. Conseguentemente, all'esito del giudizio, il giudice, qualora reputi corretta la decisione impugnata, potrà respingere l'appello; diversamente si viene a configurare un effetto “retroattivo” dell'impugnazione nel senso che il giudice dell'appello dovrà rapportarsi al momento in cui il primo giudice ha deciso e quindi deliberare come se fosse il giudice di primo grado: conseguentemente se riconosce l'erroneità della statuizione di primo grado dovrà deliberare *ex novo*, sia pure ai soli effetti civili, sulla responsabilità dell'imputato, pronunciandosi sulla domanda proposta dalla parte civile, ove la ritenga fondata, anche se, successivamente alla sentenza di primo grado, sia effettivamente maturata la prescrizione. Seguendo una diversa interpretazione, l'errore sull'applicazione della prescrizione commesso dal giudice di primo grado, ed eventualmente reiterato dal giudice di secondo grado, priverebbe la parte civile di una pronuncia sul merito delle sue pretese risarcitorie, che avrebbe avuto diritto di ottenere in assenza di errori (Cass., sez. II, 9 marzo 2012, n. 9263; Cass., sez. II, 27 settembre 2013, n. 40069).

Su questa linea, si colloca la posizione, più sfumata, di altra giurisprudenza che ha riconosciuto l'interesse della parte civile a proporre appello avverso la sentenza con la quale il primo giudice, a seguito di un accertamento di merito potenzialmente pregiudizievole delle ragioni della parte civile, ha dichiarato la prescrizione del reato (Cass., sez. VI, 15 maggio 2018, n. 21533).

Secondo un opposto indirizzo, invece, la parte civile difetta dell'interesse ad impugnare la sentenza dichiarativa della prescrizione, trattandosi di deliberazione che, ai sensi dell'art. 652 c.p.p., non pregiudica l'esercizio dell'azione civile nella sede propria: l'impugnazione per essere ammissibile deve tendere ad eliminare la lesione di un diritto o di un interesse giuridico dell'impugnante, situazione non configurabile nel caso di specie, essendo esclusa l'efficacia *extra* penale delle sentenze che dichiarano l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione (Cass., sez. IV, 29 gennaio 2016, n. 3789; Cass., sez. VI, 7 maggio 2013, n. 19540; Cass., sez. IV, 9 settembre 2011, n. 33452). Peraltro questo indirizzo giurisprudenziale sottolinea i limiti posti alla cognizione dell'azione civile nel processo penale, per cui il giudice penale, a norma dell'art. 538 c.p.p. può pronunciarsi sulle pretese risarcitorie della parte civile solo quando contestualmente accerti la responsabilità penale dell'imputato e solo eccezionalmente, a norma dell'art. 578 c.p.p., il giudice, nel dichiarare estinto il reato per amnistia o prescrizione, decide sull'impugnazione ai soli effetti civili, quando nei confronti dell'imputato vi sia stata una pronuncia di condanna alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato. Quando, invece, una sentenza, priva di ogni accertamento del fatto storico del reato, si limiti a statuire su un aspetto processuale, e quindi non abbia efficacia vincolante nei processi civili, non è idonea a causare un concreto pregiudizio alla parte civile. Né pregiudizio alla parte civile può derivare dal decorso della prescrizione civilistica, in quanto il decorso di tale prescrizione, così come regolata dall'art. 2947 c.c., può essere interrotto, oltre che stragiudizial-

mente *ex art.* 2943, comma 4, c.c., anche mediante la costituzione di parte civile: tale atto infatti produce un effetto interruttivo per tutta la durata del processo penale, riprendendo il termine di prescrizione a decorrere dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che ha definito il giudizio penale (Cass., sez. VI, 28 aprile 2014, n. 17799). La tesi avanzata in queste pronunce trova avallo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite che, sia pure in riferimento ad una fattispecie in tema di improcedibilità per mancanza di querela, ha ritenuto inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato per improcedibilità dell'azione penale dovuta a difetto di querela, trattandosi di pronuncia penale meramente processuale priva di idoneità ad arrecare vantaggio al proponente ai fini dell'azione civilistica (Cass., sez. un., 17 settembre 2012, n. 35599).

Tuttavia le indicazioni contenute in questa come in altre sentenze delle Sezioni Unite non paiono risolutive, in considerazione del fatto che tali arresti si riferiscono a fattispecie sensibilmente differenti da quella in esame, che da un lato implica delicati collegamenti con la prescrizione civilistica e dall'altro contempla una parte civile privata, in ipotesi erroneamente e comunque incolpevolmente, della pronuncia richiesta sulle statuizioni civili. Si spiega così la decisione contenuta nella sentenza in commento di rimettere la questione alle Sezioni Unite per stabilire se sia ammissibile il ricorso della parte civile avverso la sentenza che, su impugnazione di detta parte, abbia confermato la pronuncia di primo grado con cui, senza entrare nel merito, si sia dichiarata la estinzione del reato per prescrizione.

LA CONTESTAZIONE DELL'ILLECITO AMMINISTRATIVO QUALE ATTO INTERRUPTIVO DELLA PRESCRIZIONE DELLE RELATIVE SANZIONI

(Cass., sez. II, 24 settembre 2018, n. 41012)

L'art. 22 d.lgs. 231 del 2001 regola la prescrizione dell'illecito amministrativo, stabilendo che le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla consumazione del reato presupposto. Il decorso della prescrizione può essere interrotto dalla richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive o dalla contestazione dell'illecito ad opera del pubblico ministero a norma dell'art. 59 d.lgs. n. 231 del 2001: peraltro a norma dell'ultimo comma dell'art. 22 d.lgs. n. 231 del 2001, dopo la contestazione dell'illecito la prescrizione non corre fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza. È quindi di fondamentale importanza stabilire se per interrompere il corso della prescrizione sia sufficiente che l'atto di contestazione sia emesso dall'organo dell'accusa o sia necessario che tale atto sia anche notificato all'ente.

La giurisprudenza sul punto è divisa.

Secondo un primo orientamento, la richiesta di rinvio a giudizio della persona giuridica interrompe il corso della prescrizione, solo se, oltre che emessa, sia stata anche notificata entro cinque anni dalla consumazione del reato presupposto (Cass., sez. VI, 30 aprile 2015, n. 18257): tale lettura si fonda sull'interpretazione letterale dell'art. 11, comma 1, lett. r), l. n. 300 del 2000, che per la regolamentazione della interruzione della prescrizione richiama le norme del codice civile.

Secondo un diverso prevalente orientamento, cui aderisce la sentenza in commento, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'ente, quale atto di contestazione dell'illecito, interrompe, per il solo fatto della sua emissione, la prescrizione e ne sospende il decorso dei termini fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, (Cass., sez. II, 24 settembre 2018, n. 41012; v. anche Cass., sez. V, 21 dicembre 2015, n. 50102; Cass., sez. II, 20 marzo 2012, n. 10822). L'art. 59 d.lgs. n. 231 del 2001, infatti, rinvia all'art. 405 c.p.p. che individua, come atto di contestazione dell'illecito, la richiesta di rinvio a giudizio, vale a dire un atto la cui efficacia prescinde dalla notifica alle parti, non prevista dalla legge. Secondo questo orientamento il richiamo alle norme del codice civile contenuto nella legge delega non consente di trasformare la richiesta di rinvio a giudizio in un atto recettizio, in assenza di indicazioni in tal senso, né è possibile interpretare la norma facendo discendere l'effetto interruttivo dalla notifica dall'avviso di udienza, vale a dire da un atto a cui la legge non riconosce tale effetto (Cass., sez. II, 24 settembre 2018, n. 41012).

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

BIBLIOGRAPHIC REVIEW

di Marilena Colamussi

H. BELLUTA, *L'ENTE INCOLPATO. DIRITTI FONDAMENTALI E "PROCESSO 231"*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-256

Il volume delinea il sistema giustizia penale *de societate*, muovendo dall'esigenza di coniugare le garanzie fondamentali con il ruolo dell'ente/imputato. Le regole del processo necessitano di opportuni adattamenti che si traducono nella elaborazione di un microcosmo normativo teso ad accertare la responsabilità dell'ente per l'illecito derivante dal reato, senza rinunciare alla tutela dei valori basilari del rito penale. In questa prospettiva, particolare attenzione è dedicata alla necessità di plasmare a misura dell'ente la presunzione di non colpevolezza, l'inviolabilità della difesa e il diritto a se non detegere per l'ente incolpato.

G. CARLIZZI, *LA VALUTAZIONE DELLA PROVA SCIENTIFICA*, MILANO, GIUFFRÈ, 2018, PP. 1-166

Il saggio si occupa delle problematiche di natura logica ed epistemologica correlate alla valutazione della prova scientifica. In particolare, viene approfondito il rapporto tra il giudice e l'esperto, nel momento in cui il contributo scientifico è sottoposto alla duplice valutazione di attendibilità e persuasività. Il filtro di controllo sull'affidabilità delle informazioni scientifiche posto in essere dal giudice è governato dal libero convincimento inteso nei termini di percorso razionale e critico, che si traduce, secondo l'Autore, in "atteggiamenti" di chiusura o apertura giudiziale. A riprova dell'assunto un'ampia rassegna giurisprudenziale messa a confronto con l'esperienza statunitense. Numerose le questioni aperte anche in rapporto all'incidenza che i saperi non strettamente scientifici possono avere nelle diverse fasi del processo.

G. CARLIZZI-A. TUZET (A CURA DI), *LA PROVA SCIENTIFICA NEL PROCESSO PENALE*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-520

Lo studio sottopone a giudizio la prova scientifica, il grado di affidabilità delle informazioni specialistiche, tutt'altro che infallibili, perché parallelamente al progresso scientifico si evolve anche il sistema delle contraffazioni dei risultati. Ecco, allora, la necessità di confrontare gli esiti delle investigazioni scientifiche con il modo di ricostruire i fatti oggetto di accertamento nel processo penale. La delicata tematica viene affrontata con un approccio di carattere interdisciplinare, derivante dalla convergenza dei saperi e dei ruoli professionali rivestiti dagli Autori dei diversi contributi. Al rigore del metodo scientifico, di cui l'esperto è portavoce, fa da contraltare l'inconscia diffidenza ovvero l'apertura sconsiderata al gioco dei ruoli delle parti che, nel contraddittorio per la prova da acquisire, sono chiamate ad operare un distinguo tra *novel science* e *bad science*. Per completare la trattazione, appare utile il confronto tra l'esperienza maturata nel sistema americano e l'evoluzione giurisprudenziale interna.

Significativa anche la parte del volume in cui la riflessione si concentra sulla incidenza, i limiti e le criticità della prova scientifica avente ad oggetto la causalità materiale, nonché gli stati mentali. Inevitabili le zone d'ombra che emergono dagli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità, come dimostra l'altalenante esperienza giurisprudenziale elaborata in materia.

F. CENTORAME, *LA COGNIZIONE PENALE IN FASE ESECUTIVA*, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-192

Lo studio approfondisce il rinnovato rapporto tra la fase di cognizione e la fase di esecuzione della pena. Nuovi si profilano gli equilibri tra le due fasi che, pur restando nettamente distinte, vengono poste a confronto alla luce del ruolo inedito assunto dalla pena. Se è vero come è vero che l'attuale fisio-

nomia della fase di cognizione è mutata, nel senso che non è più strumentale esclusivamente all'accertamento del fatto e all'individuazione del suo autore ma si converte in una "sanzione in divenire", in quanto anticipa le conseguenze afflittive della condanna. Ne sono esempi le misure di *diversion*, come la messa alla prova, il cui esito positivo determina l'estinzione del reato, ovvero le condotte riparatorie da parte dell'imputato che, attraverso il risarcimento e le restituzioni, nel termine massimo del dibattimento di primo grado, consentono al giudice di dichiarare estinto il reato, ai sensi dell'art. 162-ter c.p.

Il fenomeno viene interpretato come un'infiltrazione esecutiva anticipata che finisce per surrogarsi alla fase di cognizione.

Per contro si assiste anche ad una inversione di tendenza, nella quale la fase di esecuzione diviene eccezionalmente transito per nuove acquisizioni conoscitive in grado di incidere pesantemente sul giudizio di cognizione, a tal punto da mettere in crisi l'intangibilità del giudicato.

G. FIORELLI, LA DECLARATORIA DI IMMUTATIO VERI NEL PROCESSO PENALE, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-216

Il saggio affronta la delicata tematica dell'accertamento giudiziale del falso nel processo penale. La prospettiva è rappresentata dall'interesse pubblico alla rimozione dell'infedeltà documentale dal traffico giuridico, pertanto lo studio si concentra sulla pronuncia della falsità in atti: dalla struttura agli effetti.

L'indagine si sviluppa inizialmente sul terreno dogmatico, per poi intercettare il problema gnoseologico degli strumenti di ricerca della verità e, più in generale, di verifica della conoscenza.

La declaratoria di *immutatio veri* rappresenta l'epilogo di un percorso processuale che passa attraverso l'attestazione del falso per poi giungere alla riaffermazione del vero. In altri termini, l'organo giudicante è chiamato ad accertare il *quid falsi* e, ove possibile, ristabilire il *quid veri*.

Lo studio si sofferma sugli effetti del giudicato in ordine alla statuizione del falso, che risultano sfiibrati specie rispetto agli "altri" processi penali, nei confronti dei quali la declaratoria di falso spiega una "efficacia soggettiva variabile", finendo per compromettere la *ratio* dell'art. 537 c.p.p.

F. LUCARIELLO-M.H. SCHETTINO, LA DIFESA DEGLI ENTI E DAGLI ENTI NEL D.LGS. 231/2001. DAL MODELLO ORGANIZZATIVO AL PROCESSO PENALE, MILANO, GIUFFRÈ, 2019, PP. 1-238

Il testo fotografa i profili più salienti dell'evoluzione normativa riguardante la responsabilità amministrativa degli enti derivante dalla commissione di un reato, dopo quasi un ventennio dall'introduzione del d.lgs. 231/2001. Sul piano sistematico, lo studio si snoda in tre parti distinte. La prima parte inquadra quali sono le *societas che delinquere potest*, nel senso di individuare gli enti potenzialmente responsabili e quelli esclusi dall'orbita applicativa del d.lgs. 231/2001. La trattazione è condotta dal punto di vista delle strategie difensive, anche per quanto concerne i criteri di natura oggettiva e soggettiva di attribuzione della responsabilità e della relativa prova liberatoria. Senza trascurare le questioni interpretative legate al *locus commissi delicti* per i crimini transnazionali e per l'illecito amministrativo dell'ente straniero in ordine al reato posto in essere sul territorio italiano.

La seconda parte è dedicata all'analisi dei modelli di organizzazione (protocolli e procedure), gestione e controllo, utili a prevenire il rischio reato, includendo la struttura, il ruolo e le funzioni dell'organismo di vigilanza.

L'ultima parte del volume affronta le problematiche riguardanti l'ente quale protagonista del rito penale, in qualità di parte eventuale ovvero nello *status* di imputato nei segmenti processuali cruciali, tra cui spiccano le vicende cautelari.

P. MAGGIO, LE IMPUGNAZIONI DELLE MISURE CAUTELARI, MILANO, GIUFFRÈ, 2018, PP. 1-566

Il volume affronta il tema delle impugnazioni delle misure cautelari personali, muovendo dall'evoluzione dei controlli cautelari nel sistema processuale, in una prospettiva attenta al contributo della dottrina e agli impulsi forniti dalla giurisprudenza costituzionale ed europea. Il riesame, l'appello e il ricorso per cassazione *de libertate* vengono analizzati trasversalmente e in modo complementare così da delineare gli ambiti oggettivi, le sequenze procedimentali, le peculiarità di giudizio.

Lo studio mette in evidenza il rilievo sistematico della motivazione del provvedimento cautelare, espressione centrale del legittimo esercizio del potere coercitivo e piattaforma esiziale sulla quale si snodano le verifiche successive, anche attraverso la ricostruzione dei numerosi interventi legislativi che si sono spinti sino alla sottolineatura testuale dell'onere di autonomia argomentativa (l. 16 aprile 2015 n. 47). Nell'ambito di una più ampia analisi degli effetti delle decisioni, ci si sofferma sul sistema delle preclusioni come definito dalla giurisprudenza, nel tentativo di evitare sia pronunce contrastanti sui medesimi temi, sia riproposizioni di istanze del medesimo contenuto. In questo quadro l'anomala categoria dogmatica del giudicato cautelare sacrifica alle esigenze di economia processuale le caratteristiche della contingenza, temporaneità e mutevolezza proprie delle misure cautelari. L'utilizzo del meccanismo risulta temibile ove destinato a fungere da correttivo a più o meno presunti 'abusi del diritto'. Si segnala così il rischio di disconoscere il diritto delle parti al controllo permanente sul corretto esercizio del potere cautelare, stravolgendo la *ratio* garantista delle preclusioni processuali.

Completa la trattazione un bilancio circa l'incidenza delle decisioni cautelari sulle dinamiche probatorie e procedurali del giudizio di merito, che culmina nell'auspicio di un'effettiva riconduzione del ricorso alle cautele personali entro i parametri di *extrema ratio*, gradualità e proporzionalità, tanto elusi dalla prassi da far seriamente dubitare della conformità alla Costituzione e ai canoni convenzionali dell'intero assetto cautelare.

A. PULVIRENTI (A CURA DI), LE IMPUGNAZIONI PENALI DOPO LA RIFORMA, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-376

Il volume illustra il *restyling* della disciplina delle impugnazioni in seguito alla cd. "riforma Orlando". Il consistente intervento normativo avviato con la l. n. 103 del 2017, e completato con il d.lgs. n. 11 del 2018, si propone di razionalizzare i meccanismi di gravame allo scopo di rendere il sistema più efficiente e funzionale, recuperando al tempo stesso il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione.

Ciascun contributo fotografa in chiave critica le novità introdotte, mettendone subito a fuoco i profili problematici, nel tentativo di individuare le soluzioni più valide sul terreno applicativo. Complessivamente, lo studio si interroga sul se e in che misura la nuova disciplina risulta integrata nel sistema di garanzie costituzionali e sovranazionali e risponde agli obiettivi ispiratori della riforma. Più energici rilievi riguardano la "nuova" fisionomia del giudizio di appello, che genera dubbi sulle finalità del mezzo di gravame, oltre che sulla "simmetria" della parità in armi tra accusa e difesa. Parimenti in tema di ricorso per Cassazione, l'evoluzione normativa piuttosto che alleggerire il lavoro della Suprema corte sembra averne esteso l'orbita e i poteri. Basti pensare alla nuova ipotesi di annullamento senza rinvio, con riferimento alla rimodulazione della pena, che non si risolve in una nuova formulazione del calcolo algebrico bensì in una, tanto occulta quanto inevitabile, rivalutazione anche nel merito dei fatti e delle circostanze che hanno determinato il *quantum* di pena.

F. RUGGIERI (A CURA DI), PROCESSO PENALE E REGOLE EUROPEE. ATTI, DIRITTI, SOGGETTI E DECISIONI, VOL. II, TORINO, GIAPPICHELLI, 2018, PP. 1-264

Il volume completa un percorso già iniziato lo scorso anno con un primo tomo, che tracciava le linee guida della cooperazione penale internazionale, integrandone la trattazione con la riforma del libro XI del codice di procedura penale e l'istituto dell'ordine europeo di indagine penale (OEI). L'approfondimento si articola in due parti; la prima dedicata ai rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea, e la seconda relativa alla disciplina del nuovo libro XI del codice di procedura penale per i Paesi non appartenenti all'Unione europea. La scelta sistematica risponde all'esigenza di evidenziare il primato assunto dalla normativa comunitaria, laddove impera il principio del mutuo riconoscimento, quale espressione dell'impegno assunto nella cooperazione internazionale tra gli Stati membri dell'Unione europea, e rimarcare, al tempo stesso, il rapporto di sussidiarietà del diritto interno rispetto a quello comunitario. Nella prima parte, grande spazio è riconosciuto all'OEI, esaminato nella duplice direzione della richiesta proveniente dall'estero (procedura "passiva"), ovvero indirizzata ad altro Stato dell'Unione europea (procedura "attiva"), con tutte le implicazioni sul piano delle garanzie derivanti dal contenuto specifico degli atti di indagine oggetto di detta richiesta (audizioni in videoconferenza; operazioni sotto copertura; intercettazioni telefoniche). La seconda parte si occupa delle novità introdotte nel

tessuto normativo in tema di rapporti giurisdizionali con le autorità straniere (estradizione; rogatorie; riconoscimento delle sentenze penali straniere), la cui applicazione – di fatto – esula dallo spazio giudiziario europeo.

G. TABASCO, *LA RIFORMA PENITENZIARIA TRA DELEGA E DECRETI ATTUATIVI*, IUS PISA, 2018, PP. 1-198

Il volume si occupa della tanto attesa riforma dell'ordinamento penitenziario che ha deluso le aspettative di molti, non solo perché non risponde pienamente alle indicazioni tracciate dalla legge delega, ma soprattutto perché rappresenta una ennesima occasione persa di ammodernare il sistema e renderlo più coerente con i principi costituzionali e sovranazionali in materia.

Il legislatore delegato ha – sostanzialmente – rinunciato a dare attuazione alla parte più significativa della riforma del sistema penitenziario in materia di misure alternative alla detenzione, pregiudicando, ancora una volta, la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

I principali correttivi sono stati introdotti in materia di assistenza sanitaria a presidio del diritto alla salute del detenuto, di riorganizzazione dell'ambiente carcerario e del lavoro penitenziario. Tiepide le innovazioni normative strumentali alla semplificazione e allo snellimento delle procedure attribuite alla magistratura di sorveglianza. Lo studio affronta i nodi principali delle novità normative e si interroga anche sulle ragioni e sugli effetti di una riforma parziale.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2019

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Aree condominiali e videoriprese a fini investigativi

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE IV, SENTENZA 8 AGOSTO 2018, N. 38230 – PRES. PICCIALLI; REL. TORNESI

In tema di videoriprese di comportamenti non comunicativi, deve escludersi che il pianerottolo posto all'ultima rampa di scale che dà accesso al lastrico di un edificio condominiale sia da considerarsi luogo di privata dimora, in quanto i luoghi condominiali non assolvono alla funzione di consentire l'esplicazione della vita privata al riparo da sguardi indiscreti, essendo destinati all'uso di un numero indeterminato di soggetti. Sono pertanto utilizzabili nel procedimento cautelare i risultati delle videoriprese effettuate con un sistema di videosorveglianza installato dalla polizia giudiziaria.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1.– In data 1° marzo 2018 il Tribunale del riesame di Napoli emetteva il provvedimento con il quale confermava l'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa nei confronti (*omissis*) per i reati di detenzione ed illecita cessione di sostanza stupefacente del tipo eroina.

Nel caso in esame i Carabinieri del nucleo operativo della compagnia Napoli Stella, dopo avere monitorato l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti nella zona di (*omissis*), hanno effettuato un servizio di monitoraggio con l'installazione di un sistema di videosorveglianza con microcamera nel pianerottolo dell'ultima rampa di scala che dà accesso al terrazzo condominiale celato da una lastra di marmo.

Il Tribunale del riesame ha ritenuto utilizzabili gli esiti di tali registrazioni ritenendo che il pianerottolo situato all'ultima rampa di scale che dà accesso al lastrico dell'edificio, che è una parte condominiale in cui non insistono abitazioni private, non sia da considerare luogo di privata dimora per la mancanza di stabilità del rapporto tra il luogo e le persone che lo frequentano.

1.1. Con separati ricorsi (*omissis*) elevano i seguenti motivi.

Con il primo motivo deducono la nullità della ordinanza per inosservanza ed erronea applicazione della legge processuale penale in relazione agli artt. 189, 191 e 266, comma 2, c.p.p.

Rilevano che l'unico indizio posto a sostegno della ordinanza di custodia cautelare è rappresentato dai fotogrammi, estratti dalle videoriprese che sono state effettuate su iniziativa della polizia giudiziaria, nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., e pertanto sono inutilizzabili *ex art.* 191 c.p.p. poiché non rientrano nella disciplina delle prove documentali atipiche, avulse dalla disciplina delle intercettazioni.

Ritengono che il Tribunale sia incorso in un evidente travisamento della prova in quanto dalla informativa redatta dalla polizia giudiziaria (*omissis*), riportata sia nella richiesta di misura cautelare che nella ordinanza di custodia cautelare, i verbalizzanti hanno relazionato che sul pianerottolo vi era «l'apposizione, nelle porte di ferro che danno sul tetto, di chiavistelli e fermi installati *ex post* da abili fabbri, in modo da escludere della fruizione di quella parte comune del condominio i soggetti estranei».

Pertanto, tenuto conto anche della descrizione dei luoghi fatta dai verbalizzanti, il pianerottolo, dove sono avvenute le videoriprese, è inaccessibile senza il consenso del titolare e non può essere equiparato ad un luogo aperto al pubblico.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– I ricorsi sono infondati.

2. – La questione di diritto sottesa agli odierni ricorsi impone di stabilire se il pianerottolo posto all'ultima rampa di scale che dà accesso al lastrico dell'edificio in cui non insistono abitazioni private sia da considerare luogo di privata dimora.

2.1. Secondo la giurisprudenza di legittimità (Sez. 5, n. 34151 del 30/05/2017, Rv. 270679) la nozione di privata dimora individua una particolare relazione del soggetto con l'ambiente ove si svolge la sua vita privata in modo da sottrarla alle ingerenze esterne, indipendentemente dalla sua presenza. Peraltro proprio l'oggetto giuridico della tutela presuppone uno spazio fisico sottratto alle interferenze altrui, sia nel senso che altri non possano accedervi senza il consenso del titolare, sia nel senso che sia destinato a rimanere riservato ciò che avviene in quello spazio.

Il concetto di domicilio individua un rapporto tra la persona e il luogo generalmente chiuso in cui si svolge la vita privata in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli la riservatezza.

Sotto altro profilo la Corte costituzionale (sentenze n. 135 del 13 febbraio 2002 e n. 149 del 16 aprile 2008) ha precisato che affinché sussista la tutela di cui all'art. 14 Cost. non basta che un certo comportamento attinente alla sfera personale venga tenuto in luoghi di privata dimora ma occorre che esso avvenga in condizioni tale da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi.

Qualora invece l'azione possa essere liberamente osservata da estranei senza ricorrere a particolari accorgimenti, il titolare del domicilio non può accampare una pretesa alla riservatezza e le videoregistrazioni a fini investigativi soggiacciono al medesimo regime valevole per le riprese visive in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

2.2. Orbene, alla stregua dei predetti principi, la Suprema Corte ha affermato che le scale di un condominio e i pianerottoli delle scale condominiali non assolvono alla funzione di consentire l'esplicazione della vita privata al riparo da sguardi indiscreti perché sono in realtà destinati all'uso di un numero indeterminato di soggetti (cfr. Sez. 2, n. 5591 del 10 novembre 2006, Rv. 236120 che ha escluso che comportino interferenze illecite nella vita privata le videoriprese del pianerottolo di un'abitazione privata, oltre che dell'area antistante l'ingresso di un garage condominiale; Sez. 1, n. 37530 del 25 ottobre 2006, Rv. 235027, con riguardo alle videoregistrazioni dell'ingresso e del piazzale di accesso a un edificio sede dell'attività di una società commerciale; Sez. 5, n. 44701 del 29 ottobre 2008 Rv. 242588, ancora una volta con riguardo alle riprese di un'area condominiale destinata a parcheggio e del relativo ingresso).

2.3. Le conclusioni cui è pervenuto il Tribunale di Napoli, sezione per il riesame, risultano coerenti al dato normativo. Deve, inoltre, escludersi che sussista il dedotto travisamento della prova in quanto il cassone ove veniva nascosta la sostanza stupefacente era occultato in un vano ricavato nel muro adiacente alla porta di ferro che dà accesso al terrazzo condominiale.

3.- I ricorsi vanno pertanto rigettati e i ricorrenti devono essere condannati al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

[*Omissis*]

VALENTINA BONINI

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Pisa

Videoriprese investigative e tutela della riservatezza: un binomio che richiede sistemazione legislativa

Investigative videorecording and privacy protection: a combination that demands legislative solution

Con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione, interrogata in ordine all'utilizzabilità delle videoriprese di comportamenti non comunicativi effettuate dalla polizia giudiziaria in luoghi condominiali, esclude che questi ultimi possano essere ricondotti alla nozione di domicilio tutelata dall'art. 14 Cost., consentendo l'impiego delle risultanze nel procedimento penale alla stregua di atti investigativi atipici.

The Supreme Court, asked about the usability of the recording videoshootings carried out by police in condominium spaces, excludes that similar places can be considered domicile protected by art. 14 Constitution, and therefore allows the use of these in the criminal proceedings as well as atypical investigative results.

LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA ATIPICITÀ DELLA PROVA E TUTELE SOVRAORDINATE: ALCUNI PUNTI FERMI

Il tema delle videoriprese condotte nell'ambito dell'attività investigativa si inserisce – peraltro con la veste di “istituto pilota”¹ – nel solco di una più ampia problematica resa di sempre maggiore attualità dalla rapida evoluzione tecnologica; quest'ultima, infatti, consegna all'inquirente la possibilità di ricorrere a una pluralità di strumenti investigativi che, non ipotizzabili nel 1988, mancano di una disciplina positiva, pur possedendo un'efficacia investigativa di eccezionale spessore². La forza euristica delle risorse tecnologiche, abbinata alla sempre più facile ed economica fruibilità delle stesse³, ne rende sempre più frequente l'impiego da parte della polizia giudiziaria; ciò non deve, però, far perdere di vista la particolare invasività, rispetto a diritti e libertà fondamentali, di metodologie di intervento che ancora sfuggono in buona misura ad una compiuta disciplina legislativa⁴.

¹ Tra le diverse e sempre più numerose forme di risorse investigative atipiche che si basano sull'impiego della tecnologia, le riprese visive si distinguono perché, forse in ragione di una certa contiguità con l'istituto delle intercettazioni, sono state oggetto di interventi giurisprudenziali ad opera della Corte costituzionale (C. cost., sent. 11 aprile 2002, n. 135; C. cost., sent. 16 maggio 2008, n. 149) e delle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937) che hanno offerto coordinate esegetiche e sistematiche, utili a orientare l'interprete che si confronti anche con altri strumenti investigativi a contenuto tecnologico privi di disciplina normativa.

² In questi termini S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.

³ Cfr. in proposito le considerazioni di A. Camon, *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 133 ss., che osserva come si tratti di «un fenomeno in vertiginosa crescita» e correla tale dato al fatto che «i più recenti sviluppi della tecnologia digitale hanno raffinato e potenziato il congegno» e che «paragonato ad altre tecniche di sorveglianza, il monitoraggio elettronico è abbastanza economico».

⁴ Numerosi sono gli strumenti e i percorsi che, interagendo con risorse tecnologiche di maggiore o minore complessità, offrono oggi all'inquirente nuovi mezzi investigativi che, impensabili nel 1988 e di rapida e continua evoluzione, sono privi di riscontri normativi specifici e, dunque, fanno ingresso nel procedimento penale attraverso il canale della prova innominata di cui all'art. 189 c.p.p. Tra questi possono ricordarsi, a mero titolo esemplificativo, il pedinamento elettronico, la sorveglianza *on line*, il ricorso all'agente attrezzato per il suono, il *neuroimaging*, nonché il c.d. captatore informatico. Per un'approfondita analisi dei principali strumenti di investigazione atipici v. A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, *passim*; si confronta, invece, con i soli strumenti tecnologici affini alle intercettazioni, E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *Le prove*,

Proprio in tema di videoriprese, come noto, la giurisprudenza ha fornito più di una indicazione, introducendo alcuni importanti distinguo. Può essere, dunque, utile ripercorrere brevemente tale percorso, così da individuare alcuni punti fermi che debbono orientare l'interprete chiamato a confrontarsi con il tema della spendibilità di risultanze investigative atipiche all'interno del procedimento penale.

Un primo importante approdo decisivo risale ormai al 2002, quando la Corte costituzionale⁵ ebbe a tracciare un significativo spartiacque in base all'oggetto delle videoriprese, distinguendo tra comportamenti comunicativi e comportamenti non comunicativi: laddove l'attività di captazione abbia ad oggetto una comunicazione tra più individui, anche in forme diverse da quelle verbali, si risolve in una intercettazione, che trova la propria disciplina negli artt. 266 ss. c.p.p.⁶ Diversamente, fa difetto la possibilità di ricondurre ad uno specifico schema normativo l'attività di videoripresa effettuata nel contesto procedimentale che abbia ad oggetto comportamenti privi di una valenza comunicativa. L'atipicità delle videoriprese di comportamenti non comunicativi presenta, peraltro, risvolti problematici in quelle ipotesi in cui, venendo in gioco il bene della inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., sia necessario ossequiare il corredo di garanzie lì compendiate nella riserva di legge e di giurisdizione: messa a fuoco l'incidenza delle videoriprese sul bene costituzionale ogniqualvolta queste siano eseguite in luoghi domiciliari, i giudici delle leggi affermano che «[l]ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost.».

L'autorevole segnalazione dell'opportunità di una specifica base normativa che disciplini il ricorso alle riprese visive in ambienti riconducibili alla nozione di domicilio è rimasta inascoltata, imponendo alla giurisprudenza di misurarsi nuovamente con la questione, rispetto alla quale i giudici delle leggi si erano limitati a individuare le coordinate costituzionali di riferimento. Così, in un articolato *dictum* pronunciato nel 2006, le Sezioni unite⁷ tentano un sistemazione più completa della materia delle videoriprese investigative: premessa la netta distinzione tra il materiale formato al di fuori del procedimento penale (che può farvi ingresso attraverso lo schema della prova documentale di cui agli artt. 234 ss. c.p.p.) e il materiale formato nel corso delle indagini, la Corte si interroga in ordine all'ammissibilità e utilizzabilità delle videoriprese investigative, concludendo nel senso che la mancanza di una disciplina *ad hoc* non esclude di per sé l'ammissibilità di tali strumenti investigativi, in ragione dell'operatività anche nella fase delle indagini preliminari del principio espresso dall'art. 189 c.p.p.⁸ Un ulteriore piano di analisi si impone per le ipotesi in cui le videoriprese investigative trovino svolgimento in ambito domiciliare, poiché v'è da verificare se l'art. 189 c.p.p. possa fungere da disposizione che consente l'ammissibilità.

II, t. 2 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 533 ss.; L. Filippi, *Intercettazioni, tabulati e altre limitazioni della segretezza delle comunicazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove. (Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb), vol. I, Torino, Utet, 2015, p. 984 ss.

⁵C. cost., sent. 11 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2185, con commento di F. Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*.

⁶Critico, in ordine alla suddivisione – solo apparentemente lineare e tranquillizzante – tra comportamenti comunicativi e non comunicativi, è A. Camon, *Captazione di immagini*, cit., p. 142, il quale osserva come tale impostazione «fornisc[a] uno scopo formalmente legittimo a manovre che, nella realtà, puntano a tutt'altro. Nemmeno i più ingenui potrebbero veramente pensare che, nella pratica, s'installino videocamere nelle abitazioni altrui sperando che per avventura uno dei soggetti sotto controllo sia muto e comunichi a gesti, o che sia così impaurito dall'eventualità d'essere ascoltato da scambiare biglietti con gli astanti. L'obiettivo di catturare una comunicazione è remoto, improbabile, meramente teorico; eppure un effetto lo produce: rende legittima la lesione dell'intimità domiciliare. Lo squilibrio fra mezzi (dirompenti) e fini (talmente lontani da non essere raggiunti mai) è però insopportabile», sottolineando altresì come anche la valutazione *ex post* in ordine ai contenuti comunicativi si basi su confini tutt'altro che lineari, così che «l'utilizzabilità della prova viene ancorata a parametri evanescenti».

⁷Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit. A commento della pronuncia v. A. Camon, *Le Sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1550; C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347; M.L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.* 2006, p. 3950; F. Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3945.

⁸Osserva Cass., sez. un. 28 marzo 2006, n. 26795, cit., che anche la previsione *ex art.* 189 c.p.p. di un contraddittorio in sede ammissiva non è di ostacolo all'estensione di tale disposizione in sede di indagini, in quanto «[i]l contraddittorio previsto dall'art. 189 c.p.p. non riguarda la ricerca della prova ma la sua assunzione e interviene, dunque, [...] quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissione della prova». In dottrina l'operatività dell'art. 189 c.p.p. anche sul versante investigativo si presenta come un assunto unanimemente condiviso. In proposito v. F.R. Dinacci, *Le regole generali delle prove*, in *Soggetti. Atti. Prove*, cit., p. 778 ss.; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, Cedam, 2002, p. 193; A. Scalfati-D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, in *Le prove* (a cura di A. Scalfati), *Trattato di procedura penale* (diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 32.

sione di una prova atipica anche quando venga in gioco una riserva di legge costituzionalmente imposta, qual è quella dettata in tema di inviolabilità del domicilio dall'art. 14 Cost.⁹. Con un argomento che si attegga come generale *actio finium regundorum* dell'operatività del principio di atipicità rispetto a strumenti probatori che incidano su beni costituzionalmente tutelati, le Sezioni unite evidenziano come «l'art. 189 c.p.p. [...] presuppone la formazione lecita della prova e soltanto in questo caso la rende ammissibile» in quanto «non può considerarsi “non disciplinata dalla legge” la prova basata su un'attività che la legge vieta, come nel caso delle riprese visive di comportamenti non comunicativi avvenuti in ambito domiciliare».

Condivisibile è l'esito decisorio raggiunto *in parte qua* dalle Sezioni unite, in quanto la mancanza di una previsione di legge funge al contempo da presupposto operativo dell'art. 189 c.p.p. e da motivo di esclusione della legittimità di ogni attività incidente sul bene di cui all'art. 14 Cost.: la garanzia richiesta dal precetto costituzionale attraverso la riserva di legge non può dirsi ossequiata da una disposizione che ha lo scopo di dare corpo all'opposto principio di atipicità¹⁰.

Così inquadrata la problematica, l'attenzione si sposta giocoforza sulla nozione di domicilio *ex art.* 14 Cost., che diventa dirimente nel selezionare le videoriprese ammissibili. Si inaugura così un ricco filone giurisprudenziale, che giunge fino ai giorni nostri e, ora attraverso un approccio casistico, ora attraverso una lettura più ampia, tenta di ricomporre un concetto, quello di domicilio, che sembra smarrire unitarietà a seconda del settore ordinamentale nel quale viene calato¹¹.

Nel solco di questa lettura, le Sezioni unite inseriscono una importante precisazione, affermando che «il concetto di domicilio non può essere esteso fino a farlo coincidere con un qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza», poiché l'intensità del rapporto tra titolare del diritto e luogo domiciliare «deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente»¹². Così, restano esclusi dalla nozione di domicilio non solo i luoghi pubblici o aperti al pubblico, ma anche quelli dove pure assume rilievo «l'intimità e la riservatezza delle persone»: quest'ultime, però, pur non assurgendo al livello di tutela imposto dall'art. 14 Cost., non possono essere «esposte a qualunque genere di intrusioni».

In questa misura viene in gioco il «diritto alla riservatezza», che la Corte di cassazione fa discendere dall'ampio contenitore di cui all'art. 2 Cost., oltre che dalla più specifica previsione dell'art. 8 Cedu. Alla tradizionale bipartizione tra luoghi domiciliari e luoghi aperti al pubblico, la Corte aggiunge una terza categoria, alla quale deve riconoscersi una forma di tutela intermedia: non godendo dello stesso insieme di garanzie declinato dall'art. 14 Cost., il diritto alla riservatezza, che deve essere assicurato in quei luoghi che vengano impiegati, pur in modo non stabile ed esclusivo, per attività che meritano di essere mantenute al riparo da intrusioni altrui, può essere sacrificato solo «sulla base di un provvedi-

⁹Sotto altro angolo di visuale, la Corte di cassazione a sezioni unite rievoca la complessa e sfuggente categoria delle prove incostituzionali come ostacolo all'utilizzabilità della ripresa visiva effettuata all'interno del domicilio. Sul tema, quantomai vasto e che qui rileva in via solamente incidentale, oltre al contributo di V. Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341 (a commento di C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, che per la prima volta fece cenno alla categoria della prova incostituzionale), v. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 150 ss., nonché, con riguardo alle videoriprese, A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionale”*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1188.

¹⁰Sull'inadeguatezza dell'art. 189 c.p.p. a fungere da “vettore” per le prove non disciplinate dalla legge in relazione a ipotesi in cui vengano in gioco beni costituzionali presidiati dalla riserva di legge v. C. Conti, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 488; Ead., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 172; M. Daniele, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3678; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico*, cit., p. 764, che traccia il parallelo con «la tormentata vicenda delle indagini mediante prelievo coattivo di campione», che vide la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 c.p.p. ad opera di C. cost., 9 luglio 1996, n. 238, in ragione dell'indeterminatezza della previsione su cui si faceva leva per autorizzare il prelievo coattivo, in disprezzo alla riserva di legge di cui all'art. 13 Cost.

¹¹È già Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit., a evidenziare la necessità di mettere a fuoco in modo più nitido la nozione di domicilio, rilevando come in proposito «non vi sono nella giurisprudenza e nella dottrina indicazioni univoche e si dubita pure che ci sia coincidenza tra l'ambito della garanzia costituzionale e quello della tutela penale» e «che la giurisprudenza tende ad ampliare il concetto di domicilio in funzione della tutela penale degli artt. 614 e 615-bis c.p., mentre tende a circoscriverlo quando l'ambito domiciliare rappresenta un limite allo svolgimento delle indagini».

¹²Osserva A. Camon, *Captazioni di immagini*, cit., p. 143, come la giurisprudenza segua «un'altra strada attraverso la quale [...] mette al sicuro le videoregistrazioni in ambiti spaziali riservati: l'interpretazione restrittiva del concetto di domicilio».

mento motivato dell'autorità giudiziaria, sia essa il pubblico ministero o il giudice»¹³.

A tale importante approdo, in tempi più recenti, si è aggiunta una non secondaria precisazione per iniziativa della Corte costituzionale, che ha individuato un limite intrinseco della tutela del domicilio e dei luoghi riservati, nell'ipotesi in cui questi non siano protetti in concreto mediante le ordinarie barriere visive che impediscono la comune e generalizzata visione di quanto ivi avviene. La possibilità di percepire e rilevare quanto accade in un luogo senza dover superare alcun ostacolo visivo implica un'omologazione con il luogo pubblico o aperto al pubblico, in quanto «affinché scatti la protezione dell'art. 14 Cost., non basta che un certo comportamento venga tenuto in luoghi di privata dimora; ma occorre, altresì, che esso avvenga in condizioni tali da renderlo tendenzialmente non visibile a terzi»¹⁴.

Il quadro così ricomposto ha il merito di aver introdotto significativi distinguo, i quali, tuttavia, non di rado presentano una linearità solo apparente, che si sfrangia nel confronto con la prassi, smarrendo la solida vocazione chiarificatrice che veniva ricercata in ossequi all'inviolabilità dei beni coinvolti. Così è a dirsi per la distinzione tra comportamenti comunicativi e non comunicativi, talora spostata su piani valutativi *ex ante*, talaltra desunta *ex post* dalla lettura delle condotte oggetto di ripresa visiva; analogamente, non mancano le difficoltà nel mettere a fuoco una nitida nozione di domicilio, con un conseguente florilegio di pronunce giurisprudenziali che creano un reticolo di ipotesi, tanto fitto quanto disorientante¹⁵.

LA DECISIONE DELLA SEZIONE IV: SPAZI CONDOMINIALI E LUOGHI DOMICILIARI

Nell'indubbia complessità di un quadro che, in assenza di riferimenti normativi ordinari, pare disarticolato tra principi sovraordinati e approcci casistici¹⁶, si inserisce la pronuncia adottata dalla sezione IV della Corte di cassazione che qui si annota. La questione portata all'attenzione dei giudici di legittimità è tutt'altro che insolita, riguardando la nozione di domicilio e privata dimora, che è divenuta di rito per individuare il livello di garanzia che deve presidiare l'attività investigativa di videoripresa.

¹³ Questo l'epilogo decisorio raggiunto da Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit.

¹⁴ Così C. cost., 7 maggio 2008, n. 149, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1832, con commento di F. Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*. Tale profilo era già emerso nella giurisprudenza di legittimità; cfr., in proposito, Cass., sez. I, 25 ottobre 2006, n. 37530, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4643, con nota di C. Marinelli, *Le videoriprese investigative in luoghi esposti al pubblico: verso la progressiva emersione dei criteri di qualificazione degli ambiti spaziali soggetti alle operazioni*.

¹⁵ Cfr. in proposito, oltre ad A. Camon, *Captazioni di immagini*, cit., p. 142, N. Triggiani, *Le videoriprese investigative*, cit., p. 158 ss., che evidenzia l'evanescenza del confine tra comportamenti comunicativi e non comunicativi e sottolinea «l'incertezza che può residuare in ordine all'esatta qualificazione di determinati luoghi». Sul tema v. anche C. Rizzo, *Videoregistrazioni domiciliari e l'incerta distinzione tra condotte comunicative e non comunicative*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 722. Sul tema v. anche la posizione critica espressa da O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 3, p. 10.

¹⁶ Numerose sono le ipotesi via via prese in considerazione dalla giurisprudenza; circoscrivendo l'attenzione alle sole pronunce di legittimità possono richiamarsi le numerose sentenze in materia di luogo di lavoro, che tendono a distinguere ora sulla base dell'orario di apertura o di chiusura in cui si colloca l'intrusione, ora delle particolari caratteristiche che, all'interno del luogo di lavoro, assumono taluni spazi riservati (in tema v. Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 31345, la quale, chiamata ad offrire una risposta in ordine alla riconducibilità alla nozione di domicilio dei luoghi di lavoro con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 624-bis c.p., ha esteso le proprie argomentazioni anche ai profili processuali, statuendo infine che i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di privata dimora, salvo che il fatto sia avvenuto all'interno di un'area riservata alla sfera privata della persona offesa. L'approdo è stato recepito dalla giurisprudenza di legittimità sul versante delle videoriprese investigative: in proposito v. Cass., sez. III, 23 novembre 2017, n. 4744, in *Dir. e giustizia*, 2 febbraio 2018 (con nota di A. De Francesco, *Sono pienamente utilizzabili le videoriprese effettuate sui luoghi di lavoro*), seppure si registrino già talune eccezioni, identificate nello studio professionale dell'avvocato (così Cass., sez. V, 18 aprile 2018, n. 35767, in *Dir. e giustizia*, 27 luglio 2018; Cass., sez. V, 15 settembre 2017, n. 5797, in *Dir. e giustizia*, 8 febbraio 2018). Analogo interesse ha suscitato in giurisprudenza l'interrogativo in ordine alla riconducibilità dell'abitacolo di un'autovettura alla nozione di domicilio (in proposito v., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 20 dicembre 2004, n. 2613, in *CED Cass.* 230533; Cass., sez. I, 1 dicembre 2005, n. 47180, in *CED Cass.*, 233991; Cass., sez. V, 30 gennaio 2008, n. 12042, in *Cass. pen.*, 2009, p. 166, che ha escluso che l'autovettura rientri nella nozione di privata dimora, e Cass., sez. VI, 5 novembre 1990, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 952, che ebbe a sposare la soluzione opposta; al primo orientamento deve ricondursi anche Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, in *Cass. pen.* 2014, p. 4046) Altre pronunce hanno riguardato la stanza di degenza in un ospedale (Cass., sez. VI, 13 maggio 2009, *CED Cass.*, 244148), la canonica annessa ai locali parrocchiali (Cass., sez. III, 11 novembre 2008, n. 46191, in *Guida dir.*, 2009, f. 6, p. 92), nonché la sala colloqui di un istituto carcerario (Cass., sez. I, 25 novembre 1999, n. 11506, in *Riv. pen.*, 2000, p. 524) e la cella all'interno dello stesso (Cass., sez. I, 6 maggio 2008, n. 32851, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2533).

Il luogo interessato, nell'occasione, è rappresentato dal pianerottolo posto all'ultima rampa di scale prima del lastrico solare sito all'interno di un edificio condominiale, ove la polizia giudiziaria aveva installato un sistema di videosorveglianza, attraverso il quale si erano colte le immagini degli imputati intenti ad occultare sostanze stupefacenti in un cassone di metallo inserito in un vano ricavato nel muro. Al fine di verificare se tali risultanze siano utilizzabili nell'ambito del giudizio cautelare, la Corte si interroga in ordine alla riconducibilità degli spazi condominiali all'area tutelata dall'art. 14 Cost.

Il quesito non è del tutto nuovo, tant'è che vengono richiamate precedenti pronunce dei giudici di legittimità che però, a ben guardare, offrono indicazioni tutt'altro che univoche, a riprova di quanto sia parziale e talora fuorviante l'approccio casistico seguito in materia: così, in due casi vengono richiamate sentenze che consentono l'utilizzo delle videoriprese effettuate sul pianerottolo di un'abitazione privata e nell'area antistante un garage condominiale, senza tuttavia osservare come l'attività captativa fosse stata realizzata dalla persona offesa, con la conseguente riconducibilità della risultanza allo schema della prova documentale¹⁷; anche l'altro precedente richiamato a sostegno della tesi che priva di ogni tutela gli spazi condominiali ha un rilievo limitato, in quanto si riferisce a videoregistrazioni dell'ingresso e del piazzale di accesso di un esercizio commerciale eseguite dalla polizia giudiziaria dalla pubblica via e, dunque, accessibili al pubblico per la mancanza di barriere visive¹⁸.

Al di là dei singoli precedenti menzionati, dunque, sembra più utile soffermarsi sulle caratteristiche del luogo di privata dimora, come enucleate in termini più generali dalla giurisprudenza. È un'operazione compiuta anche dai giudici della IV Sezione, che recuperano, seppure molto rapidamente, le indicazioni offerte in proposito dai più autorevoli precedenti in materia, al fine di comprendere se le porzioni di proprietà destinate ad un uso comune possano meritare una tutela rinforzata dalle intrusioni investigative.

Al riguardo assume un particolare rilievo la pronuncia resa a sezioni unite nel 2006¹⁹, che ha declinato una serie di elementi che debbono concorrere per la riconducibilità di un luogo alla nozione di domicilio rilevante ai sensi dell'art. 14 Cost.: si richiamano criteri vari ed eterogenei, in parte attinenti ad un profilo funzionale, in altra misura inerenti i poteri del titolare di diritti sul luogo tutelato, nonché alla stabilità del rapporto tra luogo e individuo. Così, la tutela si giustifica in quanto il luogo domiciliare è funzionalmente deputato allo «svolgimento di manifestazioni di vita privata», tant'è che il diritto di «sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne», che si traduce nel c.d. *ius excludendi alios*, è finalizzato a «garantir[e] la riservatezza»; l'intensità del rapporto tra luogo e individuo si lascia apprezzare anche sul versante temporale, poiché deve tradursi in un'apprezzabile stabilità, tale da garantire da possibili ingerenze esterne anche nelle occasioni in cui la persona non sia presente fisicamente nel domicilio²⁰. Si tratta di indicazioni che hanno trovato recente conferma ancora da parte delle sezioni unite che, chiamate a decidere sulla nozione di privata dimora rilevante ai fini del reato di cui all'art. 624-bis c.p., offrono una ricostruzione più ampia del bene tutelato, attingendo ai riferimenti costituzionali e richiamando anche l'elaborazione maturata sul versante processuale in tema di videoriprese domiciliari²¹: significativa è la sottolineatura del risvolto funzionale che deve essere riconosciuto alla garanzia domiciliare, la quale viene accomunata alla libertà di comunicazione di cui all'art. 15 Cost., entrambe declinate «quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona».

¹⁷ Cfr. Cass., sez. II, 10 novembre 2006, n. 5591, in *CED Cass.*, 236120; Cass., sez. V, 29 ottobre 2008, n. 44701, in *CED Cass.*, 242588.

¹⁸ Cass., sez. I, 25 ottobre 2006, n. 37530, in *CED Cass.*, 235027, che all'evidenza anticipa l'enucleazione del principio che troverà autorevole conferma da parte di C. cost., sent. 7 maggio 2008, n. 149, cit.

¹⁹ Il riferimento è a Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit.

²⁰ Osserva Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit., che «il concetto di domicilio individu[a] un rapporto tra la persona e un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza. Ma il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente».

²¹ V. Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 31345, cit., che, con riguardo alla nozione di privata dimora, ritiene che siano «indefettabili elementi: a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare». Il richiamo operato dalla Corte a quanto in precedenza statuito con riguardo alla nozione di domicilio rilevante ai fini della disciplina delle intercettazioni e delle videoriprese va salutato con favore, in quanto ricompone un quadro che presentava contenuti multiformi a seconda del settore ordinamentale nel quale si invocava la tutela domiciliare.

A queste indicazioni si rifanno anche i giudici della IV sezione, i quali, investiti della questione della riconducibilità degli spazi condominiali nella nozione di domicilio, escludono la necessità di qualsiasi tutela per quelle aree comuni, in quanto «le scale di un condominio e i pianerottoli delle scale condominiali non assolvono alla funzione di consentire l'esplicazione della vita privata al riparo da sguardi indiscreti perché sono in realtà destinati all'uso di un numero indeterminato di soggetti». Si tratta di una conclusione dalla quale sembra difficile dissentire nel suo nucleo essenziale²², in ragione della destinazione ad uso comune degli spazi condominiali che, sotto il profilo funzionale, sono finalizzati a consentire a tutti i condomini di godere del bene. Inoltre, guardando ai diritti che vengono riconosciuti alla persona su quegli spazi, lo *ius excludendi alios* si instaura in capo a tutti i condomini indifferente-mente, non potendo, pertanto, essere riconosciuto al fine di limitare l'accesso e la fruizione del luogo da parte degli altri condomini; da ultimo, con riguardo alla stabilità del rapporto tra titolare del diritto e luogo tutelato, l'esigenza di riservatezza che il singolo condomino può vantare negli spazi condominiali si lascia apprezzare solo in occasione della presenza in quegli spazi, sfumando significativamente ogni qual volta dagli stessi se ne allontanano.

D'altra parte, per quanto le aree comuni poste all'interno di un condominio non posseggano connotati declinati con la stessa robustezza dei requisiti che compongono la nozione di domicilio, sembra irragionevole equipararle ai luoghi pubblici o esposti al pubblico sotto il profilo delle possibili ingerenze da parte di terzi. Infatti, si tratta di spazi che, pur non funzionali allo svolgimento dei momenti più intimi della quotidianità, sono riservati nel loro utilizzo ai soli condomini e alle persone da questi autorizzate, restando inalterata la possibilità di esclusione dell'accesso indistinto di terze persone, così da generare un fisiologico affidamento in ordine alla riservatezza degli atti che in quei luoghi si compiano.

Del resto, l'eccentricità dell'equiparazione degli spazi condominiali ai luoghi pubblici emerge anche quando si volga lo sguardo ai diritti e ai doveri posti in capo al condominio e ai singoli condomini, che non possono porre in essere liberamente attività di videosorveglianza che riprenda quanto avviene nelle aree comuni. La necessità di una delibera condominiale, adottata a maggioranza ai sensi dell'art. 1122-ter c.c., che autorizzi l'installazione di impianti di videosorveglianza sulle parti comuni è ascrivibile al riconoscimento di una tutela della riservatezza di quanti fruiscano di quegli spazi, che, per l'appunto, non sono assimilabili ad un luogo pubblico²³. Alla stessa esigenza di salvaguardia della vita privata che ciascun condomino svolge in parte anche negli spazi comuni risponde l'ulteriore precauzione che deve essere osservata in caso di installazione delle telecamere di sicurezza da parte di un condomino, il quale, laddove la videosorveglianza riguardi in parte aree comuni antistanti a quella privata, deve darne avviso attraverso apposita cartellonistica. La disciplina dettata in sede civilistica, pur nella sua ovvia diversità²⁴, fotografa un rilievo del valore della riservatezza per le attività compiute nelle aree condominiali, valore la cui insistenza può essere variamente gestita quando si tratti di porre in essere attività investigativa da parte delle pubbliche autorità, ma di cui non può ignorarsi la rilevanza.

Insomma, una volta esclusa la copertura costituzionale *ex art. 14 Cost.* per gli spazi condominiali, la soluzione sposata dai giudici di legittimità, che consentono un incontrollato ricorso alla videoripresa

²² Non pare del tutto condivisibile l'assunto fatto proprio dai giudici di legittimità allorché osservano come gli spazi condominiali siano destinati all'uso di un numero indeterminato di soggetti: invero, soprattutto nei condomini di ridotte dimensioni, la platea dei fruitori degli spazi comuni è tutt'altro che indeterminata, essendo selezionata in ragione del titolo giuridico a godere di una proprietà esclusiva interna al condominio, che, all'evidenza, è posseduto da un numero circoscritto e facilmente monitorabile di persone.

²³ In questa prospettiva è degna di nota anche la posizione assunta sul punto dal garante della privacy, che, in ossequio alle indicazioni europolitane e alle relative soluzioni normative, non solo ricorda la necessità di un'apposita delibera condominiale che autorizzi il condominio ad installare impianti di videosorveglianza per effettuare riprese visive su spazi condominiali *ex art. 1122-ter c.c.*, come modificato dalla c.d. riforma del condominio (l. 11 dicembre 2012, n. 220), ma autorizza il singolo condomino all'installazione di meccanismi di ripresa visiva solo in ossequio a circostanze che ne limitino l'oggetto e l'invasività (quanto alla posizione del garante v. il *vademecum* diffuso all'indirizzo [web https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/2416443/Vademecum+-+ll+condominio+e+la+privacy+-+versione+pagina+singola.pdf](https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/2416443/Vademecum+-+ll+condominio+e+la+privacy+-+versione+pagina+singola.pdf)).

²⁴ Sull'irrelevanza, sul piano delle ricadute "sanzionatorie" interne al processo penale, della disciplina dettata in altri settori dell'ordinamento a tutela della *privacy* v., L. Belvini, *Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 4, p. 800 s.; P. Laviani, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, f. 4, p. 73 ss. Pur escludendo ogni invalidità ai fini processuali derivante dall'inosservanza delle regole civilistiche, tra le quali si collocano anche quelle in materia di videosorveglianza condominiali, la disciplina in parola è la spia evidente delle implicazioni in punto di riservatezza che attengono a quanto si svolge all'interno delle aree comuni di un condominio.

investigativa nei luoghi condominiali, pare raggiunta in modo un po' troppo frettoloso e non attento a quello che è il sempre più corposo impatto delle risorse tecnologiche sul versante della riservatezza.

TUTELA DELLA RISERVATEZZA E SUPERAMENTO DELL'ESCLUSIVITÀ DEL DOMICILIO COME LUOGO PROTETTO: POSSIBILI RICADUTE

La posizione oggi assunta dai giudici della Cassazione pare, dunque, ragionevole nella misura in cui esclude la riconducibilità degli spazi condominiali al domicilio protetto dall'art. 14 Cost.; al contempo e in modo speculare, però, non convince la semplicistica equiparazione degli spazi condominiali ai luoghi pubblici o aperti al pubblico. Alla luce dei più autorevoli precedenti giurisprudenziali e delle indicazioni provenienti dai formanti sovranazionali, la Corte avrebbe dovuto compiere un ulteriore sforzo argomentativo, volto a sondare una possibile rilevanza del diritto alla riservatezza che la persona vanta negli spazi comuni della proprietà.

Come noto, il riconoscimento del valore della riservatezza come limite alle intrusioni investigative realizzate con le riprese visive ha trovato spazio nella pronuncia resa a sezioni unite nel 2006²⁵, con la quale si è introdotto un livello di tutela intermedia rispetto alla secca alternativa tra domicilio e luogo pubblico: si tratta, invero, di un profilo che merita di essere affrontato ogni qual volta si abbia riguardo a luoghi, i quali – per le attività che ospitano (ad esempio, la toilette di un pubblico esercizio; il privé di un locale aperto al pubblico; la stanza di ospedale che ospita un paziente) o per la posizione giuridica di chi li frequenta (ad esempio, il camerino riservato al personale di un ufficio o esercizio pubblico; il gestore che frequenta il proprio negozio in orario di chiusura; l'ufficio del professionista) – appalesano la necessità di una forma di protezione. Rispetto a questo *tertium genus*, che si incunea nella tradizionale e ormai inadeguata bipartizione tra privata dimora e luogo pubblico, non pare affatto azzardato ipotizzare una rilevanza delle aree condominiali, che sul piano giuridico, oltre che pratico, sono suscettibili di rappresentare in modo quasi emblematico l'anello di congiunzione tra le prime due categorie, essendo riconducibile ad una proprietà privata ma caratterizzata da un uso non esclusivo.

Peraltro, l'elaborazione offerta nel 2006 dalle sezioni unite, pur non avendo perso di attualità nel riconoscimento di un'autonoma rilevanza del bene della riservatezza, deve essere oggi arricchita alla luce del valore riconosciuto alle fonti normative che quel bene mettono a fuoco in modo espresso: infatti, con la pronuncia delle c.d. sentenze gemelle del 2007²⁶, la Corte costituzionale ha conferito alla Cedu una rilevanza sovraordinata e diretta nel nostro ordinamento, così imponendo all'interprete di confrontarsi direttamente con i contenuti della fonte pattizia. A ciò si aggiunga la centralità che la riservatezza dei dati viene ad assumere nella disciplina eurounitaria²⁷ e nella lettura che la Corte del Lussemburgo

²⁵ Cass., sez. un., 26 marzo 2006, cit.

²⁶ Il riferimento è alle due pronunce di C. cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, in forza delle quali si è individuato nell'art. 117, comma 1, Cost., la disposizione che genera «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare [la Cedu], con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Cedu e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata «norma interposta». Peraltro, sulla base di tale costrutto, si fa conseguire che «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione».

²⁷ Significativa e risalente nel tempo è l'attenzione che l'Unione europea ha riservato al tema della riservatezza, con particolare riguardo al trattamento dei dati. In questo ampio settore la materia processuale penale viene ad essere interessata dalle fonti che offrono la disciplina della c.d. *data retention*, in punto di conservazione e trattamento dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche e telematiche a fini di giustizia: in proposito v. il recente pacchetto di provvedimenti sulla protezione dato che si compone del Regolamento (UE) 2016/79 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e, con specifico riguardo alla materia della prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, la direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (attuata con d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 e, con successivi ritocchi, dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101). Su tale ampio e composito panorama v. R.E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 21 ss.; S. Signorato, *Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 11, p. 153 ss.

ne offre, giunta a pronunciarsi non solo nel senso dell'insufficiente tutela domestica talora costruita²⁸, ma ancor prima nel senso della illegittimità di atti prodotti dalla stessa Unione europea per inadeguatezza dei momenti di tutela posti ad argine di una troppo ampia e disinvolta gestione di dati coperti da riservatezza²⁹.

Alla luce di tali ormai sedimentati percorsi, si fa attuale e stringente l'esigenza di costruire una tutela della riservatezza, che non può più esaurirsi in quella forma embrionale individuata nel 2006 dalle sezioni unite attraverso il richiamo all'adozione di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che autorizzi l'atto intrusivo³⁰. Se, infatti, guardiamo ai contenuti dell'art. 8 Cedu, il solo intervento dell'autorità giudiziaria costituisce una tutela senz'altro insoddisfacente: nell'affermare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, oltre che del domicilio e della corrispondenza, l'art. 8 Cedu esclude qualsiasi ingerenza dell'autorità pubblica «a meno che questa [...] non sia prevista dalla legge» e «costituisca una misura che, in una società democratica, [sia] necessaria per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, [...] per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati». Proiettata in una stagione ove la gerarchia delle fonti vede attribuire rilievo sovraordinato al documento pattizio sui diritti dell'uomo, la soluzione offerta nel 2006 dalle Sezioni unite necessita di essere rivista: il corredo di garanzie che è destinato ad operare in tema di videoriprese investigative effettuate in luoghi ove si svolga la vita privata e familiare delle persone, si arricchisce di una base legale e del rapporto di proporzionalità che si ritiene sia sotteso al nesso funzionale tra sacrificio della riservatezza e protezione di interessi ulteriori³¹.

Anche rispetto al provvedimento con cui si dispone una videosorveglianza che interferisce con il bene della riservatezza si ripropone, dunque, lo stesso interrogativo dell'idoneità dell'art. 189 c.p.p. a fungere da veicolo normativo per soddisfare l'esigenza di legalità: di fronte al dettato convenzionale, invero, è agevole escludere ogni praticabilità di questa soluzione interpretativa, non solo recuperando gli argomenti che già ne hanno evidenziato l'inadeguatezza rispetto alle logiche che fondano la riserva di legge costituzionalmente imposta per il domicilio, ma anche evidenziando le particolarità che circondano tale garanzia nella previsione dell'art. 8 Cedu. Qui, invero, si va oltre la matrice ottocentesca della riserva di legge come fonte promanante dal potere legislativo, per guardare al valore sostanziale della garanzia; ecco perché l'espressione «*in accordance with the law*» viene accompagnata da ulteriori importanti riferimenti che vanno a tratteggiare le caratteristiche che deve presentare la legge che pre-

²⁸ Cfr. C. giust., UE, grande sezione, 21 dicembre 2016, cause C-203/15 e C-698/15, Tele2 e Watson, sulla quale v. O. Pollicino e M. Bassini, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2017.

²⁹ Il riferimento è a C. giust. UE, grande sezione, 8 aprile 2014, cause C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, che ebbe a dichiarare l'illegittimità di quanto statuito nella c.d. direttiva Frattini (dir. 2006/24/CE) in ragione della mancanza di cautele volte a contenere il pericolo di un generalizzato trattamento dei dati inerenti il traffico telefonico. In proposito v. R. Flor, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali: una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont.* 2014, n. 2, p. 179 ss., che definisce «epocale» la decisione della Corte del Lussemburgo di dichiarare l'illegittimità della fonte europea, in quanto il trattamento dei dati lì previsto non rispetta l'art. 8 Cedu; nonché L. Trucco, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1850.

³⁰ Sulla scia di quanto a suo tempo osservato con riguardo ad altri profili di rilevanza del bene della riservatezza (in particolare in tema di *data retention* e conservazione dei dati esteriori delle comunicazioni telefoniche), Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit., ha ritenuto di individuare il «livello minimo di garanzie» nell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero), così privando la polizia giudiziaria del potere di disporre in via autonoma di videoriprese in luoghi riservati. La soluzione, pregevole nel recepire le istanze garantistiche di beni che l'evoluzione tecnologica espone a rischi di compressione sempre più frequenti e significativi, presentava già in origine una certa eccentricità, poiché nessun parametro sovraordinato individuava ed esauriva i presidi di garanzia nell'intervento dell'autorità giudiziaria. In proposito evidenzia l'inadeguatezza della cautela introdotta nel 2006 rispetto al quadro di garanzie tracciato dall'art. 8 Cedu, S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico*, cit., p. 767, il quale ritiene che quella pronuncia sia stata «animata da una evidente volontà compromissoria: nel consentire lo svolgimento di attività investigativa nei luoghi c.d. "riservati", si è voluto nel contempo recuperare un minimo di garanzie, consistenti nel previo provvedimento autorizzativo motivato del magistrato».

³¹ Sui contenuti dell'art. 8 Cedu, con riferimento alla base legale (la cui intensità, sotto il profilo formale, risulta temperata rispetto alla riserva di legge alla quale fa riferimento in più occasioni il dettato costituzionale), allo scopo legittimo e alla necessità della limitazione nell'interesse di una società democratica, da cui si desume il c.d. principio di proporzionalità, v. A. Gaito-S. Furfaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016, p. 374 ss.; A. Galluccio, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in G. Ubertis-F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 257 ss.

vede limitazioni della riservatezza³². Ai sensi dell'art. 8 Cedu, la base legale non potrà atteggiarsi in termini generici e dovrà rispondere a uno degli scopi prefissati, tra i quali compare anche la funzione di prevenzione dei reati e, dunque, l'attività investigativa e di accertamento interna al procedimento penale. Ma l'elemento che colora di tinte forti la tutela convenzionale è la previsione per cui l'atto incidente sulla vita privata deve essere «*necessary in a democratic society*», affermandosi così un principio di proporzionalità, in base al quale il sacrificio imposto al bene tutelato deve essere quello (e solo quello) reso necessario dal perseguimento di altri obiettivi lì declinati³³. Come è stato efficacemente osservato, «il bene della riservatezza è [...] protetto in modo particolarmente intenso, perché non ci si ferma alla riserva di legge formale (“una qualunque legge, purché vi sia”); come il legislatore eserciti tale riserva è sindacabile nel prisma della proporzionalità, ovvero del minor sacrificio possibile del bene medesimo»³⁴.

Peraltro, il principio di proporzionalità espresso nell'art. 8 Cedu assume un ruolo tutt'altro che secondario in una materia, come quella della riservatezza, che si connota per una straordinaria ampiezza e duttilità, imponendo di parametrare le garanzie procedurali in relazione non solo al diverso livello di compressione, ma anche alla diversa consistenza del bene. Infatti, nel sondare il rilievo che oggi assume la tutela della vita privata, deve osservarsi come essa traligni i confini spaziali, non essendo di necessità collegata al *locus* nel quale hanno svolgimento le attività umane e atteggiandosi piuttosto come una barriera a spessore variabile, che vale a proteggere tutti i dati esteriormente percepibili riguardanti comportamenti ai quali l'individuo non assegni veste pubblica³⁵. Pertanto, taluni dati presentano un livello di riservatezza elevato, in quanto relativi alla dimensione più intima dell'individuo (così è a dirsi, ad esempio, per i dati sanitari, sessuali, per i dati genotipici), altri sembrano presentare una maggiore evanescenza se sono singolarmente valutati, ma acquistano un rilievo tutt'altro che insignificante quando vengano trattati in modo massiccio o per lunghi archi temporali (è il caso, ad esempio, dei dati relativi agli spostamenti territoriali della persona quando siano monitorati attraverso la traccia gps): in entrambe le ipotesi il profilo spaziale assume un rilievo non dirimente, o a causa della straordinaria attinenza del dato alla intimità della persona ovvero in ragione della particolare estensione dell'attività di apprensione delle informazioni personali, che intaccano la riservatezza dell'individuo anche quando abbiano ad oggetto comportamenti posti in essere in luoghi pubblici. Di fronte alla sempre maggiore pervasività che, sulla scorta del progresso tecnologico, può connotare le attività di controllo e monitoraggio di comportamenti e attività umane, seguendo l'individuo in modo costante e ininterrotto in qualsiasi luogo si trovi e qualsiasi attività ponga in essere, la tutela della riservatezza finisce per assurgere a barriera protettiva della persona rispetto all'aggressività dello strumento tecnologico³⁶.

³² Cfr. A. Camon, *Captazione di immagini*, cit., p. 144 osserva che «la legge deve avere certe “qualità”: essere chiara, precisa, dettagliata; imporre che la sorveglianza sia autorizzata da un'autorità indipendente; indicare la natura dei reati in relazione ai quali il controllo è possibile, le categorie di persone suscettibili di subirlo, la sua durata, la procedura da seguire per esaminare, utilizzare e conservare i dati, le circostanze in cui si può o si deve distruggerli».

³³ Sul principio di proporzionalità espresso dall'art. 8 Cedu e operante in punto di risorse probatorie incidenti sulla riservatezza della persona F. Nicolichia, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.* 2018, n. 2, p. 176 ss.; G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2018. Con riguardo al trattamento dei dati a fini penali v. E. Andolina, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.* 2015, f. 3, p. 916. Per il valore che il principio di proporzionalità in materia probatoria ha assunto nell'ambito dell'ordine europeo di indagine, v. F. Falato, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *www.archiviopenale.it*, 15 gennaio 2018; nonché C.E. Gatto, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.* 2019, f. 1, pp. 69 ss. Sul terreno più arato del principio di proporzionalità nella materia cautelare (ma con significative aperture sul versante probatorio) v. M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.* 2014, f. 3-4, p. 143 ss.; F. Zacché, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 46 ss. Per un approccio generale ai profili problematici che sono collegati a tale principio v. G. Ubertis, *Equità e proporzionalità verso legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.* 2017, p. 392.

³⁴ Così, S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico*, cit., p. 771. In tema v. anche L. Seminara, *Sorveglianza segreta e nuove tecnologie nel diritto europeo dei diritti umani*, in *Riv. dir. media*, 9 febbraio 2018, n. 2, pp. 5 e 7, che, nel ripercorrere le principali tappe delle pronunce rese dalla Corte e.d.u. in materia, ricorda come «l'attività di sorveglianza segreta deve essere, in primo luogo, prevista dalla legge, la quale deve fornire in modo sufficientemente chiaro e dettagliato una base legislativa che definisca la portata e il modo di esercizio di tale controllo».

³⁵ Sul tema v., di recente, G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 8, che osserva come l'art. 8 Cedu impone «il rispetto della vita privata e familiare, abbraccia qualunque luogo si trovi, sia quando comunichi con altri soggetti, sia nei momenti in cui vive e opera da sola».

³⁶ Interessante la specificazione introdotta da S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico*, cit., p. 766, che, nel trac-

Di fronte a tecniche di controllo che si fanno liquide e in grado di inserirsi in spazi apparentemente interstiziali, ma che accompagnano e seguono la persona nella sua più minuta quotidianità, anche il bene protetto – la riservatezza – acquista una consistenza liquida e si espande nell’universo delle condotte umane, le quali tutte appartengono *in primis* alla persona che le pone in essere, interessata per ciò solo a difenderle rispetto a interventi clandestini di monitoraggio, controllo e apprensione di dati. Questa caratteristica espansiva del bene della riservatezza imprime un sigillo di tutela ad ogni espressione della vita privata dell’individuo che questi non intenda rendere pubblica, fissando un limite al libero intervento delle autorità, la cui azione non può essere svincolata dal rispetto di presupposti, condizioni, limiti di tempo e di spazio, competenze.

Proprio la straordinaria ampiezza del bene e il diverso livello di invasività che gli strumenti investigativi possono presentare rende quanto mai centrale il ruolo del principio di proporzionalità desumibile dall’art. 8 Cedu: la fonte normativa che è chiamata ad autorizzare la limitazione della riservatezza, invero, dovrà prevedere requisiti più o meno stringenti a seconda del diverso livello di incidenza che l’attività inquirente dispiega sulla vita privata dell’individuo sottoposto a controllo. La selezione delle ipotesi criminose, dell’intensità delle esigenze di indagine, l’individuazione dell’autorità preposta ad autorizzare l’attività investigativa, della durata del monitoraggio e delle conseguenze procedurali in caso di inosservanza dovranno essere modulate dal legislatore in modo proporzionato alle potenzialità captative di notizie, immagini, dati riservati che connotano lo strumento tecnologico via via impiegato.

Da questo punto di vista, la tradizionale distinzione tra luoghi privati e luoghi pubblici o aperti al pubblico finisce per perdere il rassicurante rilievo dirimente, rappresentando solo uno degli indici rivelatori delle implicazioni in punto di riservatezza³⁷: la pervasività degli strumenti tecnologici attraverso i quali è possibile monitorare e apprendere dati esteriori che riguardano i comportamenti umani impone l’adozione di cautele normative volte a fronteggiare il rischio di un’intrusione che si fa potenzialmente illimitata e, in questa sua voracità informativa, lede la riservatezza della persona anche quando attenga a comportamenti, condotte o dati che non sono realizzati o custoditi all’interno del perimetro domiciliare.

Una volta recuperate le coordinate sovranazionali come riferimento primario per la materia della riservatezza, è giocoforza riscontrare la necessità di un intervento legislativo che, autorevolmente suggerito dai giudici costituzionali in tema di videoriprese procedurali già a far tempo dal 2002, si fa sempre più urgente³⁸.

In un panorama così complesso e denso di risvolti problematici, desta un certo stupore l’estraneità di questi profili di analisi da parte della giurisprudenza di legittimità che tralattivamente continua a

ciare la differenza (di matrice americana) tra atti che «attraverso l’uso della tecnologia, si limitano a potenziare le ordinarie capacità percettive degli operanti (*sense-enhancing technologies*)» e «quelli che attribuiscono loro facoltà estranee alla dimensione umana (*sense-replacing technologies*)», riconduce a questi ultimi il c.d. pedinamento elettronico attraverso gps, grazie alla continua geolocalizzazione satellitare che traligna i limiti delle potenzialità di controllo umano. Con riguardo alle videoriprese, A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d’indagine*, cit., 1189, registra una «grande invadenza, vorremmo quasi dire “brutalità”, dello strumento di indagine in questione», evidenziando come esse assommino le potenzialità apprensive delle intercettazioni con quelle delle ispezioni e delle perquisizioni.

³⁷ Cfr. in proposito A. Camon, *Captazione di immagini*, cit., p. 148, che osserva come sarebbe «utile introdurre qualche cautela non soltanto per la videoregistrazione in ambienti riservati ma anche per le riprese svolte all’aperto. L’enorme diffusione di impianti di videosorveglianza porta il rischio d’una sistematica raccolta d’informazioni (per lo più penalmente irrilevanti) rispetto alle quali gli interessati vantano un interesse al riserbo» e, a sostegno della posizione espressa, richiama Corte e.d.u. 17 luglio 2003, Perry c. Regno Unito, che ha riconosciuto l’impatto che le videoriprese in luoghi pubblici possono avere sul bene della riservatezza in presenza di condizioni quali la «*systematic or permanent nature of the record*». L’assunto è fatto proprio anche in altre occasioni dai giudici di Strasburgo: in proposito si veda Corte e.d.u., 28 gennaio 2003, Peck c. regno Unito; Corte e.d.u., 18 novembre 2017, Antovic e Mirkovic c. Montenegro, relativa alla videosorveglianza effettuata in un’aula universitaria, con cui la Corte ha affermato che la semplice circostanza che la prestazione lavorativa avvenga in un luogo pubblico non vale ad escludere l’applicazione dell’art. 8 Cedu; da ultimo v., ancora con riguardo a videosorveglianza in ambito lavorativo, Corte e.d.u., 9 gennaio 2018, Lopez Ribalda c. Spagna.

³⁸ Sul versante attiguo di fenomenologie captative affini alle intercettazioni, osserva in modo particolarmente stigmatizzante F. Giunchedi, *Captazioni “anomale” di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, f. 5, p. 134, come, in ragione del silenzio codicistico, «si sono legittimate prassi devianti in quanto contrastanti con la Costituzione, portando, in ricaduta, ad una caleidoscopica sequenza di decisioni di incertezza operativa e giuridica, tendenti ad aggirare con nonchalance, mediante una camaleontica interpretazione delle norme, le ideologie che ne hanno animato il conio. Allo stesso tempo si sono poste in rotta di collisione con i diritti dell’individuo tutelati dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, segnando la crisi della legalità processuale».

porre al centro dei propri *decisa* la distinzione tra luoghi domiciliari e luoghi pubblici, ostinandosi a sacrificare sull'altare della bulimia investigativa quella tutela della riservatezza, che richiederebbe una maggiore attenzione da parte del legislatore e della giurisprudenza. A tale atteggiamento interpretativo non fa eccezione la pronuncia della IV sezione che qui si annota, la quale si colloca nel solco di un'elaborazione pretoria della materia che manifesta in modo sempre più evidente i propri limiti di tenuta, stretta nella rigida alternativa tra la difesa di una prassi che privilegia il ricorso a metodologie di indagini di straordinaria efficacia e intrusività e il ripudio delle preziose risorse probatorie a vocazione tecnologica, dovuto ad un pericoloso, quanto mai inopinabile, deserto normativo.

Misure reali e giudicato cautelare

CORTE DI CASSAZIONE, SENTENZA 11 OTTOBRE 2018, N. 46201 – PRES. CARCANO; REL. PETRUZZELLIS

La mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti; ne consegue che è ammissibile l'appello cautelare avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di revoca, non potendosi attribuire alla mancata attivazione del riesame la valenza di una rinuncia all'impugnazione.

RITENUTO IN FATTO

1. Nell'ambito del procedimento penale instaurato a carico di (*omissis*) e (*omissis*), quali amministratori della società (*omissis*), per i delitti di cui agli art. 4, 10-ter e 10-quater, comma 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, è stata accolta dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Latina la richiesta di sequestro preventivo dell'importo costituente il profitto conseguito dalla commissione degli illeciti indicati, pari al valore di € 3.133.738,94; l'esecuzione del provvedimento cautelare, emesso il 10 marzo 2017, è stata disposta su somme di denaro, beni immobili o mobili riconducibili alla società (*omissis*) ed alla società (*omissis*).

2. Con atto del 30 maggio 2017 quest'ultima società ha formulato al Giudice dell'udienza preliminare istanza di revoca del provvedimento di sequestro, poiché ha rivendicato la propria estraneità al procedimento penale, che riguardava gli amministratori della (*omissis*), compagine dalla cui scissione era sorta la società istante; tale scissione era stata eseguita mediante assegnazione alla nuova compagine del ramo di azienda inerente alla costruzione di edifici per conto proprio e di terzi, movimento terra e trasporto di rifiuti non pericolosi. Ciò, secondo l'istante, ha condotto alla creazione di un nuovo soggetto giuridico, del tutto estraneo alle violazioni contestate.

Ha rilevato inoltre che, a mente dell'art. 173, commi 12 e 13, d.P.R. n. 917 del 1986 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi), nelle condizioni descritte, nessun vincolo di solidarietà passiva può sorgere in relazione al reato tributario, a carico della nuova compagine per le pregresse violazioni finanziarie della società originaria, con correlata impossibilità di imporre il vincolo alla società estranea al rapporto giuridico richiamato.

L'istanza è stata respinta dal Giudice dell'udienza preliminare, sul presupposto della mancata valorizzazione, nella richiesta di revoca del provvedimento cautelare, di elementi di novità rispetto alla data di imposizione del vincolo, che potessero indurre ad una diversa considerazione delle esigenze cautelari.

3. La società istante ha quindi proposto impugnazione ai sensi dell'art. 322-bis cod. proc. pen., avverso il citato provvedimento, valutata inammissibile dal Tribunale di Latina con la pronuncia emarginata, sul presupposto che, nel giudizio di appello avverso un provvedimento in tema di sequestro, debbano dedursi circostanze nuove, e non quelle attinenti alla legittimità del vincolo, poiché tali deduzioni sono riservate al rimedio del riesame, di cui si segnala la mancata attivazione nei termini. Secondo i giudici, nella situazione di fatto descritta, si sarebbe verificata una preclusione processuale alla proposizione di censure sugli elementi legittimanti il provvedimento, per effetto del decorso del termine per impugnare l'atto impositivo, con il rimedio processuale specifico.

4. Avverso tale decisione è stato proposto ricorso per cassazione, con il quale si deduce violazione di legge, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen. in relazione agli artt. 125, comma 3, 321, comma 3, e 322-bis cod. proc. pen. In particolare, si contesta la legittimità della valutazione di inammissibilità del gravame, facendo leva su quanto contrariamente concluso da pronunce delle Sezioni Unite di questa Corte (e, segnatamente, Sez. U, n. 29952 del 24/05/2004, Romagnoli, Rv. 228117), contrastate da decisioni delle sezioni semplici di segno opposto, che, nel superare la difforme interpretazione, non si confrontano con tale principio di diritto.

Con memoria depositata nei termini, la difesa ha reiterato le proprie deduzioni e ha richiamato una

recente pronuncia delle sezioni semplici di questa Corte (Sez. 5, n. 3838 del 20/10/2016, dep. 2017, Gambini, Rv. 269086) che, in linea con quanto espresso in precedenza, ha escluso la presenza di preclusioni processuali, derivanti dalla mancata proposizione dell'istanza di riesame.

5. La Terza Sezione penale, cui è stato assegnato il procedimento, preso atto del contrasto interpretativo in ordine alla possibilità di ritenere l'inammissibilità dell'appello cautelare nell'ipotesi di mancata proposizione dell'istanza di riesame, qualora l'impugnazione non sia fondata su fatti sopravvenuti rispetto all'applicazione della misura, ha rimesso il procedimento alla cognizione di questo Collegio, ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la soluzione della quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: *“se la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale, legittimi il tribunale del riesame a dichiarare inammissibile il successivo appello cautelare non fondato su elementi nuovi, ma su argomenti tendenti a dimostrare, sulla base di elementi già esistenti, la mancanza delle condizioni di applicabilità della misura”*.

2. Si deve osservare che le Sezioni Unite sono state già chiamate a risolvere questioni attinenti alla individuazione di conseguenze processuali derivanti dalla mancata attivazione della procedura del riesame, sia con riguardo alle misure reali, che a quelle personali, ed in entrambi i casi hanno concluso nel senso della mancanza di preclusione alla proposizione, dopo il decorso del termine previsto per la richiamata impugnazione, di istanze al giudice della cautela, volte alla revoca delle misure. Ci si riferisce, nello specifico tema delle misure reali, alla già citata pronuncia Sez. U, n. 29952 del 24/05/2004, Romagnoli, Rv. 228117 con la quale si è stabilito il principio in forza del quale la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, anche in assenza di fatti sopravvenuti; con l'ulteriore specificazione che l'unico effetto delimitativo del *petitum* è rapportabile alla possibilità di proporre motivi già dedotti in sede di riesame, posto che, in assenza di un mutamento del quadro processuale di riferimento, è inammissibile la formulazione di istanze che abbiano ad oggetto elementi su cui si sia già pronunciato il giudice in sede di impugnazione, con decisione del giudice del riesame o della Corte di legittimità. Analogo principio è stato fissato, in tema di misure cautelari personali, con la sentenza Sez. U, n. 11 del 08/07/1994, Buffa, Rv. 198213 (in senso conforme anche, Sez. U, n.12 dell'08/07/1994, Palumbo e Sez. U, n. 13 dell'08/07/1994, Pirro) che ha precisato che «il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura cautelare non incontra alcuna preclusione – quanto all'accertamento della carenza originaria (oltre che persistente) di indizi o di esigenze cautelari – nella mancata impugnazione dell'ordinanza cautelare nei termini previsti dagli artt. 309, comma 1, e 311, comma 2, cod. proc. pen. Ed invero, una preclusione processuale è suscettibile di formarsi a seguito delle pronunzie emesse, all'esito del procedimento incidentale di impugnazione, dalla Corte Suprema ovvero dal Tribunale in sede di riesame o di appello, avverso le ordinanze in tema di misure cautelari; ma essa ha una portata più modesta rispetto a quella determinata dalla cosa giudicata, sia perché è limitata allo stato degli atti, sia perché non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte,

Implicitamente o esplicitamente, nei procedimenti di impugnazione avverso ordinanze in materia di misure cautelari personali, intendendosi queste ultime come le questioni che, quantunque non enunciate in modo specifico, integrano il presupposto logico di quelle espressamente dedotte. Ne consegue che le pronunzie in esame – se non impugnabili o, a loro volta, non impugunate – spiegano un'efficacia preclusiva sulle suindicate questioni e che, pertanto, come non è consentita l'adozione di una nuova ordinanza cautelare sulla base degli stessi elementi ritenuti insussistenti o irrilevanti in sede di gravame, allo stesso modo le questioni in discorso restano precluse in sede di adozione di ogni successivo provvedimento relativo alla stessa misura e allo stesso soggetto».

Le richiamate decisioni risultano saldamente fondate sulle disposizioni testuali rispettivamente degli artt. 321, comma 3, e 299, comma 1, cod. proc. pen. che consentono alle parti, con previsione simmetricamente e testualmente riprodotta per entrambe le tipologie di provvedimenti, di sollecitare al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare una diversa valutazione, anche per fatti sopravvenuti.

L'inciso impone di considerare, quindi, tale istanza come una sollecitazione a rimeditare gli elementi legittimanti il provvedimento restrittivo, sulla base delle osservazioni proposte dall'interessato dopo la

sua piena cognizione, permettendo inoltre al pubblico ministero anche sulla base di una rivisitazione critica – in ipotesi determinata da successive acquisizioni, anche provenienti dalla parte, a seguito dell’ostensione alla stessa degli elementi fondanti l’intervento cautelare – una diversa considerazione sulla esigenza stessa di persistenza di tale misura.

3. Nella giurisprudenza successiva si è invece ritenuto, ancorché in termini non univoci, che, nell’ipotesi in cui l’interessato non abbia proposto riesame avverso la misura applicativa, non sia possibile impugnare il provvedimento di rigetto dell’istanza di rivalutazione della legittimità genetica del provvedimento applicativo del vincolo reale. Le pronunce che hanno originato il contrasto, in realtà, richiamano un approdo interpretativo antecedente alla sentenza Romagnoli e non contrastano le argomentazioni espresse in quest’ultima pronuncia. Secondo tale diverso orientamento giurisprudenziale è inammissibile l’appello con il quale vengono dedotti per la prima volta motivi inerenti alla carenza delle condizioni previste dall’art. 321 cod. proc. pen. nel momento genetico della misura (Sez. 3, n. 29234 del 11/06/2003, Rv. 226353; Sez. 3, n. 17364 del 08/03/2007, Iannotta, Rv. 236602; Sez. 6, n. 5016 del 26/10/2011, Grillo, Rv. 251783; Sez. 5, n. 31725 del 22/04/2015, Capelli, Rv. 265303).

Se è vero che la pronuncia del più alto consesso, come già chiarito, riconosce il diritto alla presentazione dell’istanza di rivalutazione al giudice emittente, pur se non si è proposto riesame, la giurisprudenza appena richiamata, esclude l’ammissibilità dell’appello avverso il provvedimento non favorevole, fondandosi sulla delimitazione dell’oggetto del gravame alla persistenza delle condizioni legittimanti il vincolo, e riserva il rimedio processuale inerente alla contestazione dei presupposti applicativi della misura, ed in particolare la contestazione relativa alla sussistenza del *fumus* del reato, alla fase del riesame, con la conseguenza di rendere intangibile tale valutazione anche per effetto della mancata proposizione del riesame nel termine previsto.

La più risalente di tali sentenze (Sez. 3, n. 29234 del 11/06/2003, Rv. 226353), cui le successive si richiamano, è antecedente alla pronuncia delle Sezioni Unite Romagnoli, cosicché prescinde dalle sue argomentazioni e valuta che «il riscontro del *fumus delicti* è materia riservata alla fase del riesame, impugnativa che nella presente vicenda non risulta se sia stata esperita, mentre invece in sede di appello ex art. 322-bis cod. proc. pen., gravame residuale in materia di sequestro preventivo, possono essere solo dedotte questioni diverse da quelle relative alla legittimità dell’imposizione del vincolo, attinenti alla persistenza delle ragioni giustificanti il mantenimento della misura; la proposizione, per la prima volta in sede di appello, o riproposizione (nei casi in cui il riesame sia stato esperito con esito negativo), di soli motivi attinenti alla carenza, nel momento genetico della misura, delle condizioni di cui all’art. 321 c.p.p., si traduce nell’inammissibilità del gravame».

La successiva pronuncia (Sez. 3, n. 17364 del 08/03/2007, Iannotta, Rv. 236602) fonda le sue determinazioni oltre che sul richiamo alla precedente decisione, sulla previsione del termine di decadenza per proporre riesame, sulla natura dell’appello quale rimedio per far valere circostanze sopravvenute e preesistenti, ma conosciute successivamente. In termini sostanzialmente adesivi si muovono le decisioni del medesimo tenore cronologicamente più recenti (Sez. 6, n. 5016 del 26/10/2011, Grillo, Rv. 251783 e Sez. 5, n. 31725 del 22/04/2015, Capelli, Rv. 265303).

4. Le decisioni da ultimo indicate non affrontano in realtà la questione della ammissibilità dell’istanza di revoca del sequestro al medesimo giudice procedente, fondata sulla base dei medesimi elementi di fatto già noti o preesistenti all’emissione della misura; l’indubbia proponibilità di tale istanza, secondo quanto si desume sia dalle disposizioni normative richiamate, che dai principi delle pronunce a Sezioni Unite cui si è fatto riferimento, deve necessariamente condurre ad escludere che possa valutarsi inammissibile l’appello avverso i provvedimenti di rigetto.

Per di più si deve rilevare che la conclusione dell’inammissibilità dell’appello viene logicamente connessa alla natura decadenziale del termine per proporre il riesame previsto dall’art. 99 disp. att. cod. proc. pen., che, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite richiamata, non può che essere rigorosamente delimitata nei suoi effetti alla proposizione di quel mezzo di impugnazione ove, sulla base dei chiari richiami normativi già esposti, si ritenga possibile formulare al giudice che emise il provvedimento istanze fondate su fatti anche non sopravvenuti.

5. Su tali basi ricostruttive questo Collegio ritiene che debba escludersi l’inammissibilità dell’appello cautelare ove l’istanza di revoca sia fondata su elementi di fatto non sopravvenuti, astrattamente proponibili, ma non proposti, in sede di riesame. La conclusione risulta il naturale sviluppo dei principi fissati nelle più volte richiamate sentenze a Sezioni Unite Buffa e Romagnoli che hanno già evidenziato

il parallelismo tra revoca della misura cautelare personale e della misura cautelare reale sulla base delle seguenti argomentazioni:

a. la definizione della revoca delle misure cautelari personali contenuta nella Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale;

b. l'analoga e simmetrica formulazione dell'art. 321, comma 3, cod. proc. pen. cui si è fatto cenno; c. l'identità di *ratio* dei due istituti (esigenza di una verifica costante in ordine alla correlazione della misura cautelare ai principi generali di adeguatezza e proporzionalità).

Pertanto, secondo la Corte, la sussistenza *ex ante* delle condizioni di applicabilità può essere verificata alla stregua di «fatti non sopravvenuti, intesi come fatti che, pur già storicamente avveratisi al momento dell'emissione del provvedimento cautelare, non furono tuttavia, per qualsiasi motivo, compiutamente e correttamente esaminati in quel momento».

Sulla base di tale premessa ermeneutica, le Sezioni Unite hanno poi affrontato la questione specifica della cognizione del giudice d'appello avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di revoca, con particolare riferimento alle considerazioni esposte dai fautori della opposta tesi, fondate sull'elusione dei termini perentori previsti per l'impugnazione della misura e sul possibile assorbimento del riesame nella revoca, qualora fosse riconosciuto ai due rimedi un medesimo ambito di operatività.

Le Sezioni Unite hanno confutato la valenza di tali obiezioni osservando che revoca e riesame non si configurano come due cerchi concentrici, per la differenza ontologica dei due istituti che impone di escluderne la sovrapposibilità in quanto:

- il riesame ha la funzione di consentire al giudice dell'impugnazione, entro termini perentori a pena di decadenza, una verifica dell'atto nei suoi aspetti formali e sostanziali, riferiti alla genesi della misura;
- la revoca attiene al riscontro, senza limiti temporali, dei soli profili sostanziali, della restrizione in essere, ed ha la funzione di adeguare la situazione cautelare in seguito sia alla verifica di eventuali carenze di valutazione circa la sussistenza originaria dei presupposti, sia all'oggettivo accadimento di fatti storici successivi all'emissione della misura cautelare.

L'unica preclusione conseguente alla mancata proposizione del riesame attiene, dunque alla verifica dei soli requisiti formali del provvedimento impositivo della misura, ai sensi dell'art. 99 disp. att. cod. proc. pen., ma non anche ai requisiti sostanziali.

Passando a comparare il mezzo del riesame con l'appello deve considerarsi la profonda differenza strutturale tra il primo procedimento, attivabile dinanzi ad un diverso giudice rispetto a quello che ha emesso la misura in termini temporali estremamente ristretti, al quale si può sollecitare anche la mera verifica del percorso valutativo del primo giudice monocratico, anche senza esporre specifiche censure, rispetto all'appello che, anche in tema di misure cautelari, mutua il principio dettato in tema di impugnazioni di merito di cui all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen. e deve quindi muoversi nel rigoroso ambito di quanto sottoposto, sulla base di specifiche deduzioni, alla cognizione in prima istanza del giudice investito della richiesta di revoca, secondo un principio strettamente devolutivo (principio quest'ultimo già sottolineato da Sez. U, n. 8 del 25/06/1997, Gibilras, Rv. 208313).

In considerazione della natura a sorpresa del provvedimento cautelare e della contestuale decorrenza di termini estremamente ristretti per la formulazione del riesame, risulta conforme all'esigenza di garantire effettività alla difesa del diritto di proprietà e di iniziativa economica la possibilità di sollecitare, attraverso modi e tempi che consentono il più ampio dispiegarsi del confronto dialettico, una rivisitazione dei presupposti giustificativi al giudice emittente prima, e l'analisi di tale decisione al giudice dell'appello, successivamente.

Inoltre, non appare irrilevante segnalare che la possibilità di una pronuncia di inammissibilità dell'appello, che risulta non espressamente evocata tra agli esiti dell'impugnazione tratteggiata dall'art. 322-bis cod. proc. pen., non può che inquadrarsi nell'ambito della previsione di cui all'art. 591 cod. proc. pen., contrariamente a quanto diversamente previsto per il riesame, ove tra gli epiloghi dell'impugnazione è specificamente indicata l'inammissibilità.

Proprio ragionando sulla linea delle specifiche cause di inammissibilità previste dall'art. 591 cod. proc. pen. deve escludersi che la mancata proposizione di un autonomo procedimento di rivalutazione del vincolo – quale il riesame –, possa in alcun modo rapportarsi ad una rinuncia espressa all'impugnazione di cui all'art. 591, comma 1, lett. d) cod. proc. pen. attesa la natura sopravvenuta ed esplicita, quindi né antecedente né tacita, del negozio processuale abdicativo.

Peraltro, perché la mancata attivazione del riesame possa intendersi come rinuncia all'impugnazione occorrerebbe riconoscere la perfetta sovrapposibilità dei rimedi che ne faccia inferire la duplicazione non consentita delle garanzie, condizione strutturalmente insussistente, che deve necessariamente valutarsi tale anche quanto ai suoi effetti.

A ben vedere l'unica conseguenza della mancata proposizione del riesame nei termini è la rinuncia ad attivare il controllo d'ufficio del tribunale preposto – che ha potere di annullare il provvedimento, anche per motivi diversi – o alla sollecitazione del controllo formale sull'ordinanza, previsto nel caso delle misure reali dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. all'art. 309, comma 9, cod. proc. pen., ma non a tutte le questioni astrattamente deducibili ed inerenti ai presupposti giustificativi del provvedimento.

6. La diversità strutturale delle due impugnazioni non consente quindi di attribuire valenza sostanziale alla mancata proposizione del riesame, non permettendo l'equiparazione di fatto, sottesa alle richiamate decisioni in termini di inammissibilità, tra tale condotta e la rinuncia all'impugnazione che sola potrebbe logicamente sorreggere la valutazione di inammissibilità dell'appello, alla luce delle tassative previsioni di cui all'art. 591 cod. proc. pen.

Del resto, lo stesso concetto di stabilità delle decisioni, anche cautelare, deve essere complessivamente ridefinito rispetto alle richiamate applicazioni, alla luce delle testuali previsioni normative. E, se non vi è alcun dubbio, per il principio della funzionalità del processo consacrato nell'art. 111 Cost., che tale preclusione attinge il dedotto, non potendo il sistema accettare la formulazione dei medesimi rilievi un numero indefinito di volte, non altrettanto può estendersi al deducibile, alla luce di quanto testualmente previsto e già rilevato in precedenti decisioni delle Sezioni Unite (sul punto Sez. U, Sentenza n. 11 del 01/07/1992, Grazioso, Rv. 191182-83; Sez. U, Sentenza n. 20 del 12/10/1993, Durante, Rv. 195354).

In particolare, al di là del termine di decadenza per la proposizione del riesame, l'unico effetto normativamente previsto, connesso all'esito della procedura incidentale, in cui si fa espresso richiamo al decorso del termine per proporla, è ravvisabile nell'art. 453, comma 1-ter, cod. proc. pen. in tema di richiesta di giudizio immediato, risultando chiaro, per contro, che il decorso del termine preclude solo la proposizione del riesame, ma non concretizza in tema di misure cautelari altri effetti giuridici. Del resto, incidendo tali provvedimenti su diritti di rango costituzionale, quali la libertà personale e la proprietà privata, non possono tollerarsi compressioni del loro pieno esercizio, se non nei casi tassativamente previsti dalla legge.

Si è già ricordato, nella più volte richiamata pronuncia a Sezioni Unite n. 11 del 08/07/1994, Buffa, Rv. 198213, che nel processo penale non esiste l'istituto dell'acquiescenza; peraltro la creazione di una tale preclusione, derivante dall'inutile decorso del termine per proporre riesame, come acutamente osservato dall'accusa nel corso dell'udienza camerata, finirebbe col rendere asimmetrico il diritto di intervento, impedito alle parti direttamente interessate, e consentito al pubblico ministero, in capo al quale permane l'obbligo di valutare costantemente l'esigenza di persistenza della misura imposta, anche diversamente valutando quanto emergente già prima dell'applicazione della misura, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 321, comma 3, cod. proc. pen.

Deve quindi concludersi che la stabilità dei provvedimenti cautelari non può rapportarsi al deducibile, poiché tale lettura restrittiva non è confortata da una previsione normativa o da una ricostruzione sistematica coerente rispetto ad essa, concetto del resto già compiutamente emergente dalla conforme giurisprudenza della Corte di legittimità nella sua più autorevole composizione (sul punto la già citata Sez. U, n. 11 del 01/07/1992, Grazioso, Rv. 191183 e, più recentemente, Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato, Rv. 235908).

Non a caso l'art. 648 cod. proc. pen. riferisce il concetto di giudicato solo alle sentenze ed ai decreti penali di condanna, il cui carattere decisorio esige la specifica perimetrazione della loro stabilità; per contro le ordinanze, in quanto provvedimenti interni al procedimento, sono strutturalmente modificabili.

7. La ricostruzione normativa rivela la sua coerenza nella materia delle misure cautelari. Bisogna infatti ricordare che tali provvedimenti posseggono una forza invasiva di diritti fondamentali, dettata dalla necessità di prevenzione, e solo per l'urgenza derivante dall'attuazione delle finalità preventive prescindono da un accertamento pieno ed in contraddittorio degli elementi che le giustificano; conseguentemente, risulta in linea con la tutela di valori di rango costituzionale, a garanzia della effettività della stessa, il riconoscimento della libera scelta inerente alla modalità dell'esercizio del diritto alla parte di fornire una lettura alternativa dei fatti e di sollecitare una diversa determinazione al medesimo giudice che ha provveduto ad emettere la misura, anziché attraverso l'attivazione di un controllo di un

giudice terzo, da richiedere in termini estremamente ristretti e tassativi. A seguito dell'esercizio di tale opzione resta intangibile il diritto all'appello, la cui azionabilità generale, rispetto alle ordinanze in materia di sequestro preventivo è riconosciuto, senza alcuna preclusione, dall'art. 322-bis comma 1 cod. proc. pen.

8. In conclusione, con riferimento al quesito posto dall'ordinanza di rimessione deve essere ribadito il seguente principio di diritto: *“La mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti”*.

9. In applicazione di quanto precede e del principio sopra indicato, deve riconoscersi che nel caso di specie il tribunale ha erroneamente dichiarato inammissibile l'appello avverso il provvedimento che ha rigettato l'istanza di revoca del sequestro, ritenendo che la contestazione circa l'esigibilità dei crediti fiscali presso la società raggiunta dalla misura cautelare andava dedotta utilizzando il rimedio del riesame.

Ne consegue l'annullamento dell'ordinanza impugnata, con rinvio al Tribunale di Latina per un nuovo giudizio sull'appello proposto.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Latina per nuovo giudizio.

[*Omissis*]

STEFANO RUGGERI

Professore di giustizia penale italiana, europea e comparata – Università degli Studi di Messina

Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali *

Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection

Le Sezioni Unite tornano a trattare il tema delle preclusioni in materia di cautele reali, con una sentenza che fornisce una preziosa occasione per una riflessione su una costruzione giurisprudenziale sempre più poliedrica, quale quella del *ne bis in idem* cautelare. L'analisi condotta su categorie essenziali della teoria generale del processo e soprattutto l'esame delle ben differenti ipotesi con riferimento alle quali tale costruzione è adoperata sembrano rafforzare i dubbi circa l'opportunità d'invocare l'esistenza di un giudicato cautelare, fonte di insidie applicative non meno pericolose dei problemi teorici che essa ingenera. In fondo, se il riconoscimento del *ne bis in idem* cautelare deve la sua ragion d'essere all'esigenza pratica di dare un senso al sistema delle impugnazioni cautelari, non si può mai dimenticare che la fondamentale rilevanza dei diritti in gioco in questa delicatissima materia tende a ripudiare ogni forma di preclusione, almeno lì dove il nuovo controllo giurisdizionale sia attivato in una direzione volta a riespandere, *in toto* o in parte, gli spazi di libertà. Le sollecitazioni argomentative fornite da questa decisione sembrano peraltro portare a due ulteriori importanti conclusioni. La prima è che, nelle ipotesi in cui sia invece in gioco un successivo intervento volto a nuovamente incidere su libertà fondamentali mediante un provvedimento avente ad oggetto una misura revocata o annullata in sede di gravame cautelare, ipotizzare l'esistenza di un vincolo solo sul piano motivazionale costituisce probabilmente una garanzia troppo blanda a tutelare chi ha già sofferto limitazioni così gravi, e sembra quindi necessario esigere nuovi dati probatori. Ma tale esigenza, contrariamente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza, non deriva da presunte preclusioni decisorie bensì dalla legge processuale. La seconda è che una prospettiva orientata alla massimizzazione della tutela di diritti fondamentali, riconosciuti sia dalla Costituzione che dalla Convenzione europea, dovrebbe indurre il legislatore con urgenza a riformare la materia cautelare, introducendo – forse più ancora che una molteplicità di controlli generici – meccanismi di monitoraggio periodico e d'ufficio da parte dell'autorità giurisdizionale, che ad oggi nessuno strumento processuale è in grado di assicurare.

In the judgment under examination, the Joint Sections of the Supreme Court were called upon to deal with the problem of procedural bars in the field of seizures of assets. This ruling provides an interesting opportunity for analysing a doctrine with multiple features, namely that of ne bis in idem in the field of pre-trial measures. This examination of essential categories of general theory of procedural law, as well as of the different situations to which case-law usually applies this doctrine, raises serious doubts as to appropriateness of invoking a theoretical construction, which is not less dangerous for its practical implications than from a dogmatic viewpoint. Doubtless, the acknowledgment of such ne bis in idem is due to the need to justify the system of legal remedies in the field of pre-trial measures, while avoiding the reiteration of judicial checks on the same issues and the same materials. Nevertheless, one should never forget that the utmost importance of the fundamental rights at stake in this very delicate context tends to reject any form of procedural bars to the re-examination of the lawfulness of pre-trial measures, particularly in those situations in which the new judicial oversight is activated to strengthen the protection of individual freedoms. At any rate, the arguments brought about by this decision may seem to two further important conclusions. The first one is that, where the new judicial examination aims at affecting fundamental rights by renewing a measure revoked or repealed by the competent court for appeal in the field of pre-trial measures, the sole limit of compliance with the reasoning of the appeal decision is a too weak safeguard to pro-

* La redazione di questo scritto, nel riportarmi a esaminare il delicato tema del giudicato cautelare dall'angolo visuale delle cautele reali, ha richiesto un'analisi trasversale di complesse questioni relative al sistema delle impugnazioni penali, alla teoria generale del processo e all'argomentazione giuridica. Al fine di affrontare adeguatamente le problematiche sollevate dalla decisione in esame, ho ritenuto quindi indispensabile, come in altri lavori, confrontarmi con amici e colleghi. Un grazie di cuore a Marco Gradi (Università di Messina) per l'utilissimo dialogo e i suggerimenti fornitimi sulle implicazioni teorico-generalì del giudicato in sede civile, nonché a Paola Maggio (Università di Palermo) per le preziose indicazioni in tema di preclusioni processuali nel settore delle cautele personali, e ad Alessio Lo Giudice (Università di Messina) per aiutarmi a districarmi nelle spinose questioni concernenti la struttura del giudizio *inaudito reo* e la motivazione delle decisioni cautelari penali. Di ogni errore o imprecisione che il lettore dovesse rinvenire in questo studio porto ovviamente, come sempre, l'esclusiva responsabilità.

tect a person who already suffered from such grave restrictions, and there is thus a need for further materials justifying a further interference with his freedoms. Yet this requirement does not seem to be the result of procedural bars but derives from the law, which requires a current risk for the proceedings to justify the adoption of pre-trial measures affecting personal freedom as well as property and the free availability of assets. The second conclusion is that a perspective oriented towards the enhancement of human rights protection, as promoted by both constitutional and ECHR law, should lead the Italian lawmakers to carry out in-depth reform of pre-trial measures, in order to ensure, perhaps more than several tools of control of their initial lawfulness, a constant monitoring by an independent authority.

PREMESSA

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale sorto intorno alla questione se la mancata proposizione del riesame avverso una misura cautelare reale determini l'inammissibilità del successivo appello volto a vagliare la legalità genetica di tale misura. Così posta, la questione poteva certo apparire in palese contrasto col carattere residuale dell'appello relativo alle cautele reali, strumento costruito, analogamente al corrispondente appello in tema di cautele personali, col dichiarato scopo di porre rimedio a "casi" diversi rispetto a quelli coperti dal riesame¹, quale mezzo di controllo della legalità genetica dell'intervento cautelare. Sennonché l'interrogativo posto dalla III Sezione non riguardava il rapporto tra riesame e qualsivoglia appello cautelare ma più specificamente tra il riesame mai richiesto e l'appello proposto avverso il provvedimento con cui il giudice precedente aveva rigettato l'istanza di revoca di una misura cautelare reale sulla base di dati non sopravvenuti. In quest'ottica la questione si trasferiva sul piano del rapporto tra riesame e revoca, spianando così la strada a una risposta di ben diverso segno, in quanto supportata da un dato legislativo non meno significativo: che cioè anche il sequestro, al pari di quanto avviene per le misure personali, debba essere "immediatamente revocato [...] quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità" per esso stabilite².

Una risposta quindi prevedibile e che in buona misura si può condividere nella sostanza, quella delle Sezioni Unite. Se non esiste alcuna preclusione legislativa alla richiesta di revoca fondata su circostanze originarie, né tale preclusione discende – per il modo in cui è oggi diffusamente inteso il *ne bis in idem* cautelare – dalla loro mancata deduzione per la via del riesame, e se la decisione del giudice investito di tale richiesta, quale che ne sia il segno, è appellabile, ne consegue che anche l'appello non può che essere in linea di principio ammissibile, a meno che non ricorrano cause d'inammissibilità definite dalla legge. Assai più interessante appare l'argomentazione adottata dalla sentenza, che offre una proficua occasione per tornare a riflettere su categorie fondamentali – quali quelle di giudicato, gravame e impugnazione – e più ancora sul significato che riveste la tutela cautelare reale in materia penale nell'attuale assetto costituzionale e internazionale.

LA DICOTOMIA TRA CONTROLLO GENETICO E VAGLIO SUCCESSIVO DELLA LEGALITÀ DELLE CAUTELE PENALI. L'INSOSTENIBILITÀ DI UN GRAVAME NECESSARIAMENTE ORIGINARIO

La pronuncia in esame sembra a primo acchito fornire una puntuale ricognizione della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem* cautelare, senza apportare significativi elementi di novità rispetto alle soluzioni elaborate in tema di cautele personali dalla sent. Buffa³, di qui trapiantate nell'ambito delle cautele reali dalla sent. Romagnoli⁴. Allontanandosi dall'impostazione adottata dalle stesse Sezioni Unite nella sent. Galluccio⁵, tali pronunce già contestarono la configurazione di giudicato cautelare, diffusasi nei primi anni successivi all'emanazione del nuovo codice, circoscrivendo l'applicazione analogica del *ne bis in idem* alle sole ipotesi di esaurimento delle impugnazioni incidentali e respingendo così l'idea

¹ Art. 322-bis, comma 1 c.p.p.

² Art. 321, comma 3 c.p.p.

³ Cass., sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *CED Cass.* n. 189213.

⁴ Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Romagnoli, in *CED Cass.* n. 228117.

⁵ Cass., sez. un., 12 novembre 1993, Galluccio, in *CED Cass.* n. 195806.

che una preclusione potesse derivare dal mancato ricorso alle impugnazioni cautelari. Onde la conclusione espressa nel noto brocardo curialesco secondo cui solo il dedotto, non già anche il deducibile, sarebbe coperto dall'area di tale preclusione. È probabile che tale soluzione, ben più ragionevole rispetto ai primi approdi giurisprudenziali in tema di giudicato cautelare, fosse in linea con un antico precedente nella tradizione storica del sistema italiano di giustizia penale⁶. È peraltro interessante notare che, trasferito tale brocardo in materia penale e nello specifico ambito delle misure cautelari, il dedotto e il deducibile non si riferiscono al giudizio volto all'emanazione del provvedimento cautelare bensì al giudizio di controllo in sede impugnatoria. Il che evidenzia un primo elemento differenziale rispetto al giudicato penale e al suo effetto tipico di *ne bis in idem*, che può scaturire tanto dalla decisione sulla responsabilità penale quanto dalla decisione del giudice dell'impugnazione.

Torneremo sulla questione nel prosieguo di questo scritto. Qui importa riflettere sulla distinzione, che la sentenza in esame mostra di condividere, tra rimedi impugnatori e provvedimento di revoca, e in definitiva tra controllo del giudice dell'impugnazione e vaglio dell'organo competente per la questione cautelare, sia esso lo stesso giudice che ha emanato il provvedimento o il giudice competente per una successiva fase o grado del procedimento. Tale distinzione, apparentemente imperniata attorno alla differenza tra controllo della legalità genetica e controllo sull'evoluzione della vicenda cautelare, non può tuttavia condurre a una simmetrica contrapposizione, dato il carattere polivalente del potere di revoca che, come si è visto, può essere utilizzato sia per adeguare la vicenda cautelare a circostanze sopravvenute che evidenzino il venir meno della necessità di mantenere la restrizione del diritto fondamentale compreso sia per far valere una carenza di legalità originaria della misura. In materia di cautele personali, tale conclusione sembrava avere ricevuto ulteriore fondamento normativo dalla riforma del 1995, che con l'inserimento nel corpo dell'art. 299 c.p.p. di un comma 3-ter introdusse un inciso di grande portata sistematica, nella misura in cui non solo poneva un'ulteriore deroga alla configurazione del procedimento cautelare, fondato su una decisione *inaudito reo*, ma inoltre agganciava la necessità di un interrogatorio dell'imputato all'eventualità che la l'istanza di revoca fosse basata su "elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati". Tale precisazione confermava a un tempo la possibilità di fondare l'istanza di revoca anche su elementi acquisiti al momento dell'emanazione dell'ordinanza cautelare e già vagliati dal medesimo organo procedente come pure (parrebbe lecito supporre, stante l'ampiezza dell'espressione adoperata) dal giudice dell'impugnazione⁷. Senonché neppure tale intervento novellistico avrebbe impedito il mantenimento della convinzione che una preclusione dovesse comunque perimetrare i poteri di revoca e sostituzione del giudice procedente. Già nelle prime applicazioni giurisprudenziali i riferimenti normativi alla possibilità di un successivo controllo genetico da parte del giudice procedente furono pertanto letti alla luce della teorica del giudicato cautelare così come risultante dalla versione inaugurata dalla sent. Buffa: sicché il giudice competente per la revoca avrebbe potuto prendere in esame fatti o elementi già valutati solo a condizione che l'ordinanza cautelare non fosse stata impugnata e non fosse intervenuta la decisione del giudice dell'impugnazione⁸.

Ora proprio quest'impostazione ha costituito il punto di riferimento della pronuncia in commento: la quale, nell'allinearsi all'impostazione della sent. Romagnoli, mira a comporre il contrasto giurisprudenziale iscrivendo nell'alveo di quest'ultima le pronunce delle Sezioni semplici, favorevoli a una rigi-

⁶Sotto il codice del 1913, la dottrina processualistica si era interrogata circa la possibilità di scarcerazione durante il corso del dibattimento dell'imputato raggiunto da un provvedimento coercitivo per un reato che fin dall'inizio non avesse consentito la cattura: vicenda che poteva verificarsi o per inerzia dell'imputato, che non avesse chiesto la scarcerazione, ovvero per errore del giudice istruttore, che avesse respinto la domanda di scarcerazione. La questione era insomma se la mancata scarcerazione nella fase istruttoria determinasse una preclusione per il giudice dibattimentale, assimilabile a un giudicato interinale. La risposta variava nei due casi. Nel primo si osservava che "il non esercizio [...] da parte dell'imputato del suo diritto non può importare gli effetti di un giudicato, che non può formarsi se non in conseguenza dell'esercizio dell'attività processuale da parte degli organi giudicanti", col risultato che il giudice dibattimentale avrebbe avuto il dovere di rimettere in libertà il detenuto. Nel secondo caso, invece, si riconosceva che l'ordinanza dell'istruttore che avesse negato la scarcerazione, una volta passata in giudicato formale, avrebbe "fa[tto] stato anche nella fase del giudizio". Cfr. M. Cevolotto, *La scarcerazione, nel periodo del giudizio, dell'imputato condannato per reato che non consente mandato di cattura*, in *Giust. pen.*, 1920, p. 215 s.

⁷Cfr., tra gli altri, E. Marzaduri, sub art. 13 l. 8 agosto 1995, n. 332, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1995, p. 185 s.; D. Manzione, sub art. 299, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, Utet, 1998, p. 307 s.; M. Bargis, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 184 s.

⁸Cass., sez. IV, 7 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2170.

da preclusione. In effetti, secondo la Corte di cassazione, l'“approdo interpretativo” raggiunto da tali pronunce, “anteriore” alla sent. Romagnoli⁹, evidenziava “in realtà” i diversi caratteri dell'appello cautelare rispetto a quelli del riesame¹⁰. Il che lasciava tuttavia impregiudicata la questione concernente l'ammissibilità della revoca a fronte della mancata proposizione del gravame, e di qui la conseguente questione della legittimità dell'appello proposto avverso il rigetto dell'istanza di revoca fondata su circostanze non sopravvenute. Nonostante l'apprezzabile tentativo delle Sezioni Unite di dimostrare la natura apparente del contrasto giurisprudenziale, esso in realtà non solo non fu sopito ma si ripropose all'indomani della sent. Romagnoli, come attesta la pluralità di pronunce citate dalla decisione in esame, e che fino ad anni a noi recenti ripresentarono l'originaria idea di una preclusione anche sul deducibile¹¹ ovvero all'opposto confutarono l'esistenza di qualsivoglia preclusione discendente dalla mancata proposizione del gravame¹². A ben vedere, l'argomentazione adoperata dalle Sezioni Unite finisce per depauperare la valenza delle conclusioni cui pervenne la giurisprudenza da esse contestata e a smussare la rigidità della distinzione tra appello e riesame: poiché è chiaro che la riconosciuta ammissibilità dell'appello avverso il provvedimento che rigettò l'istanza di revoca basata su circostanze non nuove prelude a una rivalutazione dell'intera questione cautelare, convertendo pertanto anche l'appello in un giudizio di controllo della legalità genetica dell'intervento cautelare, cosa che del resto già avviene in tema di misure interdittive.

Tale conclusione, se per un verso sospinge verso una riflessione sulla adeguatezza dell'assetto normativo attuale e delle dinamiche conseguenti all'esistenza di una molteplicità di rimedi, anche e soprattutto sul piano del principio costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuto della ragionevole durata del procedimento penale, per altro verso induce a riconsiderare la funzione tradizionalmente attribuita al riesame, e che le Sezioni Unite sembrano condividere, quale giudizio di controllo genetico sulla legalità formale e sostanziale del provvedimento cautelare¹³. In effetti, nonostante i ristretti termini di decadenza, il riesame in materia di misure coercitive impone all'organo competente di rivalutare l'intera questione cautelare anche sulla base degli elementi sopravvenuti a favore dell'indagato, elementi che l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di trasmettere tutti e integralmente al giudice del riesame¹⁴. Tale precisazione, inserita dalla riforma del 1995 al fine di allineare il giudizio di riesame alle nuove regole introdotte per la decisione cautelare¹⁵, riveste ancor oggi una grande importanza sistematica nella misura in cui sembra confutare l'idea che possa esistere – e persino trovare giustificazione costituzionale – un rimedio rigidamente rivolto a sindacare la legalità originaria delle coercizioni processuali, insensibile perciò all'evoluzione intervenuta nel quadro investigativo o probatorio. La circostanza che il legislatore non abbia adottato una simile precisazione per il riesame avverso le cautele reali può apparire in linea con la mancata previsione di un sia pur limitato obbligo di *disclosure* in materia di sequestri in capo al pubblico ministero, che è anzi eccezionalmente legittimato a disporre il sequestro preventivo in ragione di situazioni d'urgenza legate alla pericolosità di cose pertinenti al reato¹⁶. A ben vedere, non sembra che né da tale assetto né dalla formulazione dell'art. 324, comma 3 c.p.p. discendano argomenti sicuri per escludere l'applicabilità anche nel giudizio di riesame in tema di cautele reali di una regola di giudizio che impone la valutazione di circostanze che esulano dal controllo puramente geneti-

⁹ Considerato in diritto, § 3.

¹⁰ Considerato in diritto, § 4.

¹¹ Considerato in diritto, § 3.

¹² Ritenuto in fatto, § 4.

¹³ Considerato in diritto, § 5.

¹⁴ Art. 309, comma 5 c.p.p.

¹⁵ Art. 291, comma 1 c.p.p.

¹⁶ Art. 321, comma 3-bis c.p.p. Che tale soluzione sia adeguata in considerazione della particolare invasività di misure che incidono su diritti dotati di copertura sia costituzionale che convenzionale e sovranazionale, quale il diritto di proprietà e la libera disponibilità dei beni, è più che lecito dubitare. Certo nella recente decisione *Brazzi c. Italia* (Corte EDU, sent. 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, Appl. No. 57278/11) la Corte europea ha evidenziato una carenza sistematica dell'ordinamento italiano che sembrerebbe non riguardare la materia dei sequestri, nei quali è comunque assicurato, in via preventiva o successiva, un vaglio di legalità da parte dell'autorità giurisdizionale. Tuttavia tale controllo deve soddisfare l'esigenza di effettività delle garanzie di indipendenza e imparzialità, su cui tradizionalmente insiste la giurisprudenza di Strasburgo: cosicché è chiaro che il problema conoscitivo esaminato nel testo, relativo alla *disclosure* imposta al pubblico ministero, incide inevitabilmente sull'affidabilità del vaglio di legalità richiesto al giudice competente.

co della misura. Difatti, non solo è chiaro che l'esigenza di non porre anche il giudice deputato al controllo di una misura cautelare reale in una posizione conoscitiva deteriorata rispetto a quella dell'organo che emise il provvedimento controllato impone di fornire al giudice del riesame tutti gli elementi valutati ai fini della decisione cautelare, ma in ragione di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 324 c.p.p. non sembra inoltre che possa essergli negato accesso agli elementi sopravvenuti a favore del reo¹⁷.

MANCATA PROPOSIZIONE DEL GRAVAME E POTERI DI CONTROLLO DEL GIUDICE PROCEDENTE. L'INESISTENZA DI PRECLUSIONI PROCESSUALI SUL DEDUCIBILE E IL PERENNE FASCINO DEL GIUDICATO CAUTELARE

Una volta appurato che nessuno fra gli strumenti di controllo della legalità dei sequestri può rigidamente fotografare il quadro cautelare esistente al momento dell'emanazione del provvedimento cautelare, ignorando l'evoluzione dell'indagine in corso, si tratta ora di verificare se e in che misura sia sostenibile una pluralità di rimedi volti a realizzare un vaglio originario di misure invasive su diritti fondamentali a titolo cautelare o investigativo. Si è osservato che l'assestamento della nozione di *ne bis in idem* cautelare da parte delle Sezioni Unite a metà degli anni novanta portò la giurisprudenza a interpretare alla luce di questa costruzione i riferimenti normativi, già introdotti dal codice Vassalli e irrobustiti dalla riforma del 1995, alla possibilità di operare la revoca delle misure restrittive tanto della libertà personale quanto della libera disponibilità dei beni sulla base di fatti non sopravvenuti. Il risultato è stato un netto contenimento dei poteri di controllo originario, limitato a tutte le questioni diverse da quelle dedotte in sede impugnatoria e decise dal giudice dell'impugnazione cautelare.

Già questa sintetica conclusione evidenzia non pochi profili problematici, che concernono anzitutto la scarsa attinenza del riferimento processualcivile a quanto concretamente dedotto in sede di gravame, dato che il vincolo, se pur esiste, non proviene dall'iniziativa del ricorrente ma dalla decisione del giudice dell'impugnazione, i cui poteri decisori non coincidono con quelli risultanti dalla devoluzione di specifici punti o questioni. Nel caso del riesame, poi, la devoluzione copre l'intera questione cautelare, e all'intero spettro della situazione cautelare si estendono quindi i poteri decisori dell'organo competente, sicché riconoscere al giudice procedente un potere di controllo della legalità genetica della misura, che solo si arresta di fronte al giudicato cautelare così configurato, significa di fatto negare la premessa, visto che l'intera questione cautelare è 'dedotta' in sede di riesame e, quale che sia la decisione del tribunale della libertà, essa presuppone appunto il riesame di tutta la situazione cautelare. D'altra parte, se la formazione del giudicato cautelare presuppone la 'deduzione' di specifiche questioni, il riesame, quale mezzo di gravame, non sembra per definizione idoneo a produrre alcun vincolo nei confronti del giudice procedente. Onde un problema di rapporto tra riesame e revoca, inteso come vincolatività della decisione di riesame nei confronti del giudice procedente, non pare potersi porre in ogni caso: perché il vincolo o finisce per coprire l'intera questione cautelare, azzerando il potere di controllo originario anche senza elementi sopravvenuti che la legge espressamente riconosce al giudice procedente, o all'opposto finisce per annullarsi in partenza, visto che la difesa non è tenuta a 'dedurre' alcuna questione col ricorso e, quand'anche lo faccia, le questioni 'dedotte' non costituiscono l'oggetto del giudizio di riesame.

Il che pare condurre a ulteriori obiezioni nei confronti della tradizionale configurazione del giudicato cautelare. Dal momento che il riesame non costituisce un giudizio impugnatorio ma un secondo primo 'grado' nella decisione della materia cautelare, come si può riconoscere un vincolo alla decisione del giudice del riesame non impugnata? Per quale ragione non si dovrebbe attendere la contestazione di specifiche questioni davanti alla Corte di cassazione? Una conclusione diversa sembrerebbe a primo acchito valere per l'appello attivato dalla difesa per contestare la legalità genetica di una misura non coercitiva, poiché la cognizione del giudice d'appello è comunque veicolata dai punti oggetto della devoluzione dovuta all'iniziativa di parte. Sennonché, proprio per le caratteristiche dell'appello, il vincolo dovrebbe qui coprire non già le questioni dedotte bensì tutte quelle comprese nei punti oggetto della decisione.

Tali considerazioni mettono in luce quanto atecnica e imprecisa sia la maniera in cui la giurisprudenza ormai consolidata sul *ne bis in idem* cautelare, cui aderisce la sentenza in esame, adoperi nozioni essenziali del diritto processuale. In effetti, non si può fare a meno di osservare una notevole approssimazione nell'uso di categorie come deduzione, questioni e punti, senza considerare che differenze con-

¹⁷ E. Turco, Sub art. 324, in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 2900 s.

siderevoli sussistono quanto alla struttura dei mezzi d'impugnazione cautelare. Abbiamo osservato che il richiamo al concetto di giudicato o al suo effetto precipuo di *ne bis in idem* dovrebbe immediatamente condurre l'interprete a verificare la possibilità di estendere analogicamente alla materia cautelare un vincolo che dovrebbe comunque provenire da un provvedimento giurisdizionale, non dall'impugnazione di parte. Sennonché, anche riferendo il vincolo alle questioni decise anziché a quelle dedotte, non sembra si possa slabbrare il concetto di 'questione' al punto da finire per farlo coincidere con quello di 'punto', o addirittura con l'intera *res* oggetto del giudizio di riesame, perché coinciderebbe appunto con l'intera questione cautelare. Non meno problematica appare la confusione che sembra emergere dal diffuso assunto giurisprudenziale secondo cui il potere del giudice procedente di rivalutare la legalità originaria incontrerebbe il vincolo del giudicato salvo l'emergere di fatti nuovi, concetto che la giurisprudenza ha interpretato come riferito ad elementi apprezzabili nella loro obiettiva materialità, ovvero quali prove nuove. Da ciò discende che gli elementi idonei a superare la preclusione formatasi sulle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte in sede di gravame incidentale non potrebbero consistere in un mutamento giurisprudenziale, quand'anche dovuto al sopravvenire di una decisione dello stesso organo di nomofilachia attestante un indirizzo diverso rispetto a quello seguito dall'ordinanza che ha deciso la questione controversa¹⁸. Ora proprio tale conclusione sembra rivelare una commistione fra concetti in realtà eterogenei, quali quelli di 'elemento' e 'fatto'. È probabile che tale confusione sia ingenerata dalla stessa lettera della legge, che specie in materia di cautele personali stabilisce, come si è visto, obblighi precisi per l'autorità procedente che intenda adeguare la situazione cautelare al sopravvenire di 'elementi' nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati, nel contesto di un generale potere di revoca o sostituzione delle misure cautelari anche alla luce di 'fatti' sopravvenuti. Il che accomuna tre classi di situazioni ben differenti e che riflettono variabili tra loro indipendenti: le questioni, le circostanze fattuali e gli elementi di prova.

Ma è soprattutto il ricorso in via analogica all'istituto del *ne bis in idem* – così come disciplinato dall'art. 649 c.p.p. – che appare inadeguato alla materia cautelare, o quantomeno al più gran numero delle situazioni in cui la figura del giudicato cautelare è invocata¹⁹. E iniziamo col dire che il riferimento a questa specifica ipotesi *ne bis in idem*, per la flessibilità che caratterizza il modo in cui è stata costruita la preclusione del giudicato, dovrebbe coprire proprio ciò che la giurisprudenza costante – e con essa la sentenza che si annota – vorrebbe escludere dall'area del vincolo, anzi, per le considerazioni appena svolte, non tanto il deducibile quanto il decidibile, finendo così per coprire anche questioni ulteriori e relative a una diversa configurazione dell'addebito provvisorio sulla cui base l'intervento cautelare si è realizzato, fermo restando il nucleo storico dell'azione criminosa. D'altra parte non si può dimenticare come proprio il *ne bis in idem* da giudicato costituisca financo sotto il codice Rocco anzitutto una garanzia per l'imputato e ancor oggi fornisca un imprescindibile ombrello protettivo all'imputato tutelandolo dal rischio (esistente o potenziale) di ulteriori vessazioni processuali *de eadem re*. Il che, se non vado errato, mostra quanto poco attagliato sia il richiamo al *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. proprio all'ambito tematico nel quale la configurazione di un giudicato cautelare si è tradizionalmente sviluppata, ovvero quello del rapporto tra riesame e revoca. Difatti, per un verso, le considerazioni svolte portano ad escludere che la decisione del giudice del riesame, quand'anche non impugnata, possa produrre alcun vincolo su specifiche questioni per il fatto che una sola questione è affrontata e decisa in sede di riesame, ed è l'intera questione cautelare. Per altro verso, e soprattutto, la revoca non è minimamente assimilabile a una nuova iniziativa cautelare sulla *eadem res*, tant'è che significativamente essa non richiede sempre una richiesta di parte ma può essere disposta d'ufficio dal giudice, il cui intervento si muove in una direzione opposta a quella segnata dall'art. 649 c.p.p.

L'analogia col *ne bis in idem* disciplinato da tale disposizione sembrerebbe a un primo sguardo reggere in due differenti ipotesi. La prima riguarda il caso in cui la richiesta di sostituzione della misura in atto miri a un aggravamento dell'intervento cautelare; la seconda, esaminata dalle Sezioni Unite nel caso Donelli²⁰, si verifica invece laddove, in assenza di un mutamento del quadro fattuale rispetto a quello valutato dal giudice d'appello, il pubblico ministero richieda un nuovo intervento cautelare per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto. Non c'è dubbio che in entrambe le ipotesi possiamo

¹⁸ Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, in *CED Cass.*, n. 235908.

¹⁹ Cfr. per tutte Cass., 7 maggio 1996, cit., nonché Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Romagnoli, cit., e Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, cit.

²⁰ Cass., sez. un., 31 agosto 2004, Donelli, in *CED*, rv. 227358.

scorgere i tratti di una ulteriore vessazione cautelare. Senonché anche qui l'analogia col giudicato è in realtà apparente e anzi tali ipotesi ulteriormente aggravano le carenze di questa costruzione teorica di matrice giurisprudenziale. Nella prima non è in considerazione un'ulteriore persecuzione cautelare in un diverso procedimento bensì un aggravamento della situazione cautelare tale da richiedere una modifica *in peius* della stessa misura. E del resto la fattispecie di cui all'art. 299, comma 4 c.p.p., nel disciplinare un aggravamento dei *pericula libertatis*, palesemente presuppone un'evoluzione del quadro cautelare in senso peggiorativo, il che giustifica la necessaria richiesta di sostituzione *in peius* da parte del pubblico ministero. Quanto alla seconda ipotesi, le Sezioni Unite certamente intesero dare ulteriore avallo alla tesi della formazione di un'efficacia di *ne bis in idem* allo stato degli atti, configurando così una preclusione in capo al giudice investito di una successiva domanda cautelare basata su nuovi elementi, consistente nel divieto di statuire sulla stessa finché non sia definito il giudizio d'appello instaurato su impulso sempre del pubblico ministero avverso l'ordinanza reiettiva della prima richiesta di un provvedimento cautelare. Nondimeno, proprio la mancata definizione del giudizio d'appello cautelare finisce per alterare il volto della nozione di giudicato cautelare che nella versione ormai consolidata, come si è visto, non si forma su un provvedimento cautelare ancora passibile d'impugnazione o su un giudizio impugnatorio ancora aperto bensì sul provvedimento del giudice dell'impugnazione cautelare non più impugnabile. Appunto in ragione della circostanza che la presunta preclusione a decidere sulla nuova istanza del pubblico ministero si produrrebbe in pendenza del giudizio d'appello cautelare, la fattispecie in esame sembra piuttosto mettere in luce un delicato caso di litispendenza incidentale. Tuttavia è lecito dubitare che tale situazione, per quanto fortemente problematica, possa trovare un'appagante soluzione attraverso il richiamo analogico all'art. 649 c.p.p., se è già più che discutibile che tale riferimento possa essere invocato in relazione a situazioni di litispendenza, istituto purtroppo ad oggi non regolamentato dalla legge processuale penale. E i dubbi di pertinenza del riferimento al *ne bis in idem* cautelare aumentano per le ragioni anzidette se consideriamo il tentativo delle Sezioni Unite di estendere i risultati della sentenza Donelli, e con essa la nozione di 'giudicando cautelare'²¹, a tutte le ipotesi d'impugnazione cautelare, ivi comprese quelle instaurate dalla difesa²².

Ancor più inadeguato appare poi il riferimento al giudicato cautelare nell'ipotesi di reiterazione di una misura divenuta inefficace per il mancato rispetto delle scadenze temporali di cui all'art. 309, comma 10 c.p.p.²³, ovvero per la mancata trasmissione degli atti al giudice del riesame nei termini del comma 5 dello stesso articolo²⁴. In effetti, qui la preclusione, che senza dubbio esiste, solo apparentemente discende dal provvedimento liberatorio per estinzione della misura dovuta a motivi di ordine esclusivamente formale, tant'è che un simile effetto si produce immediatamente e senza alcuna necessità di attendere la definitività di tale provvedimento. In realtà l'efficacia preclusiva discende direttamente dalla legge, rispetto alla quale la pronuncia liberatoria svolge una funzione puramente ricognitiva. È del resto significativo che già negli anni novanta sia la giurisprudenza che la dottrina processualistica annoverassero nella comune esigenza di un "apprezzabile mutamento del fatto"²⁵ due problemi del tutto eterogenei²⁶, quale il potere di revoca di un'ordinanza confermata in sede di gravame e la possibilità di reiterazione del provvedimento annullato per motivi di merito dal giudice dell'impugnazione; laddove il ricorso in via analogica al *ne bis in idem* dell'art. 649 c.p.p., per le ragioni anzidette, era per definizione inadeguato alla prima problematica anzitutto da un punto di vista finalistico, in ragione della direzione nella quale si muove il potere di revoca, sia o meno sollecitato dall'iniziativa di parte. Nella prospettiva del presente studio sembra peraltro opportuno ricordare che in tema di cautele reali la giurisprudenza abbia invocato, a uno stadio più maturo dell'elaborazione di questo principio, il *ne bis in idem* solo in relazione al caso in cui la caducazione del precedente provvedimento sia dipesa dall'accertata insussistenza delle condizioni normative sostanziali richieste per l'adozione della misura, negando invece qualsiasi applicazione del giudicato cautelare nell'ipotesi in cui il nuovo provvedimento

²¹ In proposito v. P. Maggio, *Con la "litispendenza cautelare" le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 83.

²² Cass., sez. un., 1° marzo 2011, n. 7931, in *Proc. pen. giust.*, 2011.

²³ Cass., 24 ottobre 2002, in *CED Cass.*, n. 227209.

²⁴ Cass., 13 ottobre 1999, in *CED Cass.*, n. 216627.

²⁵ Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1610, con nota di M. Ceresa-Gastaldo, *Sulla permanenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, ivi, p. 1619 ss.

²⁶ M. Bargis, *op. cit.*, p. 175 ss.

to venga disposto sulla base di elementi non valutati dal giudice che abbia revocato o annullato il primo provvedimento per ragioni di merito diverse da quelle addotte a sostegno del provvedimento reiterato, oppure appunto per vizî meramente processuali²⁷.

NOVUM PROBATORIO E VINCOLI MOTIVAZIONALI. UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Ciò posto, dopo avere esposto i dubbi che concernono l'esistenza di una preclusione legata alle questioni dedotte o decise in sede impugnatoria, resta da esaminare se i poteri decisorî in materia cautelare del giudice procedente e la conseguente possibilità di revoca della misura adottata subiscano un vincolo di diverso genere, legato alla necessità che intervenga un'evoluzione del quadro probatorio. Certo meritevole di tutela è l'esigenza di porre un freno a istanze vòlte a una riconsiderazione all'infinito senza elementi di novità delle medesime questioni già affrontate dall'autorità giurisdizionale, esigenza avvertita in diversi ordinamenti, seppur con soluzioni differenziate. Ad esempio, in Inghilterra e Galles, per rimediare alla soluzione codificata col *Bail Act* del 1976, che consentiva all'imputato in stato di *remand detention* di richiedere il *bail* anche sulla base degli stessi elementi ogniqualvolta comparisse davanti all'autorità giudiziaria (ovvero una volta alla settimana, di regola, fino all'instaurazione del *trial*), il *Criminal Justice Act* del 1988, recependo una prassi già consolidata, circoscrisse la possibilità di *bail applications* a due volte salvo un cambio sostanziale di circostanze²⁸. Che tale mutamento sostanziale debba tradursi nell'allegazione di ulteriori elementi di prova non costituisce tuttavia una necessità logica, né è scontato che sia tale anche in Italia, in relazione a tutte le ipotesi cui è tradizionalmente ricondotto il fenomeno del giudicato cautelare. Così appare degno di nota il fatto che l'esigenza di un mutamento della situazione fattuale abbia trovato maggiore condivisione da parte della dottrina²⁹ e persino tra studiosi che hanno avanzato dubbî sulla necessità di far ricorso alla nozione di giudicato cautelare³⁰, proprio con riguardo all'ipotesi di reiterazione di un'ordinanza annullata in via impugnatoria. È peraltro significativo che la letteratura processualistica non identifichi tale mutamento delle circostanze fattuali nella necessità di nuove prove, dovendo l'evoluzione del quadro fattuale [...] essere in concreto dimostrata con diretto riferimento alla motivazione³¹.

Tale riferimento mette sulla giusta strada per affrontare la problematica qui in esame, anche e soprattutto alla luce della rilevanza della materia nella prospettiva del diritto costituzionale. Certo una materia nella quale entrano in gioco fondamentali libertà di valore costituzionale, come quella delle cautele sia personali che reali, dovrebbe rigettare rigide logiche di preclusioni, potendo realizzare la decisione impugnatoria solo un vincolo di carattere argomentativo, apprezzabile sul piano della motivazione. Sennonché l'evidente eterogeneità delle situazioni annoverate nella complessa categoria del giudicato cautelare rende, a mio giudizio, opportuno distinguere le due principali ipotesi prima considerate. In effetti, che non sia "assolutamente indispensabile l'individuazione di elementi nuovi rispetto a quelli individuati nella prima occasione"³² appare conclusione condivisibile laddove si tratti di interventi vòlti comunque ad ampliare gli spazi di libertà ristretti da misure invasive di diritti fondamentali. Significativamente in materia di cautele personali, come si è visto, la stessa legge processuale contempla la possibilità che il giudice sia investito di un'istanza relativa alla (o decida autonomamente di affrontare la questione della) revoca o sostituzione del provvedimento in atto anche senza elementi "nuovi o diversi da quelli valutati", affidando all'organo giudicante la valutazione discrezionale circa l'opportunità d'interrogare l'imputato al fine di fornirgli un'occasione per addurre argomenti atti a contestare la legalità e proporzionalità del regime cautelare in atto³³. In direzione analoga si muove parte della giurisprudenza col postulare un'agevolazione dell'obbligo motivazionale, in relazione tanto al *fumus delicti* quanto ai pericoli cautelari, ogniqualvolta l'istanza di revoca non allegghi fatti nuovi rispetto a quelli valutati dal giudice del riesame³⁴.

²⁷ Cass., sez. IV, 11 aprile 2003, n. 43647, in *CED Cass.*, n. 226403.

²⁸ S. 154. Cfr. R. Vogler, *England and Wales*, in S. Ruggeri (ed.), *Liberty and Security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, V&R Unipress (Universitätsverlag Osnabrück), Göttingen 2012, p. 98.

²⁹ M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 220 ss.

³⁰ M. Bargis, *op. cit.*, p. 176.

³¹ M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, p. 220 s.

³² E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 96.

³³ Art. 299, comma 3-ter c.p.p.

³⁴ Cass., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 35647, in *CED Cass.*, n. 226323.

In quest'ottica si può dunque riconsiderare la conclusione raggiunta dalle Sezioni Unite nella decisione in esame allorché escludono l'inammissibilità dell'appello proposto dalla difesa avverso il provvedimento con cui il giudice precedente ha rigettato l'istanza di revoca non supportata da nuove allegazioni. Conclusione che appare condivisibile nella sostanza, ma che non sembra trovare fondamento nella circostanza che il giudicato cautelare copra solo il dedotto e giammai il deducibile, bensì nel fatto che questo specifico appello, siccome promosso dalla difesa, mira appunto a riespandere gli spazi di libera disponibilità dei beni, ristretti dal provvedimento di sequestro. Per quanto si è rilevato, il vincolo, se di vincolo si vuol continuare a parlare, attiene dunque solo all'assetto argomentativo del provvedimento cautelare, mentre la fondamentale garanzia del *ne bis in idem* non dovrebbe qui per definizione trovare applicazione, non potendo essere utilizzata *in malam partem* per precludere iniziative difensive³⁵.

Una simile conclusione non sembra invece attagliarsi all'ipotesi in cui la misura sia stata annullata o revocata in sede di riesame. Qui la circostanza che la decisione dell'organo competente per l'impugnazione si sovrapponga alla decisione cautelare non pare in sé legittimare un'iniziativa del pubblico ministero volta a ottenere un nuovo provvedimento cautelare avente ad oggetto la stessa misura e tuttavia non supportato da nuove risultanze investigative. In effetti, per quanto in ogni caso il giudice precedente debba "misurarsi con il responso del tribunale della libertà"³⁶, appare estremamente pericoloso riconoscere in quest'ipotesi la legittimità di un nuovo intervento cautelare solo sulla base di una diversa motivazione³⁷. Ciò tuttavia non sembra avvenire per l'esistenza di presunte preclusioni derivanti da costruzioni giurisprudenziali quale quella del giudicato cautelare, bensì per l'effetto di requisiti stabiliti ancora una volta dalla legge processuale per ogni intervento cautelare. Difatti, a fronte del provvedimento col quale una misura venga annullata o revocata in sede d'impugnazione, l'eventuale iniziativa successiva volta a ottenere un nuovo intervento restrittivo di diritti fondamentali dovrà giocoforza dimostrare la sussistenza di un pericolo concreto e attuale, allegando pertanto elementi che giustifichino la misura al momento in cui tale successivo intervento è richiesto. Ed è la stessa logica per la quale sempre per un vincolo derivante *ex lege* persino una misura custodiale può essere ripristinata nelle situazioni descritte dall'art. 307, comma 2 c.p.p. solo "ove risulti necessaria a norma dell'art. 275", il che richiede un accertamento della proporzionalità in concreto sulla base di dati aggiornati. Persino quando il ventaglio delle possibili ragioni giustificative si restringe considerevolmente come nel caso della lett. b), il codice ripudia ogni automatismo derivante dalla sopravvenienza di una condanna non definitiva e la rinnovazione di una misura così invasiva postula comunque la sussistenza attuale del pericolo di fuga³⁸. Del resto sembra si possa dubitare che un nuovo provvedimento cautelare avente ad oggetto la stessa misura cautelare revocata o annullata, laddove sia fondato su una rivalutazione degli stessi elementi esaminati in sede impugnatoria, sia compatibile anche con la struttura motivazionale dei provvedimenti cautelari: la quale, richiedendo l'esposizione non solo delle specifiche esigenze cautelari e degli elementi che giustificano in concreto la misura disposta ma anche dei motivi per i quali non sono da ritenere rilevanti le eventuali allegazioni della difesa³⁹, esige l'esplicitazione delle ragioni che supportano il nuovo intervento cautelare al tempo in cui esso è disposto. *De lege ferenda*, simili casi giustificerebbero probabilmente l'introduzione di un previo contraddittorio con la difesa, non meno di quanto sia già previsto per l'ipotesi di caducazione della misura per mancato interrogatorio nei termini previsti dall'art. 294 c.p.p.⁴⁰.

Certo la disciplina delle misure reali non raggiunge livelli di complessità assimilabili a quella prevista per le misure personali e non contempla così previsioni che espressamente riconoscano garanzie analoghe, un risultato che sembra in buona misura da ascrivere alla preconcetta inferiore rilevanza assegnata al diritto di proprietà e alla libera disponibilità dei beni rispetto a quella di cui godono la libertà

³⁵ In proposito cfr. le efficaci osservazioni metodologiche di P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 509 s.

³⁶ Così E. Marzaduri, *Misure cautelari personali*, cit., p. 96, il quale peraltro adotta un'impostazione che anche per l'ipotesi qui considerata non sembra necessariamente richiedere sviluppi nel quadro probatorio.

³⁷ Desidero quindi parzialmente rettificare l'opinione da me espressa in *Giudicato cautelare*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 430.

³⁸ E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità penale dell'imputato e attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 220 s.

³⁹ Art. 292, comma 1, lett. c) e c-bis) c.p.p.

⁴⁰ Art. 302 c.p.p.

personale e il diritto alla libera circolazione. L'arretratezza del dettato legislativo non autorizza però a concludere che si possa provvedere a un nuovo intervento di sequestro, revocato o annullato in sede di riesame, sulla base di una diversa valutazione degli elementi esaminati in via impugnatoria. Come si potrebbe altrimenti postulare, ai fini dell'applicazione di un sequestro preventivo, l'attualità del pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le sue conseguenze, ovvero agevolare la commissione di altri reati? Anche qui, a ben guardare, l'esigenza di nuove risultanze *lato sensu* probatorie sembra imprescindibile; ma ciò nuovamente non per un presunto vincolo derivante da una costruzione giurisprudenziale bensì per le caratteristiche intrinseche e le finalità proprie del sequestro, quali definite dalla legge.

IL SINDACATO DELLA LEGALITÀ GENETICA E LA NECESSITÀ DI UN MONITORAGGIO COSTANTE DELLA SITUAZIONE CAUTELARE. LA NORMATIVA PROCESSUALE A CONFRONTO COL DIRITTO COSTITUZIONALE E IL SISTEMA CEDU

La complessità del sistema di controlli giurisdizionali della legalità cautelare, sia pur nei diversi termini previsti in materia di cautele reali e personali, conduce infine a domandarsi se ed entro che limiti la molteplicità degli strumenti di controllo della legalità cautelare, quali costruiti dalla normativa processuale, sia in linea col quadro costituzionale e col sistema CEDU. Quanto al sindacato della legalità genetica, e ferme restando le considerazioni problematicamente svolte in questo scritto, si potrebbe argomentare che la previsione di una duplicità di meccanismi di controllo, da parte del giudice del gravame e del giudice procedente, non costituisca una soluzione obbligata sul piano sia costituzionale sia convenzionale. Finanche quando sono in gioco misure invasive della libertà personale, la Convenzione europea non impone che vengano assicurati più sistemi di controllo originario della legalità dell'arresto o della detenzione. Né ciò sembra ricavarsi dalla previsione dell'obbligo d'immediata traduzione davanti all'autorità giurisdizionale, quale garanzia distinta rispetto al diritto all'*habeas corpus*⁴¹. In effetti, la giurisprudenza di Strasburgo ha delimitato il diritto all'*habeas corpus* in forza della c.d. '*doctrine of incorporation*'⁴², mediante la quale essa ha inteso escludere, fin dal noto '*Vagrancy case*' del 1970, il diritto a richiedere un controllo giurisdizionale nelle ipotesi di misure privative della libertà personale disposte da, o già sottoposte alla revisione di, una corte⁴³. Mediante tale impostazione, il controllo sulla legalità genetica andrebbe quindi circoscritto ai casi di arresto o detenzione disposti da autorità amministrativa, rimanendo invece assorbito nel vaglio originario operato dall'autorità giudiziaria. E sebbene la Corte europea abbia progressivamente ammorbidito tale impostazione, in sé criticabile sotto più riguardi⁴⁴, l'attenuazione del vincolo dell'assorbimento è avvenuta precipuamente al fine di assicurare un vaglio della legalità della detenzione, quand'anche ordinata dall'autorità giurisdizionale, alla luce dell'evoluzione del quadro fattuale e probatorio. Quanto all'obbligo di traduzione nel più breve tempo davanti all'autorità giurisdizionale nelle specifiche situazioni di arresto o detenzione fondati su un *fumus delicti*, esso per un verso mira a tutelare il diritto a essere messo a disposizione ed essere ascoltato da un'autorità indipendente e autonoma nei casi di detenzione non disposta dall'autorità giurisdizionale (in caso di arresto ciò è la regola). Per altro verso è significativo che la giurisprudenza europea abbia ridefinito in via interpretativa la sistematica dei controlli giurisdizionali riguardanti tali strumenti privativi della libertà personale, riconoscendo, com'è noto, il diritto a ottenere non tanto un pronto controllo giurisdizionale della giustificazione iniziale della detenzione quanto soprattutto una verifica costante della legalità e proporzionalità della misura adottata⁴⁵.

L'insistenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla necessità di un riesame della situazione detentiva a intervalli periodici rivela, sia pur con forme differenti, una chiara attenzione verso le dinamiche della vicenda cautelare, piuttosto che verso l'esigenza di assicurare un vaglio statico volto a controllare

⁴¹ Art. 5, §§ 3-4 CEDU.

⁴² S. Trechsel, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford-New York, 2005, p. 468 ss.

⁴³ Corte EDU, sent. 18 novembre 1970, *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') c. Belgio*, Appl. No. 2832/66, 2835/66 e 28/66.

⁴⁴ S. Trechsel, *op. cit.*, p. 470 ss.

⁴⁵ Così tra le altre Corte EDU, sent. 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, Appl. No. 12850/87. Al riguardo cfr., in particolare, S. Trechsel, *op. cit.*, p. 523 ss., nonché P. Maggio, *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in S. Ruggeri (ed.), *Liberty and Security in Europe*, cit., p. 37.

la legalità cautelare in base all'assetto fattuale originario. Il che mette palesemente in luce la lontananza metodologica dell'impostazione della Convenzione europea dall'approccio del sistema italiano di giustizia penale, che ancor oggi, nonostante le recenti riforme legislative che hanno interessato il settore cautelare e la fase delle indagini preliminari, non sembra minimamente coltivare l'esigenza di assicurare un vaglio costante, da parte di un organo indipendente, di misure invasive di diritti fondamentali per finalità cautelari o investigative. E non possiamo ancora una volta non rilevare che almeno per le cautele personali restrittive della libertà personale quest'impostazione è probabilmente da ascrivere a una logica che risale alla Costituzione: la quale, nell'esaltare la riserva di giurisdizione (peraltro genericamente riferita alla autorità giudiziaria) quale garanzia imprescindibile perché possa essere adottata qualsivoglia misura invasiva della libertà personale, non pare invece preoccuparsi della necessità di un controllo periodico della legalità e necessità dell'intervento coercitivo in atto, al punto da avere affidato la proporzionalità dinamica della carcerazione preventiva alla predeterminazione legale di termini massimi. Certo una simile impostazione non appare oggi adeguata a contenere specie le misure custodiali entro i limiti dettati da una logica autenticamente cautelare: e il riconoscimento da parte della Corte di cassazione dell'idoneità di meccanismi diversi nell'ambito della giustizia penale transnazionale, com'è avvenuto nel caso Ramoci⁴⁶, dovrebbe indurre il legislatore a riflettere sull'esigenza di garantire un controllo giurisdizionale d'ufficio dell'evoluzione della situazione cautelare anche nei procedimenti nazionali. Ma se questa è la direzione verso la quale dovrebbe tendere una riforma legislativa convenzionalmente orientata, non sembra sia azzardato affermare che – per i complessi percorsi ermeneutici che devono sempre più mettere in relazione reciproca fonti internazionali, legislazione ordinaria e diritto costituzionale ai fini di un progressivo rafforzamento dei livelli di tutela individuale – la necessità di un monitoraggio costante della situazione cautelare, ben più che la moltiplicazione dei sistemi di controllo genetico delle misure restrittive, appartenga oggi anche al patrimonio delle garanzie di valenza costituzionale, e che come tale debba sistematicamente estendersi, pur coi dovuti *distinguo*, al settore delle misure invasive di diritti fondamentali come la proprietà e la libera disponibilità dei beni. Un settore che sembra anzi ancor più sguarnito di quello delle cautele personali sul fronte della tutela delle garanzie individuali, se è vero che l'immediata revoca del sequestro preventivo presuppone sempre la richiesta del pubblico ministero o dell'interessato, non potendo mai essere disposta d'ufficio⁴⁷, come invece consentito dall'art. 299, comma 3 c.p.p.

CONCLUSIONI

Quest'ennesimo intervento delle Sezioni Unite sul giudicato in materia di cautele reali fornisce una preziosa occasione per una riflessione su una costruzione giurisprudenziale sempre più poliedrica, quale quella del *ne bis in idem* cautelare. Considerazioni tecniche legate a categorie basilari della teoria generale del processo e un attento esame delle differenti ipotesi alle quali tale costruzione è usualmente adoperata sembrano rafforzare i dubbi circa l'opportunità di continuare a invocare l'esistenza di un giudicato cautelare, fonte di insidie applicative non meno pericolose dei problemi teorici che essa ingenera. In fondo, se il riconoscimento del *ne bis in idem* cautelare deve la sua ragion d'essere all'esigenza pratica di dare un senso al sistema delle impugnazioni cautelari, evitando che esso giri a vuoto come una vite spanata, non si può mai dimenticare che la fondamentale rilevanza dei diritti in gioco in questa delicatissima materia tende a ripudiare ogni forma di preclusione, almeno lì dove il nuovo controllo giurisdizionale sia attivato in una direzione volta a riespandere, *in toto* o in parte, gli spazi di libertà. In questa prospettiva la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite, seppur condivisibile nel risultato, sembra confermare la validità della costruzione del giudicato cautelare, e con essa quell'"anelito ad una sorta d'immutabilità, sia pur *rebus sic stantibus*, della decisione cautelare"⁴⁸, che ha fatto da *file rouge* a tutta la giurisprudenza maturata nell'arco di quasi un trentennio. Sennonché, quand'anche il gravame sia stato proposto e specifiche questioni siano state dedotte, nessun vincolo di giudicato può essere invocato per precludere iniziative difensive volte a rafforzare il godimento di libertà fondamentali, e l'unico obbligo per il giudice dell'impugnazione, così come per il giudice precedente investito del con-

⁴⁶ Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 911.

⁴⁷ Art. 321, comma 3 c.p.p.

⁴⁸ M. Bargis, *op. cit.*, p. 175 ss.

trollo della legalità genetica, si traduce nel dovere di confrontarsi con la struttura argomentativa del provvedimento avente ad oggetto la misura in atto.

Le sollecitazioni argomentative fornite da questa decisione sembrano peraltro portare a due ulteriori importanti conclusioni. La prima è che, nelle ipotesi in cui sia invece in gioco un successivo intervento volto a nuovamente incidere su libertà fondamentali mediante un provvedimento avente ad oggetto una misura revocata o annullata in sede di gravame cautelare, il vincolo motivazionale costituisce probabilmente una garanzia troppo blanda a tutelare chi ha già sofferto limitazioni così gravi. In tali ipotesi la necessità di nuovi apporti probatori sembra imprescindibile ma, contrariamente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza, non per presunte preclusioni decisorie riconducibili alla figura del giudicato bensì per l'esistenza di requisiti legali concernenti la struttura e la finalità di ogni intervento cautelare. La seconda considerazione è che una prospettiva orientata alla massimizzazione della tutela di diritti fondamentali, riconosciuti sia dalla Costituzione che dalla Convenzione europea, dovrebbe indurre il legislatore con urgenza a riformare la materia cautelare, garantendo, forse più ancora che una molteplicità di controlli generici, meccanismi di monitoraggio periodico e d'ufficio da parte dell'autorità giurisdizionale. Che ad oggi nessuno strumento processuale sia in grado di assicurare tale risultato, e il legislatore italiano ignori tale fondamentale esigenza, non pare degno di un ordinamento che voglia avanzare, e sta in buona misura avanzando, nella tutela delle garanzie individuali in materia di giustizia penale.

Art. 41-bis O.P.: illegittimo il divieto di cuocere cibi

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 26 SETTEMBRE 2018, N. 186 – PRES. LATTANZI; REL. ZANON

È costituzionalmente illegittimo l'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. *f*), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. *f*), numero 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «e cuocere cibi».

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1.– Con ordinanza del 10 maggio 2017, iscritta al n. 120 del registro ordinanze 2017, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27 e 32 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettera *f*), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera *f*), numero 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui «impone che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi».

1.1.– Il giudice a quo riferisce di essere investito del reclamo proposto da un detenuto sottoposto al regime ex art. 41-bis ordin. penit., con il quale l'interessato si duole dei divieti, impostigli dall'amministrazione penitenziaria, di acquistare cibi che richiedono cottura, nonché di cucinare quelli di cui gli è consentito l'acquisto (poiché consumabili anche crudi), a pena della sottoposizione, in caso di violazione, ad una sanzione disciplinare.

Il rimettente chiarisce, in via preliminare, che il reclamo è stato proposto dall'interessato ai sensi degli artt. 35-bis e 69, comma 6, lettera *b*), ordin. penit., lamentando un pregiudizio grave e perdurante al proprio diritto a subire una pena non disumana ai sensi dell'art. 27 Cost., da scontare in condizioni di parità di trattamento, ai sensi dell'art. 3 Cost., rispetto alle altre persone detenute presso il medesimo istituto penitenziario (casa circondariale di Terni), seppur in sezioni diverse da quella a regime differenziato in cui si trova. Riferisce, altresì, che il reclamante ha allegato la violazione del proprio diritto alla salute, «dovendo accontentarsi del vitto somministratogli dall'amministrazione e non potendo invece acquistare cibi da cuocere o comunque cucinare quelli di cui gli è autorizzato l'acquisto»: al detenuto sarebbe perciò impedito di seguire la dieta alimentare di cui avrebbe bisogno per le proprie patologie, poi specificate nel corso dell'udienza fissata per la discussione del reclamo, mediante il deposito di certificazione medica attestante «gastrite cronica, malattia da reflusso gastroesofageo e tendenza alla ipercolesterolemia». Il reclamante avrebbe, altresì, avanzato anche la richiesta di «mangiare cibi più sani», per «ovviare così ai deficit igienici che ha riscontrato nella distribuzione del vitto», che avverrebbe «con modalità gravemente carenti, a suo modo di vedere, a causa del lungo percorso, senza le opportune cautele, che le pietanze preparate compiono dalle cucine alle stanze detentive».

1.2.– In ordine alle fonti normative dei contestati divieti, il giudice a quo espone che quello di cucinare cibo è previsto, come risulta da una nota fatta pervenire dalla direzione dell'istituto penitenziario, dal punto M) della circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 286202 del 4 agosto 2009, a sua volta emanata in diretta attuazione dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettera *f*), ordin. penit., che espressamente vieterebbe la cottura di cibi, sicché ai detenuti in regime differenziato sarebbe consentito l'uso di fornelli personali, ma per il solo riscaldamento di liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande.

Il rimettente espone che, in base alle istruzioni ministeriali vigenti, i detenuti ristretti in regime differenziato possono acquistare al cosiddetto «mod. 72» anche i generi alimentari precotti, tra cui, ad esempio, alcune tipologie di cibi surgelati o legumi cotti in confezioni di tetrapak, partitamente indicati.

Ricorda, inoltre, che i detenuti che contravvengano al divieto di cottura dei cibi, anche se rientranti tra quelli di cui è comunque consentito l'acquisto, vengono sanzionati disciplinarmente.

Il giudice a quo evidenzia che agli altri detenuti, ristretti presso le sezioni «comuni» e «alta sicurezza», è invece consentito acquistare al cosiddetto «sopravvitto» un'ampia serie di «generi vittuari» da cucinare; è altresì loro concessa la cottura di tutti i cibi consumabili anche crudi: gli unici limiti da rispettare sarebbero quelli settimanali e mensili sulle spese di acquisto, previsti in via generale, e il divieto di effettuare acquisti eccedenti, in quantità, il fabbisogno individuale, fissato in via generale dall'art. 14, comma 8, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà).

Il giudice rimettente opera, poi, un confronto tra l'elenco di generi alimentari di cui è consentito l'acquisto al cosiddetto «sopravvitto» presso una sezione «media sicurezza» o «alta sicurezza» della casa circondariale di Terni e il medesimo elenco redatto per la sezione a regime speciale in cui è ristretto il reclamante, evidenziando come il secondo non contenga, a titolo esemplificativo, tutte le tipologie di carne (come pollo, agnello e maiale), le verdure e i legumi che richiedono cottura, nonché tutte le paste, il riso e i relativi condimenti.

2.- In punto di rilevanza, il rimettente espone che l'oggetto del reclamo è costituito dalla richiesta di eliminare i divieti imposti dall'amministrazione penitenziaria con ordini di servizio in materia di cottura dei cibi.

I divieti illustrati, secondo il giudice a quo, si fondano sul punto M) – «sopravvitto e uso dei fornelli personali» – della circolare n. 286202 del 2009, emanata a seguito della modifica normativa del testo dell'art. 41-bis ordin. penit., nel cui comma 2-quater, lettera f), è stato inserito il riferimento espresso all'obbligo per l'amministrazione di adottare tutte le misure di sicurezza necessarie, tra l'altro, a garantire l'assoluta impossibilità, per i detenuti in regime differenziato, di cuocere cibi.

Solo la declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma contenuta nel comma 2-quater, lettera f), dell'art. 41-bis ordin. penit., in definitiva, consentirebbe al giudice a quo di disapplicare i provvedimenti amministrativi impositivi dei divieti oggetto del reclamo sottoposto alla sua cognizione.

3.- Quanto alla valutazione di non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, secondo il giudice a quo tre sarebbero i parametri costituzionali violati.

3.1.- In primo luogo, risulterebbe violato l'art. 3 Cost., poiché la disposizione sospettata d'incostituzionalità determinerebbe una disparità di trattamento tra detenuti non giustificata dalle esigenze poste a base dell'imposizione del regime differenziato.

Dopo aver ricostruito il quadro normativo, di fonte primaria e regolamentare, che disciplina, in generale, il vitto somministrato alla popolazione carceraria, il giudice a quo evidenzia che l'adozione del regime detentivo ex art. 41-bis ordin. penit. determina la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge di ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza.

Ricorda, tuttavia, il rimettente che, per espressa indicazione normativa, la sospensione comporta unicamente le limitazioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti «con l'associazione criminale di riferimento».

Ciò posto, il giudice a quo evidenzia che, dopo la novella del 2009, il comma 2-quater del medesimo art. 41-bis ordin. penit. si compone di una elencazione di limitazioni ritenute necessarie per raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla norma e, in particolare, prescrive alla lettera f), tra l'altro, che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi.

Proprio l'assolutezza del divieto di cuocere cibi determinerebbe una disparità di trattamento, rispetto al resto della popolazione ristretta, che intanto potrebbe ritenersi ragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost., «in quanto giustificata da ragioni di sicurezza pretermesse ove fosse consentito al detenuto in 41bis di cucinare».

Il giudice a quo ricostruisce la ratio del divieto di cuocere cibi nello scopo di evitare il pericolo che il detenuto, di spessore criminale tale da essere sottoposto al regime differenziato, possa acquistare presso il carcere quantità e qualità di cibi che gli consentano di mostrare o imporre il suo carisma criminale.

Una simile finalità, tuttavia, appare al rimettente «inidonea a giustificare effettivamente il divieto

imposto», sia perché il divieto sarebbe del tutto incongruo rispetto alla finalità descritta, sia perché l'ordinamento penitenziario prevederebbe altri strumenti – quali le limitazioni, vevoli per la generalità della popolazione detenuta, alla quantità e alla qualità di cibi ricevibili o acquistabili dall'esterno (siano essi da consumarsi crudi o da cucinarsi) – volti ad evitare efficacemente l'affermarsi di situazioni come quelle temute.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale ampiamente richiamata nell'ordinanza di rimessione, in definitiva, il divieto di cuocere cibi contenuto nella norma censurata acquisterebbe un carattere puramente affittivo «non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale».

3.2.– Ancora, a giudizio del rimettente, sussisterebbe un contrasto tra la norma censurata e l'art. 27 Cost.

Il rimettente ricorda le numerose limitazioni cui è sottoposto il reclamante, in quanto recluso ai sensi dell'art. 41-bis ordin. penit., evidenziando che, tra queste, quella relativa alla cottura del cibo non sembrerebbe apportare «alcun concreto contributo alla fondamentale necessità di inibire pericolosi contatti criminali del detenuto con l'esterno né di limitarne l'esibizione di potere e carisma all'interno, a fronte dei vincoli di spesa comunque imposti a tutti i ristretti».

Tale ulteriore limitazione, dunque, finirebbe per rivestire un carattere meramente vessatorio, come tale lesivo dell'art. 27 Cost., sia perché contrario al senso d'umanità che deve caratterizzare l'esecuzione della pena, sia perché d'ostacolo alla funzione rieducativa della pena.

3.3.– Infine, per il rimettente sussisterebbe un contrasto tra la disposizione censurata e l'art. 32 Cost.

Il giudice a quo espone che al reclamante sono state riscontrate alcune patologie gastriche (gastrite cronica e tendenziale ipercolesterolemia) che, al di là delle terapie farmacologiche pure prescrittegli, potrebbero essere «tenute sotto controllo» mediante l'approntamento quotidiano di cibi particolari e cotti con modalità, anche semplici, «di cui non si evince dagli atti che la Casa Circondariale si faccia carico».

Secondo il rimettente, soltanto la libertà di prepararsi autonomamente anche i cibi che richiedono cottura consentirebbe al detenuto interessato di prescegliere e variare la dieta alimentare che ritenga più congrua per le proprie condizioni di salute psico-fisica.

4.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che le questioni siano dichiarate inammissibili o, comunque, infondate.

In relazione al profilo dell'asserito contrasto della disposizione in esame con l'art. 3 Cost., la difesa dello Stato evidenzia come il divieto di cuocere cibi costituisca una restrizione che assume rilievo nella vita interna all'istituto, rispondendo all'esigenza di affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto nei confronti di chi utilizza le stesse regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio prestigio criminale e di conseguenza aggregare consenso traducibile in termini di potenzialità offensive criminali.

Si tratterebbe della medesima ratio che ispira l'analogo divieto, imposto da circolari ministeriali, di ricevere e detenere capi di abbigliamento ed accessori particolarmente costosi e di tipo lussuoso (divieto considerato ragionevole dal giudice di legittimità: vengono riportati ampi stralci della sentenza della Corte di cassazione, sezione prima penale, 16 ottobre 2013, n. 42605).

Con riferimento alla prospettata violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., l'interveniente sostiene che la cottura dei cibi non costituisca affatto espressione di un diritto fondamentale del detenuto, atteso che l'art. 9 ordin. penit. prevede che il vitto venga somministrato «di regola» in specifici locali destinati a contenere un numero non elevato di detenuti o internati. Aggiunge, a tale proposito, che l'art. 13 del d.P.R. n. 230 del 2000 prevede che ogni istituto sia dotato di una cucina ove venga preparato il pasto per non più di duecento persone, con la necessaria presenza di un adeguato numero di cucine per gli istituti di maggiore capienza: solo per le carenze strutturali registrate negli istituti di pena per adulti, dunque, i detenuti scaldano e consumano i pasti nelle camere di pernottamento, benché l'utilizzo del fornello sia stato concepito «in via eccezionale e soltanto per esigenze marginali». La mancata realizzazione di ambienti comuni ove consumare i pasti e la conseguente possibilità attribuita ai detenuti di cuocere i cibi nelle proprie camere di pernottamento, non si tradurrebbe, tuttavia, nel riconoscimento di un diritto del detenuto a cuocere i cibi nella propria cella. Di qui la conclusione che la limitazione della cottura dei cibi non possa affatto costituire trattamento contrario al senso di umanità.

Infine, in ordine ai prospettati profili di contrarietà della norma all'art. 32 Cost., viene evidenziata l'omissione di «ogni descrizione della patologia e delle esigenze di salute del detenuto», circostanza preclusiva dello scrutinio nel merito circa la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo.

In ogni caso, secondo l'interveniente, in riferimento alle esigenze di salute del reclamante, le prescrizioni ministeriali sul divieto di cottura dei cibi nella propria camera di pernottamento non sarebbero comunque in grado di pregiudicare il diritto alla salute del detenuto, «potendo e dovendo l'Amministrazione penitenziaria assicurare il vitto compatibile con le patologie di ciascun detenuto»: viene richiamata, in proposito, la circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 686040 del 7 aprile 1988, che avrebbe previsto la possibilità di modificare il vitto, adeguandolo, su proposta del sanitario, alle esigenze specifiche di salute del singolo detenuto.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Con l'ordinanza di rimessione indicata in epigrafe, il Magistrato di sorveglianza di Spoleto solleva, in riferimento agli artt. 3, 27 e 32 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), numero 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui «impone che siano adottate tutte le necessarie misure di sicurezza volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi».

2.- Il giudice a quo è investito del reclamo di un detenuto in regime differenziato, il quale si duole dei divieti, impostigli dall'amministrazione penitenziaria, di acquistare cibi che richiedono cottura nonché di cucinare quelli di cui gli è consentito l'acquisto.

In punto di rilevanza delle questioni sollevate, il rimettente espone che, a causa del tenore della disposizione di legge censurata, non gli è possibile accogliere il reclamo ai sensi degli artt. 35-bis, comma 3, e 69, comma 6, lettera b), ordin. penit. – nella versione risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 3, comma 1, lettere b) e i), numero 2), del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2014, n. 10 – in virtù dei quali il magistrato di sorveglianza, se accerta la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro un determinato termine. Solo la declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma sospettata d'incostituzionalità, conclude correttamente il rimettente, gli consentirebbe di disapplicare i provvedimenti amministrativi contenenti i divieti oggetto del reclamo.

Non sussistono, dunque, le ragioni d'inammissibilità rilevate con l'ordinanza n. 56 del 2011, con la quale questa Corte ha già scrutinato la stessa disposizione oggi nuovamente censurata.

3.- Riconosciuto dunque che i provvedimenti reclamati trovano fondamento ultimo nel citato art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge n. 354 del 1975, il rimettente dubita, innanzitutto, della conformità di tale disposizione all'art. 3 Cost., in quanto il divieto di cuocere cibi in essa contenuto determinerebbe una disparità di trattamento tra i detenuti "comuni", ai quali il divieto in esame non si applica, e quelli soggetti al regime carcerario differenziato: una disparità di trattamento non giustificata dalle finalità poste a base dell'imposizione del regime di cui all'art. 41-bis ordin. penit., il quale tollerebbe soltanto le limitazioni necessarie a garantire le esigenze di ordine pubblico e sicurezza, e quelle finalizzate ad impedire i collegamenti del detenuto con l'associazione criminale di riferimento.

In questa prospettiva, osserva il rimettente, le esigenze di sicurezza sarebbero già sufficientemente presidiate dalla rigorosa ed imparziale applicazione delle ordinarie regole di trattamento intramurario, mentre il divieto di cuocere cibi non aggiungerebbe ad esse alcun apprezzabile giovamento.

A parere del rimettente, sussisterebbe altresì un contrasto tra la disposizione censurata e l'art. 27 Cost., e in particolare il suo comma terzo, nella parte in cui dispone che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Considerando che il reclamante, in quanto detenuto in regime differenziato, è già sottoposto a limitazioni ulteriori rispetto a quelle previste dal trattamento carcerario ordinario, il divieto di cuocere cibi non potrebbe fondarsi, in primo luogo, sulla necessità di evitare che egli continui a mantenere contatti con il gruppo criminale di appartenenza e ad impartire direttive ed ordini all'esterno dell'istituto. A questo scopo, infatti, risulterebbero serventi le altre restrizioni tipiche del regime di cui al citato art. 41-bis ordin. penit. In secondo luogo, il divieto in esame non sarebbe funzionale alla limitazione dell'esibizione di potere e carisma all'interno del carcere, perché tale obiettivo è perseguito attraverso l'imposizione a tutti i detenuti di generali vincoli di spesa, relativi anche all'acquisto del cibo.

Proprio in un contesto di fortissime, sia pur legittime, compressioni dei diritti, il divieto di cuocere

cibi, in definitiva, finirebbe per rivestire un carattere meramente vessatorio, in contrasto con il parametro costituzionale ricordato.

Infine, la disposizione censurata risulterebbe in contrasto anche con l'art. 32 Cost.

Il rimettente ricorda che il reclamante soffre di patologie che potrebbero esser tenute sotto controllo anche attraverso una particolare gestione della dieta, consistente nell'approntamento di cibi cotti con modalità di cui la casa circondariale non si farebbe carico.

Considerando che solo la libertà di prepararsi autonomamente anche i cibi che richiedono cottura permetterebbe al detenuto di variare la dieta alimentare in funzione delle proprie condizioni, il divieto in questione – costringendolo per anni a sottoporsi alla dieta impostagli dall'amministrazione penitenziaria – finirebbe, al contrario, per incidere negativamente sul suo diritto alla salute.

4.– Le questioni sono fondate, poiché la disposizione censurata viola gli artt. 3 e 27 Cost.

4.1.– La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo chiarito che il regime differenziato previsto dall'art. 41-bis, comma 2, ordin. penit. mira a contenere la pericolosità di singoli detenuti, proiettata anche all'esterno del carcere, in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno che lo stesso ordinamento penitenziario normalmente favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale (sentenza n. 376 del 1997; ordinanze n. 417 del 2004 e n. 192 del 1998).

Ciò che l'applicazione del regime differenziato intende soprattutto evitare è che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione, sfruttando il regime penitenziario normale, possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dall'interno del carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa (sentenza n. 143 del 2013).

In questa prospettiva, il comma 2-quater dell'art. 41-bis ordin. penit. – nel testo da ultimo novellato dalla legge n. 94 del 2009, che ha introdotto significativi inasprimenti al regime in questione – dopo aver previsto che il regime speciale comporta «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna» finalizzate principalmente a «prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento» del detenuto o dell'internato, oltre che «contrastare con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate», elenca una serie di misure specifiche, costituenti il contenuto tipico e necessario del regime stesso (sentenza n. 122 del 2017).

Tra queste misure, alla lettera f) del comma 2-quater dell'art. 41-bis ordin. penit. figura, per la parte qui rilevante, quella sulla quale si appuntano le censure del giudice rimettente: l'adozione di accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione volti a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità, per i detenuti, di cuocere cibi.

4.2.– Originariamente contenuto in alcuni dei primi provvedimenti applicativi della disciplina del "carcere duro" introdotta nel 1992, il divieto di cottura dei cibi da parte dei detenuti considerati più pericolosi trova in seguito stabile collocazione in varie circolari dell'amministrazione carceraria, approvate lungo tutto il corso degli anni '90. Esso non viene tuttavia inserito in fonti di livello primario, e non compare neppure nella legge 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario), la quale pur disciplinò in modo analitico il regime di detenzione speciale ex art. 41-bis ordin. penit., tipizzando le limitazioni che in concreto il Ministro della giustizia poteva imporre allo scopo di contenere la pericolosità dei singoli destinatari della misura.

Come si è visto, solo con la legge n. 94 del 2009, indirizzata ad irrigidire significativamente il regime speciale in esame, al divieto di cottura dei cibi da parte dei detenuti in regime differenziato è assegnata veste legislativa. Ciò avviene attraverso l'inserimento del divieto all'interno di una lettera f) del comma 2-quater dell'art. 41-bis ordin. penit., che contiene misure complessivamente volte ad incidere, limitandole drasticamente, sulle potenzialità di relazione dei detenuti: il divieto qui specificamente censurato si accompagna così alla restrizione della loro permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone e per una durata superiore alle due ore al giorno, dovendo altresì essere assicurata «l'assoluta impossibilità» di comunicare con detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e di scambiare oggetti.

Al nuovo contenuto della fonte primaria si sono prontamente adeguate le fonti secondarie (in particolare, la circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 286202 del 4 agosto 2009) introducendo, per i detenuti in questione e per la parte che ora qui interessa, anche il divieto di ricevere dall'esterno e di acquistare al cosiddetto "sopravvitto" (lo spaccio interno al

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

A tale specifico regime, riservato ai detenuti soggetti alla disciplina differenziata dell'art. 41-bis ordin. penit., si affianca, peraltro, il diverso e meno restrittivo regime applicato agli altri detenuti.

Questi ultimi possono acquistare al sopravvitto, nonché ricevere dall'esterno, anche generi alimentari di consumo comune ed eventualmente da consumarsi previa cottura, ai sensi dell'art. 14 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure private e limitative della libertà).

Inoltre, in virtù della disciplina contenuta nel d.P.R. n. 230 del 2000, a causa della mancata predisposizione – nella quasi totalità degli istituti di detenzione – di locali attrezzati per cucinare, ai detenuti comuni è permesso utilizzare nelle camere di detenzione i fornelli personali, non solo – come è previsto per i detenuti in regime differenziato – per riscaldare liquidi e cibi già cotti oppure per preparare bevande, ma anche per la preparazione di cibi di facile e rapido approntamento (art. 13, comma 4, d.P.R. n. 230 del 2000).

Inoltre, con regola non applicabile ai detenuti soggetti al regime di cui all'art. 41-bis ordin. penit. proprio a causa del divieto legislativo del quale si duole il giudice a quo, il comma 7 dell'art. 13 del citato d.P.R. n. 230 del 2000 autorizza il regolamento interno di ciascun carcere a prevedere che, sia pur senza carattere di continuità, sia consentita ai detenuti comuni la cottura di generi alimentari, stabilendo i generi ammessi nonché le modalità da osservare.

Sulla base di quest'ultima disposizione – e a causa della già rilevata assenza, nella quasi totalità delle carceri, di locali attrezzati per cucinare – i detenuti comuni utilizzano abitualmente all'interno delle camere di detenzione il fornello personale per cuocere cibi, e non solo per riscaldare cibi già cotti o per preparare cibi di facile e rapido approntamento (secondo i limiti testualmente posti dall'art. 13, comma 4, del d.P.R. n. 230 del 2000).

4.3.– La giurisprudenza costituzionale ha puntualmente definito non solo gli obiettivi cui tende il regime detentivo differenziato previsto dall'art. 41-bis, comma 2, ordin. penit., ma anche i limiti cui è soggetta la sua applicazione.

Affermando che, in base alla citata disposizione, è possibile sospendere solo l'applicazione di regole ed istituti dell'ordinamento penitenziario che risultino in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, questa Corte ha chiarito, correlativamente, non potersi disporre misure che, a causa del loro contenuto, a quelle concrete esigenze non siano riconducibili poiché risulterebbero palesemente inidonee o incongrue rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato: «[m]ancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» (sentenza n. 351 del 1996).

La stessa giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 376 del 1997, n. 351 del 1996 e n. 349 del 1993) ha conseguentemente sottolineato che le misure, considerate singolarmente e nel loro complesso, non devono essere tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena (sentenza n. 149 del 2018) e da violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, «verifica quest'ultima tanto più delicata trattandosi di misure che derogano al trattamento carcerario ordinario» (ancora sentenza n. 351 del 1996).

4.4.– Nel silenzio dei lavori preparatori della legge n. 94 del 2009 circa la ratio dell'introduzione del divieto di cottura dei cibi per i detenuti assegnati al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ordin. penit., si è comunemente ritenuto, come accenna anche il giudice rimettente, che tale ratio possa essere scorta nella necessità di contrastare l'eventuale crescita di "potere" e prestigio criminale del detenuto all'interno del carcere, misurabile anche attraverso la disponibilità di generi alimentari "di lusso".

Sotto questo profilo, non erra l'Avvocatura generale dello Stato quando ricorda che è necessario «affermare la supremazia delle regole dello Stato di diritto» nei confronti di chi potrebbe sfruttare le stesse regole del trattamento penitenziario per mantenere, anche all'interno del carcere, il proprio prestigio criminale e di conseguenza aggregare un consenso traducibile in termini di potenzialità offensive criminali.

Ma, in primo luogo, questa Corte ebbe già ad affermare che «[s]e è vero [...] che va combattuto in ogni modo il manifestarsi all'interno del carcere di forme di "potere" dei detenuti più forti o più facoltosi, suscettibili anche di rafforzare le organizzazioni criminali, è anche vero che ciò deve perseguirsi

attraverso la definizione e l'applicazione rigorosa e imparziale delle regole del trattamento carcerario [...]. Non potrebbe, per converso, considerarsi legittimo, a questo scopo, l'impiego di misure più restrittive nei confronti di singoli detenuti in funzione di semplice discriminazione negativa, non altrimenti giustificata, rispetto alle regole e ai diritti valevoli per tutti» (sentenza n. 351 del 1996).

In secondo luogo, il riferimento alla necessità di contrastare attraverso regole dal sapore dimostrativo forme di "potere reale" dei detenuti rivela ulteriormente la propria palese incongruità se concretamente riferito al particolare divieto in esame, che consiste nell'impossibilità di cuocere cibi.

Intanto, la crescita di "potere" e di prestigio all'interno del carcere potrebbe derivare anche dalla disponibilità di generi alimentari "di lusso" da consumare crudi. Ma, anche al di là di questo ovvio rilievo, è la stessa ordinaria applicazione delle regole di disciplina specificamente previste a rendere pressoché impossibile qualunque abusiva posizione di privilegio o di "potere" all'interno del carcere collegata alla cottura del cibo.

Le regole carcerarie ordinarie prevedono precisi limiti alla ricezione, all'acquisto e al possesso di oggetti e generi alimentari da parte di tutti i detenuti (art. 14 del d.P.R. n. 230 del 2000). Anche il detenuto in regime differenziato può acquistare al sopravvitto generi alimentari (con l'esclusione, attualmente, di quelli che richiedono cottura), ma può farlo nei limiti di quantità e valore comunemente previsti (come ribadito nella recente circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017). Inoltre, lo stesso regime differenziato di cui all'art. 41-bis ordin. penit. rende assai improbabile il possesso, da parte del detenuto, di generi alimentari pregiati, che risultino motivo di discriminazione fra detenuti o mezzo improprio di scambio, o tali comunque da distinguere la sua posizione, pur all'interno del limitatissimo "gruppo di socialità" entro il quale al detenuto è concesso di convivere. L'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera c), infatti, prevede che la sospensione delle ordinarie regole di trattamento debba necessariamente tradursi anche nella ulteriore limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che egli può ricevere dall'esterno.

Caduta questa prima ed abituale giustificazione, non potrebbe poi ritenersi che siano peculiari e differenziate esigenze di ordine e sicurezza (esterne o interne al carcere) ad imporre l'adozione del divieto in questione, con particolare riferimento, da un lato, alla necessità che il detenuto sottoposto al regime speciale non abbia contatti con le imprese esterne presso le quali acquista generi alimentari al sopravvitto e, dall'altro, alla potenziale pericolosità degli utensili (arnesi da cucina e fornello personale) necessari alla cottura dei cibi.

In primo luogo, posto che, come si è detto, anche i detenuti in regime differenziato possono svolgere (limitati) acquisti di generi alimentari al sopravvitto, non è certo il divieto di cottura dei cibi a risultare congruo e funzionale all'obbiettivo di recidere i possibili contatti con l'esterno che tali acquisti potrebbero comportare.

Inoltre, i detenuti in regime differenziato, come pure si è visto, dispongono comunque del fornello personale, anche se possono allo stato utilizzarlo, a differenza degli altri, solo per riscaldare liquidi e cibi già cotti, oppure per preparare bevande. E poiché le esigenze di sicurezza personale dei detenuti trovano protezione in varie altre regole del complessivo regime carcerario, il divieto di cottura dei cibi non è ovviamente idoneo ad aggiungere nulla alla pur indispensabile opera di prevenzione degli utilizzi impropri di tale strumento, che risultino pericolosi per il detenuto stesso o per gli altri.

4.5.- Risulta da tutto quanto detto che il divieto di cottura dei cibi, in quanto previsto in via generale ed astratta in riferimento ai detenuti soggetti al regime carcerario di cui all'art. 41-bis ordin. penit., è privo di ragionevole giustificazione.

In quanto incongruo e inutile alla luce degli obbiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva.

Riferendosi al regime carcerario differenziato di cui all'art. 41-bis ordin. penit., più duro e restrittivo di quello ordinario, il giudice rimettente osserva che il potersi esercitare nella cottura dei cibi, secondo le ritualità cui si era abituati prima del carcere, costituirebbe una modalità, «umile e dignitosa», per tenersi in contatto con le usanze del mondo esterno e con il ritmo dei giorni e delle stagioni, nel fluire di un tempo della detenzione che trascorre altrimenti in un'aspra solitudine.

Non erra, lo stesso rimettente, quando conclude che, al contrario, la negazione dell'accesso a questa abitudine finisce per configurarsi come una lesione all'art. 27, terzo comma, Cost., presentandosi come un'inutile e ulteriore limitazione, contraria al senso di umanità.

In definitiva, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella", come del resto osserva l'Avvocatura generale dello Stato interveniente: si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale (analogamente, sentenze n. 122 e n. 20 del 2017, n. 349 del 1993).

L'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge n. 354 del 1975 va perciò dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «e cuocere cibi».

5.– È assorbita la censura sollevata in relazione all'asserita violazione dell'art. 32 Cost.

PQM

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera f), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lettera f), numero 3), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), limitatamente alle parole «e cuocere cibi».

[*Omissis*]

LUCIA PARLATO

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo

Privo di ragionevole giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro”

Without reasonable justification, disproportionate and useless: the prohibition for detainees under “hard penitentiary regime” to cook food has been struck by the Constitutional Court

La Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), ord. pen., nella parte in cui imponeva l’adozione di tutte le misure necessarie per impedire ai detenuti in regime differenziato la cottura dei cibi. Basata sui principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., la decisione assume un’importanza che trascende il rilievo della specifica questione affrontata: soprattutto in quanto riconosce che anche chi si trovi ristretto secondo le modalità dell’art. 41-bis ord. pen. debba mantenere l’accesso a “piccoli gesti di normalità quotidiana”, particolarmente preziosi perché costituiscono gli “ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale”.

Constitutional Court declared unconstitutional art. 41-bis, paragraph 2-quater, lett. f), ord. pen., where requires the adoption of all the necessary measures to prevent detainees, under differential rule system, from cooking food. Based on the principles set out in articles 3 and 27 of the Constitution, the decision is increasingly important as it goes beyond the relevance of the specifically addressed issue: especially as it recognizes that even those who are restricted, according to art. 41-bis ord. pen., shall keep access to “small acts of daily life”, considered particularly precious as they represent the “last residues within which individual freedom can expand”.

IL DIVIETO DI COTTURA DEI CIBI: LE FONTI DI RIFERIMENTO ED I RILIEVI CRITICI GIÀ EMERSI

L’art. 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario, nonché in materia di esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale (l. 26 luglio 1975, n. 354, di seguito: ord. pen.), è tornato al vaglio della Consulta, chiamata ancora una volta a verificare la denunciata incostituzionalità delle norme che impongono restrizioni nel contesto del regime del c.d. carcere duro¹.

Il giudice delle leggi si è pronunciato sull’interessante questione di legittimità costituzionale – sollevata dal magistrato di sorveglianza di Spoleto² – riguardante l’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), ord. pen., nella parte in cui la disposizione imponeva l’adozione di ogni misura necessaria ad assicurare l’“assoluta impossibilità” per i detenuti in regime differenziato di “cuocere cibi”. Nel ritenere fondata la censura, rispetto ad alcuni tra i parametri proposti, la Corte ha svolto argomentazioni destinate ad assumere più ampio rilievo, perché capaci di proiettarsi sull’intero sistema relativo al regime di cui al richiamato articolo³.

Prima di esaminare la decisione, può essere utile sia individuare i dati normativi da considerare, sia rammentare per cenni come le critiche avanzate dal giudice di Spoleto non fossero del tutto “inedite”.

¹ Cfr. V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di “carcere duro”: nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, p. 336; M. Nestola, *L’art. 41-bis o.p.: fino a che punto il bisogno di sicurezza può legittimare il regime detentivo speciale?*, in www.giurisprudenzapenale.it, 16 luglio 2017.

² Mag. Sorv. Spoleto, ord. 9 maggio 2017, in www.giurisprudenzapenale.com, 31 maggio 2017.

³ C. cost., sent. 12 ottobre 2018, n. 186; sulla pronuncia, v. G. Alberti, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 ottobre 2018; S. Ardita, *Sub art. 41 bis ord. pen.*, in F. Fioren- tin-F. Siracusano (a cura di), *Esecuzione penale*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 532.

Sono diverse le disposizioni che entrano in gioco rispetto al predetto divieto, per il quale ai detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* ord. pen. – più precisamente – non è permesso cuocere del cibo, pur potendo essi utilizzare un fornello personale al fine di preparare bevande, oppure riscaldare liquidi o alimenti già cotti.

Anzitutto, è d'obbligo allargare per un momento l'angolo visuale, in modo da operare un preliminare inquadramento della fattispecie di fondo alla quale ci si riferisce. Il regime particolare di cui al comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. pen.⁴ – introdotto nel 1992⁵ e più volte soggetto a modifiche – è caratterizzato da una drastica riduzione delle opportunità di contatto della persona detenuta con il “mondo libero”⁶. Tramite questa disposizione, l'ordinamento contempla un modello di detenzione differenziato da quello previsto per la generalità dei detenuti, che può trovare applicazione, in relazione alle fattispecie criminose indicate dalla norma tramite un rinvio all'art. 4-*bis* ord. pen., «quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica». L'adozione del modello detentivo speciale, con un provvedimento del Ministro della giustizia, implica la sospensione dell'«applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti» dall'ordinamento penitenziario, «che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza». Sempre in base alla stessa norma, tale «sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione» criminale di appartenenza. E, in virtù del successivo comma 2-*quater*, l'autorità ministeriale provvede a indicare le concrete modalità attuative del regime detentivo, destinate a tradursi in significative limitazioni nelle attività sociali, nelle comunicazioni, nonché nello scambio di oggetti all'interno del carcere o con l'esterno.

Alla luce di una riforma intervenuta al termine dello scorso decennio⁷, dette modalità attuative vengono indicate dalla norma poc'anzi citata, tramite un'espressione che mira a escludere del tutto (quantomeno formalmente) una discrezionalità nella loro applicazione: la sospensione *de qua*, infatti, «prevede» – e perciò implica automaticamente – le restrizioni poi specificate nel prosieguo dello stesso comma 2-*quater*⁸.

Quanto al divieto relativo alla cottura dei cibi, preme subito precisare che esso – imposto dalla lett. f) appena citata – fa parte del corredo di restrizioni tipizzate nel 2009 con il richiamato intervento legislativo. Ma uno sguardo al passato consente di rintracciarne le origini che, come ricordato dalla stessa Consulta, si collocano nell'ambito dei primi momenti applicativi della disciplina del “carcere duro” di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen., quando alcuni provvedimenti in materia hanno prescritto limitazioni in tal senso, per i detenuti ritenuti “più pericolosi”. Mentre, una più diffusa operatività del divieto stesso ha cominciato ad affermarsi, poi, attraverso varie circolari dell'amministrazione carceraria, nel corso del decennio successivo, senza che, tuttavia, esso si basasse su fonti di livello primario⁹.

⁴Sulla disposizione e le sue diverse modifiche, nell'ambito di un'estesa letteratura, S. Ardita, *Il regime detentivo speciale 41-bis*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*; S. Ardita-L. Degl'Innocenti-F. Faldi, *Diritto penitenziario*, Roma, Laurus Robuffo, 2016, p. 127 ss.; P. Corso, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Milano, Monduzzi, 2011; A. Della Bella, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 105 ss.; S. Romice, *Brevi note sull'art. 41 bis o.p.*, in www.giurisprudenzapenale.it; P. Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, Cedam, 2010; R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di, Milano, Monduzzi, 2013, p. 212; A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, Giuffrè, 2014; C. Fiorio, *41-bis Parliamone*, in www.archiviopenale.it, 2015, n. 2; A. Martini, *D.l. 8 giugno 1992, n. 306 – Norme in materia penitenziaria. Commento all'art. 19 (Sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario)*, in *Leg. pen.*, 1993, p. 207 ss.; G.M. Napoli, *Il regime penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 215 ss.; T. Padovani, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, Cedam, 1994, p. 199 ss.

⁵Sull'introduzione del comma 2 dell'art. 41-*bis* ord. pen., inizialmente come norma ad efficacia temporalmente limitata a tre anni, ad opera del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356 (artt. 19 e 29); e sulla successiva proroga di tale efficacia *ex l.* 16 febbraio 1995, n. 36, insieme alle ulteriori, sino ad una definitiva stabilizzazione ai sensi della l. 23 dicembre 2002, n. 279, cfr. S. Romice, *Brevi note*, cit., p. 1 ss.; C. Fiorio, *Sub art. 41 bis ord. pen.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2433.

⁶S. Romice, *Brevi note*, cit., p. 2; A. Della Bella, *Il “carcere duro”*, cit., p. 195 ss.

⁷Ci si riferisce all'art. 2, comma 25, lett. f), n. 3, l. 15 luglio 2009, n. 94, intitolata *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (c.d. “pacchetto sicurezza” del 2009). Sulla riforma, in relazione al tema qui esaminato, A. Della Bella, *Il “carcere duro”*, cit., p. 152; C. Fiorio, *La stabilizzazione delle “carceri fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 395 ss.

⁸Cfr. A. Della Bella, *Il “carcere duro”*, cit., p. 159.

⁹Riguardo al vitto ed all'uso di fornelli, si distinguevano le disposizioni contenute nella Circolare D.A.P. del 9 ottobre 2003,

Non essendo contemplato neppure dalla l. 23 dicembre 2002, n. 279 – la quale, nel modificare gli artt. 4-bis e 41-bis ord. pen., ha disciplinato più dettagliatamente il sistema di cui a quest'ultima norma¹⁰ – il divieto in discorso ha trovato riconoscimento legislativo soltanto con la menzionata legge n. 94 del 2009, che ha inteso conferire maggiore rigore al regime speciale, anche tramite questa restrizione.

L'inserimento del divieto ha avuto luogo all'interno di un'assai più ampia manovra volta a "correggere" indirizzi giurisprudenziali ritenuti troppo "lassisti" e, soprattutto, a ridimensionare il sindacato giudiziale sulla congruità dei contenuti del regime speciale, rispetto ai fini di quest'ultimo¹¹. È in quest'ottica che il legislatore del 2009 ha optato per una tendenziale predeterminazione delle restrizioni, operata attraverso il "nuovo" comma 2-*quater* dell'art. 41-bis ord. pen. In virtù della modifica, un vaglio del giudice risulta pressoché inibito, di fronte ad una materia quasi del tutto governata dal legislatore che, nel regolarla, ha già svolto a monte una valutazione circa la congruità delle misure da applicare, in vista delle finalità di prevenzione. Tutto ciò, fermo restando che alla tipizzazione delle prescrizioni così realizzata sfugge pur sempre un ambito residuale, entro il quale l'Amministrazione penitenziaria conserva il potere di imporre restrizioni ulteriori rispetto a quelle puntualmente previste dalla legge¹²: ambito che può essere ricavato soprattutto in base al disposto dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lett. a), ord. pen, dove consente l'adozione di non meglio descritte «misure di elevata sicurezza interna ed esterna». In tale ambito, finisce per riespandersi – insieme ad una discrezionalità dell'Amministrazione – anche un sindacato giurisdizionale sulle specifiche restrizioni, per il resto venuto meno in conseguenza della scelta legislativa di eliminare, dal comma 2-*sexies* dell'art. 41 ord. pen., il riferimento al controllo del giudice sulla "congruità del contenuto" del provvedimento applicativo del modello di rigore, in sede di reclamo. Scelta che sembrerebbe giustificata di fronte alla generale tipizzazione delle prescrizioni di cui al comma 2-*quater*, di cui si è accennato. La persistenza di questi spazi di controllo giudiziale, tuttavia, per un verso si limita solo, appunto, alle misure che non sono del tutto predeterminate legislativamente, per altro verso, come si dirà anche in seguito, si configura in maniera peculiare, potendo mirare essenzialmente alla rimozione di situazioni-limite, lesive di diritti fondamentali¹³.

Con l'introduzione della lett. f), all'interno del comma 2-*quater* dell'art. 41-bis ord. pen., è stato così inserito il predetto divieto, formulato attraverso la previsione di un onere in capo all'Amministrazione penitenziaria, tenuta ad adottare ogni misura di sicurezza per escludere del tutto, alle persone soggette al regime di rigore, la possibilità di cuocere cibi. La limitazione è stata affiancata ad altre – sempre in funzione degli obiettivi perseguiti dalla norma – inerenti soprattutto alle modalità della permanenza all'aperto ed indirizzate specialmente ad impedire la comunicazione con detenuti afferenti ad altri gruppi di socialità e lo scambio di oggetti. E, all'epoca dell'ordinanza di remissione, il dato positivo trovava attuazione in una fonte di carattere regolamentare, ossia una circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – cui, nel caso di specie, corrispondeva una nota della direzione dell'istituto penitenziario di riferimento – che consentiva anch'essa ai detenuti "al 41-bis" l'uso di fornelli personali, ma al solo fine di preparare bevande, o di riscaldare liquidi e cibi già cotti¹⁴. Tutto ciò, fermo restando che i detenuti ristretti in regime differenziato possono acquistare, al c.d. mod. 72, anche generi alimentari che non necessitano di cottura, tra i quali alcuni prodotti surgelati o, comunque, confezionati e già "pronti".

Premesso che, alla luce della norma ora censurata, non sembra sempre agevole tracciare, di volta in volta, un discrimine tra il vietato ed il consentito – anche in considerazione della varietà dei cibi e delle loro modalità di preparazione – per meglio comprendere la portata del divieto, può essere utile evidenziare la differenza rispetto a quanto è, invece, concesso ai detenuti "comuni". Questi ultimi, per un verso – ai sensi dell'art. 14 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230¹⁵ – possono sia acquistare al c.d. sopravvitto (spac-

n. 3592/6042, che hanno trovato parziale conferma più recentemente nella Circolare D.A.P. del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, punto 8. Cfr. C. cost., 26 settembre, n. 186, § 4.2.

¹⁰ Sulla riforma in parola, A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 139 ss.; A. Bernasconi, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 285 ss.; cfr. M. Montagna, *Il regime differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1280 ss.

¹¹ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 155 ss.; C. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri fortezza"*, cit., p. 413.

¹² C. Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza"*, cit., p. 413; A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 300.

¹³ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 298 ss.

¹⁴ Circolare D.A.P. del 4 agosto 2009, n. 286201, punto M).

¹⁵ Ci si riferisce al *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*.

cio interno al carcere), sia ricevere dall'esterno generi alimentari di utilizzo comune, inclusi prodotti che richiedano una cottura. E ciò, in osservanza di limitazioni relative ad alcuni cibi ed alla quantità degli alimenti da acquisire, dettate per evitare che taluno possa finire per assumere ed esibire una "posizione di potere", o comunque carismatica, rispetto agli altri detenuti. In quest'ultima prospettiva, ad esempio, la quantità dei prodotti alimentari acquisiti non può sopravanzare le esigenze giornaliere individuali, né superare il fabbisogno settimanale e mensile: in virtù dell'art. 9, ultimo comma, ord. pen., che consente l'acquisto di generi alimentari entro i limiti fissati dal regolamento, nonché in forza dell'art. 14, commi 8 e 9, del d.P.R. n. 230 del 2000, il quale, dal canto suo, tende ad evitare che i generi alimentari acquistati cedano in rapporto alle necessità di una persona e che si verifichi un "accumulo" di generi alimentari.

Gli stessi detenuti "comuni", per altro verso, possono usare dei fornelli personali, secondo un'opzione di fatto usata tutt'altro che residualmente¹⁶, sulla scorta della disciplina di cui all'art. 13, comma 4, del richiamato d.P.R. del 2000, ove dispone che – specie in caso di mancata predisposizione di locali attrezzati per cucinare – a tali detenuti è consentito usare i fornelli all'interno delle camere di detenzione, «per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande e cibi di facile e rapido approntamento». Sempre riferendosi ai detenuti "comuni", peraltro, il comma 7 dello stesso articolo riserva a regolamenti interni di ciascun carcere la possibilità di «prevedere che, senza carattere di continuità, sia consentita ai detenuti e agli internati la cottura di generi alimentari, stabilendo i generi ammessi nonché le modalità da osservare». Entrambe le attività, di acquisizione di generi alimentari e di preparazione delle pietanze, devono dunque, ad ogni modo, essere svolte nel rispetto di detti regolamenti.

Tornando a fare riferimento alle persone inserite nel circuito detentivo speciale, invece, bisogna segnalare che la tematica è stata interessata dalla Circolare del D.A.P., intervenuta nel 2017¹⁷. All'interno di quest'ultima, in particolare, l'art. 8, riproponendo il divieto del detenuto di ricevere dall'esterno generi alimentari che, usualmente, richiedono cottura, prevede che, al c.d. sopravitto, questi possa acquistare i prodotti conformi, per la loro tipologia, a quanto indicato nella tabella allegata alla Circolare medesima. Dal canto suo, la fonte ribadisce che l'utilizzo di fornelli personali – che si intendono "a gas", sino alla completa installazione di fornelli ad induzione elettrica – viene consentito solo per riscaldare cibi già cotti, oltre che per la preparazione di bevande calde e cibi di facile e rapido approntamento, ammettendo, in maniera innovativa, anche l'uso di generi surgelati precotti¹⁸.

Nel rimarcare le divergenze tra quanto è permesso rispettivamente ai "normali" detenuti ed ai soggetti sottoposti "carcere duro", il giudice rimettente aveva indugiato in un dettagliato confronto tra l'elenco dei generi alimentari disponibili mediante l'acquisto al predetto "sopravitto", presso una sezione di "media sicurezza" o di "alta sicurezza" nello stesso istituto penitenziario dell'interessato, e quelli inclusi nella corrispondente e più povera lista dedicata alla sezione a regime speciale¹⁹.

Ciò premesso, sotto un diverso profilo, prima di considerare le censure proposte al giudice delle leggi, è opportuno anche rintracciare alcuni "segnali", di diversa provenienza, che ne hanno in qualche misura rappresentato un'anticipazione.

Per un verso, si può rammentare che la legittimità costituzionale della norma in discorso, in passato, era stata già posta in discussione: tuttavia, la Corte si era espressa ritenendo la relativa questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza²⁰. Gli stessi parametri allora invocati – ai sensi degli artt. 3 e 27 Cost. – sono stati poi qui nuovamente considerati, insieme a quello di cui all'art. 32 Cost.

Per altro verso, si può segnalare ulteriormente che il venir meno del divieto in discorso era stato in qualche misura auspicato anche dalla dottrina, parecchio critica sul punto²¹, e altresì prospettato nell'ambito di una proposta, la n. 7, formulata in seno alla Relazione conclusiva del Tavolo 2 degli Stati

¹⁶ «Attualmente, negli istituti per adulti, è diffusissima una prassi (...) che consente al detenuto di utilizzare la propria cella, prima, come "cucina" (grazie all'impiego dei fornelli con bombole a gas la cui pericolosità oltre a essere di immediata evidenza è stata più volte segnalata dal CPT in occasione delle sue visite) e, subito dopo, come "sala da pranzo": così, Stati Generali dell'Esecuzione Penale – Documento finale, aggiornamento: 18 aprile 2016, parte IV, 3.1., in www.giustizia.it.

¹⁷ Circolare D.A.P. n. 3676/6126, 2 ottobre 2017.

¹⁸ S. Ardita, *Sub art. 41 bis ord. pen.*, cit., p. 532 s.; V. Manca, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in www.penalecontemporaneo, 8 novembre 2017.

¹⁹ Cfr. Mag. Sorv. Spoleto, ord. 9 maggio 2017, n. 217, cit.

²⁰ C. cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56, cit.

²¹ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 431 s.; C. Fiorio, *La stabilizzazione delle carceri-fortezza*, cit., p. 415 s.

generali per la riforma dell'esecuzione penale. Sede, quest'ultima, dove il divieto stesso era stato qualificato come "inconferente" rispetto alle finalità perseguite dalla norma di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. Mentre, nello stesso contesto, la proposta n. 9 ha raccolto possibili soluzioni alternative, volte a puntare sull'uso di locali comuni, per la preparazione e il consumo dei pasti, oltre che su appositi fornelli all'interno delle celle²².

I DIVERSI DUBBI SOLLEVATI E LA LORO RISPETTIVA SORTE

Nel proporre la censura dell'art. 41-*bis*, comma 2, lett. *f*), ord. pen., il giudice *a quo* ha fatto richiamo a diversi parametri costituzionali, riferendo di essere stato investito del reclamo con il quale un detenuto sottoposto al regime differenziato si doleva del divieto – rafforzato dalla previsione di sanzioni disciplinari – di acquistare i cibi bisognosi di cottura, nonché di cucinare quelli comunque reperibili in quanto consumabili anche crudi. Detto reclamo era stato proposto dall'interessato *ex artt.* 35-*bis* e 69, comma 6, lett. *b*), ord. pen. – secondo il quadro normativo modificato dall'art. 3, comma 1, lett. *b*) ed *i*), n. 2, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10 – denunciando un pregiudizio grave e perdurante al proprio diritto di non subire una pena disumana e da scontare in condizioni di disparità di trattamento, rispetto alle altre persone detenute presso lo stesso istituto penitenziario nel quale egli si trovava, seppure in sezioni diverse da quella a regime differenziato.

Non era, tuttavia, prospettabile un accoglimento del predetto reclamo ai sensi dei citati artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lett. *b*), ord. pen., in base ai quali il magistrato di sorveglianza, accertando la sussistenza e l'attualità di un pregiudizio del detenuto, può ordinare all'Amministrazione di porvi rimedio entro un determinato termine. Non potendo direttamente disapplicare i provvedimenti amministrativi che imponevano i criticati divieti, pertanto, il giudice *a quo* ha riconosciuto nell'incidente di legittimità costituzionale l'unica strada percorribile.

Sulla falsariga del predetto reclamo, con la prima tra le critiche avanzate, il giudice rimettente denunciava un contrasto della disposizione di cui all'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), ord. pen., in ordine al divieto di cottura dei cibi, con l'art. 3 Cost., per una disparità di trattamento dei detenuti soggetti al regime differenziato rispetto agli altri, non giustificata dagli obiettivi di ordine e di sicurezza cui tende la disposizione stessa.

Ad avviso del rimettente, peraltro, le finalità del regime speciale sarebbero già sufficientemente presidiate in base ad un'applicazione rigorosa ed imparziale delle regole ordinarie di trattamento intramurario: con la conseguenza che il divieto di cottura di cibi rappresenterebbe un inutile inasprimento del regime stesso, priva di apprezzabile significato.

In quest'ottica, sarebbero altresì bastevoli i limiti, validi per la generalità dei detenuti, volti ad evitare che – mediante l'acquisto di generi di consumo e il loro eventuale accumulo – possa crearsi in capo ad un soggetto una "posizione di potere". Né, peraltro, il raggiungimento di una simile posizione dipende necessariamente dalle modalità di preparazione delle pietanze, potendo eventualmente derivare anche dal semplice approvvigionamento di determinati prodotti o ingredienti, che non è detto richiedano procedure di cottura, potendo essere consumati anche crudi.

Oltretutto, le stesse limitazioni che per il regime del "carcere duro", *ex art.* 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *c*), ord. pen., riguardano non soltanto i beni e gli oggetti provenienti dall'esterno, ma anche le somme da impiegare, impediscono l'acquisizione di una siffatta posizione, a prescindere dalle tecniche seguite per preparare gli alimenti. E non costituisce un elemento discriminante neppure, di per sé, la disponibilità di un fornello personale, il quale può essere comunque posto in dotazione del detenuto "al 41-*bis*", al di là del divieto di cottura dei cibi, per utilizzi meno impegnativi.

Di contrario avviso, l'Avvocatura generale dello Stato, in rappresentanza e difesa del Presidente del Consiglio dei ministri, aveva riconosciuto all'attività di cottura di cibi un rilievo, all'interno della vita dell'istituto, tale da poter contribuire al raggiungimento da parte di taluno, all'interno del carcere, di una sorta di "prestigio criminale", consentendogli di formare attorno a sé un consenso traducibile anche in termini di potenzialità offensive. In quest'ottica, il divieto sarebbe sorretto da una *ratio* analoga a quella sottesa dall'ulteriore limite, di ricevere e di detenere capi di abbigliamento particolarmente co-

²² Stati generali dell'esecuzione penale, aggiornamento: 5 febbraio 2016, Tavoli tematici, Tavolo 2, *Vita detentiva. Responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*, in www.giustizia.it.

stosi e di tipo lussuoso. Limite già ritenuto ragionevole dalla Corte di cassazione²³.

Contraddicendo queste ultime osservazioni, la Consulta ha esposto una serie di ragionamenti secondo la quale il divieto di cottura dei cibi – previsto in maniera assoluta dall'art. 41-*bis*, comma 2 *quater*, lett. *f*), ord. pen. – si rivela privo di una giustificazione legata alle finalità della forma penitenziaria speciale e, in quanto tale, irragionevole alla luce dell'art. 3 Cost. E ciò, posto anche che il divieto indicato non si ripercuote nemmeno sulla possibilità di avere contatti con l'esterno, tramite gli acquisti al c.d. sopravvito, essendo tale possibilità comunque accessibile – seppure in maniera limitata – nonostante sia in corso l'applicazione dell'art. 41-*bis* ord. pen.

Una seconda censura si era incentrata sulla lamentata incompatibilità della norma impugnata con l'art. 27 Cost., sia in ordine alla sua contrarietà al senso di umanità, che deve connotare l'esecuzione della pena, sia in relazione alla funzione rieducativa della pena stessa.

In questa prospettiva, il divieto concernente la cottura dei cibi, infatti, non sarebbe finalizzato ad alcun obiettivo di impedimento di contatti con l'associazione criminale di riferimento, né servirebbe a prevenire l'assunzione di posizioni di potere, finendo così per avere carattere meramente afflittivo e ingiustificatamente vessatorio. Specie, considerando che i soggetti detenuti in regime differenziato sono già sottoposti a restrizioni ulteriori rispetto a quelle sottese al regime "comune". In un simile contesto, connotato di per sé da forti compressioni dei diritti, il divieto di cuocere cibi si aggiungerebbe, senza giovare ulteriormente al perseguimento delle esigenze di fondo già tutelate dal complessivo sistema di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. Né il divieto in questione è in grado di incidere positivamente rispetto all'ulteriore necessità, cui si è già fatto cenno, di limitare l'acquisizione o l'esibizione di potere o di carisma all'interno del carcere, già presidiata attraverso i generali vincoli nell'acquisto dei cibi, imposti ad ogni detenuto anche "comune".

Pure rispetto a questa censura, l'Avvocatura dello Stato ha manifestato le proprie riserve, escludendo che la cottura dei cibi possa costituire espressione di un "diritto fondamentale" del detenuto e, in tal senso, precisando che, in base all'art. 9 ord. pen., il vitto debba "di regola" essere somministrato in locali specifici, destinati a contenere un numero non elevato di persone. Nella stessa ottica, invero, l'art. 13 d.P.R. n. 230 del 2000 prevede che ogni istituto sia dotato di una cucina dove possa essere preparato un pasto per non più di duecento persone, con la necessaria presenza di un numero adeguato di locali a tal fine adibiti, negli istituti con capienza maggiore. Sulla scorta di questi richiami normativi, sempre l'Avvocatura dello Stato ha osservato come soltanto nell'ipotesi di carenze strutturali degli istituti di pena per adulti, i detenuti sono destinati a scaldare e consumare pasti nelle camere di pernottamento, essendo l'utilizzo del fornello concepito in via residuale. Sottolineato come, dalla mancata realizzazione di ambienti comuni ove consumare i pasti, non possa scaturire un diritto dei detenuti a cuocere i cibi nella propria cella, la tesi così esposta è giunta a negare che la limitazione della cottura sia tale da costituire un trattamento contrario al senso di umanità.

Volendo individuare un comun denominatore nell'accoglimento delle due censure, espresso dalla Corte costituzionale, emerge come il prevalente *Leit motiv* sia la presenza di altre norme – riguardanti in un caso i detenuti comuni, nell'altro quelli soggetti al regime speciale – di per sé in grado di soddisfare le esigenze sottese al divieto di cottura dei cibi, rendendolo superfluo e inutilmente gravoso.

Sempre sulla scorta del reclamo proposto dal detenuto soggetto al regime differenziato, il giudice rimettente aveva fatto riferimento ad un terzo parametro, ulteriore rispetto a quelli appena considerati, i quali erano stati già richiamati in passato, nell'ambito di una menzionata questione di legittimità costituzionale precedentemente sollevata²⁴. Il riferimento all'art. 32 Cost., invocato dall'interessato, apre una prospettiva in base alla quale il divieto di cuocere i cibi implicherebbe una violazione del diritto alla salute²⁵, non consentendo al detenuto di gestire un'alimentazione appropriata alle proprie condizioni, appunto, di salute psico-fisica. In particolare, il reclamante lamentava di doversi adattare al vitto somministrato dall'Amministrazione, senza poter seguire la dieta resa necessaria da alcune patologie gastriche, specificate poi in occasione dell'udienza fissata per la discussione sul reclamo, anche mediante il deposito di certificazione medica. Al di là delle prescritte terapie farmacologiche, tali patologie avrebbero

²³ Cass., sez. I, 16 ottobre 2013, n. 42605, in www.dirittoegiustizia.it.

²⁴ C. cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56.

²⁵ In tema, tra gli altri, S.F. Vitello, *La tutela della salute in ambito penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2367 ss.; cfr. A. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2002.

potuto, infatti, essere tenute sotto controllo tramite l'utilizzo quotidiano di determinati cibi, con modalità di cottura anche semplici, delle quali normalmente la Casa circondariale non può farsi carico.

Anche su questo parametro – ritenuto poi dalla Corte costituzionale “assorbito” dagli altri due – l'Avvocatura dello Stato ha avanzato le proprie obiezioni, assumendo come – al di là di una riscontrata genericità dei riferimenti alle patologie del detenuto ed alle sue esigenze di salute – l'Amministrazione penitenziaria sia in grado di assicurare il vitto compatibile con le necessità di ciascun detenuto.

LO SFONDO DELLA DECISIONE: LA CONTROVERSA RATIO DEL REGIME DIFFERENZIATO

La funzione del regime differenziato, di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., fa da sfondo rispetto all'intera materia in questione, rappresentando un necessario e costante punto di riferimento in relazione ad ogni interrogativo che la riguardi²⁶. D'altronde, gli obiettivi che animano l'istituto del “carcere duro” sono destinati ad atteggiarsi come metro selettivo in base al quale verificare la tenuta costituzionale di ciascuna specifica restrizione imposta a chi sia destinatario del sistema di massimo rigore. Le finalità sottese a tali obiettivi, infatti, non possono che fungere da contrappeso in un ideale bilanciamento con la privazione ulteriore delle libertà della persona, legata al modello detentivo speciale, nell'ottica di un vaglio di ragionevolezza e di proporzionalità. Può essere perciò opportuno, in questa sede, ripercorrere – sia pure per rapidi cenni – le ragioni che giustificano l'applicazione della fattispecie.

In generale, come evidenziato dal giudice *a quo*, l'adozione del regime detentivo in discorso determina la sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge di ordinamento penitenziario, che possano porsi, in concreto, in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. E la *ratio* di tale sospensione può essere ravvisata nella necessità di arginare la pericolosità dei singoli detenuti, nel timore che possa proiettarsi persino all'esterno del carcere.

Al contempo, più specificamente, una finalità sottesa dal regime speciale è quella di far cessare i collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento, evitando che essi persistano tramite contatti sia all'interno del carcere, sia con soggetti che si trovano in libertà. È proprio in vista di questo risultato che viene limitata l'operatività degli istituti che, previsti dall'ordinamento penitenziario, sono normalmente indirizzati a favorire un reinserimento sociale, ma risultano anche potenzialmente idonei a veicolare simili collegamenti²⁷.

In particolare, nel prevedere il modello differenziato, il legislatore ha inteso inibire la possibilità, per i detenuti, di avvalersi dell'ordinario regime penitenziario e degli strumenti rieducativi, da un canto, per affermare all'interno del carcere un “controllo sulle attività criminose dell'associazione”, dall'altro canto, per seguitare ad “impartire direttive all'esterno”, agli affiliati in stato di libertà, sì da mantenere anche dal carcere una “gestione” delle attività delittuose dell'organizzazione criminale di riferimento²⁸.

È in quest'ultima prospettiva che il legislatore del 2009 ha previsto puntualmente “l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna”, volte essenzialmente a “prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento” del detenuto o dell'internato, nonché “contrastati con elementi di organizzazioni contrapposte”, oltre all'“interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate”. Ed è sempre in quest'ottica che il testo normativo dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. pen., come rivisitato nel 2009, ospita un elenco di misure specifiche, fissate con l'intento di introdurre nel regime in questione punti fermi e contenuti inflessibili²⁹. Proprio in questo ambito si inserisce l'indicazione diretta a garantire l'impossibilità per i detenuti in regime differenziato di cuocere cibi, che rientra perciò tra le limitazioni da ritenere *tout court* necessarie per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti della norma.

Ciò posto, è allora il momento di soffermarci più precisamente sulle ragioni della suddetta restrizione, che costituisce il fulcro attorno al quale ruota la pronuncia in esame. Nel tentativo di rintracciarle ci si accorge, anzitutto, della circostanza che il divieto, invero, è stato introdotto dal legislatore – per i de-

²⁶ In proposito, tra i tanti, M. Nestola, *L'art. 41-bis o.p.*, cit.

²⁷ In particolare, v. C. cost., sent. 26 novembre 1997, n. 376; cfr. altresì C. cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417; C. cost., ord. 26 maggio 1998, n. 192.

²⁸ V. C. cost., sent. 17 giugno 2013, n. 143, riguardante i colloqui con il difensore: in proposito, M. Nestola, *L'art. 41-bis o.p.*, cit.

²⁹ C. cost., sent. 26 maggio 2017, n. 122.

tenuti sottoposti al regime di rigore – senza accompagnarlo con un opportuno chiarimento. Già nel contesto della questione di legittimità costituzionale in passato sollevata, e dichiarata manifestamente inammissibile, il rimettente aveva evidenziato come la prescrizione del divieto assoluto di cuocere cibi non sia idonea a ridurre il rischio di contatti del detenuto con l'esterno: si osservava come sia proprio tale estraneità del divieto alla funzione attribuita dalla legge al “carcere duro” a rendere la sua portata «puramente afflittiva»³⁰.

Nel silenzio del legislatore sulle esigenze sottese alla limitazione *de qua*, esse vengono normalmente ricondotte alla necessità di evitare che il soggetto riesca ad imporre, tra le mura del carcere, un proprio “carisma criminale”³¹. Si tratta però di un argomento suscettibile di vacillare, specialmente qualora si obietti che la stessa finalità può ben essere perseguita anche mediante le altre restrizioni, già contemplate dall'ordinamento, relative alle quantità o qualità dei cibi provenienti dall'esterno, sia da consumare crudi, sia da cucinare.

Una prospettiva leggermente diversa valorizza, più precisamente, il bisogno di escludere che il detenuto riesca ad assumere un ruolo di predominio all'interno dell'istituto penitenziario, aggregando attorno a sé altri detenuti, pur compatibilmente con il regime del “41-bis”. Anche questo argomento, tuttavia, presta il fianco a perplessità, già evidenziate in occasione della questione di legittimità in precedenza non proficuamente sollevata, sotto un duplice punto di vista: ossia, «non solo e non tanto perché la mera facoltà di cucinare cibi non sembra idonea a determinare tali effetti di predominio ed aggregazione, ma anche e soprattutto perché tali medesimi effetti il detenuto ben potrebbe ottenerli tramite l'acquisto o la ricezione di generi alimentari che non richiedono cottura»³². Sennonché, secondo un'ulteriore e differente ricostruzione, alla base della prescrizione potrebbe porsi anche l'esigenza di interdire uno scambio di cibi, sulla scorta del dato testuale che più genericamente stabilisce il divieto di scambiare oggetti, *ex comma 2-quater*, lett. f), dell'art. 41-bis ord. pen.³³.

Una volta passate in rassegna brevemente le funzioni sottese allo strumento di cui all'art. 41-bis ord. pen., occorre evidenziare come esso, per la sua significativa incidenza sulla sfera delle garanzie individuali, sia da sempre bersaglio di sospetti di incostituzionalità. Questi ultimi, nel venire affrontati, chiedono in causa necessariamente proprio le esigenze in concreto perseguite tramite il regime differenziato e le conseguenti restrizioni.

Le numerose pronunce della Consulta, nel succedersi, hanno delineato alcuni percorsi comuni, mostrando di convergere essenzialmente verso due snodi fondamentali. In ordine alla fattispecie di cui all'art. 41-bis, comma 2, ord. pen., in linea di principio si tende, infatti, a riconoscere la compatibilità delle prescrizioni, con i principi costituzionali, essenzialmente nel rispetto di una coppia di condizioni, il cui rilievo si è andato affermando sempre più chiaramente a partire da importanti prese di posizione espresse dallo stesso giudice delle leggi negli anni '90³⁴.

Da un canto, infatti, si impone la congruità delle restrizioni rispetto allo scopo perseguito. In questo senso, l'adozione del sistema *ex art. 41-bis* ord. pen. può comportare esclusivamente la sospensione dell'applicazione di regole o istituti, disciplinati dall'ordinamento penitenziario, che siano in concreto in discrasia con esigenze di ordine e di sicurezza. Da questo ragionamento, scandito dalla Corte sin dagli anni novanta, consegue l'esclusione di specifiche limitazioni che, per le loro caratteristiche, non corrispondano a quelle esigenze, palesandosi rispetto a queste ultime inidonee od incongrue. Altrimenti, ove si trattasse di deroghe ingiustificate al sistema ordinario, le misure applicate assumerebbero un significato meramente afflittivo³⁵.

Dall'altro canto, un vaglio di particolare importanza – suggerito dalla stessa Consulta – è quello che si incentra sulla considerazione della finalità rieducativa della pena e sul divieto di pene contrarie al senso di umanità, alla luce dell'art. 27 Cost. In questo senso, le prescrizioni rivolte al detenuto non pos-

³⁰ Cfr. C. cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56, cit.

³¹ Si rimanda alle argomentazioni esposte nella pronuncia in commento (C. cost., sent. 26 settembre 2018, n. 186, § 3.1).

³² C. cost., ord. 18 febbraio 2011, n. 56, cit.

³³ A. Della Bella, *Per la Cassazione i detenuti in “41-bis” non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto dal sapore vessatorio*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1693; cfr. S. Ardita, *Sub art. 41 bis ord. pen.*, cit., p. 532 s.

³⁴ C. cost., sent. 14 ottobre 1996, n. 351; A. Della Bella, *Il ‘carcere duro’ tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 115

³⁵ Cfr. ancora C. cost., sent. 14 ottobre 1996, n. 351, cit.

sono essere tali da smentire integralmente l'indefettibile funzione, appunto, rieducativa della pena o da violare la generale preclusione di trattamenti contrari al senso di umanità³⁶.

Nel loro risvolto applicativo, questi parametri – in evidente collegamento tra loro – hanno finito tuttavia per risentire, nel tempo, di diversi fattori: in particolare, sia dell'evolversi dei rapporti in materia tra Ministero della giustizia e magistratura di sorveglianza, sia di un progressivo affrancamento delle restrizioni connesse al "carcere duro" da valutazioni discrezionali, venendo esse affidate in prevalenza ad automatismi, specie in seguito alla citata riforma del 2009.

SEGUE: E LE CRITICITÀ DI UN CONTROLLO DI CONGRUITÀ DELLE RESTRIZIONI

La predetta valutazione di congruità delle restrizioni, più specificamente, si proietta sul campo delle singole prescrizioni indicate dall'art. 41-*bis* ord. pen., producendo diverse conseguenze. Se il nodo centrale, che non può essere smentito, sta nell'assunto per il quale le ulteriori compressioni alla libertà del detenuto debbono essere subordinate al vincolo funzionale del regime speciale, questo stesso dato determina ricadute differenti, a seconda delle misure in concreto adottate³⁷.

Per le restrizioni compiutamente tipizzate dalla legge, infatti, un giudizio di proporzione rispetto all'obiettivo della misura imposta è già implicitamente espresso a monte dal legislatore. Con la conseguente inaccessibilità, da parte del giudice, ad un vaglio sulla congruità delle prescrizioni predeterminate in via normativa, che comporterebbe, altrimenti, una sovrapposizione tra la decisione giurisdizionale e la scelta legislativa. In questo contesto, delineato in seguito alla riforma del 2009, allora, al giudice che ritenga "incongrua" una prescrizione puntualmente prevista dalla legge, come quella relativa alla cottura dei cibi, rispetto agli obiettivi del regime differenziato, rimane soltanto da sollevare una questione di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di cui all'art. 3 Cost., attivando così un controllo in termini di "proporzionalità". E in questo senso, in effetti, è essenzialmente la funzionalità delle restrizioni, in vista degli scopi di prevenzione speciale dell'art. 41-*bis* ord. pen. a giustificare la carica afflittiva delle specifiche misure, impedendo che esse si pongano in discrasia con il citato canone costituzionale. Diversamente, l'organo giurisdizionale potrà invece pronunciarsi in relazione alle prescrizioni "atipiche" ed, eventualmente, annullarle in quanto illegittime, quando ne riscontri l'incongruità in vista degli obiettivi del regime.

Quest'ultima possibilità di controllo giudiziale parrebbe, a prima vista, da escludere per ciascuna delle indicazioni fissate nel menzionato comma 2-*quater*, in seguito al richiamato intervento normativo del 2009. A ben guardare, tuttavia, soprattutto per le restrizioni riconducibili alle lett. a) e, solo in minima parte, per la lett. f) è possibile giungere a conclusioni diverse.

Le due norme, prevedendo entrambe – in maniera ridondante – l'adozione delle "misure necessarie" per garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di svolgere una serie di attività, tra le quali, alla lett. f), la cottura dei cibi, svelano un residuo di discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria, che è però più evidente con riguardo alla disposizione di cui alla lett. a). La tipizzazione delle prescrizioni, che inibisce un vaglio del giudice in concreto, è dunque solo apparentemente integrale, rimanendo in capo all'Amministrazione il potere di adottare restrizioni ulteriori a quelle imposte legislativamente, specie, appunto, in relazione alla citata lett. a).

La prospettabilità ed eventualmente l'espansione di un controllo giudiziale, sul punto, costituiscono aspetti controversi³⁸, soprattutto a fronte della mancata previsione del controllo stesso, prima contenuta nel comma 2-*sexies* dell'art. 41-*bis* o.p. ed estromessa nel 2009. Tuttavia, il giudice delle leggi in seguito³⁹ – nel dichiarare l'inammissibilità di una questione proposta – ha colto l'occasione per specificare che, pur non essendo più previsto un potere del giudice di sindacare il contenuto delle restrizioni, un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina vigente consente di presidiare i diritti individuali garan-

³⁶ In particolare, oltre alla già citata C. cost., n. 351 del 1996, v. C. cost., sent. 26 novembre 1997, n. 376; C. cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349 e C. cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410.

³⁷ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., pp. 263, 298. Su tale profilo, inerente alla "congruità" delle restrizioni, si incentra ora la risposta del D.A.P., del 5 febbraio 2019, al Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41-*bis* dell'Ordinamento penitenziario (2016-2018), del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, 7 gennaio 2019, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2019.

³⁸ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 298 s.

³⁹ C. cost., sent. 28 maggio 2010, n. 190. Sul punto, A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 299.

titi a livello costituzionale, nonché la loro tutela in sede giurisdizionale: per cui, nonostante la «scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini», non può senz'altro escludersi il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, con riferimento ad eventuali violazioni di diritti soggettivi del detenuto. In questi termini, però, tiene a precisare la dottrina⁴⁰, non si tratterebbe tanto di un controllo sulla "congruità" del provvedimento rispetto ai fini di sicurezza, quanto, invece, dell'accertamento di eventuali lesioni di diritti fondamentali, non giustificabili neppure al cospetto dei fini medesimi. Nell'ottica, quindi, dell'"azionabilità" di tali diritti, lo strumento esperibile – che, secondo le indicazioni della Consulta, era prima quello di cui all'art. 14 ord. pen. – è ora il reclamo ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. pen., subentrato alla stregua di "generale" rimedio per la tutela dei diritti dei detenuti, nel 2013⁴¹.

Alla luce di quanto premesso, possono distinguersi in realtà due diversi livelli di verifica, del tutto eterogenei tra loro. Per le restrizioni che recano un margine di discrezionalità applicativa, emerge la possibilità di un, sia pur residuale, vaglio della giurisdizione di sorveglianza; mentre, laddove questo margine di discrezionalità si palesi escluso, rimane soltanto da prospettare lo strumento della questione di legittimità costituzionale.

Secondo un primo livello, dunque, i "parametri di congruità" formulati dalla Consulta si prestano a fungere da filtro selettivo a disposizione del Ministro della giustizia che si accinga ad applicare il modello detentivo differenziato, dell'Amministrazione penitenziaria che intenda adottare restrizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, ma anche del magistrato di sorveglianza chiamato ad intervenire per un sindacato sui contenuti del regime detentivo speciale.

Emblematica della delicatezza di questi rapporti è una pronuncia sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato – in particolare, tra il Ministro della giustizia ed il Magistrato di sorveglianza di Roma – la quale ha escluso che spetti al Ministro della giustizia disporre che non venga data esecuzione ad un provvedimento emesso da un magistrato di sorveglianza, in esito ad un procedimento giurisdizionale, nel quale si dichiara che un determinato comportamento dell'Amministrazione penitenziaria è lesivo di un diritto del detenuto⁴². Vale la pena di ricordare che il caso di specie riguardava una restrizione concretizzata nell'oscuramento, per alcuni soggetti sottoposti al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., di alcuni canali televisivi. Con un conseguente reclamo, rivolto al magistrato di sorveglianza, un detenuto chiedeva che fosse ripristinata la visione dei canali "bloccati", ritenendo la limitazione lesiva del diritto all'informazione, garantito dall'art. 18 ord. pen. e dall'art. 21 Cost. Accogliendo il reclamo medesimo, quel magistrato ha inteso sottolineare che il potere dell'Amministrazione penitenziaria di dettare prescrizioni gravanti sui diritti dei detenuti deve essere esercitato entro limiti stabiliti dalla legge. Tale potere, in ordine al trattamento dei detenuti sottoposti al regime detentivo speciale, trova del resto il suo fondamento nel comma 2-*quater*, lett. a), dell'art. 41-*bis* ord. pen., che richiede comunque una necessaria congruità delle restrizioni imposte, in relazione all'obiettivo di prevenire i contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza.

È in quest'ottica che gli esiti della giurisprudenza costituzionale si intrecciano con un folto filone di pronunce della Corte di cassazione, che hanno interessato gli stessi ambiti tematici inerenti all'art. 41-*bis* ord. pen., segnando un percorso complessivo non sempre lineare e coerente. In una certa misura, le diverse restrizioni imposte ai detenuti "al 41-*bis*" sono, infatti, destinate a passare per un vaglio in concreto, operato di volta in volta dal giudice, che declini secondo le peculiarità del singolo caso le scelte di fondo già adottate, a monte, dal legislatore attraverso un astratto bilanciamento tra esigenze di prevenzione e di tutela dei diritti individuali. Non mancano, in proposito, le occasioni in cui la giurisprudenza di legittimità ha, in via interpretativa, escluso specifiche limitazioni legate al regime differenziato, reputandole non giustificate dalle necessità che legittimano il regime stesso. In questa prospettiva, in particolare, alcune decisioni in materia di colloqui sono andate a confluire in un orientamento ermeneutico diretto a smorzare il rigore del regime differenziato⁴³.

⁴⁰ A. Della Bella, *Il "carcere duro"*, cit., p. 300.

⁴¹ In argomento, sul d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10, si rinvia a M. Bortolato, *Sub art. 35 bis*, in F. Della Casa-G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2015, p. 395; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 131 ss.

⁴² C. cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135. Al riguardo, C. Fiorio, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2256. Su questi temi, ampiamente, G.M. Napoli, *Il controllo del giudice sulla proporzionalità dell'azione dell'amministrazione penitenziaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2017.

⁴³ In particolare, Cass., sez. I, 12 dicembre 2014, n. 3115, in *www.dirittoegustizia.it*, 23 gennaio 2015; Cass., sez. I, 12 dicembre 2014, n. 7654, *ivi*, 20 febbraio 2015. Sul punto, cfr. G. Alberti, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi*, cit., p. 2.

Di recente, inoltre, si è distinto un provvedimento con il quale il Tribunale di Sorveglianza di Roma⁴⁴ si è pronunciato su un profilo, solo in apparenza poco rilevante, disponendo – su reclamo proposto da un detenuto – la disapplicazione dell’art. 2 della circolare del D.A.P. n. 3676/6126, nella parte in cui vieta la fruizione del televisore nelle ore notturne, ed ordinando di darne comunicazione al Ministero della Giustizia per opportuna conoscenza. Facendo leva sul diritto all’informazione del detenuto, ai sensi degli artt. 2 e 21 Cost., la decisione si è basata su un giudizio di proporzionalità, per negare che l’esercizio di quel diritto possa comportare una lesione o un pericolo per le finalità proprie del “carcere duro”. Si è osservato, infatti, che tale divieto “comprime il diritto all’informazione in modo incongruo ed ingiustificato rispetto all’obiettivo di prevenzione” perseguito. Ciò, peraltro, in ragione delle limitazioni già in atto, per le quali, soprattutto, è concessa soltanto la visione di alcuni canali, già selezionati a monte. La pronuncia, che reca assonanze rispetto a quella in commento, della Consulta, per certi versi ne ripropone il significato in un contesto differente. Nel caso ora citato, peraltro, l’organo di sorveglianza ha potuto disapplicare il divieto, perché previsto dalla circolare e solo indirettamente dalla norma, essendo riconducibile alla disciplina generale di cui all’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a), ord. pen., e non invece alle limitazioni specifiche, la cui applicazione scatta in via automatica in forza del testo normativo, come riformulato anche dalla novella del 2009.

Un’altra problematica che, per qualche aspetto, si incrocia con quella oggetto della pronuncia ora esaminata, è stata affrontata dalla Suprema Corte in relazione all’alimentazione vegetariana, richiesta da un detenuto “al 41-bis” per ragioni religiose. La decisione lascia intravedere la consapevolezza di una grande difficoltà nell’individuare il preciso confine che separa posizioni tutelabili, per le quali si apre la possibilità di attivare la procedura giurisdizionalizzata tramite il reclamo, da quelle di mero fatto, cui invece è riservato soltanto il meccanismo del procedimento *de plano*. Ciò posto, considerato che la decisione è comunque favorevole alle istanze del detenuto, rimane incerto se il risultato sia prospettabile anche con riguardo ad altre scelte alimentari che prescindano da motivi di culto⁴⁵.

Un secondo livello sul quale i criteri di “congruità” sopra individuati si proiettano emerge in base a ragioni sistematiche già in parte esplicitate. L’imposizione di alcune limitazioni, infatti, come evidenziato, non è soggetta ad un vaglio giudiziale, costituendo la loro applicazione una sorta di automatismo. In questo ambito, singole restrizioni sono oggetto di puntuali previsioni normative, espressione della scelta del legislatore, di applicare senz’altro determinati vincoli e di sottrarne l’operatività ad una verifica caso per caso.

Il divieto di cottura dei cibi, in particolare, rientra proprio in questa cerchia di ipotesi. Ebbene, per tale gruppo di fattispecie, corrispondenti a prescrizioni rigidamente imposte dalla legge, l’unica possibilità (evidentemente circoscritta) di mettere in discussione la compatibilità delle misure interessate con i criteri indicati, allora, rimane il vaglio della Consulta, da sollecitare elevando una questione di legittimità costituzionale, impostata sul piano dell’art. 3 Cost. Ed è questa la ragione per cui, non potendo direttamente esprimersi permettendo all’interessato l’attività di cottura dei cibi, il giudice rimettente ha, appunto, seguito una diversa strada, promuovendo una censura dell’art. 41-bis ord. pen., comma 2, lett. f).

La progressiva affermazione delle finalità del regime differenziato, come “ago della bilancia” – per valutare la ragionevolezza o meno delle singole imposizioni gravanti sui detenuti “al 41-bis” – trova la sua origine in una serie di decisioni precedenti. Diversi dubbi di legittimità costituzionale, infatti, si erano prima d’ora affacciati in ordine a varie limitazioni, satellitari rispetto alle finalità di ordine e di sicurezza, essenzialmente perseguite mediante l’art. 41-bis ord. pen. Di questa evoluzione giurisprudenziale si riporteranno qui soltanto alcuni passaggi, dando conto di un moltiplicarsi delle critiche via via sottoposte alla Consulta – e per lo più aggirate tramite provvedimenti di carattere processuale – sul merito delle disposizioni trattamentali imposte dalla legge in seguito alla riforma del 2009⁴⁶.

⁴⁴ Trib. Sorv. Roma, sent. 2 ottobre 2018, n. 4164, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 3 dicembre 2018, con commento di L. Amerio, *41bis: sproporzionata, incongrua ed ingiustificata la disposizione che limita temporalmente al detenuto di accendere la televisione in cella. Disapplicata la circolare D.A.P. nella parte qua*. Al riguardo, v. ora *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale ex art. 41 bis dell’Ordinamento penitenziario (2016-2018)*, del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, cit.

⁴⁵ Cass., sez. I, 25 settembre 2013, n. 41474, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2014, con nota di A. Gasparre, *L’alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41 bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*

⁴⁶ Cfr. G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, p. 35; A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in F. Corleo-A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena*, Napoli, Ediesse, 2013, p. 193 ss.

In questo panorama, salta all'evidenza soprattutto la sentenza n. 143 del 2013⁴⁷, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 41-bis ord. pen., laddove circoscriveva l'esercizio del diritto alla difesa tecnica, in esito ad un bilanciamento tra due interessi costituzionalmente garantiti: da un canto, la protezione dell'ordine pubblico e, dall'altro, appunto, l'inviolabilità del diritto di difesa. La censura, in particolare, ha colpito la previsione di limiti "quantitativi" ai colloqui con i difensori, ex art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ultimo periodo, ord. pen. (non più di tre colloqui visivi o telefonici alla settimana, della durata massima, rispettivamente, di un'ora o di dieci minuti ciascuno), introdotta dal legislatore del 2009 insieme al divieto di cui ci si occupa.

Mentre, in seguito, tra gli altri aspetti relativi all'art. 41-bis ord. pen., la Corte costituzionale è stata chiamata a considerare il divieto di scambiare "letture" con persone al di fuori del carcere. Previsto da una circolare del D.A.P., esso discende essenzialmente dalle disposizioni di cui all'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. a), ord. pen., che in maniera generica consente di adottare "misure di sicurezza interna ed esterna" di livello elevato, e alla lett. c) dello stesso articolo, che permette di imporre limiti ai "beni e oggetti" provenienti dall'esterno. I sospetti di legittimità costituzionale, in proposito, sono stati ritenuti infondati dalla Consulta, in base a due ordini i profili. Da una parte, infatti, si è escluso che la preclusione fosse in contrasto con gli artt. 21, 33 e 34 Cost., in quanto non incidente sulla facoltà di scelta, da parte dell'interessato, dei testi da usare per informarsi o studiare. Ma soprattutto, dall'altra parte, non si è mancato di rilevare come uno scambio di pubblicazioni possa agevolmente trasformarsi in un pericoloso strumento, tramite il quale celare comunicazioni, eludendo i dovuti controlli⁴⁸.

Anche i principi contenuti nella Cedu sono suscettibili di entrare in gioco rispetto alla posizione del detenuto in regime speciale, seppure sinora la Corte di Strasburgo non si è spinta a formulare giudizi negativi del tutto trancianti sull'"in sé" della sospensione delle regole trattamentali ex art. 41-bis ord. pen. Volendo dedicare solo un rapidissimo cenno a questo ambito, che meriterebbe un'ampia trattazione, vale la pena di ricordare che è anzitutto l'art. 3 Cedu a costituire un richiamo normativo essenziale, in ragione del rischio che un regime eccessivamente restrittivo possa tradursi in un'inosservanza del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁴⁹. Mentre, un'altra norma convenzionale capace di assumere in materia grande rilievo è senz'altro l'art. 8 Cedu, che com'è noto tende a garantire il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza: fermo restando che, a detta della giurisprudenza della Corte europea, si tratta di un diritto non "assoluto", bensì esposto a possibili limitazioni e ingerenze da parte della pubblica autorità, nel rispetto della necessaria proporzione tra il sacrificio del diritto e le finalità perseguite⁵⁰.

⁴⁷ C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143; al riguardo, tra i molti, V. Manes-V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro"*, cit. p. 336.

⁴⁸ C. cost., sent. 8 febbraio 2017, n. 122; in tema, A. Della Bella, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41-bis di scambiare libri e riviste con i familiari*, in www.penalcontemporaneo.it, 16 giugno 2017. Su profili limitrofi, si segnala un filone interpretativo particolarmente rigoroso, con il quale la Suprema Corte ha inteso limitare *tout court* lo scambio di oggetti, di cui all'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. f), ord. pen., anche quando tale scambio avvenga tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo di socialità: ponendo, con ciò in secondo piano un esame di "congruità" della limitazione imposta, rispetto agli obiettivi giustificativi dello stesso regime differenziato, volti a recidere i rapporti tra detenuti ed associazioni criminali. Cfr. R. Mura, *Galeotto fu (proprio) il libro*, in www.questionegiustizia.it, 13 settembre 2016; F. Picozzi, *Il controllo sulla circolazione e detenzione di pubblicazioni nelle sezioni 41-bis*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1552. Per un diverso orientamento, in relazione alla consegna di riviste regolarmente acquistate, v. Mag. Sorv. Udine, ord. 10 dicembre 2015, in www.archiviopenale.it, 2016, n. 1, con ampie osservazioni di A. Gaito, *Cosa leggere in carcere: tra diritto alla libera scelta, tutela della sensibilità dei terzi ed esigenze di ordine e sicurezza*, *ivi*.

⁴⁹ Tra le pronunce di maggiore interesse, per l'ampiezza dei contenuti, attente soprattutto alla durata delle restrizioni, v. Corte e.d.u., 28 giugno 2005, *Gallico c. Italia*; v. poi Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Enea c. Italia*; Corte e.d.u., 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*; per un efficace quadro di sintesi, G. Leo, *Gli statuti differenziali*, cit., p. 33.

⁵⁰ Tra molte, Corte e.d.u., 23 settembre 1998, *Petra c. Romania*; Corte e.d.u., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*. Ciò non toglie che, sul tema del controllo della corrispondenza – toccato nella giurisprudenza costituzionale da C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20 – si siano distinte delle "condanne", tra cui Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, *Zara c. Italia*. In argomento, V. Manca, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il "carcere duro" è davvero conforme ai diritti umani?*, in www.giurisprudenzapenale.com; C. Minnella, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime carcerario ex art. 41 bis o.p. e la sua applicazione dell'ordinamento italiano*, in *Rass. penit. crim.*, 2004, p. 197.

RILIEVI CONCLUSIVI

Tenendo conto dei criteri di riferimento messi a fuoco dalla giurisprudenza della Consulta, in realtà, non è tanto la previsione del limite alla cottura dei cibi e far dubitare della legittimità costituzionale della norma criticata, quanto invece l'assolutezza del limite stesso. Una disparità di trattamento, rispetto al resto della popolazione carceraria, infatti, potrebbe pure prospettarsi come ragionevole, ma nella misura in cui fosse giustificabile in base a precise esigenze di sicurezza, che verrebbero compromesse qualora al detenuto fosse concesso di cucinare.

In questo senso, sarebbero allora le peculiarità di ogni caso concreto a recare le ragioni per negare o accordare, di volta in volta, la possibilità di cucinare negli ambienti di detenzione. Tra le numerose variabili, certune, da non trascurare, possono dipendere dalle caratteristiche delle zone comuni dell'istituto, sovente non attrezzate in modo da consentire ai detenuti la cottura del cibo, come anche dalla flessibilità dell'Amministrazione penitenziaria nel garantire il rispetto di regole alimentari idonee alle condizioni della persona.

Ma vi sono ulteriori aspetti, che andrebbero considerati al momento dell'applicazione del divieto. Intanto, alcuni riguardano la portata oggettiva del divieto medesimo. Da un punto di vista pratico, infatti, non sempre risulta chiaro se la preparazione di una pietanza implichi un semplice "riscaldare" oppure un "cuocere" di sana pianta. Questa incertezza può interessare soprattutto alcuni prodotti di recente disponibili in commercio, come risulta peraltro dal riferimento ai cibi "precotti", di cui si è detto poc'anzi.

Inoltre, vero è che per alcuni versi il divieto può palesarsi superfluo, secondo quanto osservato in precedenza. In effetti, le regole di cui all'art. 14 d.P.R. n. 230 del 2000 prevedono anche per i detenuti "comuni" limiti di quantità e di valore negli acquisti di alimentari. E, per il regime differenziato, il comma 2-*quater*, lett. c), dispone che il regime stesso possa tradursi in ulteriori riduzioni delle somme, dei beni e degli oggetti che il detenuto può ricevere dall'esterno.

Tuttavia, non è così scontato che il problema possa essere risolto del tutto trasferendolo sul piano di questi altri limiti e che, dunque, il divieto di cottura dei cibi si ponga, rispetto a tali più generiche restrizioni, relative all'approvvigionamento, esattamente come il "meno" nel "più". Tolto tale divieto, in effetti, in certi casi può essere proprio la fase della preparazione a conferire pregio a materie prime anche in quantità non rilevante che, di per sé, potrebbero essere considerate "povere". E, senz'altro, una speciale perizia nell'utilizzo dei fornelli può generare pietanze piuttosto elaborate e ricercate, oppure dotate di un certo significato, ad esempio perché riconducibili ad una "cucina regionale", nonostante siano realizzate con ingredienti del tutto "ordinari". Aspetti, questi, che a seconda delle situazioni potrebbero degenerare in pericolose forme di "affermazione" di un singolo detenuto all'interno del carcere.

La gestione di questi e di altri possibili fattori, pertanto, non può essere operata in base ad un divieto assoluto – e, di contro, neppure tramite inflessibili concessioni – bensì richiede di essere modulata tramite una valutazione caso per caso. Pertanto, il divieto di cottura dei cibi, in quanto previsto *tout court*, non può reggere dinanzi ai dubbi di legittimità costituzionale avanzati dal rimettente. Mentre, al contrario, la possibilità di prescriverlo, tra le modalità attraverso le quali si concretizza in dettaglio il regime di rigore, ai sensi della lett. a) del citato comma 2-*quater*, dove giustificato da precise esigenze, sarebbe al riparo dalle stesse censure.

Ciò posto, la soluzione espressa dalla Consulta si rivela del tutto condivisibile, laddove il giudice delle leggi, facendo eco alle indicazioni dell'Avvocatura dello Stato, ha tenuto a precisare di non voler affermare l'esistenza in capo al detenuto di un "diritto fondamentale" a cuocere i cibi nella propria cella. Ma, soprattutto, spicca positivamente quando – sulla scorta delle critiche del rimettente – la Corte ha riconosciuto che chi si trova ristretto al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., compatibilmente con le esigenze sottese al regime stesso, debba conservare un residuo della ritualità della vita quotidiana precedente. La cottura dei cibi, in questi termini, può assumere un particolare significato, costituendo una modalità che, per quanto umile e dignitosa, consente di mantenere un contatto con le abitudini del mondo esterno e "con il ritmo dei giorni e delle stagioni", il quale può in qualche modo scandire il trascorrere del tempo della detenzione. Proprio in tale prospettiva, la Corte costituzionale ha voluto sottolineare che "non erra" il giudice rimettente nel considerare una negazione così netta come un'inutile e ulteriore limitazione, in contrasto con un generale senso di umanità.

La pronuncia della Consulta, arricchita nella parte conclusiva da spunti di riflessione di notevole rilievo, assume valore determinante anche per il futuro evolversi del dibattito in materia. Apre indubbiamente una breccia in favore di nuovi sospetti di illegittimità costituzionale che possano riguardare i divieti stabiliti dal legislatore del 2009. E lo fa non soltanto per le intense argomentazioni sopra riportate, ma anche grazie allo specifico ambito su cui interviene. La questione sollevata, ed accolta, è riuscita

ad andare dritta al centro del problema, proprio in virtù del profilo sul quale ha avuto occasione di basarsi. Nella sua “semplicità”, infatti, l’esigenza avanzata dal detenuto non ha implicato che nella decisione della Consulta influissero, quantomeno in maniera predominante, valori diversi da quello della ragionevolezza, incentrato sulla valutazione di congruità della restrizione rispetto alle finalità di prevenzione del regime differenziato, nonché da quelli di cui all’art. 27 Cost. E ciò, soprattutto per l’assenza di parametri in grado di “sviare” un’analisi sul punto e di trasferirla sul piano di un bilanciamento tra altri interessi costituzionalmente garantiti (com’è accaduto nel 2013 per lo stringente raffronto con il diritto di difesa): in questo senso, hanno giovato alla chiarezza della presa di posizione tanto la circostanza che il riferimento all’art. 32 Cost. sia stato tralasciato dalla decisione, ritenendolo essenzialmente “assorbito” dalla trattazione delle altre censure, quanto il fatto che le esigenze alimentari non si basassero su altre ragioni, ad esempio, religiose. Inoltre, ha assunto rilievo anche la mancanza di altri profili inerenti alla sicurezza, capaci di entrare in primo piano, come ad esempio, il pericolo di uno scambio di oggetti. In più, la soluzione adottata dal giudice delle leggi è risultata ancora più incisiva avendo ad oggetto uno tra i divieti espressamente previsti dal comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis* ord. pen., e non, invece, tra quelli riconducibili alla più vaga norma “di chiusura” di cui alla lett. a) del comma 2-*quater* dell’art. 41-*bis* ord. pen. Aspetto, quest’ultimo che è servito a rivitalizzare, evidenziandolo, uno stretto vincolo di compatibilità delle singole restrizioni con le finalità del modello detentivo di rigore.

Tra le considerazioni di grande rilevanza esposte nella parte conclusiva della decisione, il punto più elevato può essere colto nel momento in cui la Consulta si è soffermata ad osservare che i piccoli gesti di “normalità quotidiana” risultano in questo contesto ancor più preziosi, poiché rappresentano un estremo margine rimasto, entro il quale può espandersi la libertà individuale di un soggetto. È con queste riflessioni che la Corte costituzionale, riallacciandosi a quanto espresso in precedenti pronunce⁵¹, ne ha rafforzato il peso con altre argomentazioni, in grado adesso di protendersi verso “nuovi” possibili interrogativi sulla legittimità costituzionale dell’art. 41-*bis* ord. pen., posto che un prossimo vaglio di ragionevolezza dell’art. 41-*bis* ord. pen. non riuscirà agevolmente a estromettere dalle sue dinamiche questi passaggi.

Non può sfuggire peraltro come la sensibilità manifestata dalla Consulta, nel chiudere il suo percorso motivazionale, rispecchi indicazioni proposte nel corso dei lavori degli Stati generali, dirette a valorizzare «l’importanza particolare attribuita alla preparazione e al consumo del cibo»: non soltanto per il suo intrinseco rilievo pratico, bensì soprattutto per la sua attitudine a rappresentare «uno dei pochi elementi di richiamo alla quotidianità di vita fuori le mura, oltre che una delle pochissime attività che le persone ristrette possono praticare in autonomia». Anche in quella sede era emerso con evidenza come, per il contesto in cui si colloca, l’attività in discorso sveli significati nascosti ed un notevole “valore aggiunto”, potendo offrire al detenuto in regime “41-*bis*” «un modo per riaffermare la propria identità e per mantenere i legami di appartenenza rispetto alla propria famiglia, alla propria terra e alla propria cultura, nonché per socializzare con i compagni di detenzione»⁵². Senza dimenticare neppure che il ragionamento seguito dalla Consulta trova conforto anche nelle scelte complessive accolte, sia pur con prudenza, nell’ambito della Circolare del 2017⁵³ ed espresse altresì tramite la “nuova” formulazione dell’art. 1 ord. pen., più esplicita della “vecchia” nell’assicurare il rispetto della dignità e dei diritti fondamentali della persona⁵⁴.

Il rilievo della pronuncia della Consulta, pertanto, accresce ulteriormente proprio dove, nel riproporre spunti già emersi altrove, essa contribuisce a tracciare quel limite estremo cui poc’anzi si accennava, che impedisce di sottrarre – attraverso le restrizioni del “carcere duro” – gli ultimi scampoli di “normalità” alla vita del detenuto, già di per sé connotata da una generale alienazione rispetto alla dimensione sociale e culturale di appartenenza⁵⁵.

⁵¹ Tra le altre, v. C. cost., sent. 14 ottobre 1996, n. 351; in precedenza, C. cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349; C. cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410; C. cost., sent. 26 maggio 2017, n. 122, cit.; C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20, cit.

⁵² Stati Generali dell’Esecuzione Penale – Documento finale, aggiornamento: 18 aprile 2016, parte IV, punto 3.1., intitolato *Una diversa quotidianità detentiva*, in www.giustizia.it.

⁵³ Sul punto, V. Manca, *Il DAP riorganizza il 41 bis o.p.*, cit.

⁵⁴ Sulla disposizione, come sostituita dall’art. 11, comma 1, lett. a), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, P. Gonnella, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell’op*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell’ordinamento penitenziario*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 6.

⁵⁵ Cfr. A. Gaito, *Cosa leggere in carcere*, cit. Sulla denominazione “carcere duro” v. il Rapporto tematico sul regime detentivo speciale, cit., che ne scoraggia l’uso, in quanto essa sembra alludere «a fini maggiormente punitivi o di deterrenza o di implicito incoraggiamento alla collaborazione, i quali “porrebbero l’istituto certamente al di fuori del perimetro costituzionale».

L'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UN., SENT. 22 MARZO 2018, N. 40984, – PRES. CARCANO; REL. BONITO

È atto abnorme, e quindi ricorribile per Cassazione anche dalla persona sottoposta ad indagine, il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordini, ai sensi dell'art. 409, comma 5 c.p.p., che il pubblico ministero formuli l'imputazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Teramo, con ordinanza del 27 febbraio 2017, rigettava la richiesta di archiviazione nei confronti di (*Omissis*), indagato per il delitto di tentata concussione (artt. 56 e 317 cod. pen.), disponendo, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., che il Pubblico Ministero formulasse l'imputazione nei suoi confronti per i diversi reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 393 cod. pen.) e di violenza privata (art. 610 cod. pen.).

Nel provvedimento i fatti di causa venivano così ricostruiti:

– il 24 settembre 2015, l'indagato aveva fatto rifornimento presso una stazione di servizio di Atri, lamentando che l'erogazione di carburante non era stata corrispondente all'importo versato e chiedendo, insistentemente e con particolare virulenza, la restituzione della somma;

– nel corso del litigio l'indagato aveva accusato i titolari dell'impianto di altri analoghi comportamenti truffaldini, esibendo il tesserino dell'arma dei carabinieri e minacciando, forte della sua posizione, accertamenti sulla stazione di benzina;

– il 3 febbraio 2016, il (*Omissis*) si era nuovamente presentato per un rifornimento di carburante, ma si era visto opporre un rifiuto del servizio richiesto da parte del proprietario dell'impianto, comportamento questo che veniva stigmatizzato dall'indagato, il quale, per tutta risposta, lasciava ferma la sua autovettura davanti alle colonnine di carburante, così impedendo il funzionamento dell'impianto per circa trenta minuti.

Ad avviso del Giudice, le acquisizioni processuali e la relativa ricostruzione della vicenda consentivano di ritenere perseguibile l'indagato per i reati di cui all'art. 393 cod. pen., in tali termini dovendosi riquilibrare la condotta posta in essere il 24 settembre 2015, e di cui all'art. 610 cod. pen., in relazione all'episodio del 3 febbraio 2016, non preso in esame dal Pubblico Ministero. Di qui il rigetto dell'archiviazione e la contestuale richiesta al P.M. di formulare l'imputazione per i reati suindicati, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen.

2. Avverso questo provvedimento ha proposto ricorso per cassazione il (*Omissis*), denunciandone la illegittimità per violazione degli artt. 409 cod. proc. pen., 111 e 112 Cost., sul rilievo che il provvedimento impugnato, risolvendosi nell'imposizione al pubblico ministero di atti non previsti dall'ordinamento processuale, integrasse un'ipotesi di atto abnorme. A sostegno del motivo il ricorrente richiama l'insegnamento di Sez. U, n. 4319 del 28/11/2013, dep. 2014, L., Rv. 257786, e quello di Sez. 5, n. 12987 del 16/02/2012, Di Felice, Rv. 253313, decisioni assertive del principio secondo cui è inibita al giudice per le indagini preliminari la richiesta, rivolta al pubblico ministero, di formulare imputazioni per reati diversi da quelli per cui sia stata domandata l'archiviazione, potendo semplicemente disporre la iscrizione nel registro notizie di reato qualora rilevi fattispecie diverse da quelle per le quali si procede e di cui ritenga emergenti i requisiti dagli atti di indagine. Tanto a presidio ed a salvaguardia della titolarità dell'azione penale in capo al pubblico ministero.

3. La Sesta Sezione, cui il ricorso è stato assegnato, con ordinanza del 12 ottobre 2017 ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite, avendo rilevato l'esistenza di un contrasto interpretativo, avente ad oggetto l'ammissibilità del ricorso per cassazione proposto dall'indagato avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, respinta la richiesta di archiviazione, disponga la formulazione dell'imputazione, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., per un reato diverso da quello per il quale il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione.

3.1. La Sezione rimettente ha richiamato un primo orientamento, maggioritario, secondo il quale sarebbe inammissibile il ricorso per cassazione dell'indagato avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che non accolga la richiesta di archiviazione e disponga, nel contempo, la formulazione dell'imputazione relativamente ad una notizia di reato iscritta contro ignoti, in quanto unico soggetto legittimato ad impugnare, anche in questo caso, è il pubblico ministero (così Sez. 3, n. 15251 del 14/12/2016, De Bosini, Rv. 269649, in un caso in cui l'imputato aveva eccepito l'abnormità del provvedimento del giudice che aveva ordinato l'imputazione coatta relativamente ad una notizia di reato iscritta contro ignoti). Nella fattispecie data il pubblico ministero sarebbe l'unico legittimato all'impugnazione per cassazione perché, nella fase procedimentale nella quale il giudice per le indagini preliminari dispone l'imputazione coatta a carico di un nominativo non iscritto nel relativo registro, il rapporto processuale riguarda esclusivamente il giudice stesso ed il pubblico ministero e su di esso l'indagato non ha alcun interesse al preventivo controllo sulla regolarità di quella interlocuzione interna.

Inoltre, secondo l'ordinanza, l'orientamento appena richiamato si pone in continuità anche con quello precedente alla pronuncia delle Sez. U, n. 4319 del 2013, peraltro espresso sempre nelle ipotesi "fisiologiche" di imputazione coatta a carico di indagato per fattispecie di reato già iscritte nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (Sez. 4, n. 10877 del 20/01/2012, Rossi, Rv. 251986).

3.2. La Sesta Sezione ha poi rilevato che un diverso ed opposto orientamento giurisprudenziale, minoritario, assume che, qualora l'imputazione coatta imposta dal giudice abbia ad oggetto un'ipotesi di reato diversa da quella per la quale il pubblico ministero ha avanzato domanda di archiviazione, l'indagato è legittimato all'impugnazione per cassazione avverso la relativa ordinanza. In tal senso si è espressa Sez. 6, n. 34881 del 20/07/2016, Sparaciani, Rv. 267988, che valorizza il profilo secondo cui l'abnormità dell'atto del giudice, già affermata dalle Sezioni Unite citate sia per l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata sia per quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione - ipotesi ricorrente anche nella fattispecie in esame -, esclude in radice la inammissibilità del ricorso dell'indagato, atteso il radicale vizio che inficerebbe l'atto del giudice per le indagini preliminari, caratterizzato dall'esorbitanza dei poteri ad esso riconosciuti, giacché in stridente contrasto con le prerogative del pubblico ministero, unico titolare dell'azione penale. Di qui la necessità di assicurare la difesa dell'indagato ed il suo evidente interesse a vedersi tutelato nel rispetto delle regole del contraddittorio e di quelle costituzionali in ordine al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudicante.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere la seguente questione di diritto: "Se sia ricorribile per cassazione, dalla persona sottoposta ad indagine, il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordina, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., al pubblico ministero di formulare l'imputazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta stessa".

2. La questione di diritto sottoposta all'attenzione del Collegio presuppone, quale dato ormai non controverso, i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale in merito alla nozione giuridica di abnormità e all'atteggiarsi di quest'ultima con riferimento agli atti resi dal giudice per le indagini preliminari nel procedimento di archiviazione.

In merito al primo profilo, deve essere qui ribadito che ai fini dell'individuazione dell'atto abnorme si richiede, in negativo, che non si tratti di atto adottato semplicemente in violazione di norme processuali e, in positivo, che l'atto stesso si caratterizzi per contenuti talmente atipici, da renderlo estraneo all'ordinamento processuale ovvero che, pur espressione di una legittima potestà processuale, esso sia adottato al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi del processo, la impossibilità di proseguirlo ovvero la sua inammissibile regressione ad una fase processuale ormai esaurita (così, Sez. U, n. 17 del 10/12/1997, Di Battista, Rv. 209603; Sez. U, n. 26 del 24/11/1999, Magnani, Rv. 215094; Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590).

In merito al secondo profilo, Sez. U, n. 22909 del 31/05/2005, Minervini, Rv. 231163, si sono occupate del tema in relazione all'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari, non accogliendo la richiesta di archiviazione del pubblico ministero, ordini l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti mai prima indagati e per i quali il pubblico ministero non aveva formulato alcuna richiesta, disponendo nuove indagini e fissando contestualmente una nuova udienza di rinvio.

La Corte ha ritenuto l'abnormità della decisione impugnata, limitatamente alla fissazione da parte del giudice di una nuova udienza di rinvio, ritenendo che, in tal modo, il giudice aveva determinato un vincolo per le valutazioni conclusive del pubblico ministero circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio (Sez. U, Minervini, cit.).

I giudici hanno colto l'occasione per tracciare una chiara linea di demarcazione tra l'attività del pubblico ministero ed il potere di controllo del giudice nel procedimento di archiviazione.

Richiamandosi alla giurisprudenza costituzionale, hanno affermato che i confini tracciati dal legislatore sui poteri dei due organi che si occupano delle indagini preliminari sono ben definiti e conformi ai principi costituzionali dell'obbligatorietà dell'azione penale e della sua titolarità in capo all'organo requirente (art. 112 Cost.), riservando al giudice delle indagini la funzione di controllo e di impulso (v. Corte cost. n. 88 del 1991, n. 478 del 1993, n. 263 del 1991, n. 417 del 1991, n. 34 del 1994, n. 176 del 1999, n. 349 del 2002).

Il dato saliente, emergente dall'arresto in parola e che adesso si intende ribadire, attiene alla sfera di valutazione del giudice per le indagini preliminari, non limitata ad un semplice esame della richiesta finale del pubblico ministero, ma estesa al complesso degli atti procedurali rimessi al giudice dall'organo requirente, nel rispetto, però, sempre delle prerogative del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

Il travalicamento di questo limite determina, sulla base della nozione giuridica di abnormità sopra chiarita, l'abnormità della decisione.

2.1. Nel solco di questa impostazione, si inseriscono le Sez. U, Rv. 257786, le quali hanno ritenuto che, in materia di procedimento di archiviazione, sono affetti da abnormità, in quanto esorbitano dai poteri del giudice per le indagini preliminari, sia l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione, dovendo, in queste ipotesi, il giudice per le indagini preliminari limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

Questa seconda pronunzia fornisce un'ulteriore significativa indicazione ermeneutica, in quanto opera un chiaro distinguo tra le ragioni dell'abnormità dell'atto (attinenti al rapporto pubblico ministero/giudice) e gli effetti pregiudizievoli dell'atto medesimo, concernenti non soltanto l'alterazione del riparto di attribuzioni tra l'organo deputato in via esclusiva all'esercizio dell'azione penale ed il suo "controllore", ma anche il diritto di difesa della persona, imputata per effetto del provvedimento, senza mai avere potuto interloquire, da indagata, sul fatto contestatole.

3. Quanto sin qui esposto consente di concordare con quanto osservato dalla Sezione rimettente, secondo la quale può ormai considerarsi *ius receptum* il principio secondo cui è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari del tenore venuto all'odierno esame del Collegio, in quanto caratterizzato da anomalia incidente sulla delimitazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari rispetto alle potestà proprie dell'organo inquirente ed alla sua autonomia, organo inquirente destinatario di un ordine per il compimento di atti al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge.

4. Siffatta affermazione non è, tuttavia, da sola sufficiente per risolvere la questione portata all'esame delle Sezioni Unite, e cioè se sussista o meno un interesse dell'indagato ad impugnare per cassazione un provvedimento giudiziale abnorme secondo i profili appena evidenziati.

Si consideri, invero, che, anche nei casi di abnormità, ai fini della legittimazione a ricorrere non basta dedurre un vizio del provvedimento impugnato, ma occorre anche che il ricorrente abbia un interesse pratico e attuale all'annullamento dell'atto del quale deduce l'abnormità e affinché detto interesse sussista è necessario che l'impugnazione sia idonea a rimuovere un pregiudizio, considerato come conseguenza concreta derivante dagli effetti primari e diretti della pronuncia impugnata (Sez. 6, n. 25683 del 02/04/2003, Donzelli, Rv. 228307; in termini v. anche Sez. 6, n. 42542 del 06/10/2004, Marino, Rv. 231186).

Al riguardo, le Sezioni Unite hanno avuto modo di affermare che la facoltà di attivare i procedimenti di gravame non è assoluta e indiscriminata, ma è subordinata alla esistenza di una situazione in forza

della quale il provvedimento del giudice risulti idoneo a produrre la lesione della sfera giuridica dell'impugnante e la eliminazione o la riforma della decisione gravata renda possibile il conseguimento di un risultato vantaggioso.

Nell'occasione è stato altresì specificato che la legge processuale non ammette l'esercizio del diritto di impugnazione avente di mira la sola esattezza teorica della decisione o la correttezza formale del procedimento, senza che alla posizione giuridica del soggetto derivi alcun risultato pratico favorevole, nel senso che miri a soddisfare una posizione oggettiva giuridicamente rilevante e non un mero interesse di fatto (Sez. U, n. 42 del 13/12/1995, Timpani, Rv. 203093).

Coniugando tali affermazioni con la tematica che qui interessa, occorre verificare l'an ed il quantum del pregiudizio arrecato all'indagato dall'imputazione coatta "abnorme" e di conseguenza l'eventuale interesse del predetto alla rimozione dell'atto.

5. L'analisi richiede di rivolgere l'attenzione al rapporto tra imputazione coatta e diritto di difesa.

Si tratta di un tema ripetutamente affrontato dalla Corte costituzionale che, pur dichiarando sempre infondate le specifiche questioni sottoposte al suo esame, non ha tralasciato di rimarcare l'ineludibile garanzia da accordare al diritto di difesa dell'indagato nella fase camerale del procedimento di archiviazione.

Solo attraverso questa puntualizzazione il giudice costituzionale è pervenuto alla conclusione di escludere che la mancata previsione normativa dell'avviso ex art. 415-bis cod. proc. pen., nell'ipotesi di imputazione coatta, determini lesione di alcuna delle prerogative difensive, trovando queste «assicurazione nella piena ostensione della documentazione relativa alle indagini espletate (ai sensi dell'art. 408, comma 1, cod. proc. pen., il pubblico ministero deve infatti trasmettere il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari) e nel diritto di intervento dell'imputato nell'udienza camerale ex art. 409 cod. proc. pen.» (ordinanza n. 348 del 2005).

La questione successivamente riproposta è stata nuovamente dichiarata manifestamente infondata con ordinanza n. 286 del 2012.

In questa seconda occasione la Corte, richiamando la propria giurisprudenza e nello specifico l'ordinanza n. 460 del 2002, ha affermato che «la funzione dell'avviso di cui al richiamato articolo 415-bis appare essere chiaramente quella di assicurare una fase di "contraddittorio" tra indagato e pubblico ministero, in ordine alla completezza delle indagini», e che, pertanto, l'espletamento di quella fase e la garanzia di uno specifico *ius ad lo quendum* dell'indagato in tanto si giustificano, in quanto il pubblico ministero intenda coltivare una prospettiva di esercizio dell'azione penale»; pertanto «quando ricorre una ipotesi di esercizio dell'azione penale conseguente all'ordine di formulare l'imputazione a seguito di richiesta di archiviazione non accolta, il contraddittorio sulla eventuale incompletezza delle indagini trova necessariamente sede nella udienza in camera di consiglio che il giudice è tenuto a fissare ove la domanda di "inazione" del pubblico ministero non possa trovare accoglimento», sicché, tra l'altro, «nessuna lesione al diritto di difesa può prospettarsi in tale situazione, in quanto tale diritto è, nella specie, congruamente assicurato nella sede camerale che precede l'ordine di formulare l'imputazione».

In precedenza anche le ordinanze n. 491 del 2002 e n. 441 del 2004 avevano avuto modo di affermare che «ove l'esercizio dell'azione penale consegua all'ordine del giudice di formulare l'imputazione, previsto dall'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., il contraddittorio sulla eventuale incompletezza delle indagini si esplica necessariamente nell'udienza in camera di consiglio che, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, il giudice è tenuto a fissare ove non accolga la richiesta di archiviazione del pubblico ministero; [...] tale circostanza esclude dunque la configurabilità della violazione degli artt. 3 e 24 Cost., ventilata dal rimettente».

La Corte esclude che la presentazione della richiesta di archiviazione, sulla quale può innestarsi la vicenda procedimentale destinata a sfociare nell'imputazione coatta, sia accompagnata da una discovery di minore portata rispetto a quella che caratterizza la notificazione dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari. Osserva, inoltre, che anche l'assunto secondo cui nell'ipotesi prevista dalla disciplina censurata non vi sarebbe alcun obbligo di procedere all'interrogatorio dell'indagato che ne faccia richiesta non è fondato, in quanto la disciplina generale del procedimento in camera di consiglio, richiamata dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., assicura all'indagato, prima della "imputazione coatta", uno *ius ad loquendum* idoneo ad escludere la violazione dei parametri costituzionali invocati dal rimettente. Infatti, proprio con specifico riferimento all'udienza camerale ex art. 409 cod. proc. pen. la giurisprudenza di legittimità ritiene che integri l'ipotesi di nullità di cui all'art. 127, comma 3, cod. proc. pen. la mancata audizione della parte comparsa, che abbia chiesto di essere sentita.

Nei medesimi arresti i giudici hanno, infine, reputato priva di fondamento la censura secondo cui nel rito camerale «archiviativo» mancherebbe una contestazione «delineata e cristallizzata», che sarebbe invece assicurata dalla notificazione dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari. Si legge al riguardo che «la mancanza di una contestazione del fatto di reato analoga a quella prevista dall'art. 415-bis cod. proc. pen. non può considerarsi lesiva dei parametri evocati dal rimettente e, segnatamente, del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, adeguatamente salvaguardati dall'accesso completo agli atti di indagine e dallo *ius adloquendum*, riconosciuti all'indagato, l'uno e l'altro strumentali al contraddittorio garantito dinanzi al giudice nella «sede camerale che precede l'ordine di formulare l'imputazione» (ord. n. 460 del 2002).

6. L'esposizione che precede consente di svolgere una serie di considerazioni, dirimenti ai fini della soluzione della questione all'esame del Collegio:

– lo schema del rito camerale «archiviativo» non si esaurisce nella dinamica pubblico ministero/giudice (cui si correla la problematica della limitazione delle prerogative del pubblico ministero a garanzia dell'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale), ma investe anche l'indagato ed il suo diritto di difesa;

– analogamente a quanto previsto in merito all'esercizio dell'azione penale che deve essere preceduto dall'avviso ex art. 415-bis cod. proc. pen., l'imputazione coatta presuppone che l'indagato sia stato posto nelle condizioni di partecipare all'udienza camerale ed ivi interloquire sui fatti oggetto della richiesta di archiviazione;

– l'assenza di tali previsioni avrebbe esposto la norma ad inevitabile censura di illegittimità costituzionale e in questo senso il riferimento all'art. 6 della Convenzione EDU, pur non costituendo disposizione da potere invocare come parametro al fine di affermare l'incostituzionalità delle norme denunciate, dal momento che la stessa costituisce solo norma interposta al fine di accertare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., non invocato dal giudice a quo (ordinanza n. 163 del 2010), rafforzerebbe la censura di illegittimità costituzionale con riguardo all'art. 111 Cost. (ordinanza n. 286 del 2012);

– il mancato riconoscimento, nel caso concreto, delle predette garanzie all'indagato determina una lesione del diritto di difesa e di conseguenza un interesse del predetto alla rimozione del provvedimento a sé sfavorevole.

Tutto ciò induce a concordare con quella dottrina orientata a ritenere che «sulla scena dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., si profila un terzo principio costituzionale: il diritto di difesa. In questo terreno di incontro/scontro tra principi costituzionali, l'unico potere di intervento modificativo dell'imputazione che la giurisprudenza sembra lasciare in capo al giudice è costituito dalla possibilità di riqualificazione del fatto, che del resto, costituendo corretta applicazione della legge, *ius dicere* e, pertanto, attuazione del principio di legalità, si deve estendere a tutte le fasi del processo».

7. I rilievi da ultimo svolti offrono al Collegio le coordinate per risolvere il contrasto interpretativo sottoposto alla sua attenzione.

8. Ribadita ancora una volta la natura abnorme del provvedimento di imputazione coatta imposta dal giudice in relazione a soggetti o reati non contemplati nella richiesta di archiviazione, le Sezioni Unite ritengono che i principi suesposti rivelino tutte le debolezze dell'orientamento favorevole alla tesi dell'inammissibilità del ricorso dell'indagato.

Peraltro, le pronunzie ricomprese in questo indirizzo, pur convergenti nella conclusione, vi approdano attraverso percorsi argomentativi alternativi dettati anche dalla diversità delle fattispecie esaminate.

Ciò impone di procedere separatamente alla loro disamina.

a) Un primo gruppo di pronunzie (peraltro ripetutamente richiamate in successivi arresti come caposaldi dell'orientamento in parola) si riferiscono, in realtà, ad ipotesi in cui il provvedimento di imputazione coatta, oggetto di ricorso, non recava alcuna divergenza rispetto al nominativo ed al reato indicati nella richiesta di archiviazione non accolta, per cui esulava dalle ipotesi di abnormità che caratterizzano, invece, la fattispecie in esame.

Il riferimento è alla sentenza emessa da Sez. 4, n. 10877 del 20/01/2012, Rossi, Rv. 251986 (in termini anche Sez. 5, n. 6807 del 21/01/2015, DR., Rv. 262688).

In quel caso, invero, l'indagato aveva impugnato l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari deducendone la nullità per carenza della motivazione e per un vizio attinente l'opposizione della persona offesa.

La Corte aveva dichiarato inammissibile il ricorso, enunciando il principio secondo cui l'unico soggetto legittimato ad impugnare è il pubblico ministero e ritenendo che l'ordinanza adottata dal giudice non potesse essere qualificata come abnorme, perché era stata «assunta nell'ambito del potere ordinatorio riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen. Essa poteva eventualmente ritenersi illegittima, ma il suo contenuto non è sicuramente avulso dal sistema e gli effetti non sono tali da pregiudicare in concreto lo sviluppo del processo».

I giudici precisavano, altresì, che “solo” qualora il provvedimento impugnato fosse affetto da abnormità ne sarebbe consentita l'impugnazione al di fuori del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Nel caso di specie, l'atto poteva eventualmente essere ritenuto illegittimo, ma non abnorme in quanto assunto nell'ambito dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento, (anche se i presupposti che ne legittimano l'emanazione sono stati ritenuti sussistenti in modo errato) e il pubblico ministero poteva sempre compiere il successivo atto senza incorrere in alcuna nullità.

Queste affermazioni conferiscono, dunque, al principio di diritto enunciato dalla Corte una portata più limitata, circoscritta alle ipotesi di patologie dei provvedimenti non trasbordanti nell'abnormità.

In questi casi, è agevole ritenere che la conformità del provvedimento adottato allo schema disciplinato dall'art. 409 cod. proc. pen. escluda ogni lesione del diritto di difesa dell'indagato (posto nelle condizioni di interloquire all'udienza camerale sulla sussistenza della contestazione nei suoi confronti) e, per l'effetto, la legittimazione del predetto ad impugnare il provvedimento avente natura ordinatoria. b) Confacente, invece, alla fattispecie in esame è un secondo gruppo di arresti che, pur in presenza dell'abnormità dell'atto, ne ha escluso l'impugnabilità da parte dell'indagato/imputato.

Tra questi, Sez. 3, n. 15251 del 14/12/2016, dep. 2017, De Bosini, Rv. 269649, senza operare alcun distinguo tra atto abnorme e atto puramente illegittimo (tanto da richiamare le suindicate Sez. 5, n. 6807/15 e Sez. 4, n. 10877/12), ha ritenuto «inammissibile l'impugnazione proposta con ricorso per cassazione dall'indagato, avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che non accolga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione, ex art. 409, comma 5, cod. proc. pen., in quanto unico soggetto legittimato ad impugnare è, in tal caso, il pubblico ministero».

Nell'arresto in commento, i giudici hanno rilevato che nell'ordinamento giuridico non è previsto un diritto dell'indagato (o dell'indagando) ad impugnare l'ordine del giudice per le indagini preliminari che disponga l'imputazione coatta, ancorché il pubblico ministero non abbia ancora proceduto all'iscrizione del nominativo nel registro degli indagati, perché, in questa fase, l'interlocuzione è esclusivamente tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero il quale, nella specie, si riteneva aver prestato «implicitamente acquiescenza all'ordine del giudice per le indagini preliminari, procedendo alla preventiva iscrizione del ricorrente a modello 21, ed esercitando conseguentemente l'azione penale».

La Corte, nel corpo della motivazione, dimostra, tuttavia, di non trascurare le affermazioni delle Sezioni Unite nella sentenza n. 4319 del 28/11/2013, dep. 2014, L., in tema di lesione del diritto di difesa, dalle quali ritiene di non discostarsi in ragione della peculiarità del caso concreto.

Nella fattispecie, invero, era accaduto che il pubblico ministero, in ottemperanza a quanto disposto dal giudice per le indagini preliminari, aveva proceduto all'iscrizione del nominativo, indicato nel provvedimento, nel registro degli indagati ed aveva esercitato nei confronti del “neo indagato” l'azione penale attraverso la richiesta di decreto penale di condanna. Soltanto a seguito dell'emissione di questo da parte del g.i.p. il ricorrente era venuto a conoscenza dell'imputazione coatta disposta nei suoi confronti.

Secondo la Corte di cassazione, «nella specifica ipotesi in esame, sicuramente il ricorrente non aveva la legittimazione ad impugnare perché non aveva neanche un interesse pretensivo al controllo sulla regolarità dell'interlocuzione interna tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero, potendo formulare la richiesta relativa solo nell'ipotesi in cui il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale, nell'alveo del meccanismo disegnato dall'art. 413 cod. proc. pen.».

Al di là di tale ultima notazione, deve rilevarsi che, nel caso in esame, l'imputato era privo di interesse ad impugnare il provvedimento di imputazione coatta per l'assenza, in concreto, di alcun pregiudizio subito.

L'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta del decreto penale di condanna avrebbe, invero, comunque esonerato l'organo dell'accusa (ove anche il giudice si fosse correttamente limitato ad ordinare l'iscrizione del nominativo dell'indagando nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.) dal compiere l'avviso ex art. 415-bis cod. proc. pen.

Come è agevole cogliere, si tratta di un caso del tutto peculiare, in ragione anche del momento in cui l'indagato ebbe ad avere notizia del provvedimento del gip a lui sfavorevole, nel quale non si registra in danno del predetto alcuna menomazione del diritto di interlocuzione per impedire l'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti. Da qui il difetto di un interesse concreto ad impugnare la decisione emessa dal giudice.

c) Un terzo gruppo di arresti affronta la questione oggi dibattuta sotto un diverso angolo prospettico e perviene all'inammissibilità del ricorso proposto dal soggetto, sfavorevolmente colpito dal provvedimento di imputazione coatta abnorme, in ragione della non irreversibilità del pregiudizio subito dal predetto.

Così, Sez. 5, n. 32753 del 19/05/2014, Fasanella, in una fattispecie in cui l'imputazione coatta era stata disposta nei confronti di un soggetto diverso da quelli iscritti nel registro delle notizie di reato, ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'indagato sulla base del seguente ragionamento: «la abnormità del provvedimento garantisce l'ammissibilità del ricorso solo a fronte di atti caratterizzati da assoluta peculiarità rispetto al sistema legale del processo ovvero tali da determinare l'impossibilità di prosecuzione del processo (Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590). La categoria presenta, invero, indubbi caratteri di eccezionalità, in relazione alla deroga che viene attuata al principio di tassatività delle nullità (art. 177 cod. proc. pen.) e dei mezzi di impugnazione (art. 568 cod. proc. pen.), talché essa, come precisato dalla sentenza n. 25957 del 2009 appena menzionata, è ravvisabile solo in mancanza di ulteriori strumenti di gravame *lato sensu*, ovvero in assenza di possibilità offerte dal sistema per rimediare con prontezza all'anomalia della pronuncia giudiziale nell'ambito dello sviluppo processuale e delle sue fasi».

La Corte non precisa, tuttavia, in che termini il pregiudizio subito dall'imputato sarebbe nel caso specifico ovviabile, in quanto dalla premessa in diritto passa direttamente alla conclusione per cui «l'abnormità non consente di estendere la platea dei legittimati attivi a proporre ricorso per cassazione, rispetto al novero dei soggetti già individuati dal vigente ordinamento processuale».

La lacuna non si riscontra, invece, in Sez. 2, n. 47613 del 18/10/2016,

Bongiorno, la quale ha ritenuto che «il diritto al contraddittorio dell'indagato nella fase delle indagini preliminari non può essere assicurato anche nella fase della richiesta di archiviazione ed ella conseguente imputazione coatta poiché a seguito di tale ordine non si verifica il diretto rinvio a giudizio bensì il procedimento trova successivi snodi nei quali l'indagato può esercitare conformemente a quanto previsto dalla legge il proprio diritto di difesa. Si pensi, infatti, che a seguito dell'ordine di imputazione formulato dal giudice e diretto al pubblico ministero questi dovrà procedere alla chiusura delle indagini e quindi ad inviare l'avviso di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen., in occasione del quale l'indagato potrà formulare mediante memorie le proprie richieste ed anche chiedere di essere sentito. Ancor dopo segue l'udienza preliminare nella quale l'indagato ha piena possibilità nel contraddittorio con il pubblico ministero e di fronte al giudice terzo di far valere le proprie ragioni con specifico riferimento all'esito delle indagini preliminari ed al materiale probatorio sin lì raccolto, deducendo anche la non adeguatezza dello stesso per sostenere l'accusa in giudizio. A fronte di un così vasto quadro di possibilità deve quindi essere escluso che il diritto al contraddittorio nella fase delle indagini, che pure deve ritenersi limitato in ragione della strumentalità delle stesse alla raccolta delle prove, possa esser anticipato sin dalla fase dell'imputazione coatta di cui all'art. 409, comma 5, cod. proc. pen. e consenta all'indagato di impugnare per abnormità detto provvedimento che attiene esclusivamente ai rapporti tra giudice per le indagini preliminari e pubblico ministero e non prevede alcun autonomo mezzo di gravame. Unico legittimato ad impugnare detto provvedimento anche per abnormità rimane pertanto sempre il pubblico ministero al quale l'ordine del giudice si rivolge. In ogni caso, nella specie (provvedimento che aveva disposto la formulazione dell'imputazione in relazione a titoli di reato diversi da quelli oggetto di iscrizione), l'ordinanza adottata dal giudice non può qualificarsi come abnorme, perché è stata in ogni modo assunta nell'ambito del potere ordinatorio riconosciutogli ai sensi dell'art. 409 c.p.p., comma 5. Essa può eventualmente ritenersi illegittima, ma il suo contenuto non è sicuramente avulso dal sistema e gli effetti non sono tali da pregiudicare in concreto lo sviluppo del processo».

L'arresto in commento contiene una serie di affermazioni che il Collegio ritiene di non condividere:

– il diritto al contraddittorio dell'indagato nella fase delle indagini preliminari non può essere assicurato anche nella fase della richiesta di archiviazione; principio, questo, in apparente contrasto, oltre che con il dato normativo, con quanto ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale secondo cui la

disciplina generale del procedimento in camera di consiglio, richiamata dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., assicura all'indagato, prima della "imputazione coatta", uno ius ad loquendum idoneo ad escludere la violazione dei parametri costituzionali;

– a seguito dell'ordine di imputazione formulato dal giudice e diretto al pubblico ministero questi dovrà procedere alla chiusura delle indagini e quindi ad inviare l'avviso di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen., in occasione del quale l'indagato potrà formulare mediante memorie le proprie richieste ed anche chiedere di essere sentito; affermazione, questa, difforme rispetto alla giurisprudenza consolidata (*ex multis*, Sez. 6, n. 45126 del 22/10/2014, Grimaldi, Rv. 260824; Sez. 4, n. 48033 del 19/11/2009, Caldarar, Rv. 245795; Sez. 6, n. 5369 del 08/10/2002, dep. 2003, Taormina, Rv. 223690) e che sembra non tener conto della richiamata giurisprudenza costituzionale (cfr., Corte cost., ord. n. 460 del 2002 e ord. n. 491 del 2002);

– l'ordinanza che dispone la formulazione dell'imputazione in relazione a titoli di reato diversi da quelli oggetto di iscrizione non può qualificarsi come abnorme, in quanto assunta nell'ambito del potere ordinatorio riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen.; affermazione, questa, che pone la decisione in questione in contrasto con quanto ritenuto dalle Sezioni Unite n. 4319 del 28/11/2013, dep. 2014, L., ed oggi ribadito dal Collegio.

Sulla scia della pronuncia da ultimo esaminata, Sez. 6, n. 49093 dell'11/10/2017, Russo, Rv. 271499, non trascurando, anch'essa, il profilo delle garanzie del diritto di difesa, ha affermato che il soggetto, nei cui confronti è stata formulata l'imputazione, pur non legittimato a ricorrere per cassazione, non resta privo di tutela: «ed invero, secondo il fisiologico sviluppo del procedimento, l'imputazione coatta deve essere preceduta dal contraddittorio in camera di consiglio, che solo giustifica sul piano delle garanzie il venir meno dell'obbligo per il pubblico ministero di inviare l'avviso ex art. 415-bis cod. proc. pen.

Correlativamente, la circostanza che l'epilogo della fase delle indagini preliminari sia stato contrassegnato dall'anomalia rappresentata dall'emissione dell'ordine di formulare l'imputazione, non preceduto dall'udienza nella quale deve essere assicurato il contraddittorio tra le parti interessate, implica che venga ad assumere rilievo la mancata comunicazione dell'avviso ex art. 415-bis cod. proc. pen., ciò che l'imputato può utilmente dedurre in sede di udienza preliminare o, in mancanza di questa, dinanzi al giudice del dibattimento».

Il ragionamento non pare poter essere condiviso.

I giudici, pur riconoscendo il pregiudizio subito dall'imputato per la mancata interlocuzione all'udienza camerale innanzi al giudice, lo ritengono ovviabile attraverso lo strumento dell'art. 415-bis cod. proc. pen., omettendo di considerare la non operatività di questa norma nel caso di imputazione coatta.

Al riguardo, a quanto già esposto nei paragrafi che precedono deve, ora, aggiungersi, mutuando le affermazioni della Corte cost., n. 286 del 2012, che «il meccanismo procedimentale basato sull'avviso previsto dall'art. 415-bis cod. proc. pen. è diverso da quello relativo all'imputazione coatta, perché l'avviso in questione è diretto a consentire all'indagato l'esplicazione di un'ulteriore attività difensiva, che potrebbe incidere sulle determinazioni del pubblico ministero, inducendolo a richiedere l'archiviazione, mentre dopo l'ordine del giudice per le indagini preliminari di formulare l'imputazione viene meno qualunque ulteriore spazio per l'attività difensiva; infatti, se il giudice delle indagini preliminari, all'esito della udienza camerale avente ad oggetto la decisione sulla richiesta di archiviazione del pubblico ministero, ritiene che la notizia di reato non sia infondata e che debba dunque farsi luogo all'esercizio dell'azione penale, né il pubblico ministero né l'indagato sono in grado di contrastare tale valutazione (Sez. 6, n. 5369 del 08/10/2002, dep. 2003, Taormina, Rv.223690)».

In definitiva, contrariamente a quanto sostenuto in sentenza, l'avviso ex art. 415-bis, cod. proc. pen., non può sanare la violazione del diritto di difesa patita dall'indagato all'udienza camerale ex art. 409 cod. proc. pen., per la semplice ragione che, una volta definito il procedimento archiviativo con l'emissione dell'ordinanza di imputazione coatta, la norma di garanzia anzidetta non trova alcuno spazio di operatività.

9. A differenza dell'indirizzo maggioritario appena esaminato, quello c.d. minoritario sembra coerente con i principi di diritto suesposti. Secondo Sez. 6, n. 34881 del 20/07/2016, Sparaciarì, Rv. 267988, sussiste la legittimazione dell'indagato a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dispone la formulazione dell'imputazione, ex art. 409, comma 5, cod. proc. pen., in ordine a reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione. Il percorso argomentativo seguito prende avvio dalle affermazioni contenute nella sentenza delle Sez. U, n. 4319 del 28/11/2013, dep. 2014, L., in ordine alla abnormità sia dell'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia di quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione.

Si afferma, in particolare, che «l'anomalia strutturale realizzatasi nel procedimento attraverso l'esercizio da parte del giudice per l'udienza preliminare di poteri di surroga delle attribuzioni del pubblico ministero integra la figura dell'atto abnorme, che deve essere annullato per ripristinare il corretto svolgimento del procedimento, attraverso le determinazioni che il pubblico ministero vorrà formulare rispetto alle segnalazioni provenienti dal giudice per le indagini preliminari».

Passando, quindi, al profilo che qui interessa, la Corte, in consapevole contrasto con l'indirizzo maggioritario seguito dalla giurisprudenza di legittimità, chiarisce che «non appare possibile dubitare della legittimazione a proporre impugnazione dell'indagato [...] sia per l'accertata ricorrenza di un atto abnorme, ipotesi chiaramente esclusa dalla valutazione sull'inammissibilità del ricorso contenuta nella decisione richiamata, sia soprattutto per la presenza dell'interesse diretto dell'indagato il quale, nel caso in cui il pubblico ministero non ritenga di reagire con l'impugnazione, si troverebbe dinanzi all'intervenuto esercizio dell'azione penale, in mancanza della necessaria interlocuzione in contraddittorio prevista a garanzia dei diritti delle parti dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., così come efficacemente ribadito dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 286 del 2012 a conferma di precedenti decisioni della medesima autorità sul punto (ord. n. 460 e n. 491 del 2002 e ord. n.441 del 2004)».

10. Il percorso argomentativo svolto conduce le Sezioni Unite a concludere nel senso che l'imputazione coatta per fatti non contemplati dal pubblico ministero nella richiesta di archiviazione incide pesantemente sulla possibilità per l'indagato di interloquire sull'accusa e sulla sua legittimità e, in ultima analisi, sulla possibilità di difendersi per impedire di essere sottoposto a processo; interesse questo per nulla soddisfatto dalle possibilità difensive offerte dall'ordinamento nel prosieguo procedimentale.

In questa situazione, l'indagato è, dunque, pienamente legittimato ad impugnare il provvedimento a lui sfavorevole per ottenerne la rimozione.

11. L'odierna questione controversa può, pertanto, essere risolta con la formulazione del seguente principio di diritto: "È atto abnorme e quindi ricorribile per cassazione anche dalla persona sottoposta ad indagine il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordina, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., che il pubblico ministero formuli l'imputazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta".

12. Tornando ora al caso concreto sottoposto alla valutazione della Corte, giova ribadire che l'ordinanza impugnata, a fronte di una richiesta di archiviazione riferita alla ipotesi di indagine di cui al reato di tentata corruzione (artt. 56 e 317 cod. pen.), ha disposto l'imputazione coatta per i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 392 cod. pen.) e di violenza privata (art. 610 cod. pen.).

Per quanto riguarda il reato di violenza privata non può dubitarsi che si tratta di una fattispecie non delibata da parte del pubblico ministero, del tutto estranea alle condotte per le quali il rappresentante della pubblica accusa aveva chiesto l'archiviazione della notizia di reato. Sul punto pertanto, in applicazione delle regole di diritto appena enunziate e delle ragioni esposte, deve ritenersi abnorme l'ordinanza in esame e sussistente l'interesse dell'indagato ad impugnarla. Conseguisce l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza stessa e la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Teramo affinché provveda, comunque, all'iscrizione della notizia di reato indicata dal giudice nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

A diverse conclusioni occorre pervenire in riferimento all'ordinanza in esame nella parte in cui l'imputazione coatta è stata disposta per il delitto di cui all'art. 393 cod. pen., giacché al riguardo non ricorre l'ipotesi di nuova contestazione di reato rispetto alla quale manchi l'iniziativa del pubblico ministero, bensì quella di una diversa qualificazione della condotta per la quale il pubblico ministero aveva comunque promosso l'azione penale, di guisa che il giudizio espresso risulterebbe coerente con la disciplina procedimentale vigente e rispettosa del riparto di poteri (Sez. 1, n. 47919 del 29/09/2016, Guarneri, Rv. 268138; Sez. 2, n. 31912 del 07/07/2015, Giovinazzo, Rv. 264509; Sez. 5, n. 24030 del 04/06/2015, Richetto; Sez. 6, n. 34284 del 22/06/2011, Polese, Rv. 250836).

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata limitatamente all'ordine di formulazione della imputazione per il reato di cui all'art. 610 cod. pen.; dispone la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica di Teramo. Rigetta nel resto il ricorso.

[Omissis]

MENA MINAFRA

Dottore di ricerca in Sistema penale e processo – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione

The accused person has the right to appeal the decision with which the Preliminary investigation Judge orders the Public Prosecutor to charge the accused persons under different facts from those related to the request to drop the case

Con la pronuncia in commento la Corte di Cassazione stabilisce che il provvedimento di imputazione coatta avente ad oggetto fatti diversi da quelli interessati dalla richiesta di archiviazione è *extra ordinem*, esorbitando dall'ambito inerente alla funzione di controllo del giudice, e potendo produrre effetti che ricadono sul diritto di difesa.

According to the United Sections of the Court of Cassation, when the Preliminary investigation Judge requests the Public Prosecutor to bring the accusations against the suspect, the charge related to facts other than the ones relevant in the request to drop the case submitted by the Public Prosecutor to the Judge is extra ordinem.

PREMESSA

La questione sottoposta al vaglio di legittimità involge il “controverso” potere dell'indagato di adire la Suprema Corte contro il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari ha respinto la richiesta di “non azione”¹ ed ha disposto la formulazione della imputazione per un reato diverso² da quello dal quale il pubblico ministero aveva preso le mosse per l'esercizio delle sue prerogative.

La sentenza che si annota, in particolare, si pone in continuazione dell'opera *finium regundorum* dei poteri dell'autorità giudiziale in caso di emersione dalle risultanze delle indagini di profili di novità oggettiva della notizia di reato rispetto alla inazione (*rectius*, rinuncia all'esercizio dell'azione penale)³ del

¹ U. Pioletti, *Azione penale e archiviazione*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, p. 404; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994; F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1956, p. 138; G. Riccio, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1992.

² La nozione giurisprudenziale di fatto “diverso” è abbastanza elastica, essendo circoscrivibile tra una soglia minima ed una massima. La soglia minima è rappresentata dalla semplice “puntualizzazione” della ricostruzione storica contenuta nel decreto dispositivo del giudizio, che lascia invariati gli elementi costitutivi (condotta, oggetto) ed i riferimenti spazio-temporali (Cass., sez. VI, 17 giugno 2013, n. 26284, in *CED Cass.*, n. 25686). Al di sotto di tale limite, vi è la diversa valutazione degli elementi descrittivi dell'imputazione, che non è qualificabile come fatto “diverso” e non è assistita dalle relative garanzie difensive (Cass., sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 12800). La soglia massima si ha quando i connotati materiali della fattispecie si presentano differenti rispetto a quelli originari, senza tuttavia essere radicalmente difforni per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento, per cui il fatto emerso non può definirsi del tutto diverso da quello contestato (Cass., sez. VI, 4 aprile 1995, n. 3606 e Cass., sez. III, 23 aprile 1994, n. 4723). La disciplina del fatto “diverso” è poi estesa, dalla stessa legge, al reato connesso per continuazione o concorso formale ed all'elevazione di una circostanza aggravante.

³ Tra le prime costruzioni dogmatiche in tema di azione penale, si ricordi L. Lanza, *Principi di diritto processuale penale secondo il nuovo codice di procedura penale*, Roma, Athenaeum, 1914; S. Rarineri, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928; E. Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. I: le dottrine generali del processo penale*, Napoli, Jovene, 1934. Per una puntuale rassegna critica della dottrina sul concetto di azione penale, si rinvia a A. Marrucci, *I rapporti fra giudice istruttore e pubblico ministero. Azione penale e sentenza istruttoria*, Busto Arsizio, Pianezza, 1949, p. 109.

pubblico ministero, su cui si sono pronunciate la Corte costituzionale prima e, successivamente, le Sezioni unite della Cassazione nel 2005. Queste ultime, in particolare, pur chiarendo che «la funzione di controllo della scelta abdicativa del pubblico ministero, in applicazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, non può essere confinata nei limiti fissati dall'organo dell'accusa, ma va estesa a tutti gli atti dell'indagine preliminare, che debbono essere valutati nella loro totalità»⁴ e, dunque, «che le disposizioni dell'art. 409 c.p.p., commi 4 e 5, concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa»⁵, non hanno risolto il contrasto giurisprudenziale inerente alla legittimazione dei soggetti preposti all'impugnativa del provvedimento giurisdizionale ritenuto abnorme emesso ai sensi dell'art. 409, comma 5, c.p.p.⁶

LA QUESTIONE OGGETTO DI REMISSIONE

L'occasione è originata dal ricorso per Cassazione presentato da un indagato avverso l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari ha rigettato la richiesta di archiviazione nei confronti dello stesso per il reato di tentata concussione (artt. 56 e 317 cod. pen.), disponendo, *ex art.* 409⁷, comma 5,

⁴C. cost., sent. 30 dicembre 1993 n. 478, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 92, secondo cui una volta formulata la richiesta di archiviazione, il *thema decidendum* che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma «del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità dell'inazione del pubblico ministero»; altresì, C. cost., ord. 18 maggio 1999 n. 176, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1741.

⁵Si tratta di Cass., sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1638 con nota di F. Varone, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*; Cass. pen., 2006, p. 1125, con nota di A. Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*. Altresì, cfr., Cass., sez. V, 6 giugno 2013, n. 27805, con nota di G. Leo, *Alle Sezioni unite, nuovamente, il problema dei poteri del giudice dell'archiviazione riguardo a fatti e persone non compresi nella richiesta del pubblico ministero*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2013.

⁶La compatibilità con la Carta Costituzionale del potere di intervento dell'autorità giudicante a controllo dell'azione penale è stata oggetto di numerose questioni di legittimità costituzionale sottoposte alla Consulta (C. cost. 28 gennaio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586; C. Cost. 22 dicembre 1993, n. 478, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1168) come, peraltro, ha suscitato perplessità in dottrina, nel cui ambito cfr., per esempio, A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, Giuffrè, 1993 dove, con riferimento al comma quinto dell'art. 409 c.p.p. si sostiene che in questa circostanza «è sostanzialmente il giudice che agisce, è il giudice che diventa accusatore» e vengono stravolte le regole del sistema accusatorio al quale dovrebbe informarsi il processo penale italiano a seguito del codice di rito del 1988, violando «la direttiva n. 1 della legge delega per il nuovo c.p.p. secondo cui il processo penale deve ispirarsi ai caratteri del modello accusatorio, e quindi l'art. 77 Cost. che prevede l'obbligo del legislatore delegato di uniformarsi alle direttive fissate dalla legge delega» e eccedendo la delega dal momento che nella direttiva n. 50 l'imputazione coatta non è esplicitata tra gli esiti dell'udienza che si può svolgere a seguito della richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 409, comma 2, c.p.p.. L'Autore avanza poi dei dubbi di incompatibilità del dettato dell'art. 409, comma 5, c.p.p. anche con riferimento all'art. 112 Cost. e, pur non tacendo l'orientamento della Consulta volto ad escludere un'esclusività della titolarità di quest'obbligo, eccepisce che da tale norma costituzionale deriva «il divieto di sottrazione al pubblico ministero della titolarità dell'azione in ipotesi determinate». Per una ampia esposizione delle teorie sorte, in ambito civilistico, sul concetto di azione, cfr. E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.; A. Pekelis, *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 31 ss., con appendice di E. Tullio, p. 46; R. Orestano, «Azione I. L'azione in generale», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785. Più recentemente, M.T. Bene, *La dogmatica dell'azione penale. Influenze civilistiche ed errori di metodo*, Napoli, Jovene, 1997; E. Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 911; M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 173; A. Scalfati, *Ammissibilità della rimessione nella fase di controllo sulla richiesta di archiviazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.

⁷Con la legge n. 103 del 2017 – cd riforma Orlando –, la disciplina del procedimento di archiviazione (art. 409 c.p.p.) è stata modificata essenzialmente al fine di velocizzare la decisione conclusiva del giudice per le indagini preliminari (in questo senso, S. Lorusso, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 1, p. 1; G. Spangher, *Prime considerazioni di sistema sulla riforma Orlando*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 31 marzo 2017). Secondo Autorevole dottrina «La parte che avrebbe meritato una più attenta riflessione, la fase delle indagini preliminari (in particolare, quanto all'autonomia effettiva del giudice rispetto alle richieste del pubblico ministero, profilo nemmeno sfiorato dalla riforma) ha subito ritocchi di corto respiro e, per alcune categorie di operatori giudiziari, persino indigesti». Così, letteralmente, A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in A. Scalfati (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103. Con aggiornamento online*, Torino, Giappichelli, 2017. Difatti, la riforma si «preoccupava» solo di definire i tempi concessi al giudice per le indagini preliminari, il quale, se non accoglie la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, deve fissare, entro tre mesi, l'udienza camerale di cui al comma 2; inoltre, qualora, al termine di tale udienza, non ritenga necessario il compimento di ulteriori indagini, ha di nuovo tre mesi di tempo per provvedere «sulle richieste», ossia, in breve, per decidere se emettere ordinanza di archiviazione, oppure chiedere al pub-

c.p.p., che il pubblico ministero formulasse l'imputazione⁸ per i diversi reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 393 cod. pen.) e di violenza privata (art. 610 cod. pen.), ipotesi ricavate dagli elementi emersi dalle acquisizioni processuali e dalla relativa ricostruzione della vicenda⁹.

Nei motivi di ricorso, l'indagato ha lamentato che l'effetto della violazione degli artt. 409 c.p.p., 111 e 112 Cost. comporta l'abnormità del provvedimento impugnato, richiamando, a sostegno, la giurisprudenza delle Sezioni Unite¹⁰ secondo la quale sono affetti da abnormità i provvedimenti di archiviazione che esorbitano dai poteri del giudice per le indagini preliminari, tra cui l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non (ancora) indagata e quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione, dovendo, in queste ipotesi, il giudice limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.¹¹.

La sezione adita, facendo proprio il principio di diritto già espresso, ha tuttavia rilevato l'esistenza di contrasto esegetico.

Scontata la sussistenza del vizio di abnormità¹² del provvedimento impugnato – sebbene non sia mancato qualche “disallineamento”¹³ –, la Corte si è posta il problema della legittimazione dell'indagato a proporre ricorso per Cassazione sul presupposto secondo cui, anche nei casi di abnormità, per proporre impugnazione non basta esserne astrattamente legittimati, ma occorre che si sia verificata un'“effettiva lesione”¹⁴, e, quindi, che esista un interesse¹⁵, concreto ed attuale¹⁶ (art. 568, comma 4, e

blico ministero di formulare l'imputazione. Due sono le possibili notazioni: ci si è preoccupati di stabilire precise scansioni temporali per la fissazione dell'udienza e per le decisioni a essa successive, ma nulla viene detto in relazione al periodo precedente, che va dalla formulazione della richiesta di archiviazione da parte dell'accusa alla prima decisione del giudice sull'accogliibilità della medesima. In secondo luogo, si tratta sempre e comunque di termini ordinatori, che pertanto non ingenerano alcuna conseguenza sulla validità della procedura. Scompare il comma 6 dell'art. 409 c.p.p., per far spazio alla neo introdotta disciplina di cui all'art. 410-bis c.p.p., *infra* nota n. 61. Un'analisi della riforma in anteprima è offerta in A. Scalfati, (a cura di) *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103. Con aggiornamento online*, cit.; G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 1, p. 88; G. Spangher, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017;

⁸Sull'imputazione “coatta”, cfr. C. Conti, *L'archiviazione*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 797; M. Ferraioli, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, Cedam, 2014, p. 137. La questione è stata posta anche da Cass., sez. V, 25 giugno 2013, n. 27805, in *Cass. pen.*, 2014, n. 3, p. 315 ss., con nota di E.A. Dei-Cas, *Sull'abnormità dell'imputazione coatta “oggettivamente diversa”*.

⁹In dottrina si veda M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a Cass., sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437 ss.

¹⁰Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 4319, con nota di G. Angiolini, *I limiti del controllo sull'adempimento dell'obbligo costituzionale di esercizio dell'azione penale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* nonché A. Macrillò, *Nuovi casi di abnormità “funzionale” nell'attività giurisdizionale di controllo sulla richiesta di archiviazione*, in *Proc. pen. giust.*, 4, 2014, pp. 72-80.

¹¹Conformi, *ex multis*, Cass. sez. VI, 12 agosto 2016, n. 34881; Cass., sez. V, 25 giugno 2013, n. 27805; Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 245476; Cass., sez. III, 27 maggio 2009, n. 244565; Cass., sez. VI, 15 dicembre 2009, n. 246136; Cass., sez. IV, 21 febbraio 2007, n. 236667.

¹²Per un approfondimento del tema, V. Maffeo, *L'abnormità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali, profili statici e dinamici*, Torino, Utet, 2015. In precedenza, R. Cantone, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 184; C. Iasevoli, voce *Abnormità (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2004, p. 13; G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, Cedam, 2003.

¹³Cass., sez. II, 18 ottobre 2016, n. 47613, richiamata al §8 della sentenza, nella quale – con riferimento ad un caso di imputazione coatta per un reato diverso – si legge: «l'ordinanza adottata dal Giudice dell'udienza preliminare non può qualificarsi come abnorme, perché è stata in ogni modo assunta nell'ambito del potere ordinatorio riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 409 c.p.p., comma 5. Essa può eventualmente ritenersi illegittima, ma il suo contenuto non è sicuramente avulso dal sistema e gli effetti non sono tali da pregiudicare in concreto lo sviluppo del processo».

¹⁴Come sostenuto in dottrina, l'interesse va, pertanto, correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se il gravame sia idoneo a costituire, attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante. Sul tema si rimanda alla compiuta disamina di A. Marandola, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2012. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 7 aprile 2016, n. 17686, in *Cass. pen.*, 2017, p. 738.

¹⁵Per un'analisi storica dettagliata sul concetto d'interesse si veda S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁶L'interesse, nella laconicità del testo codicistico – che si limita a richiederne l'esistenza – è stato definito dalla giurisprudenza in numerose occasioni come “oggettivo”, e cioè l'impugnazione non deve essere volta alla realizzazione di un interesse

591, comma 1, lett. a), c.p.p.) derivato dallo svantaggio che il provvedimento produce e dalla prospettiva di nuova decisione favorevole¹⁷. In altre parole, il rapporto simbiotico tra legittimazione e interesse si articola in una maniera tale per cui, mentre la legittimazione appartiene alla “statica giuridica”, l’interesse concretizza la “dinamica giuridica”¹⁸.

Il caso è problematico.

Sul punto, è opportuno notare che un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene inammissibile il ricorso con il quale l’imputato eccepisca tale abnormità¹⁹.

Secondo tale posizione, l’unico soggetto legittimato ad impugnare è il pubblico ministero, poiché «non è previsto nell’ordinamento giuridico un diritto dell’indagato (o dell’indagando) ad impugnare l’ordine del giudice per le indagini preliminari che disponga l’imputazione coatta, ancorché il pubblico ministero non abbia ancora proceduto all’iscrizione del nominativo nel registro degli indagati, perché, in questa fase, l’interlocuzione è esclusivamente tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero». Ove quest’ultimo presti implicitamente acquiescenza all’ordine del giudice per le indagini preliminari, procedendo alla preventiva iscrizione del ricorrente a modello 21 ed esercitando conseguentemente l’azione penale, la persona oggetto dell’imputazione non è legittimata all’impugnazione, nonostante l’abnormità dell’atto del giudice che la ha coattivamente determinata, non essendo essa titolare di un «interesse pretensivo al controllo sulla regolarità dell’interlocuzione interna tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero» al di fuori del meccanismo disegnato dall’art. 413 cod. proc. pen.²⁰.

Un diverso e opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene sussistere anche per l’indagato la legittimazione a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dispone la formulazione dell’imputazione, ex art. 409, comma 5 c.p.p., in ordine a reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l’archiviazione.

L’abnormità dell’“ordine” del giudice per le indagini preliminari, in tal caso, escluderebbe in radice l’inammissibilità del ricorso dell’indagato²¹, atteso che, trattandosi di un’alterazione destrutturante lo schema legale prefissato, la difesa – così come ogni altro soggetto del procedimento – ha interesse a vedersi tutelata[o], nel rispetto delle regole²²: il pregiudizio, dunque, nel caso di specie, è ravvisabile

meramente soggettivo, ma deve perseguire un fine ritenuto meritevole di tutela da parte dell’ordinamento giuridico nel suo complesso; cfr., Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, Timpani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 788; Id., 27 settembre 1995, Serafino, in *Mass. uff.*, n. 202268; Cass., sez. VI, 6 ottobre 2004, n. 42542. Id., 29 maggio 2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883.

¹⁷ F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 218-219. Come rivela la Cassazione penale con sentenza del 14 febbraio 1997, Capozzi, in *C.e.d. Cass.*, n. 208003: “L’interesse rileva non solo quando l’imputato, attraverso l’impugnazione, si riprometta di conseguire effetti penali più vantaggiosi (quali, ad esempio, l’assoluzione o la mitigazione del trattamento sanzionatorio), ma anche quando si prospettino delle conseguenze extrapenali più favorevoli, come quelli che l’ordinamento, rispettivamente, fa derivare dall’efficacia del giudicato delle sentenze di condanna o di assoluzione nei giudizi di danno (artt. 651 e 652 c.p.p.), dal giudicato di assoluzione nel giudizio disciplinare (art. 653 c.p.p.) e del giudicato delle sentenze di condanna e di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi (art. 654 c.p.p.)”.

¹⁸ Sul punto, G. Spangher, *Impugnazioni penali*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 217. Nelle norme dedicate alla legittimazione ad impugnare, infatti, il legislatore compie una valutazione aprioristica sull’interesse ad impugnare, individuando *ex ante* quei soggetti che astrattamente sono titolari del diritto di proporre contestazione contro una sentenza giudiziaria. L’interesse ad impugnare, invece, impone che il giudice valuti caso per caso la meritevolezza e l’apprezzabilità delle pretese secondo l’ordinamento giuridico. Tale presupposto, insomma, si comporta come un filtro che opera una cernita degli interessi che possono giustificare la proposizione di una impugnazione.

¹⁹ Cass., sez. III, 14 dicembre 2016, n. 15251, in *CED Cass.*, n. 269649, con riferimento ad ordine di imputazione coatta relativo a notizia di reato iscritta contro ignoti.

²⁰ Cass. sez. IV, 20 gennaio 2012, n. 10877, in *CED Cass.*, n. 251986; Cass., sez. V, 21 gennaio 2015, n. 6807, in *CED Cass.*, n. 262688; si veda anche Cass., sez. II, 21 settembre 2016, n. 46380, in *CED Cass.*, n. 268436, che ha affermato l’inammissibilità dell’impugnazione proposta dall’indagato avverso l’ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, nel respingere la richiesta di archiviazione contro ignoti, disponga l’identificazione dei soggetti da indagare ed indichi le ulteriori indagini da compiere.

²¹ D’altronde, se si esorbita dal *convenzionalismo strutturale* che – oltre a disciplinare la gran parte dei fatti umani collettivi, altresì ordina la Procedura penale –, la conseguenza dell’esercizio improprio del potere attribuito dà luogo a un provvedimento viziato (fenomeno, questo, tipico delle entità sociali e del tutto estraneo, invece, alle entità naturali: cfr. H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, 1926, p. 12): il quale rischia di compromettere la tenuta dell’intero sistema se non adeguatamente contrastato. Se si ha riguardo all’abnormità, può rilevarsi che l’atto – a tal punto avulso dal *format* legale tipico – da non essere prevedibile *ex ante* dal legislatore – è in grado di scardinare l’ordinario concatenarsi dell’*iter* procedurale predeterminato: di talché, chiunque abbia interesse al regolare svolgimento del procedimento è in questa prospettiva legittimato a impugnarlo.

²² Fra gli studi più recenti sul tema della distinzione concettuale fra inesistenza ed abnormità, V. Maffeo, *L’abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., p. 413 ss.; A. Gaito, *Procedura penale*, Assago, Ipsoa, 2015, p. 270 ss.; G. Spangher,

nell'impossibilità per l'indagato di interloquire sui fatti diversamente ritenuti a seguito dell'udienza camerale innanzi al giudice per le indagini preliminari e di esercitare il diritto al contraddittorio *ex art. 415-bis c.p.p.* (norma che, come noto, consente all'indagato l'esplicazione di un'attività difensiva, che potrebbe incidere sulle determinazioni del pubblico ministero, inducendolo a richiedere, addirittura, l'archiviazione), disposizione non operativa nel caso di imputazione coatta per la precedente attività camerale.

Dunque, l'abnormità dell'atto sarebbe "totipotente", poiché insuscettibile di essere frazionata soggettivamente quanto ai suoi effetti lesivi su poteri del pubblico ministero e sui diritti della difesa, essendo l'indagato portatore di un assai concreto interesse diretto a che l'azione penale sia esercitata nei suoi confronti nel pieno rispetto delle regole costituzionali relative al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari e alla tutela del contraddittorio.

Sicché, l'interesse dell'indagato ad impugnare l'ordinanza che impone la formulazione dell'imputazione per reato diverso da quello contenuto nella originaria richiesta, nel caso in cui il pubblico ministero non ritenga di reagire con l'impugnazione, va individuato nella menomazione del diritto di difesa, venendosi a trovare l'indagato dinanzi all'intervenuto esercizio dell'azione penale, in mancanza della necessaria interlocuzione in contraddittorio prevista a garanzia dei diritti delle parti dall'art. 409 c.p.p., comma 2, c.p.p., così come ripetutamente statuito dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 286 del 2012, ord. n. 460 e n. 491 del 2002 e ord. n. 441 del 2004)²³, né potrebbe esercitare i diritti di cui all'art. 415-bis. La conclusione è nel senso che l'imputazione coatta per fatti non contemplati dal pubblico ministero nella richiesta di archiviazione incide pesantemente sulla possibilità per l'indagato di interloquire sull'accusa e sulla sua legittimità e, in ultima analisi, sulla possibilità di difendersi per impedire di essere sottoposto a processo; ragion per cui, in questa situazione, l'indagato è pienamente legittimato ad impugnare il provvedimento a lui sfavorevole per ottenerne la rimozione.

Alla luce del su esposto contrasto, la VI Sezione, con ordinanza 12 ottobre 2017, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione:

"Se sia ricorribile per Cassazione, dalla persona sottoposta ad indagine, il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordini, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen., al pubblico ministero di formulare l'imputazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta stessa".

SULLA AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO DELL'INDAGATO PER LA LESIONE AL DIRITTO DI DIFESA

Nel risolvere il quesito, la Corte di legittimità dopo aver preso le mosse dalla consolidata nozione di *abnormità* come anomalia strutturale o funzionale del processo²⁴ ha osservato come la *quaestio* rimessa

Gli atti, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 252; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in G. Ubertis-G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XLI, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 223.

²³ Cass. sez. VI, 20 luglio 2016, n. 34881 con nota di V. Sisto, *Abnorme il provvedimento del gip che "espropria" il pm del suo diritto-dovere di esercitare l'azione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2017, p. 802 ss.

²⁴ Il momento genetico del concetto di abnormità è da individuare in due pronunce degli anni '30 (Cass., sez. II, 7 giugno 1933, Operti; sez. III, 30 marzo 1935, Berta) riguardanti casi nei quali la Suprema Corte si trovò nella necessità di accogliere ricorsi assolutamente fondati da un punto di vista giuridico ed equitativo, ma con cui si contestavano provvedimenti che, a causa della loro singolarità, non potevano essere ricondotti alle categorie degli atti impugnabili previste dall'allora vigente codice di rito (sul punto, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 889, considera l'abnormità come una sorta di "invenzione terapeutica" da parte della S.C.). Nessuna norma se n'è mai occupata direttamente. Nell'imperio del codice di procedura penale previgente, l'affermazione è vera in senso assoluto; in quello dell'attuale, si registra almeno il riconoscimento dell'esistenza del fenomeno da parte del legislatore: nei lavori preparatori del codice di rito in vigore, infatti, si rinviene un unico riferimento al vizio in esame, accompagnato dall'esplicito intendimento di non disciplinarlo direttamente, per riservarne il compito alla giurisprudenza. E ciò, sulla base di una duplice motivazione: da un canto, per la «rilevante difficoltà» di fornirne una definizione; dall'altro, per l'esigenza di non privare la giurisprudenza di un duttile strumento di tutela della *fairness* processuale, così, *Relazione al progetto preliminare del 1986*, in G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova, Cedam, 1990, p. 1244.

Abnorme, dunque, secondo la definizione ormai ricorrente in giurisprudenza, è il provvedimento del tutto anomalo, una decisione cioè che per la singolarità e la stranezza del suo contenuto si pone al di fuori, non solo delle singole norme, ma anche dell'intero sistema normativo processuale; *cf.* Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 17; Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 26; Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957. Per una recente sintesi sulla nascita ed evoluzione dell'abnormità vedi F. Nevoli, *Abnormità*, in *Dig. pen., agg.*, VI, Assago 2011, pp. 1 ss., spec. 2-4.

alla sua attenzione ponga sul tavolo dell'interprete due distinte polemiche, interdipendenti sul piano effettuale ma autonome sul piano ontologico-strutturale.

Da un lato, la disputa attiene alle ragioni dell'abnormità dell'atto legale e cioè alla precisa delimitazione del riparto di attribuzioni tra giudice e pubblico ministero nell'ambito dei confini di quel controllo che il legislatore ha disciplinato per rendere effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e dall'altro alla verifica degli *effetti* di tale provvedimento e, dunque, all'accertamento di una illegittima compressione del diritto di difesa della persona indagata.

Ne consegue che in tale contesto assiologico la Corte nomofilattica ha condivisibilmente optato per una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata che, valorizzando i principi costituzionali e convenzionali del giusto ed equo processo, si armonizza con i frutti della giurisprudenza costituzionale²⁵; forse l'unica in grado di salvaguardare il diritto di difesa dell'indagato da illegittime compressioni, diritto che sul terreno ontologico, peraltro, è situazione di fatto dipendente dalla disciplina che ne regola l'esercizio, che si esercita anche attraverso il diritto al "contraddittorio" (art. 111, comma 3, Cost.), ponendosi come situazione partecipativa dell'accusato.

Il rispetto delle garanzie difensive, dunque, oltre a integrare un diritto dell'indagato, rappresenta una innegabile condizione di regolarità del processo, venendo altrimenti denegata la sua funzione di garanzia nella correttezza dell'accertamento.

Del resto non può negarsi che la doppia funzione a cui assolve il microsistema racchiuso delle disposizioni di cui all'art. 24 Cost., contenente la libertà "alla" giurisdizione e la libertà "nella" giurisdizione²⁶, svolge un compito dialetticamente contrapposto all'accusa, che deve essere esercitato dall'imputato e dal suo difensore di fronte a un giudice imparziale; uno strumento che trova la sua più alta affermazione nell'esercizio del contraddittorio²⁷, secondo il modello accusatorio adottato nel nostro ordinamento e consolidato a livello costituzionale con la riscrittura dell'art. 111 Cost.

Ebbene, per comprendere la soluzione costituzionalmente valida della questione che esaminiamo appare indispensabile sondare il pensiero della Corte costituzionale a proposito dei quesiti che la disciplina dell'archiviazione ha posto e pone all'interprete.

Perciò è utile ricordare che i giudici delle leggi non hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale²⁸ dell'art. 409 c.p.p. nella parte in cui il pubblico ministero non sia obbligato a spedire l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. anche quando l'imputazione dovesse essere formulata per ordine del giudice che rigetta la richiesta di inazione²⁹, sul presupposto che in quel procedimento si fosse svolta la dialettica tra le "parti" e che il diritto di difesa avesse potuto essere esercitato in quella sede. Ma pure questo orientamento fu ritenuto da taluni³⁰ foriero di un'irragionevole lesione del diritto di difesa dell'indagato (sulla scorta degli artt. 3, 24 Cost.), privato della possibilità di interloquire con il pubblico ministero in ordine alla completezza delle indagini.

Dunque, la Corte Costituzionale ha ritenuto infondata la prospettata questione³¹, negando che la

²⁵ Cfr. C. cost., ord. 12 dicembre 2012, n. 286; C. cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 441; C. cost., ord. 26 novembre 2002, n. 491; C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 460, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ G. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, ESI, 2010.

²⁷ Sul contraddittorio eristico ed euristico, cfr. M. Menna, *La "giuria" elettiva di esperti nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁸ Si vedano, le ordinanze C. Cost. 19 novembre 2002, n. 460; C. Cost. 29 dicembre 2004, n. 441; C. Cost. 29 luglio 2005 n. 2005; C. Cost. 12 dicembre 2012, n. 286, in www.cortecostituzionale.it.

²⁹ Il momento genetico della questione va individuato nell'entrata in vigore della l. 479/1999 (c.d. "legge Carotti"). In coerenza con la tendenza legislativa – avvertita negli anni '90 – ad ampliare le garanzie e le prerogative della difesa nelle indagini preliminari, detta novella introdusse l'obbligo del pubblico ministero di notificare all'indagato, all'esito delle indagini preliminari, un avviso contenente la sommaria enunciazione del fatto si addebitato, nonché tutte le informazioni potenzialmente utili alla parte privata per organizzare la strategia difensiva.

³⁰ In questi termini F. Nuzzo, *Nel caso di imputazione coatta il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 451 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.* 2003, p. 1170 nonché F. Alonzi, *La Consulta ribadisce il suo no all'avviso di conclusione delle indagini preliminari in caso di imputazione coatta*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4527.

³¹ C. cost., 4 novembre 2002, n. 460, in *Giur. cost.*, 2002, 3822, con nota di G. Spangher, *Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415-bis c.p.p.* Privata di fondamento, secondo i giudici costituzionali, dunque, la censura secondo cui nel rito camerale "archiviativo" mancherebbe una contestazione "delineata e cristallizzata", che sarebbe invece assicurata dalla notificazione dell'avviso ex art. 415-bis. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, infatti, sarebbero adeguatamente salvaguardati dall'accesso completo agli atti di indagine e dallo *ius ad loquendum*, riconosciuti all'indagato. Inoltre, proprio con specifico riferimento all'udienza

manca la previsione normativa dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, nell'ipotesi di imputazione coatta, determinasse la lesione delle prerogative difensive, venendo queste garantite sia dalla possibilità di prendere piena conoscenza della documentazione relativa alle indagini espletate ai sensi dell'art. 408, comma 1 c.p.p., che dal diritto ad intervenire nell'udienza camerale *ex art. 409 c.p.p.*

Ebbene, è questo il quadro interpretativo in cui si inserisce la sentenza delle Sezioni unite n. 22909 del 2005, antecedente "storico" della pronuncia in commento che ne rappresenta l'ideale prosecuzione.

Secondo la sentenza "Minervini", in sede di archiviazione il giudice per le indagini preliminari può dissentire dalla parte pubblica in ordine, non solo alla richiesta di questa, ma anche alle determinazioni che lo stesso inquirente intenda adottare all'esito delle attività d'indagine.

Di conseguenza il giudice per le indagini preliminari può (*rectius*, deve) disporre che il pubblico ministero iscriva nel registro *ex artt. 335 c.p.p.* il nominativo di altri soggetti non contemplati nella richiesta e da lui individuati; ma in tal caso non può ordinare l'atto di esercizio dell'azione penale se non a costo di emettere un provvedimento abnorme attesa l'alterazione del riparto di attribuzioni tra l'organo deputato in via esclusiva all'esercizio dell'azione penale e quelle del suo "controllore".

Per la stessa ragione – sempre secondo detta pronuncia – si è in presenza di un provvedimento *extra ordinem* anche quando il giudice, non accogliendo la richiesta di archiviazione, fissa un'udienza "in prosecuzione", atto che, secondo le Sezioni unite, costituisce un «*imprevedibile e non previsto vincolo per il magistrato inquirente*», che può andare ad incidere sull'esercizio dell'azione penale a lui rimesso e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o non degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio³².

Sicché, anche l'imputazione coatta presuppone che l'indagato sia stato posto nelle condizioni di partecipare all'udienza camerale ed ivi interloquire sui fatti oggetto della richiesta di archiviazione, analogamente a quanto previsto in merito all'esercizio dell'azione penale preceduto dall'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*; in questa interlocuzione l'"imputando" conosce gli atti di cui viene edotto attraverso il deposito, attività omologa a quella dell'art. 409 c.p.p.

Epperò, quando l'imputazione dovesse riguardare persone diverse da quelle indagate dal pubblico ministero, per le quali, quindi, non v'è stata richiesta di archiviazione e, di conseguenza, non v'è stata neanche la partecipazione all'udienza camerale, è evidente che unica soluzione possibile è quella prevista dal legislatore, cioè l'ordine di iscrizione nel registro degli indagati delle persone individuate dal giudice; altrimenti si concreterebbe una macroscopica lesione dei diritti di difesa della persona non sottoposta ad indagini, rimasta sino a quel punto estranea alle vicende del procedimento e, come tale, impedita a conoscere gli atti raccolti dal pubblico ministero oltre che a partecipare all'udienza camerale *ex art. 409 c.p.p.*

Su questi presupposti dogmatici dettati dalle Corti si rintraccia la soluzione alla situazione che qui si esamina. Insomma, il presupposto ontologico attinente al perimetro della legittimazione soggettiva all'impugnazione è la irrinunciabilità del diritto di difesa nelle vicende che precedono l'esercizio dell'azione penale.

Di conseguenza il quesito che esaminiamo è identico ai precedenti: l'imputazione coatta che abbia ad oggetto fatti diversi da quelli interessati dalla richiesta di archiviazione assume i connotati di un'ab-

camerale *ex art. 409 c.p.p.*, la giurisprudenza di legittimità ritiene che integri l'ipotesi di nullità di cui all'art. 127, comma 3, c.p.p., la mancata audizione della parte comparsa, che abbia chiesto di essere sentita (v. Cass. sez. VI, 2 aprile 2014, n. 16169); sicché è da disattendere anche il rilievo che, a differenza di quanto previsto dall'art. 415-bis, il G.i.p. non abbia l'obbligo di procedere a interrogatorio dell'imputato. Si vedano altresì le ordinanze di manifesta inammissibilità della questione n. 491/2002 e n. 441/2004. Ancora, nel medesimo senso, C. cost., ord. 29 luglio 2005, n. 348, in *Cass. pen.*, 2006, 1605 con nota di F. Zappulla, *Il potere del g.i.p. di ordinare l'iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato prima dell'udienza prevista in seguito ad opposizione alla richiesta di archiviazione* e C. cost. 5 dicembre 2012, n. 286, con nota di E. Aprile, *Osservazioni a Corte Costituzionale n. 286, 5 dicembre 2012*, in *Cass. pen.*, 2013, 3, p. 1009, secondo il quale: «*si sarebbe potuto rilevare, a conferma dello scarso pregio dell'ipotesi argomentativa proposta dal giudice a quo, che non è affatto vero che l'avviso della conclusione delle indagini debba contenere una "imputazione sostanzialmente cristallizzata e delineata"*. E ciò perché l'art. 415-bis, comma 2, c.p.p. prescrive che l'avviso contiene "una sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede" e "delle norme di legge che si assumono violate", tant'è che la presenza di un capo d'imputazione già definito è il frutto più di prassi applicative che non di una precisa statuizione codicistica». Sulle indicazioni della Corte Costituzionale, *ex plurimis Cass.*, sez. IV, 19 novembre 2009, n. 48033, in *CED Cass.*, n. 245795; *Cass.*, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 34041, in *CED Cass.*, n. 226775; *Cass.*, sez. IV, 8 marzo 2007, n. 20215, in *CED Cass.*, n. 236668.

³² V. *Cass.*, sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1638 con nota di F. Varone, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*; in *Cass. pen.*, 2006, 1125, con nota di A. Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*.

norme imposizione dell'esercizio dell'azione, traducendosi, in sostanza, in un'«espropriazione del potere costituzionale di iniziativa del pubblico ministero»³³ il cui effetto è, innegabilmente, la violazione del diritto di difesa.

Anche in tale situazione il prosieguo procedimentale non consente il recupero delle garanzie all'interessato, non essendo previsto, per tale fattispecie, l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p. (con le garanzie ivi previste), perché l'ordinanza di formulazione dell'imputazione inserisce il giudizio nella sua diversa forma dell'udienza preliminare e/o della citazione diretta.

Al contrario, l'ordine di procedere all'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. rivolto al pubblico ministero per l'ipotesi di un reato diverso eventualmente ravvisato dal giudice, con le conseguenti determinazioni dell'organo inquirente prima di formulare eventuale nuova imputazione, garantisce sia una corretta interlocuzione tra giudice e pubblico ministero, sia l'esplicazione del diritto di difesa nella fase delle indagini preliminari.

Evidente, attuale e concreto, dunque, l'interesse vantato dall'imputato all'eliminazione dell'atto illegittimo, che non può essere perseguito se non attraverso l'impugnazione, che disponendo la regressione del procedimento e con essa la restituzione al pubblico ministero delle prerogative inerenti all'esercizio dell'azione penale e all'indagato il diritto di interloquire nella fase delle indagini, prima di essere eventualmente rinviato a processo, combina così principi e regole³⁴.

SULLA RICORRIBILITÀ DELL'ATTO ABNORME

Ora, per cogliere la identità delle questioni risulta utile ricordare che si tratta di un modello-garanzia che deve trovare attuazione per ogni grado di merito del processo, ma anche per ogni tipo di procedimento, cognitivo o esecutivo³⁵, fin dalla delicata quanto imprescindibile fase delle indagini preliminari; a maggior ragione a fronte di una disciplina positiva che ne disponga l'inderogabile esercizio, com'è quella dettata per il procedimento di archiviazione.

Il procedimento d'archiviazione³⁶ può, infatti, descriversi come un «*obbligatorio itinerario giurisdizionale nell'ambito del quale, la presenza del giudice, il ruolo attivo della persona offesa, l'intervento avocante del procuratore generale, il contraddittorio, le indagini coatte e l'imputazione coatta costituiscono tappe di garanzia previste a presidio dell'uguaglianza dei cittadini, del buon funzionamento della giustizia e dell'indipendenza del pubblico ministero*»³⁷.

In realtà, il Legislatore del 1988³⁸ si è trovato a dover bilanciare, da un lato, il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.), e, dall'altro lato, i caratteri del processo accusatorio e, in particolare, il principio *ne procedat iudex ex officio*³⁹. Il "nuovo" codice, infatti, determina la netta

³³ V. testualmente Cass., sez. V, 5 giugno 2000, n. 3252, in *www.cortecassazione.it*

³⁴ Infatti, nei casi di imputazione coatta per un reato diverso – e con ancora maggiore evidenza nelle ipotesi di imputazione coatta nei confronti di persona non indagata – ha luogo una irreversibile ed indebita compromissione dei diritti difensivi della persona sottoposta ad indagine: dopo l'ordinanza d'imputazione coatta ulteriori sforzi difensivi sarebbero inutili, poiché il Giudice ha già deciso, ed il Pubblico Ministero non può sottrarsi al dovere di esercitare l'azione penale; l'oggetto processuale è ormai trasferito nell'udienza preliminare o nel dibattimento, e non è più possibile difendersi per evitare il processo (o, comunque, il vaglio giudiziale d'una accusa ormai definitivamente formalizzata).

³⁵ R. Montanile, *L'imputazione coatta tra contrasti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012.

³⁶ G. Giostra, *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, I, 1991, p. 2, afferma: «nel nostro ordinamento, il procedimento archiviaativo deve servire ad accettare l'inesistenza dei presupposti dell'obbligo di agire e il provvedimento di archiviaativo ad esonerare il pubblico ministero, in via eccezionale, dall'osservanza di tale obbligo (di esercitare l'azione penale n.d.a.)». Un'altra preziosa definizione è offerta da M. Caianiello, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2008, secondo il quale «In via di prima approssimazione, con il concetto di archiviazione si intende individuare quell'attività attraverso la quale si determina l'arresto del procedimento penale prima che sia esercitata l'azione [...]. Più specificamente, si indica (e si regola) l'operazione con la quale l'organo dell'accusa si astiene dal promuovere la domanda penale in relazione ad una notizia di reato: ne consegue la destinazione degli atti sino a quel momento compiuti all'archivio. [...] Ciò che invece costituisce l'oggetto principale della disciplina coinvolta dal sostantivo è il meccanismo giuridico attraverso il quale si giunge ad autorizzare la conclusione di un'indagine, senza che debba conseguirne l'instaurazione di un giudizio».

³⁷ C. Scaccianoce, *Imputazione coatta "abnorme": alle Sezioni unite la questione sulla legittimazione a impugnare dell'indagato*, in *Arch. pen.*, 2018.

³⁸ Per un'analisi storica dettagliata sull'archiviazione, C. Conti, *Archiviazione*, cit., p. 729 ss.; F. Caprioli *L'archiviazione*, cit., 3 ss.; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, Cedam, 1994.

³⁹ E. Dei Cas, *Sull'abnormità dell'imputazione coatta "oggettivamente diversa"*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2014.

distinzione tra le funzioni inquirenti e giudicanti, proprio al fine di garantire la terzietà del giudice ed il diritto ad un equo processo dell'indagato ai sensi dei già richiamati artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU⁴⁰.

Ne consegue come il mancato rispetto delle regole procedurali che riconoscono alla persona indagata il diritto di partecipare all'udienza di archiviazione, quale estrinsecazione del diritto al "contraddittorio", si traduca in una grave lesione delle garanzie difensive e del diritto ad essere giudicato all'interno di un procedimento correttamente instaurato.

Non pare, dunque, possibile dubitare dell'interesse dell'indagato diretto all'eliminazione del provvedimento che obbliga alla imputazione, non avendo potuto interloquire sul contenuto essendo svolte su altro oggetto le attività poste a garanzia dei diritti delle parti dall'art. 409, comma 2 c.p.p.

Peraltro, la rilevata abnormità determina, nel caso di specie, un vizio dell'atto tutt'altro che innocuo⁴¹, atteso che l'interesse dell'indagato a interloquire sull'accusa non trova – per come già rilevato – soddisfazione adeguata nelle possibilità difensive offerte dall'ordinamento nel prosieguo procedimentale, dal momento che la richiesta archiviazione tende proprio ad evitare tale ulteriore attività.

Invero, la categoria dell'abnormità è stata elaborata dalla giurisprudenza, proprio al fine di temperare il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, apprestando un rimedio contro quei provvedimenti del giudice che, pur risultando affetti da anomalie genetiche o funzionali e, quindi, lesivi di concreti interessi dei suoi destinatari, non siano ricompresi nella tassativa tipizzazione degli atti impugnabili.

L'omissione – se tale può definirsi – deriva dalla convinzione secondo cui l'abnormità, quale vizio atipico di chiusura del sistema delle invalidità, sfugge a qualsiasi schematizzazione, per cui il ricorso per Cassazione costituisce il rimedio che la giurisprudenza di legittimità ha ipotizzato per la rimozione di tali atti sfruttando la regola dell'art. 111, comma 7 Cost. che garantisce dai vizi dei provvedimenti giurisdizionali comunque incidenti sulle libertà fondamentali della persona.

La ricostruzione proposta permane inalterata anche dopo l'entrata in vigore della l. 23 giugno 2017, n. 103, non avendo il Legislatore colto l'occasione della riforma per disciplinare espressamente il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che disponga l'imputazione coatta "oggettivamente" o "soggettivamente" diversa da quella contenuta nella richiesta d'archiviazione.

La recente legge, invero, sopprimendo il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di archiviazione a fini deflattivi del carico di lavoro della Suprema Corte, ha previsto in suo luogo il reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica ai sensi del nuovo art. 410-*bis* c.p.p., quale rimedio alla nullità del provvedimento di archiviazione, nei casi tipizzati dalla stessa norma. Va chiarito, però, che l'abnormità è situazione diversa dai casi tassativamente dichiarati affetti da nullità nell'art. 410-*bis* c.p.p.⁴².

SULL'ORDINE DI FORMULARE L'IMPUTAZIONE TRA FATTO E FATTISPECIE DIVERSI DA QUELLI CONTESTATI

Ferma, dunque, l'impugnabilità dell'atto abnorme in presenza di un interesse attuale e concreto alla sua eliminazione da parte dell'indagato, a conclusioni differenti perviene la Corte con riguardo all'ipotesi

⁴⁰ In particolar modo, come chiarito nell'art. 2 della legge-delega, appariva indispensabile adeguare la normativa processuale italiana, non solo alla Costituzione repubblicana nel frattempo entrata in vigore, ma anche alle Convenzioni internazionali che il nostro Paese aveva ratificato. Tra queste rilevano soprattutto la "Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali", firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge 848/1955 e il "Patto internazionale sui diritti civili e politici" stipulato a New York nel 1966 e ratificato in forza della legge 881/1977.

⁴¹ Attesa l'ampia formulazione del concetto di abnormità, la giurisprudenza ha cercato di porre precisi limiti al fine di scongiurare un ricorso a tale vizio eccessivamente generalizzato; si tende ad escludere l'abnormità in tutti i casi in cui il vizio che affligge il provvedimento sia innocuo o comunque neutralizzabile non ricorrendo l'intento pratico che giustifica il ricorso alla stessa (v. M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2000).

⁴² Resterebbe da chiarire quali effetti conseguano all'accoglimento di un ricorso avente a oggetto l'abnormità dell'atto impugnato. Una sommaria ricognizione nella giurisprudenza mostra una certa omogeneità, che di regola dispone l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato e la contemporanea trasmissione degli atti al giudice che l'ha compiuto per l'ulteriore corso del procedimento (ad es. Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 246910; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 227355; Cass., sez. un., 29 maggio 2002, n. 575; Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 217474; cfr. A. Capone, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2016); il giudice, a differenza di quanto avviene per l'annullamento degli atti affetti da nullità, non dovrà tuttavia procedere al nuovo compimento dell'atto dichiarato abnorme, completo, stavolta, di tutti i suoi elementi, ma piuttosto alla sua integrale "sostituzione" per mezzo del compimento, in suo luogo, dell'atto legittimo.

in cui il giudice non ordini una imputazione coatta per fatti nuovi, ma si limiti a dare ad essi una diversa qualificazione giuridica⁴³. In questo caso, si osserva, non si ha un atto abnorme, atteso che la riqualificazione giuridica del fatto, costituendo corretta applicazione della legge (*ius dicere*) e, quindi, attuazione del principio di legalità, costituisce potere del giudice esercitabile in tutte le fasi del processo.

La soluzione, in astratto condivisibile, solleva di riflesso la delicata questione che sempre si ripropone quando vengono in gioco le nozioni di “*diversa qualificazione giuridica*” e di “*fatto diverso*”, la cui linea di confine si presenta spesso sfumata nella prassi, pur presentando effetti di notevole rilievo sul diritto di difesa dell’indagato⁴⁴.

Non può non ricordarsi come, secondo l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo sul tema della riqualificazione giuridica⁴⁵, l’art. 6 CEDU riconosca all’indagato il diritto ad essere informato tempestivamente e dettagliatamente del contenuto dell’accusa e di ogni eventuale modifica, sia che investa il fatto sia che riguardi il titolo del reato⁴⁶.

Ora, sebbene il principio appena richiamato sia stato reso con riferimento alla fase dibattimentale, è innegabile che esso riguardi anche la fase procedimentale; sicché diviene di primaria importanza verificare che la presunta riqualificazione giuridica del fatto non celi, nell’ordine di imputazione coatta, una modifica fattuale dell’imputazione, che sottragga al contraddittorio elementi non già ricompresi nella richiesta di archiviazione e che incida sui diritti difensivi dell’indagato.

Ebbene, se la modifica del titolo del reato si risolve nella modifica del fatto; se, cioè cambiando la fattispecie incriminatrice di riferimento il fatto descritto nell’imputazione muta la dimensione effettuale, è pacifico che muta inevitabilmente il *thema probandum* (art. 187 c.p.p.) – punto d’aggancio del rapporto tra diritto e processo, da un lato, e tra ricerca della prova e prova, dall’altro lato⁴⁷ – che si svilupperà in

⁴³ Cass., sez. VI, 17 aprile 2012, n. 28481: “che si realizza attribuendo l’esatto *nomen juris* ad un episodio che rimane invariato nei suoi tratti caratterizzanti”.

⁴⁴ In dottrina si veda M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a Cass., sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce alla nota pronuncia Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 dicembre 2007 e 22 febbraio 2018, *Drassich c. Italia*, in cui si afferma l’importanza del legame che sussiste tra contestazione dell’accusa e diritto di difesa; in quest’ultima pronuncia, in particolare, si legge: “*Le disposizioni dell’articolo 6 § 3 a) non impongono alcuna forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l’imputato deve essere informato della natura e del motivo dell’accusa formulata nei suoi confronti. Esiste peraltro un legame tra i commi a) e b) dell’articolo 6 § 3, e il diritto di essere informato della natura e del motivo dell’accusa deve essere considerato alla luce del diritto per l’imputato di preparare la sua difesa (...). Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l’opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell’accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l’accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti*”. Autorevole dottrina, M. Menna, in *La “giuria elettiva di esperti” nel processo penale*, cit., nell’affrontare il rapporto tra etica politica e diritto a supporto della idea che una giuria “tecnico-politica” di esperti potrebbe coadiuvare la giurisdizione nel procedimento e nel processo penale, afferma che «*nel settore penale, si è voluto introdurre un procedimento di legit-timazione dialettica dell’operazione di qualificazione giuridica di un fatto controverso sulla scia degli enunciati della Corte europea dei diritti dell’uomo (sentenza Drassich), ma questo contraddittorio non orienta il giudice anche rispetto al problema del riempimento di limiti contenutistici concreti del profilo assiologico di una norma – tanto più se di principio o interpretata in modo conforme ai principi – perché è un contraddittorio in diritto e come tale può sfruttare, a rigore, solo il meccanismo delle deduzioni dai paletti tipici delle norme giuridiche dell’ordinamento. Le osservazioni di taglio etico, se venissero operate nello sviluppo dell’accennato tipo di contraddittorio, non avverrebbero in ossequio ad un mandato politico e, quindi, in ossequio ad un procedimento di legittimazione argomentativa che affondasse le sue radici in una discussione almeno tendenzialmente allargata a tutta una collettività, ma ancora una volta fonderebbero sulle teorie morali personali e, quindi, in un certo senso arbitrarie – ma è meglio dire disorientate – delle parti del processo oltre che del giudice*». Altra Autorevole dottrina, G. Riccio, *Fattispecie penali e poteri del giudice: la sentenza “Drassich”*, Napoli, 2009, non concorda con chi afferma che il principio affermato nella CEDU (Corte europea dei diritti dell’uomo, 11 dicembre 2007) ha trovato attuazione in Cassazione nel 2007 in termini affatto diversi. Invero, se la prima Corte sottolineò l’obbligo di informazione sulla fattispecie, la nostra Corte “pretese” il contraddittorio sulla stessa. Difatti, G. Riccio, ragionando sulle categorie giuridiche coinvolte, chiarisce il senso delle diverse situazioni; per cui, mentre il contraddittorio può essere riferito solo alla prova – e solo ad alcune prove –, la dialettica sulla fattispecie appartiene agli obblighi deontologici sulla difesa, a cui spetta l’onere di rappresentarne la corretta individuazione al giudice. Ancora. F. Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2523.

⁴⁶ La cassazione ha inteso il deliberato della Corte europea nel senso che la modifica dell’imputazione in tema di fattispecie comportasse il diritto al “contraddittorio” da parte dell’imputato. Ebbene, parte della dottrina, come già rilevato in precedenza, ha ritenuto che la decisione contenesse un vizio dogmatico, confondendo “contraddittorio” (relativo al fatto, unico evento da provare) e gli obblighi deontologici della difesa. Riccio, *Ricorso per Cassazione ed effetti (deleterii) della “Drassich”*, in *Giust. pen.*, 2012, c. 522.

⁴⁷ Il tema generale è affrontato in dottrina da, M. Menna, *Studi sul giudizio penale*, Torino, Giappichelli, 2009. Secondo l’Au-

sede di giudizio rispetto al quale la persona sottoposta alle indagini non ha potuto interloquire in sede “preliminare”⁴⁸.

Ora, al fine di fissare un distinguo tra le due attività modificative, la Consulta⁴⁹, riaffermando la regola scritta nell’art. 521 c.p.p., ha ritenuto che il giudice possa attribuire al fatto una definizione giuridica diversa, senza violare il principio delle garanzie difensive, soltanto quando l’accadimento storico addebitato rimanga identico negli elementi costitutivi tipici, cioè quando risultano immutati l’elemento psicologico, la condotta, l’evento e il nesso di causalità. Ove il giudice, invece, accerta che il fatto sia diverso da quello descritto nell’imputazione, deve disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero: solo così l’indagato è in grado di essere posto nelle condizioni di conoscere l’oggetto dell’imputazione nei suoi elementi essenziali e di difendersi secondo le regole del giusto processo.

Le regole tracciano la linea di confine ben marcata tra riqualificazione del fatto (art. 521, comma 1 c.p.p.) e riconsiderazione dell’addebito (art. 521, comma 2 c.p.p.); eppure non possono essere intese in termini assoluti, in quanto, spesso, i confini tra le due attività si presentano sfumati.

Pur a fronte, ad esempio, di un mutamento nella direzione finalistica della condotta posta in essere dal soggetto agente e dunque di un mutamento interno all’elemento soggettivo⁵⁰, si ritiene legittimo da parte del giudice operare una riqualificazione del fatto, ex art. 521, comma 1 c.p.p., dalla fattispecie più grave a quella meno grave; e ciò, in ragione di quello che potrebbe essere definito “principio di continenza” tra elementi che compongono le diverse fattispecie astratte che si confrontano⁵¹.

Dunque, se gli elementi costitutivi delle fattispecie si pongono in un rapporto di continenza con quelli descritti nella imputazione, sembra non potersi negare, in un’ottica realistica, il potere del giudice di dare diversa qualificazione giuridica al fatto senza invadere i termini dell’esercizio dell’azione e del diritto di difesa; questione contesa in linea di principio da chi reputa che all’imputato debba essere sempre formalmente contestata qualunque, anche minima, variazione che interessi l’accusa. Dunque, la riqualificazione del fatto operata “anche” direttamente in sentenza parrebbe comunque possibile da parte dell’organo giudicante, pure a fronte di una riconsiderazione di uno degli elementi necessari del

tore, il *thema probandum* non è l’oggetto distaccato al quale adeguare in un *continuum* conoscitivo gli strumenti della mediazione intellettuale, bensì il tema della pretesa di verità del soggetto che propone l’accertamento. In effetti, «è frutto di un errore di prospettiva l’affermazione secondo cui il *thema probandum* rimane cristallizzato – e, perciò, corrisponde ad elementi “determinati” della fattispecie sostanziale – quando si inserisce nel contraddittorio». Sul rapporto tra *thema probandum*, da un lato, e contraddittorio ed indagini, dall’altro lato, D. Siracusano, *Prova (nel nuovo codice di procedura penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, p. 11.

⁴⁸ Tentando di chiarire con un esempio: se il fatto originariamente rubricato in furto dovesse essere riqualificato in rapina, la difesa si ritroverebbe non soltanto a doversi difendere in ordine al diverso e ben più pregnante elemento costitutivo oggettivo dato dalla violenza o dalla minaccia ma, posta tale necessità, avrebbe tutto l’interesse a chiedere l’assunzione di nuovi mezzi di prova (art. 519 c.p.p.) volti a dimostrare l’insussistenza della coazione. Risulterebbe pertanto priva di giustificazione teorica e pratica, o per lo meno malferma l’argomentazione di chi ha sostenuto che l’imputato, una volta informato debitamente del mutamento in fatto, abbia tutti i necessari strumenti per difendersi in diritto. In tal senso, L. Marini, *Art. 521 – Correlazione tra accusa e sentenza*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, M. Chiavario (cura di), Torino, 1991, p. 476. In senso contrario, R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1514, per cui «una modifica della qualificazione giuridica retroagisce (del tutto fisiologicamente) sulle componenti fattuali, nel senso che non può essere disgiunta da una nuova valutazione delle medesime, per verificarne la compatibilità con la nuova configurazione in punto di diritto; il che, verosimilmente, potrà aprire nuovi fronti di discussione su profili storici della medesima vicenda trascurabili e trascurati alla luce della precedente definizione giuridica, ma divenuti importanti alla luce della nuova». In senso critico su tale aspetto e sul ruolo determinante che gioca l’argomentazione di parte intorno al titolo di reato, v. R. Orlandi, *L’attività argomentativa delle parti nel processo penale*, in P. Ferrua-F.M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 61, per cui «L’assunto secondo cui il giudice conosce il diritto applicabile al caso concreto (*iura novit curia*) ha contribuito finora a lasciare in ombra il ruolo spesso decisivo dell’argomentazione di parte su questo particolare versante della regiodicanda». In senso adesivo, v. P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, ivi, p. 308, secondo il quale «il divario fra fatto e diritto non è così categorico».

⁴⁹ C. cost., 10 marzo 2010, n. 103, pubblicata in *G.U.* 24 marzo 2010, n. 12, reperibile on-line sul sito www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰ Anche una variazione più radicale dell’elemento soggettivo (da dolo a colpa) può rientrare, in determinati casi, nel cono di legittimità dell’azione riqualificatrice operata in sentenza dal giudice, senza che sia quindi necessario attivare il meccanismo dell’art. 521, comma 2 c.p.p. Cass., sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 41368; v. inoltre, anche se si esprime in termini meno espliciti, la stessa Cass., sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, in www.italgiure.giustizia.it, par. 2.9 del “[Considerato in] Diritto”.

⁵¹ Al criterio di continenza tra (elementi dei) reati, quale base per discernere una riqualificazione legittima, seppur nelle ipotesi limite di variazione di uno degli elementi del fatto-reato, fa espresso riferimento Cass., sez. V, 21 febbraio 2001, Gabrielli, in *CED Cass.*, n. 219667. Con particolare riferimento alla possibilità di riqualificare, ai sensi del primo comma dell’art. 521 c.p.p., un’ipotesi di rapina in una di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ex art. 393 c.p., si v., ad esempio, Cass., sez. VI, 13 giugno 2003, n. 35120, in *CED Cass.*, n. 226654.

reato (quale, appunto, l'elemento subiettivo), senza che sia necessario far regredire sempre il procedimento alla fase delle indagini preliminari.

Consegue che la prerogativa del pubblico ministero di esercitare l'azione penale, formulando, appunto, l'imputazione (cfr. artt. 50, 405 e 409 comma 5 c.p.p.), vada innegabilmente legata all'esercizio del diritto di difesa dell'imputato (artt. 24, 27, 111 Cost.).

Viene infatti facile comprendere come la lesione delle prerogative del pubblico ministero, lungi da rappresentare solo una lesione del principio di separazione delle funzioni processuali che è proprio dell'ordinamento processuale penale (di matrice accusatoria), finisca inevitabilmente per condizionare la strategia difensiva dell'imputato, sino al suo possibile annichilimento totale. È dunque con riferimento ad essa che bisogna guardare per discriminare le ipotesi di legittima riqualficazione del fatto da quelle di tacita (e nociva) riconsiderazione dell'addebito⁵².

In merito, l'orientamento della prevalente giurisprudenza italiana pare si possa riassumere con gli approdi delle sentenze Sezioni Unite Di Francesco del 1996⁵³, Sezioni Unite Carelli del 2010⁵⁴, Sezione II – Caterino del 2013⁵⁵ e Sezioni Unite Lucci del 2015⁵⁶, nelle quali all'interrogativo (statico, puramente concettuale) sui casi di diversità del fatto considerato dal comma 2 dell'art. 521 c.p.p. quale presupposto del meccanismo di regressione del processo (*extrema ratio* per le ipotesi di mancato esercizio del potere di modificare formalmente l'imputazione che è attribuito al pubblico ministero), si è sostituita una diversa e più ampia questione di carattere dinamico, in quanto imprescindibilmente legata agli andamenti e alle peculiarità della vicenda processuale concreta, cioè quella della prevedibilità, da parte dell'imputato, della modificazione in via interpretativa dell'addebito che potrebbe essere operata dal giudice in sentenza.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza sembra quindi orientato nel senso di ritenere che, salvo stravolgimenti imprevedibili degli elementi essenziali del fatto, in riferimento ai quali l'imputato non avrebbe potuto esercitare alcun tipo di difesa (idonea), l'operazione rivalutativa del giudice deve sempre essere riportata al paradigma di cui al comma 1 dell'art. 521 c.p.p., traducendosi in una riqualficazione (legittima) del fatto già ricompreso nella imputazione iniziale.

Consegue che la sentenza in commento convince poco quanto alla ritenuta non abnormità del provvedimento rispetto alla riqualficazione giuridica del fatto "favorevole" all'indagato; non può disconoscersi, infatti, che il reato di cui all'art. 393 c.p. sia fattispecie meno grave di quello di cui all'art. 317 c.p. Eppure, a nostro avviso, il giudice ha effettuato stravolgimenti – che comportano una declaratoria di nullità *ex art. 522 c.p.p.*⁵⁷ –, avendo egli travalicato la possibilità dell'accusato di prevedere gli elementi non prospettati dal pubblico ministero e dunque non ricompresi nella imputazione formulata dall'organo preposto⁵⁸.

CONCLUSIONI

Ora, a prescindere dalla differenziazione tra le ipotesi di "riqualificazione del fatto" o di "riqualificazione dell'addebito", il principio che può trarsi dalla sentenza in commento è quello secondo cui nel procedimento di archiviazione rileva non solo il diritto del pubblico ministero a non essere invaso nelle sue prerogative di esercizio dell'azione penale dal giudice, ma anche – soprattutto – il diritto dell'imputato di conoscere e di interloquire sul contenuto dell'accusa.

Il principio è affermato a livello sovranazionale sia all'art. 48 della Carta di Nizza⁵⁹ (che garantisce il ri-

⁵² A Paoletti, *Caso Drassich 2: differenza tra riqualficazione del fatto-reato e riconsiderazione dell'addebito*, in *Diritto & Diritti*, 2017.

⁵³ Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 16, in *Cass. pen.*, 1997, 360.

⁵⁴ Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, in *CED Cass.*, n. 248051.

⁵⁵ Cass., sez. II, 10 maggio 2013, n. 34969, in *www.italgiure.giustizia.it*.

⁵⁶ Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, con nota di A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca. Le Sezioni unite ridimensionano gli approdi della Corte costituzionale in tema di confisca urbanistica*, in *Arch. pen.*, 2015.

⁵⁷ Cass., sez. V, 1° luglio 2004, n. 28853, in *www.cortedicassazione.it*.

⁵⁸ In dottrina, M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, nota a *Cass. pen.*, sez. V, 2 maggio 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3437.

⁵⁹ E. Aprile-F. Spiezia, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Trento, 2009, p. 38.

spetto della presunzione di innocenza e i diritti della difesa nel processo) sia nella direttiva 2012/13/UE⁶⁰, che delinea le regole proprie della fase procedimentale in cui si trova il procedimento, entrambe fonti poste a garanzia del giusto processo di cui il diritto di difesa dell'indagato è elemento essenziale, quanto il rapporto intercorrente tra la giurisdizione ed il pubblico ministero.

Se non può negarsi che l'ordinanza di imputazione coatta contenga un "comando" del giudice diretto al pubblico ministero, è altrettanto indubbio che sia lo stesso legislatore a riconoscere all'interessato un rimedio nel caso in cui quell'"ordine" scaturisca da una non regolare e non partecipata udienza di archiviazione (v. nuovo art. 410-bis c.p.p.)⁶¹.

A fortiori, non può escludersi l'interesse a impugnare dell'indagato quando, come nella fattispecie in

⁶⁰ La Direttiva 2012/13/UE (in G.U.U.E. n. L 142/1 del 1° giugno 2012), si innesta nella «Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», in G.U.U.E., C-295, 4 dicembre 2009, pp. 1-3, nasce dalla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 gennaio 2009. Essa si è dunque aggiunta alla direttiva 2010/64/UE (in G.U.U.E. n. L 280/1 del 26 ottobre 2010), sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e alla direttiva 2016/343/UE (in G.U.U.E., 11 marzo 2016, L 65/1), sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Praticamente, le segnalate Direttive costituiscono i primi, prodromici ed improcrastinabili strumenti di attuazione di un composito paniere di diritti pregiudiziali all'esercizio del diritto di difesa e, pertanto, del più ampio diritto ad un processo corretto ed equo. Sulla direttiva 2012/13/UE, si vedano le osservazioni generali svolte da F. Romoli, *Osservazioni a prima lettura della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, p. 1. Sui diritti fondamentali, F. Falato, *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, ESI, 2012; Id., *Scritti di cooperazione giudiziaria penale*, F. Falato-F. Caringella (a cura di), Roma, Dike, 2018; T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 1.

⁶¹ Come già rilevato a nota 7, con la Riforma "Orlando", scompare il comma 6 dell'art. 409 c.p.p., per far spazio alla neo introdotta disciplina di cui all'art. 410-bis c.p.p. La nuova norma contempla anzitutto espresse ipotesi di nullità del decreto di archiviazione, che – come afferma la Relazione all'originario d.d.l. di riforma (Cfr. la Relazione al d.d.l. n. 2798, in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti, p. 5) – sono sostanzialmente ricognitive dei casi già elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità. La prima riguarda il decreto emesso in mancanza dell'avviso, alla persona offesa, di presentazione della richiesta di archiviazione (art. 408, commi 2 e 3-bis, c.p.p.), oppure dell'omologo avviso, dovuto – in materia di particolare tenuità del fatto (art. 411, comma 1-bis, c.p.p.) – sia alla persona sottoposta alle indagini sia alla persona offesa. Il decreto è poi nullo, se emesso «prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione». L'intento è quello di lasciare alla persona offesa la possibilità di sfruttare tutto il tempo concesso dall'art. 408 c.p.p.; per questo motivo, viene stabilita l'invalidità del provvedimento di archiviazione emesso prima dell'esaurimento di tale periodo (venti o trenta giorni dalla ricezione dell'avviso, a seconda del reato perseguito), salvo naturalmente il caso in cui pure la vittima sia stata piuttosto celere e abbia presentato opposizione antecedentemente alla decisione. Infine, scatta la nullità anche qualora il giudice abbia deciso sulla richiesta di archiviazione, omettendo di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'opposizione presentata, oppure – si legge nel codice – l'abbia dichiarata «inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1». Viene dunque ribadita, anche a livello positivo, l'obbligatorietà di una pronuncia sull'ammissibilità dell'opposizione, ma il giudice resta pur sempre libero – almeno sotto il profilo delle sanzioni processuali – di ignorarne il merito. La seconda fattispecie – caratterizzata da un testo di difficile lettura – sembra significare che il giudice può dichiarare l'inammissibilità dell'opposizione solo nelle ipotesi ex art. 410, comma 1, c.p.p., vale a dire qualora non siano stati indicati «l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova»; non comporta invece l'automatica irricevibilità dell'opposizione il solo spirare del termine di cui all'art. 408 c.p.p., che conferma una natura squisitamente dilatoria, anziché perentoria. Per quanto riguarda la nullità dell'ordinanza di archiviazione, il legislatore si è limitato a rimodellare l'abrogato art. 409, comma 6, c.p.p., stabilendo, al comma 2 del nuovo art. 410-bis, che «l'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'articolo 127, comma 5»: si tratterà dunque delle ipotesi di «mancato avviso dell'udienza; mancata indicazione dei destinatari dell'avviso se comparsi; mancato rinvio dell'udienza se l'imputato legittimamente impedito ha chiesto di essere sentito personalmente». Totalmente innovativa è la disciplina da seguire per eccepire le invalidità sopra illustrate (comma 3). Sparisce il ricorso per Cassazione – come emerge dall'abrogazione dell'art. 409, comma 6, c.p.p. – e deve essere presentato, «entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento», un «reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica». La procedura successiva è molto snella: il tribunale decide «con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate», le quali avranno soltanto la possibilità di «presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza». Il soggetto legittimato a impugnare è qualificato dal codice semplicemente come «l'interessato»: si tratta, in sostanza, della persona offesa e, in caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, anche della persona sottoposta alle indagini. Il tribunale ha a disposizione tre diverse decisioni: può anzitutto dichiarare inammissibile il reclamo, ad esempio perché presentato fuori termini; se invece la doglianza è fondata, procede all'annullamento, ordinando poi la restituzione degli atti al giudice, mentre, in caso contrario, si limita a confermare il provvedimento. I riformatori hanno quindi opportunamente sgravato la Corte di cassazione di uno dei suoi precedenti compiti, tramite la creazione di un rimedio – a prima vista di natura impugnatoria –, finora inedito per il codice di procedura penale. Resta comunque ancora preclusa la possibilità di censurare il merito del provvedimento archiviativo, quale che sia la forma da esso assunta; a ben vedere, tale assetto poteva forse essere almeno parzialmente rimeditato, proprio alla luce del passaggio di consegne fra la Corte di legittimità e il tribunale in composizione monocratica. Nel comma 1 dell'art. 411 c.p.p. è stato semplicemente aggiunto un rinvio alla disciplina del nuovo art. 410-bis, c.p.p.

esame, il provvedimento del giudice rappresenti l'epilogo di un contesto dialettico in cui si è discusso sull'archiviazione di reati diversi da quelli poi specificati nell'ordine di imputazione coatta, trattandosi di un atto dagli effetti pregiudizievoli non altrimenti impugnabile, in quanto avulso dagli schemi normativi.

Alla luce delle argomentazioni esposte, è fin troppo evidente l'assai concreto interesse di cui è portatore l'indagato, cioè quello secondo cui l'azione penale sia esercitata nei suoi confronti nel pieno rispetto delle regole costituzionali, relative non solo al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari ma anche e soprattutto alla tutela del "contraddittorio" nel pieno esercizio del diritto di difesa. E della irragionevolezza dell'opposto orientamento ermeneutico, la Corte sembra dare esaustiva motivazione, all'uopo richiamando pronunce e principi di rilievo costituzionale.

In conclusione, è opportuno procedere, tuttavia a qualche considerazione circa la regolamentazione attuale dell'imputazione *iussu iudicis*, quale si è delineata proprio a seguito della sentenza in commento.

Per le motivazioni suesposte, la pronuncia delle Sezioni Unite ha sicuramente il pregio di aver definitivamente risolto, nell'unica direzione in grado di contemperare i diversi interessi costituzionali, da un lato la controversa vicenda dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e garanzie processuali accusatorie, e dall'altro il contrasto giurisprudenziale sulla legittimazione dei soggetti preposti all'impugnativa del provvedimento giurisdizionale emesso ai sensi dell'art. 409, comma 5 c.p.p.

In ogni caso, è indispensabile notare che la pronuncia determina alcune problematiche, inerenti al potere previsto dall'art. 409, comma 5 c.p.p.; perplessità profilatesi sin dalla sua comparsa nel nostro ordinamento.

La circostanza che il controllo del giudice per le indagini preliminari sia ora sottoposto a limiti molto più serrati implica infatti il pericolo di una più semplice elusione dell'obbligatorietà dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

Ci si pone, ad esempio il dubbio circa i rimedi utilizzabili nella eventualità in cui il pubblico ministero si determini illegittimamente a non esercitare l'azione penale e mantenga tale posizione anche a seguito dell'indicazione di nuove indagini e dell'ordine di iscrivere nuovi reati; allo stesso modo ci si chiede quale tutela riceva il principio di obbligatorietà dell'azione penale, in seguito alla limitazione – posta in essere dalla pronuncia in commento – dello strumento dell'imputazione *iussu iudicis*.

Certamente, l'acuirsi del problema non può addebitarsi alla sentenza in esame, sebbene in essa abbiano trovato conferma le contraddizioni, gli imbarazzi e le incertezze che caratterizzano l'istituto dell'imputazione coatta.

Potrebbe addirittura sostenersi che la pronuncia delle Sezioni Unite funga da campanello d'allarme, utile a sollecitare sia una più approfondita e complessiva analisi dell'istituto in oggetto, sia l'adozione di soluzioni idonee a risolvere le questioni ad esso connesse; anche perché nel corso degli anni successivi all'entrata in vigore del "codice Vassalli", la giurisprudenza è più volte intervenuta per garantire una migliore applicazione dell'imputazione *iussu iudicis*, senza riuscire, però, a rimuoverne del tutto le intrinseche contraddizioni.

Tuttavia, un compito così ampio e arduo non può che spettare al legislatore, l'unico legittimato a rinvenire soluzioni innovative in grado di eliminare le incertezze insite nell'istituto, anche perché non è questa la sede per affrontare il delicato tema dell'obbligatorietà costituzionale dell'azione penale.

Qui è solo possibile saggiare altre soluzioni: ad esempio, particolarmente suscettibile di approfondimento appare la soluzione di sostituire il controllo giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione con il controllo gerarchico demandato al procuratore generale presso la Corte d'Appello⁶², soluzione su cui appaiono considerevoli i vantaggi processuali, dall'arricchimento della dinamica accusatoria cui tende ad ispirarsi il nostro codice di procedura penale, attraverso una più marcata separazione fra funzione requirente e giudicante, all'eliminazione di ogni incertezza circa la concreta efficacia dell'istituto ed alla maggiore celerità al procedimento.

Certo, il superamento del controllo giurisdizionale nel procedimento archiviativo non rappresenta una soluzione priva di difficoltà e di diffidenze.

⁶² F.R. Dinacci, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.* 1991, II, p. 579 e, volendo, M. Minafra, *Imputazione coatta e omessa formulazione dell'imputazione*, nota a *Cass.*, sez. VI, 31 gennaio 2007, in *Giust. pen.*, 2007.

Esso, tuttavia, trova implicita conferma nella pronuncia in commento, che segna un graduale ma deciso affrancamento della nostra giurisprudenza da quei timori di elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che contrassegnarono nettamente la stesura del "codice Vassalli". Timori che, a quasi trent'anni dall'introduzione del sistema accusatorio nel nostro ordinamento, appaiono estremamente datati se non del tutto infondati.

Inutilizzabilità della prova dichiarata in sede rescindente e giudizio di rinvio ai soli effetti civili

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE VI, SENTENZA 3 OTTOBRE 2018, N. 43896 – PRES. FIDELBO; REL. SILVESTRI

Il giudizio di rinvio avanti al giudice civile in seguito a sentenza della Corte di cassazione in sede penale ai sensi dell'art. 622 c.p.p. costituisce uno sviluppo della decisione di annullamento, nei limiti della quale detto giudice è chiamato a compiere il riesame della controversia, con la conseguenza che la prova ritenuta inutilizzabile nel giudizio penale non può essere utilizzata neppure in quello civile, diversamente realizzandosi una sostanziale violazione dell'accertamento compiuto dal giudice penale.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. – La Corte di appello di Caltanissetta ha confermato la sentenza con cui (*omissis*) è stata condannata per il reato di falsa testimonianza. A (*omissis*) è contestato di avere indotto, promettendo denaro, (*omissis*) a rendere falsa testimonianza all'udienza del 23/06/2009 davanti alla Corte di assise di Caltanissetta nel processo nei confronti di (*omissis*), imputato dell'omicidio di (*omissis*). (Il fatto è contestato come commesso in Canicattì in data prossima al maggio 2010). La deposizione di (*omissis*) sarebbe stata falsa perché, da una parte, questi avrebbe riferito in dibattimento, contrariamente a quanto dichiarato in sede di sommarie informazioni e all'udienza del 18/05/2005, una specifica circostanza che avrebbe avuto rilievo in ordine alla ricostruzione del movente dell'omicidio, e, dall'altra, avrebbe negato di aver ricevuto da (*omissis*), madre dell'imputato, una offerta di denaro per riferire la circostanza in questione e di avere raccontato, durante un colloquio, detto episodio specifico all'ispettore di polizia (*omissis*). L'ispettore (*omissis*), escusso nel processo di omicidio il 23/06/2009, aveva riferito di aver incontrato nel maggio 2009 (*omissis*) il quale gli disse che in quel periodo la madre del (*omissis*), cioè l'odierna imputata, "stava tentando di corrompere i testi per il processo del figlio" (così testualmente nella motivazione della sentenza impugnata); aveva aggiunto l'ufficiale di polizia giudiziaria di avere invitato, in occasione di quel colloquio, il (*omissis*) a verbalizzare le dichiarazioni ma questi aveva rifiutato per timore; dell'episodio il (*omissis*) aveva inoltre informato la sua dirigente di polizia. (*omissis*), come detto, aveva in dibattimento negato l'episodio, essendosi limitato a riferire di avere sì incontrato (*omissis*), ma di aver solo chiesto se anche questi avesse dovuto testimoniare.

2. Ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputata articolando tre motivi.

2.1. Con il primo si lamenta l'inosservanza di norme processuali stabilite a pena di inutilizzabilità in relazione all'art. 195, comma 4, cod. proc. pen. Si sostiene che il (*omissis*), all'udienza del 23/06/2009, davanti alla Corte di assise di Caltanissetta, non avrebbe potuto rendere le dichiarazioni aventi ad oggetto il colloquio avuto con il (*omissis*) in cui questi aveva fatto riferimento all'offerta della (*omissis*) per indurlo a testimoniare il falso. L'inutilizzabilità discenderebbe dal fatto che il contenuto di quel colloquio non poteva essere considerato estraneo al contesto investigativo, atteso che: 1) (*omissis*) faceva parte del gruppo che aveva investigato su quell'omicidio; 2) aveva escusso in precedenza il (*omissis*) a sommarie informazioni proprio in relazione a quel fatto reato; 3) (*omissis*), consapevole del contesto in cui quelle dichiarazioni erano state raccolte, aveva proposto al (*omissis*) di verbalizzare il riferito; 4) lo stesso P.M. che procedeva, informato dell'accaduto, invitò (*omissis*) a redigere una apposita annotazione di servizio, poi formata. Sulla base di tale quadro di riferimento, si sostiene che anche nel processo avente ad oggetto il reato di falsa testimonianza l'ispettore (*omissis*) all'udienza del 07/02/2013, non

avrebbe potuto riferire, ai sensi dell'art. 195 cod. proc. pen., sul contenuto delle dichiarazioni a lui rese da (omissis) in occasione del colloquio con questi avuto, e di cui si è detto. Si censura la motivazione della Corte di appello che, investita della eccezione di inutilizzabilità, sul punto, ricostruiti i fatti, si sarebbe limitata ad affermare la correttezza dell'operato di (omissis).

2.2. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge e vizio di motivazione. Si sostiene che la motivazione della sentenza sarebbe viziata perché non avrebbe indicato le ragioni poste a fondamento dell'affermazione di colpevolezza, essendosi limitata la Corte di merito a valorizzare l'incontro tra la (omissis) e il (omissis) e ad affermare l'esistenza di un "effetto intimidatorio" che da detto incontro sarebbe derivato per il soggetto chiamato a deporre. Si contesta la decisione impugnata nella parte in cui, pur volendo ipotizzare come vero l'incontro, non avrebbe motivato sulla causalità del contributo concorsuale dell'imputata rispetto al reato commesso dal (omissis).

2.3. Con il terzo motivo si lamenta la violazione di legge in relazione alla mancata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. Si sostiene che la data indicata nella imputazione in cui il reato si sarebbe consumato sarebbe errata, dovendosi invece fare riferimento ad una condotta che non potrebbe non essere stata compiuta prima del 23/06/2009, cioè prima della data in cui la testimonianza del (omissis) fu resa. Il reato pertanto sarebbe stato estinto per prescrizione già prima della sentenza della Corte di appello (28/03/2017).

3. All'udienza del 30/11/2017 il processo è stato rinviato per consentire alle parti di interloquire su possibili qualificazioni giuridiche alternative dei fatti di causa.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Il primo motivo di ricorso è fondato.

2. Dall'espressione «contraddittorio nella formazione della prova» contenuta nell'art. 111 comma 4 Cost., si è fatto discendere nel tempo il fermo convincimento della inidoneità probatoria delle dichiarazioni raccolte unilateralmente nell'indagine preliminare» ai fini della decisione sul merito 3 dell'imputazione, salvo le deroghe previste dall'art. 111 comma 5 Cost. in tema di contraddittorio «implicito», «impossibile» o «inquinato» La legge 1° marzo 2001 n. 63 ha in effetti escluso che le dichiarazioni impiegate per le contestazioni ex art. 500 cod. proc. pen. possano essere utilizzate come prova e, in tal senso, ha rafforzato il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria. Senza il divieto di cui all'art. 195, comma 4, cod. proc. pen., non avrebbe avuto senso sottrarre la dinamica delle contestazioni dibattimentali alla loro utilizzazione in chiave probatoria, perché i risultati dell'attività d'indagine sarebbero stati comunque assicurati al giudizio attraverso la testimonianza di chi li avesse raccolti: ciò avrebbe vanificato il principio di separazione funzionale tra fasi procedurali. Quest'assetto ha superato il vaglio della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 32 del 2002, ha ribaltato le conclusioni della precedente pronuncia n. 24 del 1992. Nel 1992 il Giudice delle leggi aveva ritenuto irragionevole negare alla polizia giudiziaria il potere di testimoniare sulle sommarie informazioni assunte dalle persone sentite nel corso del procedimento. Per la Corte, il divieto contenuto nell'art. 195, comma 4, cod. proc. pen. avrebbe discriminato gli appartenenti alla polizia rispetto ai testimoni comuni, quasi si trattasse di persone «meno affidabili», nonostante la loro generale capacità di testimoniare ex art. 196 cod. proc. pen.

Nel 2002, preso atto del "mutato ... quadro di riferimento costituzionale», la Corte ha invece affermato che il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria è funzionale ad evitare che dichiarazioni acquisite in carenza di dialetticità «possano surrettiziamente confluire nel materiale probatorio utilizzabile in giudizio attraverso la testimonianza sul loro contenuto resa da chi le ha raccolte unilateralmente nel corso delle indagini preliminari». Il «divieto», affermò la Corte, «risulta quindi coerente con la regola di esclusione probatoria dettata nel nuovo testo dell'art. 500, comma 2, cod. proc. pen., in base alla quale le dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari e lette per le contestazioni in dibattimento 'possono essere valutate ai fini della credibilità del teste', ma non utilizzate come prova dei fatti in esse affermati».

3. Il comma 4 dell'art. 195 cod. proc. pen. non introduce, tuttavia, un generale ed incondizionato divieto di testimonianza in relazione alle conoscenze che la polizia giudiziaria può aver acquisito nell'esercizio delle proprie funzioni. Il divieto attiene solo alle informazioni ottenute attraverso un determinato modulo procedimentale che la norma tipizza: gli ufficiali e gli agenti di polizia non possono testimoniare "sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt.

351 e 357 comma 2 lett. a-b". Il divieto è doppiamente tipizzato nei suoi presupposti oggettivi, mediante il riferimento a particolari modalità di compimento che connotano solo certi atti, ed allo status di testimone che deve attribuirsi al soggetto da cui provengono le dichiarazioni. Nel corso dei lavori preparatori della legge n. 63 del 2001, la norma era stata formulata dalla Camera dei deputati con il rinvio alla sola lettera b) del comma 2 dell'art. 357, mentre, solo al Senato della Repubblica, si preferì aggiungere anche il riferimento alla lettera a) della norma in questione. Il richiamo alla lettera a) del comma 2 dell'art. 357 cod. proc. pen. impedisce alla polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle denunce, querele o istanze presentate oralmente.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno chiarito come il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che il comma 4 dell'art. 195 cod. proc. pen. stabilisce con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b) stesso codice, si riferisca tanto alle dichiarazioni che siano state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la polizia giudiziaria non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime.

Si è aggiunto che il comma 4 dell'art. 195 cod. proc. pen. preclude la testimonianza con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b) stesso codice, mentre, gli "altri casi" cui si riferisce l'ultima parte della disposizione, per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali sulla testimonianza indiretta, si identificano con le ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese da terzi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza, e quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità (Sez. U. n. 36747 del 28/05/2003, Torcasio, rv. 225468-469).

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 305 del 2008, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 3, cod. proc. pen., "ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b) c.p.p. e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate".

Dunque, il divieto ha ad oggetto anche le dichiarazioni verbalizzabili e non verbalizzate.

4. La giurisprudenza successiva della Corte di cassazione ha ritenuto non rientrare nell'ambito del divieto di testimonianza indiretta per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria fattispecie del tutto peculiari, come la deposizione che verta su dichiarazioni di un teste, raccolte mentre è accompagnato in ospedale (Sez. 5, n. 14550 del 08/11/2004, dep. 2005, Hajabid, Rv. 231100; Sez. 1, n. 41090 del 04/07/2012, Morfei, Rv. 253374), ovvero in relazione alle dichiarazioni sulla identità degli autori di un omicidio, rese nella immediatezza dalla vittima del ferimento mortale, poco prima del decesso (Sez. 1, n. 5965 del 11/12/2008, dep. 2009, Manco, Rv. 243347; Sez. 1, n. 25295 del 27/02/2014, Accetta, Rv. 259780) o, ancora, le dichiarazioni acquisite da telefonate ricevute a numeri di emergenza (Sez. 2, n. 4800 del 18/01/2013, Massullo, Rv. 255203), o percepite occasionalmente dalla polizia giudiziaria (Sez. 1, n. 15760 del 20/01/2017, Capezzer, Rv. 269573), ovvero relative a dialoghi cui l'ufficiale di polizia sia stato testimone diretto (Sez. 2, n. 52539 del 03/11/2016, Venneri, Rv. 268708). L'indirizzo interpretativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità appare sostanzialmente simmetrico alla elaborazione della Dottrina, secondo cui il riferimento agli "altri casi", nei quali il divieto di testimonianza non opera per la polizia giudiziaria, riguarda le dichiarazioni raccolte al di fuori di qualunque rapporto dialettico interno al procedimento ovvero quelle acquisite all'interno del procedimento ma al di fuori delle modalità richiamate dalla norma, sempre che non si tratti di ipotesi in cui la verbalizzazione delle dichiarazioni rese dal potenziale testimone non sia dovuta in forza di una previsione normativa espressa o implicita, ovvero non sia ragionevolmente esigibile, in relazione alle circostanze del caso concreto.

5. La Corte di Appello di Caltanissetta non ha fatto corretta applicazione dei principi in questione. Il contenuto delle dichiarazioni che (omissis) rese all'ispettore (omissis) era obiettivamente quello di una denuncia orale di reato; (omissis) riferì circostanze che assumevano diretta rilevanza penale in ordine a reati anche diversi rispetto alla falsa testimonianza. Ai sensi degli artt. 195, comma 4, - 357, comma 2, lett. a) cod. proc. pen., (omissis) non poteva quindi rendere testimonianza sul contenuto di quella denuncia. Sotto altro profilo, quelle dichiarazioni non furono affatto rese al di fuori di qualunque rapporto dialettico interno al procedimento, né furono assunte occasionalmente o in una situazione di eccezionale urgenza ovvero al di fuori di un dialogo tra ufficiale di polizia giudiziaria e teste; (omissis) era

l'ufficiale di polizia giudiziaria che aveva compiuto attività di indagine per quell'omicidio ed era colui che aveva assunto sommarie informazioni da (omissis). (omissis) cercò l'ufficiale di polizia giudiziaria che lo aveva già sentito ed a lui confidò che (omissis) stava tentando di corrompere i testimoni del processo. Sotto ulteriore profilo, (omissis) avrebbe dovuto verbalizzare quelle dichiarazioni ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. a) cod. proc. pen. e tale obbligo non poteva venire meno a seguito del preannunciato rifiuto di Lauricella, per timore di ritorsioni, di sottoscrivere il verbale. L'ufficiale di polizia giudiziaria avrebbe dovuto documentare quelle dichiarazioni ed invitare (omissis) a sottoscrivere il verbale; nel caso in cui il dichiarante si fosse rifiutato, si sarebbe dovuto dare atto del rifiuto e delle causali poste a fondamento della mancata sottoscrizione dell'atto. Quel verbale, contenente quelle dichiarazioni, avrebbe potuto, sussistendone i presupposti di legge, eventualmente essere acquisito anche a fini probatori, ai sensi dell'art. 500, commi 4-5 cod. proc. pen., nel corso del dibattimento celebrato davanti alla Corte di assise per il reato di omicidio. La prova assunta nel processo per omicidio, relativa al tentativo di corruzione del teste (omissis), avrebbe potuto essere utilizzata, attraverso i meccanismi di circolazione probatoria, nel processo avente ad oggetto la falsa testimonianza.

6. Di tutto questo la Corte di appello di Caltanissetta non ha tenuto conto, limitandosi in maniera assertiva ad affermare la correttezza dell'ufficiale di polizia giudiziaria. Le dichiarazioni rese dall'ispettore (omissis) sono dunque probatoriamente inutilizzabili, perché assunte in violazione del divieto posto dall'art. 195, comma 4, cod. proc. pen.

7. La sentenza, quanto agli effetti penali, deve tuttavia essere annullata senza rinvio per intervenuta prescrizione, sia che si voglia fare riferimento al delitto di falsa testimonianza, sia che si intenda ricondurre i fatti in esame alle fattispecie di tentata corruzione in atti giudiziari ovvero di istigazione alla corruzione. Non sussistendo comunque i presupposti per un proscioglimento nel merito dell'accusa, è utile precisare, quanto al reato di falsa testimonianza, che secondo il consolidato e condivisibile orientamento di legittimità nel caso in cui il teste nella medesima fase del giudizio reiteri la falsa dichiarazione testimoniale il reato si consuma con la prima dichiarazione falsa mentre la successiva non assume autonomo rilievo penale (sul tema, Sez. 3, n. 3441 del 19/12/1961, Barone, Rv. 098806; più recentemente, Sez. 6, n. 36538 del 22/09/2010, Piras, Rv. 248598; Sez. 6, n. 9206 del 19/11/2003, Meloi, Rv. 229304). Nel caso di specie, il reato si è consumato all'udienza del 23/06/2009, cioè quando (omissis) fu sentito dalla Corte di Assise di Caltanissetta, essendo irrilevanti eventuali ulteriori audizioni del teste nel corso dello stesso giudizio di primo grado. In ragione della cornice edittale prevista dalla fattispecie di cui all'art. 372 cod. pen. e del termine massimo di prescrizione di sette anni e sei mesi, il reato si sarebbe dovuto prescrivere il 23/12/2016. A detto termine devono essere aggiunti tuttavia almeno altri 201 giorni, essendo stato il termine di prescrizione sospeso dal 24 febbraio al 5 aprile 2012, dal 3 febbraio al 31 marzo 2014, dal 9 giugno al 22 settembre 2014. Dunque, al momento in cui è intervenuta la sentenza della Corte di appello (28/03/2017) il reato non era prescritto e, comunque, anche se la causa di estinzione fosse sopravvenuta già dopo la sentenza di primo grado, la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi agli effetti civili ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen. Considerazioni simili devono essere compiute anche ove si voglia fare riferimento alle possibili fattispecie criminose alternative di cui si è detto.

8. Quanto agli effetti civili, il vizio di inutilizzabilità da cui è inficiata la sentenza impugnata vizia, anche ai fini civili, la motivazione relativa all'accertamento della responsabilità dell'imputata ed alla esatta qualificazione giuridica dei fatti contestati. Il rilevamento in sede di legittimità della sopravvenuta estinzione del reato unitamente al riscontro nella sentenza di condanna impugnata anche di un vizio motivazionale, comporta, ai fini penali, l'annullamento senza rinvio in conseguenza della predetta causa estintiva ed, ai fini civili, l'annullamento con rinvio al giudice civile (cfr., fra le altre, Sez. 4, n. 29627 del 21/04/2016, Silva, Rv. 267844; sul tema Sez. U, n. 40109 del 18/07/2013, Sciortino, Rv. 256087).

I limiti e l'oggetto del giudizio di rinvio sono quelli fissati da questa sentenza. La Cassazione civile ha chiarito in maniera condivisibile 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. Si è affermato che a tale conclusione, pur non essendo rubricata la norma dell'art. 622 cod. proc. pen. con un riferimento al "rinvio", si deve pervenire, in quanto la norma dell'art. 622 cod. proc. pen. disciplina la conseguenza, l'effetto, derivante dalla pronuncia ed in tale quadro di riferimento trova giustificazione il verbo "rinvia" "con un'espressione che evoca chiaramente l'istituto del "rinvio" in sede civile, quale disciplinato dagli artt. 392 e ss. cod. proc. civ. Da tale premessa si fa discendere l'assunto secondo cui la fase successiva non è

completamente avulsa dalla vicenda del processo penale, ma ne rappresenta – sia pure ai fini della sola statuizione sugli effetti civili – uno sviluppo davanti alla giurisdizione ordinaria civile, successivamente all'intervenuta fase di cassazione in sede penale (così testualmente Cass., civ. Sez. 3, n. 17457 del 09/08/2007, Rv. 600508-01). Se così non fosse ed ogni legame con lo svolgimento del processo penale e, quindi, anche con lo svolgimento in esso dell'azione civile, si dovesse intendere reciso e l'unico effetto della cassazione della sentenza di proscioglimento fosse, pertanto, quello – certamente discendente dall'art. 622 cod. proc. pen. – di sottrarre il giudizio su detta azione al vincolo del giudicato che altrimenti deriverebbe dalla statuizione agli effetti penali, l'accertamento del danno da reato sarebbe compiuto senza tenere conto dei limiti e dell'oggetto fissati nella sentenza penale.

Il giudizio di rinvio costituisce un giudizio a carattere “chiuso”, tendente ad una nuova pronuncia, nel quale le parti sono obbligate a riproporre la controversia nei medesimi termini e nel medesimo stato d'istruzione anteriore alla decisione della Corte di cassazione, senza tendenziale possibilità di svolgere una nuova attività probatoria o assertiva, salvi i casi in cui fatti sopravvenuti o la sentenza della Corte di cassazione rendano necessaria una ulteriore attività del genere di quella sopra indicata, sì che quest'ultima, nella seconda delle ipotesi indicate, venga a dipendere strettamente dalle statuizioni della Suprema Corte. Il giudice civile competente in grado in appello è chiamato a compiere il riesame della controversia nei limiti tracciati dal giudice penale (Cass., Sez. 3, n. 6416 del 14/07/1997, Rv. 505964-01; Sez. 3, n. 5800 del 28/06/1997, Rv. 505545-01).

L'azione civile che viene esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen. e art. 74 cod. proc. pen.

Nel caso di specie, la prova inutilizzabile nel processo penale, perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio, non potrà essere utilizzata nel giudizio civile, atteso che, diversamente, si realizzerebbe una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto nel giudizio penale. La prova inutilizzabile nel processo penale ai fini dell'azione civile deve considerarsi inutilizzabile anche nel giudizio civile di rinvio, celebrato ex art. 622 cod. proc. pen., per accertare l'illecito civile derivante dal reato. Davanti al giudice civile, coinvolto per effetto del rinvio contenuto nell'art. 622 cod. proc. pen., la natura della domanda non muta (Sez. 4, n. 27045 del 04/02/2016, Flaviano, Rv. 267730; Sez. 4, n. 11193 del 10/02/2015, Cortesi, Rv. 262708); oggetto del giudizio risarcitorio è il prodromico accertamento incidentale della esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive, ma al giudice civile non è consentita la utilizzazione di una prova dichiarata inutilizzabile nel processo penale. L'articolo 622 cod. proc. pen. dispone una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile superstita a quello penale operata dal giudice di legittimità penale, pur se “fermi gli effetti penali della sentenza”, che, nel caso in esame, attengono alla estinzione del reato per maturata prescrizione. L'annullamento con rinvio della Corte non ha ad oggetto la restituzione dell'azione civile “all'organo giudiziario cui essa appartiene”, ma opera una *translatio* della competenza funzionale del giudice penale a quello civile. L'oggetto del giudizio di rinvio è costituito da tutto quello che rimane da decidere in ordine all'azione civile, esercitata nell'ambito del processo penale.

9. Ne consegue che la Corte di appello civile competente, facendo rigorosa applicazione dei principi di diritto indicati: a) esclusa la utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal teste (omissis) nella parte relativa al contenuto del colloquio avuto con (omissis), ricostruirà il perimetro cognitivo entro il quale formulare il proprio giudizio; b) valuterà se compiere ulteriore attività istruttoria in quanto necessaria per fatti sopravvenuti o in ragione della presente decisione; c) verificherà la configurabilità di un reato produttivo di danno risarcibile; c) accerterà la corretta qualificazione giuridica dei fatti e la loro effettiva riconducibilità alla fattispecie di reato prevista dall'art. 372 cod. pen.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione. Visto l'art. 578 cod. proc. pen., annulla la sentenza agli effetti civili e rinvia al giudice civile competente per valore in grado di appello.

[Omissis]

FEDERICA CENTORAME

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi “Roma Tre”

Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze

Referral for civil effects only and criminal judgment of annulment: autonomy and interferences

Nello stabilire che la declaratoria di inutilizzabilità della prova emessa in fase di annullamento della sentenza, ai sensi dell'art. 622 c.p.p., ha effetto vincolante per il giudice civile di rinvio, la Corte di cassazione estende l'“efficacia riflessa” dell'accertamento penalistico, senza, però, curarsi delle risultanti combinazioni operative fra regole processuali diversificate, nelle due sedi, penale e civile.

By establishing that the exclusion of evidence declared within the criminal judgment of annulment, pursuant to Article 622 of the Code of Criminal Procedure, shall be binding on the civil referral judge, the Court of cassation extends the “reflex effect” of the criminal ascertainment, but without any thought for the resulting combinations of different procedural rules under the two, criminal and civil, trials.

COORDINATE NORMATIVE E PRODROMI DELLA QUESTIONE

Con la pronuncia in commento, la Corte di cassazione è tornata a farsi carico del delicato compito di modulare i rapporti di interferenza tra processo penale e giudizio civile, dallo specifico angolo visuale dell'intreccio fra le rispettive discipline probatorie, nell'ipotesi di annullamento della sentenza ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 622 c.p.p.¹.

In tal caso, come noto, la disposizione appena richiamata stabilisce che, «fermi gli effetti penali della sentenza», la Corte di cassazione rinvia la causa «al giudice civile competente per valore in grado di appello anche se l'annullamento ha per oggetto una sentenza inappellabile». Si realizza, così, uno “sdoppiamento” della *res iudicanda* che «dà luogo a differenti decisioni potenzialmente in contrasto tra loro»², dovendo il giudice civile *ad quem* pronunciarsi, sia pure incidentalmente, sul fatto reato presupposto dell'azione risarcitoria.

Appunto facendo leva su questo effetto di scissione³ tra le due vicende, penale e civile, determinato dall'annullamento a norma dell'art. 622 c.p.p., si coglie subito la singolarità del principio di diritto enunciato dalla sentenza che si annota, in forza del quale la declaratoria di inutilizzabilità della prova emessa nel corso della fase penale rescindente deve ritenersi vincolante anche rispetto al (separato) giudizio di rinvio dinanzi all'organo giurisdizionale civile.

In particolare, la *regula iuris* stabilita dalla Corte di cassazione trae origine da un'impugnazione di legittimità, esperita dalla difesa dell'imputata, con cui si deduceva, fra l'altro, la violazione dell'art. 195, comma 4, c.p.p., il quale, come risaputo, vieta agli ufficiali di polizia giudiziaria di testimoniare sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni. Nello specifico, si lamentava che, in spregio al divieto

¹ Al riguardo, cfr. F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, Cedam, 2002, p. 229 ss.; M. Gialuz, sub Art. 622 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. II, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 3505 ss.; L. Scomparin, sub Art. 622, in G. Conso-V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 2145 ss.; C. Valentini, voce *Ricorso per cassazione*, in *Dig. pen.*, VI Agg., Torino, Utet, 2011, p. 526.

² In questi termini, A. Gaito, *Il ricorso per cassazione*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 844.

³ Cfr. F. Falato, *Annulamento ai soli effetti civili e giudizio di rinvio*, in *Giust. pen.*, 2012, p. 414, secondo la quale, nell'ipotesi in esame, il giudizio di rinvio in sede civile gode di «autonomia strutturale e funzionale, essendosi verificata una scissione tra le materie sottoposte a giudizio mediante il ritorno dell'azione civile alla cognizione del suo giudice naturale (...)».

probatorio sancito dalla disposizione da ultimo richiamata, la prova penale della responsabilità in ordine al delitto contestato fosse stata ricostruita proprio sulla base della deposizione di un operatore di polizia giudiziaria, avente ad oggetto informazioni accusatorie dallo stesso apprese da persona informata sui fatti.

Accogliendo *in parte qua* le doglianze difensive, i giudici di legittimità hanno, per un verso, annullato senza rinvio la sentenza gravata, per intervenuta prescrizione; per altro verso, in forza dell'art. 578 c.p.p., hanno annullato i capi civili della medesima pronuncia, sul rilievo che «il vizio di inutilizzabilità da cui è inficiata la sentenza impugnata vizia, anche ai fini civili, la motivazione relativa all'accertamento della responsabilità dell'imputata».

Di qui, il rinvio al giudice civile di appello individuato in forza dell'art. 622 c.p.p., rivolgendogli espressamente il principio di diritto secondo cui «la prova inutilizzabile nel processo penale, perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio, non potrà essere utilizzata nel giudizio civile, atteso che, diversamente, si realizzerebbe una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto nel giudizio penale».

IL PROCEDIMENTO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI, TRA "EFFICACIA RIFLESSA" DELL'ACCERTAMENTO PENALE E VINCOLATIVITÀ *ULTRA MOENIA* DEL PRINCIPIO DI DIRITTO

È proprio quest'ultimo asserto a colpire l'attenzione.

Nel giustificare l'operatività, anche ai fini civili, della declaratoria di inutilizzabilità della prova assunta in sede penale aggirando il divieto imposto dall'art. 195, comma 4, c.p.p., i giudici di legittimità hanno inteso far leva essenzialmente sulla sussistenza di un vero e proprio vincolo gnoseologico fra il pregresso accertamento penalistico e l'instaurando procedimento civile. Come se, in altre parole, quest'ultima procedura giurisdizionale dovesse subire l'"efficacia riflessa" del sindacato compiuto nella fase penale rescindente, «secondo regole e forme diverse da quelle proprie»⁴. Il tutto, a fronte di un giudicato – quello ormai cristallizzato sui capi penali in virtù della pronuncia cassatoria della Corte di legittimità – che avendo, nel caso di specie, contenuto proscioglitivo per estinzione del reato⁵, esula notoriamente dalle ipotesi tassative cui gli artt. 651 ss. c.p.p. condizionano l'incidenza delle risultanze penali divenute irrevocabili⁶ rispetto alla cognizione della vicenda civilistica.

Si tratta di soluzione esegetica densa di spunti di riflessione, dal momento che la linea ermeneutica seguita nella pronuncia in commento sembra porsi in controtendenza con la sistematica attuale dei rapporti fra le due giurisdizioni, penale e civile, improntati al principio di autonomia e separazione dei rispettivi giudizi⁷.

Evidente, invero, il mutamento di prospettiva rispetto al sistema processuale previgente⁸. Quest'ultimo, sul duplice presupposto della unità della funzione giurisdizionale e della netta preminenza assiologica del giudizio penale su quello civile, sanciva normativamente il principio di pregiudizialità necessaria dell'accertamento penale (art. 3 c.p.p. 1930) con sospensione obbligatoria del processo civile (art.

⁴ Così, E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 117.

⁵ Giova rammentare, per inciso, che le Sezioni Unite civili (Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 984, con nota di P. Sandulli, *In tema di giudicato penale nel processo civile*) hanno, in proposito, puntualizzato che le sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non hanno efficacia extrapenale, «a nulla rilevando che il giudice penale, per pronunciare la sentenza di proscioglimento, abbia dovuto accertare i fatti e valutarli giuridicamente».

⁶ V., ancora, E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 116 ss.; D. Vigoni, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento: le coordinate normative*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 916.

⁷ In generale, nella amplissima letteratura sui rapporti fra le due giurisdizioni, penale e civile, cfr. AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Atti del Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale, Trento – 18 e 19 giugno 1993, Milano, Giuffrè, 1995; F. Gianniti, *I rapporti tra processo civile e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1988; M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, Giappichelli, 2000, spec. p. 67 ss.

⁸ Al riguardo, fra i tanti, si rinvia a F. Carnelutti, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 1 ss.; S. Chiarloni, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi ai sensi dell'articolo 28 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 519 ss.; M. Chiavario, voce *Giudizi (rapporti tra)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 984 ss.; G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963; G. Guarneri, *Autorità della cosa giudicata penale nel giudizio civile*, Milano, Giuffrè, 1942; E.T. Liebman, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, *ivi*, 1957, p. 5 ss.

24 ss. c.p.p. 1930), onde assicurarne una risoluzione sempre coerente con l'esito cognitivo penalistico. L'attuale assetto ordinamentale, per contro, è orientato proprio ad assicurare la reciproca indipendenza delle azioni, penale e civile, e ad evitare, quindi, pregiudizialità di sorta tra le due vicende⁹.

Un dato, infatti, appare inequivoco: la sospensione del giudizio civile, in attesa dell'epilogo definitivo sulla *quaestio criminis* da cui dipende il diritto al risarcimento, costituisce oggi evenienza del tutto eccezionale, confinata alla sola ipotesi tassativa prevista dall'art. 75, comma 3, c.p.p. Essa, cioè, opera soltanto qualora l'azione risarcitoria sia stata proposta «in sede civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado», con correlativa efficacia del giudicato penale, nei limiti e secondo la disciplina prevista dagli artt. 651 ss. c.p.p., una volta ripreso il regolare corso della controversia civilistica. Ciò significa che, invertendo il rapporto regola/eccezione delineato dal precedente assetto codicistico¹⁰ in ordine al necessario condizionamento subito dai poteri decisori del giudice civile rispetto agli esiti della vicenda penalistica, il sistema vigente non riconosce generalmente alcuna supremazia all'accertamento compiuto *in criminalibus* sul fatto-reato presupposto del diritto al risarcimento. Cosicché, il giudice civile ben può operare in piena autonomia la propria cognizione della fattispecie in ordine alla verifica della responsabilità aquiliana dell'imputato/convenuto, senza essere «vincolato alle soluzioni e alla qualificazioni del giudice penale»¹¹.

Siffatta autonomia cognitiva – nella prospettiva che qui maggiormente rileva – appare viepiù accentuata proprio rispetto ad eventuali valutazioni operate da quest'ultimo giudice in punto di utilizzabilità della prova, stante il diverso regime istruttorio che caratterizza le due vicende procedimentali, penale e civile.

Da questo specifico angolo visuale, infatti, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che, qualora l'azione civile sia stata esercitata in seno al processo penale e l'organo giudicante abbia accertato la responsabilità dell'imputato, «egli fonderà gli accertamenti da compiere ai fini dell'azione civile su quelli compiuti in sede penale, ma quando, per il differente regime probatorio, dovesse pervenire a risultati diversi, se ne discosterà, senza che da ciò derivi alcun contrasto logico che possa rendere perplesso il contenuto della decisione»¹². Un messaggio forte e chiaro, quest'ultimo, in favore della insussistenza di vincoli cognitivi assoluti fra l'accertamento sostanziale penalistico e quello civile da esso dipendente, proprio laddove, nell'intreccio tra le due vicende giurisdizionali, vengano in rilievo questioni di natura squisitamente probatoria.

A ciò va aggiunto che la diversa regolamentazione della prova nei due contesti processuali, quale cifra essenziale dei rapporti intercorrenti fra giudizio penale e civile, emerge persino a livello dei casi tassativi di vincolatività *extra moenia* delle risultanze contenute nel giudicato penale. Ne costituisce tangibile conferma il disposto normativo dell'art. 654 c.p.p., alla stregua del quale l'efficacia della pronuncia penale irrevocabile, all'interno dei giudizi civili o amministrativi ove si controverta intorno a un rapporto giuridico il cui accertamento dipende dagli stessi fatti materiali oggetto del giudizio penale, è condizionata, tra l'altro, alla circostanza che «la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Il che, in buona sostanza, equivale a riconoscere come insuperabile «la sostanziale differenza che vige tra i due contrapposti sistemi di accertamento»¹³.

Dinanzi a un simile scenario di fondo¹⁴, occorre allora verificare se, ed in quale misura, possa trovare giustificazione il ben diverso “registro” interpretativo prescelto dalla Corte di cassazione, nella sentenza in commento, secondo cui l'accertamento compiuto dal giudice penale è destinato, invece, a riverberarsi sul successivo giudizio di rinvio in sede civile, proprio vincolandone il differente regime probatorio agli effetti della declaratoria di inutilizzabilità emessa nella fase rescindente.

Diciamo subito che, in tale ottica, non appare sufficiente a giustificare l'“efficacia riflessa” della suddetta

⁹ In questo senso, D. Vigoni, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento*, cit., p. 913.

¹⁰ Cfr. D. Vigoni, *Il giudicato*, in AA.VV., *Procedura penale*, cit., p. 864.

¹¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 17 giugno 2013, n. 15112, in *CED Cass.*, n. 626948.

¹² C. cost., sent. 27 febbraio 1974, n. 40, in *Giur. cost.*, 1974, p. 140.

¹³ Così, R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, Utet, 2009, p. 68.

¹⁴ Rileva, infatti, che «la mutata disciplina della pregiudizialità del giudizio penale si riflette anche sulla natura del giudizio di rinvio, concernente i soli interessi civili», A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Torino, Utet, 1999, p. 654.

declaratoria di inutilizzabilità, l'assunto patrocinato dalla Cassazione, per cui il giudizio attivato ai sensi dell'art. 622 c.p.p. costituisce «uno sviluppo della sentenza di annullamento, nei limiti della quale il giudice è chiamato a compiere il riesame della controversia»¹⁵. Insomma, un rinvio prosecutorio¹⁶, deputato al completamento dell'opera avviata dalla Cassazione penale con la pronuncia rescindente, nel cui ossequioso rispetto, l'organo giurisdizionale competente per il giudizio rescissorio sarebbe, per ciò solo, tenuto ad operare.

Di molteplice ordine, invero, i profili di criticità cui si espone un simile ragionamento.

In primo luogo, viene in rilievo un dato di carattere formale che, di per sé, appare idoneo a smentire la suddetta ricostruzione del giudizio civile di rinvio quale supplemento decisorio della vicenda penale.

Si tratta del peculiare meccanismo di attivazione della fase civile rescissoria che, nel caso in esame, postula la riassunzione della causa, ad opera della parte interessata, entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione. Lo snodo procedimentale *de quo* rende, infatti, inoperante il principio di immanenza della parte civile, in forza del quale il titolare del diritto al risarcimento può, invece, far valere la propria pretesa risarcitoria, «in ogni stato e grado del processo», senza dover rinnovare di volta in volta l'atto di costituzione in giudizio¹⁷.

In diversificata prospettiva, dovendo essere instaurata in virtù di un precipuo atto di citazione da notificare alla controparte a cura dell'interessato, la fase di rinvio a seguito di annullamento ai sensi dell'art. 622 c.p.p. costituisce evidentemente un processo *ex novo*, più che uno sviluppo della fase processuale rescindente¹⁸. Accentuandosene, per ciò solo, l'autonomia strutturale e funzionale¹⁹ dalla vicenda penalistica principale.

In secondo luogo, poi, occorre evidenziare che, diversamente da quanto accade nel caso di annullamento con rinvio in sede penale, ove, a norma degli artt. 627, comma 3, c.p.p. e 173, comma 2, disp. att. c.p.p., il giudice *ad quem* è tenuto ad uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Cassazione in sede rescindente, nella specifica ipotesi di annullamento della sentenza in forza dell'art. 622 c.p.p. non risulta normativamente previsto alcun vincolo decisorio per l'organo civile di rinvio²⁰. Né, a colmare un simile vuoto prescrittivo potrebbe validamente soccorrere la previsione contenuta nell'art. 384, comma 2, c.p.c., il quale, con particolare riferimento ai limiti cognitivi a carico dell'omologo giudizio rescissorio a seguito di annullamento in sede processual-civilistica, stabilisce che il giudice di rinvio «deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte».

Ora, è pur vero che le Sezioni Unite civili hanno avuto modo di affermare che, in sede di rinvio, «è precluso qualsiasi riesame dei presupposti di applicabilità del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, non solo in ordine agli "errores in iudicando" relativi al diritto sostanziale, ma anche per le violazioni di norme processuali, tutte le volte in cui il principio sia stato enunciato rispetto a un fatto con valenza processuale»²¹. Cosicché, si potrebbe essere indotti a ritenere che pure rispetto alle ipotesi di rinvio "inter-ordinamentale" ai sensi dell'art. 622 c.p.p.²², eventuali statuizioni emesse dalla Cassazione in ordine ad "errores in procedendo" compiuti in sede penale, cui si ascrivono altresì quelli in tema di utilizzabilità della prova, siano dotate di un'analogia valenza preclusiva rispetto alla cognizione del giudice civile della fase rescissoria.

¹⁵ In questi termini, Cass., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, in motivazione.

¹⁶ Su questo profilo, facendo leva sulla nota classificazione di E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 74 ss., delle due tipologie di rinvio in funzione «restitutoria» e «prosecutoria», v. B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 149; F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, cit., p. 232 ss. Con riguardo alla previgente disciplina dell'istituto (art. 541 c.p.p. 1930), E. Amodio, *Estromissione illegittima del responsabile civile e poteri della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 554.

¹⁷ Sul punto, cfr. E.M. Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in G. Dean (a cura di), *I soggetti*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, cit., p. 560 ss.

¹⁸ Sul punto, E. Fazzalari, voce *Rinvio (giudizio di) nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, Utet, 1998, p. 669. Nella medesima prospettiva, con specifico riferimento al giudizio di rinvio a norma dell'art. 622 c.p.p., F. Falato, *Annullamento ai soli effetti civili*, cit., p. 412.

¹⁹ Così, A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 654.

²⁰ In tal senso, ancora, A. Bargi, *ibidem*; A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, Cedam, 2011, p. 281.

²¹ Cass. civ., sez. un., 3 luglio 2009, n. 15602, in *CED Cass.*, n. 608910.

²² Tale non sembra, però, l'opinione della giurisprudenza civile che ha, di recente, escluso la configurabilità, rispetto all'ipotesi di cui all'art. 622 c.p.p., di un vincolo gnoseologico a carico del giudice civile *ad quem* sulla falsariga del principio di diritto art. 384, comma 2 c.p.c. (Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2017, n. 9358, in *CED Cass.*, n. 644002).

Tutto ciò non vale, però, ad eludere il fondamentale dato scriminante della fattispecie in esame.

Nel caso specifico del giudizio di rinvio instauratosi a seguito di annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili, si è al cospetto di «due decisioni adottate con riti diversi e per questo accertate con limiti completamente difformi in ordine alla prova»²³. Ed un simile divario normativo assume peculiare rilievo nel delineare i rapporti di interferenza fra giudizio penale rescindente e procedura civile rescissoria. Attesa, infatti, la diversa regolamentazione che la materia probatoria assume nel contesto civile – ove, per quanto qui più interessa, manca notoriamente una previsione legislativa analoga all'art. 191 c.p.p.²⁴ – l'effetto vincolante della pronuncia della Cassazione finirebbe, in simili ipotesi, per operare addirittura in funzione “creativa” della stessa disposizione normativa in astratto applicabile nella fase civile rescissoria. Con evidente e indebito superamento dei limiti canonici della decisione dell'organo rescindente, il cui oggetto non è (e non può essere) la norma giuridica astratta, bensì soltanto quella che, in virtù di quest'ultima, si sia poi concretata a regolare la fattispecie controversa²⁵.

A ciò si aggiunga, infine, che, nell'ipotesi in discorso, il principio di diritto eventualmente enucleato dalla Corte di legittimità dovrebbe, *ratione materiae*, riguardare, comunque, soltanto «l'obbligo della pronuncia sull'azione civile o il criterio sotteso alla scelta della competenza del giudice civile»²⁶, e non già profili, quale quello relativo all'inutilizzabilità di una prova a carico dell'imputato/convenuto, che, involgendo anzitutto il tema decisorio della responsabilità penale, finiscono, a stretto rigore, per porre in discussione la stessa applicabilità, in ipotesi del genere, dell'art. 622 c.p.p.²⁷

Costituisce, infatti, asserto condiviso da buona parte della giurisprudenza²⁸ quello secondo cui l'intangibilità «degli effetti penali della sentenza» cui allude il citato art. 622 c.p.p., postula che tale disposizione normativa possa trovare applicazione solo qualora risulti ormai totalmente esaurito il rapporto penalistico²⁹, essendo stato già effettuato un positivo e definitivo accertamento di merito in ordine alla *quaestio criminis*. Una condizione, quest'ultima, che, però, non appare propriamente rispettata laddove il principio di diritto affermato dalla Cassazione in termini vincolanti per il giudice civile di rinvio costituisca – come affermato dallo stesso organo rescindente – la risultante di un vizio di inutilizzabilità della prova che inficia «la motivazione relativa all'accertamento della responsabilità dell'imputata ed alla qualificazione giuridica dei fatti contestati».

INUTILIZZABILITÀ DELLA PROVA PENALE, GIUDIZIO CIVILE AD QUEM E (IR)RAGIONEVOLI COMBINAZIONI TRA REGOLE PROCESSUALI DIVERSIFICATE

Una volta evidenziati gli ostacoli di ordine sistematico che si frappongono all'istituzione a carico del giudizio di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. di un vero e proprio vincolo gnoseologico discendente dal pregresso accertamento penalistico, si tratta di comprendere se il limite probatorio imposto dalla pronuncia in esame in capo all'organo civile *ad quem* possa, tuttavia, giustificarsi alla luce di una diversa chiave di lettura, intesa ad ampliare l'ambito di operatività della inutilizzabilità penale ben oltre i confini tracciati dal processo penale stesso.

In quest'ordine di idee, merita soffermarsi sulla recisa affermazione del Collegio di legittimità, se-

²³ Così, E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, Cedam, 2002, p. 324.

²⁴ Per tutti, v. L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, p. 175.

²⁵ Cfr., tra i molti, V. Denti, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1327; E. Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, Cedam, 1950, p. 694; A. Segni, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in V. Scialoja-G. Branca (diretto da), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1960, p. 326.

²⁶ Così, ancora, A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, cit., nota 206.

²⁷ Cfr. G. Spangher, *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, Cedam, 2012, p. 280 s.

²⁸ Pure dopo l'arresto giurisprudenziale a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 27 settembre 2013, n. 40109, in *CED Cass.*, n. 256087) con cui si è inclusa anche la declaratoria di estinzione del reato – e, dunque, una pronuncia non espressiva di un pieno accertamento processuale sulla responsabilità dell'imputato – tra gli «effetti penali della sentenza» cui allude l'art. 622 c.p.p., non sono, infatti, mancate decisioni giurisprudenziali che hanno ribadito che *condicio sine qua non* per l'operatività della citata disposizione è la preventiva definizione dell'accertamento in ordine alla sussistenza del fatto-reato, presupposto del risarcimento (Cass., sez. VI, 21 marzo 2017, n. 13844, in *CED Cass.*, n. 270371; Cass., sez. V, 10 marzo 2015, n. 10097, in *CED Cass.*, n. 262633. In precedenza, cfr., *ex multis*, Cass., sez. V, 17 maggio 2013, n. 21251, in *CED Cass.*, n. 255654; Cass., sez. III, 9 luglio 2012, n. 26863, in *CED Cass.*, n. 254054).

²⁹ V. A. Chiliberti-C. Brusco, *L'azione civile nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 706.

condo cui, nel caso di specie, al giudice civile non è consentita l'utilizzazione di una prova dichiarata inutilizzabile nel processo penale, «perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio»³⁰.

Così formulata, infatti, l'opzione interpretativa prescelta dalla sentenza in commento sembra porsi perfettamente in linea con l'autorevole insegnamento impartito, nel 2010, dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione³¹, le quali, sia pure con specifico riferimento alla "portabilità", in seno al procedimento di prevenzione, delle conseguenze sanzionatorie previste dal citato art. 191 c.p.p. per le prove acquisite nel processo penale in violazione di un divieto stabilito dalla legge, ebbero a rimarcare l'esistenza di un collegamento di tipo funzionale tra la previsione di divieti probatori in materia penale e la tutela di valori costituzionalmente protetti. Sottolineandosi, per tale via, che «la stessa ragione "storica" che ha indotto il legislatore a sancire la inutilizzabilità degli atti compiuti in violazione di divieti probatori, impedisce di ritenere utilizzabili quegli stessi atti nell'ambito di "altri" procedimenti giurisdizionali, giacché, ove così non fosse, la prova, vietata per tutelare (...) altri valori costituzionalmente preservati, troverebbe una inammissibile reviviscenza, eludendo la stessa ragion d'essere della inutilizzabilità»³².

Di primo acchito, invero, appare innegabile che simili enunciati possano costituire, *in parte qua*, un formidabile argomento a sostegno della soluzione patrocinata dalla decisione in discorso. Se, infatti, nella prospettiva indicata dalle Sezioni Unite, la violazione dei divieti probatori penali produce effetti, «in qualsiasi settore dell'ordinamento, proprio perché la logica che presiede alla garanzia della inutilizzabilità non è interna ed esclusiva al processo penale»³³, diviene sin troppo agevole inferire che ad una tale efficacia espansiva della declaratoria emessa in forza dell'art. 191 c.p.p. debba soggiacere, altresì, il giudizio civile di rinvio celebrato a seguito di annullamento della sentenza, ai sensi dell'art. 622 c.p.p.

Ben presto, però, si ha modo di constatare che una siffatta inferenza non è, poi, così scontata.

Ne è prova, anzitutto, il semplice rilievo che, sul versante della giurisprudenza civile di legittimità³⁴, continua, invece, a prevalere un atteggiamento di vero e proprio "ostruzionismo" nei confronti della asserita universalità della sanzione prevista dall'art. 191 c.p.p. Si obietta, infatti, che «l'utilizzabilità è categoria del solo rito penale, ignota al processo civile»³⁵, ragion per cui, in quest'ultimo contesto, l'organo giurisdizionale resta del tutto libero di fondare il proprio convincimento sulla base di prove raccolte nell'ambito di un processo penale e ivi dichiarate inutilizzabili per violazione di divieti probatori posti, nella specifica sede penale, a tutela del diritto di difesa dell'imputato³⁶. In siffatta prospettiva, in altre parole, resta imprescindibile il dato relativo alla diversità dei regimi probatori sottesi ai due sistemi processuali, il quale, di per sé, osta a ricostruire nello stesso modo, in entrambi i processi, il concetto di prova illegittimamente acquisita³⁷.

Va segnalato, in secondo luogo, che la stessa dottrina processual-penalistica, incline a perorare in chiave di garanzia l'efficacia extra-penale dei divieti probatori stabiliti dall'art. 191 c.p.p., non si esime dal riconoscere che la possibilità di estendere, in via analogica, ad altri contesti procedurali, gli effetti giuridici della disposizione suddetta implica, pur sempre, l'esigenza di verificarne previamente la compatibilità con il rito in cui la stessa venga trapiantata³⁸. Ciò, a meno di finire per «svolgere complicatissime operazioni combinatorie di regole di giudizio diverse che rendono il sistema scarsamente compatibile con il principio di ragionevolezza»³⁹.

³⁰ Così, Cass., sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 43896, in motivazione.

³¹ Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, in *CED Cass.*, n. 246271, la quale, come noto, ha puntualmente statuito che «l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione».

³² Così, Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, cit., in motivazione.

³³ Testualmente, ancora, Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, cit., in motivazione.

³⁴ Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2014, n. 12577, in *CED Cass.*, n. 630956; Cass., sez. V, 12 novembre 2010, n. 22984, in *CED Cass.*, n. 615821.

³⁵ Così, Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2014, n. 12577, cit., in motivazione.

³⁶ In questa prospettiva, ancora, Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2014, n. 12577, cit., in motivazione.

³⁷ Cfr. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 126.

³⁸ In questo senso, A. Panzavolta, *Un altro tassello della "giusta riparazione": no all'impiego delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di merito*, in *Giur. it.*, 2010, p. 945. Condivide l'assunto anche P. Sechi, *Intercettazioni e procedimento di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1082. In precedenza, con specifico riguardo alla dubbia operatività dell'art. 191 c.p.p. in seno al giudizio civile, G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 126.

³⁹ In tali esatti termini, A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit., p. 281. In similare prospettiva, cfr., anche, B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., p. 155; E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, cit., p. 324 ss.

È, infatti, proprio questo l'inconveniente operativo che può verificarsi per effetto della trasposizione, *sic et simpliciter*, della categoria dell'inutilizzabilità penale nell'ambito del giudizio rescissorio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., essendo esso modulato *ratione loci*⁴⁰, anche secondo la pronuncia in commento, alla stregua delle regole processuali valide per l'omologo istituto del giudizio civile di rinvio, disciplinato nell'art. 394 c.p.c.

Due esempi concreti bastano a chiarire meglio l'assunto con riferimento ad entrambe le fattispecie processuali che rientrano nella sfera di operatività dell'art. 622 c.p.p., vale a dire sia rispetto ai casi – analoghi a quello oggetto della decisione in discorso – di annullamento dei capi della sentenza che riguardino gli interessi risarcitori; sia qualora venga cassata ai soli effetti civili la sentenza di proscioglimento dell'imputato, impugnata dalla parte civile.

Sotto il primo profilo, è ipotizzabile che la declaratoria di inutilizzabilità eventualmente emessa nella sede penale rescindente in favore dell'imputato attenga alla violazione dell'art. 63 c.p.p., in materia di dichiarazioni auto-indizianti.

In simile ipotesi, la vincolatività del divieto di utilizzo di tali dichiarazioni anche in seno al giudizio civile di rinvio può, infatti, risultare irrazionalmente aggirata dalla regola probatoria stabilita per il processo *ad quem* dal comma 3 del richiamato art. 394 c.p.c., il quale, prevedendo che «nel giudizio di rinvio può deferirsi il giuramento decisorio», consente, di fatto, che l'imputato/convenuto possa essere costretto proprio a dichiarare *contra se* per non risultare soccombente⁴¹. Una sorta di “paradosso probatorio” che finisce, quindi, per far rientrare dalla “finestra” del giudizio civile quegli stessi effetti elusivi del divieto di auto-incriminazione usciti dalla “porta” del giudizio penale.

Sotto il secondo profilo considerato, ossia quello relativo all'annullamento, ai soli effetti della responsabilità civile, della sentenza di proscioglimento dell'imputato, va detto chiaramente che l'ultrattività della declaratoria di inutilizzabilità della prova assunta in sede penale potrebbe complicare ai limiti di una vera e propria *impasse* operativa la tutela civilistica dei diritti dell'offeso, nell'ambito del giudizio rescissorio ai sensi dell'art. 622 c.p.p.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui la Cassazione, nell'annullare, su ricorso della parte civile, una sentenza di proscioglimento ritenuta illogica o contraddittoria in punto di inattendibilità della testimonianza della medesima persona offesa, rilevi d'ufficio, a norma dell'art. 609, comma 2, c.p.p., anche l'inutilizzabilità dell'ulteriore prova a carico dell'imputato. In siffatta eventualità, invero, l'efficacia riflessa di tale ultima declaratoria pure nei confronti del giudice civile *ad quem* potrebbe finire per azzerare le *chances* probatorie a sostegno dei diritti di azione dell'offeso/attore, non essendo poi neppure ammessa in sede processual-civilistica la testimonianza della parte (art. 246 c.p.c.)⁴².

Ci si rende conto, insomma, che il vero banco di prova della soluzione esegetica patrocinata dalla sentenza in esame è rappresentato proprio dalla (ir)ragionevolezza degli effetti che possono scaturirne, combinando l'inutilizzabilità penale dichiarata in fase rescindente con le regole processuali valide nel successivo giudizio civile.

Rispondono, allora, ad una premura tutt'altro che teorica, le riflessioni operate in sede scientifica con particolare riguardo alla necessità di omologare, per via esegetica, le regole probatorie e di giudizio applicabili nella fase rescissoria, attivata ai sensi dell'art. 622 c.p.p., a quelle proprie della vicenda penale da cui la stessa promana.

Come opportunamente è stato sottolineato, infatti, «tale ultima disposizione normativa non deroga *in toto* alla regola posta dall'art. 573 c.p.p. per cui le impugnazioni civili in sede penale vanno proposte, trattate e decise con le forme del processo penale, ma vi deroga limitatamente all'individuazione del giudice di rinvio (quello civile, anziché quello penale *ex art. 623 c.p.p.*)»⁴³. Di qui, l'ulteriore corollario secondo il quale, anche dinanzi all'organo civile *ad quem*, debbano continuare ad applicarsi le disposi-

⁴⁰ Di questo avviso, A. Converso, *Il giudizio di rinvio*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, n. 1, p. 136 ss.; F. Tommaseo, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale (Atti del convegno di studi, Trento, 18-19 giugno 1993)*, cit., p. 9.

⁴¹ In questo senso, A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, 2006, Milano, Giuffrè, p. 455. Critica, al riguardo, B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., p. 65 ss.

⁴² Per tale esemplificazione, cfr., ancora, B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., p. 155. Per analoghi rilievi, v., anche E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, cit., p. 326.

⁴³ In questi termini, B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, cit., p. 157.

zioni processuali penali, onde prevenire il rischio di indesiderabili (e irragionevoli) compromissioni dei diritti delle parti, attiva e passiva, dell'azione risarcitoria⁴⁴.

Senonché, l'inesistenza sul punto di un espresso dato legislativo cogente, continua ad alimentare la più ampia "anarchia" della prassi giurisprudenziale.

Alle opzioni ermeneutiche di recente avallate da talune pronunce dei giudici penali di legittimità, favorevoli ad estendere al giudizio civile di rinvio, le regole di prova e decisorie del processo penale⁴⁵, si contrappongono, infatti, quelle di perdurante e reciproca autonomia dei due contesti processuali agli effetti dei rispettivi statuti probatori, sostenute, invece, dalla Corte di cassazione civile.

In quest'ultimo contesto interpretativo, invero, oltre a reputare operativi nella fase rescissoria ai sensi dell'art. 622 c.p.p., i canoni di prova, valutativi e decisori propri del giudizio civile⁴⁶, si è, persino, affermato, senza mezzi termini, che a carico di tale fase non sia neppure «ipotizzabile [alcun] vincolo paragonabile a quello derivante dall'enunciazione del principio di diritto *ex art. 384, comma 2, c.p.c.*»⁴⁷. E non è superfluo sottolineare che, alla resa dei conti, siano queste le soluzioni pretorie destinate a contare di più, per l'ovvia ragione che, poi, la pronuncia emessa in sede di rinvio potrà, se del caso, essere impugnata proprio dinanzi all'organo di vertice della giurisprudenza civile.

Appare di tutta evidenza, dunque, che, mai come in questo caso, la garanzia di ragionevolezza del sistema non possa essere affidata al pendolo poco rassicurante delle oscillazioni giurisprudenziali.

A tal fine, piuttosto, diviene risolutiva solamente una pregiudiziale scelta di coerenza da parte del legislatore, volta a coordinare, *expressis verbis*, le due discipline processuali che interferiscono nella peculiare ipotesi di annullamento con rinvio prevista dall'art. 622 c.p.p. Diversamente, nel passaggio dalla fase penale rescindente a quella civile rescissoria, continuerà a pesare inesorabile la circostanza che «ogni procedimento ha un proprio sistema probatorio diversificato, in quanto non coincidono gli interessi in gioco e i fini perseguiti; i tipi di fattispecie sostanziale da accertare; i poteri; i doveri, i diritti delle parti e degli organi inquirenti»⁴⁸.

⁴⁴ In tal senso, B. Lavarini, *ibidem*.

⁴⁵ Di questo avviso, Cass., sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, in *CED Cass.*, n. 267730; Cass., sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, in *CED Cass.*, n. 262708-01.

⁴⁶ Cass. civ., sez. III, 9 agosto 2007, n. 17457, in *CED Cass.*, n. 600508; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2005, n. 3751, in *CED Cass.*, n. 580039.

⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2017, n. 9358, cit.

⁴⁸ Testualmente, M. Nobili, *Formazione e valutazione della prova*, in AA.VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982, n. 516*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 426.

Perquisizioni domiciliari e garanzie procedurali: per Strasburgo rischio di abusi da parte degli inquirenti

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, SENTENZA 27 SETTEMBRE 2018, RICORSO N. 57278/11, CAUSA BRAZZI CONTRO ITALIA

In assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura istruttoria impugnata [una perquisizione domiciliare], le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana non sono sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale.

Anche se la misura controversa ha una base giuridica nel diritto interno, il diritto nazionale non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione. Di conseguenza, l'interessato non ha beneficiato di un «controllo effettivo» come richiede lo stato di diritto in una società democratica. In tali circostanze, la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non fosse «prevista dalla legge» ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione.

[*Omissis*]

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

6. Il ricorrente è nato nel 1965 in Italia e risiede a Monaco dal 1989. Iscritto nel registro degli Italiani residenti all'estero, dal 2009 è proprietario di una casa in Italia, dove la moglie e i figli vivono durante l'anno scolastico.

7. Nel 2010 il ricorrente fu sottoposto a verifica fiscale da parte della polizia tributaria di Mantova. Era sospettato di aver mantenuto il suo domicilio fiscale in Italia e di non aver pagato l'IVA e l'imposta sul reddito dal 2003.

8. Nell'ambito di tale procedimento amministrativo, il 6 luglio 2010, la procura della Repubblica di Mantova autorizzò la guardia di finanza ad entrare nell'abitazione italiana del ricorrente per cercare e sequestrare i libri contabili, i documenti o qualsiasi altra prova di violazioni della normativa fiscale.

9. Il 13 luglio 2010 alcuni agenti della guardia di finanza si recarono nell'abitazione del ricorrente. Poiché quest'ultimo era assente, chiesero a suo fratello, che era lì di passaggio, di farli accedere ai locali, senza tuttavia giustificare la loro richiesta.

10. In seguito a questo intervento, lo stesso giorno, così come il giorno successivo, ci fu uno scambio di e-mail e telefonate fra il personale della guardia di finanza e il ricorrente. Nell'ambito di tale scambio, il ricorrente spiegò di trovarsi in Germania e di non potersi recare subito in Italia a causa di impegni di lavoro e familiari. Supponendo di essere oggetto di una verifica fiscale, sebbene non gli fosse stata fornita alcuna informazione al riguardo, il ricorrente si dichiarò disposto a collaborare con le autorità italiane e propose di mettere a loro disposizione qualsiasi prova dell'amministrazione tedesca riguardante i suoi redditi. La polizia tributaria, da parte sua, informò il ricorrente che, se non avesse permesso agli agenti di eseguire le ricerche presso la sua abitazione, il pubblico ministero avrebbe disposto una perquisizione.

11. Con provvedimento del 13 luglio 2010, il procuratore di Mantova avviò una indagine penale nei confronti del ricorrente ed emise un mandato di perquisizione dell'abitazione e dei veicoli della persona interessata, a causa dell'esistenza di gravi indizi di colpevolezza per il reato di evasione fiscale. Con questo mandato il pubblico ministero ordinò la ricerca e il sequestro dei documenti contabili che si trovavano nei locali, nonché di qualsiasi altro documento comprovante il reato di evasione fiscale, compresi i file elettronici.

12. La polizia giudiziaria effettuò la perquisizione, in presenza del padre del ricorrente, il 6 agosto 2010, tra le 11.50 e le 15.00. Il mandato di perquisizione fu notificato al padre del ricorrente il quale decise di non ricorrere all'assistenza di un avvocato. Al termine delle ricerche, le autorità non sequestrarono alcun documento.

13. Il 30 agosto 2010 il ricorrente depositò una memoria difensiva dinanzi alla procura di Mantova. In questa memoria, contestava la necessità della perquisizione, chiariva la sua situazione fiscale, dimostrando in particolare di risiedere principalmente in Germania e di versare regolarmente le sue imposte in tale paese, e chiedeva l'archiviazione delle indagini.

14. Il 15 settembre 2010, il procuratore presentò richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari di Mantova, tenendo conto degli argomenti presentati dal ricorrente nella sua memoria difensiva. Il giudice per le indagini preliminari di Mantova archiviò il caso con decreto del 7 ottobre 2010.

15. Nel frattempo, il 14 agosto 2010, il ricorrente aveva presentato ricorso per cassazione, lamentando l'illegittimità dell'ordinanza di perquisizione del 13 luglio 2010. Egli sosteneva che la perquisizione della sua abitazione aveva costituito una violazione ingiustificata del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata, poiché, secondo lui, la verifica della sua situazione fiscale avrebbe potuto essere effettuata con altri mezzi.

16. L'8 marzo 2011 la Corte di cassazione dichiarò il ricorso del ricorrente inammissibile. Affermò che non era previsto alcun ricorso avverso un mandato di perquisizione, precisando che quest'ultimo poteva essere oggetto di un riesame ai sensi dell'articolo 257 del codice di procedura penale solo quando era seguito da un sequestro di beni. Secondo la Suprema Corte, in caso di violazione delle norme relative allo svolgimento della perquisizione, erano possibili solo delle sanzioni disciplinari contro gli agenti della polizia tributaria che avevano effettuato le operazioni. Inoltre, sempre secondo la Corte di Cassazione, non era ammissibile neanche un ricorso diretto dinanzi ad essa ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione in quanto una perquisizione domiciliare non aveva alcun impatto sulla libertà personale.

II. IL DIRITTO INTERNO PERTINENTE

A. Le norme del codice di procedura penale

17. Ai sensi dell'articolo 247 del codice di procedura penale, quando vi sono motivi sufficienti per sospettare che il corpo del reato o gli elementi pertinenti del reato si trovino in un determinato luogo, l'autorità giudiziaria ordina la perquisizione con decreto motivato. Durante la fase delle indagini preliminari, la decisione spetta al pubblico ministero (articolo 352, comma 4).

18. Le norme e le garanzie relative alle perquisizioni domiciliari sono espresse negli articoli 250 e 251 del codice di procedura penale. Il mandato di perquisizione deve essere consegnato all'imputato o a chi abbia la disponibilità del luogo, i quali hanno la facoltà di farsi assistere da un avvocato. Se mancano tali persone, è notificato a un congiunto o al portiere. Una perquisizione domiciliare non può essere iniziata prima delle ore 7 e dopo le ore 20, salvo nei casi urgenti.

19. Ai sensi dell'articolo 257 dello stesso codice, l'imputato, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre richiesta di riesame del decreto di sequestro. Sulla richiesta decide, entro un termine di dieci giorni, il tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento.

B. La legge n. 117 del 13 aprile 1988

20. Ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 117 del 13 aprile 1988 sul risarcimento dei danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie («la legge n. 117»), essa si applica «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria».

L'articolo 2 della legge n. 117, nella sua versione in vigore all'epoca dei fatti, era così formulato:

1. «1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.

2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.

3. Costituiscono colpa grave:
 - a. la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
 - b. l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
 - c. la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
 - d. l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.»

21. Gli articoli seguenti della legge precisavano le condizioni e le modalità per un'azione di risarcimento del danno ai sensi degli articoli 2 o 3 della legge, nonché le azioni che potevano essere intraprese, a posteriori, contro il giudice che si era reso colpevole di dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, o addirittura di un diniego di giustizia. In particolare, ai sensi dell'articolo 4, comma 2 della legge, l'azione contro lo Stato doveva essere esercitata, a pena di inammissibilità, entro due anni dalla data in cui il provvedimento contestato era divenuto definitivo.

22. La legge n. 117 è stata modificata dalla legge n. 18 del 27 febbraio 2015, entrata in vigore il 19 marzo 2015. Questa riforma ha tra l'altro prolungato da due a tre anni il termine previsto dall'articolo 4, comma 2, della legge n. 117.

IN DIRITTO

I. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

23. Il ricorrente sostiene che la perquisizione della sua abitazione ha costituito una ingerenza ingiustificata nell'esercizio del diritto al rispetto della sua vita privata e del suo domicilio, sancito dall'articolo 8 della Convenzione, così formulato:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.»

A. Sulla ricevibilità

24. Il Governo sostiene che il ricorrente non ha subito alcun danno significativo e ritiene che il ricorso sia pertanto irricevibile ai sensi dell'articolo 35 § 3 b) della Convenzione.

25. Il ricorrente non ha presentato osservazioni a tale riguardo.

26. La Corte rileva che l'elemento principale del criterio di cui all'articolo 35 § 3 b) della Convenzione è l'esistenza o meno di un pregiudizio importante subito dal ricorrente (Adrian Mihai Ionescu c. Romania (dec.), n. 36659/04, 1° giugno 2010, e Korolev c. Russia (dec.), n. 25551/05, CEDU 2010). Questo criterio di irricevibilità, che si ispira al principio generale de minimis non curat praetor, si basa sull'idea che la violazione di un diritto, anche reale da un punto di vista puramente giuridico, deve raggiungere un minimo di gravità per poter essere esaminata da un tribunale internazionale. La valutazione di questo minimo è relativa per natura; dipende da tutti gli elementi della causa.

27. Nel caso di specie, la Corte osserva, con il Governo, che la causa non ha di per sé un valore economico, poiché riguarda una perquisizione domiciliare che non ha portato al sequestro di beni o ad altri danni al patrimonio. Tuttavia, la gravità di una violazione deve essere valutata tenuto conto sia della percezione soggettiva del ricorrente sia del valore oggettivo di una determinata causa (Eon c. Francia, n. 26118/10, §§ 31-36, 14 marzo 2013). In altre parole, l'assenza di pregiudizio importante può essere basata su fattori quali le conseguenze pecuniarie della controversia in questione o l'importanza che questa assume per il ricorrente (Adrian Mihai Ionescu, decisione sopra citata).

28. La Corte osserva nella fattispecie che la controversia verteva su una questione di principio secondo il ricorrente, ossia il diritto di quest'ultimo al rispetto dei suoi beni e del suo domicilio (si veda, mutatis mutandis, Giuran c. Romania, n. 24360/04, § 22, CEDU 2011 (estratti). L'importanza soggettiva della questione sembra evidente per il ricorrente, il quale ha costantemente contestato con forza la legittimità della perquisizione dinanzi alle autorità competenti (si veda, a contrario, Shefer c. Russia (dec.),

n. 45175/04, 13 marzo 2012). Per quanto riguarda la posta in gioco oggettiva della causa, la Corte rileva che quest'ultima riguarda l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un efficace controllo giurisdizionale rispetto a una misura di perquisizione, ossia una questione di principio importante sia a livello nazionale che sul piano convenzionale.

29. Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che la prima condizione dell'articolo 35 § 3 b) della Convenzione, ossia l'assenza di un pregiudizio importante per il ricorrente, non sia soddisfatta e che l'obiezione del Governo debba essere respinta.

30. Constatando che questa doglianza non è manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e non incorre in altri motivi di irricevibilità, la Corte la dichiara ricevibile.

B. Sul merito

1. Tesi delle parti

31. Il ricorrente sostiene di aver subito una ingerenza ingiustificata nel diritto al rispetto del suo domicilio, e sostiene che le autorità avrebbero potuto verificare facilmente la sua situazione fiscale consultando l'amministrazione tedesca, conformemente alle disposizioni dell'accordo bilaterale esistente in materia fiscale tra l'Italia e la Germania. Egli afferma inoltre di essersi reso disponibile a collaborare di persona con le autorità italiane e a fornire tutte le informazioni necessarie per chiarire i fatti. Aggiunge che, nonostante ciò, le autorità hanno persistito nell'intento che avrebbero avuto di violare il suo domicilio. Egli ha dichiarato altresì che il mandato di perquisizione e di sequestro emesso nei suoi confronti è stato redatto in modo vago e impreciso.

32. Inoltre, il ricorrente lamenta di non aver disposto di un controllo effettivo della misura istruttoria adottata nei suoi confronti. A tale riguardo, egli indica che la Corte di Cassazione ha confermato che il provvedimento adottato dal pubblico ministero che ordinava la perquisizione non era impugnabile secondo il diritto italiano.

33. Il Governo non contesta che la perquisizione in questione abbia costituito una ingerenza delle autorità nel diritto alla vita privata e al domicilio del ricorrente, ma ritiene tuttavia che la misura in questione fosse prevista dalla legge, ossia dagli articoli 247 e seguenti del codice di procedura penale, e che perseguisse degli «scopi legittimi» ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione, ossia la tutela del benessere economico del paese e la prevenzione dei reati.

34. Per quanto riguarda la necessità dell'ingerenza in una società democratica, il Governo contesta l'argomentazione del ricorrente secondo cui la perquisizione non era giustificata e avrebbe potuto essere evitata applicando l'accordo bilaterale esistente tra l'Italia e la Germania. Egli sostiene che il ricorrente risiedeva nel contempo in Italia e in Germania, e aveva mantenuto un certo numero di centri d'interesse in Italia. Pertanto, a parere del Governo, le autorità italiane avevano tutti i motivi per sospettare il ricorrente di evasione fiscale e per avviare un'indagine per chiarire i fatti. Inoltre, il Governo ritiene che il fatto che la perquisizione non sia stata determinante non rende la misura ingiustificata o sproporzionata.

35. Il Governo sostiene inoltre che le autorità hanno fatto in modo che il provvedimento in discussione fosse emesso prevedendo tutte le garanzie processuali necessarie. A suo parere, infatti, il mandato di perquisizione era debitamente motivato e le operazioni sono state condotte nel rispetto delle condizioni materiali e procedurali previste dalla legislazione nazionale.

36. Per quanto riguarda il controllo della misura controversa, il Governo sostiene innanzitutto che il ricorrente ha avuto accesso al giudice per le indagini preliminari e che quest'ultimo ha riesaminato l'intero procedimento prima di decidere di archiviare la causa. Ritiene inoltre che il ricorrente avrebbe potuto presentare dinanzi al giudice civile un'azione di risarcimento contro lo Stato ai sensi della legge n. 117, e che tale ricorso gli avrebbe permesso di ottenere un risarcimento anche in assenza dell'annullamento preventivo del mandato di perquisizione. A tale riguardo, il Governo precisa che il ricorrente non avrebbe alcun interesse a ottenere l'annullamento del mandato di perquisizione, tenuto conto del fatto che la misura in questione era già stata eseguita e non aveva dato luogo ad un sequestro di beni.

37. Infine, il Governo afferma che il quadro legislativo nazionale nel suo complesso offre garanzie sufficienti contro gli abusi e l'arbitrarietà.

2. Valutazione della Corte

38. La Corte ritiene che non sussistano dubbi sul fatto che la perquisizione di cui si tratta costituisce una «ingerenza delle autorità pubbliche» nel diritto alla vita privata dell'interessato. Il Governo, del resto, non lo mette in discussione. Tale ingerenza viola la Convenzione se non soddisfa le esigenze del paragrafo 2 dell'articolo 8. È dunque necessario determinare se fosse «prevista dalla legge», ispirata da

uno o più scopi legittimi tra quelli previsti in tale paragrafo e «necessaria in una società democratica».

39. La Corte rammenta che, secondo la giurisprudenza consolidata, l'espressione «prevista dalla legge» implica che un'ingerenza nei diritti sanciti dall'articolo 8 deve fondarsi su una base giuridica interna, che la legislazione in questione deve essere sufficientemente accessibile e prevedibile, e che quest'ultima deve essere compatibile con il principio dello stato di diritto (si vedano, tra molte altre, *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000 V, *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00, § 59, 1° luglio 2008, e *Heino c. Finlandia*, n. 56720/09, § 36, 15 febbraio 2011).

40. Nel caso di specie, la Corte rileva che la perquisizione in questione si basava sugli articoli 247 e seguenti del codice di procedura penale (paragrafi 17-19 supra). A suo parere, le suddette disposizioni di legge non presentano alcun problema, sia per quanto riguarda la loro accessibilità che la loro prevedibilità, ai sensi della sua giurisprudenza sopra citata.

41. Per quanto riguarda l'ultima condizione qualitativa che deve avere la legislazione interna, vale a dire la compatibilità con il principio dello stato di diritto, la Corte rammenta che, nell'ambito delle perquisizioni, essa impone che il diritto interno offra garanzie adeguate e sufficienti contro l'abuso e l'arbitrarietà (*Heino*, sopra citata, § 40, e *Gutsanovi c. Bulgaria*, n. 34529/10, § 220, CEDU 2013 (estratti)). La Corte rammenta inoltre che, tra le garanzie in questione, vi è l'esistenza di un «controllo effettivo» delle misure contrarie all'articolo 8 della Convenzione (*Lambert c. Francia*, 24 agosto 1998, § 34, *Recueil des arrêts et décisions* 1998 V), pur osservando che, il fatto che una richiesta di mandato sia stata oggetto di un controllo giurisdizionale, non costituisce necessariamente, di per sé, una garanzia sufficiente contro gli abusi. La Corte deve esaminare le circostanze particolari del caso di specie e valutare se il quadro giuridico e i limiti applicati ai poteri esercitati costituissero una protezione adeguata contro il rischio di ingerenze arbitrarie delle autorità (*K.S. e M.S. c. Germania*, n. 33696/11, § 45, 6 ottobre 2016). Pertanto, nonostante il margine di apprezzamento che riconosce in materia agli Stati contraenti, la Corte deve aumentare la vigilanza quando il diritto nazionale autorizza le autorità a condurre una perquisizione senza un mandato giudiziario preliminare: la protezione delle persone da attacchi arbitrari da parte delle pubbliche autorità ai diritti sanciti dall'articolo 8 richiede che tali poteri siano rigorosamente inquadrati dal punto di vista giuridico e limitati (*Camenzind c. Svizzera*, 16 dicembre 1997, § 45, *Recueil* 1997 VIII).

42. Nel caso di specie, la Corte rileva anzitutto che la perquisizione in questione è stata ordinata dalla procura lo stesso giorno in cui era stata avviata un'indagine penale nei confronti del ricorrente, dato che tale indagine è stata decisa a seguito di un tentativo delle autorità inquirenti di effettuare ricerche, lo stesso giorno, nell'ambito di un controllo fiscale amministrativo. Essa rileva pertanto che la perquisizione è intervenuta in una fase precoce del procedimento penale. Ora, la Corte ha già stabilito che una perquisizione effettuata in questa fase deve offrire garanzie adeguate e sufficienti per evitare che venga usata per fornire alle autorità incaricate dell'inchiesta elementi compromettenti su persone non ancora identificate come sospettate di aver commesso un reato (*Modestou c. Grecia*, n. 51693/13, § 44, 16 marzo 2017).

43. Pertanto, nei casi in cui la legislazione nazionale non prevede un controllo giurisdizionale ex ante factum sulla legalità e sulla necessità di tale misura istruttoria, dovrebbero esistere altre garanzie, in particolare sul piano dell'esecuzione del mandato, di natura tale da controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del mandato di perquisizione (*idem*, § 48). Nella fattispecie, la Corte osserva che la legislazione nazionale italiana non prevede un simile controllo ex ante nel quadro delle perquisizioni ordinate nella fase delle indagini preliminari. Non è infatti previsto che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione.

44. Ciò detto, la Corte ha già avuto occasione di affermare che l'assenza di un controllo giurisdizionale ex ante può essere compensata dalla realizzazione di un controllo giurisdizionale ex post facto della legittimità e della necessità della misura (si vedano, *mutatis mutandis*, *Heino*, sopra citata, § 45, e *Gutsanovi*, sopra citata, § 222). Tale controllo deve essere efficace nelle particolari circostanze del caso in esame (*Smirnov c. Russia*, n. 71362/01, § 45, 7 giugno 2007). In pratica, ciò implica che le persone interessate possano ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, tanto in fatto come in diritto, della misura in questione e dello svolgimento della stessa. Quando un'operazione considerata irregolare ha già avuto luogo, il ricorso o i ricorsi disponibili devono permettere di fornire all'interessato una riparazione adeguata (*DELTA PEKÁRNY a.s. c. Repubblica ceca*, n. 97/11, § 87, 2 ottobre 2014).

45. A quest'ultimo riguardo, la Corte rammenta di avere ammesso che, in alcune circostanze, il controllo della misura contraria all'articolo 8 effettuato dai giudici penali fornisce una riparazione adegua-

ta per l'interessato, dal momento che il giudice procede a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti (Panarisi c. Italia, n. 46794/99, §§ 76 e 77, 10 aprile 2007, Uzun c. Germania, n. 35623/05, §§ 71 e 72, CEDU 2010 (estratti), e Trabajo Rueda c. Spagna, n. 32600/12, § 37, 30 maggio 2017).

46. Tuttavia, questo non avviene nel caso di specie, in quanto la perquisizione non ha permesso di raccogliere prove a carico e il procedimento è stato archiviato dal giudice per le indagini preliminari. Inoltre, la Corte osserva che, contrariamente a quanto afferma il Governo, il giudice per le indagini preliminari non ha minimamente esaminato né la legittimità né la necessità del mandato di perquisizione, essendosi limitato ad accogliere la domanda del procuratore di chiudere il procedimento nel merito.

47. Peraltro, la Corte osserva che il ricorrente non è riuscito nemmeno a ottenere il riesame della misura in questione poiché il rimedio specifico di cui all'articolo 257 del codice di procedura penale è previsto soltanto nel caso in cui la perquisizione sia stata seguita da un sequestro di beni.

48. Ne consegue che nessun giudice ha esaminato la legittimità e la necessità del mandato di perquisizione del domicilio del ricorrente emesso dal procuratore. Pertanto, in assenza di tale esame e, se del caso, di una accertata irregolarità, l'interessato non ha potuto chiedere una riparazione adeguata del danno presumibilmente subito.

49. Per quanto riguarda l'argomentazione del Governo secondo cui il ricorrente avrebbe potuto presentare un'azione di risarcimento per responsabilità dello Stato ai sensi della legge n. 117, la Corte osserva che tale azione presuppone l'esistenza di una condotta quantomeno colpevole da parte dei magistrati e che, di conseguenza, il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare il dolo o la colpa grave delle autorità che hanno deliberato nella sua causa (si veda l'articolo 2, comma 3, lettera d) della legge n. 117, paragrafo 20 *supra*). Inoltre, la Corte osserva che il Governo non ha fornito esempi atti a dimostrare che tale azione sia stata intentata con successo in circostanze simili a quelle della causa del ricorrente (si veda, *mutatis mutandis*, Richmond Yaw e altri c. Italia, nn. 3342/11 e altri 3, § 44, 6 ottobre 2016).

50. La Corte ritiene pertanto che, in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura istruttoria impugnata, le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana non siano state sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale.

51. Questi elementi bastano alla Corte per concludere che, anche se la misura controversa aveva una base giuridica nel diritto interno, il diritto nazionale non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione. Di conseguenza, l'interessato non ha beneficiato di un «controllo effettivo» come richiede lo stato di diritto in una società democratica. In tali circostanze, la Corte ritiene che l'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non fosse «prevista dalla legge» ai sensi dell'articolo 8 § 2 della Convenzione.

52. Vi è stata dunque violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

II. SULLE DEDOTTE VIOLAZIONI DEGLI ARTICOLI 6 E 13 DELLA CONVENZIONE

53. Invocando gli articoli 6 e 13 della Convenzione, il ricorrente lamenta di non avere disposto di un ricorso effettivo per far valere le sue doglianze relative all'articolo 8.

54. La Corte ritiene che tali doglianze si prestino ad essere esaminate dal punto di vista del solo articolo 13 della Convenzione, che recita:

«Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella (...) Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.»

A. Sulla ricevibilità

55. La Corte osserva che questo motivo di ricorso è collegato a quello sopra esaminato e, pertanto, deve essere dichiarato ricevibile.

B. Sul merito

56. Il ricorrente afferma che non disponeva di alcun ricorso effettivo che gli permetta di contestare la perquisizione della sua abitazione.

57. Considerata la constatazione relativa all'articolo 8 della Convenzione alla quale è giunta, la Corte ritiene non doversi esaminare separatamente se vi sia stata, nella fattispecie, violazione dell'articolo 13 della Convenzione (si vedano, tra altre, Heino, sopra citata, § 55, e DELTA PEKÁRNY a.s., sopra citata, § 104).

III. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

58. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

59. Il ricorrente non ha presentato alcuna domanda di equa soddisfazione entro il termine fissato a tale scopo. Pertanto, la Corte ritiene non doversi accordare somme a questo titolo.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. Dichiara il ricorso ricevibile;
2. Dichiara che vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione;
3. Dichiara non doversi esaminare il motivo di ricorso relativo all'articolo 13 della Convenzione.

[*Omissis*]

MARCO TORRE

Dottore di ricerca in Diritto e procedura penale – Università degli Studi di Firenze

Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell’ingerenza

Home search and par. 8 ECHR: the European Court criticizes the lack of “effective control” for interference

Con la sentenza in commento la Corte europea censura le norme nazionali che disciplinano le perquisizioni non seguite da sequestro probatorio eseguite all’interno del domicilio privato. In particolare, il Collegio ritiene che in tal caso le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana non siano sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell’indagine penale, con la conseguenza che la misura istruttoria, non essendo compatibile con i principi propri di uno Stato di diritto, si pone in contrasto con l’art. 8 CEDU.

The European Court criticizes the national rules governing searches without evidential seizure in private home. In particular, the Court considers that in this case the procedural guarantees provided by the Italian legislation are not sufficient to avoid the risk of abuse of power by the authorities of the criminal investigation, with the consequence that the investigation measure, not being compatible with the principles of a rule of law, is in contrast with the par. 8 ECHR.

LA QUESTIONE

La vicenda nasce da una perquisizione domiciliare effettuata dalla Guardia di Finanza nei confronti di un soggetto avente doppia cittadinanza, italiana e tedesca, residente in Germania ed iscritto all’AIRE¹, ma proprietario di un appartamento in Italia. Nel 2010, il ricorrente (M.B.) fu oggetto di una verifica fiscale da parte delle autorità italiane che ipotizzarono una evasione sia delle imposte sul reddito che dell’IVA, realizzata mediante cd. esterovestizione (fittizia localizzazione all’estero della residenza fiscale).

A seguito dell’apertura di un fascicolo processuale per evasione fiscale, il 13 luglio 2010 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Mantova emise un decreto di perquisizione domiciliare finalizzato al sequestro di documenti contabili eventualmente rinvenibili presso l’abitazione italiana o all’interno dell’autoveicolo nella disponibilità del soggetto indagato. Il 6 agosto 2010, l’esecuzione della misura istruttoria – effettuata in assenza dell’indagato, ma in presenza del padre di quest’ultimo – ebbe esito negativo, poiché la polizia giudiziaria delegata non sequestrò alcunché.

Il giorno successivo, l’indagato presentò ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione datato 13 luglio 2010, sostenendone l’illegittimità, con conseguente ingiustificata violazione del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata poiché, secondo il ricorrente, la verifica della sua situazione fiscale avrebbe potuto essere compiuta con altri mezzi, meno invasivi e più proporzionati allo scopo.

Nel marzo 2011 la Corte di cassazione dichiarò inammissibile il ricorso sulla base delle argomentazioni che seguono. In generale, «il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero, non seguito da sequestro, non è autonomamente impugnabile, sia per il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione, sia perché la perquisizione come mera operazione si esaurisce nel momento in cui

¹ L’Anagrafe degli Italiani Residenti all’Estero (A.I.R.E.) è stata istituita con legge 27 ottobre 1988, n. 470 e contiene i dati dei cittadini italiani che risiedono all’estero per un periodo superiore ai dodici mesi. Essa è gestita dai Comuni sulla base dei dati e delle informazioni provenienti dalle Rappresentanze consolari all’estero, https://www.esteri.it/mae/it/servizi/italiani-all-estero/aire_0.html.

viene compiuta e non può essere messa nel nulla». In particolare, chiarisce la Corte, non è possibile ricorrere né all'istituto del riesame, ex art. 257 c.p.p., il quale si riferisce esclusivamente al sequestro probatorio ed a quello preventivo, né al ricorso diretto in cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost., in quanto «il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero non seguito da sequestro non ha natura decisoria e, a differenza della perquisizione personale, non ha alcuna incidenza sulla libertà personale. L'eventuale inosservanza da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione [...] può dar luogo solo a sanzioni disciplinari»².

Contro tale decisione, il ricorrente proponeva ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU da parte della normativa italiana, così come interpretata dalla Corte di cassazione.

LE PERQUISIZIONI DOMICILIARI NEL CODICE DI RITO

Nel nostro sistema processuale, la perquisizione locale (art. 247 c.p.p.) è un mezzo di ricerca della prova tipico che consiste nell'attività di perlustrazione di un determinato luogo volta a rinvenire e sequestrare il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti. Quanto alle modalità di svolgimento, la perquisizione non si limita alla mera osservazione, sostanziandosi piuttosto in un'attività che prevede il contatto materiale con le cose³. Ciò implica, evidentemente, la facoltà di rimuovere ostacoli, spostare cose, cautelare oggetti, e, più in generale, l'esecuzione di qualsiasi operazione si renda necessaria per il raggiungimento dello scopo della ricerca, ossia l'assicurazione degli elementi di prova. Qualora effettuata nel domicilio⁴, il necessario bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dell'intimità della propria abitazione impone, di regola, che la perquisizione non possa essere iniziata prima delle ore sette o dopo le ore venti. Eccezionalmente, l'autorità giudiziaria può derogarvi, motivando per iscritto l'urgenza che giustifica l'intervento al di fuori dei limiti temporali fissati per legge (art. 251 c.p.p.).

La regolamentazione di tale mezzo di ricerca della prova poggia su due pilastri fondamentali: regime autorizzatorio e formalità procedurali. Quanto al primo aspetto, nel nostro ordinamento la perquisizione è disposta dall'autorità giudiziaria con decreto che deve motivare il fondato motivo di ritenere che le cose da assicurare al processo si trovino proprio nel luogo da perquisire. In particolare, nel corso delle indagini preliminari la perquisizione è disposta dal pubblico ministero (art. 247, comma 1, c.p.p.), mentre nelle successive fasi dell'udienza preliminare e del dibattimento, ove ritenuto necessario, la medesima misura istruttoria è ordinata dal giudice che procede. Eccezionalmente la polizia giudiziaria può procedere di iniziativa, ma solo nelle ipotesi tassative di flagranza del reato ed evasione (art. 352 c.p.p.)⁵. L'onere motivazionale si può considerare assolto qualora il provvedimento di autorizzazione contenga il tema della ricerca, ossia il contesto concreto e specifico nel quale si colloca il mezzo coattivo di ricerca della prova⁶.

Quanto al secondo aspetto, nel compiere l'attività di ricerca devono essere osservate alcune formalità poste a tutela dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti. In particolare, in ipotesi di perquisizione locale, una copia del decreto deve essere consegnata all'interessato ed a colui che abbia la disponibilità del luogo. Inoltre, tali soggetti devono essere avvisati della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, a condizione ovviamente che questa sia prontamente reperibile e idonea (art. 250 c.p.p.). Il pubblico ministero, quando procede al compimento di atti di perquisizione o sequestro, chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia

² Cfr. Cass., sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999, in *CED Cass.*, n. 249615.

³ Cfr. P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberris-G.P. Voena, Milano, Giuffrè, 2012, XX, p. 96 ss.

⁴ Inteso quale spazio fisico rispetto al quale un determinato soggetto gode di uno *ius excludendi alios*. Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 835.

⁵ Esiste, tuttavia, una stratificazione normativa di carattere speciale che prevede requisiti meno rigorosi per l'esecuzione, anche su iniziativa della polizia giudiziaria, delle perquisizioni. Per un elenco dettagliato di tali ipotesi, si rinvia a P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 391, nota n. 15.

⁶ Posto che, diversamente, la perquisizione da strumento di ricerca della prova utile per determinati reati si trasformerebbe in un mezzo di acquisizione della *notitia criminis*. Così, Cass., sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 297. Più di recente, cfr. Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 7, p. 820.

priva, designa un difensore di ufficio a norma dell'art. 97, comma 3 c.p.p. Il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, fermo quanto previsto dall'art. 249 (art. 365 c.p.p.).

Pur essendo fisiologicamente rivolta al successivo sequestro delle cose rinvenute durante l'attività di ricerca (art. 252 c.p.p.), nel nostro ordinamento la perquisizione vive di vita propria ed è atto investigativo autonomo e separato rispetto a quello coincidente con l'eventuale sequestro probatorio (artt. 253 ss. c.p.p.). Non si spiegherebbe altrimenti il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che nega qualsiasi ipotesi di derivazione di eventuali cause di invalidità da una perquisizione valutata come illegittima al successivo sequestro, da sempre ritenuto immune ai vizi derivati⁷.

Il destinatario della misura istruttoria gode di una tutela processuale ben precisa: qualora la perquisizione sfoci in un sequestro, il conseguente decreto è impugnabile mediante "richiesta di riesame", ex art. 257 c.p.p. (che rinvia al procedimento di cui all'art. 324 c.p.p.).

Tuttavia, ed è questo il *punctum dolens* all'origine del ricorso alla Corte europea, in ipotesi di c.d. "perquisizione negativa", ossia non seguita da formale sequestro, il soggetto che ha subito la misura coatta non dispone di uno specifico mezzo di impugnazione. L'idea che sta alla base di tale scelta è molto semplice: l'attività di ricerca in sé è ininfluente ai fini probatori, sicché nell'ipotesi di perquisizione non andata a buon fine parrebbe ragionevole non prevedere alcun gravame.

ATTIVITÀ INVESTIGATIVA ILLEGITTIMA E TUTELA EXTRA CODICEM

Si può ovviamente affermare che anche un'attività investigativa infruttuosa sul piano processuale può essere dannosa. Così anche una perquisizione non seguita da sequestro, in quanto incidente su beni costituzionalmente rilevanti, come la tutela del domicilio e della riservatezza, è suscettibile di provocare nocumento per chi la subisce.

Il punto è che in assenza di una qualche utilità processuale (derivante, per esempio, dal mancato sequestro), nel nostro ordinamento un'eventuale doglianza che riguardi la verifica della legittimità in sé della perquisizione non trova spazio all'interno del codice di rito, ma è riconosciuta *extra codicem*, dalla discussa legge 13 aprile 1988, n. 117 (c.d. legge Vassalli), sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati⁸.

In particolare, secondo l'art. 2, comma 1, della legge, nella versione in vigore all'epoca dei fatti, chiunque avesse subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ov-

⁷Nel p. senso della legittimità del sequestro del corpo del reato conseguente a perquisizione illegittima, cfr. Cass., sez. VI, 27 marzo 2009, Ceconello, in *Guida dir.*, 2009, 22, 80; Cass., sez. V, 15 giugno 2000, Madonia e altri, in *Guida dir.*, 200, 35, 60; Cass., sez. III, 8 giugno-7 luglio 2004, n. 29496, Ganci, in *Dir. e giust.*, 2004, 31; Cass., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5201, in *Cass. pen.*, 1996, 3268, secondo cui «la perquisizione effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e fuori dei "casi" e dei "modi" stabiliti dalla legge (così come disposto dall'art. 13 Cost.) costituisce un mezzo di ricerca della prova incompatibile con la tutela di quel diritto di libertà che si manifesta attraverso il riconoscimento dell'inviolabilità del domicilio. Ciò implica che l'accertamento di tale illegittimità non può esaurirsi nella mera ricognizione dell'avvenuta lesione del diritto soggettivo per l'eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penali per colui o per coloro che ne sono stati gli autori. La perquisizione, infatti, diviene partecipe del procedimento di acquisizione della prova a causa del rapporto strumentale tra la ricerca e ciò che può essere utile ai fini delle indagini. Il rapporto tra perquisizione e sequestro non può, dunque, restare circoscritto ad una mera consequenzialità logica, rappresentando la prima (pur nella sua autonomia strutturale e funzionale) lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro. Ma se è vero che l'illegittimità della perquisizione, quando assume dimensioni tali da sconfinare in una palese violazione delle norme poste a tutela di diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che la ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che ove tali risultati coincidano con il rinvenimento ed il sequestro del corpo di reato o delle cose pertinenti al reato è lo stesso ordinamento a considerare irrilevante il modo con il quale si sia pervenuti al sequestro, rappresentando il sequestro stesso, un "atto dovuto", la cui omissione esporrebbe gli autori di essa a specifiche responsabilità penali». In senso contrario, cfr. Cass., sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2081.

⁸Modificata, di recente, dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18. Tale intervento normativo risulta significativo «per aver delineato un sistema di responsabilità "a due velocità", a seconda che ci si riferisca allo Stato per danni cagionati nell'esercizio della giurisdizione, la cui configurazione tiene conto delle indicazioni europee, ovvero alla responsabilità personale del magistrato in sede di rivalsa, che si basa su comportamenti connotati da negligenza inescusabile. Più precisamente, mentre si estende l'operatività e si arricchisce il contenuto delle ipotesi di colpa grave, sganciandole dalla negligenza inescusabile, quest'ultima rimane invece il presupposto per l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato». Così, A. Cilento, *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2015, 4, p. 675.

vero per diniego di giustizia poteva agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che fossero derivati da privazione della libertà personale⁹.

Tuttavia, non dava luogo ad alcuna responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove. Costituivano, invece, ipotesi risarcibili per colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione¹⁰.

Pur non essendo oggetto di specifica censura da parte della sentenza in commento, occorre evidenziare che, oltre alla tutela risarcitoria offerta dalla legge Vassalli, colui il quale si senta leso da un'attività investigativa illegittima può ottenere una sanzione disciplinare nei confronti del responsabile dell'ipotetico abuso¹¹.

L'INTERVENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame, la Corte europea ritiene la tutela *extra codicem* sopra descritta insufficiente a garantire il rispetto della vita privata e familiare secondo gli standard riconosciuti dall'art. 8 della Convenzione.

Come noto, la disposizione richiamata prevede come ogni persona abbia diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può quindi esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Considerato che la perquisizione locale costituisce senza dubbio una "ingerenza delle autorità pubbliche" nel "diritto alla vita privata" del soggetto destinatario dalla misura istruttoria, la Corte verifica il rispet-

⁹ «Le concrete modalità applicative della disciplina si fondano su un'interpretazione per lungo tempo molto restrittiva da parte della Cassazione, secondo la quale "il momento della funzione giurisdizionale riguardante l'individuazione del contenuto di una determinata norma e l'accertamento del fatto, con i corollari dell'applicabilità o meno dell'uno all'altro, non può essere fonte di responsabilità, nemmeno sotto il profilo dell'opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di una esplicita e convincente confutazione di opposte tesi, dovendo passare l'affermazione della responsabilità, anche in tali casi, attraverso una non consentita revisione di un giudizio interpretativo o valutativo; fonte di responsabilità, invece, può essere l'omissione del giudizio, sempre che investa questioni decisive, anche in relazione alla fase in cui si trova il processo, e sia ascrivibile a negligenza inescusabile [Cass. 5 dicembre 2002, n. 17259, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 2123]. Secondo la Suprema Corte non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto ovvero di valutazione del fatto e della prova, dovendosi considerare che la clausola di salvaguardia "non tollera letture riduttive perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e (...) attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio" [Cass. 27 novembre 2006, n. 25123, in *Giust. civ.*, 2007, p. 360]». *Ibidem*.

¹⁰ Si tratta della c.d. "clausola di salvaguardia", concepita come una sostanziale immunità da E. Navarretta, *Il danno non iure e la responsabilità civile dello Stato*, in *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile*, N. Lipari e P. Rescigno (a cura di) II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 287. La l. 27 febbraio 2015, n. 18, supera la tradizionale nozione di negligenza inescusabile e ridisegna le ipotesi che integrano la colpa grave: la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, formula che sostituisce la "grave violazione di legge"; il travisamento del fatto o delle prove ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento ovvero la negazione di un fatto incontrastabilmente esistente; l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge o senza motivazione. Per un maggiore approfondimento, si rinvia a A. Cilento, *ult. op. cit.*

¹¹ La responsabilità disciplinare dei magistrati è oggi disciplinata dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109. «Come è stato osservato da molti commentatori, la riforma del 2006 non solo ha introdotto la tipizzazione delle fattispecie disciplinari, prima condensate in un'unica previsione elastica ed a portata generale, ma ha modificato nella sostanza la ratio ispiratrice del sistema della responsabilità disciplinare del magistrato, non più incentrata sulla tutela del prestigio del singolo e dell'istituzione nell'ambito del regolare e corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale, ma bensì orientata a perseguire un ambizioso obiettivo, quello di indurre il magistrato "... ad un esercizio della professione non soltanto corretto, ma progressivamente più efficiente, più preparato, più virtuoso». Così, G. Marra, *La responsabilità disciplinare da ritardo e l'irragionevole durata dei processi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 8, p. 1015; A. Caputo, *Gli illeciti disciplinari*, in E. Albamonte-P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Torino, Utet, 2009, p. 736; V. Garofoli, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 2, p. 137.

to, da parte della normativa italiana, dei requisiti previsti dall'art. 8 CEDU affinché tale ingerenza possa essere ritenuta legittima alla luce dei parametri espressamente indicati: la circostanza che la misura sia "prevista dalla legge" e sia motivata da uno o più scopi legittimi, nonché "necessaria in una società democratica".

Quanto al secondo presupposto, peraltro nemmeno considerato dalla Corte nel caso di specie, *nulla quaestio*: nel nostro sistema processuale la perquisizione, in quanto mezzo di ricerca della prova, è finalizzata all'acquisizione di cose materiali dotate di attitudine probatoria, con la conseguenza che della sua "necessità" (nel senso di cui all'art. 8 CEDU) non vi è ragione di dubitare.

Riguardo al primo presupposto, invece, la conclusione cui giunge la Corte europea è dirompente per il nostro ordinamento. Secondo una giurisprudenza consolidata¹², l'espressione "prevista dalla legge" non equivale ad un mero rinvio al principio della riserva di legge¹³, ma implica che la legislazione nazionale debba rispettare i seguenti requisiti: una sufficiente accessibilità e prevedibilità e la compatibilità con i principi propri di uno "stato di diritto"¹⁴. Ciò premesso, i giudici europei ritengono la disciplina della perquisizione rispettosa dei primi parametri ma non dell'ultimo: sul punto il codice di rito non risulta conforme ai canoni di uno stato di diritto a causa dell'assenza di un adeguato sistema di garanzie contro l'abuso e l'arbitrarietà da parte dei pubblici poteri.

Si riscontra in particolare l'omessa previsione di un "controllo effettivo" *ex ante factum* sull'*an* della misura istruttoria e di uno specifico rimedio processuale *ex post* sul *quomodo* nell'ipotesi di perquisizione non seguita dal sequestro di beni.

Quanto al primo *deficit*, la Corte europea puntualizza innanzitutto come la legislazione italiana non garantisca un controllo sulla necessità della misura da parte di un organo terzo ed imparziale, poiché non è «previsto che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione». Nel nostro ordinamento, il pubblico ministero è sì un magistrato con garanzie di indipendenza simili a quelle del giudice, ma rappresenta pur sempre una delle parti del processo. Da qui, la prima censura alla disciplina dello specifico mezzo di ricerca della prova: secondo la Corte europea, per essere "effettivo", il controllo sulla necessità di procedere ad una perquisizione deve essere affidato ad un organo che rivesta quel carattere d'imparzialità di cui difetta il pubblico ministero.

Tale *deficit*, secondo la Corte, non è nemmeno compensato dalle garanzie procedurali destinate ad intervenire *ex post*: come si è detto infatti il codice non prevede alcun rimedio contro la perquisizione illegittima, poiché l'art. 257 c.p.p. consente il riesame della misura soltanto quando questa sia sfociata nel sequestro di cose materiali. D'altro canto, la potenziale azione di risarcimento per responsabilità dello Stato ai sensi della legge Vassalli presuppone la dimostrazione del dolo o della colpa grave degli inquirenti, con la conseguenza che diventa arduo, se non impossibile, per l'interessato ottenere un equo ristoro per l'eventuale pregiudizio subito¹⁵.

Sulla base di tali considerazioni, i giudici europei giungono alla conclusione che la legislazione italiana in tema di perquisizioni, non consentendo di evitare il rischio di veri e propri abusi di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale, si pone in contrasto con l'art. 8 C.E.D.U.

¹² Come noto, le norme della Convenzione vivono e si applicano all'interno dei Paesi firmatari in base all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹³ Esplicitato nel primo comma dell'art. 111 Cost., secondo il quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Parlano di riserva di legge rinforzata, S. Fois, *Il modello costituzionale di giusto processo*, in *Rass. parlam.*, 2000, p. 575, nonché P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Bologna, Zanichelli, 2005, pp. 44-45. Sul principio di "legalità processuale in materia probatoria", cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 244.

¹⁴ Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000 V; Liberty e altri c. Regno Unito, n. 58243/00, § 59, 1° luglio 2008; Heino c. Finlandia, n. 56720/09, § 36, 15 febbraio 2011.

¹⁵ La Corte di giustizia si è già pronunciata sulla compatibilità del regime italiano di responsabilità per l'esercizio di funzioni giudiziarie con il diritto dell'Unione europea. In particolare, la Corte si è pronunciata con la sent. 13 giugno 2006, causa 173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana, resa a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Genova. Nel pronunciarsi su tale rinvio, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione europea osta a una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati a singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione consegue a una interpretazione delle norme o a una valutazione delle prove operate da tale organo giurisdizionale; inoltre, il diritto dell'Unione europea osta a una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse a escludere la responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia commessa una violazione manifesta del diritto vigente.

SULLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA A DISPORRE PERQUISIZIONI

La sentenza in commento offre all'interprete un'ottima occasione per riflettere su due questioni fondamentali che riguardano la disciplina nazionale delle perquisizioni: la legittimazione a disporre misure istruttorie coercitive; l'autonoma impugnabilità di tali misure.

Il nostro legislatore attribuisce la competenza a disporre le perquisizioni all'autorità giudiziaria (art. 247, comma 3 c.p.p.). Come noto, l'utilizzo di tale espressione consente di ritenere legittimato a disporre tali misure istruttorie coercitive sia il pubblico ministero, sia il giudice¹⁶: la competenza all'uno o all'altro dipende dalla fase processuale nella quale si rende necessario procedere all'esecuzione della misura¹⁷.

Nella fase preprocessuale, la legittimazione attiva spetta di regola al pubblico ministero¹⁸, *dominus* delle indagini, ed è funzionale alla ricerca ed all'acquisizione di quegli elementi che potrebbero essere determinanti per la sua decisione in ordine all'esercizio dell'azione penale. Tale scelta legislativa appare coerente con la struttura del nostro sistema processuale, tendenzialmente accusatorio, dove alla separazione delle fasi corrisponde non soltanto una diversa utilizzabilità degli elementi probatori, ma anche una differente funzione degli organi giudiziari.

Nella fase delle indagini preliminari, il pubblico ministero ha il potere-dovere di ricercare le prove (senza tuttavia avere il potere di assumerle). Per svolgere tale funzione, egli ha la facoltà di disporre misure istruttorie caratterizzate da garanzie differenti. In particolare, quando la fonte di prova è la "persona", la eventuale misura coattiva è disposta (di regola) dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero. Quando, invece, la fonte di prova è una "cosa" (seppur rinvenibile su una determinata persona o all'interno di un determinato domicilio), il magistrato della pubblica accusa può agire autonomamente, disponendo perquisizioni, sequestri e accertamenti tecnici. Al differente "oggetto" della misura istruttorie corrisponde un diverso sistema di controllo: il necessario intervento del giudice è imposto nelle ipotesi di atti in grado di incidere su diritti fondamentali della persona; nel caso di attività prive di tale caratteristica, ci si accontenta dell'obbligo motivazionale prescritto per il decreto dispositivo della misura.

Facile l'obiezione: le perquisizioni, sia personali che locali, sono sì funzionali al sequestro di cose materiali (corpo del reato e cose ad esso pertinenti), ma le loro concrete modalità esecutive sono tali da incidere su beni giuridici ben più rilevanti del diritto di proprietà: la dignità ed il pudore della persona, in ipotesi di perquisizioni personali; l'intimità della propria abitazione, in caso di perquisizioni domiciliari. Di conseguenza, probabilmente sarebbe preferibile (ed auspicabile) un sistema nel quale ispezioni, perquisizioni e sequestri siano controllabili *ex ante* da un organo giurisdizionale terzo ed imparziale (anche in sede di convalida, qualora l'urgenza non consenta differimenti).

A questo proposito, tuttavia, pur ritenendo "suggestiva" la questione di legittimità costituzionale della disciplina concernente le perquisizioni ed il sequestro probatorio disposti dal pubblico ministero, nella parte in cui non prevede alcun preventivo controllo giurisdizionale, la nostra giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come «i principi del "giusto processo" e della parità delle armi tra accusa e difesa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attengono chiaramente alla fase processuale e non certo a quella delle indagini preliminari. L'art. 111 Cost. non si riferisce all'attività preprocessuale, ma al "processo" vero e proprio: al comma 4, sancisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ma la formazione della prova avviene, col nuovo codice di rito, solo in dibattimento. Dunque la perquisizione ed il sequestro probatorio, finalizzati al riscontro della "notitia criminis" ed all'eventuale raccolta degli elementi di prova, pur incidendo in qualche modo sui diritti della persona, non rientrano nel "processo", né hanno natura cautelare come il sequestro preventivo, per cui non devono conformarsi ai principi dell'art. 111 Cost.; conseguentemente si ritiene insussistente qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale degli artt. 247 e 253 c.p.p.»¹⁹.

¹⁶ Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, *suppl. ord.*, n. 93, p. 68.

¹⁷ Cfr. G.D. Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 1985, pp. 314-322.

¹⁸ La legittimazione del pubblico ministero si fonda sulla direttiva n. 37 dell'art. 2 della legge delega al c.p.p., che riconosce all'organo titolare dell'azione penale il potere di compiere atti di indagine tra i quali ispezioni e perquisizioni, mentre il potere-dovere della polizia giudiziaria di procedere, in casi predeterminati di necessità e urgenza, a perquisizioni e sequestri deriva dalla direttiva n. 31 dell'art. 2.

¹⁹ Così, Cass., sez. III, 5 dicembre 2002, n. 40974, in *Riv. pen.*, 2003, p. 786.

La Corte europea, dal canto suo, nella sentenza in commento giunge alla conclusione che un siffatto quadro normativo non si pone di per sé in contrasto con l'art. 8 della Convenzione, a patto che la carenza del vaglio giurisdizionale *ex ante* sia adeguatamente compensata da rimedi processuali *ex post*.

Proprio su quest'ultimo aspetto s'incentra il secondo profilo critico, ossia quello attinente all'autonomia impugnabilità del decreto di perquisizione.

SULL'AUTONOMA IMPUGNABILITÀ DEL DECRETO DI PERQUISIZIONE

Il tema dell'impugnabilità del provvedimento di perquisizione – sia esso emesso direttamente dal magistrato, sia dallo stesso adottato in sede di convalida – occupa da tempo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Due le opzioni fondamentali: ammissibilità di una richiesta di riesame *ex art.* 257 c.p.p.; ricorribilità diretta per cassazione, *ex art.* 111, comma 7, Cost.

Contro la proponibilità della richiesta di riesame di un provvedimento di perquisizione militano sia il principio di tassatività delle impugnazioni (art. 568, comma 1 c.p.p.), sia la mancanza dell'interesse ad impugnare (art. 568, comma 4 c.p.p.)²⁰.

Innanzitutto, l'art. 257 c.p.p. consente il riesame del solo decreto di sequestro, con la conseguenza che in ipotesi di c.d. "perquisizione negativa" tale gravame non dovrebbe essere esperibile²¹. Sulla questione si è registrato un contrasto giurisprudenziale tra chi negava *tout court* l'ammissibilità del mezzo di impugnazione *de quo*²² e chi, invece, ne ammetteva il ricorso a condizione però che alla perquisizione avesse fatto seguito comunque un sequestro²³. Come si può notare, neanche il meno rigoroso di tali orientamenti²⁴ ammette l'autonoma censura della perquisizione: «il tribunale della libertà può estendere il controllo anche al decreto di perquisizione [solo] quando questo è inserito, insieme al decreto di sequestro, in un unico contesto e sempre che l'indagine sul primo sia strumentale all'accertamento circa la legittimità del secondo»²⁵. Inoltre, l'eventuale richiesta di riesame di un provvedimento di perquisizione (alla quale, ovviamente, non sia seguito un sequestro) sarebbe priva di quel concreto interesse al gravame, prescritto *ex art.* 568, comma 4 c.p.p. quale condizione di ammissibilità dell'impugnazione e consistente nella spendibilità processuale dell'eventuale decisione giurisdizionale²⁶.

Come noto, l'art. 568, comma 2 c.p.p., in linea con il principio *ex art.* 111, comma 7, Cost., prevede che sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale. Ergo, l'ammissibilità del ricorso diretto per

²⁰ Cfr. P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 209.

²¹ Sul tema, nella vigenza del vecchio codice, cfr. U. Pioletti, *Perquisizione, sequestro e tribunale della libertà*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2849. Con riferimento al codice vigente, cfr. L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 342, nonché A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 302.

²² Cass., sez. III, 27 giugno 2003, Berti, in *CED Cass.*, n. 226506; Cass., sez. V, 19 dicembre 2000, Bellomo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1452; Cass., sez. V, 8 marzo 1999, Gasperini, in *Foro it.*, 2000, II, 288; Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Miele, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 172.

²³ Cass., sez. VI, 12 maggio 1994, Perri, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 711; Cass., sez. V, 30 giugno 1990, Vecchi, *ivi*, 1991, p. 293.

²⁴ Peraltro fatto proprio dalle sezioni unite della Corte di cassazione. Cfr. Cass., sez. un., 20 novembre 1996, Bassi ed altro, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1673. Più di recente, cfr. Cass., sez. III, 27 febbraio 2009, n. 8841, che richiama: Cass., sez. V, 16 febbraio 2001, n. 6502, in *CED Cass.*, n. 218973; Cass., sez. III, 5 dicembre 2002, n. 40985, in *CED Cass.*, n. 222857.

²⁵ Così, P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 208-209. *Contra*, G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Id.*, *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 56 ss.

²⁶ «La legge processuale non ammette l'esercizio del diritto di impugnazione avente di mira la sola esattezza teorica della decisione, senza che alla posizione giuridica del soggetto derivi alcun risultato pratico favorevole». Così, Cass., sez. un., 27 settembre 1995, Serafino, p. 124. *Contra*, tuttavia, Cass., sez. III, 4 febbraio 2000, Grova, p. 2147, secondo la quale «sussiste l'interesse ad impugnare il provvedimento di perquisizione in quanto il gravame è volto alla eliminazione di un atto lesivo della sfera giuridica, anche se involgente effetti extrapenalici quali sono il nocimento personale e quello sociale derivanti da una patita perquisizione personale illegittima. Né la sua ricorribilità può essere esclusa in base al principio di tassatività delle impugnazioni, essendo sempre possibile il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti sulla libertà personale». Di questo avviso, in dottrina, G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit., p. 58, che propone una più ampia configurazione dell'interesse ad impugnare che avrebbe pure la finalità di ottenere una declaratoria di invalidità del provvedimento, nonostante gli effetti della perquisizione sia siano prodotti irreversibilmente: ne consegue l'impugnabilità della perquisizione anche se non seguita da sequestro».

cassazione contro un provvedimento di perquisizione illegittimo dipende dalla corretta individuazione del bene giuridico compresso attraverso l'attività perquirente.

L'attività esecutiva di una perquisizione personale incide senza dubbio sulla libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, tant'è vero che il codice impone agli operanti il rispetto della dignità e del pudore dell'interessato (art. 249, comma 1 c.p.p.). Di conseguenza, sembra doveroso ammettere la possibilità di adire la Corte di cassazione contro il decreto che la dispone, a prescindere dall'esito processuale di tale attività²⁷.

Più complessa, invece, la situazione che riguarda le perquisizioni locali. Secondo la dottrina, la loro esecuzione materiale non comporta restrizioni alla libertà fisica degli interessati, ma soltanto la compressione del diritto alla disponibilità delle cose aventi rilevanza probatoria oggetto dell'attività di ricerca e dell'eventuale successivo sequestro²⁸. Di conseguenza, la loro autonoma ricorribilità in Cassazione dovrebbe essere preclusa ex art. 568, comma 1 c.p.p. La situazione cambia, tuttavia, con riferimento alle perquisizioni domiciliari: in tali ipotesi, infatti, lo strumento istruttorio è in grado di incidere, seppur solo "indirettamente", sulla libertà personale del soggetto titolare dello *ius excludendi alios*, con conseguente ammissibilità del ricorso diretto in Cassazione ex art. 568, comma 2 c.p.p.²⁹.

Diametralmente opposto, invece, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale è sempre inammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro, «non avendo lo stesso natura decisoria né incidendo sulla libertà personale»³⁰. D'altronde, è proprio tale consolidata giurisprudenza nazionale ad aver fornito l'occasione per la sentenza in commento, la quale si pone sul solco di decisioni dello stesso tenore già pronunciate dalla Corte di Strasburgo capaci di rappresentare uno stimolo di riflessione per gli interpreti³¹.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A fronte della ormai consolidata interpretazione che la Corte europea ha fornito dell'art. 8 della Convenzione, l'attuale disciplina nazionale delle perquisizioni appare deficitaria sotto l'analizzato duplice profilo del regime di autorizzazione e del diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale (art. 13 Convenzione).

Il primo tema non è dirimente nel caso che ci occupa, poiché, come chiarito dalla stessa Corte, l'attuale carenza di un previo ed effettivo controllo giurisdizionale *ex ante* sulla necessità di una perquisizione (personale o locale) ben può essere compensata mediante idonee garanzie procedurali da esercitarsi *ex post*.

Questo secondo profilo, invece, merita maggiore attenzione. È pacifico, infatti, che la sentenza in commento sia destinata a produrre nel nostro sistema processuale effetti vincolanti che vanno oltre il singolo caso deciso dai giudici di Strasburgo. Le soluzioni astrattamente prospettabili sono due: una modifica legislativa in grado di evitare ulteriori censure; una interpretazione "convenzionalmente orientata" delle norme del codice di rito in tema di impugnabilità delle misure istruttorie³².

²⁷ Di questo avviso, almeno, è la dottrina maggioritaria. Cfr. E. Basso, sub Art. 247, in M. Chiavaro (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1990, p. 707; M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 240; L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 343; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 833; M. Morello, *Il nuovo processo penale*, Padova, 2000, p. 261; G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit. p. 60. *Contra*, tuttavia, G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, Jovene, 1961, p. 225; U. Pioletti, *Perquisizioni*, in *Ns. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1968, p. 2.

²⁸ E. Fortuna-S. Dragone, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 400; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 302.

²⁹ E. Basso, sub art. 247, cit., p. 707; G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit., p. 61; A.P. Maiore, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 69; M. Scaparone, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli 2008, p. 386; N. Triggiani, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 421.

³⁰ Cfr. Cass., sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999, in *CED Cass.*, n. 249615, nonché Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46250.

³¹ Cfr. Corte e.d.u., 16 dicembre 1997, Camenzind c. Suisse, pubblicata e commentata da O. Mazza, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 441. Per un approfondimento, cfr. P. Felicioni, *L'impugnabilità del decreto che dispone la perquisizione e l'art. 13 della Convenzione europea*, *ivi*, 1999, p. 494 ss. Con riferimento alla impugnabilità dei provvedimenti incidenti sulla libertà domiciliare, parla di matrice internazionale G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, Utet, 2007, p. 203.

³² La sentenza in commento, infatti, sembra rientrare nell'ambito di quelle «decisioni di condanna che lasciano intendere la necessità di adottare misure generali come una "necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della

Ebbene, nelle more delle decisioni del legislatore, il giudice italiano deve interpretare la norma nazionale in modo conforme alla CEDU, così come interpretata dalla Corte europea (art. 32, §. 1, CEDU). Il confine interno – limite massimo di tale attività ermeneutica – è rappresentato dalla *analogia legis*, mentre il confine esterno è costituito dalla “lettera” della legge interna³³. Qualora quest’ultimo limite non consenta di superare il contrasto tra la normativa nazionale ed i principi della CEDU, il giudice italiano non ha il potere di disapplicare la norma interna, dovendo invece investire della questione la Corte costituzionale³⁴.

Con riferimento al caso *de quo*, una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata in grado di allineare il nostro sistema processuale ai principi desumibili *ex art. 8 CEDU* è possibile facendo leva sull’art. 111, comma 7, Cost., così da superare il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza di legittimità in merito all’autonoma impugnabilità del decreto di perquisizione domiciliare ed estendere a quest’ultimo le medesime garanzie che la maggior parte della dottrina ritiene già applicabili in ipotesi di perquisizione personale³⁵.

De iure condendo, invece, una ipotesi di modifica normativa dovrebbe introdurre alla fine del capo II (perquisizioni) del Titolo III del Libro III del codice di rito una disposizione simile a quella prevista, *ex art. 257 c.p.p.*, per il riesame del decreto di sequestro. Così facendo, si otterrebbe il duplice benefico effetto di potenziare la tutela costituzionale del domicilio (art. 14 Cost.) e di conformare la disciplina interna in tema di perquisizioni ai parametri vincolanti desumibili *ex art. 8 CEDU*³⁶.

legge nazionale”, anche se la tipologia della misura resta discrezionalmente configurabile per lo Stato parte. Siffatte pronunce obbligano l’Italia a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuovere gli effetti nei confronti di tutti coloro che si trovano nelle medesime condizioni del ricorrente, a prescindere dall’effettiva presentazione di un ricorso alla Corte europea». Così, P. Tonini, *Manuale*, cit., p. 66. Su tale questione, cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, in *CED Cass.*, n. 252934; C. cost., 18 luglio 2013, n. 210, in www.penalecontemporaneo.it; Cass., sez. un., 25 ottobre 2012, Nicosia, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, n. 1, p. 49; C. cost., 18 luglio 2013, n. 214, in www.penalecontemporaneo.it.

³³ Cfr. C. cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Sito uff. Corte cost.*, 2011.

³⁴ Cfr. C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Corriere giur.*, 2008, 2, pp. 185 e 193.

³⁵ In questa direzione, seppur non ancora in modo netto e soddisfacente, cfr. Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46250, che, pur ritenendo di regola non impugnabile il decreto di perquisizione adottato dal pubblico ministero ovvero il decreto di convalida da parte di quest’ultimo della perquisizione eseguita in via d’urgenza dalla polizia giudiziaria, ammette eccezionalmente la ricorribilità in Cassazione di tali provvedimenti laddove questi siano qualificabili come atti abnormi.

³⁶ Una spinta decisiva in tale direzione potrebbe giungere anche dalla Corte costituzionale, qualora fosse nuovamente investita della relativa questione di costituzionalità.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2019

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

FRANCESCO VERGINE

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università Lum “Jean Monnet”

Il patteggiamento: gli obblighi restitutori depotenziano le finalità deflattive

The plea bargaining: the obligations of refund defuse the purposes of deflation

Il patteggiamento viene reso sempre meno appetibile dagli interventi legislativi che condizionano l'accesso al rito speciale alle restituzioni integrali, accentuandone ulteriormente la connotazione di condanna. In particolare, il comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p. impone all'imputato, che intenda accedere al patteggiamento per i delitti contro la pubblica amministrazione, la restituzione del prezzo o del profitto del reato. Non si tratta di una riconfigurazione del rito alternativo, ma di una variante rispetto al sistema tradizionale. La condizione di ammissibilità del comma 1-ter, unitamente all'imperfetta scelta lessicale – che aggrava il peso degli obblighi restitutori – contribuisce a mortificare l'*appeal* del rito e disvela il probabile intento legislativo: impedire forme di premialità per taluni reati, rendendo il percorso più tortuoso, senza incorrere in frizioni costituzionali, possibili nel caso in cui si fosse esclusa dal rito una categoria di delitti.

The plea bargaining is becoming less and less attractive because of the legislative interventions that affect the access to the special procedure, to the full restitution, further increasing the connotation of conviction. In particular, item 1-ter of the article 444 p.p.c. impose to the defendant, who want to ask for the plea agreement if he had done a crime against public administration, the reimbursement of the price or of the profit of this crime. It is not an alternative procedure, but it is a variant of the traditional method. The condition of admissibility of the item 1-ter, together with the imperfect wording choice – that increase the restitutionary obligations – contributes to mortify the appeal of this procedure and reveals the probable legislative intent: that is to prevent forms of rewards for some crimes, making more tortuous the path, without incurring in Constitutional clutches, which can occur if it was excluded from this procedure a category of crime.

IL PATTEGGIAMENTO: GLI OBBLIGHI RESTITUTORI DEPOTENZIANO LE FINALITÀ DEFLATTIVE

Nel rito di applicazione della pena concordata, ove le parti decidono di definire il procedimento rinunciando all'accertamento e accordandosi sull'entità della pena, vi è un controllo da parte del giudice che si dipana nella verifica dell'ortodossia dell'accordo, oltre che in quella negativa al fine di scongiurare che esistano elementi probatori idonei ad addivenire ad una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.¹

Un ulteriore controllo spettante al giudice è quello volto alla verifica che, nel compromesso sulla pena raggiunto tra le parti in ordine ai delitti di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322 c.p., indicati nel comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p.², si sia dato corso alla “restituzione” integrale del prezzo o del profitto del reato. L'assenza di tale adempimento comporta la dichiarazione di inammissibilità della richiesta, configurando un vero e proprio obbligo restitutorio *ex lege* per poter accedere al rito premiale.

¹ Più specificamente, il compito del giudice è quello di controllare la correttezza della qualificazione giuridica, l'eventuale applicazione e comparazione di circostanze aggravanti e attenuanti e la quantificazione concreta della pena e, in altra prospettiva, verificare in negativo se non ricorrono le condizioni per emettere una sentenza di proscioglimento. Cfr. F. Giunchedi, *Introduzione allo studio dei procedimenti penali*, Milano, Cedam, 2018, p. 54.

² La previsione di cui al comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p. è stata introdotta con la l. 27 maggio 2015, n. 69.

La previsione di un accesso al patteggiamento solo a seguito di una «*restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato*» si inserisce nella linea di tendenza della giustizia riparativa, certamente acuita per i reati commessi dai pubblici ufficiali. La restituzione integrale prevista dal citato comma 1-ter deve, infatti, avvenire a cura esclusiva dell'imputato e non può essere sostituita da adempimenti di terzi estranei al reato³.

Si tratta, dunque, di una di quelle misure che restano nell'alveo di un approccio di rigore al tema del malaffare⁴, ancora inidonea, però, a delineare un nuovo patteggiamento, che coinvolga il danneggiato al punto di prevedere il risarcimento del pregiudizio da reato come *condicio sine qua non* al negozio sulla pena. Diversamente operando si andrebbe disincentivando l'accesso al rito premiale anche per quei reati di minore allarme sociale, elidendo, significativamente, l'effetto deflattivo dell'accordo sulla pena che continua a rappresentare, nelle variegate dinamiche processuali, la più utilizzata "bretella" di decongestione del sistema.

Siamo, quindi, al cospetto di una variante rispetto allo schema tradizionale, il quale nega al giudice del patteggiamento la possibilità di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, sacrificando l'interesse della parte civile⁵. Per i delitti dell'art. 444, comma 1-ter, c.p.p., infatti, il giudice non può nemmeno esaminare l'accordo sulla pena se prima non sia stata risarcita l'amministrazione (o, come si vedrà, altro soggetto che ha subito la condotta illecita), che viene, così, elevata a danneggiato privilegiato rispetto ad altri, eventualmente toccati dalla condotta del reo. Sicché può evidenziarsi come l'art. 6, l. 27 maggio 2015, n. 69, che ha portato all'innesto del comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p., sia norma emergenziale, che descrive un meccanismo estraneo alla logica del patteggiamento, ma che si giustifica per l'elevato interesse tutelato, quello della pubblica amministrazione⁶, nel rispetto della funzione della pena.

Una chiara componente afflittiva è certamente insita nell'obbligatorietà della restituzione del prezzo o profitto del reato per accedere al patteggiamento, sicché l'espiazione dell'arricchimento illecito è programmaticamente rivolta alla compensazione e riequilibrio della situazione economica del reo, in ossequio alla massima "il crimine non paga".

Mutatis mutandis, in tema di reati tributari, va fatto richiamo all'art. 13-bis, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 che non ammette l'applicazione dell'istituto *ex art. 444 c.p.p.* per i delitti in esso contemplati, se non previo pagamento del debito tributario ed avvenuto ravvedimento operoso e prevedendo, quindi, una esplicita condizione di ammissibilità al rito premiale. Tuttavia, per tale norma si assiste ad un *revirement* da parte della Corte di Cassazione, la quale ha precisato che la previsione normativa che subordina l'applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.* al pagamento del debito tributario (art. 13-bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000) non si applica alle fattispecie di omesso versamento, dal momento che, per esse, l'eventuale pagamento nei termini previsti vale come causa di non punibilità⁷; in caso contrario, si configurerebbe una insanabile contraddizione interna al sistema. Sicché, la coesistenza degli artt. 13 e 13-bis, d.lgs. n. 74 del 2000 deve essere interpretata nel senso che, rappresentando il pagamento del debito tributario entro la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, causa di

³Cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 9990, in *CED Cass.*, n. 269645.

⁴La novella si colloca nel più ampio intervento normativo "anti-corruzione", teso ad un generalizzato aumento delle pene in materia di delitti contro la pubblica amministrazione e ad un aggiornamento delle norme del codice civile in materia societaria. Per un commento, cfr. A. Cisterna, *In G.U. la legge 69/2015, c.d. anticorruzione: una mezza rivoluzione*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 4 giugno 2015; F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 1, p. 143 ss.; A. Famiglietti, *Novità legislative interne*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 4, p. 16. Per un commento "a caldo" sulla legge *de qua*, T. Trinchera, *Approvata definitivamente dalla Camera la proposta di legge che introduce nuove disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazione di tipo mafioso e di falso in bilancio*, in *www.penalecontemporaneo.it*; F. Cingari, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 805 ss.; N. Santi Di Paola, *Il falso in bilancio e i reati contro la p.a.: legge anticorruzione 27 maggio 2015*, Milano, Maggioli Editore, 2015.

⁵In questi termini si esprime, R.M. Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Milano, Cedam, 2011, p. 90.

⁶F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, cit., p. 153.

⁷Cfr. Cass., sez. III, 21 agosto 2018, n. 38684, in *www.dirittoegiustizia.it*. Per la Cassazione la coesistenza delle diverse disposizioni (art. 13, comma 1, ed art. 13-bis, commi 1 e 2), non può che stare a significare che l'integrale pagamento del debito tributario è solo la condizione di assoluzione per non punibilità; mentre l'integrale pagamento del debito tributario non può, allo stesso tempo, essere anche condizione per applicare una pena patteggiata. Quindi l'imputato può accedere al rito speciale anche con nessun pagamento (oppure con un pagamento solo parziale). La Corte ha, infatti, altresì statuito che non serve l'integrale pagamento dei debiti tributari per poter accedere al rito penale speciale del patteggiamento di cui all'art. 444 c.p.p. Ciò neppure considerando le riforme introdotte dall'art. 12, comma 1, d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

non punibilità dei reati di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000, lo stesso non può logicamente, al contempo, per queste stesse ipotesi, costituire presupposto di legittimità del patteggiamento, perché questo non potrebbe riguardare reati non più punibili.

Nei delitti contro la pubblica amministrazione, invece, le istanze di economicità, intesa come ragionevole durata del giudizio, sono equivalenti (ed anzi, soccombenti rispetto) a quelle riparative, sicché il legislatore ammette una soluzione rapida del giudizio, mediante applicazione della pena su richiesta delle parti, solo ove sia stato integralmente restituito il prezzo o il profitto del reato, cioè le utilità percepite per causa dell'illecito.

LA RESTITUZIONE DEL PROFITTO O DEL PREZZO DEL REATO COME CONDIZIONE DI AMMISSIBILITÀ ALL'APPLICAZIONE DELLA PENA CONCORDATA PER I REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La Corte di legittimità si è pronunciata proprio sulla natura del comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p. che, con riguardo ad alcuni reati contro la P.A., subordina l'ammissibilità della richiesta di patteggiamento alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato, affermando la sua natura processuale e non sanzionatoria⁸.

Sul punto rileva che, in materia di patteggiamento, l'art. 444, comma 1-*ter*, c.p.p., per il chiaro riferimento a condotte riparatorie – per un verso volontariamente adottate anche al di fuori di qualsiasi intervento giudiziale prescrittivo e per l'altro temporalmente precedenti la richiesta di applicazione pena – enuncia, in realtà, una condizione meramente processuale di ammissibilità del rito speciale in argomento, e si colloca, conseguentemente, nell'ambito delle norme a natura esclusivamente procedimentale.

Nel suo argomentare, la Corte di legittimità ha evidenziato che non si è di fronte ad una disposizione di tipo sanzionatorio, assimilabile alla confisca dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato commesso in danno della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p.⁹, ma ad una condizione di ammissibilità del rito.

Il pregio dell'arresto giurisprudenziale richiamato risiede nell'aver svolto alcune considerazioni sistematiche sul rapporto tra la norma sulla confisca e quella che prevede obblighi risarcitori *ex lege* in caso di patteggiamento per reati contro la P.A., difettando una disciplina espressa di raccordo tra di esse.

Invero, secondo la Sesta Sezione, l'adempimento della condizione processuale di ammissibilità al patteggiamento dell'integrale restituzione del profitto o prezzo del reato, avrebbe come effetto l'esclusione della confisca *ex art.* 322-*ter* c.p., che pure la norma prevede anche in caso di patteggiamento, nonché l'esclusione della riparazione pecuniaria prevista (nei soli casi di sentenza di condanna) dall'art. 322-*quater* c.p. a favore dell'amministrazione di appartenenza¹⁰. Tale indicazione appare non secondaria, giacché le norme in esame nulla dicono sul tema¹¹.

Del resto, appare contrario ad una logica di sistema immaginare che, dopo aver restituito integral-

⁸ Cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 9990, in *CED Cass.*, n. 269645.

⁹ Invero, per ciò che attiene al caso di cui alla sentenza della Corte di Cassazione n. 9990/2017, cit., la diversa natura degli istituti previsti dall'art. 444, comma 1-*ter*, c.p.p. e dall'art. 322-*ter* c.p., l'uno processuale e l'altro sostanziale, ha come conseguenza una diversa efficacia nel tempo delle due norme. Nel caso della condizione di ammissibilità per il patteggiamento la norma si applicherà perciò anche per i fatti illeciti commessi antecedentemente all'introduzione nell'ordinamento di tale norma, in base al principio *tempus regit actum* che regola la successione nel tempo di norme processuali. Con riguardo invece alla confisca dell'art. 322-*ter* c.p., la natura sanzionatoria della stessa comporta l'irretroattività delle relative disposizioni ai fatti di reato commessi prima dell'entrata in vigore della norma. Sul punto è sufficiente richiamare la massima della sentenza Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami, in *Cass. pen.*, 2014, p. 121, che ha affermato: «La confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007 ha natura eminentemente sanzionatoria e, quindi, non essendo estensibile ad essa la regola dettata per le misure di sicurezza dall'art. 20 c.p., non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge citata». Cfr., G. Marra, *La restituzione del profitto del reato è condizione di natura processuale per il patteggiamento*, in *www.quotidianogiuri.dico.it*, 28 aprile 2017.

¹⁰ In commento alla sentenza si veda, G. Marra, *La restituzione del profitto del reato è condizione di natura processuale per il patteggiamento*, cit.

¹¹ Inoltre, di recente, Cass., sez. III, 27 settembre 2016, n. 6047, in *CED Cass.*, n. 268829, ha ribadito che «La confisca per equivalente del profitto del reato va obbligatoriamente disposta, anche con la sentenza di applicazione di pena *ex art.* 444 c.p.p., pur laddove essa non abbia formato oggetto dell'accordo tra le parti, attesa la sua natura di vera e propria sanzione, non commisurata alla gravità della condotta né alla colpevolezza dell'autore, ma diretta a privare quest'ultimo del beneficio economico tratto dall'illecito, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale dell'attività criminosa».

mente il prezzo o il profitto del reato per poter patteggiare, l'imputato sia raggiunto da una sentenza ove il Giudice disponga ulteriormente la confisca del prezzo o del profitto, costringendolo ad un doppio versamento. Stante, infatti, la natura di condizione per accedere al rito speciale del patteggiamento ed ai suoi benefici, attraverso la volontaria restituzione integrale del prezzo o profitto del reato, si esclude che il Giudice disponga, in questi casi, alcuna ulteriore "sanzione": quest'ultimo si limita a verificare ai fini dell'ammissibilità della richiesta di patteggiamento, che la condizione prevista dalla norma sia stata ottemperata.

Persiste, tuttavia il mancato coordinamento tra l'art. 444, comma 1-ter, c.p.p. e l'art. 322-ter c.p. che potrebbe essere foriero di applicazioni "singolari" e duplicative. In effetti, occorre rammentare che l'accordo processuale che le parti sottopongono al Giudice non può contemplare anche le sorti della confisca (che, appunto, non rientra tra gli elementi negoziali)¹². Quest'ultima è "affare" esclusivo dell'organo giurisdizionale. Ne deriva che questi, in ossequio ad una interpretazione letterale (ma non logico-sistematica) delle norme ed in carenza di un raccordo tra esse, potrebbe arricchire la proposta sanzionatoria con la confisca – anche per equivalente – del prezzo o del profitto del reato, nonostante detto provento sia stato già oggetto di restituzione. Una simile opzione esegetica appare fortemente ingiusta, dipanandosi lungo la serie di labirinti sanzionatori che duplicano le strade piuttosto che unificarle; e purtuttavia si presenta astrattamente possibile a causa di un superficiale approccio legislativo che sembra orientato più a gemmare i problemi che a risolverli.

Non solo.

L'aver costruito un sistema tale da assegnare alla "restituzione" la natura di condizione di ammissibilità – dunque, a carattere preliminare – della richiesta di patteggiamento genera un ulteriore problema, anch'esso dall'esito disincentivante.

L'imputato interessato ad accedere al rito dovrà, come detto, offrire la prova di aver "restituito" prima del deposito della istanza. Il pagamento delle somme – essendo, appunto, preventivo – sarà fatto "al buio", nel senso che l'imputato dovrà correre il rischio che il giudice possa non ritenere congrua la pena o, comunque, rigettare la richiesta di patteggiamento. In tali casi, l'imputato non potrà recuperare le somme e non avrà l'effetto premiale.

Probabilmente si sarebbe potuta modulare una formulazione più corretta plasmandosi sull'iter previsto in caso di oblazione. L'imputato (previo consenso del p.m.) chiede; il giudice ammette (previa verifica di tutti i requisiti *ex art. 444, comma 2 c.p.p.*) ed indica la somma; l'imputato dimostra di aver adempiuto ed il giudice provvede con sentenza applicativa della pena concordata. In tal caso, la "restituzione" muterebbe natura: da condizione per l'accesso al rito a condizione per l'accoglimento della richiesta.

Resta, poi, il problema della sorte del pagamento nelle (remote) ipotesi di sentenza *ex art. 129 c.p.p.* (possibile anche nel patteggiamento, come indicato nell'art. 444, comma 2, c.p.p.) nonché la valenza di esso nel caso di rigetto della richiesta di applicazione della pena.

Nella prima ipotesi, si dovrebbe ritenere possibile percorrere la strada della restituzione della "restituzione".

Nel secondo caso, l'avvenuto pagamento avrà una rilevanza in sede di determinazione della pena (probabilmente per il solo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e non ai sensi del n. 6 dell'art. 62 c.p., posto che quest'ultimo esige l'intera riparazione del danno mediante il risarcimento di esso).

Come può notarsi, dunque, la gravosità delle prestazioni richieste all'imputato (con l'assenza di garanzie sul buon esito del procedimento speciale) sembra prevalere sugli aspetti premiali e ne fa implo- dere le potenzialità operative.

I PROBLEMI APPLICATIVI DELLA NORMA SULL'OBBLIGO DI RESTITUZIONE DEL PROFITTO

Nella sua applicazione pratica, la norma che ha introdotto gli obblighi risarcitori in capo all'autore del reato contro la pubblica amministrazione il quale chieda di accedere al patteggiamento, pone dei dubbi interpretativi di non poco momento.

In effetti, non sempre il profitto del reato è determinato o facilmente determinabile. Si immagini, ad

¹² Cfr., tra le tante, Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, Spagnuolo, in *CED Cass.*, n. 265823.

esempio, una ipotesi di peculato d'uso, oppure il caso in cui la remunerazione del pubblico ufficiale imputato venga effettuata mediante utilità differenti dal denaro (prestazioni sessuali, godimento di beni altrui, etc.).

In questo senso, il comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p. mostra una assenza di duttilità, necessaria per la sua applicazione ai casi concreti che via via si presentino¹³. Invero, neanche si prevede la possibilità di restituzione del profitto per un valore da quantificare nell'ambito dell'accordo tra le parti e da sottoporre ad un controllo del giudice in ordine alla congruità della restituzione.

Sicché deve concludersi che, in tutte quelle ipotesi in cui non sia apprezzabile il provento nella sua essenza quantitativa economica, l'imputato non potrà accedere al rito.

Detta esclusione, però, cagionata dall'impossibilità di determinare con esattezza il *quantum* del profitto da restituire (*rectius*, il suo valore), è totalmente illogica, oltre che in contrasto con l'art 3 Cost.¹⁴. Solo, infatti, facendo ricorso ad una interpretazione estensiva che, quindi, consenta la restituzione anche per equivalente, si potrebbe superare l'*impasse*. Tanto più che, paradossalmente, potrebbero verificarsi dei casi in cui una condotta (ad esempio, il peculato d'uso) di minore gravità non consenta l'accesso al rito, a dispetto di altro delitto che, pur ben più grave ma avente l'indicazione del profitto, permetterebbe la soluzione patteggiata.

Ed ancora, in relazione al reato di induzione indebita a dare o promettere utilità – reato che tutela l'imparzialità e il buon andamento – non può (sempre) individuarsi un danno patrimoniale diretto alla pubblica amministrazione; come anche per la concussione, ove il reo percepisce utilità da un terzo, sfruttando la propria qualità di pubblico ufficiale¹⁵. Da tanto discenderebbe che l'imputato che acceda al patteggiamento non sia tenuto a risarcire il danno non patrimoniale, egli rimanendo obbligato a restituire le somme che derivano dal reato, cioè quanto percepito dall'indotto o dal concusso. Ma tale soluzione si mostra inaccettabile, soprattutto se si considera che non può identificarsi il privato quale danneggiato, giacché l'indotto è concorrente necessario del reato, e unico soggetto offeso rimane l'apparato pubblico¹⁶. Sicché il concetto di "restituzione" di cui al comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p., sfuma in quello di "risarcimento", vista l'assenza di un danno patrimoniale diretto all'ente pubblico¹⁷.

Il problema della restituzione del profitto rimane di difficile soluzione soprattutto nel caso di concussione in cui persona offesa è, oltre alla pubblica amministrazione di appartenenza dell'imputato, anche il soggetto privato concusso, giacché la norma richiamata non ha esplicitato chi sia il beneficiario della restituzione del profitto.

Per tali ragioni sembra infelice la scelta del lemma "restituzioni", giacché esso evoca la consegna del denaro a chi esso apparteneva prima della commissione del reato. Dunque, si potrebbe (per assurdo) dedurre che nel caso della corruzione, sarebbe sufficiente che il corrotto restituisca al corruttore le somme ricevute, per poter poi accedere al rito premiale.

La mancata indicazione del beneficiario appare, poi, incomprensibile, soprattutto se si raffronta il te-

¹³ In argomento, F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, cit., p. 149 rileva che «per l'accordo sulla pena ex art. 444, comma 1-ter, c.p.p., l'accusato di peculato è tenuto a restituire solo ciò che l'amministrazione ha perso per effetto della sua condotta, oltre ovviamente, ai frutti di cui ha beneficiato e che è possibile individuare come diretta conseguenza del reato. Il giudice non è chiamato, invece, a calcolare il pregiudizio non patrimoniale subito dall'amministrazione, né l'imputato è tenuto a ristorarlo per accedere al rito alternativo».

¹⁴ Considerazione condivisa anche da G. Marra, *La restituzione del profitto del reato è condizione di natura processuale per il patteggiamento*, cit.

¹⁵ M. Gambardella, *La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e del "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2018. Ricordando la natura plurioffensiva dei reati ex artt. 314 ss. c.p., nel caso di un imprenditore costretto dal sindaco di un piccolo comune a nominare quale direttore dei lavori un soggetto a lui vicino, per evitare di soggiacere ai continui ricatti prospettatigli, poiché il pubblico ufficiale «agi[va] con modalità o con forme di pressione tali da non lasciare margine alla libertà di autodeterminazione del destinatario della pretesa illecita che, di conseguenza, si determina[va] alla dazione o alla promessa esclusivamente per evitare il danno minacciato», cfr. *Cass.*, sez. VI, 20 gennaio 2014, n. 2305, in *CED Cass.*, n. 258655, è impossibile non annoverare l'imprenditore concusso tra i danneggiati dal reato.

¹⁶ Il privato, infatti, «dispone di ampi margini decisionali e finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivata dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico» cfr., *Cass.*, sez. un., 14 marzo 2014, n. 12228, in *CED Cass.*, n. 258470.

¹⁷ In questi casi l'imputato non rende alcunché allo Stato, ma lo risarcisce di una somma equivalente alle utilità derivanti dal reato e nella quale evidentemente si identifica il valore economico della perdita subita dell'amministrazione sul piano del buon andamento. F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, cit., p. 150.

sto degli artt. 165, comma 4, c.p. e 322-*quater* c.p.p., norme introdotte anch'esse dalla l. n. 69 del 2015, in cui invece sono indicati i destinatari dei pagamenti da eseguire da parte del condannato¹⁸.

Ed ancora, nel reato di corruzione, qualora il prezzo sia già stato versato, ricorrerebbe certamente una sanzione, e non più restituzione, al fine di accedere al rito premiale.

Non solo. Concependo il rimedio *ex art. 444*, comma 1-*ter*, c.p.p. come risarcimento del danno subito dall'amministrazione, quantificabile a *forfait* nel prezzo o nel profitto del reato, deriva l'impossibilità per l'ente pubblico danneggiato di esercitare un'autonoma azione dinnanzi al giudice civile, una volta che l'imputato abbia onorato la condizione di accesso al patteggiamento.

Tuttavia, il comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p. nulla specifica in relazione al danno economico dell'apparato amministrativo, ovvero al nocimento per il buon andamento dell'ente, ovvero rispetto all'eventualità di danneggiati "secondari" dal reato¹⁹, per i quali valgono le tradizionali regole del patteggiamento e sulle cui istanze non può decidere il giudice penale.

Al contrario, la pubblica amministrazione, in caso di patteggiamento, ottiene di essere soddisfatta addirittura prima che venga in essere il negozio sulla pena tra imputato e pubblico ministero²⁰.

Si ha, inoltre, l'impressione che il legislatore non riesca ancora a concepire un approccio davvero moderno al tema della criminalità amministrativa e che abbia affrontato l'emergenza con un mero *up-grading* punitivo.

Invero, sembrerebbe, infatti, avere una vocazione dissuasiva il comma 1-*ter* aggiunto all'art. 444 c.p.p. dalla l. n. 69 del 2015, che subordina l'ammissibilità del patteggiamento alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato, senza che neppure venga replicata la clausola di limitazione di cui all'art. 165 c.p. («*al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio*»). Sicché, l'imputato può ottenere il beneficio della sospensione condizionale della pena, subordinatamente al pagamento di una somma equivalente al profitto di reato, quindi consentendo al giudice di poter decidere con maggior "elasticità" a seconda delle particolarità del caso di specie, a differenza di quanto previsto dall'art. 444, comma 1-*ter*, c.p.p.

L'analisi, pur superficiale, dell'istituto fa emergere una serie corposa di problematiche applicative. Resta il problema del rapporto tra la "restituzione" e la confisca; dell'individuazione del soggetto che avrebbe diritto alla "restituzione"; della determinazione del provento; del rapporto tra la "restituzione" prevista dal citato comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p. e le "classiche" restituzioni previste dall'art. 185 c.p. Insidie che impediscono al patteggiamento di fungere da volano per la deflazione dibattimentale.

UN RITO PREMIALE POCO APPETIBILE

Nonostante in relazione al patteggiamento, e più in generale nei riti premiali, in considerazione della loro finalità deflattiva, fossero state riposte molte delle speranze di successo della riforma del 1988, detta "scommessa"²¹ parrebbe persa in relazione agli obblighi restitutori previsti dal comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p.

Appare, infatti, consistente l'erosione della premialità nell'ipotesi di reati contro la pubblica amministrazione che rende poco attraente la opzione del patteggiamento²².

¹⁸ G. Marra, *La restituzione del profitto del reato è condizione di natura processuale per il patteggiamento*, cit.

¹⁹ F. Trapella, *Il patteggiamento nei giudizi per reati corruttivi*, cit., *ibidem*, richiama, in materia di peculato, l'ipotesi della guardia carceraria che, incaricata di controllare la posta inviata ai detenuti, si impossessava della somma di venti euro, contenuta nella missiva indirizzata ad un recluso; quest'ultimo può senz'altro vantare una pretesa risarcitoria verso il secondino, parallela alla richiesta della pubblica amministrazione.

²⁰ L'investitura della pubblica amministrazione a vittima privilegiata in virtù degli interessi dalla stessa tutelati non è novità della recente riforma: da tempo, infatti, secondo la Suprema Corte, «*quando si procede per un reato che comporta la confisca di beni o valori, non può accogliersi la richiesta di applicazione della pena, formulata dalle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che non comprenda anche l'accordo sull'oggetto della confisca o comunque non consenta la determinazione certa di tale oggetto da parte del giudice*» cfr., Cass., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12509, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2661 ss., con nota di S. Fabbretti, *Patteggiamento e confisca: la Corte estende l'oggetto dell'accordo tra le parti*.

²¹ G. Spangher, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2018, p.537, in relazione ai riti deflattivi reca «*la scommessa ha ancora esiti incerti*».

²² In argomento G. Spangher, *Proposte per la riforma del processo penale*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 16 ottobre 2015, rileva che

Lo scarso *appeal* acquisito dal rito – nei reati contro la pubblica amministrazione – sembrerebbe non solo previsto dal legislatore del 2015 ma probabilmente voluto. L'aver sensibilmente aggravato le condizioni ed i contenuti dell'accordo denota l'intenzione, agli effetti pratici, di sottrarre quei particolari delitti al rito premiale. Solo che, per evitare possibili problematiche di compatibilità costituzionale, non si è potuto intervenire escludendo espressamente dal novero dei reati "patteggiabili" anche quelli di cui al comma 1-ter dell'art. 444 c.p.p. Si è fatto ricorso ad un marcato appesantimento dei contenuti per giungere al medesimo risultato: i reati contro la pubblica amministrazione non devono godere di regimi premiali.

Del resto, l'eventualità di estendere l'adempimento risarcitorio o restitutorio anche per gli altri reati sembra lontana dalla eziologia del rito deflattivo: nato come mezzo per favorire la diminuzione del carico giudiziario, oggi il patteggiamento rappresenta un rimedio importante, così ponendosi al legislatore il problema se mantenere gli attuali requisiti di accesso al rito e i vantaggi che ne derivano o se, invece, individuare nuovi e più stringenti elementi costitutivi dell'accordo sulla pena, con il pericolo, però, di disincentivare le iniziative difensive volte a definire anticipatamente il giudizio secondo gli artt. 444 ss. c.p.p.

Allo stato attuale, l'obbligo per l'imputato di "restituire" prima di sottoscrivere l'accordo con il pubblico ministero è previsto solo per i reati richiamati nel comma 1-ter. Tale norma appare, però, funzionale a sopire le istanze di preoccupazione della pubblica opinione, di massima severità nei confronti degli autori di reati contro la P.A., giacché non facilita in alcun modo la conclusione mediante accordo sulla pena di quei procedimenti, considerato che, anche in caso di patteggiamento, avrebbe trovato comunque applicazione la confisca per equivalente²³.

Accanto alla condotta riparatoria, infatti, dovrebbe configurarsi un concreto vantaggio per il condannato, così come si rinviene nel meccanismo della sospensione condizionale della pena. In quest'ultimo caso, il Giudice può subordinare la sospensione condizionale della pena alla restituzione del profitto del reato.

È, quindi evidente che ciò che per la sospensione è facoltativo, giacché rimesso all'intenzione del reo di ottenere la sospensione della pena, per l'ingresso al patteggiamento diviene obbligatorio, portando ad una evidente illogicità di sistema. L'imputato, infatti, si vede obbligato alla restituzione pur di accedere al rito premiale, senza alcun vantaggio legato alla scelta della condotta riparatoria.

«la sentenza di patteggiamento, dopo le ultime modifiche che ne condizionano l'accesso alle restituzioni integrali, ha accentuato ulteriormente la connotazione della sentenza di condanna».

²³ Con la consapevolezza che, ove non siano stati individuati beni aggredibili (anche di valore equivalente), detta impossibilità non incide sul già "sentenziato" patteggiamento. Di contro, l'aver fatto retroagire la restituzione al momento della verifica di ammissibilità, si è ottenuto l'effetto di legare il fine ripristinatorio al profilo premiale.

ORietta BRUNO

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da “rivedere”

Ministerial Crimes and the position of the person accused in joined proceedings

Il quadro positivo, articolato a più livelli nel sistema delle fonti, esonera da responsabilità penale il Presidente del Consiglio e i singoli Ministri, anche se cessati dalla carica, qualora abbiano agito «per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante» o «il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo». Al contempo, si prevedono, al fine di accertare i reati da essi eventualmente compiuti nello svolgimento dei compiti assegnatigli, deroghe al procedimento penale tradizionale. Ma l'impianto normativo è carente in relazione alla figura del concorrente nel reato ministeriale e alle sue sorti.

Ministers and Prime Minister are exempt from criminal liability even after they cease to hold office if they acted to safeguard the constitutionally protected general interests of the State or to achieve a prevailing public interest while performing functions of Government. Problems arise however regarding the position of the co-accused in those proceedings.

ALCUNE PREMESSE

I flussi immigratori degli ultimi tempi sono stati accompagnati, in un clima viziato e confuso, da condotte politiche che, oltre a denotare il rigoroso atteggiamento del nostro Paese, scuotono le coscienze poiché lambiscono il profilo, assai delicato, della salvaguardia dei diritti umani¹. È riemerso, a tal proposito, il tema, caldo e non marginale, della procedura per reati commessi dai Ministri della Repubblica nell'esercizio delle loro funzioni². Immancabilmente, si sono prodotte conseguenze incresciose e

¹La testimonianza più recente è quella che vede coinvolto l'attuale Ministro degli Interni, Matteo Salvini, per il quale il tribunale dei Ministri (trib. di Catania, sez. reati ministeriali, 22 gennaio 2019) ha domandato al Senato l'autorizzazione a procedere. Il 19 febbraio scorso si è pronunciata la Giunta per le immunità di Palazzo Madama, rispondendo negativamente alla possibilità di processare costui per l'accusa di sequestro di persona aggravato (per non aver fatto sbarcare per 5 giorni 177 migranti dalla nave “Diciotti” della Guardia costiera). Il no all'autorizzazione è prevalso con 16 voti a favore e 6 contrari. La Relazione è stata, quindi, depositata e la decisione dell'Aula del Senato, che deve esprimersi entro 30 giorni, dovrebbe arrivare intorno al 25 marzo 2019. La sede non permette una meticolosa disamina del corposo provvedimento del tribunale di Catania che sarà oggetto di un contributo di prossima pubblicazione. Si cita, nondimeno, uno dei primi commenti a caldo: S. Zirulia-F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda di autorizzazione a procedere*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2019. In precedenza, già, A. Morelli, *Principio di legalità vs. «preminente interesse pubblico»? Il Caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 898 ss. e S. Manacorda, *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1389 ss.

²Per una retrospettiva che muove dall'epoca statutaria, v. P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 ss.; E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, Padova, Cedam, 1997, p. 1 ss. Sull'evoluzione della materia (con uno studio che avvia persino dall'*impeachment*, «istituto antesignano di tutte le procedure d'accusa parlamentare rinvenibili in gran parte delle Costituzioni dei paesi occidentali»), G. Scarlato, *I reati ministeriali*, Padova, Cedam, 1982, p. 3 ss. cui si affiancano i minuziosi commenti di L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, in G. Branca-G. Pizzorusso (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1994, p. 423 ss.; Ead., *Reato ministeriale e funzione del Parlamento nel procedimento d'accusa*, in *Processo Lockheed*, suppl. a *Giur. cost.*, 1979, p. 248 ss. (con l'illustrazione di un'ampia casistica) e A. Ciancio, sub *art. 96 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p.

riaperti strappi ancora non cuciti tra coloro che – preoccupati per gli effetti politico-istituzionali dell'attivazione di una qualche forma di responsabilità – sono favorevoli ad uno scudo legale a protezione dei governanti e quelli contrari a forme di immunità³. Privilegi che, negli *affaires* italiani, hanno salvato gli esponenti di qualsivoglia corrente anche da accuse assai gravose e che sono stati invocati, a gran voce, a fronte di attacchi provenienti dagli ambienti più disparati, alimentati da una profonda differenza nel modo di intendere i principi costituzionali.

Le inchieste in materia, al momento, sono regolamentate, oltre che nella Carta fondamentale, all'art. 96 (i cui archetipi vanno ricercati nell'istituto dell'*impeachment* e nella *Charte française* del 1814), dalle leggi (costituzionale) 16 gennaio 1989, n. 1⁴ e (ordinaria, di completamento e attuazione) 5 giugno 1989, n. 219⁵, «Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione»⁶. Provvedimenti radicali i quali, obliterando le antesignane modalità accertative che affidavano la cognizione degli illeciti ministeriali alla Corte costituzionale (nella sua composizione integrata)⁷, hanno recepito, in qualche maniera, la pressante volontà popolare affiorata in due eventi referendari (1978 e 1987); tale disciplina, benché non abbia realizzato una piena parificazione tra il procedimento penale per i Ministri e quello per le persone comuni attraverso la decostruzione della vecchia guarentigia, comunque, si è sbarazzata di una scansione procedimentale a totale gestione separata⁸. Di sicuro, erodendo dalle fondamenta l'assetto precedente, l'attuale normativa risulta un compromesso legislativo tra l'auspicato progetto di cambiamento – spinto fino ad abolire ogni eccezione al nucleo processuale ordinario per i Ministri, in uno con la pulsione a depoliticizzare i giudizi a loro carico – e la volontà di conservare l'intervento del Parlamento, sebbene nel suo restaurato incarico di tutelare, da un lato, l'attività dell'Esecutivo (in quanto ispirata ad «interessi superiori» a quello di giustizia⁹) e, dall'altro, fornire risposta alla plasticata categoria degli illeciti ministeriali¹⁰. Si incuneano, in questa rinnovata ottica, i ristretti tempi del-

1859 ss. Inoltre, G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim* (l'A. dedica ampia risonanza, tra l'altro, ai lavori preparatori della l. 16 gennaio 1989, n. 1, alle problematiche postesi in quella sede, alle fonti normative sull'argomento di trattazione, il loro rango e le singole tappe di approvazione sino a giungere, dopo aver passato in rassegna il periodo di transizione, a quelle vigenti: p. 241 ss.). Non si dimentichi, A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*.

³ «La questione della responsabilità costituisce invero il punto di emersione più evidente dell'opposizione fra due diverse concezioni dello Stato, del potere e della posizione di chi lo esercita rispetto alla generalità dei soggetti. L'una diretta a privilegiare lo stato-apparato, isolando i titolari dei più elevati uffici [, distinguendoli] nettamente dagli altri [e] ponendoli in una posizione "speciale", rivestiti di una sorta di "sacralità". L'altra, viceversa, d'ispirazione democratica, tendente a rimuovere ogni posizione di privilegio, isolamento e differenziazione giuridica dei titolari del potere, in base alla concezione del popolo come "sovrano" e dell'apparato come strumento»: L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in L. Carlassare (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, p. 2.

⁴ Recante «Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per reati di cui all'articolo 96 della Costituzione».

⁵ Le rimanenti previsioni complementari e specificative della disciplina super-primaria sono confluite nei Regolamenti di Camera e Senato (modificati, rispettivamente, il 7 e il 28 giugno 1989), interdipendenti nei loro contenuti con le leggi del 1989.

⁶ Non si tralasci la l. 12 luglio 1999, n. 232 con la quale l'Italia ha dato esecuzione allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale di cui si lasciano gli approfondimenti agli elaborati del ramo.

⁷ ... e abiurando la preventiva (e in seduta comune) deliberazione parlamentare di messa in stato d'accusa.

⁸ Ripercorre le singole tappe del cambiamento, L. Carlassare, sub art. 1 l. 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 477 ss. che ritrae il vecchio rito come «inaffidabile, ingombrante, pericoloso» (p. 479).

⁹ Valga, per tutti, quanto asserito da R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 35 che discerne tale particolare garanzia politica dalla autorizzazione necessaria per compiere determinati atti di indagine (art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989) la quale appare, invece, volta ad assicurare una funzione, «non certo a giustificare il compimento di attività governative ispirate al perseguimento di "interessi superiori" a quello di giustizia». Conf. L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, cit., p. 3 s. per la quale «Vero è che in un ordinamento democratico non può mancare una chiara e adeguata responsabilità per l'esercizio del potere, ma allo stesso tempo di tale responsabilità va tracciato anche il confine: e la linea invalicabile che lo segna non può che individuarsi nella necessità di garantire l'esercizio indipendente della funzione; un diritto, questo, che non può essere messo in discussione».

¹⁰ C. Murgia, *La giustizia politica in Italia ed in Francia*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 31 sottolinea che «la ragione principale del mantenimento di un filtro parlamentare sulla sorte dei procedimenti d'accusa promossi contro i ministri, sia quella di salvaguardare l'attività svolta dal governo per la tutela di valori costituzionali ritenuti essenziali o comunque rilevanti per l'interesse generale. Se dunque il risultato è che in tal modo viene tutelata anche la posizione del titolare dell'organo di governo, indubbiamente il fine precipuo di questo aspetto della giustizia politica è quello di sottrarre una condotta degli uffici governativi all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria ordinaria la quale potrebbe non avere titolo, né i mezzi necessari, per subordinare il

l'accertamento, cioè l'introduzione di scadenze estremamente brevi entro cui deve svolgersi il procedimento; esse si pongono quali suture della lesione inferta e rispondono alle esigenze riparatorie per l'allarme sociale suscitato da tali reati in misura maggiore che dai crimini in genere: ripristinare al più presto l'equilibrio turbato è necessità sentita sia dalla collettività che dalla compagine istituzionale.

Il *restyling*, arrivato non senza fatica, dopo una gestazione travagliata (durata ben tre legislature)¹¹, è figlia di esperienze di lunga durata e del generalizzato scontento (esplosivo agli inizi degli anni Novanta) sull'applicazione concreta dei sistemi allestiti in epoche precedenti e della loro assoluta inadeguatezza; degli stessi si auspicava il completo superamento avendo dato cattiva prova di sé in quanto si erano trasformati in una sorta di impunità relativa (connessa all'esercizio delle funzioni) per i membri del Governo dovuta alla particolare posizione dei soggetti. In altri termini, il bisogno di innovare rispetto al passato (dalle origini, transitando per il periodo statutario, sino ad arrivare alla Costituzione repubblicana contenente il vecchio *format* dell'art. 96 Cost.) si è manifestato in conseguenza delle disfunzioni cagionate, per un verso, da una regolamentazione tecnicamente difettosa, per un altro, da una sedimentata prassi che ha fatto registrare uno *hiatus* tra politica e legalità¹²: entrambe fuorvianti e capaci di falsare, se non ribaltare, la valenza della struttura procedurale ministeriale in una sorta di radicalizzata giurisdizione domestica dal ferreo tenore difensivo¹³.

Sulla scorta di questa presa d'atto, l'intenzione del legislatore del 1989 era costituita, non già dalla volontà di creare una garanzia *ad personam*, bensì dal far rientrare il meccanismo di responsabilità penale dei componenti l'Esecutivo nel circuito della legalità ordinaria¹⁴; abolito il foro speciale, si istituiva una apposita procedura differenziata in quanto tesa ad apprezzare la potenziale gittata politica dei reati ministeriali rispetto a quelli comuni. Si sono volute approntare una serie di norme destinate

suo giudizio appunto alla presenza di particolari condizioni che precludono il proseguimento dell'accusa». Gli si accoda, L. Carlassare, sub art. 1 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 480: «La forte spinta a non eliminare ogni [controllo] politico (...) è stata parzialmente neutralizzata. Infatti l'"autorizzazione"» ex art. 96 Cost. «ha caratteri del tutto peculiari che la rendono inassimilabile all'autorizzazione a procedere» di cui all'art. 68 Cost. «- la quale, disancorata da ogni parametro, avrebbe riprodotte identiche le distorsioni passate - in quanto può essere negata in un'unica ipotesi, indicata al 3° comma dell'art. 9» l. n. 1 del 1989 (...). L'A., peraltro, fa capire come «Bisogna distinguere: e soprattutto riconoscere che tra il piano dell'"ottimo" e quello del concretamente possibile corre un vallo non sempre interamente superabile» (p. 481). Oltretutto, è assolutamente estranea al nuovo sistema (che, invece, le restituisce dignità) una delibera parlamentare come quella del vecchio ordinamento «scaduta al basso livello di giudizio politico disancorato da qualsiasi parametro» (sempre p. 481).

¹¹ Spiega i motivi di questo sofferto cammino legislativo, L. Elia, *Per una giustizia sempre meno politica*, in *Civitas*, 1988, 3, pp. 7-12.

¹² Il lavoro non permette divagazioni sulle disarmonie vigenti sino al 1989. Si invita alla lettura di M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, 2014, 3, p. 9 ss. V., pure, tra i tanti, A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi d'accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 151 ss. Tuttavia, non si può non accennare al fatto che la "rivoluzione" del 1989 ha rappresentato una reazione al regime previgente nel quale si era diffusa la pratica, inesatta e deplorata da vari settori della cultura giuridica e dell'opinione pubblica, in forza della quale il potere di accusa del Parlamento era passato da "strumento di attacco" nei confronti del Governo a "meccanismo di difesa" dei singoli Ministri (impiegato, dunque, dalle forze politiche dominanti come mezzo di copertura delle responsabilità dei membri dell'Esecutivo, favorendone la sostanziale impunità). La filosofia dell'odierna disciplina è quella di contestare la logica difensiva che ha denotato l'inazione delle Camere e di aggrapparsi alla tendenza, forte, a trattare i Ministri alla stregua degli altri cittadini, senza vantaggi in materia penale e un'indebita protezione parlamentare.

¹³ Fa memoria delle ambiguità dell'istituto nel corso delle varie tipologie ordinamentali, L. Carlassare, *Il Consiglio dei ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 430 ss.

¹⁴ Parrebbe, d'immediato, che la singolarità della normativa del 1989 sia proprio l'attribuzione al giudice ordinario della competenza a giudicare i reati commessi dai Ministri, evidentemente ritenuti «reati sotto ogni aspetto comuni», salva, sempre, la facoltà, per le Camere, di denegare l'autorizzazione a procedere in presenza delle situazioni giustificatrici di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. V. E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 148 s. che, attesa tale considerazione, si interroga circa la valenza delle ipotesi scagionatrici ai fini della determinazione della categoria dei reati ministeriali: se esse modulino solo i casi in cui si applica la procedura derogatoria rispetto all'ordinario processo penale o se, viceversa, suffraghino una nuova e più ristretta concezione di reato ministeriale tale da giustificare, appunto, regole diversificate. E, in modo più stringente, se, nell'ambito di tutti gli illeciti, esista ancora un *quid* che circoscrive i reati dei membri del Governo oppure ogni distinzione è diventata vana stante l'esclusività della giurisdizione comune. A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri: disegno costituzionale e legge di riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 67 sostiene che «l'art. 96 ed il particolare procedimento che esso avvia (sia nel vecchio che nel nuovo regime) presentano una loro logica estensiva, la quale, pur se particolare, rispetto al generale principio di responsabilità, si protrae ad abbracciare tutti quei casi limite, nella zona grigia tra il reato propriamente politico, e quindi ministeriale, e quello comune, che ministeriale ai sensi e per gli effetti della disposizione costituzionale citata non sarebbe».

a contemperare la tutela della funzione di governo¹⁵ e l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge¹⁶ onde superare un assetto caratterizzato da potenziali insabbiamenti¹⁷.

La metamorfosi dei giudizi di accusa costituisce, dunque, il prodotto della convergenza di due opposte guide ispiratrici (più scoperta la prima, più sotterranea la seconda): a) affidare alla magistratura ordinaria il giudizio sui reati commessi dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni con la contestuale soppressione, come già visto, della competenza della Corte costituzionale; b) la convinzione della perdurante necessità di salvaguardare la posizione, diversificata, dei membri del Governo (sia mantenendo una fase parlamentare in veste di filtro rispetto all'esercizio dell'azione penale che potrebbe paralizzare l'accertamento¹⁸, sia derogando alle tradizionali norme sulla competenza)¹⁹.

Ad onor del vero, fin dalle prime battute, si percepisce che l'interpolazione, anche se conseguita attraverso la metodica della revisione costituzionale, è stata l'ennesimo ritocco di facciata: si presenta come esteriorizzazione di concezioni radicalmente differenti ed accompagnata da palesi incongruenze; si manifesta lacunosa e inefficace tanto da porre numerosi problemi in sede applicativa²⁰.

Inoltre, si è fatta la scelta, anziché di alleggerimento delle procedure, di percorrerne una con molti passaggi, senza cancellare, in via definitiva, un tratto riservato al Parlamento (momento dichiaratamente politico), con rilevante aggravio nella perseguibilità dell'illecito; opzione, che, non segnando l'uscita dall'ottica precedente, è contornata da un procedimento nel quale, essendo affidato il giudizio ad un tribunale ordinario, l'imputato ha il diritto di ricorrere ai diversi gradi di impugnazione.

Per questo, la letteratura ha figurato una interpretazione adeguatrice che possa valere ad eliminare oscurità e discrasie, al fine di dare alla nuova disciplina – nei limiti, s'intende, in cui ciò sia da ritenere consentito – una più rigorosa coerenza sistematica.

Gli obiettivi prefissati, peraltro, sono stati in gran parte elusi da una prammatica giurisprudenziale (lacerata da spaccature) che, attestatasi su una ermeneusi del dato positivo molto attenta alla semantica dello stesso e meno alla *ratio* o alla *voluntas legis*, ha, di fatto, creato per i reati ministeriali un regime meno garantito rispetto a quello per gli illeciti comuni e palesemente contrario ai principi ispiratori, alle peculiarità strutturali e funzionali del nuovo c.p.p. È accaduto, per esemplificare, che l'udienza preliminare è stata celebrata dal tribunale dei Ministri che, negli stessi procedimenti, ha svolto le indagini preliminari, nella maggioranza dei casi nella medesima composizione in cui aveva condotto le investigazioni.

Oltretutto, quelli in analisi, sono provvedimenti legislativi risalenti nel tempo, fossili legali che, quasi sempre intenti a vigilare su accuse pretestuose e vessatorie della magistratura in un ambiente di consolidato acutizzarsi di litigiosità con la politica, anziché valutare la ragion di Stato²¹, integrano un *passer-partout* per assicurare una vera e propria impunità. Gli strumenti di tutela più vistosi, infatti, sono le autorizzazioni a procedere e *ad acta* indispensabili nello svolgimento dei processi inerenti i reati ministeriali.

¹⁵ ... avente come obiettivo sempre e soltanto quello di rendere giustizia nella più scrupolosa obiettività e senza contaminazioni di natura politica; idea, questa, talora espressa in modo chiaro, altre volte commista ad elementi spuri, ma, certamente diffusa e ricorrente tanto da costituire il punto di convergenza tra interventi ispirati a requisiti differenti ovvero a posizioni politiche opposte.

¹⁶ F. Sorrentino, *Tra regola ed eccezione: eguaglianza e immunità*, in *Legislazione pen.*, 2012, p. 742 dice che, «mentre l'art. 68 Cost. protegge la persona del parlamentare contro azioni persecutorie, l'art. 96 Cost. [tutela] direttamente la funzione di governo, allorché essa sia volta a perseguire gli interessi dello Stato, e, in questo caso, ma solo in questo caso, consente la sottrazione dei componenti del governo all'azione della giustizia penale».

¹⁷ Appare, pertanto, più aderente alla realtà considerare l'istituto come una misura di tutela della funzione ministeriale, un bene che va messo al riparo da pericoli di persecuzioni avventate, ingiuste o comunque dannose per un ordinato e sereno svolgimento del ruolo. La stessa Corte costituzionale ebbe a dire che «si è voluto derogare alle norme comuni in ragione delle caratteristiche dei soggetti agenti titolari di supremi uffici politici dello Stato, oltre che della natura dei reati ministeriali e delle loro possibili conseguenze sul sistema, nel duplice intento di assicurare la più ampia tutela dell'ordinamento repubblicano e di garantire al tempo stesso la posizione e l'azione del Governo, oggettivamente considerato, prima ancora che le persone che di volta in volta lo compongono». C. cost., sent. 22 gennaio 1970, n. 6, in *Giur. cost.*, 1970, pt. I, p. 59.

¹⁸ Saremmo di fronte ad un'«immunità processuale funzionale»: G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 117.

¹⁹ Parla di «procedimento speciale nell'ambito della giurisdizione ordinaria» con scopi di «protezione della funzione di governo (...) prevedendo, altresì, cautele contro un uso politicamente mirato dell'azione penale contro i Ministri», A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 417.

²⁰ Per un'analisi degli aspetti di maggiore criticità di tale riforma, T.F. Giupponi, *Perseguibilità penale dei membri del governo*, in R. Orlandi-A. Puggiotto (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, 2005, p. 361 ss.

²¹ ... intesa in questa sede nella sua accezione letterale, ben lontana da concettualismi storico-filosofici o giuridico-costituzionali.

Esattamente, «la prima consiste in una sorta di nulla osta parlamentare a proseguire [l'accertamento] dopo che è stata svolta la fase preliminare di investigazioni» (l'indagato può essere processato solo con il benestare della Camera o del Senato); la «seconda, invece, concerne la possibilità per l'autorità giudiziaria di svolgere alcuni atti d'indagine e di porre in essere talune misure limitative della libertà personale»²².

Dietro questa autorizzazione, inoltre – ecco il profilo di interesse –, parrebbero, d'acchito, trovare copertura anche i compartecipi del Ministro in carica, come sembra, implicitamente, istando a qualche scorcio dell'apparato normativo²³: se il ramo del Parlamento, che deve pronunciarsi, negasse il lasciapassare per costui, dovrebbero, in linea teorica, uscire indenni dalla vicenda tutti i soggetti coinvolti. Ma – procedendo per cenni – se un blocco dell'accertamento può motivarsi per i componenti del Governo a fronte di una reiezione dell'autorizzazione a procedere, rientrando la condotta negli schemi delle figure giustificative dell'art. 96 Cost., esso, in ragione del principio di uguaglianza di tutti rispetto alla giurisdizione, parrebbe non trovare giustificazione per i concorrenti nei cui confronti la norma costituzionale, in astratto, non dovrebbe trovare applicazione.

Le assurdità tecniche della regolamentazione in parola sono anche altre: si spazia dall'assenza di un segreto investigativo (il principio "ordinario" è rovesciato: scoperto un ipotetico crimine, ne è data comunicazione immediata a tutti i sospettati), procedendo – la deviazione più vistosa dal processo di rito penale – per l'affidamento dell'inchiesta ad un collegio di tre magistrati (*vulgo*: tribunale dei Ministri²⁴) del distretto di corte d'appello competente *ratione loci*, estratti a sorte ogni due anni, che potrebbero non aver *mai svolto* in precedenza funzioni inquirenti, la brevità del segmento temporale stabilito per svolgere le indagini²⁵, l'inoppugnabilità dell'archiviazione, per culminare, come anticipato, con il benestare al processo che può essere negato – anche se il reato è provato – qualora l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse superiore dello Stato²⁶ e, non ultima, la sottigliezza della linea di confine (cosa sta al di qua e al di là di esso) tra i parametri cui il vaglio delle Camere è ricollegato²⁷; lasciandosi indietro una pluralità di sovra-quesiti la cui soluzione non è semplice: la bontà del riscato spazio concesso al procuratore della Repubblica, la idoneità a svolgere funzioni di giustizia penale del tribunale dei Ministri (che, tra l'altro, potrebbe scartare *de plano* l'ipotesi del carattere ministeriale dei reati e disporre che si proceda con il rito ordinario), la funzione del Parlamento e la natura dell'atto con cui si esprime (nonché delle figure giustificative che pondera), i suoi rapporti con il collegio e di questo con l'autorità giudiziaria ordinaria, la eventuale diluizione del principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.)²⁸. C'è infine un interrogativo affascinante, quanto complesso, da sciogliere: l'identificazione del reato ministeriale (se deve prevalerne una nozione ristretta ovvero più o meno dilatata) e chi debba qualificarlo. Domande tutte da affrontare in modo globale per fornire risposte coerenti nel rispetto dei principi sanciti nella Carta fondamentale.

Ecco che i condannati per fattispecie ministeriali, negli anni, sono stati pochissimi; la cronaca riporta (solo) di situazioni in cui l'Italia doveva dare responsi a scandali di portata internazionale, ovvero si stava cavalcando l'onda di tronconi d'inchiesta che hanno colpito interi settori della vita del Paese o, ci si occupava di vicende eclatanti. Per il resto, molti fascicoli sono stati "chiusi" sul nascere, su altri, quando il tribunale ha confermato qualche accusa, è intervenuto il Parlamento.

Nel frattempo, mentre in dottrina si sono levate molte voci critiche, sempre alla ricerca di un minimo di precisione concettuale e di argomentazioni logico-sistematiche, è avanzata, sino ad ergersi a colonna portante della materia, una giurisprudenza che, intrisa di supporti meramente apodittici o, comunque, aprioristici, si è faticato a sradicare.

²² «A quest'ultimo proposito, l'art. 10, 1° comma, l. Cost. n. 1 del 1989, menziona come atti che necessitano di previa autorizzazione del Parlamento misure limitative della libertà personale, intercettazioni telefoniche, sequestro, violazione di corrispondenza, perquisizioni personali o domiciliari»: M. Montagna, *Condizioni di procedibilità*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, vol. III, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 165.

²³ A seconda delle fattispecie criminose: imprenditori, burocrati, faccendieri, mafiosi etc.

²⁴ ...che ricorda la figura dei vecchi giudici istruttori.

²⁵ ...osteggiando attività complesse che richiedono tempi lunghi di espletamento come, ad esempio, le rogatorie.

²⁶ ... limite, questo, che, dovrebbe fungere da rete di protezione, ma che, forzando la mano, può risultare manovrabile con destrezza. Una sorta di "alibi politico" inattaccabile destinato a reggere anche senza presupposti.

²⁷ «sia pure sulla base di un apprezzamento politico, quella affidata all'Assemblea è la verifica di una situazione oggettiva, come è confermato dall'indifferenza per l'attualità della carica»: L. Carlassare, *sub art. 1 l. 16 gennaio 1989, n. 1*, cit., p. 483.

²⁸ Del resto, l'esercizio dell'azione penale viene compresso con il rischio che il tutto si risolva in un nulla di fatto.

Suonano, quanto mai attuali, le considerazioni di chi, a quindici anni dalla novella, affermava che «La pretesa dei politici inquisiti a ricevere un trattamento differenziato per il solo fatto di ricoprire (...) incarichi ministeriali, nonostante la nuova disciplina costituzionale, tuttora perdura come i casi recenti ampiamente dimostrano. L'interesse a spostare la competenza, invocando l'applicazione [di una procedura] differenziata – bloccando (...) indagini già iniziate – non è [quindi] cessato». Si auspica, peraltro, una «ulteriore e definitiva riforma costituzionale che elimini davvero, (...), qualsiasi distinzione fra [membri del Governo] e [individui senza cariche] di fronte alla responsabilità penale, distruggendo completamente quelle reti di protezione che si rivelano purtroppo, alla prova dei fatti, [immunità] assolutamente ingiustificat[e]»²⁹.

Le parole condensano l'esigenza, caldeggiata fin dai primi commentatori, di dare effettività al principio di parità di trattamento tra i singoli *ex art. 3 Cost.*; il che, risolverebbe, gradualmente, anche la problematica dei concorrenti (laici) nel reato del Ministro, parlamentari e individui comuni, lasciati nel protrarsi di uno sterile limbo. L'appianamento di quest'ultima, autentico *punctum dolens* nel settore, rappresenterebbe un altro dei tasselli di un mosaico che, pur da ritoccare, sembra (oramai) composto a grandi linee e un ottimo colpo d'ala a tutela della Carta fondamentale.

UN PUZZLE DA RICOMPORRE: IN COSTITUZIONE

Prima di addentrarsi nell'argomento specifico, giova ricostruire le dinamiche della procedura ministeriale nei suoi snodi principali, senza tralasciare cambiamenti di direzione dal tenore prettamente sostanziale da cui le prime non possono essere scisse³⁰.

L'*excursus*, costituzionalizzato in buona parte, si colloca al massimo gradino della gerarchia delle fonti; si articola in tre fasi: una preliminare (le indagini sul fatto e un primo vaglio sulla fondatezza delle accuse deferiti all'autorità giudiziaria per contrastare denunce temerarie e scongiurare l'innesto del segmento procedurale consecutivo quando *prima facie* ne risulti l'assoluta inutilità), l'altra parlamentare (con scopi garantistici)³¹ e, da ultimo, una successiva alla autorizzazione a procedere, se acconsentita. Il meccanismo assolve ad un triplice obiettivo: assicurare la posizione costituzionale dell'organo; salvaguardare la persona contro accuse avventate; consentire siano valutati, per dispensare l'autorizzazione a procedere, parametri dal contenuto eminentemente "politico". Finalità, queste, spalmate tra le pieghe di una strumentazione normativa, solo all'apparenza, analitica.

A livello sovraordinato, si prevede che, per quanto concerne i reati commessi nell'esercizio delle funzioni, il Presidente del Consiglio e i Ministri³², «anche se cessati dalla carica³³, sono sottoposti, (...), alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale» (art. 96 Cost.). Ne è conseguito l'affermarsi della cd. "giustizia penale comune" a discapito di quella "politica" (generatasi come *tertium genus* al di là dell'arido schematismo giurisdizione ordinaria-giurisdizione speciale) di cui viene decretata la fine. Permangono, ad ogni buon conto, parecchi elementi di specialità, come si evince dalla persistenza di uno

²⁹ L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., pp. 506-508.

³⁰ ... e con una innegabile consapevolezza: la «linea continua» che caratterizza l'impalcatura della Costituzione in materia di immunità, vede «la responsabilità come regola per tutti i soggetti che esercitano il potere, e l'irresponsabilità (variamente modulata) esclusivamente come garanzia di esercizio libero e indipendente della funzione nei limiti strettamente necessari a tale libero e indipendente esercizio»: L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in L. Carlassare (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, p. 20.

³¹ Come si vedrà, è un sindacato corazzato in quanto teso alla verifica dell'esistenza di uno dei criteri selettivi previsti dalla legge costituzionale (art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989) che, eccezionalmente, consente di negare l'autorizzazione a procedere contro il Ministro inquisito; si tratta di un controllo politico la cui discrezionalità permane, ma, a livello teorico, ne è stato delimitato il campo e precisato l'oggetto: non può rientrarvi qualunque cosa come, ad esempio, la sopravvivenza della maggioranza o degli equilibri esistenti tra i partiti, sfociando in arbitrio. Questo non impedisce che, in concreto, la delibera possa mostrarsi, anziché neutrale, solo di parvenza.

³² Nessuna distinzione è operata tra la figura del Presidente del Consiglio dei ministri e i singoli Ministri posti dalla legge costituzionale n. 1 del 1989 sullo stesso livello. Peraltro, non è dato intravedere la sorgente costituzionale di un qualsiasi distinguo tra la posizione dell'uno e degli altri.

³³ La locuzione «anche se cessati dalla carica» è legittimata dal fatto che le ripercussioni negative conseguenti alla notizia di un reato ministeriale si determinano, in pari misura, anche quando la permanenza in carica del Ministro sia ultimata.

stadio parlamentare autorizzatorio. Le originalità dell'odierno procedimento per reati ministeriali, in effetti, sono dovute al combinarsi di profili politico-costituzionali e processual-penalistici.

L'art. 96 Cost. è stato intaccato dalla l. 16 gennaio 1989, n. 1, veicolandolo alla menzionata formulazione, nel dichiarato scopo di riportare, nell'alveo dell'ordinario diritto processuale penale³⁴, l'accertamento a carico degli esponenti del Governo per i crimini posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni³⁵.

Prima del ripensamento della normativa, anche gli organi in questione, al pari di quanto è (tutt'ora) statuito per il Capo dello Stato (art. 90 Cost.), ove avessero compiuto crimini nello svolgimento dei loro compiti, dovevano essere collocati in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune e giudicati dalla Corte costituzionale con una tipologia accertativa che rivelava pecche e farraginosità³⁶.

Malgrado gli interventi normativi di adeguamento (per quanto massicci) e le precisazioni della giurisprudenza (non solo costituzionale) – delineata, nei suoi tratti essenziali, nel prosieguo – abbiano meglio scandito i requisiti d'innesto, i segmenti e i ruoli del procedimento ministeriale, residuano, *ictu oculi*, sbavature, prodotti di non agevole lettura e squarci di sistema. Non meno rilevante, sul versante degli effetti materiali dei correttivi, il fatto che i fini non solo non sono stati perseguiti del tutto, ma, talvolta, si mostrano persino divergenti.

Esiste quantomeno un punto fermo: già pacifici vigente l'originario disposto dell'art. 96 Cost.³⁷, oggi sembrano fuori dubbio il carattere penale degli illeciti ministeriali e la necessità di fare riferimento alla legislazione criminale comune. Ciò, come anticipato, alla luce della *ratio* complessiva della revisione costituzionale del 1989 che ha voluto normalizzare il perseguimento della responsabilità ministeriale, devolvendone la cognizione alla giurisdizione ordinaria.

³⁴ Le cose non stanno esattamente in questo modo. Il principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e alla giurisdizione, doveva essere temperato con quello costituzionale di garanzia delle funzioni di governo. Sotto tale ultimo angolo prospettico, l'impianto innovatore ha valorizzato il duplice versante della valutazione del ricorrere di motivi di opportunità politica o di ragioni di Stato tali da scongiurare la persecuzione penale, nonché dell'allestimento di cautele contro un uso politicamente mirato di accuse contro ministri (cd. *fumus persecutionis* che dovrebbe essere scongiurato dalla composizione e dalle attribuzioni del tribunale dei Ministri). Circa il primo profilo, spicca l'autorizzazione a procedere di una delle due Camere, sotto l'altro, è stato istituito il tribunale dei Ministri con criteri di mera casualità e di notevole professionalità e gli è stata affidata la conduzione dell'inchiesta e la funzione di giudice per le indagini preliminari. V. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 416 ss. In realtà, l'obiettivo di superare la procedura costituzionale nasceva pure dall'esigenza di assicurare, in caso di reati ministeriali, una pluralità di gradi di giudizio che essa non poteva garantire e dal bisogno di rimuovere l'immagine della Consulta quale organo dotato di un ruolo politico nell'ambito del giudizio sulla responsabilità penale dei governanti frutto anche della presenza di giudici aggregati nominati dal Parlamento (L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 466); si voleva, inoltre, eliminare il ruolo attivo svolto dal Parlamento e, in particolare, dalla Commissione inquirente. Lo stesso L. Elia, *Premessa*, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 467 significativamente annuncia: il procedimento per i reati ministeriali si caratterizza oggi per l'attribuzione, da un lato, ad una sezione specializzata della giurisdizione ordinaria dell'«accertamento dei comportamenti e della loro qualificazione» e, dall'altro, all'organo parlamentare della «valutazione di ipotesi giustificative».

³⁵ V. R. Aprati, *Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione" fra giudici ordinari e assemblee parlamentari*, in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2011, p. 2 che [nel richiamare G. Cernuto, *Il procedimento per i reati ministeriali*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, vol. VII, t. 2, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2011, p. 1391] sostiene che l'opera novellatrice del 1989 si è fatta «portavoce (...) della volontà popolare espressa dal referendum (...): era oramai necessario "il superamento degli aspetti di specialità che erano stati percepiti dal corpo elettorale come un privilegio, da risolvere attraverso l'equiparazione dei ministri agli altri cittadini ed il ripristino del controllo effettivo delle loro condotte"». Il risultato "politico" di tale chiamata al voto fu colto nella volontà del corpo elettorale di depolitizzare i giudizi sui reati ministeriali, a vantaggio di riforme maggiormente rispettose del principio di parità di trattamento.

³⁶ L'art. 2 della legge n. 1 del 1989, invece, ha inciso sull'art. 134, ultimo capoverso, Cost. (ove sono soppresse le parole "ed i Ministri") e 135, settimo comma, Cost. da cui è stata eliminata la locuzione "e contro i Ministri". Per completezza, merita ricordare che l'art. 12 del medesimo provvedimento ha statuito che nella legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 a) è soppresso ogni riferimento al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri ed è abrogata ogni disposizione relativa agli stessi, b) è annullato ogni disposto incompatibile con tale atto. Su quella che un tempo si denominava "giustizia politica", v. G. Zagrebelski, *Procedimento d'accusa*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 898 ss.

³⁷ Significativo lo studio di C. Taormina, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 117 che, occupandosi del progetto dell'art. 90 Cost. e della terminologia definitiva per esso scelta dal Costituente, onde definire gli illeciti ministeriali, sostiene che il loro assoggettamento alla stessa disciplina processuale prevista per quelli presidenziali, potrebbe voler significare che si è voluto puntare *ab initio* sulla natura penale anche dei primi piuttosto che su «un meccanismo diretto a garantire la possibilità di un controllo costituzionale sulle responsabilità politiche degli organi posti al vertice dell'organizzazione statale, lasciando al regime ordinario il controllo su quelle penali, fossero o meno concorrenti con le prime».

(SEGUE:) QUESTIONI INSOLUTE

Permangono fratture in merito ad alcuni profili, in ragione del fatto che, pur essendo mutata la normativa procedurale nel 1989, gli aspetti di sostanza restano, tuttora, pressoché impregiudicati e bisognosi di chiarificazione.

La riforma dell'accusa parlamentare, se ha introdotto innovazioni di notevole entità, non ha disegnato la cerchia delle fattispecie penalmente illecite ascrivibili al Ministro a titolo di reato ministeriale. Per quanto attiene le contravvenzioni e i delitti colposi, che rientrano nella classica definizione di reato, in linea di massima, ne andrebbero emarginati, poiché mostrano una scarsa gravità offensiva; nondimeno, sarebbe più opportuno non inserire preclusioni e decidere in merito al caso concreto: anche le infrazioni di minore allarme sociale, ove commesse da un componente dell'Esecutivo, potrebbero richiedere l'intervento della giurisdizione speciale. Senza scomodare le esegesi che non si fermano al crudo testo del dato positivo, basta volgere lo sguardo all'aggiunta effettuata dalla metamorfosi del 1989 nell'art. 96 Cost., vale a dire l'incastro dell'articolo «i» davanti al termine «reati», per essere autorizzati a credere in un cedimento delle maglie della nozione di crimine ministeriale a tutti i comportamenti tenuti dal Ministro nello svolgimento del ruolo³⁸. Oltretutto, l'ermeneusi prescelta pare distinguersi in un'ottica di ragionevolezza e garantisce, in maggior misura, l'uguaglianza di trattamento di fronte alla giurisdizione, non solo tra Ministri e compartecipi parlamentari e/o laici, ma anche di questi ultimi rispetto agli altri cittadini comuni.

Non sfugge, in secondo luogo, l'incertezza della dizione testuale «reati commessi nell'esercizio delle funzioni» o, tentando di gestire un ragionamento di più ampio respiro, «reati ministeriali»³⁹.

Si tratta, del resto, oltre che della scomoda eredità derivante dalle antiche disposizioni statutarie, incapaci di fornire i mezzi per risolvere l'annosa disputa all'epoca generatasi tra fautori della dottrina del diritto penale comune e sostenitori della teoria costituzionalistica –, pioniera di tutte le disamine volte a gettare luce su uno dei capisaldi della materia –, di un vero convitato di pietra per l'imprevedibilità della sua portata. La questione di *routine* che divideva la dottrina asfittica dell'epoca statutaria era se i reati ministeriali fossero quelli previsti dal codice penale o, al contrario, andassero individuati in fattispecie corrispondenti ad accadimenti non ipotizzati – e non ipotizzabili – dalla legislazione. Proprio in questa caratteristica di configurarsi solo in relazione allo svolgimento del potere governativo o, meglio, di un *mauvais usage d'un pouvoir autorisé par la loi* e, quindi, di costituire figure sconosciute al diritto penale comune, risiedeva secondo alcuni anche la ragione della loro sottrazione alla competenza dell'autorità giudiziaria e dell'affidamento all'organo rappresentativo, cioè ad un sindacato politico discrezionale.

La traduzione tecnico-scientifica di un concetto di illecito ministeriale, invece, risalta anche allo scopo: a) di superare recisamente l'antinomia, dai contorni e dai contenuti assai vaghi, registrata sia nel previgente che nell'attuale sistema (e spesso correlata soltanto a diverse visioni politiche dei rapporti tra potere esecutivo e giudiziario), tra i fautori di un'ermeneusi estensiva della medesima locuzione e coloro che, viceversa, contrappongono una opposta visione interpretativa⁴⁰; b) di addivenire a delle direttrici generali nella realtà operativa.

Così, attorno alla nozione di reato ministeriale si sono concentrate varie letture non sempre contras-

³⁸ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1134; G. Scarlato, *I reati ministeriali*, cit., p. 86; Id., *Reati ministeriali*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 2 (gli A.A. sostengono – ed è pienamente condivisibile – l'inclusione nel novero dei reati di cui all'art. 96 Cost. anche delle contravvenzioni e dei delitti colposi. Scarlato, in particolare, afferma che «ogni qualvolta il Legislatore abbia adottato il termine "reati" abbia inteso recepirlo nella propria accezione onnicomprensiva ed è, dunque, inevitabile interpretare estensivamente il sostantivo anche nella disposizione di cui all'art. 96 Cost. Ciò induce a trarre un'ovvia conclusione: il Costituente, prescindendo da qualsivoglia gerarchia tra gli illeciti penali, ha ritenuto opportuno prefigurare il procedimento d'accusa a fronte di ogni fattispecie penalmente rilevante che, dal collegamento con l'esercizio di funzioni ministeriali, ricavi quell'importanza tutta particolare già precedentemente sottolineata». Conf. F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 1027. *Contra*, A. Pizzorusso, *I reati ministeriali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, p. 1715: la cognizione parlamentare non si allarga a tutte le categorie di reati, bensì solo alcuni, «quelli aventi carattere politico»).

³⁹ L'aver posto l'accento, per quanto fuori misura, sulla componente politica dei reati ministeriali, in ogni caso, costituisce un prezioso spunto per incanalare l'indagine delle Camere, nella fase parlamentare, nella giusta direzione.

⁴⁰ A tal proposito, v. L. Ciuffoli, *I reati ministeriali*, in *Giust. pen.*, 1995, pt. II, c. 313 secondo cui «in merito alla tesi della rilevanza politica come criterio discriminatore dei reati ministeriali, la nuova disciplina non pare contraddirne le conclusioni ma, al contrario, ne convalida certi aspetti».

segnate dalla dovuta aderenza al testo normativo.

È spettato alla Corte di cassazione tentare di superare gli ostacoli, circoscrivendo, a più riprese, il contenuto della locuzione e sperimentando un distinguo di genere tra natura “ministeriale” e “comune” del fatto contestato. Non si dovrebbe errare nel sostenere che è questa la teoria che ha dimostrato maggior vitalità nel tempo. Al riguardo, si è sostenuto che connota la categoria “reati ministeriali” «la particolare qualificazione giuridica soggettiva dell'autore del reato nel momento in cui questo è commesso e il rapporto di connessione fra la condotta integratrice dell'illecito e le funzioni esercitate dal ministro, [legame] che sussiste tutte le volte in cui l'atto o [il comportamento] siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto» (*dunque*: nesso oggettivo e strumentale). Di conseguenza, non vanno annoverate come tali quelle fattispecie «in cui sia ravvisabile [una mera relazione] di occasionalità tra la condotta illecita del ministro e l'esercizio [dei propri compiti], ma anche che non siano richiesti ulteriori requisiti per l'esistenza di tali reati, quali l'abuso delle funzioni o dei poteri o la violazione dei doveri di ufficio»⁴¹.

Il rigore del principio giurisprudenziale è sterilizzato dalle macroscopiche discordanze tra gli interpreti. Costoro, impegnati a superare gli intralci frapposti all'attività dell'Esecutivo derivanti dalla cattiva gestione di episodi aventi rilevanza accidentale – poiché appartenenti alla sintomatologia del mal costume politico –, e, per questo, da affrancare da qualsivoglia sanzione penale, azzardano a riempire la nozione *ex art. 96 Cost.* mediante l'elaborazione di opinioni tra le più disparate, riducibili, in linea di massima, guardando anche al retroterra storico, a due filoni: tesi funzionale e tesi politica⁴².

La prima crede nella sufficienza di un nesso di occasionalità necessaria con qualsiasi funzione mini-

⁴¹ Cfr. Cass., sez. VI, 20 maggio 1998, n. 8854, in *CED Cass.*, n. 264271 (nell'occasione, è stata ritenuta insussistente la qualificazione di reato ministeriale nella ipotesi di corruzione, commessa dal ministro in concorso con un pubblico ufficiale – *intra-neus* –, attinente l'aggiudicazione di lavori pubblici stradali, dietro compensi illeciti, al di fuori di qualsiasi titolo ad intervenire da parte del Ministro, per la sua specifica funzione, sugli appalti relativi). Similmente, Cass., sez. V, 18 giugno 2014, n. 34546 tratta dalla Banca dati *De Jure*; implicitamente, Cass., sez. I, 22 maggio 2008, n. 28866, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2519 (: per aversi la competenza del tribunale dei ministri occorre che gli atti ricevuti dal pubblico ministero «consentano di ipotizzare un reato e di accostarne la commissione alle persone e alle funzioni di cui all'art. 96 Cost.») e Cass., sez. IV, 30 luglio 1998, n. 762, in *Studium iuris*, 1999, 3, p. 331 s. (: «Devono intendersi “reati ministeriali” ai sensi dell'art. 96 Cost., e pertanto soggetti alla competenza del Tribunale dei ministri, tutte le ipotesi di reato, realizzate da chi ricopre la qualifica di ministro, nelle quali l'atto o la condotta incriminata siano comunque riferibili alla competenza funzionale dell'autore del fatto. È soltanto il rapporto oggettivo e strumentale con l'esercizio delle funzioni, e non un nesso di mera occasionalità, il criterio utilizzabile per la determinazione della categoria dei reati ministeriali») con una nota bibliografica, che irradia i singoli temi della decisione, di F. Bassetto. La Suprema corte è orientata nel senso che il reato ministeriale non sta necessariamente nella strumentalizzazione illecita di atti tipici e formalizzati dell'ufficio di Ministro; ma richiede pur sempre che la condotta delittuosa attenga al novero delle attività che, in concreto, la persona del componente l'Esecutivo svolga nell'espletamento dei suoi compiti istituzionali. Molto vicina al principio solidificato dalla giurisprudenza qui elencata, è l'opinione di M. Cerase, *Camere e reati ministeriali: la Corte costituzionale si pronunzia* / Parliamentary and ministerial offenses: the Constitutional court Rules, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2841: «per esservi reato ministeriale occorre ravvisare nel fatto penalmente illecito un nesso oggettivo di collegamento, non meramente cronologico e personale, con le funzioni esercitate». L'A. completa la teoria della Cassazione asserendo che, nell'ottica, «per la ricognizione del perimetro delle funzioni ministeriali, saranno di rilievo le disposizioni della Costituzione (...); le disposizioni di legge; le deleghe concretamente assegnate al Capo del governo a ciascun Ministro all'atto dell'insediamento e che generalmente risultano dai decreti pubblicati nella *Gazzetta Ufficiale*, ecc.».

⁴² La rielaborazione delle singole correnti dottrinali è rintracciabile, fra l'altro, nel contributo di M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, in *Nomos*, 2014, 3, p. 2 ss. e L. Ciuffoli, *I reati ministeriali*, cit., cc. 301 ss. Tale ultimo A., peraltro, si distingue nel panorama dottrinale per le considerazioni di cui riempie la nozione di reato ministeriale e la relativa procedura: «(...) il rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni, che costituisce l'equilibrio socio-politico posto a fondamento del vivere comune, risente, seppure in maniera indiretta, di ogni illecito commesso dal ministro, a prescindere completamente dalle circostanze in cui si sia verificato: in ciò risiede l'essenza della rilevanza politica della condotta illecita del ministro. In tal senso si rende necessario il singolare procedimento previsto per il perseguimento dei reati ministeriali: dato che la condotta illecita del ministro presenta le ripercussioni (...) a livello politico e istituzionale, è opportuno affidare il relativo giudizio a organi diversi dal giudice ordinario, il quale, nell'affrontarlo, incontrerebbe non poche difficoltà, essendo vincolato alle sole leggi positive. Si è perciò preferito investire di tale giudizio il Parlamento, organo politico per antonomasia, il quale è apparso perfettamente in grado di compiere valutazioni che tengano conto dei riflessi socio-politici dell'atto, e di ponderare l'opportunità di non perseguire il ministro qualora [le] valutazioni effettuate [rivelino] che l'atto inquisito, sebbene penalmente illecito, sia stato posto in essere in vista del perseguimento di più alti interessi nazionali. In tali [ipotesi], infatti, ove risultasse che il ministro abbia agito illecitamente in vista della salvaguardia di interessi superiori, verrebbero *ipso facto* a mancare i presupposti (allarme sociale e pubblico scandalo) dell'incriminabilità della condotta inquisita».

steriale, anche solo amministrativa⁴³; la seconda esige che nella condotta, la quale concretizza il fatto-reato, sia presente un certo tasso di scelta politica⁴⁴. Detto altrimenti, su di un versante, vi è chi riconduce gli illeciti ministeriali a quelli di stampo funzionale ricomprendendovi le condotte annodate, a vario titolo, ai compiti istituzionali; sull'altro, coloro che esigono, oltre a tale aspetto, l'esistenza di una finalità oggettivamente o soggettivamente politica quale *quid pluris* che qualifica tali crimini. Ma entrambi gli indirizzi hanno il pregio di non essersi resi responsabili di inaccettabili devianze, sostenendo che il reato ministeriale è consumato per il solo fatto di essere componenti dell'Esecutivo: la procedura inescata dall'art. 96 Cost. è pur sempre stabilita *propter rem* e non *propter personam*.

Un primo indirizzo, con un notevole impegno analitico, eleva a perno della qualificazione del reato ministeriale la corretta interpretazione dell'inciso «commessi nell'esercizio delle loro funzioni», presente sia nella vecchia che nella nuova versione del disposto costituzionale dell'art. 96 Cost.⁴⁵.

Ad esso appartiene la teoria della cd. «contestualità cronologica» che, cedendo alla tentazione di operare un esame della menzionata asserzione all'interno di vari articoli del codice penale, coglie l'elemento determinante la ministerialità del reato nella sincronia tra l'espletamento del ruolo istituzionale e la condotta illecita, all'infuori che questa sia integrata da un atto d'ufficio o privato, rilevando la sola correlazione temporale con la funzione ricoperta⁴⁶.

Sulla scia dell'orientamento che erge il reato ministeriale ad illecito penale di carattere funzionale, ma senza supinamente e universalmente allinearvisi, si sedimentano i convincimenti di coloro che rico-

⁴³ V. T.F. Giupponi, *Le immunità della politica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 258.

⁴⁴ Primo fra tutti, V. Gianturco, *I giudizi penali della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 69.

⁴⁵ Il previgente testo dell'art. 96 Cost. recitava: «Il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Ministri sono posti in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni». L'omissione dell'articolo «i» prima della parola «reati», come visto, era stata intesa da alcuni commentatori nel senso di doversi discernere condotte delittuose da sottoporre alla giurisdizione costituzionale, da altre rientranti nella giurisdizione ordinaria. In argomento, v., tra i tanti, M. Angelini, *Rilievi sui reati ministeriali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 638. L'A., a fronte della presenza dell'articolo «i» davanti alla parola reati, nell'odierno testo dell'art. 96 Cost., scrive: «Stando alla lettera non ci sarebbe dubbio che questa volta *tutti indistintamente* i reati, comprese anche le contravvenzioni ed i delitti colposi, a prescindere dalla loro rilevanza politica, dovrebbero essere rimessi alla conoscenza del Tribunale dei ministri. Senonché l'assurdità di siffatte conseguenze urta con il senso giuridico e con l'intenzione del legislatore. (...) il Parlamento sta di fatto che ha dato una interpretazione dell'art. 96 cost. non conforme alla lettera ed ha quindi ammesso la possibilità che un reato commesso da un ministro possa essere giudicato dal Tribunale ordinario. In tal modo si ricrea la distinzione che sotto la precedente versione dell'art. 96 appariva ineludibile». Dunque, «si può tranquillamente confermare che anche dopo la riforma costituzionale il dibattito precedentemente svoltosi sulla categoria dei reati ministeriali mantiene intatto il proprio valore. Si può quindi ribadire che anche nella nuova formulazione dell'art. 96 cost. la ragion d'esser della speciale procedura *ivi* prevista per (...) il giudizio per i reati commessi dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni va ricercata nella rilevanza politica, cioè nell'allarme sociale suscitato dalla condotta criminosa posta in essere dal Ministro» (Di diverso avviso, parrebbe G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., p. 1145).

Un'esegesi di questo tipo che riconosce il primato alla politicità del comportamento dei membri del Governo, tanto da giustificare un procedimento anomalo per il loro accertamento, crea non pochi dubbi sulla posizione dei compartecipi sia sulla possibile estensione, nei loro confronti, dell'autorizzazione a procedere, sia sull'opportunità di una loro sottoposizione ad una procedura che si discosta, in modo significativo, da quella consueta che gli riserverebbe un portato garantistico maggiore.

⁴⁶ Tra gli altri, F. Chiarotti, *La giurisdizione penale della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale*, Roma, 1958, p. 543 (per il quale – p. 902 ss. – la connessione in esame configura un particolare parametro per l'esercizio di un potere discrezionale attribuito al giudice dall'art. 133 c.p.); E. Lignola, *Note in tema di responsabilità del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1960, p. 415 ss. Esprimono criticità molti interpreti: «Non sembra, anzitutto, esatto che nel codice penale la locuzione in esame denoti sempre un rapporto di mera coincidenza temporale e non esprima anche l'idea di una condizionalità strumentale tra l'esercizio in senso generico delle funzioni e la condotta lesiva. Sovente, infatti, la norma in tanto fa di tale requisito un elemento costitutivo del particolare reato, in quanto l'esercizio delle funzioni conferisce all'agente un mezzo lesivo tipico, se non altro come condizione di vantaggio rispetto alla realizzazione dell'offesa». In tal senso, G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., 1136 il quale conclude «Tuttavia, anche così ridimensionata, la nozione offerta (...) non appare idonea a connotare il reato ministeriale. Essa non ricomprende nella dizione dell'art. 96 cost. reati tradizionalmente ministeriali quali, ad esempio, la concussione o la corruzione, ben potendo i fatti descritti dagli artt. 317-319 c.p. essere consumati presso la dimora privata del ministro, senza contestualità cronologica, con l'attività funzionale. Mentre, d'altra parte, non assume carattere ministeriale, per la sola ragione di essere commesso in un rapporto di coincidenza temporale con l'esercizio delle funzioni, l'omicidio colposo compiuto dal ministro nella persona di un suo dipendente, per motivi del tutto personali». Altresì, G. Scarlato, *Reati ministeriali*, cit., p. 2 ritenendo che tale corrente interpretativa sia, al contempo, eccessivamente restrittiva e troppo estensiva nelle sue conseguenze logiche: «Una coerente logica deduttiva perverrebbe dalle sue premesse alla conclusione, palesamente ridicola, di attribuire il crisma della ministerialità al reato di violenza carnale consumato dal ministro all'interno del suo ufficio ai danni di una signora che stava ricevendo, per il solo fatto che il crimine si è svolto in cronologica correlazione con l'esercizio delle funzioni». Qualche anno prima, v. lo stesso A. in *I reati ministeriali*, cit., p. 90.

noscono centralità, quale criterio definitorio, all'abuso dell'esercizio dei compiti in connessione causale con l'attività ministeriale⁴⁷ e, percorrendo questa strada, considerano ministeriale il crimine compiuto dal Ministro con abuso «della carica che ricopre e dell'autorità e del potere che essa gli conferisce»⁴⁸, ovvero mediante «un non retto uso dei propri poteri nell'ambito della sua competenza»⁴⁹.

C'è, poi, chi definisce, *tout court*, le fattispecie di cui all'art. 96 Cost. come reati posti in essere «più che nell'esercizio delle pubbliche funzioni, grazie alla presenza di quelle funzioni»⁵⁰; considera illeciti dei Ministri quelli «[eseguiti] a causa o in occasione delle attività ministeriali [oppure] in connessione con esse, nonché (...) i reati previsti per tutti coloro che esercitano funzioni o servizi pubblici: quelli, quindi, che non potrebbero essere perpetrati se non ricoprendo la carica di Ministro e che i cittadini come tali non sarebbero in grado di compiere»⁵¹.

Si allinea a queste tesi taluno che, diluendo il collegamento causale che il reato deve avere con l'esercizio delle funzioni ministeriali perché possa e debba operare l'impalcatura speciale, discorre, con una certa superficialità, di legame «occasionale» (contestualità cronologica, comunque avvalendosi della posizione occupata e traendone profitto); cosicché, «[si palesa] l'opportunità di un filtro parlamentare idoneo a coprire tutte le ipotesi in cui la funzione esercitata ha svolto, in fatto, un ruolo determinante, in tutte queste ipotesi potendo ricorrere la causa di giustificazione della *salus rei publicae* (e dovendo la fattispecie esser individuata avuto riguardo alla *ratio* che la governa)»⁵².

Ma interpretazioni a tutto tondo del disposto costituzionale *ex art. 96* che accantonano l'indispensabile riferimento alle nozioni penalistiche, risultano tanto indeterminate e generiche da comportare un'identificazione piuttosto arbitraria del reato ministeriale⁵³.

Prendendo il via da tale ultima annotazione, si offre una ricostruzione degli illeciti *ex art. 96 Cost.* traendo i criteri distintivi fondamentali dalle norme codicistiche: a fronte della titolarità di pubbliche funzioni in capo al Ministro, sono da considerarsi ministeriali «i reati in cui la qualità soggettiva di pubblico ufficiale assume, secondo i casi, rilevanza costitutiva o modificativa della punibilità» (*rectius*, si versa nel circuito delle circostanze aggravanti)⁵⁴: «La ricerca di un criterio idoneo a ricomprendere entrambe

⁴⁷ La direttrice è stata accennata da G. Leone, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1956, p. 555. Biasima l'assunto G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., p. 1135. L'A., compiendo un tentativo ermeneutico volto a dipanare l'enigma adombrato dalla scarsa formula di cui all'art. 96 Cost., infatti, con acume e rigore, sostiene che «Il criterio appare sostanzialmente esatto ma insufficiente. Anche inteso nel senso più ampio, in termini di diritto positivo, al modo in cui la dottrina interpreta [il costrutto] "abuso delle funzioni" nell'art. 317 c.p. (ricomprendendovi [...] tutti i casi in cui si riveli l'intenzione del pubblico ufficiale di deviare il potere dalla sua causa tipica), esso lascia fuori dell'ambito dell'art. 96 cost. l'abuso della qualità o della posizione, di cui allo stesso art. 317 c.p., in cui manca anche la sola prospettazione di un deviato od omesso esercizio funzionale e che si pone come mera violazione del dovere (...)».

⁴⁸ O. Ranelletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Milano, Giuffrè, 1949, p. 117.

⁴⁹ L. Petri, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 49.

⁵⁰ P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1991, p. 215. V., inoltre, la fugace proposizione esplicativa di G. Baladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 313: le fattispecie criminose devono venire poste in essere in dipendenza e comunque in connessione con la carica rivestita.

⁵¹ F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, cit., p. 1026. L'A. altrove (p. 1016) disegna il reato ministeriale anche come quello commesso «dal Ministro in quanto tale, cioè traendo profitto dalla posizione occupata».

⁵² A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 6: un «criterio di "occasionalità necessaria", (...), sarebbe, a nostro avviso, adeguato».

⁵³ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., p. 1135.

⁵⁴ Il profilo è ben inquadrato da G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., pp. 1136-1138 cui si rimanda per l'approfondimento non senza aver precisato che, a mente dell'A., la Carta fondamentale ha inteso condannare tutte le fattispecie criminose ministeriali caratterizzate dalla lesione dell'interesse dello Stato alla probità e correttezza della condotta del Ministro quale pubblico ufficiale. Vi aderisce G. Zagrebelsky, *Procedimento d'accusa*, cit., p. 907 il quale, riassunto il duplice requisito dei reati ministeriali, soggettivo (qualifica dell'autore) e materiale (effettiva esistenza di un illecito non bastando la violazione dei doveri costituzionali) e chiarito che la fattispecie penale può essere integrata da atti che non coincidono con l'estrinsecazione di una funzione pubblica e che, quindi, dovrebbero assurgere a "privati" (in contrasto, tuttavia, con i doveri del governante), considera, con sagacia, «adeguata» la seguente formula definitoria di crimini ministeriali: tali sono quelli «che possono compiersi solo da chi è ministro e perché è ministro». Sembrerebbe pure C. Taormina, *Procedimenti e giudizi d'accusa*, cit., p. 158 ss. (L'A. parte dalla considerazione per cui l'art. 96 Cost. e il 2° comma dell'art. 15 della l. cost. n. 1 del 1953 parrebbero «deporre per la necessità di far capo alla legge penale comune per l'individuazione delle singole fattispecie, dalle quali si differenzerebbero per l'esigenza di integrazione nell'esercizio delle funzioni di Ministro. Tuttavia, già il disposto del predetto art. 15, secondo il quale per casi di eccezionale gravità del reato è consentito l'aumento della pena fino al terzo, andando anche oltre il massimo, poteva

le ipotesi ha poi condotto al richiamo della norma di diritto penale generale, che prevede come circo-

far sorgere notevoli perplessità sulla giustezza di tale impostazione». Pertanto, egli, procedendo per passi e accantonando le varie teorie diffuse intorno alla problematica, trae alcune conseguenze. Occorre «uno stacco netto dalle fattispecie di diritto comune, dovendosi far capo all'esercizio delle funzioni di Ministro in quanto tale e non semplicemente come pubblico ufficiale. In secondo luogo, la rilevanza, ai fini dell'integrazione dei reati ministeriali, dei soli comportamenti realizzabili con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti esclusivamente alle funzioni predette e quindi inscindibili dalla qualità di Ministro. Infine, la necessità di far riferimento alle sole norme costituzionali, discendendo da esse la posizione dei Ministri nella organizzazione dello Stato ed i poteri loro spettanti, onde determinare, *a contrario*, il tipo di abusi che possono indurre il reato ministeriale. (...) In questa ottica di recupero di reati ministeriali alla dimensione costituzionale fino al punto da farne [balzare agli occhi] la configurazione, al pari di quelli presidenziali, di reati esclusivi e non semplicemente propri, cambia l'obiettivo della selezione, da operarsi in base al carattere politico dei reati medesimi». Tuttavia, la qualificazione di reati ministeriali a norma dell'art. 96 Cost. abbisogna che «il reato politico si sostanzia di un comportamento che sia [segno] di abuso del potere di formazione ed attuazione della politica generale dello Stato». Concludendo: «(...) può sinteticamente dirsi che il reato deve considerarsi ministeriale solo in quanto leda interessi politico-costituzionali, abusando del predetto potere politico» e chiarendo ulteriormente, la ministerialità esige che «la lesione di interessi politico-costituzionali dello Stato sia commessa attraverso abuso del potere di direzione, formazione o attuazione della politica generale dello Stato ma con la integrazione di fattispecie di diritto comune». Sono state mosse obiezioni: in primo luogo, l'improprietà di un procedimento esecutivo che scruta la disposizione costituzionale dell'art. 96 Cost., muovendo da una norma primaria in materia di aggravanti penali (L. Carlassare, *Reato ministeriale e funzione del Parlamento nel procedimento d'accusa*, cit., p. 269 s. L'A. ritiene di partire, anziché dall'art. 61 n. 9 c.p., «dalla ricostruzione del delitto di infedeltà caratterizzato da una condotta consistente nell'abuso di potere o nella violazione del dovere collegati all'ufficio», in modo tale che, «individuata l'essenza comune di questi reati nella violazione del dovere di fedeltà», si possa inquadrare il procedimento per i reati ministeriali in un'ottica di ripristino «del rapporto fiduciario tra governanti e governati»). Per altro verso, si è asserito che l'estensione della qualificazione di reato ministeriale a tutte le fattispecie criminali in cui il pubblico ufficiale è soggetto agente, comporti un'assimilazione troppo vaga tra la figura del Ministro e quella del pubblico funzionario, «il cui contrasto con la *ratio* della norma costituzionale è palmarmente ravvisabile» (V. G. Scarlato, *Reati ministeriali*, cit., p. 3). Conf. M. Angelini, *Rilievi sui reati ministeriali*, cit., p. 632 ss.: «(...) La posizione di un Ministro e ancora più del Presidente del Consiglio, come massimi rappresentanti del potere esecutivo, per le vaste implicazioni politiche comportate dalla loro "carica", non può essere "deflazionata" sino al punto da venire identificata con la mera qualifica giuridica del pubblico ufficiale. Assieme alla pur rilevante funzione di capo di un ramo della Pubblica Amministrazione, le attribuzioni ministeriali comportano al tempo stesso anche il concorso alla diretta determinazione dell'indirizzo politico generale dello Stato. L'attività pertinente a un Ministro come capo di un dicastero non può ridursi a mera produzione di atti autoritativi e certificativi; esso è un organo eminentemente politico il cui compito è quello di conseguire la piena sintonia tra l'attività della Pubblica Amministrazione e l'indirizzo politico generale. Solo ponendoci in [questa prospettiva] è possibile giustificare una procedura particolare come quella prevista per la messa in stato di accusa dei ministri. Diversamente si avrebbe un'immotivata disparità di trattamento rispetto agli altri pubblici ufficiali. (...) L'A., nel contestare la tesi di cui si è dato conto, continua sostenendo che essa, se per un verso è «eccessivamente restrittiva», per l'altro, è «indubbiamente troppo estensiva». Difatti, ponderato il testo dell'art. 96 Cost., «Tutto induce a ritenere (...), *in modo tassativo*, che ai fini della procedura speciale devono rilevare solo certi tipi di reato, e precisamente quelli dotati di un particolare crisma, in specie del "crisma della ministerialità", in virtù cioè della suprema rilevanza politica dell'organo. (...) Una corretta discriminazione deve invece basarsi (...) sulla rilevanza politica del fatto criminoso, con la conseguente esclusione di tutti quei reati, come la stragrande parte delle contravvenzioni, dei delitti colposi, nonché dei delitti in fase di depenalizzazione, che nel tempo hanno perso la loro carica di allarme sociale, la cui commissione non suscita pubblico scandalo. Solo così si può evitare l'eccesso di consequenzialità di mettere in moto un meccanismo che, per l'estrema gravità del procedimento e del giudizio di accusa ed il suo elevato costo politico ed istituzionale, mal si concilia con lo scarso, per non dire nullo, rilievo delle infrazioni minori»). Con alle fondamenta questo ragionamento, l'A. fornisce una definizione molto categorica di reati ministeriali: «sono quelli previsti dal codice e dalla legislazione penale e non vanno pertanto individuati in fattispecie corrispondenti a comportamenti non ipotizzabili dal diritto positivo». Sempre G. Scarlato, *I reati ministeriali*, cit., p. 94 s. contesta: «La tesi [del Di Raimo] (...) risulta manifestamente inadeguata, laddove identifica i reati ministeriali nelle fattispecie criminose commesse dal membro del governo come pubblico ufficiale. Tale criterio, infatti, risulta eccessivamente ampio, (...). Orbene, appare del tutto evidente l'illogicità di una simile conseguenza, che viene indubbiamente a confliggere con la *ratio* della disposizione costituzionale. Infatti il testo normativo, nel fare riferimento all'esercizio delle funzioni, intendeva indicare il complesso delle attribuzioni peculiari e specifiche del ministro e non anche tutto il settore di attività correlativo alla qualifica di pubblico ufficiale. In verità, la speciale prerogativa di foro è determinata in gran parte dalla rilevanza politica del crimine e, se è vero che il fatto stesso di essere stato compiuto da un membro del Governo fa sì che il reato non passi, politicamente parlando, inosservato, è anche vero che la fattispecie criminosa riceve l'impronta politicamente più caratterizzante dalla sua correlazione con le tipiche funzioni ministeriali. Alla luce dei rilievi proposti appare giuridicamente razionale e plausibile un'interpretazione del dettato costituzionale, che identifichi i reati ministeriali nelle fattispecie criminose contrassegnate dall'abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri *specifici* del ministro. (...) (...) può ulteriormente chiarirsi la reale configurazione del reato ministeriale, osservando che esso deve inerire strutturalmente allo svolgimento delle mansioni specifiche di ministro e non collegarsi ad esse attraverso un mero rapporto di occasionalità, di cronologica contestualità, di caratterizzazione modale. L'esercizio delle funzioni non deve, insomma, essere lo sfondo sul quale si svolge l'atto criminoso, ma deve appartenere saldamente alla struttura operativa che integra gli estremi della fattispecie di reato. (...)». Oltretutto, si pone «in tutta evidenza l'opportunità di un'interpretazione estensiva della formula costituzionale, tale da ricomprendere anche le fattispecie criminose *commesse* all'esercizio delle funzioni (...)».

stanza aggravante comune “l’aver commesso il fatto con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione” (art. 61, n. 9, c.p.), così da concludere che reato ministeriale sarebbe quello commesso dal ministro con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla carica rivestita»⁵⁵. In altre parole, da una sorta di pesca a strascico, si isolano le fattispecie la cui integrazione postula, nell’agente, la qualifica soggettiva in assenza della quale la condotta risulta penalmente irrilevante o diversamente rubricabile ovvero quelle in cui la presenza della qualifica stessa importa un aumento di pena (reati aggravati dalla qualità di pubblico ufficiale).

L’idea viene respinta chi, al fine di tenere in debito conto la peculiarità della figura di membro del Governo all’interno del sistema costituzionale, ha prospettato, senza attingere al c.p. e concentrandosi sui compiti materiali svolti, una nozione di reato ministeriale come fattispecie integrata sì dall’abuso dei poteri o dalla violazione dei doveri del Ministro⁵⁶ – inclusiva anche di condotte delittuose commesse *a causa* dell’esercizio dei compiti istituzionali⁵⁷ –, ma facendo predominare l’impronta politicamente più contrassegnante l’illecito, non riducibile ai soli canoni puramente penalistici: in sostanza, si circonda «la portata dell’art. 96 Cost. soltanto a quei reati funzionali dei ministri, distinti da una connotazione che, può, con vaghezza onnicomprensiva, qualificarsi politica»⁵⁸.

Si sviluppa, allora, l’esegesi che vede nella coloritura politica dell’illecito ministeriale il valore aggiunto che lo diversifica. Qui risiederebbe la giustificazione della devoluzione della materia alla giurisdizione costituzionale prima della riforma del 1989 e, oggigiorno, delle deroghe all’*iter* processuale ordinario, nonché del vaglio autorizzatorio parlamentare. L’interpretazione non è priva di aspetti suggestivi.

Non potendo insistere sulle sfaccettature di questo binario ermeneutico dove si affastellano le vedute più disparate⁵⁹, giova (solo) dire che si concorda con chi opina come segue: «poiché a giudicare del modo, eventualmente illecito, in cui si è fatto uso delle prerogative ministeriali è comunque chiamato un organo appartenente alla magistratura ordinaria (...) «il concetto di reato ministeriale [è] ormai tanto esteso da comprendere (...) qualsiasi situazione in cui il ministro si avvalga in qualsivoglia forma dei poteri scaturenti dalla sua posizione al fine di commettere un reato. Rimane preclusa, cioè, la possibilità di restringere la nozione entro peculiari connotazioni politiche, insuscettibili di venire interamente stimate dalla magistratura ordinaria (...)». La revisione dell’art. 96 Cost., pertanto, con la comparsa del giudice ordinario e il rinnovato ruolo del Parlamento, ha comportato un adeguamento della definizione costituzionale degli illeciti penali-costituzionali comprensiva di ogni «violazione del diritto penale rispetto alla quale la presenza della funzione ministeriale ha svolto un ruolo determinante»⁶⁰. È, dunque, la stretta correlazione tra l’esercizio delle funzioni e la condotta delittuosa la regola appianante il crisma della ministerialità⁶¹.

⁵⁵ A. Ciancio, sub *art. 96 Cost.*, cit., p. 1865.

⁵⁶ Di differente opinione, L. Carlassare, *Il Consiglio dei ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 502 s., nt. 16 che evidenzia come restringendo la nozione di reato ministeriale alle sole funzioni concrete si rischia di «espungere dalla categoria proprio i casi più gravi, pericolosi e significativi!».

⁵⁷ G. Scarlato, *Reati ministeriali*, cit., p. 4 s. afferma che questo assume significato al fine di non escludere la ministerialità di fattispecie criminose integrate da un esercizio, sì, corretto, di attribuzioni determinate ma, tuttavia, strettamente connesso con un fatto criminoso. Si è, pertanto, suggerito di contrapporre «a un certosino, ma pedantesco esegeticismo imbevuto di letteralità» (...) «un sensato sforzo di penetrazione dello spirito della norma nell’intento di [capterne] l’autentica complessità morfologica, al di là del suo “sibillinismo” verbale».

⁵⁸ G. Scarlato, *I reati ministeriali*, cit., pp. 5 e 6.

⁵⁹ Danno conto di tutte le informazioni, tra i molti, M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, cit., p. 5 ss.; G. Scarlato, *Reati ministeriali*, cit., p. 5 s. che richiamano un’ampia bibliografia.

⁶⁰ ... «, trattandosi di reati commessi da chi aveva la disponibilità delle funzioni ministeriali con abuso dei poteri o con violazione dei doveri propri, o anche, più estesamente, a causa delle attività ministeriali o in connessione con esse, o, comunque, avvalendosi della carica rivestita e traendo profitto dalle relative funzioni, restando fuori dall’attuale definizione soltanto gli illeciti penali in rapporto di mera contestualità cronologica con l’attività funzionale»: A. Ciancio, sub *art. 96 Cost.*, cit., p. 1871.

⁶¹ V. P.P. Dell’Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 52: “ministeriale” è «ogni fattispecie penalmente illecita, non solo quando si sia in presenza di reati posti in essere dal ministro attraverso atti e provvedimenti in cui questo estrinseca la sua funzione ma, anche ogni qualvolta l’esercizio delle funzioni ministeriali sia posto in rapporto di connessione con un reato realizzato dal ministro nel periodo di tempo in cui appunto esercita le funzioni medesime». Allude (proprio) ad un collegamento oggettivo tra crimine ed esercizio del ruolo ministeriale, per delineare la nozione di reato incorniciata dall’art. 96 Cost., Cass., sez. un., 20 luglio 1994, D.L., in *Giust. pen.*, 1994, pt. III, c. 731 che, in questo modo, riempie di effettivo contenuto l’affermazione da essa utilizzata e secondo cui il rapporto di strumentale connessione tra esercizio delle funzioni ministeriali e reato sussiste tutte le volte in cui l’atto e la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del Ministro.

In definitiva, per la ricostruzione della nozione di reato ministeriale, è necessaria la sussistenza di un rapporto di oggettiva connessione tra il comportamento illecito e l'attività funzionale, escludendo una sua ulteriore qualificazione quale «abuso dei poteri» o «violazione dei doveri»⁶². Da tale angolo prospettico, la qualifica della ministerialità sarà da attribuirsi a tutte quelle fattispecie nelle quali il comportamento incriminato richiede un rapporto di condizionalità strumentale con l'esercizio di determinate funzioni; all'opposto, i Ministri saranno sottoposti al rito ordinario per tutti gli illeciti da loro eseguiti come privati cittadini, nonché compiuti in circostanze di semplice contestualità cronologica con l'ufficio⁶³.

Appare persuasiva la visione che, pur risalente a parecchi anni orsono e riferendosi alla superata procedura, è estremamente attuale e, con massima lucidità, diffonde il pensiero per cui sarebbe davvero «convincente» e «rigorosa» l'asserzione consistente «nell'assumere una nozione delimitata e specifica di [illecito] ministeriale come reato commesso *a causa di un interesse pubblico collegato alla funzione*. Solo così si giustifica l'intervento del Parlamento, consistente in una valutazione politica dell'esistenza e della rilevanza dell'interesse pubblico per la tutela del quale l'illecito sarebbe stato commesso: valutazione in base alla quale verrebbe assunta la decisione di sottoporre il ministro al giudizio della Corte costituzionale. In questa luce, l'eventuale scelta di non accusare, nonostante l'esistenza di prove o di sufficienti indizi di reato, non apparirebbe più – se assunta in base ad una valutazione rigorosa – un odioso privilegio, in quanto chiaramente finalizzata alla tutela della funzione. Di conseguenza, anche la deroga al principio della obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale potrebbe risultare – sempre per casi limitati – comprensibile».

Lo stesso varrebbe, secondo l'accreditata dottrina, «per l'estensione del procedimento speciale ad imputati non ministri». «La valutazione, necessariamente politica, sostanziandosi nella comparazione dell'interesse pubblico in gioco con altri interessi specifici giuridicamente protetti, oggetto della lesione, può trovare un fondamento giuridico preciso nella necessità come causa di esclusione dell'antigiuridicità (o della colpevolezza), in applicazione del più generale principio del bilanciamento [tra beni ugualmente meritevoli di protezione] “giusta il quale, data una situazione di conflitto tra due [valori], l'ordinamento non può che preferire il salvataggio del maggiore, o quando essi abbiano eguale rilievo, restare almeno indifferente al sacrificio dell'uno o dell'altro”. Principio – va ricordato – che, una volta individuato quale *ratio* dello stato di necessità, può costituire la premessa “per un'applicazione della scriminante, oltre i confini letterali del disposto, a tutte le ipotesi di attuazione di un interesse prevalente od equivalente». Tuttavia, l'interprete, constatato che simile tentativo definitorio si attagliava ai dibattiti incentrati sulla allora funzione dell'Assemblea parlamentare ma era oggetto di distorsioni nella prassi, preferì virare configurando il reato ministeriale nel modo più ampio e generico: «eliminata ogni ipotesi intermedia», a rilevare «è il fatto che l'azione sia stata posta in essere dall'agente nella sua qualità o valendosi della sua *posizione di ministro* (...), ogniqualvolta si profili un comportamento anche vagamente riconducibile alla qualifica rivestita, all'ufficio ricoperto, si tratterebbe di reato ministeriale come *violazione dell'obbligo di fedeltà all'interesse pubblico*»⁶⁴.

Sia consentita una breve divagazione. L'estesa nozione di reato ministeriale, capace di racchiudere qualsiasi illecito penale commesso dai Ministri nell'esercizio delle funzioni, che si ritiene di condividere, si ritrova già in epoca precedente il rispolvero dell'art. 96 Cost. Appagava motivi pratici tra i quali l'esigenza di non coprire prassi illegali invalse sino a quel momento, ossia di non lasciare impuniti illeciti penali commessi da componenti dell'Esecutivo nell'esercizio delle funzioni, come avrebbe consentito la comune interpretazione del disposto costituzionale, secondo cui, rinunciata la giurisdizione penale

⁶² La terminologia è di G. Di Raimo, *In margine a recenti orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di procedimenti per i reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4196.

⁶³ V. G. Scarlato, *Reati ministeriali*, cit., p. 6 che, dopo aver passato in rassegna le costruzioni dottrinali avvinte dalla convinzione che il crimine ministeriale abbia una veste politica e individuata la inattendibilità, ribadisce come sia «la rilevanza politica, intrinsecamente connaturata ai reati commessi dai ministri, nell'esercizio delle loro funzioni, a determinare l'esigenza della particolare procedura prevista dalla Costituzione. Per l'A. detta consistenza «è riscontrabile sia nelle fattispecie criminose poste in essere dal ministro nell'esercizio delle sue funzioni governative, che in quelle realizzate all'interno di attività d'ordine amministrativo». Peraltro, chiosa G. Scarlato, «col ribadire che la previsione di cui all'art. 96 Cost. trae il proprio *humus* dalla rilevanza politica, che è propria di ogni condotta criminosa posta in essere da un ministro nell'esercizio delle proprie funzioni, crediamo di aver dissolto ogni perplessità foriera di escogitazioni dommatiche troppo spericolate» (l'A. allude all'insegnamento di C. Taormina contenuto nell'opera *Procedimenti e giudizi d'accusa*).

⁶⁴ L. Carlassare, *Reato ministeriale e funzione del Parlamento nel procedimento d'accusa*, cit., p. 282 ss.

costituzionale, per il perseguimento di quei crimini si sarebbe dovuta ritenere preclusa ogni altra iniziativa giudiziaria⁶⁵. A questo andava aggiunta la preoccupazione di definire la posizione processuale dei coimputati laici, risolta con una decisione interlocutoria⁶⁶ con cui l'estensione del giudizio costituzionale ai concorrenti non Ministri venne ritenuta legittima in base alla prevalente considerazione che il giudizio penale costituzionale avesse valenza oggettiva; ciò, peraltro, fornì alla Corte l'occasione per affermare che l'art. 96 Cost. avrebbe richiesto «per la sussistenza e per la perseguibilità del reato, non solo una determinata posizione giuridica dell'agente», ma, altresì, che questi «abbia commesso nell'esercizio delle funzioni ministeriali un fatto previsto e punito dalla legge penale»⁶⁷.

Su di un piano attiguo e consequenziale, affiora un altro quesito: capire il soggetto cui inerisce il potere, in sede di verifica della responsabilità penale dei governanti, di qualificare il reato come avente carattere ministeriale o meno.

D'altra parte, tale contestualizzazione rappresenta uno svincolo decisivo della riforma del 1989 in quanto ad essa sono legate, sia l'applicazione del procedimento *ad hoc* stabilito dalle ll. n. 1 e 219 del 1989, che la particolare garanzia in ordine alla presenza di cause giustificative.

I problemi riscontrati sul piano applicativo hanno riguardato, da un lato, il raccordo tra la funzione attribuita al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio e quella assegnata al tribunale dei Ministri, dall'altro, a cascata, il *quomodo* ed il *quando* dell'intervento della Camera competente.

Il Giudice della legittimità ha affermato che i poteri qualificatori spettano sempre all'autorità giudiziaria, la quale, se ritiene trattasi di illecito comune e di non interpellare lo speciale collegio distrettuale, non ha alcun obbligo di comunicazione alla Camera competente in quanto essa non gode di una informativa per via ufficiale (il dovere di notiziare previsto dall'art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989 ricorre solo nell'ipotesi in cui il tribunale dei Ministri sia stato investito della competenza a conoscere del crimine); il che, non impedisce, sussistendone i presupposti, che il ramo parlamentare ricorra al meccanismo del conflitto di attribuzione allorché si ritenga compromesso nelle sue prerogative⁶⁸: per *vindicatio potestatis*⁶⁹. Si potrebbe

⁶⁵ V. P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1954, p. 227 per cui i Ministri non sarebbero stati «imputabili, per reati commessi nell'esercizio delle funzioni e non ancora prescritti, quando il Parlamento avesse negato la messa in stato d'accusa o non l'avesse presa in esame».

⁶⁶ Cfr. C. cost., sent. n. 125 del 1977, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁶⁷ In senso opposto, per cui l'art. 96 Cost. avrebbe fondato una competenza modellata solo *ratione personarum*, v. C. Taormina, *L'istituto della connessione nel procedimento penale costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 117 ss., anche se l'A. ha, poi, temperato tale asserzione nel 1978, sostenendo che la nozione di reato ministeriale scaturirebbe dalla concorrenza di entrambi gli elementi, soggettivo e oggettivo, poiché se mancasse anche uno solo di essi il reato ministeriale comunque non sussisterebbe. Afferma, però, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 406 che, nell'ambito del doppio requisito, il criterio prevalente per l'individuazione della giurisdizione sarebbe quello materiale, cioè l'esistenza di un reato ministeriale, e non quello soggettivo della qualifica dell'agente.

⁶⁸ Cass., sez. VI, 3 marzo 2011, n. 10130, in *Foro it.*, 2011, pt. II, c. 604. Sulla decisione, condividendone gli esiti, E. Zanetti, *Nessuna comunicazione è dovuta alla Camera competente dal giudice ordinario in caso di reato ritenuto "non ministeriale"/No notice is due to the competent House in case of "non ministerial" crime*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 4, p. 66 ss. L'A. chiarisce che la sentenza in discorso concede il destro, alla Suprema corte, per compiere alcune puntualizzazioni circa i rapporti reciproci tra i differenti organi giudiziari coinvolti (autorità giudiziaria "ordinaria" e collegio per i reati "ministeriali"), per quel che attiene alla rispettiva competenza "funzionale" e ai doveri "informativi" stabiliti dall'art. 8 l. n. 1 del 1989, anche per come riaffermati dalla pronuncia n. 241 del 2009 della Corte costituzionale. In particolare, la Corte di cassazione, nel dichiarare inammissibile il ricorso sottoposto, ha affermato che qualora l'autorità giudiziaria che procede – nella specie il g.u.p. – per un reato comune, del quale, pronunciandosi sulla propria competenza, abbia escluso il carattere "ministeriale" (se è vero che compete al p.m. appurare, sulla scorta degli elementi disponibili, se la notizia di reato ricevuta appartenga o meno alla competenza del collegio per i reati ministeriali e che al collegio gli atti andranno trasmessi solo in caso di deliberazione positiva, lo è altrettanto il fatto che analogo potere non può che essere riconosciuto al giudice ordinario procedente, sempre tenuto alla «verifica dei presupposti della propria competenza») non sia tenuta a informare della decisione adottata la Camera di appartenenza dell'indagato, ritenendo che un tale obbligo di comunicazione sussiste – art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989 – soltanto nella diversa ipotesi in cui a procedere sia il tribunale dei Ministri (giustamente, quindi, nessuna comunicazione è dovuta se a procedere è il giudice ordinario che non abbia riscontrato la valenza "ministeriale" della fattispecie contestata, essendo quel passaggio fattore indispensabile per l'intervento, in funzione autorizzatoria, delle Camere). Ne deriva – "rovistando" nel percorso logico della Corte – che non possa ritenersi abnorme, come invece sostenuto dal ricorrente, l'ordinanza di rigetto dell'eccezione di incompetenza funzionale dell'autorità giudiziaria procedente, senza che ciò determini una lesione delle prerogative costituzionali della Camera interessata, ben potendo quest'ultima attivarsi – come, del resto, è accaduto – per ottenere la trasmissione degli atti, anche in vista di un eventuale conflitto di attribuzione. Conf. F. Gianfrotta, *L'on. Mastella, la competenza, i reati ministeriali*, in *Questione giustizia*, 2011, p. 181 per cui

agevolmente obiettare – ed è stato l'argomento usato dal Parlamento nei ricorsi di questi anni – sol che l'autorità giudiziaria voglia surrettiziamente qualificare il fatto come reato comune e non ministeriale, creandosi il varco per l'aggiramento della potestà autorizzatoria di cui all'art. 96 Cost.

La linearità dell'asserto stride con il dibattito generatosi in dottrina in ordine alla questione.

Nondimeno, il problema del riparto delle competenze tra giudice ordinario e Camere pone una serie di dubbi, primo dei quali (appunto) a chi spetti stimare, in prima battuta, il crimine come ministeriale: se al pubblico ministero, al collegio istruttorio o alla Camera competente per l'autorizzazione a procedere. Dalla risposta derivano molteplici effetti come, ad esempio, l'estensione del procedimento ministeriale: ove titolari di tale attribuzione fossero il tribunale dei ministri o una delle due Camere, il modulo speciale si aprirebbe di fronte a ogni *notitia criminis* "soggettivamente qualificata" e, quindi, a qualsiasi reato commesso dai titolari della funzione governativa durante la pendenza del ruolo istituzionale; viceversa, qualora designato fosse il magistrato, il rito ministeriale dovrebbe celebrarsi solo allorché l'informazione sul reato appaia *anche* "funzionalmente qualificata" e, pertanto, l'accadimento sia riconducibile ai compiti istituzionali. Si accrescono, quindi, altre problematiche come, a volerne citare qualcuna, la regolamentazione dei flussi informativi tra i singoli organi della procedura ministeriale, la configurabilità di un controllo di uno di essi sull'altro, il verosimile innesto di distinti archetipi procedurali con le altrettante combinazioni pratiche⁷⁰.

A buon diritto, attorno a queste complessità – che lambiscono il controverso tema della separazione/divisione dei Poteri dello Stato – in passato, è stata chiamata a pronunciarsi, in più occasioni, la Corte costituzionale nella prospettiva del conflitto di attribuzione; strumento, questo, divenuto, nel tempo, il maggiormente invocato per le risoluzioni definitive agli effetti della correttezza o meno delle scelte procedurali adottate⁷¹.

La casistica ruotante intorno alle controverse linee della responsabilità ministeriale⁷² è copiosa. Spicca, in *incipit*, la già menzionata decisione "pilota" con la quale il Giudice delle leggi ha stigmatizzato,

«La conclusione dei giudici di legittimità è tanto [stringente] quanto coerente con il quadro normativo, analizzato dai medesimi senza forzature di alcun tipo».

Di rilievo, in proposito, g.i.p. trib. Napoli, 20 ottobre 2010, in *Giur. di merito*, 2011, p. 3151: «In caso di reati di cui all'art. 96 Cost. spetta al p.m., sotto la propria responsabilità, la verifica che gli atti consentano di ipotizzare un reato e di attribuirne la commissione alle persone ed alle funzioni di cui alla stessa norma».

⁶⁹ ... che sorge, appunto, quando si lamenta che la potestà è stata esercitata da chi non ne ha la titolarità; si distingue, dunque, dal conflitto per menomazione che è integrato quando si contesta che essa viene posta in essere, sebbene da chi ne ha il diritto, ma in modo distorto e producendo delle lesioni al ricorrente.

⁷⁰ V., sul punto, R. Aprati, *Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione" fra giudici ordinari e assemblee parlamentari*, cit., p. 4 ss. (alla quale, peraltro, si rimanda per gli approfondimenti non consentiti dal presente lavoro) che, illustrati gli orientamenti in campo, descrive il panorama prospettabile a seconda dell'adesione all'uno o all'altro e, mostrati gli eventuali scenari in fase di conflitto di attribuzione, va alla ricerca di una «bussola» per risolvere i problemi applicativi, senza, tuttavia, blindare a questa o altra soluzione, ma lasciandola alle scelte operate, di volta in volta, alla Corte costituzionale.

⁷¹ Cfr. la più recente C. cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 29, in *Foro it.*, 2014, pt. I, p. 1015 ss. (: «Non spettava al senato della Repubblica deliberare, ai fini dell'esercizio della prerogativa di cui all'art. 96 Cost., il carattere ministeriale delle ipotesi di illecito contestate al sen. [R. C.], all'epoca dei fatti ministro della giustizia, per le frasi da questo profferite nel corso della trasmissione televisiva "Telecamere", andata in onda il 21 marzo 2004, nei confronti dell'on. [O.D.] e la sussistenza, in ordine alle medesime ipotesi di reato, delle finalità di cui all'art. 9, 3° comma, l. cost. 16 gennaio 1989 n. 1, sul presupposto che egli abbia agito per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo». La pronuncia è accompagnata da una nota di richiami e osservazioni di R. Romboli, *In tema di resti ministeriali* (p. 1019). La vicenda capta l'attenzione per i tentativi, compiuti attraverso di essa, di interdire il procedimento penale in atto attraverso un uso ambiguo – non ha mancato di evidenziarlo la Consulta – del potere qualificatorio delle Camere in merito alle prerogative di cui all'art. 96 Cost. C'era stato, infatti, il susseguirsi di delibere contraddittorie (tra cui quella con la quale veniva statuita la ministerialità dell'illecito: il Ministro avrebbe agito «per la protezione e la tutela di un preminente interesse nazionale nella funzione di governo») dopo che, peraltro, il collegio per i reati ministeriali aveva declinato la propria competenza funzionale ritenendo che i fatti contestati all'indagato assurgessero a reato comune. Circa la decisione, in continuità con le pronunce n. 241 del 2009 e n.i 87 e 88 del 2012 e punto di arrivo di un percorso difficoltoso, con dovizia di particolari, E. Vivaldi, *La Corte costituzionale (finalmente) annulla una delibera c.d. di ministerialità*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 454 ss. Conflitto di attribuzioni e possibili delibere del Parlamento in caso di scelte non condivise dell'autorità giudiziaria sono gli argomenti del commento di O. Mazza (*La separazione dei poteri va garantita anche nei processi per reati commessi dagli esponenti del Governo*) in calce a Cass., sez. V, 5 maggio 2011, n. 18888 (p. 3407 ss. di Cass. pen., 2011).

⁷² ... «nel contesto di quello che sembra oramai (...) un "litigio permanente" tra potere politico e magistratura: E. Malfatti, *In attesa della decisione della Corte costituzionale: chi qualifica un reato "ministeriale"?*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 654.

tranchant, che «va confermata l'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalla Camera dei deputati nei confronti del collegio per i reati ministeriali costituito presso il tribunale di Firenze e del tribunale ordinario di Livorno, sezione distaccata di Cecina, sussistendone i requisiti di ordine soggettivo e oggettivo già dichiarati nella fase preliminare (...)»⁷³. Dalle sue varie declinazioni si apprende che, siccome «l'art. 2, comma 1, della l. n. 219 del 1989 prescrive l'archiviazione nell'ipotesi di ritenuta "non ministerialità" dei [fatti] per cui si procede, e poiché l'art. 8, comma 4, l. cost. n. 1 del 1989 stabilisce che il procuratore della Repubblica debba dare comunicazione al Presidente della Camera competente⁷⁴ di ogni provvedimento che disponga l'archiviazione, ne deriva che [se] il tribunale dei ministri ritenga di non essere competente, ravvisando negli avvenimenti reati comuni e non (...) ministeriali, deve trasmettere – a prescindere dal "nomen iuris" conferito al proprio [atto] – [la documentazione] al magistrato, affinché questi dia comunicazione del provvedimento medesimo alla Camera competente, così da consentire a questa di adottare le iniziative ritenute necessarie»⁷⁵. Diversamente, si realizzerebbe una «compromissione del potere dell'organo parlamentare di valutare autonomamente la natura ministeriale o meno dei reati oggetto di indagine e di sollevare conflitto di attribuzione tra poteri [ndr.: davanti al Giudice delle leggi] ove non condivida la [stima] negativa espressa dal tribunale dei ministri, con conseguente menomazione della sfera di competenza costituzionalmente garantita alla camera parlamentare in ordine all'esercizio del potere di autorizzazione a procedere»⁷⁶ [ndr.: insomma, qualora ritenga che l'asserita indebita qualificazione come non ministeriale del reato contestato gli abbia precluso la possibilità di far valere la garanzia di cui all'art. 96 Cost.].

L'Assemblea ricorrente, quindi, mediando il ricorso ad «una forzatura dialettica»⁷⁷, interpretando la decisione della Corte, sosteneva che l'attivazione del tribunale dei Ministri dovesse ritenersi necessaria, anche qualora l'autorità giudiziaria procedente non avesse ravvisato la ministerialità del reato affinché l'Assemblea potesse sempre essere messa al corrente dell'archiviazione e, ritenendosi usurpata del «po-

⁷³ C. cost., sent. 24 luglio 2009, n. 241, reperibile in *www.cortecostituzionale.it*. Per alcuni dei tanti commenti, E. Albanesi, *La «propria» ed «autonoma valutazione» dell'organo parlamentare «sulla natura ministeriale o non ministeriale» dei reati* (sent. Corte cost. n. 241/2009), in *Rass. parl.*, 2010, p. 459 ss.; M. Cerase, *Camere e reati ministeriali: la Corte costituzionale si pronunzia/Parliamentary and ministerial offenses: the Constitutional court Rules*, cit., p. 2843 s. (il quale definisce la sentenza in discussione «per certi aspetti audace» ma incapace di offrire la sponda per le tesi sostenute nei ricorsi delle Camere); E. Furno, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sui reati ministeriali ... ma con una decisione che desta perplessità*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3064 ss.; T.F. Giupponi, *Quando la forma è sostanza: la riforma dell'art. 96 Cost. di fronte alla Corte costituzionale e la recente prassi delle delibere parlamentari di «ministerialità»*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3054 ss.; G. Tarli Barbieri, *Il procedimento per i reati ministeriali a venti anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 1989*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare: il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, vol. II, p. 732 s.

⁷⁴ ... che ha un interesse costituzionalmente protetto ad essere tempestivamente notiziata, per via istituzionale ed in forma ufficiale dell'avvenuta archiviazione. D'altra parte, una adeguata e repentina informazione, con queste caratteristiche, del competente ramo del Parlamento, in ordine all'esito dei procedimenti penali a carico dei componenti del Governo, rappresenta uno dei (pochi) punti qualificanti del ragionevole bilanciamento raggiunto nella normativa vigente tra il principio della garanzia delle funzioni di Governo e quello dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

⁷⁵ Il principio è enucleato nella Rivista *Cass. pen.*, 2010. Nella specie, di contro, il tribunale dei Ministri, opinando che i fatti non rivestissero i connotati dei reati ministeriali ipotizzati, ma quelli di reati comuni, aveva emesso un provvedimento negativo della propria competenza funzionale, limitandosi a disporre la trasmissione degli atti alla procura della Repubblica ritenuta territorialmente competente (nel concreto, quella presso il tribunale di Pisa), affinché proseguisse il procedimento seguendo le forme ordinarie (non, dunque, al procuratore della Repubblica presso il tribunale di Firenze perché procedesse ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989 alla comunicazione dell'avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente), senza che venisse compiuto alcun atto diretto a evocare una cognizione da parte della Camera competente per le eventuali iniziative costituzionali.

⁷⁶ Nella massima che può leggersi in *Giur. cost.*, 2009. Sul tema, da poco, pure C. cost., ord. 16 settembre 2016, n. 212, "coagulando" tale asserto «È inammissibile, per difetto del requisito di ordine soggettivo, il conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato promosso dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale ordinario nei confronti del Senato della Repubblica avente ad oggetto la deliberazione con la quale il secondo, investito della domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. nei confronti di un ex ministro, ha dichiarato la propria incompetenza data la non ministerialità dei reati». Nella motivazione la Consulta ha rilevato che, a fronte di una deliberazione parlamentare la quale, come nel caso in esame, attribuisca una qualificazione giuridica dei fatti ascritti al ministro diversa da quella prospettata dal collegio per i reati ministeriali, quest'ultimo può sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale. In proposito, v. il commento di L. Pace, *Reati ministeriali e conflitto di attribuzione. Una inammissibilità tutt'altro che scontata*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1650 ss.

⁷⁷ A. Pace, *Il conflitto inesistente*, in *La Repubblica*, 4 marzo 2011.

tere (inesistente) di decidere sul carattere ministeriale del reato»⁷⁸, eventualmente sollevare conflitto d'attribuzione⁷⁹. Ne deriva che la trasmissione degli atti al tribunale dei ministri (art. 6, comma 2, l. n. 1 del 1989) e la comunicazione tempestiva della eventuale archiviazione alla Camera competente (art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989), sono configurabili unicamente nel caso in cui, a monte, la condotta criminosa del Ministro sia stata considerata come commessa nell'esercizio delle funzioni. Ciò – è opportuno ribadirlo – poiché vi è una netta distinzione tra la competenza degli organi giudiziari circa l'accertamento e la qualificazione giuridica dei fatti compiuti dai Ministri e l'attribuzione alla Camera, di volta in volta competente, circa il controllo della sussistenza delle “esimenti” ex art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989⁸⁰.

In definitiva, i Giudici di Palazzo della Consulta hanno «valorizzato l'interesse dell'organo parlamentare a ricevere tempestiva comunicazione, per via istituzionale ed in forma ufficiale, dell'avvenuta archiviazione, non potendosi sottrarre alla Camera una propria, autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria, né tantomeno (ove la Camera non condivida la conclusione negativa espressa dal c.d. tribunale dei Ministri) la possibilità di sollevare un conflitto di attribuzione, assumendo di essere stata menomata, per effetto della decisione giudiziaria, della potestà riconosciuta dall'art. 96 Cost., e quindi di non aver potuto far valere la garanzia ivi prevista»⁸¹. Sembra di poter dire che la Corte costituzionale, affacciandosi lungo un insidiosissimo cri-

⁷⁸ V. Onida, *Un conflitto d'attribuzione senza scorciatoie*, in *Il sole 24 ore*, 9 marzo 2011.

⁷⁹ M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, cit., p. 30 a buon diritto, fa notare che «La tesi asunta dalla Camera nel caso in esame è smentita dal fatto che non è dato rintracciare nell'ordinamento alcuna norma che imponga all'autorità giudiziaria ordinaria l'obbligo di comunicare all'organo parlamentare l'archiviazione del procedimento». L'art. 6, l. n. 1 del 1989, difatti, stabilisce che il procuratore della Repubblica, una volta ricevuta la notizia di reato riguardante gli illeciti ex art. 96 Cost., deve trasmettere gli atti al tribunale dei Ministri, ma con le sue «richieste», la qual cosa presuppone che il magistrato abbia qualificato in senso “ministeriale” (art. 96 Cost.) il reato di cui deve riferire al collegio. Al procuratore, d'altra parte, non può non spettare, sotto la sua responsabilità, il sindacato che quegli atti ricevuti consentano di ipotizzare una fattispecie e di affiancarne il compimento agli individui e alle funzioni sancite in Costituzione. «L'asserzione che l'obbligo di trasmissione al Tribunale dei Ministri sussista, a prescindere dal fatto che il P.M. abbia qualificato o meno il reato come commesso nell'esercizio delle funzioni ministeriali, pertanto, sarebbe in contrasto sia con l'art. 96 Cost. sia contro l'art. 68, comma 2, Cost., dal momento che l'autorizzazione a procedere verrebbe surrettiziamente fatta rivivere con riferimento a tutti i reati commessi dal Presidente del Consiglio e dai Ministri».

⁸⁰ Sicché, l'asserto della Corte costituzionale, secondo cui all'organo parlamentare non può essere sottratta una propria e autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria non può essere intesa nel senso di negare all'autorità giudiziaria procedente la potestà esclusiva di qualificare la natura dell'illecito ovvero di attribuirlo, sullo stesso piano, al Parlamento. Questo poiché il potere di qualificazione del crimine, anche con riferimento alla natura, ministeriale o meno, spetta sempre all'autorità giudiziaria essendo il collegio istituito dalla l. n. 1 del 1989 «organo specializzato del giudice ordinario, quindi tutto interno alla giurisdizione». V. Cass., sez. IV, 11 marzo 2011, n. 10130 cit. In dottrina, esclude che la valutazione parlamentare possa estendersi nel merito degli addebiti mossi al Ministro, tra gli altri, E. Malfatti, *In attesa della decisione della Corte costituzionale: chi qualifica un reato “ministeriale”?*, cit., p. 654. E. Albanesi, *La “propria” ed «autonoma valutazione» dell'organo parlamentare «sulla natura ministeriale o non ministeriale» dei reati (sent. Corte cost. n. 241/2009)*, cit., p. 463 è dell'idea che «Nel riconoscere come all'organo parlamentare non possa essere sottratta «una propria, autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria», la Corte ha voluto semplicemente sottolineare nella sent. n. 241 del 2009 come alla Camera competente spetti valutare l'eventuale qualificazione compiuta dall'Autorità giudiziaria di un reato non ministeriale. All'esclusivo scopo di sollevare la Camera competente conflitto di attribuzione, nel caso in cui valuti come arbitraria tale qualificazione, lamentando come in tal modo risulti ad essa preclusa la possibilità di esprimersi sull'autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 96 Cost.».

⁸¹ E. Malfatti, *In attesa della decisione della Corte costituzionale: chi qualifica un reato “ministeriale”?*, cit., p. 654 che dice di essere «meno ottimista» di chi crede che «riconoscere da parte della Corte un potere di qualificazione del reato alla Camera di appartenenza del Ministro, anche con riferimento alla sua “ministerialità”, non avrebbe fondamento nel nostro ordinamento e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale dell'indipendenza del giudice nella sua attività interpretativa» (v. p. 657). E. Albanesi, *La “propria” ed «autonoma valutazione» dell'organo parlamentare «sulla natura ministeriale o non ministeriale» dei reati (sent. Corte cost. n. 241/2009)*, cit., p. 460 e nt. 3 riporta il passaggio di un dibattito presso la Camera deputati (XVI leg., A.C., 28 ottobre 2009) in cui si è affermato che la Corte costituzionale nella sentenza n. 241 del 2009 avrebbe riconosciuto come spetti alle Camere «l'opportunità, la necessità, il diritto e nel contempo il dovere di decidere» sulla natura ministeriale di un reato. Quest'ultima visione è condivisa, in dottrina, da G. Ferri, *Le norme sui reati ministeriali e il «coinvolgimento» del Parlamento nel caso di archiviazione «anomala»*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 4 maggio 2010 il quale, pur riconoscendo che non sia questa la lettura ricavabile dalla pronuncia n. 241 del 2009, ritiene come sia la Camera competente a pronunciarsi sulla “ministerialità” del reato, poiché è ad essa che ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1 del 1989 spetta concedere l'autorizzazione a procedere nei confronti dei Ministri. Salva la possibilità, aggiunge l'A., di sollevare conflitto di attribuzione. Evidenzia E. Vivaldi, *La Corte costituzionale (finalmente) annulla una delibera c.d. di ministerialità*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 456 che la sentenza n. 241 del 2009 ha delucidato su una tessera *clou* della procedura ministeriale, avvertendo che «la novella costituzionale del 1989 [introduce] una serie di norme processuali destinate “a contemperare la garanzia della funzione

nale, sia incorsa nel rischio di gettare il seme di un meccanismo a catena in cui alla Camera viene riconosciuto un autonomo potere di verificare la natura del reato oggetto di indagine e di adottare le iniziative necessarie: il ramo del Parlamento può contestare la mancata trasmissione degli atti al tribunale dei Ministri affinché esso possa esprimere le proprie considerazioni⁸², fino a sedimentare un viatico della nuova tendenza parlamentare, non avallata dalla sentenza n. 241 del 2009⁸³, delle cd. delibere di “ministerialità”⁸⁴ con contestuale diniego dell’autorizzazione a procedere.

Non dissimile da questa intricata costruzione e, forse, per alcuni versi, più complicata e, persino, più inquietante per i vacillanti tentativi di albergare al riparo delle prerogative ministeriali i componenti dell’Esecutivo è la vicenda, aperta, relativa alla posizione del concorrente nel reato di cui non è dato sapere cosa accada, *medio tempore*: nelle more delle procedure innescate per risolvere i conflitti si suppone rimanga congelata.

La mancanza di direttrici solide, unita ad un modello procedurale già di per sé scivoloso, non ha favorito scelte (propriamente) condivise⁸⁵. In realtà, è insussistente un contrasto tra la decisione appena segnalata e quelle immediatamente successive perché differenti sono le situazioni processuali oggetto di considerazione: quella esaminata nella pronuncia del 2009 riguardava un reato considerato avente, inizialmente, coloritura ministeriale dal procuratore della Repubblica e, in un secondo momento, rubricato come comune dal tribunale dei Ministri⁸⁶. Nelle vicende per le quali era sorto altro conflitto, poi, risolto nel 2012, viceversa, agli illeciti era stata data per scontata, dal magistrato requirente, la qualifica di comuni, senza che trapelassero dubbi al riguardo⁸⁷. Qui l’ipotetico errore non è sufficiente a giustificare la trasmissione degli atti al Presidente dell’Assemblea parlamentare; se così fosse, andrebbe sistematicamente presentata alla Camera competente ogni notizia di reato che individuasse come autore un

di governo e l’uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge”» (punto 4.3 del *Considerando in diritto*). Proseguendo: «In tale pronuncia la Corte aveva individuato quale punto di equilibrio tra gli interessi suddetti la necessità che le Camere potessero effettuare una propria autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria».

⁸² L’assemblea parlamentare rivendica il potere di esprimere un proprio controllo sulla natura ministeriale o non dei reati, sul presupposto di un obbligo di trasmissione al tribunale dei Ministri da parte di coloro davanti ai quali penda qualsivoglia procedimento penale, perché solo in tal modo il tribunale dei ministri potrebbe fungere da necessario anello di collegamento che consenta al potere politico di venire edotto dell’esistenza di un procedimento *in itinere* e conseguentemente di pronunciarsi. In altre parole, la prospettiva perorata dal Senato è quella di doversi sempre mettere il potere politico in grado di qualificare il reato o i reati contestati a un Ministro, in una logica esattamente capovolta rispetto a quella che ha animato le scelte, e poi i ricorsi alla Corte, dei giudici comuni e che sembra anche rendere le impostazioni dei diversi conflitti poco compatibili tra loro.

⁸³ V., limitandosi alla sua citazione, T.F. Giupponi, *Quando la forma è sostanza: la riforma dell’art. 96 Cost. di fronte alla Corte costituzionale e la recente prassi delle delibere parlamentari di «ministerialità»*, cit., p. 3060 ss. il quale ritiene che solo «alla luce di una frettolosa interpretazione» di tale sentenza si possa rinvenire in essa un fondamento alla prassi parlamentare in esame.

⁸⁴ ... pronunciate ad istanza degli interessati in assenza di una richiesta in tal senso dell’autorità giudiziaria e, anzi, in sostanziale disaccordo con essa sulla qualificazione del reato.

⁸⁵ Non si può non convenire con R. Orlandi (*Doveri e divieti nei procedimenti per reati ministeriali*, in *Legislazione pen.*, 2012, p. 751) quando, a prescindere dalle *nuance* delle singole sentenze del Giudice delle leggi, si esprime nella maniera che segue: «Credo che la Corte costituzionale abbia ragione sul punto centrale delle sue pronunce: non sussiste alcun dovere, da parte dell’autorità giudiziaria, di trasmettere alla Camera competente ad autorizzare il perseguimento di reati ministeriali, tutte le notizie di reato riguardanti membri del governo».

⁸⁶ «Tanto basta per lasciar sopravvivere il dubbio circa la competenza funzionale a condurre le indagini. E tanto basta a giustificare la trasmissione degli atti all’assemblea parlamentare, imposta dall’art. 8 co. 4 l. c. 16.1.1989 n. 1. (...), dico subito che si tratta di scelta ragionevole, peraltro effettuata con legge costituzionale. Ragionevole perché, all’interno della congerie di reati attribuibili a chi svolgeva funzioni ministeriali al momento del fatto, isola quelli che – all’iniziale opinione del pubblico ministero – sono parsi connessi con lo svolgimento di attività governative. È perciò opportuno che il Parlamento ne venga informato, in vista di un possibile conflitto di attribuzione»: R. Orlandi, *Doveri e divieti nei procedimenti per reati ministeriali*, cit., p. 752.

⁸⁷ Sorge un interrogativo in merito alla utilizzabilità, da parte del tribunale dei Ministri, degli atti di indagine compiuti sino a quando non si dovessero cogliere profili di ministerialità del fatto. Se la Consulta nelle decisioni del 2012 parrebbe adombrare una risposta affermativa poiché le regole generali subiscono una cedevolezza rispetto a quelle della normativa costituzionale speciale solo quando sono maturi i tempi per ritenere integrati i requisiti peculiari, R. Orlandi, *Doveri e divieti nei procedimenti per reati ministeriali*, cit., p. 755 s. fornisce un parere negativo: l’incompetenza funzionale, anche se frutto di «buona fede», è tale da «pregiudicare la validità» e, quindi, l’uso degli atti compiuti nel procedimento in svolgimento davanti al collegio. «Qui, la funzione investigativa risulta preclusa al pubblico ministero (...). Il divieto è imposto a protezione dell’attività governativa e la sua trasgressione (anche incolpevole) non può restare senza conseguenze sul piano processuale». Bisognerebbe capire se le risultanze siano impiegabili nei confronti del concorrente nel reato del Ministro sempreché si ritenga che l’accertamento nei suoi confronti prosegua lungo la traiettoria ordinaria e non in quella rientrante nel cono protetto dalle leggi n. 1 e 219 del 1989.

membro del Governo. Epilogo decisamente eccessivo che avrebbe un senso se si intendesse avere un occhio di riguardo per l'uomo politico in quanto tale, anziché per la funzione.

In effetti, a chiarire ulteriormente il quadro procedurale in materia, affrontando definitivamente il problema ancora inevaso, sono intervenute due note sentenze "gemelle", risalenti al 2012⁸⁸, le quali, si pongono in ideale linea di continuità con il precedente del 2009: a voler essere coincisi, pur non riconoscendo, al Parlamento, un interesse giuridicamente rilevante ad essere notiziato quando la natura ministeriale del reato sia stata esclusa *ab origine*, senza che vi sia stato, quindi, il coinvolgimento dello speciale collegio per i reati ministeriali, la Corte costituzionale ha però reputato che «la Camera competente potrà parimenti rivolgersi alla giurisdizione costituzionale, per difendere l'attribuzione a deliberare sull'autorizzazione a procedere». I *leading cases* richiamati appaiono significativi anche perché specificano la reale connotazione dell'intervento parlamentare nella procedura *de qua*. Sembra, difatti, colto lo spartiacque tra le fasi ordinarie del procedimento penale e quella in cui si inserisce la garanzia costituzionale della deliberazione. Se è innegabile che la Camera competente si trovi investita dell'attribuzione relativa all'autorizzazione a procedere, rispetto alla quale è strumentale il sindacato incidentale sulla effettiva natura dell'illecito, la Corte precisa come «affermare che una valutazione di tale carattere fung[a] da [segmento] prodromic[o], ai fini dell'esercizio della sola attribuzione conferita dall'art. 96 Cost. in punto di autorizzazione a procedere non equivale a dire che essa si possa sostituire al giudizio espresso, nell'ambito di una prerogativa costituzionale esclusiva, dall'autorità giudiziaria, o persino possa prevalere su di esso».

Procedendo per cenni, il Giudice delle leggi, nel respingere i ricorsi proposti dalla Camera e dal Senato, ha sostenuto, negli enigmatici *obiter dicta*, tornando sui suoi passi, che il tribunale dei Ministri è competente solo per i crimini posti in essere dai membri del Governo nello svolgimento della loro opera; mentre, gli organi ordinari, che trattano delle fattispecie ritenute non funzionali, non hanno doveri di comunicazione al Parlamento quanto alle procedure oggetto di cognizione. Parrebbe d'intuire: sulla falsariga della tesi della Suprema corte, a proposito della natura dei reati, decide l'autorità giudiziaria⁸⁹.

⁸⁸ Il riferimento è a C. cost., sent. 12 aprile 2012, n. 88 e C. cost., sent. 12 aprile 2012, n. 87 su cui, *amplius*, R. Aprati, *Il principio di parità di trattamento di fronte alla giurisdizione e il procedimento per i reati ministeriali: un difficile rapporto*/The principle of equality of treatment in front of the jurisdiction and the trial for ministerial crimes: a difficult connection, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2845 ss.; R. Dickmann, *La corte costituzionale precisa e ridimensiona il ruolo del "Tribunale dei Ministri" e delle Camere nel procedimento per reati del Presidente del Consiglio e dei Ministri. (Note a margine delle sentenze Corte cost. 12 aprile 2012, n. 87 e 88)*, 2012, rintracciabile all'indirizzo www.federalismi.it; E. Furno, *Le nuove sentenze "gemelle" della Corte costituzionale sui reati ministeriali: un finale di partita?*, 2012 disponibile all'indirizzo www.giurcost.org/studi (che utilizza il termine "gemelle" dal momento che le due decisioni «ripetono pedissequamente, se non per differenze minimali dovute alle diversità delle fattispecie scrutinate ed al concreto articolarsi dei singoli conflitti, le identiche motivazioni del *Considerato in diritto*, rendendo in tal modo palese il lavoro collegiale dell'intera Corte» p. 5); Id., *Il «caso Ruby» ed i reati ministeriali: finale di partita?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1249 ss. (spec.te C. cost. n. 87); C. Gabrielli, *Dalla Corte costituzionale un'attesa messa a punto delle prerogative del Parlamento in materia di reati ministeriali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2378 ss. (spec.te C. cost., n. 88); T.F. Giupponi, *Ancora sui reati ministeriali: i casi Berlusconi e Mastella davanti alla Corte costituzionale. Davvero nessuno spazio per il principio di leale collaborazione?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1292 ss.; G. Leo, *La Corte costituzionale sui reati ministeriali: regole di procedura e rapporti tra autorità giudiziaria e parlamento*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2012; R. Pastena, *Camere, Tribunale dei ministri e Corte costituzionale: quale ruolo nel procedimento per i reati ministeriali?*, in *Giur. it.*, 2013, p. 776 ss. (particolarmente, C. cost. n. 88). Dedicando attenzione alle decisioni, nell'ambito di uno scritto dal taglio più ampio, C. Delle Donne, *Autodichia degli organi costituzionali e universalità della giurisdizione nella cornice dello Stato di diritto: la Corte costituzionale fa il punto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1, p. 141 ss. In generale, poi, sulla materia C. cost., ord. 23 novembre 2011, n. 313 pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2012, pt. I, c. 355 ss., è seguita dalle osservazioni di R. Romboli, *In tema di reati ministeriali e conflitto tra poteri dello Stato*, c. 357 s. che, dopo aver ripercorso il fulcro della ordinanza nella quale veniva dichiarato ammissibile un ricorso per conflitto tra poteri dello Stato sollevato dalla Corte di cassazione ed avente ad oggetto la medesima questione sostanziale (a chi spetti deliberare sulla natura ministeriale o comune del reato e sostenuto che, dopo la revisione costituzionale dell'art. 96 Cost. (l. n. 1 del 1989), la pronuncia in ordine alla "ministerialità" dell'illecito vada concessa al tribunale dei Ministri, in attesa della decisione del Giudice delle leggi, si augura «che stavolta la Corte costituzionale fornisca (o ribadisca?) una lettura chiara e definitiva della normativa relativa ai reati ministeriali, [stabilendo] se il potere di dichiarare la natura ministeriale degli stessi spetti, come sembrerebbe, all'autorità giudiziaria [collegio distrettuale], contro la quale l'organo parlamentare può esercitare lo strumento del conflitto qualora ritenga invasa la sua competenza, oppure spetti alla camera, la quale pertanto non sarebbe chiamata in causa solo per decidere sulla autorizzazione a procedere (una volta che la natura di reato ministeriale è stata decisa dal tribunale dei Ministri), ma anche per stabilire la natura del reato».

⁸⁹ Per completezza, va detto che, dopo la pronuncia n. 241 del 2009, si era creata una precedente occasione relativamente ad un procedimento penale a carico dell'Onorevole M. per fatti asseritamente commessi all'epoca in cui questi rivestiva la carica di Ministro. Approfondendo, con il provvedimento di cui si discute (C. cost., ord. 23 novembre 2011, n. 317), la Corte si era occupata della cd. "archiviazione anomala" del tribunale dei Ministri, vale a dire del provvedimento con il quale lo speciale collegio,

La Corte, scorrendo i punti del *Considerando*, ha stabilito che solo ammettendo, in palese contrasto con l'art. 96 Cost., che un illecito penale acquisisca carattere ministeriale in ragione della sola qualifica rivestita dall'autore di esso, sarebbe sostenibile che la lettera della legge costituzionale imponga al pubblico ministero, prescindendo dalle sue valutazioni circa la natura del reato, l'obbligo di immediata trasmissione al tribunale dei Ministri. Sicché deve ritenersi che il collegio debba essere investito del procedimento unicamente per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni, a meno che non si ammetta che le immunità costituzionali⁹⁰ possano trasmodare in privilegi. Per questa via la Consulta ha chiarito la portata della sentenza n. 241 del 2009, sottolineando che «il senso dell'affermazione (...) secondo la quale "all'organo parlamentare (...) non può essere sottratta una propria, autonoma valutazione sulla natura ministeriale o non ministeriale dei reati oggetto di indagine giudiziaria", sta nella facoltà spettante alla Camera competente di sollevare conflitto di attribuzione, affinché sia verificato, nei modi consentiti dalla Costituzione, se un erroneo esercizio delle proprie attribuzioni da parte del potere giudiziario abbia menomato la Camera competente ai sensi dell'art. 96 Cost., impedendole di deliberare sull'autorizzazione a procedere, prevista ogni qual volta il reato sia stato commesso nell'esercizio delle funzioni»⁹¹.

Atteso il contesto politico-costituzionale attuale e quello vigente all'epoca della riforma targata 1989, la via da intraprendere potrebbe essere quella di fare appello al principio di cui all'art. 3 Cost., da rite-

istituito per conoscere dei reati di cui all'art. 96 Cost., declinava la propria competenza funzionale sul presupposto che gli atti ad esso inviati dal pubblico ministero non concernevano fatti commessi dalla persona interessata nell'esercizio del proprio ruolo. La Consulta aveva rilevato come, nella specie, l'autorità giudiziaria non avesse comunicato la decisione al Parlamento come previsto dalla legge (art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989 in relazione all'art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989). Informata dal tribunale ordinario oramai procedente per il reato comune, la Camera dei deputati, il 28 ottobre 2009, aveva deliberato che i comportamenti tenuti dal Ministro interessato avrebbero avuto natura "istituzionale" e sarebbero stati manifestati per perseguire un preminente interesse pubblico, negando, così, la prescritta autorizzazione a procedere. Con esattezza, la condizione di procedibilità che sarebbe stata stabilita se davvero i comportamenti in questione fossero stati pertinenti ai compiti del Governo. Proprio tale assunto era stato negato dal giudice procedente che, pertanto, aveva promosso un conflitto tra poteri, non per sindacare la negazione del provvedimento autorizzativo, bensì per contestare il presupposto che avrebbe legittimato l'adozione della decisione parlamentare, cioè la natura funzionale della condotta (*ergo*: l'invasione di competenza operata dalla Camera). Il conflitto, dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con ord. n. 211 del 2010 (in *Foro it.*, 2010, pt. I, c. 2290 ss., seguita dalle brevi note di R. Romboli, *Reati non ministeriali: competenza dell'autorità giudiziaria penale e conflitto tra poteri*), non sfociava in una pronuncia di merito stante il ritardo con cui l'autorità giudiziaria depositava gli atti dopo la notifica, al Parlamento, dell'ordinanza della Consulta. Sicché, quest'ultima, rifacendosi ad una giurisprudenza costante, dichiarava il conflitto "improcedibile" in via definitiva, appunto, con l'atto n. 317 del 2011. Sul punto, cfr. pure la successiva C. cost., ord. 12 luglio 2012, n. 186.

⁹⁰ Conduce un lavoro, a tutto campo, sulle immunità, A. Testaguzza, *Immunità*, in *Il Penalista*, 28 luglio 2015, p. 1 ss. L'Autrice, dopo aver fornito una definizione del concetto (esso «indica il fenomeno giuridico in forza del quale determinati soggetti, per l'ufficio pubblico che ricoprono, sono sottratti alle conseguenze sanzionatorie penali derivanti da un illecito di cui gli stessi si siano resi autori. Si tratta di ipotesi diversificate fra loro quanto a portata ed effetti, potendo l'esenzione concernere tutti gli atti compiuti [immunità assoluta], ovvero soltanto quelli connessi all'esercizio delle funzioni [immunità relativa]. Ad ogni modo, si è dinnanzi ad una delle eccezioni alla obbligatorietà della legge penale previste dal diritto pubblico interno o internazionale ed alle quali fa riferimento l'art. 3, comma 1, c.p.), dedicandosi al tema che qui assume peso precisa che «Quanto alle prerogative attinenti ai fatti connessi all'esercizio della funzione, il loro protrarsi anche oltre lo scadere del mandato fa emergere una prevalente natura di diritto sostanziale. Ne consegue che non può parlarsi esclusivamente di effetti sul piano processuale inquadrandoli nella sola esenzione dalla giurisdizione penale o in una più generica improcedibilità. Ciò che dell'immunità funzionale sopravvive alla situazione che ne ha costituito il presupposto, infatti, è la stessa inapplicabilità delle norme incriminatrici. L'istituto tende a tutelare la natura dell'atto posto in essere dall'immune piuttosto che la qualità rivestita dal soggetto agente nel momento in cui si deve procedere».

⁹¹ In argomento, v. pure A. D'Andrea, *Diritti soggettivi e irresponsabilità giuridica dei parlamentari tra Costituzione e giurisprudenza costituzionale*, 2007, in www.forumcostituzionale.it, p. 10. Inoltre, G. Gemma, *Procedimenti penali per (presunti) reati ministeriali e legittimazione del Governo a sollevare conflitto di attribuzioni*, in *Riv. AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, 2013, p. 1 che, attraverso un ragionamento assai ben congegnato, è del parere che la legittimazione a sollevare il conflitto di attribuzioni non sia riconducibile alle Camere ma al Governo (anzi, al Consiglio dei Ministri) come Potere nella sua complessità; l'A. esclude una titolarità in capo al singolo Ministro a tutela del suo «*jus ad officium*», il diritto a rivendicare l'esplicazione delle sue funzioni: benché l'epilogo sfavorevole di un procedimento penale possa incidere sullo *status* di Ministro, viene in gioco principalmente l'attività dell'Esecutivo nel suo complesso. Tant'è che le procedure accertative possono coinvolgere anche *ex* Ministri, cittadini per i quali non è assolutamente in gioco la permanenza in carica. Poi, Id., *Parlamento e reati ministeriali: difensore della legalità o cane da guardia dei ministri?*, in *Quaderni cost.*, 2011, p. 939 ss. il quale, preannunciato il pensiero ora riportato, si dilunga sulla filosofia insita nella l. n. 1 del 1989 e, in virtù di essa, sul ruolo del Parlamento quale «tutore della legalità costituzionale ed imparziale controllore dell'operato dei ministri, certo con possibilità di sottrarli alla sanzione penale analogamente a quanto può fare un giudice che verifichi l'esistenza di una causa di giustificazione di un reato» e non «di affiancamento-protezione» dei medesimi.

nersi, effettuando un'opera di bilanciamento e componendo una gerarchia assiologica⁹², preminente rispetto alla funzionalità delle attività di governo⁹³; la giustificazione costituzionale della competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria a qualificare come ministeriale il reato potrebbe, insomma, rinvenirsi nel principio di uguaglianza di tutti i cittadini al cospetto della giurisdizione. Ove assuma rilevanza la funzione ministeriale si può aprire il procedimento speciale individuato dalle leggi n. 1 e 219 del 1989, non invece nel caso in cui emerga la sola qualifica soggettiva del Ministro. Allorquando insorgano contrasti sulla soluzione adottata, sarà la Corte costituzionale a stabilire il soggetto titolare della facoltà di circoscrivere il carattere ministeriale del fatto e secondo quali modalità; in ogni caso, non può impedirsi agli organi coinvolti di sollevare, incidentalmente, conflitto di attribuzione da interferenza sotto il profilo sostanziale del *quantum possit*⁹⁴.

(SEGUE:) LA PROCEDURA: IN PARTICOLARE, L'AUTORIZZAZIONE A PROCEDERE

La disamina sinora condotta, non può essere disgiunta da quella di tenore parlamentare – desumibile (già) dall'art. 96 Cost. – e processuale, non solo per soddisfare la necessità di essere il più possibile esaurienti, ma perché sono facilmente intuibili le reciproche influenze tra le singole frazioni di questa linea (dis)continua che è il procedimento per i reati ministeriali, benché la farraginosa trama normativa non agevoli approdi così sicuri; è dimostrato dal fatto che l'esame deve investire i caratteri distintivi degli illeciti in parola, ma anche la ragione giustificatrice del loro trattamento giuridico *sui generis*.

Passato il setaccio dell'organo giudiziario (di cui si darà conto più avanti), ci si imbatte nel crivello, questa volta, dell'istituzione parlamentare: la previa autorizzazione della Camera di competenza, disposta dall'art. 96 Cost., si incastra strumentalmente a cavallo tra la fase preliminare delle indagini e della raccolta del materiale istruttorio, volta a stabilire l'obbligo di promuovere l'azione penale, e quella susseguente destinata, in caso di esito positivo, a sottoporre l'indagato alla giurisdizione ordinaria. Lo scenario in questo frangente cambia radicalmente: la presenza del primo circoscrive e chiarisce gli adempimenti del secondo legati all'autorizzazione a procedere che, tuttavia, si distacca dalla figura nota di essa e assume contorni nuovi e peculiari. L'Assemblea non deve stabilire il *fumus* di fondatezza della notizia, compito già evaso dall'apposito organo collegiale: le Camere, estranee al concetto di autorità giurisdizionale, devono evitare che esistano iniziative d'accusa affrettate e, più precisamente, verificare se l'inquisito abbia agito per una delle cause tassative reclamate dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. Apprezzamento squisitamente politico e non tecnico-giuridico (corretto: una parentesi di politicità in un processo di depoliticizzazione) che ricade sulla presenza, nell'operato dei componenti dell'Esecutivo, di cause giustificative in vista di interessi costituzionali e/o pubblici⁹⁵; di conseguenza, va serbato al Parlamento, portatore – almeno così dovrebbe essere – di una funzione neutrale e imparziale che mira a ripristinare il circuito fiduciario interrotto dal reato ministeriale. Niente affatto sindacato di mera opportunità o partitico, cosa che rischierebbe di creare zone di irresponsabilità o viceversa, in ragione dell'ideologia dei singoli schieramenti.

La precisazione è considerevole perché evita che si ripetano le disquisizioni più o meno pretestuose in ordine alla sufficienza degli indizi o, addirittura degli elementi probatori della colpevolezza che han-

⁹² Essa dovrebbe essere di tipo mobile, valevole, dunque, solo nelle ipotesi oggetto di attenzione e costruibile diversamente in altre vicende.

⁹³ Per F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 421 l'art. 3 in tema di uguaglianza non è derogabile nemmeno da una legge di rango costituzionale; esisterebbe una gradazione fissa tra i principi costituzionali e quello di parità sta al vertice.

⁹⁴ R. Orlandi, *Doveri e divieti nei procedimenti per reati ministeriali*, cit., p. 753 con un'affermazione che suona come un'autentica staffilata, sostiene che il potere di qualificare i reati imputabili ai membri del Governo fa capo «alla magistratura penale e l'eventuale errore è rimediabile per vie interne, con la trasmissione degli atti al c.d. tribunale dei ministri (trasmissione spontanea o sollecitata dall'interessato). Persistendo il divario di opinioni, la contesa fra autorità giudiziaria e autorità politica è invece destinata a trasformarsi in conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale».

⁹⁵ Legnoso L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 470: «(...) non è neppure troppo giusto sottolineare troppo che la discrezionalità del Parlamento in questa sede è pur sempre politica. Certamente è politica, ma non è illimitata. Non è così ristretta come quella del giudice che deve applicare la pena, ma non è neppure senza limiti come quando il Parlamento stesso opera scelte puramente politiche e perciò assolutamente libere. Questo tipo di discrezionalità si esprime anzitutto nell'identificazione del bene o dell'interesse costituzionalmente da tutelare ed in secondo luogo nella valutazione (ed ecco la garanzia per la funzione di governo) che nell'esercizio di essa il ministro abbia agito per tutelarla o per perseguirla».

no contraddistinto il momento parlamentare dei procedimenti condotti sotto l'egida della passata normativa. Rimane sempre uno squarcio in ordine alla natura dell'intervento del Parlamento: se si tratta di una garanzia per il potere ovvero contro di esso e, dunque, se agisce come parte dell'apparato in nome del potere, oppure come rappresentante del popolo in nome della comunità. Poi, non si può escludere che la permanenza di uno sconfinamento ampio e indeterminato si presti a possibili abusi, espandendosi fino a rioccupare spazi di sostanziale impunità per i Ministri inquisiti.

L'approfondimento al principio stabilito dall'art. 96 Cost., a livello sovraordinato, giunge dalla legge n. 1 del 1989 la quale, realizzando una marcata incidenza sulla parabola evolutiva del sistema⁹⁶, all'art. 5, precisa che «L'autorizzazione prevista dall'articolo 96 della Costituzione spetta alla Camera [alla quale] appartengono le persone nei cui confronti si deve [agire], anche se il procedimento riguarda *altresì* soggetti che non sono membri del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati». Continuando, «Spetta al Senato della Repubblica se [i soggetti fanno parte di] Camere diverse» ovvero si devono perseguire «*esclusivamente*» individui che non sono componenti di una delle diramazioni del Parlamento⁹⁷. Qualora gli indagati appartengono a distinti settori dell'organo legislativo, oppure – almeno sembrerebbe – tra gli inquisiti figurino non parlamentari, la competenza è attribuita al Senato della Repubblica⁹⁸. La soluzione, evidentemente, intende rispondere all'esigenza di assicurare l'uniformità delle decisioni sulla procedibilità o meno in ordine ad un medesimo fatto addebitabile a più persone.

La Camera competente alla delibazione è individuata, quindi, sulla base del criterio dell'appartenenza ad una delle Assemblee di coloro contro cui si procede, avendo riguardo al momento dell'instaurazione del procedimento e non al *tempus commissi*. Si sostiene che il metro di misura scelto «obbedisce ad una logica non del tutto coerente, dato che la speciale disciplina prevista dalla nuova normativa si applica nei confronti dei componenti del Consiglio dei ministri in quanto tali – più precisamente, in quanto soggetti di imputazione di reati ministeriali – e non già in quanto eventualmente deputati o senatori». Sicché, pur non volendo impegnare il Parlamento in seduta comune «per ragioni di snellezza proce-

⁹⁶ La legge era preceduta dalla l. 20 maggio 1988, n. 163 intitolata, «*Disciplina transitoria delle attività istruttorie per i procedimenti di cui agli articoli 90 e 96 della Costituzione*», che, riempiendo il vuoto creatosi in seguito alla consultazione popolare del 1987 (l'esito plebiscitario confermò l'esigenza, oramai consolidata nella coscienza popolare, che ai reati ministeriali non dovesse essere più riservato un foro speciale di natura politica, né, tanto meno, procedure particolari rispetto all'ordinamento processuale ordinario). Era un provvedimento "a termine", destinato ad introdurre la disciplina transitoria delle attività istruttorie per i procedimenti di messa in stato d'accusa, che sarebbe rimasta in vigore sino al 31 dicembre 1988, non oltre il varo della l. n. 1 del 1989 con cui è stata operata la costituzionalizzazione di gran parte del procedimento per i reati ministeriali. La legge n. 163 attribuiva alla Commissione inquirente, transitoriamente, gli stessi poteri che hanno a disposizione, di solito, le Commissioni permanenti della Camera quando procedono, nelle materie di loro competenza, all'espletamento di indagini conoscitive tese «ad acquisire notizie, informazioni e documenti utili alle attività della Camera» (cfr. Reg. Camera): nel senso di poter invitare presso di sé, senza alcun obbligo, persone in grado di fornire elementi, ritenuti utili ai fini dell'indagine sui Ministri. Meritevole d'apprezzamento l'art. 2, comma 3, l. n. 163 del 1988 quale «primo significativo trapasso di poteri dall'organo parlamentare alla magistratura ordinaria» (la Commissione avrebbe dovuto richiedere al procuratore della Repubblica del tribunale competente il compimento di quegli atti d'indagine necessari ma che essa non poteva più acquisire direttamente) (v. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi d'accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, cit., 156).

⁹⁷ Pertanto l'"appartenenza" di un Ministro ad una Camera trascina con sé anche gli altri soggetti coinvolti nell'illecito nell'ambito della competenza dell'Assemblea cui egli appartiene. E questo anche se tra i coimputati vi siano soggetti che ricoprono la qualifica di parlamentare: questa parrebbe l'interpretazione prevalsa nell'applicare la disposizione. V. L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri*. Art. 96 Cost., cit., p. 452, nt. 2. Sottolinea L. Mazarroli, sub art. 5 legge 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 490 come la competenza sembri attribuita, di regola, al Senato. «(...) quasi a voler dare più rilievo allo status dell'inquisito».

⁹⁸ L. Mazarroli, sub art. 5 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 490 dopo aver premesso, come appena segnalato, come, alla luce della disposizione, la competenza «appaia proprio attribuita, in linea generale al Senato», evidenzia che, «a conferma d'una tale impostazione (...), nel caso di un giudizio contro un ex Ministro, ex appartenente alla Camera dei Deputati, per un reato commesso nell'esercizio delle sue funzioni ministeriali, la competenza per l'autorizzazione a procedere è da ritenersi spetti, comunque, al Senato». In merito, v. anche L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 474 che reputa carente di giustificazione la scelta della competenza monocamerale ai fini della concessione o del diniego dell'autorizzazione, dato che «trattandosi di valutazione relativa alla tutela di interessi rilevanti ex Costituzione nell'esercizio dell'attività di Governo non si vede in effetti perché debba aver rilievo un criterio estrinseco di appartenenza ad un ramo del Parlamento». L'A. mette anche in guardia sul rischio che tale soluzione, «risultato riduttivo di intenzioni inizialmente più impegnative», possa comportare una giurisprudenza parlamentare discordante tra le due Camere, in ragione di valutazioni non omogenee ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. Ad ogni buon conto, osserva G. Di Raimo (*La legge costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. cost.*, 1988, pt. I, p. 596), ai fini della individuazione della Camera competente, viene in rilievo l'appartenenza «attuale», ossia nel momento dell'autorizzazione non del fatto commesso.

durale», «sarebbe stato (...) preferibile – in un’ottica di auspicata differenziazione delle funzioni assegnate alle due Camere – attribuire ad una sola di esse ogni competenza in materia»⁹⁹.

In controtendenza, invece, proprio avverso l’autorizzazione a procedere monocamerale sono stati mossi attestati di biasimo: non è ridotto il rischio che ciascun lato del Parlamento possa agire secondo logiche proprie e non omogenee, causa di distinguo fra i Ministri inquisiti a seconda dell’Assemblea che si esprime *ex art. 9*, comma 3, l. n. 1 del 1989. In altri termini, si ammonisce, la soluzione prescelta potrebbe essere il pretesto di squilibri “giurisprudenziali” tra le Camere e non sono escluse nemmeno deliberazioni contraddittorie e potenzialmente antitetiche nell’ambito dello stesso procedimento¹⁰⁰.

La fase parlamentare è disciplinata dall’art. 9, l. n. 1 del 1989 – e dai Regolamenti del Senato e della Camera dei deputati – ai sensi del quale il Presidente della Camera competente «invia immediatamente» alla Giunta per le autorizzazioni a procedere gli atti rimessi dal procuratore della Repubblica, esaurite le indagini per mano del collegio per i reati ministeriali¹⁰¹.

Starà per prima cosa ai soggetti interessati illustrare la chiave di volta del loro comportamento (attivo o omissivo) e le ragioni per cui hanno agito in vista di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o pubblico preminente nell’esercizio della funzione di Governo: a corollario, non devono fornire spiegazioni generiche, ma devono dimostrare che lo scopo dell’azione sta precisamente nella tutela o nel perseguimento di quell’interesse; potranno altresì (e dovranno) mettere in luce le circostanze che hanno indotto alla condotta deviante in presenza di un rischio per quell’interesse, dovendosi dimostrare, non asserire soltanto, che la causa del comportamento penalmente rilevante era la necessità di tutelarlo. Questa è l’ottica nella quale può collocarsi ogni intervento difensivo del Ministro o *ex Ministro* inquisito. Non gli è consentito in questa sede, dato il limitato, specifico oggetto della valutazione parlamentare, addurre argomenti o elementi difensivi d’altra natura. Non è infatti compito della Camera valutare poi la consistenza degli addebiti o giudicare sull’eventuale infondatezza di essi. Due fasi diverse, quindi, impiantate su indagini differenti per natura e finalità: giudiziaria l’una, politica l’altra. È all’Assemblea della Camera competente che le norme costituzionali affidano la decisione di dare o negare l’autorizzazione, in seguito ad una valutazione cui resta estraneo ogni apprezzamento in ordine alla fondatezza dell’accusa, alla sufficienza e consistenza degli elementi probatori (riservato rigorosamente all’autorità giudiziaria) perché deve vertere esclusivamente sulla causa politica dell’azione.

Nel silenzio del legislatore, non è dato comprendere il margine di intervento del compartecipe nell’illecito del Ministro in questo frangente procedurale. Laddove si ritenga che la pronuncia sull’autorizzazione a procedere si estenda (come sembra) a costui, dovrebbe essergli consentita una interlocuzione difensiva tesa a riferire in ordine alla sua posizione, quantomeno nelle forme del deposito di memorie scritte.

Il *plenum*, nel caso in cui l’autorizzazione sia richiesta contro più soggetti concorrenti nel reato, è tenuto a votare separatamente per ciascuno di essi. Le mozioni di diniego si intendono respinte, qualora non sia raggiunta la maggioranza assoluta dei voti favorevoli dei membri dell’Assemblea competente (dunque, una maggioranza qualificata per sottrarre il Ministro alla giurisdizione del giudice ordinario): «la reiezione di tali proposte è intesa come deliberazione di concessione dell’autorizzazione» (cfr. artt. 18-ter, comma 7, Reg. Camera e 135-bis, comma 8, Reg. Senato). Qualora, viceversa, la Giunta abbia espresso parere positivo alla concessione dell’autorizzazione e non ve ne siano stati difformi (di almeno venti deputati o senatori), la Camera competente non è chiamata a votare, «intendendosi senz’altro approvate le conclusioni della Giunta» (artt. 18-ter, comma 8, Reg. Camera e 135-bis, comma 8, Reg. Senato)¹⁰².

⁹⁹ F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, in *Boll. inf. cost. parl.*, 1989, 2, p. 103.

¹⁰⁰ L. Elia, *Premessa*, cit., p. 474 soggiunge che «in astratto, anche volendosi abbandonare lo scenario troppo solenne del Parlamento in seduta comune, si sarebbe potuto ricorrere a figure di atto bicamerale non legislativo, di deliberazione parallela delle due assemblee».

¹⁰¹ L’attività messa in atto dalla Giunta si rivela fondamentale non solo perché si eliminano le storture del vecchio sistema, ma soprattutto ai fini di un migliore, più corretto e informato esercizio del potere di decisione dell’Assemblea in ordine all’esistenza o meno dei motivi specifici che consentono di negare legittimamente l’autorizzazione.

¹⁰² Il rifiuto dell’autorizzazione segue ad alcune condizioni cristallizzate a monte (anch’esse politicizzate). Si traducono in un argine alla discrezionalità del Parlamento chiamato a sindacare esclusivamente la causa politica dell’illecito. Sulla tematica, L. Carlassare, *Il Consiglio dei ministri. Art. 96 Cost.*, cit., pp. 451 ss. Il potere autorizzatorio accordato al Parlamento, come si è accen-

Arduo negare che l'esegesi delle formule *ex art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989* che dovrebbero presiedere alla motivazione delle deliberazioni camerali di contenuto autorizzativo rappresenti uno dei nervi scoperti dell'opera novellatrice del legislatore. È stato ben rilevato da autorevole dottrina che «con la riforma del 1989 si è voluto [attestare]» – e il «dato» non sembra «privo di valore» – «che le Camere non sono legittimate a decidere secondo *bon plaisir*»¹⁰³, ma devono, per riscontrare se un componente del Governo abbia trasgredito la legge, controllare se i comportamenti ministeriali siano o meno giustificati dalla tutela di «beni o interessi direttamente ed esplicitamente protetti nella [C]arta costituzionale» ovvero «beni [garantiti] indirettamente o implicitamente in Costituzione»¹⁰⁴. Quindi, il sindacato del Parlamento, chiamato ad una valutazione comparativa tra l'interesse leso dal reato e quello perseguito dal Ministro, potendo anche soffocare sul nascere, in via definitiva, la pretesa punitiva dell'ordinamento, non deve correre il rischio di scivolare nel *merum arbitrium*¹⁰⁵ e, perché questo non accada, non dovrà «confondere i beni e gli interessi pubblici», salvaguardati dalla enunciazione dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, «con beni o interessi di gruppi, partiti o correnti»¹⁰⁶; ma, piuttosto, sostanzarsi in quel «tipo di valutazion[e] che [quasi sempre sorregge] l'accertamento delle cause di giustificazione, quali circostanze esimenti, che eliminano in modo obiettivo l'antigiuridicità dei fatti, altrimenti qualificati come reati»¹⁰⁷.

A tirare le fila del discorso, le Camere hanno il dovere di verificare, con imparzialità, se i membri dell'Esecutivo abbiano agito formalmente *contra legem*, ma sostanzialmente *secundum legem*, intendendo come costitutivi di questo parametro determinati interessi riferibili alla Costituzione in via diretta o non dichiaratamente¹⁰⁸. Questo vaglio è attribuito alle Camere e non ad organi giurisdizionali, poiché involge anche un giudizio relativo ad esigenze e fenomeni di natura politica, che le prime sono più idonee dei secondi ad esprimere. La politica, tuttavia, non deve tramutarsi affatto in un *favor* per i Ministri indagati, bensì in una equilibrata analisi circa la correttezza della loro condotta, da improntare al rispetto (dei valori) della Costituzione. Sia chiaro: il Parlamento opera un sindacato *anche* politico, ma non deve adottare una decisione puramente politica, intesa come azione volta a garantire l'impunità di membri dello schieramento maggioritario nell'ambito delle stesse. Dato il suo ruolo in qualche modo imparziale, i rami dell'organo per tradizione fautore delle leggi deve avere una potestà circoscritta alorché il suo intervento possa essere od apparire benevolo per il Governo¹⁰⁹.

nato all'inizio, non significa prefigurazione di un congegno cautelativo nei confronti del Governo, ma di vincoli teleologici e di rilevanza giuridica che ingabbiano la discrezionalità delle Camere senza alterare la politicità del relativo atto.

¹⁰³ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 468 che, con tale considerazione, replica a chi ha evidenziato «la gravità del ricorso a cause di giustificazione speciali, che possono condurre ad una differenziata valutazione dell'area del penalmente illecito (F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 97 ss.), mentre nella disciplina precedente le peculiarità erano di natura processuale. L'A., elaborando, appunto, un distinguo con l'odierna normativa, è tagliente: «Ma è facile rispondere che si trattava più di apparenza che di sostanza, poiché il potere di messa in stato d'accusa da parte del Parlamento si esercitava in condizioni tali che l'arbitrio delle scelte "sostanziali" poteva oscillare da un minimo ad un massimo».

¹⁰⁴ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 469 s. il quale spiega che «(...) la soluzione prescelta dal legislatore [è] positiva perché costringere un collegio a motivare la sua decisione significa comunque ridurre la eventualità di deliberazioni arbitrarie. Se questo è vero, almeno sul piano normativo, non è neppure giusto sottolineare troppo che la discrezionalità del Parlamento in questa sede è pur sempre politica. Certamente è politica, ma non è illimitata. Non è così ristretta come quella del giudice che deve applicare la pena, ma non è neppure senza limiti come quando il Parlamento stesso opera scelte puramente politiche e perciò assolutamente libere. Questo tipo di discrezionalità si esprime anzitutto nell'identificazione del bene o dell'interesse costituzionalmente da tutelare ed in secondo luogo nella valutazione (ed ecco la garanzia per la funzione di governo) che nell'esercizio di essa il ministro abbia agito per tutelarlo o per perseguirlo».

¹⁰⁵ A. Ciancio, sub *art. 96 Cost.*, cit., p. 1877.

¹⁰⁶ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, p. 469: «Malgrado i pericoli di dilatazione a fine assolutorio di tal[i] formulazion[i] è impossibile confondere i beni e gli interessi pubblici da essa protetti con beni o interessi di gruppi, partiti o correnti. In pratica lo si potrà fare: non ci illudiamo sulla non aggirabilità di queste formule. In ogni caso deve essere valorizzato nella prassi il tentativo di fornire dei parametri al giudizio motivato di ciascuna Camera in questa materia».

¹⁰⁷ A. Ciancio, sub *art. 96 Cost.*, p. 1877.

¹⁰⁸ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 469.

¹⁰⁹ La strada prescelta dalla dottrina prevalente, oltre che cauta e in simmetria con la corrente struttura processuale, scansa indebite invasioni di campo e meglio tutela, impedendo un affievolimento delle corrispondenti garanzie, la posizione del coindagato non Ministro al quale si dovrebbe estendere l'autorizzazione a procedere rilasciata dalla Camera competente.

Calandosi, invece, per un attimo, nella procedura, va ricordato che l'Assemblea, che si riunisce entro sessanta giorni¹¹⁰ dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente della Camera competente¹¹¹, a maggioranza assoluta dei suoi appartenenti, può «negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione insindacabile¹¹², che» il presunto reo «abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo» (art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989)¹¹³.

¹¹⁰ Sebbene contemplato in una norma di rango costituzionale, tale termine deve reputarsi meramente ordinatorio, non essendo comminate sanzioni per la sua inosservanza: F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 102.

¹¹¹ Bisogna chiarire che tale attività presuppone adempimenti preparatori. Il Presidente della Camera competente ex art. 5 l. n. 1 del 1989 «[inoltra] immediatamente alla giunta competente per le autorizzazioni a procedere in base al regolamento della Camera stessa gli atti trasmessi a norma dell'articolo 8». Dal canto suo, la Giunta, «[relaziona] all'assemblea della Camera competente con relazione scritta, dopo aver sentito i soggetti interessati ove lo ritenga opportuno o se questi lo richiedano»; questi ultimi possono avere l'opportunità di prendere visione della documentazione (A. Mazzaroli, sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, p. 505 dichiara che il parere della Giunta debba formarsi unicamente «sulla base degli elementi di conoscenza ricavabili dagli atti inviatili, con l'unica eccezione della possibilità di integrare tali elementi attraverso la diretta audizione degli interessati»). Dalla normativa Regolamentare si apprendono una serie di dati. La Giunta ha una veste puramente referente, differendo radicalmente da quella della Commissione inquirente, cui erano precedentemente attribuiti ampi poteri decisori definitivi. Del resto, ha un peso ridotto di quello dell'Assemblea nella quale risiede, in via esclusiva, il potere di decisione. La Giunta, nel caso in cui si consideri incompetente e, quindi, ritenga che non spetti alla Camera deliberare sulla richiesta di autorizzazione, propone al braccio del Parlamento investito la restituzione degli atti all'autorità giudiziaria. Nel caso opposto, chiederà, con riferimento ai singoli individui, la concessione o il diniego di autorizzazione. Ad almeno venti deputati o senatori – ovvero anche «uno o più presidenti di gruppi che, separatamente o congiuntamente risultino [come minimo] di pari consistenza numerica» alla Camera dei Deputati –, fino al termine della discussione in Assemblea, è concesso proporre pareri scostanti rispetto a quelli della Giunta, mediante la presentazione di o.d.g. motivati.

¹¹² Anche se nulla trapela dalla traccia normativa, ove, l'autorizzazione sia negata per motivi eterogenei, l'autorità giudiziaria dovrebbe poter proporre conflitto; cosa, che dovrebbe accadere anche quando il “permesso” non venga rilasciato senza la prevista maggioranza assoluta. Si è, però, ridimensionata la insindacabilità della delibera, offrendone una interpretazione conforme a Costituzione. Se, difatti, la l. cost. n. 1 del 1989 ha voluto introdurre una netta separazione di competenze tra l'autorità giudiziaria e gli organi politici, per porre fine agli abusi cui si prestava il precedente sistema di giustizia politica, una esorbitanza delle Camere dall'oggetto della loro valutazione o, comunque, senza il rispetto di norme procedurali (si pensi all'ipotesi in cui la Camera negasse l'autorizzazione perché il fatto non sussiste o perché non costituisce reato, ovvero attinenti alla ricostruzione del fatto e alla sua qualificazione giuridica; oppure qualora una decisione denegativa fosse assunta, appunto, in mancanza del *quorum* richiesto o dalla Camera non competente, oppure in difetto assoluto di motivazione, ovvero i presupposti della decisione fossero totalmente inesistenti e, quindi, non fosse riconducibile alcun fine di tutela di un interesse pubblico nella condotta del Ministro), violerebbe, con tutta evidenza, la «riserva di giurisdizione (...) chiaramente stabilita e dalla lettera e dalla ratio della nuova normativa di revisione (...) mediante violazioni di regole poste dalla normativa di rango costituzionale, non potendo, pertanto, ritenersi esente da sindacato». V. L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 472 (conf. G. Di Raimo, *Contributo ad una riforma dell'accusa parlamentare*, in *Giur. cost.*, 1987, pt. I, p. 428. Si scorge, A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, cit., p. 161 per cui qualora non si accogliesse una interpretazione restrittiva del vocabolo «insindacabile», la conseguenza sarebbe quella di introdurre «surrettiziamente, un elemento in grado di contraddire la logica cui si è ispirato il legislatore costituzionale nella riforma della “giustizia politica” riguardante i Ministri, cioè il recupero, salvo casi eccezionali, dell'ordinaria legalità»). È faticoso cogliere la logicità di un inciso così equivoco come quello di verifica insindacabile. Si è soliti asserire che la norma costituzionale richiede una percezione diffusa nelle Assemblee parlamentari dell'esigenza sotto la cui spinta avrebbe agito il Ministro al quale si intenda evitare il processo penale. Proprio questo “considerando” servirebbe a depurare, almeno, in via teorica, la possibilità di contrabbandare capziosamente per valori ed interessi appartenenti ad una sfera superiore da un punto di vista costituzionale altri, meno nobili, di differente tipo, limitando fortemente la natura politica della delibera parlamentare. In questo contesto, sembra davvero illogica una previsione normativa tesa a sottrarre al controllo della Corte costituzionale, nei casi concreti, il modo con il quale le Camere esercitano il potere loro attribuito, sia pure con esclusivo riferimento ai vizi del procedimento oppure per omessa o errata valutazione dei presupposti, di volta in volta, richiesta per il valido esercizio di esso. Dovrebbe, invece, essere preclusa anche al Giudice delle leggi la successiva (ri)valutazione nel merito delle delibere parlamentari che neghino l'autorizzazione a procedere nei confronti dei Ministri, allorché le Assemblee abbiano legittimamente “filmato” l'interesse riconducibile al dettato costituzionale o alla preminente funzione di governo che prevale, a loro insindacabile giudizio, sull'interesse all'incriminazione. Partendo da queste premesse, una deliberazione della Camera competente, sia pure assunta a maggioranza assoluta, che rifiutasse l'autorizzazione a procedere nei confronti di un Ministro sulla base di semplici ragioni di opportunità politica o senza indicare chiaramente a quale valore particolare si collega il diniego, non dovrebbe essere insindacabile al punto da precludere all'autorità giudiziaria destinataria della delibera parlamentare la facoltà di sollevare un conflitto di attribuzione da configurarsi ancora come contestazione del modo di esercizio, nel caso concreto, del potere incontestabilmente spettante all'organo parlamentare. Se si condividono le osservazioni sommariamente svolte, si può accedere ad un'interpretazione restrittiva, ma non per questo, meno plausibile, dell'intercalare insindacabile con il quale il legislatore costituzionale avrebbe inteso affermare come, in ogni caso, il rifiuto dell'autorizzazione concluda la fase parlamentare del giudizio relativo ai Ministri senza che nessuno ne possa contestare il merito e come la decisione dell'Assemblea non possa essere direttamente disattesa dal giudice ordinario. Cfr., per un parallelismo, in giurisprudenza, C. cost., sent. n. 1150 del 1988 circa la prerogativa parlamentare ai sensi dell'art. 68 Cost.

¹¹³ Cfr. Cass., sez. V, 5 maggio 2011, n. 18888, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3404: «In tema di autorizzazione a procedere per reati ministeriali,

Tutto questo senza che all'Assemblea sia permesso ingerirsi nel vaglio «attinente all'accertamento dell'eventuale illecito ed alla configurazione del fatto-reato»¹¹⁴, incombenza già evasa dal collegio inquirente. La valutazione della fondatezza dell'accusa è riservata alla magistratura. Ciò, è racchiuso fedelmente in questa testimonianza: «i presupposti per il diniego della autorizzazione debbono necessariamente inerire ad un fatto configurato come reato, secondo legge, dal [tribunale dei Ministri]; senza che in sede parlamentare si possa negare l'esistenza dell'elemento soggettivo necessario ad integrare quella specifica fattispecie criminosa»¹¹⁵.

Non è azzardato dire che la particella disgiuntiva *ovvero*, immessa nell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, rende insostenibile l'incorporabilità della prima formula nella seconda e, quindi, vale a smentire esegesi che ne rimpiccioliscono il senso, proponendone una tendenziale sovrapposizione. Mentre, si è congegnata una disposizione in versione bloccata, contenente una doppia ipotesi per un obiettivo non generico: restringere il meno possibile lo spazio di manovra della delibera parlamentare, affinché la relativa diagnosi, per quanto imperniata su criteri dotati di una certa elasticità o mutevolezza, non risulti aleatoria, ma calibrata¹¹⁶. La previsione, quindi, non consegna alla Camera competente, *sic et simpliciter*, un potere discrezionale, ma, prescrivendo, in modo tassativo, i criteri in base ai quali soltanto l'autorizzazione può essere negata, restringe le facoltà dell'organo parlamentare e l'obbliga a motivare congruamente in ordine all'eventuale applicazione di tali requisiti¹¹⁷. Non sembra di sbagliare neanche quando si medita che il dettame costituzionale di cui si parla, se non altro nei proponimenti, avrebbe dovuto convergere in quel perché al restaurato processo ministeriale si sarebbe dovuto pensare come meccanismo di riequilibratura tra diritto e politica all'interno di una logica di valori di vertice, refrattaria ad ogni irreggimentazione nelle dimensioni del diritto comune e senza che, per questo, ad essa il giurista debba guardare con ingiustificata diffidenza.

Gli entusiasmi, tuttavia, si appannano non appena si tenti di disegnare i contorni delle locuzioni che, appunto, avrebbero dovuto guidare la decisione parlamentare: il comma 3 dell'art. 9, l. n. 1 del 1989, l'elemento più appariscente dell'innovazione, sembra echeggiare, a scapito del sacrificio del rigore terminologico, fattori di ambiguità e d'incertezza destinati a divenire sempre più acuti. Non era facile, comunque, innestare e coordinare l'ingerenza del Parlamento su e quanto avrebbe dovuto prendere una piega essenzialmente ordinaria.

Con queste premesse, l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 schiude ad una duplice riflessione: quale sia la natura giuridica dell'autorizzazione camerale al giudizio per i Ministri e quella dei parametri teleologici e di rilevanza giuridica sui quali deve vertere (si sono sviluppate una miriade di ipotesi interpretative divaricate su due fronti: soggettivo e oggettivo).

Per quanto concerne la prima, è chiaro che, vincolata a motivi obbligatori e, per questo, non propriamente discrezionale, a differenza di quel che avveniva ante-riforma, essa presenta, per *communis opinio*, tratti *sui generis* o, se si preferisce, *extra ordinem*. Attiene alla responsabilità funzionale del membro dell'E-

il potere di negare l'autorizzazione, che pure è qualificato come [definitivo] dall'art. 9, comma 3, l. cost. n. 1 del 1989, è peraltro previsto, sulla base dell'art. 96 Cost. e della disciplina contenuta nella legge costituzionale, soltanto nel caso di reato avente natura ministeriale, cioè commesso nell'esercizio di tali funzioni, e la presupposta valutazione sulla natura ministeriale o meno del reato ipotizzato a carico del ministro, ossia la qualificazione della condotta come commessa "nell'esercizio delle sue funzioni", ai fini del processo, rientra nei poteri esclusivi della autorità giudiziaria procedente e non del Parlamento». Resta dietro l'angolo il pericolo di un *revirement* della Suprema corte data l'aggressività del potere politico.

¹¹⁴ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 467. C. Pansini, *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, in *Indice pen.*, 2000, p. 211 parrebbe abbozzare ad un intervento del collegio in questa ottica: «Una volta esclusa, poi, dall'Assemblea l'esistenza di iniziative d'accusa affrettate e/o ideologicamente condizionate».

¹¹⁵ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 471.

¹¹⁶ A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 7 scrive: «Dovrebbe essere escluso, (...) che un qualsiasi valore, anche di rilievo costituzionale, possa giustificare la lesione di un diritto inviolabile» e «L'adempimento di un dovere inderogabile può esser contemperato con l'esercizio di un [bene fondamentale] solo attraverso un'interpositio legislatoris e mai comunque può giustificare un puro e semplice sacrificio di questo». V. anche Id., *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, pt. I, p. 1828.

¹¹⁷ L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 470 reputa positivamente la soluzione prescelta «perché costringere il Parlamento a motivare la sua decisione significa comunque ridurre la eventualità di [pronunce] arbitrarie». Precisa, tuttavia, A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri: disegno costituzionale e legge di riforma*, cit., p. 71 che l'obbligo di specifica motivazione gravante sulle Camere, in conseguenza della ritenuta insindacabilità della decisione parlamentare, non è assistito da sanzioni diverse dalla responsabilità politica.

secutivo, non essendo attribuita rilevanza all'attualità della carica governativa¹¹⁸; ciò, è reso evidente dall'inciso «anche se cessati dalla carica» contenuto nell'art. 96 Cost. Il vero *discrimen* dell'istituto, unitamente all'introduzione del *quorum* qualificato per il rifiuto dell'autorizzazione, sta nel fatto che un diniego dell'autorizzazione a procedere estingue l'azione penale in via definitiva e non ne sospende solamente l'esercizio.

Senza insistere oltremisura, partendo dalla considerazione per cui i requisiti *ex art. 9*, comma 3, l. n. 1 del 1989 rappresentano dei criteri e/o dei parametri valutativi, si giunge ad affermare che dall'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989 – il quale prevede, per il caso di concorso nel reato di più soggetti, l'indicazione, da parte dell'Assemblea, del concorrente a cui non si riferisca il diniego dell'autorizzazione – si desume il carattere soggettivo della deliberazione parlamentare e della sua natura di condizione di procedibilità¹¹⁹. «In ogni caso l'autorizzazione in esame costituis[ce] “una *species* autonoma” rispetto alle ordinarie condizioni di procedibilità tramandateci dalla dottrina penalistica»¹²⁰. La conclusione è considerata non soddisfacente da altri: «la qualifica più ampia data all'autorizzazione (...) consentirebbe di distinguerla maggiormente dalle autorizzazioni *ex art. 68* cost., sottolineando il contenuto decisivo diverso, ed assai più pregnante, proprio della deliberazione adottata *ex art. 9*». Poi, si rimembra che le condizioni di procedibilità «non comprendono quei fatti “materialmente o psicologicamente” riconducibili all'agente (...), (per cui) si esclude che in esse rientri il possibile nocumento agli interessi nazionali nel delitto di infedeltà in affari di Stato (...); ora, le circostanze *ex art. 9.3* L. Cost. – correlando anch'esse l'attività dell'agente ad un interesse statale o pubblico – si pongono in un rapporto di sostanziale equivalenza rispetto alla fattispecie dianzi considerata, il che indurrebbe ad escluderne la configurabilità come condizioni»¹²¹.

L'argomento focale dell'intera novella costituzionale del 1989 concerne però il significato delle due notazioni schematiche *ex art. 9*, comma 3, l. n. 1 del 1989 il cui filo divisorio è estremamente sottile. D'altro canto, le ipotesi giustificative sono individuate con frasi rituali dai confini abbastanza nebulosi declinabili in abusi (talora celati da rispettabili argomentazioni di carattere giuridico)¹²² e predisposte ad una amplificazione dell'apprezzamento parlamentare; sicché, non è semplice stabilire, in astratto, quali siano gli interessi dello Stato aventi rilievo costituzionale e i preminenti interessi pubblici nell'eseguire le funzioni di Governo¹²³ che, costituendo la condizione dell'agire dei Ministri, possono avere l'effetto

¹¹⁸ P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 215 s. L'A., che pure classifica il lasciapassare *ex art. 9* l. n. 1 del 1989 come “autorizzazione a procedere”, ha premura di sottolineare che essa si accosta «allo svilupparsi della dinamica del procedimento penale»; il che, in modo «significativamente divers[o]» rispetto a quanto succede ai sensi dell'art. 343 c.p.p. Mentre, infatti, l'istituto regolato da quest'ultima norma «presuppone, necessariamente, una notizia di reato oggettivamente e soggettivamente sussistente e formalmente delineata in ragione della pregressa iscrizione nel registro di cui all'art. 335 [c.p.p.], quella prevista dalla legge costituzionale 1/89, viceversa, si pone, eventualmente, al termine dello svolgimento di un complesso di attività volte a verificare l'effettiva sussistenza di una notizia di reato “ministeriale”». Con questo, egli ribadisce «l'assoluta peculiarità (...) della riconduzione della autorizzazione a procedere “ministeriale” nell'ambito delle “condizioni di procedibilità”». Per una visione d'insieme sull'istituto dell'autorizzazione a procedere nel settore oggetto del presente lavoro, M. Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., p. 165 ss.

¹¹⁹ A. Toschi, sub *art. 11 l. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 513 sostiene che «l'art. 4, comma II, della legge di attuazione ha opportunamente precisato che la Camera competente deve determinare l'estensione soggettiva del diniego di autorizzazione, indicando a quale concorrente esso “non si riferisce”. Va però sottolineato che nemmeno tale ultima previsione chiarisce se – indipendentemente dalla fisionomia ad essa attribuita nello schema processuale – le circostanze su cui verte il giudizio autorizzativo abbiano carattere oggettivo o soggettivo».

¹²⁰ E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 176 s. V. anche G. Scaccia, *Camere e Tribunale dei Ministri: primi problemi applicativi della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2081 ss. (spec.te p. 2086) che considera l'autorizzazione parlamentare «una condizione di procedibilità *sui generis*». Secondo l'A., in effetti, «l'intervento parlamentare, adiaforo rispetto alla condotta criminosa, non sovrappone al giudizio di illiceità della legge penale [quello] di liceità *ex Costituzione*, ma si appaga di produrre effetti meramente processuali di arresto del procedimento. Non pretende di negare l'esistenza del reato, di espungerlo dal mondo giuridico, ma si accontenta di impedire l'ulteriore corso del procedimento e la possibile applicazione di una sanzione penale a salvaguardia della funzione esecutiva».

¹²¹ A. Toschi, sub *art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Legislazione pen.*, p. 504, nt. 17.

¹²² Ora, che la forbice tra l'aspirazione all'eguaglianza di trattamento e di garanzie tra Ministri e cittadini – che avrebbe richiesto la sottoposizione dei primi, senza condizione alcuna, all'autorità giudiziaria ordinaria – e l'interposizione di un vaglio parlamentare sia ampia è palese. Ma, l'attuale impianto costituisce pur sempre un passo avanti rispetto al passato, a quando il Parlamento poteva trincerarsi dietro la non sufficienza delle prove per salvare il Ministro inquisito.

¹²³ È stato rilevato «quanto poco puntuali» siano le figure-parametro contenute nella norma: «se, infatti, gli “interessi dello

di impedire la celebrazione del processo penale nei loro confronti¹²⁴.

Proprio per questo, i primi commentatori della disciplina sottolineavano la necessità di valorizzare, nella prassi, l'esistenza di tali criteri e l'opportunità che l'intervento parlamentare, senza mai scadere in luoghi comuni generatori di equivoci, ne tenesse conto in sede di motivazione: quest'ultima dovrebbe in primo luogo identificare il bene o l'interesse costituzionale da assicurare e, dopo, valutare come la condotta posta in essere dal Ministro o dal Presidente del Consiglio abbia inteso tutelarla¹²⁵; solo in questa maniera si scongiura che l'autorizzazione a procedere generi un arbitrio.

Ponendosi da una visuale più lata, si è scritto che i criteri prefissati dal legislatore e a cui il Parlamento deve attenersi per respingere l'istanza di autorizzazione sono «canoni di valutazione che fanno riferimento a una sorta di giustificazione "politica" della condotta posta in essere dai componenti del Governo. Tant'è che vi è stato chi ha ritenuto di essere di fronte a un "condizionamento" estraneo al processo e riconducibile, piuttosto, sul piano del diritto sostanziale»; ma, «tale impostazione lascia perplessi. Invero, i parametri indicati nell'art. 9, l. Cost. n. 1 del 1989, non pare possano essere letti nel senso di prefigurare una natura sostanziale di tale prerogativa. I criteri suddetti, piuttosto, costituiscono delle linee guida alle quali il Parlamento è chiamato ad attenersi nel negare l'autorizzazione a procedere, ma non consentono all'organo parlamentare di esprimere un giudizio sulla liceità della condotta pari a quello proprio dell'autorità giudiziaria in presenza di una causa di giustificazione». In altre parole, le condizioni *ex art. 9, l. n. 1 del 1989* «non paiono configurabili quali cause scriminanti, ma rappresentano i parametri di giudizio volti a orientare la valutazione del Parlamento circa la concessione o meno dell'autorizzazione a procedere richiesta dall'autorità giudiziaria per proseguire il procedimento»¹²⁶.

Restringendo il campo, secondo la dottrina, per «interesse dello Stato costituzionalmente rilevante» si intende quello «che trova riscontro nei valori della Costituzione; la parola "Stato" forse è ultronea, ogni [bene] a tale livello appartenendo innanzi tutto alla collettività e ponendosi [esso] come ultima garanzia del sistema»¹²⁷. Sembra di poter dire che nella sfera rientrano anche gli interessi avvinti a quelli attinenti la vita dello Stato da un rapporto di condizione strumentale, nel senso che il loro pregiudizio

Stato costituzionalmente rilevanti" possono essere identificati con [quelli] che la Costituzione prende in considerazione, e cioè con [i beni] che essa oggettivamente considera fondamentali per la vita dello Stato, resta il fatto che il riportare la fattispecie delittuosa ad uno qualunque di questi valori appare attività del tutto soggettiva». Il secondo canone differisce dal primo in quanto la valutazione della preminenza, legata alla funzione, si riferisce a valori solo indirettamente o implicitamente tutelati: la cui individuazione, quindi, appare maggiormente indefinita e dai margini più vaghi, sino a «fornire la scusa per far rientrare in tale concetto tutto ciò che si vuole». V. L.A. Mazzaroli, *sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit.*, p. 508.

¹²⁴ Per un tentativo di definizione del campo di applicazione delle espressioni scriminanti, v. G. Di Raimo, *La legge costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 600 che per interessi dello Stato costituzionalmente rilevanti intende «non solo i valori attinenti alla vita dello Stato esplicitamente o implicitamente richiamati dalla Carta costituzionale, ma anche quelli che (...) (*ad essi*) (...) siano legati da un rapporto di condizionamento necessario», mentre alla categoria degli interessi pubblici riconduce «gli interessi generali non riferibili allo Stato, ma concernenti la collettività nel suo insieme».

¹²⁵ E. Vivaldi, *La natura ministeriale del reato alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale: un punto di arrivo?*, *cit.*, p. 4.

¹²⁶ M. Montagna, *Condizioni di procedibilità*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, vol. III, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 166 s.

¹²⁷ A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, *cit.*, p. 7. E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, *cit.*, p. 181 dice che «Per interesse dello Stato costituzionalmente rilevante sembra doversi intendere un interesse non del solo governo, quale organo costituzionale, ma dell'intero stato, comprensivo, cioè, sia dello stato-ente e/o stato apparato, che dello stato-comunità. Tale interesse può anche non essere rinvenuto direttamente nella Costituzione (*contra*, L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, *cit.*, p. 469 il quale ritiene che la prima formula legislativa si riferisce a beni o a interessi direttamente ed esplicitamente protetti nella carta costituzionale, mentre la seconda formula legislativa allude a beni tutelati indirettamente o implicitamente in Costituzione; lo stesso A., all'uopo, precisa che l'interesse costituzionalmente rilevante consiste nei beni di sicurezza interna ed esterna dello Stato, mentre, per quello che riguarda l'interesse preminente, si tratta di interessi che indirettamente sono anch'essi costituzionalmente rilevanti, ma che lo appaiono meno quali l'approvvigionamento del petrolio o di fonti di energia del nostro paese), ben potendovi essere delle ragioni attinenti al vantaggio dello Stato non rinvenibili nella [Carta fondamentale], ma egualmente degne di tutela. In ogni caso, però, tale interesse, sebbene possa non avere un suo rilievo costituzionale, deve comunque essere collegato e/o collegabile ai valori attinenti alla vita dello Stato "da un rapporto di condizionamento necessario nel senso che il loro (suo) pregiudizio si traduca inevitabilmente nel pregiudizio degli altri». Si legga pure C. Murgia, *La giustizia politica in Italia e in Francia*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 166 secondo cui tra gli interessi costituzionalmente rilevanti «rientrano indubbiamente tutte le condotte poste in essere dai ministri a tutela dell'integrità interna ed esterna dello Stato. In particolare, vi rientrano le azioni compiute in difesa della patria minacciata dall'esterno, nonché quelle necessarie per assicurare il diritto di asilo agli stranieri perseguitati nei rispettivi paesi d'origine per ragioni politiche, e quelle tendenti a salvaguardare l'incolumità di cittadini italiani all'estero».

si traduce in quello dei secondi. Si è convinti, poi, nel sostrato dei beni che hanno spessore rientrino anche quelli che trovano sostegno a livello sovranazionale e comunitario.

Il concetto di «preminente» interesse pubblico, invece, si rivolgerebbe a «valori e interessi», all'occorrenza, riconosciuti come «fondamentali e tuttavia non» sempre individuati dal disegno sovraordinato¹²⁸; in definitiva, beni che abbiano una loro intrinseca rilevanza per la loro appartenenza agli scopi fondamentali e permanenti cui si rivolge l'azione dell'Esecutivo.

In ogni caso, osserva qualcun altro, «nelle intenzioni del legislatore costituzionale quelle richiamate restano ipotesi del tutto eccezionali nelle quali, rispondendo il comportamento illegittimo dei Ministri ad una esigenza superiore ed imprevedibile, può venir meno l'ordinaria pretesa punitiva dello Stato. Nei casi descritti, vale a dire, entrano in gioco valori diversi di cui, alla fine, uno deve prevalere sull'altro in base al bilanciamento che ne verrà fatto», in ogni singola vicenda, «dalle Assemblee parlamentari»¹²⁹.

Il sindacato sull'esistenza delle condizioni di cui si discute non può essere slegato completamente «da una qualunque valutazione sul fatto contestato. I fatti (...) non nascono auto-qualificati e per stabilire se ricorrano le ipotesi di cui all'art. 9 si deve necessariamente valutare l'illiceità della condotta»¹³⁰. E si prosegue: «Tale [vaglio], tuttavia, deve essere tutto interno al percorso logico-argomentativo teso a vanificare la sussistenza delle particolari condizioni previste dalla norma e non può, invece, sovrapporsi alla lettura della magistratura, arrivando, addirittura, al punto di alterare o ribaltare [il controllo] sulla fattispecie concreta compiuta da quest'ultima. Questa soluzione interpretativa, del resto, è la sola in linea con le ragioni ispiratrici della riforma del 1989: la tendenziale equiparazione della materia in questione ai meccanismi della giustizia comune»¹³¹.

Il riconoscimento dei menzionati parametri si colloca all'interno di un sistema di garanzie costituzionali che fonda la connotazione propria dello Stato di diritto, il quale è maturato attorno alla progressiva soggezione dei suoi organi al principio di legalità e, dunque, di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione. Ne consegue che la deviazione dalle ordinarie regole processuali è tollerata, quanto alla posizione del titolare di un'Istituzione, solo per lo stretto necessario, altrimenti scade in prerogativa illegittima, priva di espressa copertura costituzionale.

Come detto, l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 prevede che la Camera competente possa, «a maggioranza assoluta dei suoi componenti, negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, con valutazione [indiscutibile], che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo». È giunto il tempo di siglare la natura giuridica dei contenuti della previsione: non si tratta di una disquisizione dal sapore unicamente accademico, riversando conseguenze sulla figura del partecipante nell'illecito dei componenti l'Esecutivo.

¹²⁸ Sempre A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 7 il quale aggiunge «Il ricorrere di queste cause di giustificazione (...) vale ad escludere l'antigiuridicità del fatto; opera, dunque, nei confronti di tutti coloro che hanno concorso nel porlo in essere» (art. 5, l. n. 1 del 1989). Del resto, non se ne può negare il carattere oggettivo. A sentire E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit. p. 182 «per perseguimento di un preminente interesse pubblico sembra doversi intendere quel perseguimento di interessi, che, pur potendo non essere costituzionalmente rilevanti come nella prima fattispecie, abbiano in ogni caso una loro rilevanza, tanto da doversi ritenere preminenti e ricompresi nell'esercizio della funzione di governo. In altri termini, mentre nella prima ipotesi l'interesse dello stato-ente e/o stato-comunità perseguito dal Ministro inquisito non può non essere che costituzionalmente e permanentemente rilevante, onde poter assurgere a giustificazione del diniego di autorizzazione, nella seconda ipotesi giustificatrice l'interesse perseguito dal Ministro deve essere talmente importante, da dover essere ritenuto *preminente*: quindi, nulla esclude che anche per tale ultima ipotesi l'interesse perseguito possa essere costituzionalmente rilevante, come nella prima fattispecie, degradandosi tale rilevanza costituzionale da elemento obbligatorio e/o necessario ad elemento facoltativo e/od eventuale nel passaggio dalla prima alla seconda ipotesi giustificatrice legislativamente prevista dall'art. 9, comma III. Il che equivale a dire che, se nella prima ipotesi giustificativa l'interesse perseguito dal Ministro inquisito è talmente elevato, da dover essere costituzionalmente rilevante, essendo indispensabile (solo) che sia preminente». Mentre, ad avviso di G. Tranchina, *Autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1990, p. 484 la formula dei preminenti interessi pubblici nell'esercizio della funzione di governo «sembra decisamente fuor di luogo oltre che insignificante sul piano logico, dal momento che tutta l'attività di "esercizio della funzione di governo", per definizione, deve perseguire sempre "preminenti interessi pubblici"».

¹²⁹ A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, cit., p. 160.

¹³⁰ M. Luciani, *Chi decide delle garanzie costituzionali della politica*, in *Legislazione pen.*, 2012, p. 747.

¹³¹ L. Pace, *Reati ministeriali e conflitto di attribuzione. Una inammissibilità tutt'altro che scontata*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1654.

Si moltiplicano, in proposito, le interpretazioni concentrate su due assi portanti: il carattere soggettivo oppure oggettivo delle cause che demoliscono la responsabilità del Ministro. La loro analisi costringe a tornare su argomenti già spesi.

Una parte della letteratura ha esposto il bisogno di una ricognizione dei parametri sottoposti alla delibera dell'organo politico «al di fuori della condotta così come contestata dal collegio all'inquisito», «non *ex lege*, *sed ex Costituzione*», svelandosi «la contrapposizione tra diritto costituzionale e diritto legislativo, tra *jus positum* che ha fonte nella Costituzione e quello posto dalla fonte della legge»¹³². Operando un contemperamento tra valori in conflitto¹³³, secondo tale visione, si palesa la preminenza di interessi «immediatamente o mediatamente (...) riferibili alla Costituzione»¹³⁴ rispetto a quelli presidiati dalla norma penale, tale da eliminare l'antigiuridicità del fatto, secondo il procedimento valutativo proprio delle cause di giustificazione nel diritto penale¹³⁵.

Alla luce di tali asserzioni, si è sostenuto come l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 – che chiama il Parlamento a verificare se ricorrano precise e determinate circostanze di fatto – rappresenti «previsione apposita di due nuove cause di giustificazione», analogicamente accostabili, sotto alcuni aspetti, alla scriminante penalistica dell'adempimento di un dovere legittimo *ex art. 51 c.p.*: non sussisterebbero dubbi a che esse non possano in alcun modo ricondursi ad alcuna di quelle previste dalle norme del codice penale. Le scriminanti in parola si atterrebbero «non come semplici parametri cui la decisione debba essere informata, ma come vere e proprie esimenti, in presenza delle quali la condotta dell'inquisito, altrimenti illecita, deve ritenersi giustificata e conforme al diritto»¹³⁶. Tant'è che le deliberazioni

¹³² L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 471 e 473 s., nt. 22 si chiede: «può essere ancora considerata antigiuridica una condotta adottata per la tutela di valori costituzionalmente significativi? Essa sarà piuttosto illegale, ma pur sempre conforme ad una fonte del diritto superiore alla legge».

¹³³ A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, cit., p. 160 il quale asserisce che quelle previste dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 «restano ipotesi del tutto eccezionali, nelle quali, rispondendo il comportamento illegittimo dei Ministri ad una esigenza superiore ed imprevedibile può venir meno l'ordinaria pretesa punitiva dello Stato. Nei casi descritti, vale a dire, entrano in gioco valori diversi di cui, alla fine, uno deve prevalere sull'altro in base al bilanciamento che ne verrà fatto, di volta in volta, dalle assemblee parlamentari».

¹³⁴ Ancora L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, p. 469.

¹³⁵ V. P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, p. 241 ss. L'A., dopo aver ricordato come l'espressione usata in dottrina da L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 468, "ipotesi giustificative", per significare i parametri individuati dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, sia pregnante nell'esprimere la discrezionalità della valutazione parlamentare, fa notare come la stessa manifesti un significativo «aspetto di "comunanza" tra le situazioni disciplinate» da tale norma e «le "scriminanti" prese in considerazione (...) dalla normativa di diritto penale». E continua: la lettera dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 rappresenta «quella che può essere definita come la esplicitazione, ad opera del legislatore costituzionale, di un "bene" "superiore" rispetto a quello tutelato dalla norma penalistica in relazione alla cui pretesa violazione ad opera del ministro nell'esercizio delle sue funzioni, viene richiesta appunto l'autorizzazione. Superiorità che, attraverso il richiamo alla "prevalenza del vantaggio sul danno", ovvero al "bilanciamento tra beni in conflitto", viene in qualche modo posta a fondamento sostanziale, (...), delle cause di giustificazione prese in considerazione nell'ambito del diritto penale. In questa ottica, proprio la peculiare natura del "bene superiore" individuato da fonte di rango costituzionale, consente di ulteriormente evidenziare decisivi aspetti di "comunanza" tra le situazioni prese in considerazione dal comma 3 dell'art. 9 della L. Cost. 1/89 e le ordinarie cause di giustificazione, se è vero che in queste ultime, in ragione del peculiare interesse tutelato attraverso la realizzazione delle medesime, in quanto esprimenti esigenze proprie dell'intero ordinamento giuridico, viene ad essere negato il contrasto rispetto allo stesso, di un fatto altrimenti sicuramente illecito. Risultato che, *a fortiori*, non può non prodursi in relazione a interessi nei quali può dirsi ravvisabile addirittura, in un certo senso, la stessa essenza dell'ordinamento. In questa [prospettiva], infatti, giova evidenziare come gli interessi dello Stato costituzionalmente rilevanti siano stati individuati non solo nei "valori attinenti alla vita dello Stato esplicitamente o implicitamente richiamati dalla carta costituzionale ma anche quelli che privi di un diretto rilievo costituzionale, siano legati ai primi da un rapporto di condizionamento necessario (...). (...)». Arrivando a chiudere: se è vero che esiste un'affinità tra i criteri di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 e le scriminanti e in virtù del «principio di non contraddizione», un ordinamento non può, in contemporanea, «imporre o consentire e, contestualmente negare il medesimo fatto senza», in sostanza, «"rinnearsi"», applicando lo stesso ragionamento all'argomento di studio, si evince che, riguardo alle "clausole di salvaguardia ministeriali", «non può certo negarsi che l'ordinamento attribuisca al ministro, addirittura quale compito "precipuo", quello di tutelare gli interessi costituzionalmente rilevanti, nonché quello di perseguire i preminenti interessi pubblici nell'esercizio della funzione di Governo».

¹³⁶ Testualmente, F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 100 ss.: «Siamo dunque in presenza della previsione apposita di due nuove cause di giustificazione. Sotto questo aspetto, (...), la nuova normativa, in luogo di uniformarsi maggiormente alle regole comuni, se ne è viceversa viepiù discostata, la specialità della disciplina concernente i reati ministeriali estendendosi, dal campo processuale, anche a quello del diritto sostantivo, nell'ambito del quale le precedenti disposizioni non andavano oltre la mera previsione di una circostanza aggravante».

delle Camere ai sensi del citato art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 se, formalmente, «debbono qualificarsi come vertenti su autorizzazioni a procedere, mentre, sul piano sostanziale, hanno invece natura di decisioni sull'esistenza di cause di liceità e pertanto – ove tale esistenza affermino – equivalgono a sentenze inoppugnabili di proscioglimento nel merito perché il fatto non costituisce reato». La nuova disciplina perpetua, dunque, l'attribuzione ad organi parlamentari di funzioni ordinariamente proprie del potere giudiziario. La deroga al principio della separazione dei poteri assume, anzi, profili addirittura più penetranti, spingendosi fino al conferimento alle Camere del potere di adottare decisioni che hanno il valore sostanziale di sentenze, ossia del più tipico e più rilevante atto della giurisdizione».

Si è identificata, poi, in tali circostanze, una «causa di giustificazione *extra ordinem* valutata nella forma dell'autorizzazione», idonea ad escludere l'antigiuridicità del fatto e, tuttavia, per il profilo di interesse, passibile di estensione limitata solo ad alcuni correi, «in difetto di condizioni soggettive (e, cioè dell'intento di curare un interesse pubblico)»¹³⁷.

In ottica differente, nell'individuare nel dettato del comma 3 dell'art. 9, l. n. 1 del 1989 uno «stato di necessità politico-costituzionale», si è distinto, da una parte, il profilo formale dell'autorizzazione parlamentare, per il quale essa costituisce condizione di procedibilità; dall'altra, il suo profilo sostanziale, concernente i presupposti alla base della valutazione politica, idonei a sancire la piena liceità della condotta ministeriale, pur non intaccando la riserva di giurisdizione circa l'accertamento e la qualificazione del reato¹³⁸. Se, pertanto, si accede a considerare il carattere oggettivo della condizione, il difetto di antigiuridicità, l'estensione a tutti i concorrenti nel reato dovrebbe ritenersi necessaria. Ciò, tuttavia, contrasterebbe con il disposto dell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989, della cui legittimità, sotto il profilo del principio di uguaglianza, conseguentemente si è dubitato¹³⁹.

Percorrendo questa strada, che i criteri di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 possano ritenersi cause di giustificazione – e, come tali, oggettive – sembra a taluni smentito dal fatto che essi siano riferibili solo

te, contemplata pure dalla legge di riforma. Vi è, in altri termini, un ampliamento della tutela, che si realizza non già mediante la predisposizione di meccanismi procedurali, bensì – diversamente che in passato – attraverso una differenziata delimitazione dell'area del penalmente illecito. Il che suscita, invero, qualche fondata perplessità: se, difatti, si ritiene che l'aver agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico meriti di scriminare le condotte che costituirebbero altrimenti reato ministeriale, non si vede perché la stessa circostanza non debba determinare analogo effetto in riferimento ad ogni altra fattispecie di reato». V. pure C. Pansini, *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, cit., p. 211, nt. 21: «La formula, adottata dal legislatore costituzionale per esemplificare i parametri valutativi alla luce dei quali va negata l'autorizzazione a procedere, sembra individuare delle vere e proprie "scriminanti", giustificative dell'operato del ministro inquisito. Invero, e a ben guardare, non può trascurarsi la differenza tra siffatta autorizzazione rispetto a quella necessaria per sottoporre a procedimento penale o ad atti di coercizione i membri del parlamento (artt. 68 Cost. e 10, l. n. 1 del 1989); quest'ultima è collegata alla condizione soggettiva di parlamentare e richiede la verifica della mancanza di un *fumus persecutionis*; «la prima, viceversa – di competenza del parlamento, senza esclusioni di sorta –, appare più specificamente connessa alla funzione svolta dal ministro». E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 176, tuttavia, è dell'avviso che le due fattispecie dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 costituiscono criteri «di giudizio e/o dei parametri valutativi affidati al Parlamento per poter paralizzare, sul piano processuale, ove lo ritenga opportuno, l'azione penale nel frattempo intrapresa nei confronti del Ministro incolpato, ma in ogni caso esse non possono mai escludere l'antigiuridicità del reato».

¹³⁷ In base all'insegnamento di A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 7.

¹³⁸ A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, cit., p. 251 ss.

¹³⁹ Sempre A. Ciancio, sub art. 96 Cost., cit., p. 1879 e Id., *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, p. 268 ss. la quale afferma che «l'interesse superiore dell'ordinamento o c'è o non c'è e, nel primo caso, il suo effetto giustificativo dovrebbe estendersi a tutti coloro che hanno concorso nel reato, ciò che ben si concilia con la naturale *vis expansiva* delle esimenti al di là della consapevolezza della loro esistenza, ai sensi dell'art. 59 c.p.». Pertanto, l'A. mette in discussione la legittimità dell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989 «anzitutto per la lesione del principio di eguaglianza, allorché consente alla Camera, in occasione dell'appruzzamento delle circostanze cui è chiamata, di operare irragionevoli discriminazioni personali. In senso contrario, P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, p. 297 che ritiene superabile il contrasto con l'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989 sulla base della presenza nell'ordinamento di esempi di scriminanti a connotazione soggettiva, come quelli forniti dagli artt. 50-54 c.p. Si vuole riprodurre, per la importanza di quanto affermato ai fini dell'argomento in analisi, in maniera pedissequa, quanto scritto dall'A.: «(...) non osta certamente a questa interpretazione la precedente ritenuta configurabilità» delle figure ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 «nel novero delle "scriminanti", non solo non essendo accettabile per il giurista positivo il tentativo di ignorare le reali dimensioni degli istituti in nome di pretese immodificabili concettualizzazioni ma, per come in precedenza rammentato, tenendo presente che l'esperienza consente di ritagliare anche in settori diversi da quello in esame figure di "scriminanti" a connotazione soggettiva». Vale a dire (cfr. p. 297, nt. 22) «che, tra le scriminanti prese in considerazione dagli artt. 50-54 cod. pen., solo il consenso dell'avente diritto non richiede in nessun caso la conoscenza della situazione giustificante, mentre tutte le altre possono correlarsi ad elementi a struttura soggettiva». Conf. R. Spagnolo, *Gli elementi soggettivi della struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979, p. 99. *Contra*, G.F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 15 ss.

ad alcuni concorrenti nel reato sulla base di una valutazione spettante alle Camere¹⁴⁰. Segue la stessa rotta anche l'art. 4, l. n. 219 del 1989 secondo il quale l'autorizzazione della Camera, chiamata a specificare a quale dei coimputati il diniego non si riferisce (comma 2), integra «una condizione di procedibilità», in mancanza della quale il collegio dispone l'archiviazione (comma 1).

Infine, vi sono posizioni di nicchia che, discostandosi da quelle prevalenti, sottolineano come sia più appropriato definire i parametri di giudizio delle Camere come «cause politiche di non procedibilità», considerando, pertanto, «l'autorizzazione in esame una *species* autonoma, rispetto alle condizioni di procedibilità vere e proprie»¹⁴¹. Questo poiché, ci si ripete, né dalla lettera dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, né dell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989, si ottengono elementi stringenti al fine di appurare se le circostanze su cui verte il giudizio autorizzativo abbiano connotazione oggettiva ovvero soggettiva¹⁴².

La natura controversa dei criteri in esame riconferma la peculiarità dell'autorizzazione a procedere per i Ministri introdotta dalla revisione costituzionale, difficilmente riconducibile a istituti e categorie giuridiche preesistenti¹⁴³.

Venendo ora al vero nocciolo della trattazione, occorre capire se e come si realizza l'estensione dello speciale regime ai concorrenti, ossia dell'autorizzazione a procedere o del diniego, nelle ipotesi di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989¹⁴⁴.

Rispetto a questo momento valutativo, dunque, non si comprende se la figura del concorrente nel reato debba rimanere in disparte o sia coinvolta dalla disamina parlamentare; del resto, è alquanto inverosimile, quantomeno d'immediato, credere che il singolo, che non riveste una funzione istituzionale, possa aver agito per interessi superiori. Nella stessa misura, preoccupa che un sindacato politico si in-

¹⁴⁰ L.A. Mazzaroli, sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 506 s., nt. 8 per cui «se è vero che nelle cause di giustificazione un fatto, che di regola è vietato, viene imposto o consentito dalla legge e, quindi, non è anti-giuridico» e se è altresì vero «che dette cause funzionano perché esistono ed esistono comunque, a prescindere dall'opinione dell'agente in proposito, non si vede come poter ricondurre a tale categoria le due ipotesi *de quibus*».

¹⁴¹ A. Toschi, sub art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 504, spec.te nt. 17. Si discostano dalle correnti principali, portando alla ribalta, tesi più originali G. Di Raimo, *La legge costituzionale di riforma dell'accusa parlamentare e le normative necessarie per la sua attuazione*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 598 ss., soprattutto nt. 13. L'A. ritiene che l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 configuri «una sorta di immunità condizionata». G. Di Raimo (*Contributo ad una riforma dell'accusa parlamentare*, cit., p. 428), in altro contesto, poi, reputa come «benché simile ad una causa di giustificazione, si tratterebbe formalmente di un semplice metro valutativo regolante l'applicazione di un istituto di natura processuale (l'uso cioè di un'autorizzazione il cui diniego è previsto come ragione di improseguibilità dell'azione penale)». Ne convengono, L.A. Mazzaroli, sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 506 s., nt. 8 il quale crede che le ipotesi in parola «paiono dotate di caratteristiche atte a farne dei criteri di giudizio, predisposti a che il Parlamento sia più agevolmente in grado di non fare operare, qualora lo ritenga opportuno, quella condizione di procedibilità (...) che è l'autorizzazione a procedere, con una valutazione che appare di natura prettamente politica, specialmente ove se ne consideri» la insindacabilità e G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 289 che è convinto come sia «improbabile che tale norma abbia istituito nuove figure di esimenti o di cause di giustificazione», ma, ritenendo non del tutto priva di spunti interessanti nemmeno la tesi della scriminante, chiude: «Non rimane (...) che ritenere, con Vassalli, che l'art. 9, terzo comma, in esame rappresenti una novità del nostro ordinamento giuridico, in quanto sembra avere previsto un istituto configurato come una sorta di *mixtum compositum* tra autorizzazione a procedere e causa di giustificazione». Secondo M. Montagna, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione ad acta*, Padova, Cedam, 1999, p. 338 ss., quello di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, è un istituto anomalo che ha elementi sia dell'autorizzazione a procedere sia della causa di giustificazione.

¹⁴² A. Toschi, sub art. 11 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 513.

¹⁴³ Dopo aver analizzato il senso delle due figure previste dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 non stona segnalare la problematica legata frase idiomatica «nell'esercizio della funzione di governo» che è discusso si riferisca e/o sia estensibile anche all'interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o si ponga in relazione soltanto al parametro del preminente interesse pubblico [che verrebbe, in tal modo, racchiuso e limitato dall'(esclusivo) esercizio della funzione di governo]. La soluzione risiede nel valore dato ai contenitori di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. Ebbene, poiché l'operato del singolo Ministro è manifestazione di un potere dell'Esecutivo nella sua interezza che il primo svolge in concreto ed attua, giocoforza, il componente del Governo è esonerato dalle sue responsabilità penali solo ove agisca nell'ambito di una deliberazione governativa. Pertanto, lo svolgimento del ruolo all'interno del Governo diventa implicito e presupposto anche nel caso della formula giustificatrice dell'interesse costituzionalmente rilevante che, comunque, non può configurarsi al di fuori dell'adempimento dei compiti del Governo.

¹⁴⁴ F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 103 ss. dedica ampio risalto alla questione, affrontandola soprattutto con riguardo all'ipotesi in cui il concorrente nel reato ministeriale sia un componente del Parlamento. Attraverso un ragionamento composito, l'A., che chiama in causa anche l'art. 68, comma 2, Cost., ponendo la garanzia in esso prevista a raffronto con l'istituto dell'autorizzazione a procedere, chiude per la non estensibilità ai concorrenti della disciplina dettata dalla legge costituzionale per il Presidente del Consiglio e per i Ministri per non recare pregiudizio all'applicazione di principi costituzionali di non secondaria importanza.

nesti in seno ad un procedimento più ampio teso ad accertare un reato nei confronti di un soggetto comune. La terminologia impiegata dalla norma, in sé considerata, porterebbe a ricomprendere tra coloro per i quali è dovuta l'autorizzazione a procedere anche i concorrenti (parlamentari o laici); ma, il carattere testuale non può prevalere su una complessa lettura dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989.

Evitando di ritardare l'approfondimento ad altro momento, salvo tornarci sopra per cenni, sembra di poter dire, pur essendo la lettera della legge costituzionale poco chiara e non senza perplessità residue, che convenga perorare un'estensione *ope legis* dello speciale regime anche ai concorrenti non Ministri: solo riconoscendo alle cause che escludono l'autorizzazione natura di vicende soggettive capaci di eliminare l'antigiuridicità, si giustifica che, nell'ambito di un procedimento a carico di più persone, l'autorizzazione può essere concessa per talune e negata per altre.

Il Parlamento, in quanto organo politico-rappresentativo, è investito del potere di inibire l'azione giudiziaria a seguito del riscontro di interessi prioritari, quali si deducono dal Testo fondamentale ed emergono nel concreto dell'azione di Governo, che in quanto permanentemente rilevanti per la collettività, potrebbero essere tutelati persino attraverso il compimento di attività altrimenti illecite. In ogni caso, l'apprezzamento della Camera circa la ricorrenza dei presupposti giustificativi dell'azione del Ministro non si limita a sospendere l'esercizio dell'azione penale, ma ne impedisce definitivamente il promovimento, coerentemente alla natura di quei presupposti, idonei ad escludere l'antigiuridicità del fatto.

Tali assunti sembrano tener conto del problema dei laici. La ricostruzione dei requisiti legittimanti il diniego di autorizzazione in termini di condizioni di non antigiuridicità consente, difatti, di reputare estesa la necessità dell'autorizzazione medesima anche nei confronti dei correi che non siano Ministri; l'accertamento della circostanza esimente estinguerebbe l'azione nei confronti di tutti i concorrenti, poiché il dato oggettivo della sussistenza di un interesse superiore di rilievo costituzionale, quale causa di giustificazione delle condotte, sarebbe in grado di racchiudere ed assorbire tanto la posizione dei Ministri quanto quella dei complici. Il ricorso di un interesse superiore dell'ordinamento non toglie che l'illecito possa essere commesso dal componente il Governo in concorso con altri: il suo effetto giustificativo dovrebbe estendersi a tutti coloro che hanno concorso nel reato; il che, «ben si concilia con la naturale *vis expansiva* delle esimenti al di là della consapevolezza della loro esistenza» (art. 59 c.p.)¹⁴⁵.

Partendo dal tenore individuale dell'autorizzazione, si può ipotizzare che essa non si estenda, meccanicamente, agli altri concorrenti, in base all'obbligo di sindacare la posizione dei singoli concorrenti in autonomia, con la possibilità, dunque, di determinazioni diverse nei confronti di ciascuno di essi, sempreché i presupposti per il diniego si ritengano sussistenti soltanto nei confronti di alcuni e non di altri. Muovendo, viceversa, dall'indole superindividuale delle scriminanti, si potrebbe sostenere la automatica dilatazione del diniego di autorizzazione a tutti i compartecipi: tranne siano ravvisabili reati diversi, ovvero ritenere la indispensabilità della votazione separata qualunque sia la natura delle scriminanti. Il testo definitivo dell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989 che preme la riflessione non è risolutivo; d'altro canto, molte sono le difficoltà nella ricerca di una soluzione giuridicamente corretta. Anche per l'allargamento dello speciale regime ai coindagati nel reato ministeriale residua un margine di dubbio poiché si potrebbe replicare, come anticipato, che non si addica ai laici la tutela di un interesse costituzionale o di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo. Tuttavia, i requisiti che impediscono l'esercizio dell'azione penale, allorché la condotta sia tenuta anche dal Ministro nell'esercizio delle funzioni, rivestono una veste spiccatamente oggettiva; di tal che, pretendere l'esclusione dei coimputati dalla garanzia equivale a trattare questi ultimi in modo arbitrariamente difforme, a vantaggio del ruolo ministeriale inteso come privilegio contro il potere giudiziario.

Non sfugge, comunque, che il testo normativo (ci si riferisce alla disciplina di rango costituzionale), è assai avaro nella prospettiva di una volontà del legislatore di aprire a soggetti diversi dai Ministri la domanda di autorizzazione a procedere e la conseguente delibazione. L'art. 96 Cost., come novellato dalla l. n. 1 del 1989, si riferisce esplicitamente al Presidente del Consiglio dei Ministri ed ai Ministri, anche se

¹⁴⁵ A. Ciancio, sub art. 96 Cost., cit., p. 1879 nel continuare: «La conclusione, se condivisa, suscita perplessità sulla coerenza complessiva della riforma, in particolare nel punto in cui l'art. 4, 2° co., l. 219/1989 richiede che in caso di concorso di più persone nel reato, l'Assemblea indichi a quali dei concorrenti non si applichi il diniego di autorizzazione, con ciò ponendo il problema della legittimità di tale previsione – oltre che per quanto è possibile dedurre dal contrasto in cui versa rispetto alla legge di revisione dell'art. 96, sotto il profilo del sistema delle esimenti ivi previsto – anzitutto per la lesione del principio di uguaglianza, allorché consente alla Camera, in occasione dell'apprezzamento delle circostanze cui è chiamata, di operare irragionevoli discriminazioni personali». *Contra*, P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 299.

cessati dalla carica, quali soggetti nei cui confronti l'autorizzazione parlamentare viene a realizzare il presupposto per la sottoposizione alla giurisdizione ordinaria. In questa medesima ottica, il contenuto degli artt. 5 e 8, l. n. 1 del 1989 non sembrano determinanti per giungere alle riferite conclusioni.

Naturalmente è fuor di dubbio che, se nei confronti del Ministro, l'autorizzazione a procedere venga concessa e, dunque, il processo penale avrà il suo corso, in quanto non si è riscontrata l'esistenza delle scriminanti di cui all'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, non possano essere sottratti alla giustizia i suoi concorrenti, per aver agito in virtù di un interesse pubblico di una funzione di Governo che in realtà non esercitano¹⁴⁶.

Tornando indietro agli aspetti strettamente procedurali e portando a termine il discorso, nel caso di disconoscimento dell'autorizzazione a procedere, l'Assemblea della Camera competente ne fornisce comunicazione al collegio distrettuale il quale dispone l'archiviazione degli atti del procedimento¹⁴⁷ nei confronti di coloro ai quali l'atto si rivolge (art. 4, comma 1, l. n. 219 del 1989). Il provvedimento di archiviazione è irrevocabile; al contrario, quello generato dalla mancanza di una condizione per procedere non impedisce che l'azione penale per il medesimo fatto e la stessa persona sia proposta ove si presenti la condizione di procedibilità all'origine mancante ovvero qualora sia venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione (art. 345, comma 1, c.p.p.). Quando il procedimento ha ad oggetto l'accertamento di un crimine commesso da più soggetti in concorso tra loro, l'Assemblea indica a quale concorrente, anche se non Ministro né parlamentare, non si riferisce il mancato beneplacito per essere assenti i presupposti sopra elencati (art. 4, l. n. 219 del 1989)¹⁴⁸.

Se l'autorizzazione viene concessa, gli atti vengono rimessi al collegio di cui all'art. 7, l. n. 1 del 1989 che ha svolto la preistruttoria perché continui il procedimento (art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989)¹⁴⁹. Par-

¹⁴⁶ Per F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 104 «L'orientamento favorevole alla applicazione anche nei confronti dei concorrenti delle norme che contemplano l'autorizzazione al procedimento si fonda, oltre che sugli incerti riferimenti testuali ai quali s'è accennato, su esigenze di parità di trattamento connesse alla descritta natura sostanziale di pronunce sull'esistenza di cause di liceità che è propria delle deliberazioni delle Camere. [Necessità] che (...) avrebbero potuto indurre il legislatore costituzionale a qualificare i c.d. parametri della deliberazione parlamentare come circostanze esimenti riferite, in via generale, a tutte le fattispecie di reato; ma che non possono essere tuttavia invocate in cospetto di una diversa scelta legislativa, caratterizzata dalla configurazione della autorizzazione al procedimento come prerogativa, ossia come istituto per definizione dotato di contenuto derogatorio. Non sembra pertanto possibile né applicare in via analogica, né interpretare estensivamente le relative norme, atteso che il fine della disciplina [eccezionale] è soltanto quello di tutelare l'esercizio della funzione di Governo in virtù del suo rilievo costituzionale»; pertanto, deve reputarsi non applicabile nei confronti dei coindagati la disciplina relativa all'autorizzazione al procedimento.

¹⁴⁷ Conviene sull'inquadramento definitorio, M. Montagna, *Condizioni di procedibilità*, cit., p. 167 in quanto la presenza del lasciapassare è indispensabile per poter mettere in piedi l'azione penale e continuare il procedimento. «Del resto,» dice l'A., «anche il legislatore ordinario, nel dare attuazione alla riforma dell'art. 96 Cost., si è mosso in tal senso: gli artt. 2, 1° comma e 4, 1° comma, l. n. 219 del 1989, nello stabilire le ipotesi di archiviazione alle quali il Tribunale dei ministri può pervenire all'esito della prima fase di investigazioni, nonché a fronte della mancata concessione del nulla osta richiesto al Parlamento, trattano dell'autorizzazione da quest'ultimo proveniente definendola in modo esplicito come "condizione di procedibilità"».

¹⁴⁸ In ordine alle ripercussioni sul coimputato di una simile evenienza v., *infra*, § "Il "concorrente" nel reato ministeriale. Rimane ancora molto da dire ...".

¹⁴⁹ «Quando gli atti siano stati rimessi ai sensi del comma 4 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, al collegio *ivi* indicato, il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione» (art. 3, comma 1, l. n. 219 del 1989). Nella situazione, il collegio «provvede senza ritardo a trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale di cui all'art. 11» della l. n. 1 del 1989 (art. 3, comma 2, l. n. 219 del 1989). Del collegio, onde assicurare la separazione tra funzioni investigative e giudicanti, coerentemente con quanto disposto dall'art. 34, comma 3, c.p.p., non possono far parte i magistrati che hanno svolto le indagini preliminari. La Consulta (C. cost., sent. 24 aprile 2002, n. 134, in *www.cortecostituzionale.it*) ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, l. n. 219 del 1989 in riferimento agli artt. 3, 27, comma 2, e 111 Cost.: la pronuncia, facendo salva la norma, ne dà un'interpretazione compatibile con l'art. 111 Cost. e con la normativa processual-penalistica vigente; infatti, ha riconosciuto, da un versante, la competenza del pubblico ministero di procedere all'istruttoria, successivamente all'autorizzazione parlamentare, da altro, invece, la spettanza al collegio identificato secondo l'art. 11, comma 1, l. n. 1 del 1989 dell'esercizio delle funzioni giudicanti. In tal modo, il Giudice delle leggi ha eliminato la perdurante specialità del rito nella fase successiva alla concessione dell'autorizzazione, sancendo l'applicabilità delle ordinarie regole di procedura. Della decisione si tornerà a parlare oltre (§ "(Segue:) gli ulteriori snodi accertativi"), per ora e sul profilo in disamina, valga che lo snodo su cui insiste la decisione n. 134 del 2002 è concludente; è il motivo per il quale si vuole riportare la ricapitolazione edita sul *"Taccuino della giurisprudenza costituzionale (aprile-giugno 2002). Sentenze e ordinanze della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 853: «Il Collegio per i procedimenti relativi ai reati previsti dall'art. 96 Cost. solleva questione di legittimità costituzionale della l. n. 219 del 1989. Il Collegio interpreta la legge nel senso che, una volta concessa dall'Assemblea l'autorizzazione a procedere, il procedimento continui dinanzi al detto collegio anziché dinanzi agli organi giudiziari ordinari,

rebbe che il tribunale dei Ministri funga da *trait d'union* tra le Camere e l'autorità giudiziaria, ma su questo vi è molto da ragionare ancora.

(SEGUE:) GLI ULTERIORI SNODI ACCERTATIVI

Anche le *guide-lines* procedurali restanti si stagliano lungo la parete della normativa risalente al 1989.

Il soggetto di partenza è il pubblico ministero. L'art. 6, l. n. 1 del 1989, in effetti, sancisce, *ex professo*, che «I rapporti, i referti e le denunce concernenti i reati indicati dall'articolo 96 della Costituzione sono presentati o inviati al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio». Il normale criterio della competenza per territorio si combina, dunque, nella fattispecie, con uno di tipo qualitativo¹⁵⁰.

per cui lo stesso organo giudiziario si troverebbe a svolgere sia la funzione di organo delle indagini preliminari sia quella di giudice della udienza preliminare. Questo orientamento interpretativo viene disatteso dalla Corte in virtù di una lettura sistematica dell'ordinamento. La Corte sottolinea infatti come non solo la legislazione ordinaria si sia ispirata ad un modello processuale di tipo accusatorio in cui si separano le funzioni decisorie da quelle di indagine, ma anche la legislazione costituzionale e la giurisprudenza costituzionale si sono orientate verso un rafforzamento della posizione di terzietà del giudice. La Corte richiama, in questa prospettiva, la propria giurisprudenza in cui si afferma che la separazione funzionale è «coessenziale alla struttura stessa del processo penale, secondo i principi di parità fra accusa e difesa e di "terzietà" del giudice rispetto all'una e all'altra (...). Sulla base di questo "quadro ordinamentale", la Corte ritiene di dover interpretare il combinato disposto della legge costituzionale n. 1 del 1989 e della legge ordinaria di attuazione n. 219 del 1989 nel senso, compatibile con l'ordinamento costituzionale, che gli atti del procedimento siano trasmessi dal collegio al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale affinché il procedimento continui secondo le forme ordinarie». Intessuta alla sentenza appena rammentata è la successiva C. cost., ord. 22 luglio 2011, n. 241 nel sunto di G. Mobilio, *Decisioni della Corte costituzionale (da n. 233/2011 a 244/2010) – Osservazioni a prima lettura*, in *Riv. AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, 2011, p. 9 s. Nell'occasione, con ricorso depositato il 17 maggio 2011, la Camera dei deputati sollevava conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano, a seguito della richiesta di giudizio immediato del 9 febbraio 2011, e del g.i.p. in forze di quest'ultimo, a seguito del decreto di rito alternativo del 15 febbraio 2011, disposti nei confronti dell'allora Presidente del Consiglio. Il ricorrente lamentava come il procuratore non potesse formulare domanda di procedimento alternativo relativamente al reato contestato omettendo di trasmettere gli atti al collegio ministeriale ai sensi dell'art. 6 l. n. 1 del 1989, affinché detto organo potesse valutare la natura dell'illecito in discussione, e, precludendo, dunque, al ramo del Parlamento l'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali in materia di cui all'art. 96 Cost. e alla l. cost. n. 1 del 1989 (e, ad ogni buon conto, senza dare all'organo parlamentare comunicazione circa le determinazioni adottate). Per le stesse ragioni, non sarebbe spettato al g.i.p. proseguire in via ordinaria ed emettere il decreto di giudizio immediato nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, né affermare, in riferimento al crimine addebitato, il carattere non ministeriale di esso – avallando il comportamento della Procura – mancando di rilevare la necessaria trasmissione degli atti al tribunale dei Ministri con gli atti opportuni. Agendo in questa maniera, le menzionate autorità giudiziarie avrebbero violato l'obbligo di leale collaborazione a seguito della mancata considerazione della delibera parlamentare di restituzione degli atti a tali autorità contenente la sollecitazione ad attivare il procedimento stabilito dalla l. n. 1 del 1989. Viene, quindi, richiesto alla Corte di annullare le attività poste in essere e gli atti adottati da parte delle stesse. La Consulta, dichiarata, *de plano*, la ammissibilità del conflitto, ravvisa la sussistenza dei requisiti soggettivi e, specificamente, la legittimazione della Camera a sollevare conflitto per difendere le attribuzioni che le spettano *ex art. 96 Cost.* e la legittimazione a resistere del procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano poiché direttamente investito delle funzioni di cui all'art. 112 Cost. e, pertanto, gravato dall'obbligo di esercitare l'azione penale e di svolgere le attività di indagine a questa finalizzate, e del giudice per le indagini preliminari dello stesso tribunale in quanto organo competente a dichiarare, definitivamente, nel procedimento di cui è investito, la volontà del potere cui appartiene, in ragione dell'esercizio di funzioni giurisdizionali svolte in posizione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita. La Corte, inoltre, reputa sussistenti i requisiti oggettivi, in quanto il ricorso è indirizzato a garanzia di attribuzioni costituzionali, desumibili, secondo la prospettazione della Camera dei deputati, dall'art. 96 Cost. e dalla l. n. 1 del 1989. La decisione in parola supera il precedente orientamento formatosi intorno alla problematica (cfr. C. cost., 25 maggio 1990, n. 265) per cui «Posto che, secondo l'interpretazione (senz'altro da condividere) della Corte di Cassazione, il quarto comma dell'art. 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, va inteso nel senso che, una volta concessa l'autorizzazione, spetta allo stesso collegio speciale previsto dal successivo art. 7 (il quale ha già compiuto le indagini preliminari che hanno, poi, dato luogo al procedimento svoltosi dinanzi all'Assemblea della camera competente per la concessione o meno dell'autorizzazione a procedere), continuare il procedimento secondo le norme vigenti, ne consegue che, in aderenza al detto disposto, il secondo comma dell'art. 3 della legge 5 giugno 1989, n. 219, il quale statuisce che, in caso di concessione dell'autorizzazione a procedere, "il collegio provvede, senza ritardo, a trasmettere gli atti al Procuratore della Repubblica", deve essere inteso nel senso che tale trasmissione degli atti dal collegio al pubblico ministero avviene non perché questi provveda "allo svolgimento di tutta l'attività" conseguente alla concessa autorizzazione", ma perché questi provveda "allo svolgimento di tutta l'attività conseguente alla concessa autorizzazione", ma perché partecipi all'attività spettante al collegio esercitando i suoi poteri». Per un'analisi di largo raggio sulla esegesi della dicitura «perché continui il procedimento secondo le norme vigenti» e le altre problematiche attinenti il collegio ministeriale, P.P. Rivello, *Una pronuncia della Cassazione che lascia aperti molti interrogativi sull'incompatibilità dei componenti del tribunale dei ministri*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 386 ss. e il nostro § "(Segue:) gli ulteriori snodi accertativi".

¹⁵⁰ Tenendo ben a mente che la normativa non garantisce approdi sicuri, partono dal disposto dell'art. 6 l. n. 1 del 1989 per poi spaziare al tema del principio di leale collaborazione tra procuratore della Repubblica (che dovrebbe evitare di investire il

Spicca, in particolare, il secondo comma della previsione che, in deroga ad una delle pietre miliari che connotano la fase preliminare del processo penale ordinario, ha bandito ogni potere e facoltà del p.m.. Esso stabilisce che «Il procuratore della Repubblica¹⁵¹, omissa ogni indagine¹⁵², entro il termine di quindici giorni¹⁵³, (ergo: senza ritardo), «trasmette¹⁵⁴ con le sue richieste¹⁵⁵ gli atti relativi al collegio di cui al successivo articolo 7, dandone immediata comunicazione ai soggetti interessati perché questi possano presentare memorie al [tribunale dei Ministri] o chiedere di essere ascoltati»¹⁵⁶ (perché possano tempestivamente attivare eventuali iniziative difensive).

Le limitazioni eccentriche rispetto ai consueti poteri investigativi stabilite nei confronti del procuratore della Repubblica, non adombrano, però, l'opinione, desumibile dal sintagma «con le sue richieste», contenuto nell'art. 6, l. n. 1 del 1989, secondo il quale costui è chiamato ad inquadrare – quantomeno sotto il profilo del dubbio – le condotte tratteggiate nella notizia di reato, identificandole e teorizzando la fattispecie normativa corrispondente come reato ministeriale¹⁵⁷; ruolo classificatorio che, peraltro, rap-

tribunale dei Ministri solo nel caso in cui la non ministerialità sia manifesta), collegio distrettuale e Camere (rispetto alle quali quest'ultimo «funge da indispensabile cinghia di trasmissione»), sino a giungere a delucidare circa la possibilità per il Parlamento di sollevare conflitto di attribuzione alla stregua di C. cost. n. 241 del 2009, G. Arconzo e L. Platania, *Chi ha la parola in ordine alla «ministerialità» di un reato: la posizione della Cassazione penale sul «Caso Mastella»*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 651 ss.

¹⁵¹ ... che svolge una specifica funzione anche per ciò che attiene alle valutazioni spettanti al collegio circa la fondatezza della *notitia criminis*; egli dovrà essere sentito, come si vedrà, sia nel caso in cui il tribunale ministeriale decida di chiedere l'archiviazione sia che intenda domandare l'autorizzazione al Parlamento.

¹⁵² L'inciso «omessa ogni indagine» sembrerebbe da intendersi (v. A. Pace, *La Camera dei deputati può, attualmente, sollevare un conflitto tra poteri contro il P.M. e il Tribunale di Milano per il c.d. "caso Ruby"?*, Audizione informale dinanzi alla giunta per le Autorizzazioni della Camera dei Deputati nella riunione del 22 marzo 2011, disponibile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 4) come impossibilità di compiere investigazioni sui fatti, dal momento che è il collegio il titolare dei poteri d'inchiesta (artt. 8, comma 1, l. n. 1 del 1989 e 1, commi 2 e 5, l. n. 219 del 1989) e non, invece, il procuratore cui risultano, tuttavia, attribuite funzioni «classificatorie», «sollecitatorie» (P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 159) e «di impulso» del procedimento (A. Toschi, sub art. 6 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, p. 493). La violazione del divieto, per il pubblico ministero, di omettere ogni indagine prima dell'invio delle proprie richieste e dei relativi atti al collegio «non comporta [il mancato impiego], ai sensi dell'art. 191 c.p.p., in sede cautelare, degli elementi acquisiti». In ragione della esplicita «deroga al principio dell'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite prevista dall'art. 26 c.p.p. per il caso in cui tale illegittimità derivi dall'inosservanza delle norme sulla competenza per materia (assimilabile a quella per funzione) e le prove siano ripetibili ed utilizzabili soltanto nella fase precedente il giudizio» (cfr. Cass., sez. un., 20 luglio 1994, cit.). *Contra*, C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1053 (: omissa qualsiasi attività investigativa, «pena l'inutilizzabilità in giudizio degli atti eventualmente assunti»). Poiché si tratta di attività esplicate «in violazione di un divieto stabilito dalla legge dovrebbe applicarsi la sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.»; Ead., *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, in *Indice pen.*, 2000, p. 209, e nt. 12.

¹⁵³ Le incertezze in ordine ai reati ministeriali sono tante per cui possono rivelarsi tali a seguito di una qualificazione avvenuta nel corso di un'indagine preliminare comune: in questo caso, evidentemente il termine di quindici giorni decorre dal giorno in cui essa è compiuta: R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 158.

¹⁵⁴ Sembra di poter sostenere che l'obbligo di trasmissione al collegio degli atti relativi ai reati di cui all'art. 96 Cost., da parte del procuratore della Repubblica, sussiste a condizione che sia ravvisata l'ipotizzabilità di un reato ministeriale.

¹⁵⁵ Nel contesto, il procuratore della Repubblica raccoglie le notizie di reato e i primi elementi, presta consulenza al collegio. Egli non esercita l'azione penale – che ha inizio soltanto dopo l'autorizzazione parlamentare –, non avanza proposte al collegio (e, in questo senso, sarebbe stato più corretto parlare, anziché di «richieste», di «osservazioni»), ma viene da questo sentito dopo lo svolgimento delle indagini preliminari.

¹⁵⁶ V. A. Toschi, sub art. 6 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 493. L.A. ravvisa un'analogia tra la comunicazione agli interessati, da parte del procuratore, e l'informazione di cui all'art. 369 c.p.p., da tenere comunque distinta dalla contestazione dell'accusa che è incombente che si colloca dopo la formulazione dell'imputazione, esperite le investigazioni. L'atto, invero, se orientato ad «assicurare agli interessati una tempestiva tutela conoscitiva», dovrà ricomprendere «la sommaria enunciazione del fatto e la "indicazione delle norme di legge che si assumono violate"». In questo modo, «al magistrato spetterà, dunque, il compito di identificare e di formulare la fattispecie normativa corrispondente [all'accadimento] delineato nella *notitia criminis*». Analogamente, R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 161: «il procuratore distrettuale deve almeno indicare in relazione a quale titolo di reato ciò è avvenuto, e sarebbe altresì auspicabile che egli fornisse contestualmente un essenziale riassunto del fatto descritto nella notizia di reato». Anche per E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 153, nt. 412 «Se si aderisce alla tesi che tale comunicazione è equiparabile all'ordinaria informazione di garanzia (art. 369), occorre che il p.m. indichi non solo il titolo del reato, ma anche una sommaria esposizione dei fatti contestati».

¹⁵⁷ Sul punto, D. Cenci, *Profili problematici dell'attività del Pubblico ministero nei procedimenti d'accusa*, in *Giur. it.*, 1997, pt. IV, p. 13 ss. Non ne sembra convinto P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 43: «(...) come la non praticabilità di una soluzione che assegna al pubblico ministero di stabilire *ab initio* quando le fattispecie di reato poste in essere possano dirsi finalizzate al perseguimento di un 'interesse costituzionalmente rilevante', ovvero al 'perseguimento di un preminente interesse

presenta l'indefettibile presupposto affinché, in capo al tribunale dei Ministri, si radichi la cognizione delle medesime¹⁵⁸. La qual cosa, parrebbe far affiorare un ruolo sostanziale del procuratore della Repubblica¹⁵⁹. Di contro, come è stato lecitamente sottolineato, il termine per mandare la documentazione, quindici giorni, apparirebbe addirittura eccessivo¹⁶⁰.

Di certo, il magistrato non agisce in prima linea avendo perso il ruolo, tipico del procedimento ordinario, di monopolista nella configurazione dell'accusa e nell'esercizio dell'azione penale, al punto che di lui si potrebbe parlare come di richiedente la formulazione della stessa, ovvero, addirittura, di semplice denunziante; in dottrina, non a caso, si è accomunata la sua posizione a quella di un mero «passacarte»¹⁶¹. Che sia troppo riduttivo il ruolo di figurante del procuratore della Repubblica si deve anche al fatto che questi, pur privato di molte delle sue ordinarie prerogative, provvede alla selezione delle notizie di reato, con l'eliminazione delle cd. pseudo-notizie o notizie pseudo reati (facoltà detta, in modo non corretto, di cestinazione).

La formula dell'art. 6, l. n. 1 del 1989, seppur scarna, poi, pare echeggiare che, laddove sorga un contrasto perché il collegio ricusa la propria competenza, ritenendo l'illecito non ministeriale, si dovrebbe riconoscere prevalenza alla scelta dello stesso su quella del pubblico ministero, dato il ruolo che il primo svolge nell'intervallo preliminare.

Sembra di poter affermare, allora, che il procedimento assuma tinte diverse a seconda che la condotta venga descritta nella notizia di reato in termini ministeriali inequivoci – l'investitura del collegio è immediata e non determinerà ulteriori accertamenti, da parte dell'autorità giudiziaria, nelle forme ordinarie – oppure sia rilevabile, a colpo d'occhio, la sua estraneità all'area funzionale propria dei componenti del Governo (il procedimento va avanti secondo le comuni regole processuali, senza, quindi, la necessità di impegnare l'organo speciale ex art. 7, l. n. 1 del 1989). Sino a quando non risulti possibile cogliere i profili di ministerialità del fatto, non possono ritenersi maturi i requisiti che determinano la cedevolezza delle norme processual-penalistiche di *genus* rispetto alla disciplina speciale. Solo quando la peculiare connotazione del reato appaia accertata (dovendo alla stessa essere rivolte prioritariamente le attenzioni degli organi inquirenti) sarà inibita sia al magistrato competente che al procuratore della Repubblica presso il capoluogo del distretto ogni ulteriore attività, mentre quest'ultimo dovrà assumere la mansione di cerniera di collegamento con il tribunale dei Ministri. Per questa strada, si valorizza la

pubblico nell'esercizio della funzione di Governo', appaia confermata dalla considerazione per la quale, intuitivamente, tale eventuale finalizzazione, ben difficilmente potrà comunque risultare *ictu oculi*, in riferimento alla mera notizia di reato, richiedendo accertamenti, invece inesorabilmente inibitigli per legge».

¹⁵⁸ Relativamente a questo frangente, si inserisce il corposo lavoro – che, peraltro, tocca molteplici aspetti della tematica dei reati ministeriali – di C. Lara, *Il giorno del gran rifiuto: l'ex ministro della giustizia al banco della magistratura partenopea*, in *Giur. di Merito*, 2011, p. 3153 ss.

¹⁵⁹ V., oltre ai contenuti della precedente nota, E. Albanesi, *La «propria» ed «autonoma valutazione» dell'organo parlamentare «sulla natura ministeriale o non ministeriale» dei reati* (sent. Corte cost. n. 241/2009), cit., p. 469 ss.

¹⁶⁰ A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri: disegno costituzionale e legge di riforma*, cit., p. 48.

¹⁶¹ F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 100 («È dunque giocoforza ritenere che, se pure consegue ad una procedura [singolare], l'archiviazione disposta dal collegio conserva nondimeno il carattere di decisione negativa in ordine all'esercizio dell'azione penale, non soggetta a gravame perché non suscettibile di passare in giudicato e fondata unicamente sulla valutazione della manifesta infondatezza della notizia di reato. Tale decisione venendo assunta in seguito allo svolgimento di indagini da parte del collegio, e non su richiesta del pubblico ministero, ma solo dopo aver sentito quest'organo, al collegio medesimo risulta conseguentemente attribuita la piena ed esclusiva titolarità dell'azione penale: il che implica, palesemente, una deroga al fondamentale canone *ne procedat iudex ex officio* ed una riduzione del pubblico ministero al ruolo – abbastanza incongruo – di organo consultivo, se non quello – completamente inutile – di semplice passacarte»); L.A. Mazzaroli, sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 505. Tuttavia, contrariamente a quanto traspare dalla norma, il ruolo ricoperto dal procuratore della Repubblica non è meramente esecutivo. Le richieste che egli deve trasmettere al collegio, unitamente agli atti relativi alla notizia di reato, parrebbero implicare, quantomeno, che gli sia riconosciuto il «potere-dovere di formulare un preventivo inquadramento giuridico della fattispecie» (A. Toschi, sub art. 6 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 492), diretto ad una preliminare valutazione sulla ministerialità del reato (A. Ciancio, sub art. 96 Cost., cit., p. 1873; P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 143 ss. (sembrerebbe in antitesi con quanto dichiarato in precedenza, p. 43); G. Di Raimo, *In margine a recenti orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di procedimenti per i reati ministeriali*, cit., p. 4185, nt. 33). Ad orientarvi, altresì, la funzione consultiva che è chiamato a svolgere in ordine all'archiviazione, nonché la facoltà concessagli di richiedere ulteriori investigazioni al collegio (cfr. art. 8, l. n. 1 del 1989). Tant'è che M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, cit., p. 17, come altri interpreti, dichiara che «è possibile definire il Procuratore quale “elemento di raccordo tra “il motore giudiziario” ed “il freno politico” del procedimento».

figura del pubblico ministero nella ponderazione dell'elemento intenzionale dell'illecito, in vista dell'esercizio dell'azione penale.

L'organo al quale si riferisce il dettato dell'art. 6, l. n. 1 del 1989, il collegio istruttorio per i reati ministeriali, titolare di una sorta di garanzia giurisdizionale rafforzata, è, per asserzione dell'art. 7, l. n. 1 del 1989, istituito presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio¹⁶²; esso – che abbina un duplice compito, quello di svolgere l'inchiesta in riferimento alla notizia di reato trasmessa dal procuratore della Repubblica¹⁶³ e quello di giudice per le indagini preliminari – è composto di tre membri effettivi e tre supplenti, estratti a sorte¹⁶⁴ tra tutti i magistrati in servizio nei tribunali del distretto «che abbiano da almeno cinque anni la qualifica di magistrato di tribunale o abbiano qualifica superiore»¹⁶⁵. A presiedere il tribunale dei Ministri è il «magistrato con funzioni più elevate, o, in caso di parità [delle medesime], da quello più anziano d'età». Viene rinnovato ogni due anni ed è subito «integrato», seguendo le modalità appena delineate, «in caso di cessazione o di impedimento grave di uno o più dei suoi componenti». Una volta scaduto il biennio, le sue funzioni (nella composizione con cui ha avviato le investigazioni) sono prorogate quanto ai «procedimenti non definiti»¹⁶⁶.

Le funzioni del tribunale dei Ministri¹⁶⁷ che, nella sistematica della legge costituzionale del 1989, costituisce l'autentico *dominus* della fase preliminare, si collocano (o, almeno, si dovrebbero collocare) nello stadio che precede il frammento di stampo politico e la potenziale celebrazione del processo ordinario; sono di maggiore spessore rispetto ai compiti del procuratore della Repubblica, oltre che enorme-

¹⁶² Merita di essere citata, per la sua singolarità, la sentenza con la quale, in passato, la Suprema corte ha previsto un'ipotesi di "particolare" conflitto di competenza, quello tra il g.i.p. e il collegio per i reati ministeriali che può svolgere sia atti tipici del pubblico ministero, sia adempimenti propri del giudice delle indagini preliminari (è illustrata da G.M. Baccari, *Conflitti di giurisdizione e competenza*, in *Il Penalista*, 12 agosto 2016, p. 3).

¹⁶³ Le indagini preliminari sono preparatorie e strumentali rispetto alla valutazione della Camera di competenza ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989; inoltre, schiudono all'esercizio della funzione difensiva. Non ultimo, nella relativa fase il collegio agirebbe "(...) per la rimozione dell'impedimento giuridico all'instaurazione del procedimento penale ordinario": A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 170.

¹⁶⁴ A. Ferraro, *Spunti per una riflessione su taluni aspetti problematici della nuova regolamentazione dei procedimenti d'accusa*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1441, partendo dalla consapevolezza che il presidente della corte d'appello esercita poteri di controllo e organizzazione degli uffici del distretto, ricava, per interpretazione, che «è compito del presidente della corte d'appello procedere alle operazioni di sorteggio», attività, queste, che «non essendo finalizzate alla formazione di un organo [incorniciabile] nella giurisdizione ordinaria, parrebbero assimilabili agli incumbenti di tipo, per così dire, "amministrativo" attribuiti al presidente della corte, tal che il loro svolgimento non sembra necessitare di formalità particolari o della partecipazione dell'ufficio del pubblico ministero». Dopodiché, al cospetto del quesito attinente l'inseribilità o meno, nel bacino di quelli da estrarre a sorte, dei magistrati appartenenti al tribunale per i minorenni e di sorveglianza (e agli uffici di), è dell'avviso che «i magistrati da sorteggiare siano solo quelli in servizio presso i tribunali "ordinari"». *Contra*, su tale ultimo aspetto, L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 449.

¹⁶⁵ Sono da ritenersi esclusi dal sorteggio i magistrati delle Procure. Disserta sulle problematiche attinenti la formazione del collegio, A. Toschi, sub art. 7, l. 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 494 ss. che si occupa anche del problema degli effetti di una possibile irregolarità della procedura concernente l'estrazione e la nomina. Informa L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 449, nt. 9 che la Cassazione ha negato che essa comprometta l'assegnazione, al collegio, del potere giurisdizionale.

¹⁶⁶ Il Supremo collegio nel 1997 ha chiarito che, con la l. n. 1 del 1989, istitutiva del collegio per i reati ministeriali, «si è inteso costituire un organo di indagine di natura giurisdizionale, a garanzia di quella imparzialità e terzietà richieste dalla delicatezza della materia penale da trattare. E tanto risulta da un lato dalla limitazione dei poteri del pubblico ministero ai momenti di iniziativa e di partecipazione al procedimento e, dall'altro, dall'attribuzione al [c]ollegio dei poteri relativi alla fase delle indagini preliminari, nonché dal potere propositivo e decisionale riguardo all'archiviazione, alla trasmissione della richiesta al Presidente della Camera competente, all'esatta qualificazione giuridica del fatto. Ciò riconduce il [c]ollegio in esame, per ruolo, natura e caratterizzazione dei poteri, alla figura del giudice per le indagini preliminari, od a quella del giudice istruttore prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, pur in quell'assetto organizzativo di tipo collegiale, voluto per rafforzare il grado di imparzialità e terzietà. Ne consegue che al suddetto [c]ollegio, quale organo giurisdizionale, va riconosciuto il potere di proporre conflitto di competenza, ai sensi degli artt. 28 ss.» c.p.p. Conf. Cass., sez. VI, 21 gennaio 1997, n. 207, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, 155 (: «Al collegio per i reati ministeriali previsto dall'art. 7 [l. n. 1 del 1989] va incondizionatamente riconosciuta natura di organo giurisdizionale, indipendentemente dalle funzioni in concreto svolte. Conseguentemente, esso è legittimato a denunciare situazioni di conflitto con altri organi giurisdizionali»).

¹⁶⁷ Invero, la configurazione di un organo assimilabile per incombenze al vecchio giudice istruttore è disarmonica rispetto all'odierno assetto processuale caratterizzato, sebbene tra luci ed ombre, dalla divisione di ruoli e funzioni tra p.m. ed organo giurisdizionale. Questo, soprattutto, ove si dia, come parrebbe essere avvenuto, al collegio, la competenza a proseguire il procedimento anche dopo la concessione del nulla osta parlamentare. Ma, come si vedrà, vi è incertezza su questo aspetto.

mente appesantite: dovrà, in primo luogo, appurare il ricorso «di un *fumus* di fondatezza della notizia di reato»; dunque, parrebbe rappresentare lo schermo primigenio della *notitia criminis* allo scopo di vagliare se sussistano o meno elementi idonei a dare avvio alla successiva fase parlamentare ed escludere il discutibile o persecutorio instaurarsi di un procedimento penale nei confronti di un Ministro¹⁶⁸.

La giurisprudenza, però, ha chiarito che, in questo contesto, il collegio non svolge attività istruttoria, ma solo indagini preliminari, sulla scorta di «una deliberazione sommaria non implicante alcuna definitività in ordine al giudizio formulato, coerentemente con la mancanza di una vera e propria indagine di merito», «potendo qualsiasi attività istruttoria in senso tecnico»¹⁶⁹ essere esperita solo a seguito della concessione dell'autorizzazione a procedere parlamentare.

In altri termini, l'attività di indagine del tribunale dei Ministri appare in questa fase quale strumentale e preordinata a realizzare o meno quella condizione per procedere rappresentata dalla autorizzazione dell'Assemblea competente e, dunque, a permettere o meno la sottoposizione degli inquisiti alla giurisdizione ordinaria¹⁷⁰. Trattasi di una «ricognizione preliminare»¹⁷¹, destinata a fungere da primo filtro per l'archiviazione della *notitia criminis*, ove risulti palesemente infondata¹⁷², oppure ad individuare ed a selezionare elementi di valutazione, in proiezione della successiva fase parlamentare, ove mai tale notizia si presenti fondata o, quantomeno, plausibile¹⁷³. Il periodo delle indagini si identifica, tendenzialmente, con il primo segmento che precede l'autorizzazione a procedere mentre pertengono a quello successivo – salvo le eventuali integrazioni delle indagini già compiute – gli adempimenti alla definizione del procedimento.

Si è discusso, in misura ragguardevole, sulla natura e sulla posizione del sopracitato collegio sul quale si è spostata la competenza (di minore livello rispetto alla Corte costituzionale), cercando di comprendere se appartenga alla giurisdizione ordinaria (e fa parte organicamente dell'ufficio giudiziario presso il quale è istituito)¹⁷⁴, a quella speciale o, di converso, abbia rilevanza costituzionale (organo autonomo e non incorniciabile nell'organizzazione del tribunale come sezione ordinaria)¹⁷⁵. Tanto che, nel

¹⁶⁸ Si esprime in questo modo, A. Toschi, sub *art. 7 legge 16 gennaio 1989, n. 1*, cit., p. 494 per il quale, proprio in virtù di questa delicata funzione, la costituzione del collegio inquirente è stata corredata da «particolari garanzie» concernenti, tra l'altro, «la maturità professionale dei componenti e l'imparzialità dell'organo medesimo»; inoltre, Id., sub *art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 499 e p. 504 ove sottolinea come sia stata intenzione del legislatore quella di istituire un duplice filtro al promovimento dell'azione penale per i reati ministeriali; anzi a ben guardare, «triplice, se si considerano gli eventuali esiti terminativi della fase ordinaria di indagini». In ordine alle funzioni del collegio, v. pure M. Cerase, (*Sulla competenza del Tribunale per i reati ministeriali*), in *Cass. pen.*, 2009, p. 2520 ss. Naturalmente, si allude ai compiti assegnati al collegio in questo primo periodo di azione: dopo l'autorizzazione parlamentare, contrariamente alla più corretta ermeneusi, la Corte costituzionale (sent. n. 265 del 1990) ha supportato quella per cui spetta al collegio la prosecuzione delle indagini.

¹⁶⁹ Cfr. Cass., sez. un., 26 aprile 1989, n. 7, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1438. Inoltre, Cass., sez. VI, 1° marzo 1993, F., in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *governo*, n. 7 che statuisce: «L'attribuzione al collegio competente per i reati ministeriali dei poteri di p.m. in materia di indagini preliminari, la limitazione della sfera delle attribuzioni del p.m. ai momenti di iniziativa e di partecipazione, il potere propositivo e decisionale riconosciuto al collegio con riguardo sia all'archiviazione sia alla trasmissione della richiesta al presidente della camera competente nonché il potere di conferire al fatto una qualificazione diversa da quella indicata dall'art. 96 cost., con trasmissione degli atti direttamente all'autorità giudiziaria competente, sono aspetti che conferiscono al collegio natura e caratterizzazioni tali da rendere non compatibile la riconduzione di esso e delle relative funzioni agli attributi processuali del giudice per le indagini preliminari e, quindi, di definire la dialettica processuale tra il collegio ed il p.m. entro l'area dei rapporti tra giudice per le indagini preliminari e p.m. nella fase stessa delle indagini disciplinata dal vigente codice di procedura penale». V., infine, Cass., sez. I, 4 marzo 1994, P., in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 301 ss., con nota di P.P. Dell'Anno, *In tema di poteri di indagine del Tribunale dei Ministri*.

¹⁷⁰ E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 156 s. che ha definito l'attività investigativa del tribunale dei Ministri come «“servente” (...) ad individuare ed a selezionare elementi di [conoscenza], in funzione della successiva fase parlamentare, ove mai tale notizia si presenti, *prima facie*, fondata o, quanto meno, verosimile».

¹⁷¹ A. Toschi, sub *art. 8 legge 16 gennaio 1989*, cit., p. 503.

¹⁷² L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 485 che sostiene esista un doppio filtro nella procedura ministeriale: «il primo, giuridico, affidato al collegio ad accuse infondate, il secondo, politico, affidato al Parlamento».

¹⁷³ V. E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 156 s.

¹⁷⁴ *Ex multis*, P.P. Dell'Anno, *Reati ministeriali, violazione delle competenze funzionali del Tribunale dei Ministri e conseguenze sanzionatorie*, in *Giust. pen.*, pt. III, 1995, c. 546.

¹⁷⁵ V. G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 260 ss. che, dopo aver reputato «incongruo» far rientrare il tribunale dei Ministri tra gli organi speciali e quelli della abolita (straordinaria) giurisdizione penale costituzionale, ritiene che, nonostante esso sia stato introdotto da una legge costituzionale che ne prevede pure le attribuzioni, raffiguri (in sintonia, in parte, con Cass., sez. un., 20 luglio 1994, cit.) un ingranaggio della giurisdizione ordinaria, anche per il rapporto istituzionale che ha

tentarne una descrizione, c'è chi parla di «organo specializzato del giudice ordinario»¹⁷⁶, qualcun altro di «anomala sezione specializzata presso il Tribunale»¹⁷⁷, senza che siano mancate interpretazioni deformanti. Ancora oggi l'interrogativo – sul quale è stato interpellato anche il Consiglio superiore della Magistratura¹⁷⁸ – non ha trovato risposte condivise; del resto, il collegio assembla i poteri facenti capo al pubblico ministero, nella fase investigativa, e quelli propri del g.i.p.: da qui la didascalia dualità o dualismo.

Di certo, è piana l'originalità del tribunale dei Ministri di cui all'art. 7, l. n. 1 del 1989, una sorta di *unicum* nel panorama giudiziario, anzi la più sintomatica delle anomalie nell'ambito del procedimento per i reati ministeriali, insieme alla autorizzazione a procedere *ex art. 96 Cost.*: è percepibile sia dal punto di vista delle attività che della sua configurazione. È stato osservato che i compiti di tale organo assumono una connotazione ibrida (o «duale»¹⁷⁹), in quanto in essa si fondono poteri investigativi e funzioni valutative, tanto da risultare difficoltoso, se non avventato, tentare di operare un coerente raffronto con meccanismi processuali ordinari.

La Suprema corte, in adunanza plenaria, dal suo, ha ritenuto sia un organo specializzato della giurisdizione ordinaria, dotato di specifica competenza in relazione alla particolare qualificazione dei reati dei quali si deve occupare¹⁸⁰.

In letteratura, vi è qualcuno che ha considerato il tribunale dei Ministri quale «organo di rilevanza costituzionale»¹⁸¹; il che, da un lato, per l'attività investigativa demandata al collegio, al punto da determinarne l'««estraniazione» funzionale del medesimo rispetto all'autorità giudiziaria»¹⁸², dall'altro, poiché il ruolo demandatogli sarebbe tale da incidere, condizionandole, sia sull'attività parlamentare *ex*

con l'ufficio giudiziario ordinario dal quale trae origine. Anche se non esclude, poiché fondato, un suo riconoscimento come sezione specializzata presso un organo di giurisdizione ordinaria.

¹⁷⁶ Tra gli altri, E. Vivaldi, *La natura ministeriale del reato alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale: un punto di arrivo?*, in *Costituzionalismo.it*, 24 ottobre 2013, p. 3.

¹⁷⁷ T.F. Giupponi, *Perseguibilità penale dei membri del Governo*, in R. Orlandi-A. Pugiotto (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 364. Per una rassegna delle differenti ricostruzioni della natura giuridica del collegio dal punto di vista ordinamentale, M. Olivetti, *Il c.d. tribunale dei ministri all'esame del CSM: osservazioni in margine ad alcune «risposte a quesiti»*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1504 ss. il quale chiude qualificando tale organo come sezione specializzata per una determinata materia nell'ambito della giurisdizione ordinaria. Singolare la ricostruzione di A. Ferraro, *Spunti per una riflessione su taluni aspetti problematici della nuova regolamentazione dei procedimenti d'accusa*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1440 s. in quale premesso che 1) la procedura fissata nella legge costituzionale n. 1 del 1989 (che trae i dettami per via analogica o dalle leggi n.1 e 219 del 1989) si pone come estranea rispetto all'ordinamento processuale comune; 2) le investigazioni del collegio e il provvedimento di archiviazione da esso pronunciato sono solo «momenti» della procedura «volta a rimuovere l'ostacolo all'esercizio della giurisdizione "ordinaria" posto dall'art. 96 Cost., accede alla convinzione che il tribunale dei Ministri sia «un organo della giurisdizione penale costituzionale» di cui, pur composto da magistrati, va esclusa «la natura sia di organo giudiziario ordinario sia di giudice speciale, con conseguente insindacabilità delle sue decisioni da parte della Cassazione».

¹⁷⁸ Il responso al quesito è stato dato dal CSM nella seduta del 13 novembre 1991 (CSM, *Notiziario*, novembre 1991, p. 32 ss.). Il tribunale dei Ministri non sarebbe un organo di rilevanza costituzionale, non può considerarsi – alla stregua della precedente Commissione inquirente – un organo della giurisdizione penale costituzionale, perché questo è in attrito con la dicitura «giurisdizione ordinaria» inserita nel testo costituzionale limato dalla legge n. 1 del 1989 e con la *ratio* ispiratrice del riordino. Per quanto concerne l'autonomia, il Consiglio si è espresso in modo più complesso: a differenza della Procura, il collegio, costituito presso il tribunale, è del tutto indipendente. Se il collegio ha autonomia funzionale, non ha quella amministrativa e finanziaria, essendo una struttura inserita nell'apparato organizzativo del tribunale. Nello specifico, l'organo di autogoverno della magistratura ha sostenuto che la regolamentazione vigente «colloca il collegio di cui all'art. 7 nella struttura organizzativa del tribunale del capoluogo di distretto, del quale costituisce organo giurisdizionale ed al quale deve far capo per tutte le esigenze finanziarie, di personale e di mezzi».

¹⁷⁹ A. Toschi, sub art. 6 legge 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 493. A. Ferraro, *Spunti per una riflessione su taluni aspetti problematici della nuova regolamentazione dei procedimenti d'accusa*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1440 scrive che le attività espletate dal collegio si collocano «al di fuori dell'ambito dell'ordinamento giurisdizionale comune, costituendo solo 'momenti' della procedura costituzionale volta a rimuovere l'ostacolo all'esercizio della giurisdizione 'ordinaria' posto dall'art. 96 Cost.». A sua volta, A. Toschi, sub art. 8 legge 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 500 sostiene che il tribunale dei Ministri opera, almeno inizialmente, «nei limiti di una fase prevalentemente ricognitiva e, in un certo senso, propedeutica tanto al sindacato politico-parlamentare, quanto al procedimento giurisdizionale ordinario».

¹⁸⁰ Cfr., Cass., sez. un., 20 luglio 1994, cit.

¹⁸¹ P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 156. V. pure A. Ferraro, *Spunti per una riflessione su taluni aspetti problematici della nuova regolamentazione dei procedimenti d'accusa*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1441, il quale definisce il Tribunale dei ministri come «organo della giurisdizione penale costituzionale».

¹⁸² P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 121.

art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, sia su quella giudiziaria successiva all'autorizzazione agli effetti dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989¹⁸³.

Da differente angolo visuale, si è ravvisato nel collegio un giudice speciale pur se arruolato tra i ranghi della magistratura ordinaria, in deroga al divieto di istituzione dei giudici straordinari e speciali di cui all'art. 102, comma 2, Cost.¹⁸⁴. Ma, si eccepisce – non a torto – che, in realtà, il tribunale dei Ministri è qualificabile, piuttosto, quale sezione specializzata della giurisdizione ordinaria per una determinata materia. E questo per una duplicità di fattori: per un verso, in quanto la l. n. 1 del 1989 stabilisce che esso sia composto, in via esclusiva, da magistrati ordinari, per l'altro, poiché la stessa legge lo colloca presso un organo giudiziario ordinario. Pertanto, pur non essendo istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario, il tribunale dei Ministri risulta soddisfare i requisiti delle sezioni specializzate richiesti dal secondo comma dell'art. 102 Cost.¹⁸⁵.

Tornando alle incombenze, va detto che, all'esito delle indagini preliminari esperite dal collegio, lo stesso dovrà assumere due risoluzioni tra loro in alternativa: disporre l'archiviazione (sentito il pubblico ministero) o chiedere l'autorizzazione a procedere alla Camera competente (art. 8, l. n. 1 del 1989)¹⁸⁶.

Riesce poco ricostruire sistematicamente gli istituti che caratterizzano questo momento procedurale alla stregua dei canoni dell'ordinamento processuale penale. L'archiviazione disposta dal collegio presenta lineamenti palesemente difformi da quelli propri dell'omonimo provvedimento disciplinato dal codice di rito. Mentre, difatti, a norma di quest'ultimo l'archiviazione può essere disposta dal giudice solo su richiesta del pubblico ministero e senza il compimento di previe indagini da parte del giudice medesimo, viceversa la legge costituzionale prevede, come detto, che le investigazioni siano effettuate dal collegio, e non dal pubblico ministero, il quale deve essere soltanto sentito, così che la deliberazione di archiviare gli atti potrebbe essere adottata quand'anche egli fosse di contrario avviso¹⁸⁷.

¹⁸³ Obietta il CSM, interpellato sul quesito, che il tribunale dei Ministri non può considerarsi organo di rilevanza costituzionale o della giurisdizione penale costituzionale, dal momento che una qualificazione siffatta contrasterebbe, in via diretta, con il dettato dell'art. 96 Cost. e con le motivazioni complessive della metamorfosi del 1989 (cfr. le conclusioni del CSM, Notiziario, 13 novembre 1991, n. 10, p. 32 ss. In proposito, anche M. Olivetti, *Il c.d. Tribunale dei Ministri all'esame del C.S.M.: osservazioni in margine ad alcune risposte a quesiti*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1504 ss.

¹⁸⁴ M. Angelini, *Rilievi sui reati ministeriali*, cit., p. 638 [«L'accertamento del reato non è stato affidato ad un organo ordinario della magistratura, bensì si è prevista la costituzione (...) di un collegio particolare con funzioni e procedure del tutto peculiari rispetto alla normativa processuale comune. Pertanto il suddetto collegio, denominato comunemente Tribunale dei ministri, rappresenta un giudice speciale pur se arruolato fra i ranghi della magistratura ordinaria»]. Analogamente, L. Ciuffoli, *I reati ministeriali*, cit., c. 313.

¹⁸⁵ A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, cit., p. 228. L'A. ammette che l'autonomia del tribunale dei Ministri rispetto all'organo giudiziario presso cui è collocato è assicurata dalla scelta del sistema di sorteggio per la sua composizione, idoneo a sottrarlo al potere organizzativo dei capi degli uffici giudiziari (pp. 229-230).

¹⁸⁶ Al fine di assumere le determinazioni inerenti la suddetta scelta, il collegio è dotato di un esteso ambito operativo ed il modo in cui esercita tali poteri incide sul sindacato che dovrà, nel prosieguo, compiere la Camera competente sull'eventuale richiesta di autorizzazione a procedere.

¹⁸⁷ F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, cit., p. 99 s. il quale si domanda: «Posto che in tal modo il pubblico ministero viene ad essere del tutto privato dei suoi poteri di iniziativa in ordine all'esercizio dell'azione penale, rimane a questo punto da stabilire se questo esercizio si realizzi con la obbligatoria trasmissione degli atti al collegio ovvero se esso risulti affidato alle autonome determinazioni del collegio medesimo. Assai diverse sono le conseguenze che discendono dalle due impostazioni appena prospettate. Nella prima ipotesi resterebbe attribuita al pubblico ministero una titolarità dell'azione penale del tutto priva di contenuto, non potendosene escludere l'esercizio nemmeno nel caso di manifesta infondatezza nella notizia di reato. Ogni valutazione in merito a quest'ultimo profilo verrebbe così rimessa ad una fase successiva all'esercizio dell'azione; e l'archiviazione deliberata dal collegio si configurerebbe quindi come una sorta di proscioglimento istruttorio, disposto con decreto, anziché con sentenza, ed altresì non soggetto ad impugnazione (...). Sebbene anch'essa dia adito a notevoli discrasie sotto il profilo della coerenza con i cardini essenziali del rito penale ordinario, la seconda interpretazione proposta appare peraltro degna di maggior credito in quanto più rispondente alla *ratio legis*, come testimoniano i lavori preparatori ed alcuni significativi riferimenti testuali. In particolare, più ancora che la qualificazione come archiviazione del provvedimento adottato dal collegio, assume a tal fine decisivo rilievo la circostanza che le indagini di competenza del collegio medesimo siano definite preliminari, quali certamente non possono essere quelle che vengono compiute dopo l'esercizio dell'azione penale (...). Queste anomalie sistematiche, (...), avrebbero potuto essere peraltro evitate, o per lo meno ridotte entro assai più angusti margini, qualora – in luogo che privare quasi d'ogni funzione il procuratore della Repubblica – si fosse compiuta la scelta, più radicale ma anche più coerente, di prescindere del tutto in questa fase della procedura, facendo del collegio il diretto destinatario delle notizie di reato ministeriale. Sarebbe stato difatti possibile, in tal caso, qualificare il titolare dell'azione penale, ossia il collegio stesso, come un organo del pubblico ministero; per cui la sola difformità rispetto

La volontà del tribunale ministeriale di disporre l'archiviazione non può essere assimilata ad una sentenza di proscioglimento trattandosi, quella compiuta, di una stima sommaria che non ha carattere di definitività circa il giudizio formulato; inoltre, il provvedimento non è impugnabile¹⁸⁸. Come «l'eventuale abdicazione» del tribunale dei Ministri «ad esercitare il suo potere priva la Camera» di dati «la cui rilevanza, o meno,» al fine dei riscontri *ex art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989* «essa solo può apprezzare»¹⁸⁹.

Il percorso intrapreso dal tribunale dei Ministri suppone che sia stata constatata la ministerialità del reato. Ma, l'evenienza reca con sé un'altra incertezza: chi è tenuto ad esprimersi al riguardo. Molto si è scritto al riguardo.

Senza ripetersi, non può negarsi che la qualificazione della ministerialità dell'illecito rientra nella riserva di giurisdizione instauratasi in seguito alla revisione costituzionale. Il preventivo inquadramento della *figura criminis* come illecito comune o ministeriale, da parte dell'autorità giudiziaria, incide sull'attribuzione delle Assemblee parlamentari circa il vaglio delle condizioni giustificative che può inibire l'esercizio dell'azione penale.

Da ciò discende che il problema relativo alla qualificazione della condotta criminosa, se pure alla luce dell'avvenuta depoliticizzazione del procedimento, conserva notevole rilevanza. Infatti, a seconda del riconoscimento della funzionalità o meno del reato, possono configurarsi situazioni di conflittualità tra gli organi della giurisdizione e quelli parlamentari, soprattutto ove, come nella procedura differen-

alle regole comuni (...) sarebbe consistita nella attribuzione a tale organo del potere di disporre direttamente l'archiviazione degli atti, senza bisogno di una pronuncia del giudice».

¹⁸⁸ Cass., sez. un., 26 aprile 1989.

¹⁸⁹ Deve accennarsi a C. cost., sent. 23 novembre 1994, n. 403 che, in motivazione, ha espresso, neanche troppo implicitamente, l'esigenza – sebbene non sia proprio chiaro poiché i passaggi argomentativi della Consulta sono nebulosi – a che le investigazioni svolte dal collegio prima della richiesta di autorizzazione a procedere siano improntate ad una tendenziale completezza. Per vero, il fulcro intorno a cui ruota il conflitto di attribuzione che, nell'occasione, la Corte è chiamata a risolvere è un altro e di particolare rilievo per il tema di studio. In breve, il nucleo duro dello svolgimento dei fatti da cui si evince tale considerazione: nel merito della questione controversa (necessità o meno dell'autorizzazione a procedere anche per i coindagati laici e, quindi, possibilità o no, di svolgere atti di indagine preliminare nei loro confronti prima del beneplacito stesso), il collegio ministeriale sostiene l'inammissibilità, in mancanza dell'atto autorizzativo, dell'interrogatorio dei compartecipi comuni e confronto tra gli stessi richiesti dal procuratore della Repubblica e sollecitati dal ramo del Parlamento competente, poiché vietati dalla legge e, se mai compiuti, risulterebbero inutilizzabili (art. 343, comma 4, c.p.p.). Ad orientare il tribunale dei Ministri verso tale convincimento, il rinvio che le leggi n. 1 e 219 del 1989 effettuano alle norme del codice di rito penale, applicabili in quanto compatibili e per quello che non è diversamente previsto. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 343, comma 2, c.p.p. Di contro, la Camera dei Deputati – interpretando in maniera differente le citate disposizioni – emette deliberazioni con le quali vanifica la domanda di autorizzazione a procedere (esonendosi dall'obbligo di pronuncia ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989) e pretende, in contemporanea, che il collegio, adeguatosi all'esegesi che la medesima compie circa i poteri investigativi *ex art. 8 l. n. 1 del 1989*, svolga ulteriori indagini cui far seguire un rinnovato vaglio circa l'esigenza di disporre l'archiviazione ovvero formulare istanza di concessione dell'autorizzazione a procedere. Più esattamente, nel punto 4.3 del *Considerando in diritto* si legge che, impregiudicati i poteri del collegio riconosciutigli nel 1989, «d'altra parte la Camera ha diritto di essere investita di una richiesta di autorizzazione a procedere non in forma del tutto ipotetica, ma in maniera sufficientemente precisa e con il conforto di approfonditi elementi probatori, sì da essere posta in condizione di "impiantare" l'eventuale interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero il preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di governo». Sicché, il tribunale dei Ministri non può fermarsi ad una mera delibazione dei fatti-reato, ma deve esperire tutte le investigazioni che gli sono consentite dal c.p.p. «onde pervenire alla formulazione di precisi e comprovati addebiti a carico del Ministro e degli altri coindagati». Peraltro, il collegio erra nell'appellarsi all'art. 343 c.p.p. in quanto la previsione è derogata dall'art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989, senza operare un distinguo tra il momento anteriore e quello successivo alla concessione dell'autorizzazione a procedere. La disposizione denota che, al di fuori delle ipotesi in essa considerate, «è consentita al Collegio ogni attività istruttoria (...), senza le limitazioni dell'art. 343 c.p.p., in modo che il Parlamento abbia un'approfondita conoscenza dei fatti per i quali si procede e possa verificare se essi furono compiuti in vista dei supremi interessi dello Stato (...). Dissente il collegio per cui l'art. 8 della l. n. 1 del 1989 riserva all'autorità giudiziaria l'inchiesta in ordine ai reati ministeriali e, conseguentemente, ad essa spetta stabilire i limiti legali entro i quali l'attività medesima deve svolgersi; mentre, alla Camera, ove investita della richiesta di autorizzazione a procedere, può solo negarla o concederla, senza sindacare l'attività d'indagine preliminare eseguita dalla prima secondo il potere riconosciuto dalla legge costituzionale, invadendone la sfera di attribuzione: si deve limitare a prendere atto delle risultanze delle investigazioni esperite invece che pretendere di indicare di compierne ulteriori. Il Giudice delle leggi così conclude: «Il Collegio inquirente per i reati ministeriali istituito presso il Tribunale di Napoli – omettendo di compiere gli interrogatori e i confronti di coindagati "laici", ritenuti dal Collegio stesso utili o necessari, ma erroneamente assunti come vietati nella fase delle indagini preliminari di sua competenza – ha privato delle risultanze dei suddetti atti l'Assemblea competente a decidere sulla richiesta di autorizzazione a procedere avanzata dal (...) Collegio, in tal modo incidendo indirettamente sull'esercizio di un altrui potere. Spettava, pertanto, alla Camera dei deputati, (...), restituire al Collegio inquirente presso il Tribunale di Napoli la richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dell'on.le L.C. D. M. ed altri (...), non occorrente per proseguire le indagini preliminari ed in particolare per compiere gli atti di interrogatorio e confronto dei coindagati non ministri né parlamentari, ritenuti necessari dal medesimo Collegio» (v. massima n. 21270 in www.cortecostituzionale.it).

ziata, lo spostamento di competenza abbia, innanzitutto, l'effetto di bloccare le indagini già iniziate. Invero, un conflitto d'attribuzione siffatto non sarebbe neppure configurabile. Dal momento che l'omessa trasmissione degli atti, da parte della Procura, consente di individuare quale unico soggetto da essa eventualmente pregiudicato il tribunale dei Ministri ne segue che si tratterebbe comunque di un conflitto di competenza, interno all'ordine giudiziario, rimesso alla decisione della Corte di cassazione (art. 32 c.p.p.). E se l'art. 37, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, relativamente ai conflitti costituzionali tra i poteri dello Stato, dispone che restano ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione, questo sta a significare, *a fortiori*, che quelle di competenza non assurgono, in alcun caso, al livello di controversia costituzionale. Riconoscere l'iniziativa sulla ministerialità al Parlamento, varrebbe a riesumare, drammaticamente, una prassi instauratasi in vigenza della disciplina *ante* riforma che consentiva alla Commissione inquirente di impedire il proseguimento dei procedimenti ordinari mediante un proprio controllo positivo circa la ministerialità dei reati.

Tornando a monte dopo questa coincisa digressione, chiude il cerchio, quanto al percorso accertativo, la legge 5 giugno 1989, n. 219 rubricata «*Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione*» che, al comma 2 dell'art. 1, puntualizza che il collegio, «procede alle indagini (...) con i poteri che spettano al pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari»; può, altresì, sussistendone i presupposti, disporre, anche *ex officio*, incidente probatorio, «provvedendo[vi] direttamente (...)» e considerandolo «ad ogni effetto come espletato dal giudice delle indagini preliminari», nonché compiere tutti gli altri atti che spettano, secondo la disciplina codicistica (vigente al momento dello svolgimento delle investigazioni), al g.i.p.

La disposizione ha incontrato, da subito, riserve in dottrina che vi ha ravvisato una discrasia con i principi che hanno ispirato la stesura dell'attuale c.p.p.: il cumulo dei poteri inquirenti di solito attribuiti al magistrato e delle funzioni di garanzia e controllo proprie del giudice delle indagini preliminari in un unico organo, lo colloca in una dimensione operativa intrinsecamente incongruente *con e* aliena all'impianto accusatorio del nuovo c.p.p.¹⁹⁰. In ragione della dicotomia del collegio, ci si è interrogati, come visto, sulla sua natura giuridica.

Esso è chiamato a svolgere l'inchiesta in un segmento temporale assai ristretto, novanta giorni¹⁹¹; chiusala¹⁹² e udito il pubblico ministero, laddove non ritenga debba disporsi l'archiviazione, dà inizio alla fase parlamentare¹⁹³: inoltra, in qualità di propulsore della richiesta autorizzativa di cui gli spetta la valutazione sottostante siffatta domanda, il carteggio, affiancato da una relazione motivata, al procuratore della Repubblica affinché venga rimesso, in via immediata, al Presidente della Camera (competente a pronunciarsi circa l'autorizzazione a procedere)¹⁹⁴ e, da quest'ultimo, inviato alla rispettiva Giunta per le autorizzazioni a procedere¹⁹⁵. Diversamente (cioè a dire che non ritenga sussistenti elementi ido-

¹⁹⁰ A. Ciancio, sub art. 96 Cost., cit., p. 1874 e A. Toschi, sub art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 500 s. D. Manzione, *Reati Ministeriali e giudizio penale, ovvero della giurisdizione dimezzata*, in Cass. pen., 1991, p. 209 s. definisce il collegio «un organo "tuttofare" deputato sì a svolgere indagini, ma, anche, a raccogliere prove ed a disporre rinvii a giudizio secondo una "fisionomia" propria del vecchio giudice istruttore e regole non troppo difformi da quelli del codice Rocco, così destinato a "sopravvivere a se stesso"».

¹⁹¹ In base al comma 3 dell'art. 3, l. n. 219 del 1989 «Gli atti e i provvedimenti relativi allo svolgimento delle indagini di cui all'articolo 8 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, sono ad ogni effetto considerati come compiuti o disposti nel corso del procedimento ordinario».

¹⁹² Prima che ciò si verifichi, gli interessati possono presentare memorie o chiedere di essere ascoltati. Agli stessi è consentito, ove lo richiedano, di prendere visione degli atti (art. 1, comma 3, l. n. 219 del 1989). Legittimati parrebbero anche i concorrenti nel reato del Ministro.

¹⁹³ Se il collegio opta per la richiesta di autorizzazione a procedere, essa non può essere recepita come esercizio dell'azione penale e, pertanto, non vale la regola dell'irretrattabilità. V. F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, p. 497; R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 189.

¹⁹⁴ In merito alla concessione o meno della autorizzazione a procedere, il Giudice delle leggi in una delle sentenze cardine in materia (C. cost., sent. 23 novembre 1994, n. 403) ha affermato che, in capo all'Autorità giudiziaria, vige un «obbligo di leale collaborazione» nei confronti della Camera competente. In particolare, non è «nella discrezionalità del Collegio procrastinare a dopo l'autorizzazione a procedere atti di indagini preliminari che potrebbero essere compiuti prima»: il mancato pieno dispiegarsi dei poteri attribuiti al Collegio incide infatti su quelli attribuiti all'organo parlamentare, nel senso che in tal caso quest'ultimo verrebbe «privato, in tutto o in parte, di elementi di valutazione che altrimenti avrebbe avuto disponibili come risultanze delle indagini preliminari».

¹⁹⁵ Per A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 6 «Questa speciale disciplina della fase preliminare serve a garantire la persona dei Ministri contro l'eventualità di azioni avventate o faziose».

nei a determinare l'avvio della fase parlamentare), il collegio, sentito il magistrato, dispone l'archiviazione con un atto che ha la natura di decreto non impugnabile¹⁹⁶; in questo caso, decide l'esito abortivo del processo in quasi completo solipsismo. Il pubblico ministero dà, peraltro, parere non vincolante se non ai fini di una richiesta di ulteriori indagini (art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989); tant'è che il provvedimento che può essere emesso d'ufficio, su difforme richiesta del pubblico ministero. Nondimeno, prima che venga adottato il provvedimento di cui si discute, il p.m. può chiedere alla compagine distrettuale, puntualizzandone le ragioni, di eseguire ulteriori indagini; nell'evenienza, il collegio prende le sue decisioni entro il termine ulteriore di sessanta giorni.

Non stona evidenziare che il tribunale è l'organo portante dell'intera procedura: ad esso spetta valutare gli elementi acquisiti e dar seguito o meno alla qualificazione dei fatti prospettata dal procuratore della Repubblica. E, ove ravvisi una parvenza di fondamento delle notizie ricevute, deve inoltrare gli atti al Procuratore, con relazione motivata, «così instaurando la fase concernente le deliberazione autorizzativa attribuita al competente organo politico»¹⁹⁷.

L'art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989 disegna le condizioni per le quali viene disposta la "battuta d'arresto": «se la notizia di reato è infondata, ovvero manca una condizione di procedibilità diversa dall'autorizzazione di cui all'articolo 96 della Costituzione, se il reato è estinto, se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se l'indiziato non lo ha commesso ovvero se il fatto integra un reato diverso da quelli indicati nell'articolo 96 della Costituzione»¹⁹⁸. Se ricorre quest'ultima circostanza, «il collegio dispone altresì la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria competente a conoscere del diverso reato». Il procuratore della Repubblica ha l'onere di fornire comunicazione della avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente (questo, declamato dall'art. 8, comma 4, l. n. 1 del 1989)¹⁹⁹.

¹⁹⁶ L'assunto di Cass., sez. VI, 7 maggio 2009, n. 34599 è che «Il decreto di archiviazione emesso dal collegio per i reati ministeriali, prima della richiesta di autorizzazione a procedere, non è impugnabile». Ribadisce la non impugnabilità del provvedimento di archiviazione disposto dal collegio per i reati ministeriali: Cass., sez. VI, 17 settembre 1992, *N.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2760. Cfr., in quanto attinenti, Cass., sez. VI, 10 maggio 1999, n. 1732, in *Foro it.*, 2000, pt. II, 339 «È abnorme, e va pertanto annullato, il provvedimento dello speciale collegio per i reati ministeriali che, investito di una richiesta di archiviazione su un'ipotesi di reato ministeriale, restituisca gli atti al p.m. con [istanza] di iscrivere il nominativo del ministro nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. anche in relazione ad altra ipotesi di reato». Cosa, questa, dopo aver chiarito che «In tema di reati ministeriali, resta ferma l'attribuzione all'ufficio del p.m. della titolarità dell'azione penale e di tutte le previste attività di iniziativa e di partecipazione al procedimento; non sarebbe quindi conforme alla disciplina legislativa un procedimento per reato ministeriale che si inizi al di fuori della trasmissione degli atti da parte del p.m.; e parimenti in contrasto con la legge è, *pro parte*, l'estensione dell'oggetto di un procedimento, pur ritualmente iniziatosi, a fatti diversi da quelli conosciuti e valutati dal medesimo ufficio». Sempre in merito a simile sanzione, vale la pena segnalare Cass., sez. VI, 13 ottobre 2011, n. 45986, in *CED Cass.*, n. 251275: «È abnorme il provvedimento del presidente del collegio per i reati ministeriali che, a seguito della dichiarazione di incompetenza del gip in ordine alla richiesta di proroga del termine delle indagini preliminari avanzata dal p.m. nell'ambito del relativo procedimento, con la conseguente individuazione del predetto collegio quale giudice competente per l'adozione del provvedimento richiesto, ne disponga la messa agli atti con la motivazione che nessuna istanza è stata avanzata, senza assumere alcuna determinazione sulla questione della competenza, né sulla richiesta di proroga delle indagini».

¹⁹⁷ A. Toschi, sub art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 499.

¹⁹⁸ A. Toschi, sub art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 501 sostiene che, nonostante il silenzio della disciplina legislativa, ragioni sistematiche impongono l'obbligo di motivazione del provvedimento di archiviazione, dato che l'art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989 «ne inquadra le determinazioni entro precisi vincoli logici e contenutistici, che verrebbero (...) svuotati se si intendesse l'adempimento come meramente enunciativo, senza ricollegare alla decisione un tenore esplicativo idoneo a limitare, sul piano tecnico, la discrezionalità dell'organo». L'A. ipotizza anche, rafforzando il convincimento della necessità della motivazione, una riconduzione del provvedimento alla disciplina dell'art. 111, comma 1, Cost. (nt. 7). D'altro canto, simile dovere parrebbe derivare, implicitamente, dalla specificazione dell'ipotesi di assenza di una condizione di procedibilità differente da quella prevista dall'art. 96 Cost.

¹⁹⁹ Quella disposta ai sensi dell'art. 8 l. n. 1 del 1989 è un'archiviazione «"preliminare"», «conclusiva di un'indagine limitata nel tempo e pertanto (...) tendenzialmente incompleta» avente connotazione diversa rispetto a quella ordinaria di cui agli artt. 408 e 125 disp. att. c.p.p. V. R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 174 s. L'A. osserva, in merito al decorso del termine di novanta giorni dal ricevimento degli atti da parte del collegio, «non è qui ancora il momento di risolvere l'alternativa fra archiviazione [ordinaria] ed esercizio dell'azione penale, che potrebbe porsi in termini perentori ed esclusivi solo se l'autorizzazione a procedere fosse già stata concessa. Si tratta piuttosto di affrontare in via preliminare il problema dell'eventuale superfluità, non solo dell'ulteriore corso del procedimento penale, ma altresì di una procedura autorizzativa assai "costosa"». Questo è il motivo perché da un lato, i casi di archiviazione "preliminare" sono tassativamente previsti dall'art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989, dall'altro, perché il decreto di archiviazione non è impugnabile ai sensi dell'art. 111 Cost. (cfr. Cass., sez. VI, ord. 17 giugno 1989, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1562 ss., con osservazioni di M. Manetti). Di diversa natura, è, invece, l'archiviazione disposta dopo la concessione dell'autorizzazione a procedere «inquadabile negli schemi del processo penale

Esclusa la ministerialità, troverà, per questo, applicazione in tutto e per tutto l'ordinario rito processuale, senza che, ovviamente, si renda necessario l'intervento autorizzatorio camerale. A sentire la letteratura questo varrebbe in tutti i casi di archiviazione elencati dall'art. 2, l. n. 219 del 1989: quella «ordinaria» che ha a fondamento i normali motivi di inazione (infondatezza della notizia di reato, improcedibilità, estinzione del reato, fatto non previsto dalla legge come reato o non commesso dall'indagato), quella «asistemica»²⁰⁰, o asistemica ovvero anomala, nel senso che il tribunale dei Ministri, con un'inversione di marcia, reputa, in difformità da quanto originariamente sostenuto dall'accusa, che il reato non sia ministeriale e, quindi, non sia stato compiuto nell'esercizio delle funzioni di governo (essa ha il tenore di una declinatoria di competenza e comporta, pertanto, la prosecuzione del procedimento davanti al magistrato ordinario, vale a dire il pubblico ministero, tenuto a condividere l'opinione del tribunale dei Ministri non potendosi configurare un conflitto di competenza fra magistrato requirente e collegio istruttorio)²⁰¹.

Il comma 2 di suddetta previsione, invece, tratteggia l'ipotesi in cui al decreto di archiviazione «sopravvengano nuove prove»; il tal caso, il provvedimento può essere revocato dal collegio su istanza del procuratore della Repubblica, osservando le forme previste dall'art. 6, l. n. 1 del 1989 (*sic*: l'atto, quanto ad effetto preclusivo, assomiglia maggiormente alla sentenza di non luogo a procedere). Allorché venga disposta la revoca, l'organo collegiale procede ai sensi dell'art. 8, l. n. 1 del 1989 e il termine di novanta giorni *ivi* previsto decorre dalla data del ricevimento della richiesta del procuratore della Repubblica.

Per l'occorrenza in cui si apra il processo, la cognizione dei reati ministeriali posti in essere dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri nell'esercizio delle loro funzioni, «e in concorso con gli stessi da altre persone», spetta, in primo grado, al tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio. Dovrebbe essere una competenza funzionale parificabile a quella per materia per gli effetti di cui al codice di rito penale.

Al percorso accertativo non possono partecipare i magistrati che hanno fatto parte del collegio *ex art.* 7, l. n. 1 del 1989 istituito per svolgere investigazioni sull'oggetto del medesimo procedimento. Mentre, per le impugnazioni e per gli ulteriori gradi di giudizio trovano spazio le norme del codice di procedura penale. La regola merita apprezzamento; il sistema previgente si concentrava in un unico grado di giudizio innanzi la Corte costituzionale, determinandosi gravi disparità – soprattutto per gli imputati laici – nell'utilizzazione dei rimedi di diritto comune²⁰².

Non stona ribadire che, qualora non si versi in una delle ipotesi per le quali il collegio ritenga di disporre l'archiviazione, si apre la fase parlamentare del procedimento, che costituisce «il punto di (ri)emersione della politicità»²⁰³. Alla fase giurisdizionale di accertamento e di qualificazione della fattispecie concreta, infatti, segue la fase camerale orientata alla valutazione politica sulla sussistenza di parametri prestabiliti. Quest'ultima è sempre e comunque un «giudizio politico, la discrezionalità sicuramente permane, ma ne è stato circoscritto il campo e precisato l'oggetto»²⁰⁴.

Giova una sintesi: demarcando i ruoli, il Procuratore della Repubblica è il destinatario di ogni *notitia criminis* (art. 6 l. n. 1 del 1989), nonché, in ragione delle competenze di cui all'art. 8, commi 1 e 4, l. n. 1 del 1989, l'elemento di congiunzione tra il tribunale dei Ministri e il Parlamento, da cui consegue che le ambiguità che circondano tale organo nella fase preliminare finiscono per ripercuotersi sul ruolo spett-

comune»: G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 322 ss.

²⁰⁰ «Asistemica», sostiene F. Gianfrotta, *L'on. Mastella, la competenza, i reati ministeriali*, in *Questione giustizia*, 2011, p. 181 può definirsi quella «che non implica una “determinazione negativa sull'esercizio dell'azione penale”, ma una diversa qualificazione del reato, escludendone la natura ministeriale».

²⁰¹ R. Aprati, *Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per “usurpazione” e per “menomazione” fra giudici ordinari e assemblee parlamentari*, cit., p. 3 s.

²⁰² L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., p. 466. È d'accordo C. Pansini, *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, cit., 2000, p. 208 che, in merito, fa menzione dell'art. 14, comma 5, del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'uomo, ratificato dall'Italia, il quale stabilisce che «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge». V., in proposito, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, p. 238 s.

²⁰³ M. Olivetti, *Il c.d. Tribunale dei Ministri all'esame del C.S.M.: osservazioni in margine ad alcune risposte a quesiti*, cit., p. 1517.

²⁰⁴ M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, cit., p. 20, nel riprendere le parole di L. Carlassare.

tante agli altri due protagonisti del rito²⁰⁵. Ai sensi dell'art. 8, comma 3, l. n. 1 del 1989 spetta al pubblico ministero il potere di richiedere al collegio, precisandone i motivi, ulteriori indagini prima del provvedimento di archiviazione; a questi compete, poi, pure il delicato compito di formulare, all'avvio del procedimento, una preventiva catalogazione giuridica della fattispecie di reato e di compiere una preliminare qualificazione della ministerialità di quest'ultimo²⁰⁶ al fine di determinare la speciale competenza del collegio istruttorio. Il tribunale dei Ministri, di contro, è l'organo chiamato a «risolvere l'alternativa fra archiviazione e richiesta di autorizzazione a procedere» e, a tal fine, esso risulta dotato «sia [dei] poteri di indagine normalmente attribuiti al [procuratore della Repubblica], sia [di quelli] assegnati al giudice per le indagini preliminari».

LE INSIDIE DI UNA NORMA DALLA SINTASSI AMBIVALENTE

Se nei procedimenti *de quibus* la fase prodromica all'esercizio dell'azione penale non ha mostrato rilevanti problemi applicativi, nonostante le palesi stranezze *ivi* percepibili, lo stesso non può dirsi per quella appresso in relazione alla quale si riscontrano oscillazioni esegetiche fondate sull'incerto dato normativo dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989: *recte*, su una contestabile scelta lessicale del legislatore costituzionale.

L'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989, difatti, prevede, alla lettera, che l'Assemblea di competenza «ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al Collegio di cui all'art. 7 *perché continui il procedimento secondo le norme vigenti*». Orbene, il precipitato del dibattito si agita (proprio) intorno alla esatta interpretazione di tale disposto, resa più ardua dalla necessità di pervenire ad un suo azzecato coordinamento con la regolamentazione tracciata dall'art. 3, l. n. 219 del 1989²⁰⁷ e 11, l. n. 1 del 1989 che, al primo comma secondo periodo, recita: «Non possono partecipare al procedimento i magistrati che hanno fatto parte del collegio di cui all'articolo 7 nel tempo in cui questo ha svolto indagini sui fatti oggetto dello stesso procedimento».

Appurato che il richiamo alle «*norme vigenti*» non ha che lo scopo, pleonastico, di chiarire l'automatico adattamento del regime procedurale dei reati ministeriali – nel seguito al conferimento del lasciapassare del Parlamento – a tutte le eventuali correzioni del rito ordinario che dovessero intervenire in futuro²⁰⁸, resta da spiegare il senso della previsione *ex art.* 9, comma 4, l. n. 1 del 1989, che appare, invece, assai poco perspicua, laddove stabilisce che gli atti devono essere trasmessi al tribunale dei Ministri e non, invece, al procuratore della Repubblica. *Litterate*, non si comprende a quale organo spetti celebrare l'udienza preliminare, se, cioè, quest'ultima rientri ancora nei compiti del collegio ovvero debba essere investito il g.u.p. territorialmente competente, atteso che l'unico organo avente funzioni giurisdizionali nella fase preliminare del procedimento ministeriale è esclusivamente il suindicato tribunale.

La regola, assai importante dal punto di vista procedurale, s'innalza a *leitmotiv* di una continuità giuridica tra le indagini preliminari anteriori e quelle successive al benessere dell'organo parlamentare,

²⁰⁵ A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, cit., p. 217; N. Carulli, *Archiviazione e reati ministeriali*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II, Padova, Cedam, 1991, p. 491. L.A. Mazzarolli, *sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n.1*, cit., p. 505. Secondo quest'ultimo A. il procuratore della Repubblica e il Presidente della Camera competente costituiscono semplicemente degli «uffici attraverso i quali si manifesta all'esterno la volontà del complesso organizzativo di cui fanno parte».

²⁰⁶ P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, cit., p. 148.

²⁰⁷ Esplicativo del disposto in commento è l'art. 3, l. n. 219 del 1989 per il quale «Quando gli atti siano stati rimessi ai sensi del comma 4 dell'articolo 9 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, al collegio *ivi* indicato, il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione». In queste ipotesi, «il collegio provvede senza ritardo a trasmettere gli atti al procuratore della repubblica presso il tribunale indicato nell'art. 11 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1». E ancora, «Gli atti e i provvedimenti relativi allo svolgimento delle indagini di cui all'articolo 8 della legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, sono ad ogni effetto considerati come compiuti o disposti nel corso del procedimento ordinario». La previsione avrebbe dovuto dissolvere i dubbi ermeneutici sorti intorno a quella, costituzionale, di cui all'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 in quanto, per come intessuta, sarebbe valsa ad escludere ogni ulteriore investigazione dopo la fase parlamentare e scolpirebbe, in maniera categorica, come, con il ricevimento degli atti provenienti dall'organo politico, si concluderebbe la particolare inchiesta assegnata al collegio e si attiverebbe il rito ordinario.

²⁰⁸ L'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 non può essere intesa nel senso che pietrifica le regole a quelle in vigore al momento dell'entrata in vigore del rinnovato art. 96 Cost.

rispetto alle quali quest'ultimo si pone come una sorta di censura.

L'obiettivo, dunque, al momento dell'innovazione, era quello di tentare un raccordo tra il completamento della verifica parlamentare dall'esito positivo e il prosieguo dell'*iter* preordinato all'accertamento, nel merito, dell'illecito ministeriale: si presume anche nei confronti dei compartecipi, pure laici; sarebbe ingenuo pensare l'opposto. Ma, esso, ancorché perseguito con eccessivo zelo, mercé l'improprietà del linguaggio usato, ha determinato incertezze suscettibili di recare pregiudizio agli interessati e non ha evitato abusi.

Semplificando e sintetizzando, la disputa che si cela dietro il disposto in esame è, più da lontano, se il verbo usato nella espressione «*il procedimento continuo*» abbia valore transitivo od intransitivo, in modo da affidare il completamento dell'istruttoria alla magistratura ordinaria secondo le regole stabilite dal c.p.p. o al collegio inquirente, e, più da vicino, se la restituzione del *dossier* al tribunale dei Ministri gli riservi la decisione sul rinvio a giudizio, la trattazione dell'udienza preliminare e lo svolgimento delle attività istruttorie o, di converso, funga, semplicemente, da ponte tra la Camera e la giurisdizione comune. Non trascurando che un'inclinazione per la prima evenienza rischia di mettere in discussione persino uno dei muri portanti del processo penale vigente, l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). Insomma, a parte l'incongruenza sintattica e il contrasto con il ruolo di tramite fra le Camere e il collegio conferito da altre norme della stessa legge costituzionale al procuratore della Repubblica, la disposizione in esame suscita più che fondate perplessità interpretative, non apparendo lampante se il tribunale ministeriale debba, a sua volta, limitarsi a trasmettere gli atti al pubblico ministero, senza espletare ulteriori funzioni processuali, ovvero sia investito del compito di svolgere l'ufficio di giudice nell'istruzione formale cui deve darsi corso. La prima linea di pensiero che avanza si lascia preferire nel suo incedere alla stregua di una lettura non meramente letterale del testo normativo. Sembra, infatti, certo più conforme al senso della legge ricondurre il procedimento, una volta concessa l'autorizzazione, in tutto e per tutto nell'alveo delle regole comuni, escludendo quindi ogni attiva partecipazione ad esso di organi diversi da quelli escogitati per il circuito giudiziario ordinario.

Dopo l'entrata in vigore delle novità del 1989, il principio in analisi è apparso da subito parecchio amletico anche, si è visto, in prospettiva letterale, sicché ha posto problemi ermeneutici di ardua risoluzione: il dubbio, prima di affidarsi ad auspicabili future scelte legislative risolutive, come detto, *de jure condito*, gira attorno se sia stato istituito ancora una volta il collegio come organo competente a proseguire il procedimento per non spezzare il legame con le investigazioni da esso compiute prima della fase parlamentare o se, viceversa, l'andamento procedurale debba avanzare secondo le norme del codice di procedura penale. Di talché, il periodo che segue all'autorizzazione a procedere avrebbe costituito la prima *tranche* del processo penale in senso stretto. Un'interpretazione, quest'ultima, che avrebbe visto un inizio di indagini preliminari di rito comune, rimesso al p.m.²⁰⁹, in attrito con il composto positivo che prevede la trasmissione degli atti al collegio da parte della Camera competente.

L'esigenza che non si spezzi *le file rouge* che allaccia l'inchiesta condotta dal tribunale dei Ministri a quella che s'inserisce potenzialmente dopo l'intervento della Camera competente, rendendola assai frammentaria, non deve trarre in inganno l'interprete. Non è chi non veda che l'unica posizione assumibile, nonostante l'ambiguità terminologica, sia quella per cui il rilascio dell'autorizzazione a procedere sfoci nel deferimento dei membri dell'Esecutivo al collegio e, per il suo tramite, alla giurisdizione ordinaria che farà luogo alla verifica circa la sussistenza del reato e alla eventuale irrogazione della pena in base ai criteri strettamente giuridici del c.p.p. Di guisa che sarebbe oramai vano affidarsi ad istituti e strumenti caduti in desuetudine e, dunque, recessivi; è bene che, non avendo più corso, siano relegati in soffitta insieme al loro bagaglio ideologico di supporto e surclassati da quelli aderenti al rinnovato carattere democratico del sistema. D'altra parte, va evidenziato, persuasivamente, che il trascinarsi tra le coordinate del procedimento ministeriale – con una certa flessibilità – della cognizione del collegio comporta, a parte la reviviscenza di disposizioni dell'abrogato codice e, con loro, la figura del giudice istruttore, la polverizzazione di garanzie e diritti delle parti coinvolte per l'esclusione – che può riscontrarsi – di istituti processuali quali l'udienza preliminare e i riti speciali; sconcerta, inoltre, l'applicazione, ad opera del giudice, di previsioni inesistenti nell'ordito positivo e la disapplicazione, invece, di quelle vigenti.

Lo sviluppo rettilineo della conclusione s'imbatte nella difficoltà di ricondurre, nonostante lo spirito di abnegazione, entro confini unitari, gli spunti molteplici e, a volte, contraddittori che sono venuti fuori dal di-

²⁰⁹ Come pare dica, senza mezzi termini, E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 145.

battito sul profilo d'indagine. Si registrano profonde crepe fra il *trend* giurisprudenziale e quello dottrinario.

Andando dritti al punto ed evitando di essere ripetitivi²¹⁰, va segnalato che, all'inizio, la Corte costituzionale ha riconosciuto spazio ridotto alla portata dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 nel senso che «la trasmissione degli atti dal Collegio al Pubblico ministero avviene non perché questi provveda “[al compimento] di tutta l'attività conseguente alla [accordata] autorizzazione”, ma perché partecipi [a quella] spettante al [tribunale ministeriale] esercitando i suoi poteri»; il Giudice delle leggi, dunque, ha riconosciuto, all'organo epicentro della fase preliminare, anche il ruolo di g.u.p., riconsegnandogli la piena gestione del procedimento anche dopo il benessere del Parlamento²¹¹. D'altronde, esso ha a lungo mantenuto un certo *self restraint*, un atteggiamento «“prudente”» in merito alla configurazione giuridica del tribunale dei Ministri, evitando di «“sanzionare apertamente il cumulo di funzioni, inquirenti e giudicanti», che lo contrassegna²¹².

Il ragionamento della Consulta si è edificato, da un lato, sulla ermeneusi testuale della norma costituzionale, lì dove è detto, senza mezze misure, che lo stesso collegio competente nella prima fase del procedimento lo continua secondo le norme vigenti ed il cui significato non cambia anche se il verbo continui si ritenga riferito al procedimento, in quanto è sempre chiara la designazione a compiere l'istruttoria del collegio; dall'altro, sul rilievo che il testo, in sede di approvazione, emendato dalla Camera pur con vivaci opposizioni, era stato, infine, confermato dallo stesso Senato in seconda lettura. Pertanto, è il tribunale dei Ministri che, non uscendo definitivamente di scena, dopo l'autorizzazione parlamentare, deve concludere l'istruttoria, eventualmente recuperando, sotto il profilo probatorio, gli atti di indagine preliminare già compiuti, in modo da attivare il rito ordinario mediante il rinvio a giudizio o, in caso contrario, prosciogliere il Ministro inquisito; al pubblico ministero, a cui gli atti vanno trasmessi senza ritardo dal collegio, spetterà, invece, formulare le sue richieste e redigere la requisitoria al termine dell'istruzione, restando assegnata al tribunale ministeriale ogni decisione in merito. Ragionare diversamente, infatti, avrebbe significato relegare quest'ultimo «“nella posizione marginale di organo competente per le sole indagini preliminari ex art. 8, con incoerente frantumazione della fase delle indagini in due tronconi – ante e post autorizzazione a procedere – attribuiti alla competenza di organi del tutto diversi e, peraltro, di rango differente”»²¹³. E questo in evidente contrasto con la volontà del legislatore costituzionale di mantenere l'intervento del collegio, per le garanzie di affidabilità che si ritengono correlate a tale organo, non solo nella fase iniziale di deliberazione sommaria, ma anche in quella seguente, in cui, addivenuti alla individuazione di una notizia di reato utilmente suscettibile di accertamenti in ordine la sua effettiva corrispondenza al vero, si debba, appunto, procedere, dapprima, a tali accertamenti, e decidendo, infine, sulla necessità di un intervento della giurisdizione dibattimentale.

In quest'ultima ipotesi, il giudizio prosegue dinanzi al giudice ordinario competente per materia e territorio, secondo le comuni regole processuali e senza altra difformità rispetto al procedimento per i reati comuni (commessi dai Ministri) che non sia quella della prevista competenza funzionale del tribunale avente sede nel capoluogo del distretto della corte di appello competente. Viceversa, l'eventuale proscioglimento, se disposto dal collegio inquirente dopo la concessione dell'autorizzazione a procedere²¹⁴, comporta la conseguente chiusura del procedimento: tale evenienza non deve meravigliare, in quanto l'avvenuto rilascio del beneplacito parlamentare costituisce soltanto la rimozione dell'ostacolo

²¹⁰ Le citazioni della giurisprudenza e dei relativi contenuti informativi del disposto sono stati già oggetto di disamina nel § “la procedura. In particolare, l'autorizzazione a procedere” quando si è tentato di disegnare la cornice dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 e, soprattutto, i margini dei parametri di apprezzamento in esso conati.

²¹¹ Cfr. C. cost., sent. 25 maggio 1990, n. 265 in *Giur. cost.*, 1990, p. 1582 ss., con osservazioni di G. Di Raimo, *L'interpretazione dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 e i relativi aspetti della l. n. 219 del 1989*.

²¹² L. Tirabassi, *La Consulta «declina» l'invito a sancire la natura investigativa del Tribunale dei ministri. Scelta obbligata o decisione «prudente»?», in *Giur. cost.*, 1998, p. 238 ss.*

²¹³ E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, cit., p. 163 che riprende gli asserti di Cass., sez. I, 4 marzo 1994, P., nella pubblicazione di *Cass. pen.*, 1994, p. 2717 ss. e, soprattutto, p. 2719.

²¹⁴ V. R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 174, nt. 74 che distingue l'archiviazione «preliminare», ex art. 8, comma 2, l. n. 1 del 1989, inoppugnabile e passibile di revoca solo se sopravvengano nuove prove (art. 2, comma 2, l. n. 219 del 1989) (ergo, provvedimento sostanzialmente definitivo a causa della non impugnabilità e conclude un procedimento nel quale manca ogni significativo apporto probatorio della parte privata), dalla archiviazione «speciale» a seguito del rifiuto di autorizzazione da parte della Camera competente e dalla archiviazione «ordinaria» nella quale potrebbe sfociare l'indagine preliminare proseguita dopo la concessione dell'autorizzazione stessa.

“politico” alla prosecuzione delle investigazioni, ben potendo, il collegio, a seguito di una più meditata conoscenza dei fatti, decidere l’assoluzione del Ministro indagato. In altri termini, pur essendo venute meno, a seguito della concessione dell’autorizzazione parlamentare, le ragioni che impedivano di assoggettare il Ministro alla giurisdizione penale ordinaria, residuano ancora al collegio inquirente degli spazi processuali per decidere il rinvio a giudizio o il proscioglimento: in proposito, l’art. 3, comma 2, l. n. 219 del 1989, nel prevedere la trasmissione degli atti senza ritardo dal collegio al procuratore distrettuale, segna l’inizio dell’ultima «specialità» del procedimento per i reati ministeriali. «Un’ulteriore deroga, qui, all’ordinario procedimento che neppure dopo l’autorizzazione parlamentare riprende secondo le regole in quanto resta affidata allo speciale collegio istruttoria intera: la “specialità” continua anche quando le ragioni (più o meno apprezzabili) della differenziazione tra la posizione dei ministri e quella di ogni altro cittadino che doveva essere l’obiettivo della riforma sono venute meno»²¹⁵. Infatti, da tale momento sulla base di una nuova valutazione degli atti da parte del predetto organo (collegiale), si apre la sequenza procedimentale (finale) concernente le determinazioni del p.m. relative all’esercizio dell’azione penale e le decisioni del tribunale dei Ministri che definiscono l’intero procedimento.

La Suprema corte, forte degli epiloghi della Consulta, dal suo, ha sempre ritenuto che la l. n. 1 del 1989 ha derogato, con riferimento a questo determinato aspetto, alle disposizioni codicistiche; tale eccezione, riponendo il basamento in una fonte di rango costituzionale, sarebbe stata legittimamente posta²¹⁶. Le pronunce della Cassazione hanno confermato, dunque, la tesi dell’affidamento al collegio anche della competenza in ordine al rinvio a giudizio del Ministro indagato (e, si presume, dei concorrenti) e alla celebrazione dell’udienza preliminare: concatenazione procedurale consecutiva all’autorizzazione a procedere parlamentare e sino al dibattimento. Tutta la fase predibattimentale del processo ordinario sarebbe governata dal collegio inquirente che deciderebbe sulla domanda di rinvio a giudizio presentata dal pubblico ministero.

La prassi, a dispetto delle criticità, in sostanza, ha sempre fatto coesistere, in uno stesso organo, funzioni ontologicamente diverse: il profilo ambivalente del collegio che ingloba, ad un tempo, il ruolo di inquirente e le attività decisorie tipiche riservate al g.i.p., non violerebbe l’art. 3 Cost., giustificandosi la diversità di disciplina rispetto al processo ordinario con la speciale posizione che rivestono i soggetti nei confronti dei quali si svolge il giudizio per reati ministeriali. Ma, tale spiegazione, in teoria, valevole per i membri del Governo poco si attaglia ai compartecipi nell’illecito ministeriale, specie se cittadini comuni.

Ecco che le chiusure della giurisprudenza sono alquanto ficcanti. Trovando il modo di liquidare il tema, si è affermato²¹⁷, icasticamente, che «L’art. 7 [l. n. 1 del 1989] ha istituito presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d’appello un organo specializzato della giurisdizione ordinaria con competenza a svolgere attività di indagine e con il potere decisionale riguardo all’archiviazione relativamente ai reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei ministri o dai ministri. Peraltro, allo stesso organo sono attribuiti anche poteri decisori in ordine al rinvio a giudizio all’esito della udienza preliminare, come si deduce dalla legge anzidetta il cui art. 9, comma 4 prevede

²¹⁵ L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 485.

²¹⁶ Lo riferisce G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 306, nt. 264.

²¹⁷ Cfr. Cass., sez. VI, 17 febbraio 1999, n. 564. Per un commento sulla pronuncia P. Gatto, *L’udienza preliminare nel procedimento per i reati ministeriali: dalla giustizia politica ad una discutibile politica della giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1378 ss. e P.P. Rivello, *Una pronuncia della Cassazione che lascia aperti molti interrogativi sull’incompatibilità dei componenti del “tribunale dei ministri”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 386 ss. Tale ultimo A. è stato incisivo nell’espone «il carattere deludente dei passaggi argomentativi della decisione della Cassazione, laddove i giudici di legittimità, accolta la tesi interpretativa sviluppata dalla Corte costituzionale, hanno negato che dal suo accoglimento possano derivare rilevanti problemi di incompatibilità». Questi, peraltro, contesta la visione che i Giudici di legittimità hanno dell’art. 11 l. n. 1 del 1989 che disciplina l’istituto dell’incompatibilità riguardo la materia in esame. Essa, di rango (peculiare) costituzionale, sostituirebbe ogni altra, ponendosi in un rapporto di eccezione-regola. Mentre, la sussistenza di una previsione come quella dell’art. 11, l. n. 1 del 1989 «non potrebbe essere letta come una deroga rispetto ai canoni del “giusto processo”, ed in particolare, con riferimento alla nostra tematica, rispetto all’art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, laddove delinea “l’imparzialità del giudice alla stregua di un canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale». Pertanto, l’A., facendo proprie le idee della costante dottrina e anche di fronte all’intensità dei poteri investigativi del tribunale dei Ministri, reputa inammissibile che questa sorta di p.m. collegiale, dopo aver condotto l’inchiesta, anche offrendo elementi di prova di adeguata consistenza, possa poi partecipare all’udienza preliminare preordinata alla valutazione del medesimo episodio, accertando la fondatezza delle sue stesse elaborazioni investigative. Il che, minerebbe alla terzietà e imparzialità dell’organo.

che il collegio per i reati ministeriali, dopo la concessione dell'autorizzazione a procedere deve "continuare" il procedimento secondo le norme ordinarie, assumendo, cioè, le funzioni di giudice dell'udienza preliminare. In tale attività non è ravvisabile alcuna incompatibilità del collegio per i reati ministeriali, ex art. 34 c.p.p., per [gli adempimenti] svolti in precedenza, sia perché, nella materia, le incompatibilità sono regolate dall'art. 11 della legge che non la prevede per l'ipotesi di che trattasi, sia perché, comunque, una tale situazione potrebbe solo ricorrere per il giudice che decide sul merito e non per il giudice dell'udienza preliminare che [vaglia l'] istanza di rinvio a giudizio del p.m.».

La pronuncia, che si pone nel solco dei precedenti giurisprudenziali del Giudice delle leggi e di legittimità²¹⁸, è l'emblema di come la prassi, incapace di fornire un'interpretazione fedele a quella prospettata dalla quasi totalità degli interpreti e, solo dopo parecchio tempo, come si vedrà, dalla Corte costituzionale, sia abbarbicata all'insegnamento circa la competenza funzionale del collegio in ordine all'udienza preliminare; ne sono derivate ricostruzioni sempre difformi l'una dall'altra e, spesse volte, anche in contrasto con le dritte dalla medesima fissate. E valga il vero²¹⁹.

Essa si distingue, nondimeno, per alcuni passaggi argomentativi dalla lampante connotazione ideologica. In effetti, secondo la Suprema corte, gli esiti cui è pervenuta troverebbero conforto sia nella lettura della normativa di riferimento che nei parametri costituzionali; il contraccolpo è la riesumazione nostalgica, neppure troppo dissimulata, della figura del giudice istruttore di cui si sottintende, legittimando la natura duale del collegio, la pretesa terzietà e la conseguente funzione di garanzia. In realtà, ai dubbi sull'epilogo singolare del problema, deve associarsi la ferrata critica della sua giustificazione in chiave costituzionale: la sintassi del testo positivo e i principi della Carta fondamentale spingono verso ben diverse prospettazioni.

Innanzitutto, è ostico ritenere che la normazione attribuisca al tribunale dei Ministri, in maniera univoca, la funzione di giudice per l'udienza preliminare con riguardo ai reati ministeriali. Le difficoltà si rinvergono nel mancato coordinamento della normativa in materia, l'art. 96 Cost., le leggi costituzionale e ordinaria del 1989, i richiami alle regole processuali del codice di rito. Sullo sfondo, poi, l'avvicinarsi di due sistemi processuali, non fungibili, che hanno riverberi anche sulla modulazione strutturale degli organi protagonisti del procedimento. Il riferimento è principalmente al collegio che «a suo agio nel sistema processuale del 1930», «scade a corpo estraneo» nell'attuale assetto delle indagini preliminari, «con tutti i sintomi di rigetto del caso»²²⁰. Sembra evidente che gran parte della partita si gioca sulla lettura del dato positivo: tra coloro che chiamano in causa l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989 e, con esso, i lavori preparatori (con esiti non risolutivi) e quelli che fanno leva, nel propendere per l'uscita di scena del collegio, sul det-

²¹⁸ In maniera conforme, si è sostenuto che «In tema di procedimento per reati ministeriali, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 3, c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede la incompatibilità a svolgere la funzione di giudici dell'udienza preliminare dei componenti del collegio per i reati ministeriali che hanno in precedenza compiuto attività di indagine, richiesto l'autorizzazione a procedere e quindi sostanzialmente svolto, secondo la prospettazione della questione, funzioni di p.m. Infatti, lo stesso legislatore costituzionale, nell'istituire, con la [l. n. 1 del 1989], il collegio per i reati ministeriali e nell'attribuirgli funzioni tanto inquirenti quanto giurisdizionali, ha preventivamente escluso l'ipotizzabilità di una causa di incompatibilità nei confronti dei componenti del collegio che, dopo avere esaurito la fase delle indagini preliminari, richiesta e ottenuta l'autorizzazione a procedere proceda all'udienza preliminare». Cass., sez. VI, 15 giugno 1998, n. 2151, in *Giust. pen.*, 1999, pt. III, c. 715. V., inoltre, tra le altre, Cass., sez. VI, 19 febbraio 1997, n. 706, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1137 (con nota di P.P. Rivello, *Un profilo particolare in tema di incompatibilità del giudice con riferimento alle funzioni svolte dal tribunale per i reati ministeriali*); Cass., sez. VI, 21 gennaio 1997, M., in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 155; Cass., sez. VI, 14 ottobre 1996, G., in *Cass. pen.*, 1998, p. 921. In senso difforme, nell'ambito della giurisprudenza di merito, tra le tante, trib. Napoli, 23 marzo 1998, in *Giur. it.*, 1998, c. 2380 che ha asserito, in maniera secca, "Il collegio per i reati ministeriali è funzionalmente incompetente a celebrare l'udienza preliminare». Sempre nella giurisprudenza di merito, trib. Napoli, 27 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 2495 (: «Sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica delle norme vigenti, in conformità ai principi costituzionali, deve ritenersi che il collegio per i reati ministeriali cessi le proprie funzioni una volta concessa l'autorizzazione a procedere e quindi debba trasmettere, ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. n. 219 del 1989, gli atti al p.m. perché prosegua il procedimento secondo le norme ordinarie e quindi richieda ex art. 416 c.p.p. il rinvio a giudizio al g.u.p. competente»). I. inoltre, trib. Venezia, 30 novembre 1994, B. e D.M., in *Foro it.*, 1995, pt. II, c. 312.

²¹⁹ In una nota pronuncia, il Supremo collegio, superando il principio del *tempus regit actum*, ha sancito l'ultrattività del vecchio codice di procedura penale. E nella prassi si raggiungono epiloghi paradossali (alla cui base aleggiano equivoci di fondo) e, dunque, preoccupanti secondo i quali il collegio, nella fase successiva all'autorizzazione a procedere, svolge le funzioni che erano proprie del giudice istruttore, con relativa applicazione delle norme procedurali del codice del 1930, le uniche che si conformano alla sua struttura (soprattutto, Cass., sez. I, 4 marzo 1994, P., cit.).

²²⁰ P. Gatto, *L'udienza preliminare nel procedimento per i reati ministeriali: dalla giustizia politica ad una discutibile politica della giurisdizione*, cit. p. 1379.

tagliato art. 3, l. n. 219 del 1989. E per la risoluzione dell'enigma interpretativo, a parte la ritenuta prevalenza della prima disposizione sulla seconda per un fatto di rapporti nella gerarchia tra fonti di rango diverso, si accelera sul fatto che il verbo «*continui*» debba ritenersi utilizzato *transitivamente*²²¹. Mentre, pare debba procedersi ad un'inversione metodologico-interpretativa che parta dal «testo puro» della legge e tenga conto, per riempire i vuoti di cui all'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989, non solo e non tanto dell'aspetto formale, ma anche dei profili contenutistici della riforma rivisitati nella loro globalità e dall'angolo visuale della Costituzione²²². L'errore si annida nelle premesse prima che in altro.

«La verità è che la mera lettura di una delle due norme “alla luce” dell'altra non dà risposte [decisive], non fosse altro che per la loro equivoca caratterizzazione semantica. Il campo va allargato: se le regole, in qualche misura, traggono linfa dai principi, è da questi che bisogna partire; è “alla luce” di questi, più precisamente, che bisogna interpretare sia l'art. 9 della legge costituzionale che l'art. 3 comma 4 della legge ordinaria di attuazione; combinando poi tra di loro questi ultimi, senza troppe remore metodologiche. Stabilite le premesse, il fine è quello di enucleare dal sistema una disciplina il più compiuta possibile del procedimento per i reati ministeriali, e non si vede perché le zone d'ombra in esso riscontrabili non debbano essere rischiarate attraverso l'interazione di due testi diversi nel rango formale, ma strutturalmente omogenei». Nel fare questo, non occorre «partire da troppo lontano»: la legge n. 1 del 1989 che, peraltro, non è soggiogata da una certa fissità, esplicita una precisa linea di tendenza che è quella di restituire la cognizione dei reati ministeriali alla giurisdizione ordinaria; pertanto, ogni deviazione va ricondotta entro la stessa. «Per ragioni di natura sistematica, [quindi], la soluzione giurisprudenziale» in analisi «non è condivisibile»; «l'uscita di scena del tribunale dei ministri, una volta concessa l'autorizzazione parlamentare, è prospettiva che non violenta affatto il dato normativo, almeno a voler privilegiare visuali interpretative non troppo asfittiche; e valorizza l'art. 3, comma 4 della legge di attuazione, che la diversa esegesi svuota di significato, di fatto espungendola dall'ordinamento»²²³. Si deve, pertanto, concludere nel senso di prediligere una lettura della materia sistematica e costituzionalmente orientata; sicché, la competenza del giudice ordinario a pronunciarsi sul rinvio a giudizio si impone addirittura come l'unica scelta possibile, a meno di non voler travisare il senso di principi costituzionali come la terzietà del giudice (il quale non può svolgere le indagini e al contempo decidere sull'idoneità delle stesse a sostenere l'accusa in dibattimento), il diritto di difesa (irrimediabilmente leso in mancanza dell'*actus trium personarum*), la stessa presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.). Del resto, il procedimento per reati ministeriali (e, dunque, anche il passaggio di consegne dal tribunale dei Ministri al giudice ordinario, conseguita l'autorizzazione a procedere) soggiace sempre e comunque al sistema penale costituzionale: esso non è isolato dal complesso delle disposizioni della Carta fondamentale in materia processuale; non costituisce un microcosmo da esse avulso, una zona franca regolata da una legge costituzionale letta senza alcuna stella polare, quasi sterilizzata. Dove le garanzie, che altrove si fanno valere, passano ingiustificatamente in secondo piano. Invero, gli spazi di manovra per imporre una soluzione costituzionalmente preferibile sono piuttosto angusti e legati agli ondivaghi orientamenti giurisprudenziali. Il nodo da sciogliere sta in un tagliando dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 che faccia proprie le prescrizioni contenute nella normativa di attuazione, anche in vista di una maggiore funzionalità giudiziaria.

Più tardi, si registrano ancora interventi della Corte costituzionale²²⁴ la quale ha reputato manifestamente inammissibile, per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale della l. n. 219 del 1989 «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del collegio per i reati ministeriali a svolgere la funzione di giudice dell'udienza preliminare» e «a disporre il rinvio a giudizio dell'imputato» in rapporto agli artt. 3, 27, comma 2, 111 Cost. e 9, l. n. 1 del 1989. Sul seguente

²²¹ M. Olivetti, *Il c.d. Tribunale dei ministri all'esame del Csm: osservazioni in margine ad alcune «risposte a quesiti»*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1520.

²²² P. Gatto, *L'udienza preliminare nel procedimento per i reati ministeriali: dalla giustizia politica ad una discutibile politica della giurisdizione*, cit., p. 1381.

²²³ P. Gatto, *L'udienza preliminare nel procedimento per i reati ministeriali: dalla giustizia politica ad una discutibile politica della giurisdizione*, cit., p. 1381. Si ricollega a quanto appena affermato R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 185 che sottolinea come sarebbe stato più coerente, da parte della Consulta (sent. n. 265 del 1990) dichiarare l'illegittimità dell'art. 3, comma 2, l. n. 219 del 1989 piuttosto che costringerla ad una problematica coabitazione con la prescelta interpretazione del precepto costituzionale.

²²⁴ C. cost., ord. 24 luglio 2000, n. 346, in *www.cortecostituzionale.it*.

presupposto: posto che «il diritto vivente esclude che i provvedimenti adottati dal giudice che versa in una situazione di incompatibilità siano affetti da nullità, in quanto le cause di incompatibilità non incidono sui requisiti di capacità del giudice, costituendo invece motivo di ricusazione, da far valere nei termini e modi previsti dall'apposita procedura, il giudice rimettente avrebbe dovuto (...) spiegare», ma non lo avrebbe fatto, «in base a quale principio o regola processuale l'accoglimento della questione determinerebbe la regressione del procedimento alla fase oramai esaurita dell'udienza preliminare, tanto più che dall'ordinanza di remissione neppure risulta che la parte abbia tempestivamente attivato, nel corso del procedimento avanti al Collegio per i reati ministeriali, la procedura di ricusazione del giudice ritenuto incompatibile».

Invero, già in precedenza, il Giudice delle leggi si era interessato alla tematica con una sentenza con la quale ha ordinato che «È infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 comma 1, 24 comma 2, 25 comma 1, 27 comma 2, 101 comma 2 Cost., dell'art. 34, comma 3 c.p.p. “nella parte in cui non prevede l'incompatibilità ad esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice nei confronti del Collegio per i reati ministeriali”»²²⁵. L'enigmatica del dispositivo impone di aggiungere qualche tassello, in fatto e diritto, anche per le ricadute che il principio espresso potrebbe avere sulla posizione del coimputato laico. Ebbene, in esito al procedimento intavolato ai sensi della l. n. 1 del 1989, il collegio per i reati ministeriali presso il tribunale di Roma disponeva l'archiviazione nei confronti di un Ministro e altri indagati laici; con lo stesso provvedimento veniva ordinata la separazione della posizione di uno di questi ultimi e l'invio dei relativi atti al procuratore della Repubblica (di Roma) ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989. Esercitata l'azione penale nei confronti di costui, all'udienza preliminare, il g.i.p., visto che, in precedenza, aveva fatto parte del tribunale dei Ministri (organo in cui si fondono poteri investigativi con attività decisorie)²²⁶ che aveva preso in esame la posizione dell'imputato, presentava dichiarazione di astensione *ex artt.* 34, comma 3, e 36, comma 3, c.p.p. In particolare, nel ruolo, aveva compiuto attività istruttorie, acquisito documentazione e contestato al soggetto lo specifico accadimento da cui era sorto il procedimento “stralciato”; atti che costituivano fonte di prova nell'attuale processo²²⁷. Il Presidente del tribunale rigettava la dichiarazione, ritenendo che tra le ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p., da considerarsi tassative, non era compresa quella dedotta. Nella successiva udienza, preso atto della statuizione, il giudice per le indagini preliminari sollevava questione di legittimità costituzionale nei termini raccontati. Per il rimettente, poiché in base all'art. 1, comma 2, l. n. 219 del 1989, il collegio esercita i poteri che spettano al pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, appare evidente che egli aveva antecedentemente svolto funzioni inquirenti²²⁸. Tali funzioni sono, peraltro, incompatibili con quelle giudicanti proprie del giudice dell'udienza preliminare, come deriva dall'art. 34, comma 3, c.p.p., norma finalizzata a realizzare la assoluta separazione tra funzioni requirenti e giudicanti, e pertanto da interpretarsi nel senso che rientrano nell'area dell'incompatibilità anche i casi in cui il giudice abbia di fatto svolto, attraverso l'esercizio dei relativi poteri, funzioni di p.m. Peraltro, osserva ancora il giudice *a quo*, il principio enunciato dall'art. 34, comma 3, c.p.p. non è di immediata estensione al caso di specie, soprattutto per la considerazione delle peculiari caratteristiche del procedimento innanzi al tribunale dei Ministri, costituente, in relazione alla incerta natura di detto or-

²²⁵ Cfr. C. cost., 21 novembre 1997, n. 352, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3450 ss. che reca, in calce, la nota di P.P. Rivello, *Separazione della posizione di un indagato «laico» disposta dal collegio per i reati ministeriali e incompatibilità dei componenti del collegio in relazione al processo celebrato nei confronti di tale soggetto*, p. 3455.

²²⁶ La Corte di cassazione, in adunanza plenaria, ha sostenuto che il sindacato effettuato dal collegio previsto dall'art. 7 della citata l. n. 1 del 1989 consiste in una delibazione sommaria conseguente alle investigazioni esperite, congiuntamente, dai suoi componenti: Cass., sez. un., 26 aprile 1989, G., in *Cass. pen.*, 1989, p. 1435.

²²⁷ P.P. Rivello, *Separazione della posizione di un indagato «laico» disposta dal collegio per i reati ministeriali e incompatibilità dei componenti del collegio in relazione al processo celebrato nei confronti di tale soggetto*, cit., p. 3455 crede che l'inchiesta condotta dal tribunale dei Ministri incontri limitazioni temporali e di acquisizione probatoria del tutto bizzarre «rispetto ai poteri di indagine che l'ordinamento processuale comune riconosce all'autorità giudiziaria». Inoltre, circoscrive l'obiettivo del loro compimento all'accertamento della sussistenza o meno dei requisiti per far luogo all'archiviazione, cui si giunge o in presenza di notizie non fondate o perché risultino configurabili le ipotesi focalizzate dall'art. 2, l. n. 219 del 1989.

²²⁸ La considerazione riceve il sostegno di P.P. Rivello, *Separazione della posizione di un indagato «laico» disposta dal collegio per i reati ministeriali e incompatibilità dei componenti del collegio in relazione al processo celebrato nei confronti di tale soggetto*, cit., p. 3456: «(...)», poiché i componenti del collegio svolgono alcune funzioni assimilabili a quelle del p.m., non è ammissibile che, in violazione del principio di imparzialità, i componenti di tale collegio possano poi giudicare la posizione dei soggetti laici in relazione ai quali il tribunale dei ministri abbia disposto, previa separazione, la trasmissione degli atti all'organo giudiziario competente».

gano, una eccezionalità nel nostro ordinamento²²⁹. Dunque, la normativa sulle cause di incompatibilità andrebbe estesa al caso di specie, trattandosi di salvaguardare il principio di imparzialità e terzietà del giudice. L'omessa previsione in tal senso violerebbe gli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, 25, comma 1, 27, comma 2, 101, comma 2, Cost., per l'ingiustificata disparità di trattamento tra fattispecie sostanzialmente analoghe, tale da inficiare il rispetto delle regole sul giudice naturale, sul diritto di difesa, sulla presunzione di innocenza e sull'indipendenza di giudizio dell'organo giurisdizionale. Il Giudice delle leggi ha ritenuto non fondata la questione, non occorrendo intervenire sull'art. 34 c.p.p. con una pronuncia additiva. Il rimettente avrebbe correttamente individuato nell'art. 34, comma 3, c.p.p. la previsione che intela le situazioni di incompatibilità del tipo di quella denunciata, concernenti, quindi, funzioni esercitate o uffici ricoperti nell'ambito del medesimo procedimento, capaci di pregiudicare l'imparzialità e la terzietà di chi, poi, sarà chiamato ad assumere la veste di giudice. Tuttavia, non avrebbe colto nel segno: nella occasione, la situazione di incompatibilità andrebbe «logicamente ravvisata in via preliminare ed assorbente per avere il Collegio per i reati ministeriali proposto un atto di denuncia, mediante l'individuazione degli estremi di un reato non ministeriale a carico di un concorrente "laico"» e la conseguente trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica». In effetti, dall'ordinanza di rimessione si apprende che il tribunale dei Ministri, svolte le investigazioni secondo la normativa del 1989, disponeva l'archiviazione per i reati ministeriali e, nel contempo, ordinava la separazione nei confronti di un concorrente laico per un reato diverso, enucleando gli estremi del fatto di reato e ordinando la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale di Roma (art. 2, comma 1, l. n. 219 del 1989). Nell'agire in questo modo, il collegio avrebbe assolto all'obbligo che l'art. 331 c.p.p. ricollega ai pubblici ufficiali che abbiano notizia, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni, di un reato perseguibile d'ufficio di farne denuncia e di trasmettere gli atti al p.m.; pertanto, tale situazione integra il caso di incompatibilità, previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.p. di avere proposto denuncia. Per decidere, non sarebbe stato necessario prendere in esame la peculiare fisionomia, i poteri e le funzioni del Collegio per i reati ministeriali: «l'ipotesi di incompatibilità consistente nell'aver presentato una denuncia obbligatoria assume, infatti, un valore assorbente e logicamente preliminare rispetto alla supposta funzione pregiudicante individuata dal giudice rimettente nell'aver il Collegio svolto funzioni di pubblico ministero». Questo sarebbe «quanto basta per dichiarare non fondata la censura di illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 3, c.p.p. nei termini prospettati dal rimettente, in quanto la situazione di incompatibilità con l'ufficio di giudice dell'udienza preliminare in cui viene a trovarsi il componente del Collegio per i reati ministeriali che ha ravvisato gli estremi di un reato a carico di un concorrente laico ed ha presentato la relativa denuncia al procuratore della Repubblica già comporta l'obbligo di astensione a norma del combinato disposto degli articoli 34, comma 3, e 36, comma 1, lett. g), c.p.p.».

Certi che il pregiudizio arrecabile, in termini di incompatibilità, dal giudice che, dopo essere stato membro del tribunale dei Ministri, sia chiamato a svolgere il ruolo di g.u.p. nel procedimento nato da un'archiviazione per i reati ministeriali e uno scorporo nei confronti di un imputato laico accusato di un reato diverso meriterebbe apposita menzione nell'art. 34, comma 3, c.p.p., preme un duplice esito riflessivo: innanzitutto, gli epiloghi dell'intervenuta archiviazione per un Ministro ed eventuali altri indagati, si riversano favorevolmente anche sui soggetti laici che abbiano concorso nel reato del primo; in secondo luogo, ove si ravvisi il presunto compimento, da parte del compartecipe, cittadino comune, di un illecito che esula dalla sfera dell'art. 96 Cost., questi sarà sottoposto, comunque, a distinto accertamento di giurisdizione ordinaria.

Riprendendo le fila del discorso principale, va detto che, emarginate alcune impostazioni adesive agli insegnamenti della prassi²³⁰, la problematica in questione ha evidenziato una distanza pressoché

²²⁹ Risulta già anomalo che un organo collegiale giurisdizionale sia incaricato di eseguire indagini preliminari. Poi, esso, esercitando poteri inquirenti e, nello stesso tempo, svolgendo un ruolo di garanzia e di controllo, risulta, così, plasmato secondo un'impostazione che «altera l'equilibrio su cui si fonda il nuovo sistema processuale». V. A. Toschi, sub art. 8 l. 16 gennaio, n. 1, cit., p. 500 s.

²³⁰ Ad esempio, secondo G. Di Raimo, *In margine a recenti orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di procedimenti per i reati ministeriali*, cit., p. 4185, nt. 34 l'art. 4, comma 4, della l. cost. n. 1 del 1989 potrebbe essere letto nel senso che «Continuare il procedimento da parte del Collegio significa non poter essere relegato nel solo compito del completamento delle indagini, la cui necessità potrebbe, in ipotesi, concretamente difettare, svuotando di pratica applicabilità la norma costituzionale». L'A. finisce, dunque, «Può, (...) indursene la possibilità per il collegio di esercitare i poteri attinenti alle decisioni di rinvio a giudizio o di non luogo a procedere; così evitandosi l'incongruenza sistematica di far coesistere nella fase finale del procedimento – come in talune opzioni della prassi – tre organi diversi, P.M., Collegio e g.u.p.». Perplesità ancora sono state manifesta-

incolmabile tra gli abbrivi della giurisprudenza e i pareri dottrinali largamente diffusi contrari alla resurrezione del collegio nel processo ordinario e fermi – a ben donde – nell’asserire che, nello stadio prossimo all’autorizzazione a procedere proveniente da uno dei rami del Parlamento, si devono seguire le disposizioni del codice di procedura penale in vigore²³¹, tanto che, con nerbo, si è contestata la stessa esigenza di un affondo della Corte costituzionale riguardo ad esegesi imperniate «su di un lessico malamente impiegato dal legislatore»²³²; il che, a scapito di un’ermeneusi sistematica delle disposizioni delle ll. n. i 1 e 219 del 1989 alla luce del codice di procedura penale che ha evidenziato, oramai, la ne-

te in letteratura in ordine alla situazione che si verificherebbe qualora si aderisse alla tesi della competenza del g.u.p. ordinario a svolgere l’udienza preliminare nei procedimenti per reati ministeriali: si verrebbe a sottoporre un organo collegiale al controllo di uno monocratico. V. A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 182. Tuttavia, si è fatto puntualmente notare come sia «un inconveniente “estetico” se paragonato con la gravità delle conseguenze derivanti da un’interpretazione diversa»: C. Valentini, *Le forme di controllo sull’esercizio dell’azione penale*, Padova, 1994, p. 226. Nel cavalcare l’onda di tale filone esegetico, si è sostenuto che, in base alle usuali regole ermeneutiche, e tenuto conto dell’ordine delle parole, il verbo «continui», utilizzato nel contesto dell’art. 9 l. n. 1 del 1989, sembra avere un’accezione ben diversa, assumendo un significato transitivo, come desumibile dal fatto che ad esso viene in tal caso posposto, come predicato, il termine «procedimento»; gli atti sarebbero dunque ritrasmessi al “tribunale dei ministri” proprio perché lo stesso collegio riprenda ad occuparsi della vicenda con quella ambivalenza di funzioni che già caratterizzava la fase precedente all’autorizzazione a procedere (ne dà conto, P.P. Rivello, *Una pronuncia della Cassazione che lascia aperti molti interrogativi sull’incompatibilità dei componenti del “tribunale dei ministri”*, cit., p. 386 s.).

²³¹ Autorevole L. Elia, *Gli inganni dell’ambivalenza sintattica*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1049 nel discorrere dell’art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989: «Tale norma piuttosto che nel senso della trasmissione degli atti di nuovo al Collegio “perché continui il procedimento” (verbo transitivo), dovrebbe leggersi: “perché il procedimento continui secondo le norme vigenti” con una apertura alle nuove norme del codice di procedura penale, (...)». Terminava l’A., «Aggiungevo di ritenere plausibile la lettura col verbo “continuare” in senso intransitivo perché tutta la *ratio* ispiratrice della legge portava ad estendere al massimo il diritto comune e a restringere il più possibile il ricorso a norme speciali (...)»; conf. l’indirizzo (che trae a proprio sostegno alcune espresse indicazioni dei lavori parlamentari) in virtù del quale il sintagma «perché continui il procedimento secondo le norme vigenti» andrebbe interpretato in senso intransitivo, vale a dire come se fosse detto «perché il procedimento continui secondo le norme vigenti» e, dunque, ad opera degli organi giudiziari ordinari e con le comuni cadenze: intervento dell’on. Mellini (in *Atti Camera Deputati*, X legislatura, Res. Sten., seduta del 12 maggio 1988, p. 37 volto a ribadire l’esigenza che dopo la concessione dell’autorizzazione il procedimento non fosse sottratto alle forme normali). C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1052 risolutiva: «Nei procedimenti per l’accertamento dei “reati ministeriali” l’udienza preliminare deve essere svolta innanzi al giudice ad essa deputato secondo le regole ordinarie di rito penale e non già di fronte allo speciale organo collegiale distrettuale incaricato della fase investigativa» e in *Incompatibilità del collegio per reati ministeriali e udienza preliminare*, cit., p. 211: «(...) la concessione dell’autorizzazione a procedere segna l’ultimo momento del regime procedimentale “speciale”, facendo perdere qualsiasi ragione d’essere ad ulteriori interventi da parte del c.d. Tribunale dei ministri che si risolvano in alcunché di diverso dalle necessarie attività di impulso». Nell’affermare questo, l’A. punta il faro sulla mancata introduzione di un organo differenziato (in modo da mantenere una garanzia giurisdizionale rafforzata) in sede di impugnazione e sui lavori preparatori della legge stessa. V., poi, A. Gaito, *Nei processi per reati ministeriali qual è il giudice per l’udienza preliminare?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 853 per il quale una volta ottenuta l’autorizzazione dall’Assemblea, nessun privilegio trova più giustificazione ed il Ministro inquisito torna ad essere indagato come gli altri, restituendosi alla giurisdizione penale gli usuali poteri di controllo e di decisione. L’A., poi, continua: «sarebbe *contra ius* non considerare il ruolo diaframmatico che assolve istituzionalmente l’intervento di un giudice terzo a garanzia di neutralità tra il materiale d’indagine e la decisione da adottarsi all’epilogo dell’udienza preliminare, in quanto solo la presenza di un organo differenziato nel ruolo e diverso nella persona può valere a dissolvere la pericolosità di un sospetto di parzialità». Inoltre, tra i tanti, D. Carcano, *Reati ministeriali: necessità di una legge che chiarisca competenze e disciplina da applicare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2720; D. Manzione, *Reati ministeriali e giudizio penale, ovvero della giurisdizione dimezzata*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 210; G. Tranchina, *Autorizzazione a procedere per reati ministeriali*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 485 e L.A. Mazzaroli, sub art. 9 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 509: il passaggio degli atti di cui all’art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 «non deve essere inteso secondo quanto proposto dai deputati che introdussero la modifica, e cioè nel senso di prevedere una competenza del collegio per un’ulteriore istruttoria e per il provvedimento di rinvio a giudizio o di proscioglimento, perché ciò contrasterebbe con le previsioni del nuovo codice di procedura penale, il quale vede scomparire la figura del giudice istruttore e l’istruttoria formale. Se anche il Senato avesse aderito a tale interpretazione, il risultato ottenuto sarebbe stato quello di far nascere già vecchio il nuovo procedimento per i reati ministeriali: ciò che invece non è accaduto grazie alla proposta del Senatore Elia a che la norma, lasciata inalterata, venga letta diversamente da come prospettato dalla Camera: “...perché continui il procedimento” va inteso nel senso di “affinché il procedimento continui” (con significato intransitivo del verbo) e non già nel senso di “perché faccia continuare il procedimento” (dove il verbo “continuare” è transitivo ed il soggetto della proposizione rimane il collegio)». Il problema, per l’A., non sussisterebbe perché, comunque, la legge di attuazione n. 219 del 1989 stabilendo, all’art. 3 comma 1, che «quando gli atti siano stati rimessi (...) al collegio (...) il procedimento continua secondo le norme ordinarie vigenti al momento della rimessione» e specificando al 2° comma che «il collegio provvede senza ritardo a trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica», «chiude, così, la questione».

²³² A. Scafati, *Ministri, per l’udienza preliminare è competente il giudice ordinario*, in *Dir. e giustizia*, 2002, 19, p. 46 che puntualizza (p. 6): le dinamiche dell’accertamento dei reati commessi dai Ministri o ex Ministri nell’esercizio delle loro funzioni «tracciano itinerari affatto peculiari, perlomeno con riguardo alla competenza (funzionale e per territorio) e allo stadio che precede la formulazione dell’accusa».

cessità di un ridimensionamento del tribunale dei Ministri al solo periodo iniziale del procedimento, stante il fondamento stesso di tali provvedimenti, consistente, almeno in prima approssimazione, nella ridisegnazione della competenza in ordine ai reati ministeriali a favore della giurisdizione ordinaria. A questo si aggiunga che, ragionando in senso opposto, non è dato sapere neppure quali siano le regole che dovrebbero indirizzare il collegio in questo *step* procedurale chiaramente estraneo alle ragioni per cui l'organo è stato concepito nell'ambito dell'accertamento per reati ministeriali.

La configurazione ibrida del tribunale dei Ministri, caratterizzata dalla commistione fra compiti d'inchiesta e di carattere valutativo all'esito dell'udienza preliminare è, oltretutto, antitetica rispetto alla necessità di assicurare il principio di terzietà del giudicante. Sarebbe oggi inimmaginabile, in virtù del mutato sistema processuale penale e delle rinnovate garanzie costituzionali, una previsione che consentisse ad un organo – pur collegiale e dotato di poteri giurisdizionali – di controllare se stesso ed il proprio operato. Se si ammettesse che gli stessi magistrati, dopo aver svolto le investigazioni, in qualità di componenti del collegio per i reati ministeriali, possano, poi, partecipare all'udienza filtro preordinata a conoscere del medesimo episodio, si finirebbe col ritenere che ad essi spetti accertare la fondatezza di un'accusa concepita sulla scorta delle proprie precedenti ipotesi investigative, in violazione del canone accusatorio che pretende la rigida separazione tra funzioni inquirenti e giudicanti²³³. In questo senso, allora, non può andare esente da qualsivoglia rilievo tale interpretazione che sembra celare un'irrazionale disparità di trattamento processuale tra i Ministri e gli imputati comuni, che invece possono contare su un controllo di un organo giurisdizionale terzo e imparziale sul rinvio a giudizio²³⁴.

A seguito della concessione dell'autorizzazione a procedere, spetterà, quindi, al pubblico ministero partecipare alla successiva fase con cui si chiudono le indagini preliminari e svolgere la propria competenza in ordine all'esercizio dell'azione penale, «scioglie[ndo] l'alternativa tra la richiesta di archiviazione e quella di rinvio a giudizio», eventualmente chiedendo dapprima al collegio un supplemento di indagini²³⁵ e, non è da escludere, un rito alternativo. Nel caso si varchi la soglia del processo, sarà poi di fronte agli ordinari organi giudicanti competenti, il g.u.p. presso il tribunale ordinario competente, che dovrà svolgersi l'udienza preliminare²³⁶.

Scelta, questa, che meglio si addice ad un processo ministeriale in cui vi sono coimputati che non rivestono posizioni di vertice i quali si troverebbero sguarniti – da qui la disparità di trattamento – delle tutele di cui godrebbero altri individui che versino in analoga situazione al di fuori di una procedura ministeriale.

A prescindere da tali dubbi ermeneutici e, anzi, volendo scioglierli definitivamente, sembra risolutiva la legge di attuazione (la n. 219 del 1989) della legge costituzionale n. 1 del 1989 che, all'art. 3, ha ripensato alla dizione dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989: rimessi gli atti al collegio «il procedimento continua secondo le norme ordinarie» (comma 1), dunque, il collegio «provvede senza ritardo a trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica» presso il tribunale competente (comma 2) ove l'inciso scolpisce il rifiuto di ogni altra indagine e ritrae, in maniera definitiva, come con il ricevimento degli atti provenienti dall'organo politico, si concluda definitivamente il pregresso esercizio delle investigazioni assegnato al tribunale dei Ministri e si attivi il rito ordinario²³⁷. Vi è di più. Con il rischio di essere riduttivi, quando il legislatore costituzionale ha adottato la criptica espressione di cui al comma 4 dell'art. 9, l. n. 11 del

²³³ L. Tirabassi, *Giudizi sui reati ministeriali e udienza preliminare: una difficile «convivenza» all'insegna del diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 1997, pt. II, c. 325.

²³⁴ P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per reati ministeriali*, cit., p. 365.

²³⁵ Per quanto riguarda l'eventuale richiesta di supplemento d'indagini, da parte del pubblico ministero, al collegio dopo la concessione dell'autorizzazione a procedere, sottolinea G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 322 come tale eventualità è «esspressamente prevista per la fase precedente all'autorizzazione a procedere dall'art. 8, terzo comma, della l. cost. n. 1 del 1989» ma appare parimenti riferibile al momento temporale che la segue poiché «l'incompletezza delle indagini preliminari potrebbe non consentire al Pubblico ministero di svolgere compiutamente la propria competenza in ordine all'esercizio dell'azione penale».

²³⁶ Questo sostiene E. Albanesi, *La «propria» ed «autonoma valutazione» dell'organo parlamentare «sulla natura ministeriale o non ministeriale» dei reati* (sent. Corte cost. n. 241/2009), cit., p. 477. Denunciava, tra gli altri, la necessità di escludere nella raccolta delle prove la «mediazione conoscitiva» di un soggetto diverso dal giudice che deve emettere la sentenza M. Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 275.

²³⁷ C. Pansini, *Incompatibilità del collegio per reati ministeriali e udienza preliminare*, cit., p. 213 e A. Toschi, sub art. 8 legge 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 503.

1989 non poteva non sapere che le «norme vigenti», evocative del codice di procedura penale, già emanate, sarebbero entrate in vigore di lì a poco ed erano refrattarie ad una ibrida e inestricabile commistione di ruoli pena la reviviscenza di figure oramai desuete e il *suspectus* di parzialità insito nell'aver compiuto l'investigazione.

Il cambiamento di rotta in giurisprudenza è arrivato a seguito della riproposizione di un'ulteriore *quaestio de legitimitate*, in relazione agli artt. 3, 27, comma 2, e 111 Cost., dell'art. 3, comma 1, l. n. 219 del 1989 il quale, si è ricordato, prevede che, quando gli atti del procedimento a carico di Ministri vengono riversati al collegio a seguito della licenza a proseguire, l'attività accertativa si protrae secondo le norme ordinarie²³⁸.

Il Giudice delle leggi²³⁹, nell'occasione, anche se ha emesso una sentenza interpretativa di rigetto correttiva (dopo aver dichiarato non fondata la *quaestio* «per l'erroneità del presupposto interpretativo dal quale il giudice rimettente è partito»), sembrerebbe aver posto fine all'annosa *querelle* sulla latitudine della competenza funzionale del tribunale dei Ministri²⁴⁰. Densa di conseguenze sul piano costituzionale, la pronuncia in analisi ha determinato una significativa eco poiché espressiva di quella corrente giurisprudenziale che ha valorizzato il giusto processo.

Le argomentazioni addotte, che non si risolvono in una forzatura sintattica, ma si riallacciano allo *jus superveniens*, sono facilmente riassumibili in pochi passaggi nevralgici.

Essa – carente un intervento del legislatore di interpretazione autentica²⁴¹ – muove dal riconoscimento implicito – difficilmente contestabile sulla base del dato normativo – che il ruolo svolto dal Tribunale distrettuale è equiparabile a quello tenuto nel procedimento ordinario dall'organo d'accusa. Ora, se nella vigenza del vecchio codice di procedura penale, era pensabile che i compiti decisori fossero svolti da magistrati che avevano promosso l'azione penale o esercitato poteri d'indagine (poliedricità funzionale), sif-

²³⁸ La q.l.c. è stata sollevata con ordinanza di rimessione del 24 maggio 2001 del tribunale dei Ministri di Napoli. Il provvedimento che chiama al vaglio la Corte costituzionale si ancora, dissociandosene, alla interpretazione giurisprudenziale della Corte di cassazione pressoché univoca nel ritenere che al tribunale ministeriale competesse la celebrazione dell'udienza preliminare. [Per una panoramica completa degli interventi giurisprudenziali sul tema (antecedenti la pronuncia n. 134 del 2002) sia consentito un rinvio a C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*, cit., p. 1057 ss. che non manca di sottolineare come la Suprema corte nelle varie occasioni si è continuamente arrampicata «sugli specchi di una ricostruzione forzata del dato normativo e sistematico», nonché esegetico, rendendo «decisioni difformi l'una all'altra e, spesse volte, anche in contrasto con i principi da essa stessa affermati in altra sede»]. Difatti, parte dal presupposto che la l. n. 219 del 1989 debba essere – come è nella prassi – letta nel senso che il collegio inquirente, una volta formulata la richiesta di rinvio a giudizio, celebri esso stesso l'udienza preliminare. L'attuale ermeneusi, quindi, secondo il giudice rimettente, contrasterebbe con i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.), di presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), nonché con il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) e crea un irragionevole *deficit* di garanzie nei procedimenti penali nei quali siano coinvolti Ministri, in quanto l'imputato si vede assegnato come giudice-garante dell'udienza preliminare quello stesso collegio che in precedenza ha svolto indagini nei suoi confronti e le ha ritenute di una consistenza tale da non procedere all'archiviazione. Alla luce di tale premessa ed in considerazione dell'indubbio ruolo investigativo attribuito al collegio, la censura rivolta alla l. n. 219 del 1989 si fonda sulla assenza in essa di una previsione di incompatibilità a svolgere entrambe le funzioni, inquirente e giudicante, come previsto nell'art. 34, comma 3, c.p.p.: le sole cause di incompatibilità, in effetti, sono individuate nell'art. 11, comma 1, l. n. 1 del 1989.

²³⁹ Cfr. C. cost., 24 aprile 2002, n. 134 in *Giur. cost.*, 2002, p. 1035 ss. con osservazioni di L. Elia, *Gli inganni dell'ambivalenza sintattica* e di C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*. In merito alla sentenza, v., inoltre, P.P. Rivello, *Procedimenti per i reati ministeriali nella fase dell'udienza preliminare: risolti i contrasti interpretativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1409 ss. e il nostro approfondimento, *infra*, § "Il "concorrente" nel reato ministeriale. Rimane ancora molto da dire ...". Sembra orientarsi in senso diametralmente opposto alla Consulta, G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 259 (cui si rimanda anche per una carrellata di pronunce della Corte di cassazione e dei Giudici di merito in proposito, p. 302 ss.) che, nel discorrere del tribunale dei Ministri, prima lo colloca in un momento che «si può definire preliminare al dibattimento» e, quanto alle incombenze, sostiene che «è competente (...) a svolgere le indagini preliminari preventive alla richiesta dell'autorizzazione a procedere» e «, dopo la sua eventuale concessione, a continuare il procedimento».

²⁴⁰ Residua qualche incertezza poiché la tipologia di pronunciato della Consulta – anche se fornisce una interpretazione conforme a Costituzione e può «orientare vincolativamente la valutazione sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, tutte le volte in cui venga riproposta sulla stessa legge e negli stessi termini» – non ha valore formalmente e direttamente stringente ma liberamente apprezzabile da parte dei suoi destinatari. Pertanto, sarebbe «strada obbligata» una declaratoria di illegittimità costituzionale della l. n. 219 del 1989 «nella parte in cui non prevede che l'udienza preliminare si svolga innanzi al giudice ordinario competente»: C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*, cit., p. 1061 s.

²⁴¹ Lo esigeva, D. Carcano, *Reati ministeriali: necessità di una legge che chiarisca competenze e disciplina da applicare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2720 ss.

fatta commistione di ruoli è improponibile nel nuovo sistema processuale penale che, con la scomparsa del giudice istruttore, si è ispirato all'opposto principio della diversificazione nella titolarità delle funzioni inquirente e giudicante che è indice privilegiato di imparzialità e trova tutela nella previsione di incompatibilità sancita nell'art. 34, comma 3, c.p.p.²⁴² (e, prima ancora, nell'art. 6 Cedu²⁴³).

La scissione dei ruoli è, a sua volta, collegata ad un rafforzamento, sul piano costituzionale, del principio di terzietà del giudice: la separazione funzionale è coesistente alla struttura del processo penale, in base ai principi di parità delle parti e di terzietà del giudice rispetto ad esse. Anzi, questi sono elementi costitutivi del giusto processo nel senso che quest'ultimo può dirsi giusto in quanto, tra l'altro, sia assicurata l'esigenza di imparzialità del giudice. Sembra ovvio, in quest'ordine di idee, che chi investiga rimarrebbe pregiudicato dal suo operato nel momento in cui, formulata l'imputazione, dovesse valutare l'idoneità delle proprie indagini a sostenere l'accusa in giudizio. Pertanto, come puntualizza la Corte, l'imparzialità altro non è che «un aspetto di quel carattere di “terzietà” che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale [in generale] quanto la posizione del giudice». Questo orientamento ha, poi, più di recente, trovato «sanzione costituzionale formale» nel testo rinnovato dell'art. 111, comma 2, Cost.

Descritto in questi termini il mutamento della cornice ordinamentale, la Corte costituzionale sottolinea, in chiusura, come il perdurare dell'interpretazione avanzata dall'orientamento giurisprudenziale dominante in materia relegherebbe la disciplina del procedimento ministeriale al di fuori delle garanzie costituzionali e in dissonanza con i canoni accusatori e la porrebbe in contrasto con il vigente assetto del processo penale, investendo della fase seguente all'imputazione quello stesso organo – pur collegiale e dotato di poteri giurisdizionali – che ha compiuto le indagini sul ministro inquisito e ha richiesto nei suoi confronti l'autorizzazione parlamentare (controllerebbe se stesso e il proprio operato). Di conseguenza, essa, conducendo ad un vero e proprio *overruling* della decisione del 1990, interpreta il dettato dell'art. 3, comma 1, l. n. 219 del 1989 nel senso che gli atti sono riconsegnati al collegio affinché la procedura venga gestita secondo le forme tradizionali, «vale a dire per impulso del Pubblico ministero e davanti agli ordinari organi competenti», non allo speciale collegio ministeriale: per effetto della *voluntas legis* e di una «interpretazione [sistemica] dell'ordinamento, quale è venuta a configurarsi progressivamente nel tempo»²⁴⁴. Cioè a dire, con semplicità, che, in nome della sicurezza sociale, la sede elettiva di accertamento dei fatti e delle responsabilità ministeriali e di verifica del capo di imputazione è e deve rimanere il processo ordinario.

²⁴² Solo la presenza di un organo differenziato nel ruolo e diverso nella persona può dissolvere la «pericolosità» insita in un sospetto di parzialità.

²⁴³ Per L. Elia, *Gli inganni dell'ambivalenza sintattica*, cit., p. 1050 la motivazione della sentenza n. 134 del 2002 «dimostra persuasivamente come (...) gli sviluppi nella giurisprudenza della Corte costituzionale e il consolidamento legislativo delle scelte compiute con il nuovo codice di procedura penale rendessero sempre più dissonante la scelta interpretativa adottata nel 1989-1990: il peso attribuito all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la modifica costituzionale sul giusto processo (art. 111, comma 2) coronavano un nuovo quadro normativo, (...). Nel capovolgimento del sistema, come viene definito nella motivazione l'esito di un decennale processo di evoluzione, non poteva non essere travolta una chiarissima situazione di incompatibilità, insuscettibile di essere rimediata con il ricorso all'astensione e alla ricasazione. (...). Pertanto, «la sostanziale inversione di marcia a 180 gradi compiuta dalla Corte nel 2002 rispetto alla opzione interpretativa adottata da quella del 1990» è ricollegabile ad «un ciclo di storia legislativa e di maturata coerenza istituzionale che ha reso intollerabile una scelta già allora molto discutibile ma sicuramente avvertita come meno contrastante con elementari esigenze di diritto comune».

²⁴⁴ V. C. Pansini, *Sui limiti alla competenza funzionale del collegio per i reati ministeriali*, cit., p. 1060 s. che, pur attribuendo all'intervento della Consulta la valenza «di aver ricondotto il divieto, per il collegio ministeriale, di celebrare l'udienza preliminare entro binari più generali del semplice riconoscimento di una causa personale di imparzialità», non nasconde che, se la giurisprudenza di legittimità avesse compiuto uno sforzo interpretativo incentrato sulla compatibilità degli artt. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 e 3, comma 1, l. n. 219 del 1989 con i pilastri del nuovo sistema processuale penale, non si sarebbe neanche posta l'esigenza di sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle leggi. Peraltro, per l'A., «È l'eccezionalità della natura “duale” del collegio rispetto alla tipologia degli atti da compiere ad imporre che questi ultimi siano solo quelli espressamente riconosciuti dalla legge. Quindi, anche a voler ritenere che in capo allo speciale collegio permangano funzioni inquirenti successivamente all'intervento del provvedimento autorizzativo, l'assenza di una specifica norma che attribuisca a questo il potere di emettere una qualsiasi decisione sulla fondatezza o meno dell'accusa permette di escludere che ulteriori profili di specialità della materia siano desumibili *aliunde*. Sicché, attribuire al giudice competente in via ordinaria la celebrazione dell'udienza preliminare vuol dire aver posto a chiare lettere un limite all'esercizio dei poteri del giudice specializzato: sarebbe funzionalmente incompetente quel collegio che, dopo aver svolto indagini e chiesto l'autorizzazione a procedere nei confronti di un ministro, celebrasse erroneamente anche l'udienza preliminare» (la conclusione è ricondotta dall'A. ad A. Gaito, *Tribunale per i ministri e udienza preliminare: un'ipotesi di incompetenza funzionale*).

La chiusa cui si è pervenuti si attaglia, oltremodo, all'evenienza che l'illecito ministeriale sia commesso dal membro dell'Esecutivo in concorso con altri individui, specialmente se estranei alle Istituzioni. Intraprendendo percorsi distinti, si correrebbe il serio rischio di dubitare della legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989 e 3, comma 1, l. n. 219 del 1989 sotto il profilo della ragionevolezza. Oltretutto, deve escludersi che in questo settore sia tollerabile un decremento di garanzie e che l'imputato sia conseguentemente sottoponibile al giudizio di un magistrato "prevenuto" nei suoi confronti. È alquanto inverosimile che il collegio possa svolgere un'attività tipicamente inquirente volta alla individuazione di fonti di prova a carico dell'imputato e, al contempo, un ruolo di garanzia e di controllo, plasmato secondo una logica che altera gli equilibri su cui si fonda il nuovo sistema processuale.

GARANZIE DISCUTIBILI

Qualora il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro vengano condannati per reati messi in atto nell'esercizio delle loro funzioni, «la pena è aumentata fino ad un terzo in presenza di circostanze che rivelino la eccezionale gravità del reato» (art. 4, l. n. 1 del 1989)²⁴⁵. Il principio impone l'obbligo dell'aumento della sanzione ed è estrinsecazione di una discrezionalità monofasica in quanto, anziché prevedere la rilevazione della singolare gravità del reato e, in seguito, l'opportunità dell'aumento, descrive della sola identificazione della fattispecie circostanziale²⁴⁶.

Tale «aggravante indefinita»²⁴⁷ è orientata a dare rilievo alla particolare lesività della condotta delittuosa ministeriale, il cui carattere di eccezionalità è da intendersi «come una sorta di "ipertrofia" offensiva, sostanzialmente dipendente dal peculiare livello delle funzioni coinvolte nella commissione del reato e strutturalmente riflessa sulle modalità della condotta o sull'entità del danno e del pericolo» (art. 133, commi 1 e 2, c.p.p.)²⁴⁸.

Nei procedimenti per i reati ministeriali nei quali siano inquisiti membri del Parlamento non trova, altresì, applicazione l'art. 68, comma 2, Cost. (art. 10, comma 2, l. n. 1 del 1989): a sottintendere che l'autorizzazione a procedere concernente i Ministri non è accomunabile a quella prevista da tale ultima norma che postula una deliberazione, a maggioranza semplice, slegata da paletti di riferimento esplicitamente enunciati²⁴⁹.

La rigidità dei disposti *ex art. 4 e 10, comma 2, l. n. 1 del 1989* viene presto surclassata da un coacervo di garanzie (alla genesi, stalli) procedurali che il legislatore – a torto – ha serbato ai componenti dell'Esecutivo e ai Parlamentari. Difatti, nell'ambito dei procedimenti per reati ministeriali, il Presidente del Consiglio dei Ministri, i Ministri, nonché gli altri inquisiti che siano membri del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati (per questi ultimi, in mancanza di ogni indicazione, non è dato sapere se ciò valga anche quando siano cessati dalla carica) non possono essere sottoposti a vincoli cautelari personali²⁵⁰, a intercettazioni telefoniche (resta il dubbio per quelle telematiche – che, a logica,

²⁴⁵ G. Di Raimo, *Reati ministeriali e presidenziali*, cit., p. 1149 la considera un vera e propria circostanza aggravante.

²⁴⁶ V. T. Padovani, sub art. 4 l. 16 gennaio 1989, n. 1, in *Legislazione pen.*, 1989, p. 488.

²⁴⁷ T. Padovani, sub art. 4 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 489 per cui l'appartenenza della fattispecie circostanziale dell'art. 4 alla categoria delle aggravanti indefinite «trae pertanto seco tutte le perplessità che [essa] suscita in termini di legalità, sotto il profilo della determinatezza. Non si può tuttavia negare che, rispetto ai reati ministeriali, una previsione così atteggiata sia volta a soddisfare un'esigenza sanzionatoria fondata, e peraltro non facilmente traducibile in una fattispecie tassativa».

²⁴⁸ T. Padovani, sub art. 4 l. 16 gennaio 1989, n. 1, cit., p. 489.

²⁴⁹ L'art. 68 Cost. prevede, ai commi 2 e 3, che, senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun componente del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Analogo benessere è richiesto per sottoporre i membri delle Camere a captazioni, in qualsivoglia forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza. La regolamentazione della procedura è rimessa alla l. 20 giugno 2003, n. 140. Di recente, sull'argomento, v. A. Testaguzza, *Immunità*, in *Il Penalista*, 15 gennaio 2019, p. 7 s.

²⁵⁰ «La formulazione prescelta dall'articolo in esame per inquadrare le attività soggette ad autorizzazione – evidentemente ricavata dall'art. 13 cost., laddove l'art. 343.2 c.p.p. opera un più specifico riferimento alle "misure cautelari personali" – è peraltro tanto ampia da comprendere alcuni fra gli atti non espressamente menzionati, ove gli stessi comportino una qualche forma di restrizione della libertà personale. Dovranno quindi considerarsi soggette ad autorizzazione anche le ispezioni personali, del

dovrebbero esservi ricomprese – e, soprattutto, per la moltitudine di captazioni di dialoghi sonori – in tempo reale e/o differito – o le intrusioni filmiche che hanno riempito il panorama investigativo degli ultimi anni a seguito del repentino avanzamento tecnologico), a sequestro (dovrebbe essere quello probatorio), violazione di corrispondenza oppure a perquisizioni personali o domiciliari (non si fa cenno a quelle locali, eseguite in ambienti non di privata dimora: potrebbe essere una scelta consapevole data la – evidentemente ritenuta – minore loro invasività o di un difetto di coordinamento ovvero, non è da escludere, una dimenticanza) senza l'autorizzazione (*ad acta*) del ramo parlamentare competente ai sensi dell'art. 5, l. n. 1 del 1989, a meno che «siano colti nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura» (art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989). In realtà, questa ultima dicitura (*anacronistica*) è stata rimodulata dall'art. 1, comma 4, l. n. 219 del 1989: a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice, essa «si intende riferita ai delitti menzionati nella seconda parte del comma 3 dell'articolo 343 del nuovo codice di procedura penale».

L'elenco delle attività per il cui compimento il collegio deve essere previamente autorizzato è più ristretto rispetto alla previsione di carattere generale risultante dall'art. 343, comma 2, c.p.p.: non vi rientrano l'ispezione personale, la ricognizione, l'individuazione ed il confronto; nulla è, poi, previsto relativamente all'interrogatorio che, secondo il nuovo codice, è invece esperibile solo a richiesta dell'interessato²⁵¹.

Sembra di poter sostenere che gli atti catalogati dall'art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989 siano viziati ove compiuti in assenza della autorizzazione a procedere: e le loro possibili risultanze probatorie invalide e non spendibili *ex art.* 191 c.p.p.; se, invece, si tratta di provvedimenti limitativi della libertà personale, saranno attivabili i rimedi previsti in quell'ambito per la mancanza delle relative condizioni-presupposto.

Qui il potere di veto concerne il compimento di singole attività e non influisce sull'esercizio dell'azione penale, bensì sull'esecuzione delle stesse. La Camera competente, convocata di diritto, ha un termine di quindici giorni, a decorrere dalla richiesta, per deliberare sulla base della relazione redatta dalla Giunta; il legislatore, al contrario di quanto accade per il beneplacito imposto dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, non prescrive alcunché circa i confini della deliberazione parlamentare.

Oltremodo contestabile è – e per questo andrebbe eliso – l'art. 10, comma 4, l. n. 1 del 1989 per il quale nei confronti del Presidente del consiglio dei Ministri e dei Ministri non può essere disposta l'applicazione provvisoria di pene accessorie che comportino la sospensione degli stessi dal loro ufficio.

IL “CONCORRENTE” NEL REATO MINISTERIALE. RIMANE ANCORA MOLTO DA DIRE ...

Si venga al punto cruciale: la posizione della persona indagata insieme al Ministro a titolo di concorso nell'illecito da questi posto in essere (parecchio si è anticipato, ma la portata del tema del concorso nel reato ministeriale è stratificata).

Nella legislazione sui reati ministeriali, a dispetto dei correttivi datati 1989, s'insinua una pagina bianca, una lacuna degna di nota: il comparto normativo costituzionale e d'implementazione non accenna alla figura/e del compartecipe/i nel reato/i commesso/i dai membri del Governo, creando un'ampia zona grigia dietro la quale rischia/no di trovare riparo. Una carenza, questa, che, non potendo essere appianata – se non limitatamente e con il grimaldello della dialettica – tramite agganci al tessuto positivo, presta il fianco a perplessità e apre a dispute in letteratura e giurisprudenza²⁵².

resto espressamente richiamate dall'art. 13 cost., mentre considerazioni più articolate si impongono per quanto concerne il compimento delle restanti attività»: A. Toschi, *sub art. 10 legge 16 gennaio 1989, n. 1*, in *Legislazione pen.*, p. 511 che, infatti, disserta su questo aspetto.

²⁵¹ L'autorizzazione *ex art.* 10, l. n. 1 del 1989, anche se non esplicitato dal legislatore, si colloca, tendenzialmente, nell'inchiesta e rappresenta, in caso di suo mancato rilascio, un limite notevole affinché il Parlamento si pronunci ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. Ad avviso di G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 271 s. l'ampiezza della formula dell'art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989, «misure limitative della libertà personale», «sembra idonea a comprendere anche molte ipotesi *ivi* non espressamente indicate, come le ispezioni personali o domiciliari, le ricognizioni, le individuazioni e i confronti» (*contra*, R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 162 ss.); non sarebbero in esso ricomprese le restrizioni interdittive, nonostante il 4° comma della previsione.

²⁵² La problematica lambisce la sfera del Diritto penale sostanziale e, soprattutto, dell'istituto del concorso di persone nel reato. Per una disamina scrupolosa, si invita alla lettura, tra i molti, di R. Garofoli, *Manuale di Diritto penale – Parte generale*, 15ª ed.,

Verrebbe da pensare, in prima battuta, risolvendo la problematica dai rudimenti, che la mancata celebrazione del processo per gli esponenti dell'Esecutivo implichi la fuoriuscita dal cammino accertativo anche dell'*extraneus*. Del resto, dalla l. n. 1 del 1989 sembra trarsi solo l'impressione che il lasciarsi passare possa essere pronunciato anche nei confronti di inquisiti che non siano Ministri o *ex tali*: non a caso, infatti, l'art. 5, laddove delinea la competenza delle due Camere in ordine all'autorizzazione a procedere, non parla mai espressamente di Ministri ma, molto più genericamente, di «persone» o «soggetti». Benché siano presagibili *dissenting opinions*, come anticipato – dissipando il dubbio al più presto –, a parte la faticosa tenuta costituzionale di argomentazioni avverse sul piano della ragionevolezza e dell'obbligatorietà dell'azione penale, esistono motivi per definire la *quaestio* nel senso anzidetto; una visione difforme, oltre che risultato di uno sforzo interpretativo accidentato, sarebbe tanto piana quanto superficiale e destinata a proiettarsi verso astiose critiche.

L'indeterminatezza del lessico impiegato, avvalora l'idea che esistano diritti partecipativi del coindagato (parlamentare o laico) nel procedimento penale instaurato: si spazia dall'audizione dinanzi alla Giunta (dove possono essere messe in luce circostanze che hanno indotto alla condotta deviante in presenza di un rischio per l'interesse dello Stato o quello pubblico), anche su sua domanda, alla possibilità di prendere visione della documentazione di cui questa dispone, per arrivare a quella di attivare una granitica difesa, presentando memorie al collegio ministeriale o avanzando istanza di essere sentito da quest'ultimo dopo che il procuratore della Repubblica inoltra ad esso gli atti unitamente alle richieste (sembra di poter dire che il legale del compartecipe inquisito possa produrre elementi a discarico per negare la fondatezza dell'accusa). Nella prospettiva, dovendosi attenere il tribunale dei Ministri ad un «obbligo di leale collaborazione» nei confronti del Parlamento (o *fair play* istituzionale che dir si voglia), la Camera investita può restituire al medesimo la richiesta di autorizzazione a procedere in quanto non indispensabile per agevolare la prosecuzione delle indagini preliminari ed, in particolare, per compiere gli atti di interrogatorio e confronto dei concorrenti non Ministri, né parlamentari, ritenuti necessari dallo stesso collegio.

Tuttavia, le principali indicazioni in argomento implicano l'istituto dell'autorizzazione a procedere di competenza, a seconda dei casi, di uno dei rami del Parlamento.

Così, scorrendo le norme, ci si accorge di un passaggio sibillino: quando il procedimento s'instaura per una fattispecie posta in essere da più soggetti in concorso tra loro, l'Assemblea indica a quale concorrente, anche se non Ministro né parlamentare, non si ascrive la mancata concessione dell'autorizzazione a procedere per esserne assenti i requisiti (art. 4, l. n. 219 del 1989). *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: la specificazione assume consistenza nella misura in cui il coimputato, per il quale non ricorrono le condizioni del diniego, non rivestendo una carica ministeriale, debba soggiacere, in ogni caso, alla verifica penale.

In letteratura, si è sostenuto che «Tale norma è stata correttamente interpretata nel senso che, delle due decisioni ipotizzabili, ovvero diniego o concessione dell'autorizzazione a procedere, solo la prima consente soluzioni differenziate nei confronti dei singoli concorrenti nel reato: infatti, solo se l'autorizzazione è negata nei confronti del Ministro, sarà possibile decidere riguardo agli altri coimputati *ex art. 4*, secondo comma, (...); viceversa, ove vi sia stata la concessione dell'autorizzazione a procedere per il Ministro, "non è neppure immaginabile che siano sottratti alla giustizia i suoi concorrenti giustificati per il perseguimento dell'interesse pubblico di una funzione di governo (...) che non esercitano!"²⁵³.

La prassi, invece, da quel che si evince dalle letture dei lavori in materia, conta una varietà di situazioni: quelle in cui l'autorizzazione a procedere, negata per il Ministro, è stata concessa per uno o più concorrenti e viceversa, la Giunta ha proposto la concessione per il Ministro ed il diniego per un concorrente laico etc.

Molfetta, Nel Diritto Editore, 2018/2019, p. 1186 ss. e i commenti alle previsioni di riferimento contenuti in *Codice penale commentato*, E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), Milano, Ipsa, 2015.

²⁵³ G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 297; L. Carlassare, *Il Consiglio dei Ministri. Art. 96 Cost.*, cit., p. 481. Di segno contrario, A. Cariola, *La responsabilità penale del Capo dello Stato e dei Ministri: disegno costituzionale e legge di riforma*, cit., p. 74: «malgrado il testo della disposizione faccia riferimento dapprima a tutti i soggetti interessati e, successivamente, prenda in considerazione solo l'inquisito che abbia agito per la tutela di un interesse (...), non pare possibile consentire al ramo del Parlamento di volta in volta competente di separare le responsabilità individuali implicate nella fattispecie al suo esame, attraverso un uso della causa di giustificazione funzionale a procurare "assoluzioni" personali, invece che a valutare le oggettive situazioni di fatto».

Stimola a ragionare sulla posizione del coimputato anche l'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. La lunga dissertazione condotta intorno a questa previsione²⁵⁴ ha risvolti sintomatici sulla posizione di coloro che hanno partecipato al reato del Ministro. Sul profilo si è insistito parecchio, vale la pena solo ribadire che addossare natura "oggettiva" o "soggettiva" alle ipotesi giustificative da essa enucleate comporta deduzioni eterogenee: se dovesse prevalere un'interpretazione in senso soggettivo, il rifiuto dell'autorizzazione a procedere non dovrebbe necessariamente schermare, in modo automatico, i correi (parlamentari e laici); mentre, all'opposto, se si dovesse accogliere la tesi circa il loro carattere oggettivo, la deliberazione denegativa della sottoposizione a giudizio dovrebbe spiegare i suoi effetti su tutti gli eventuali concorrenti rendendoli impermeabili all'accertamento, salvo che si tratti di illeciti diversi da quelli per cui si procede²⁵⁵. Orbene, l'esegesi per cui ai concorrenti nel reato non si estenderebbe la scriminante in disamina sembra portarsi dietro un'obiezione di sostanza; essa postula l'eventualità che, mentre i Ministri potrebbero ricadere sotto l'ombrello del diniego dell'autorizzazione a procedere, i laici potrebbero essere successivamente condannati dal giudice ordinario generandosi una potenziale antinomia in violazione del principio di uguaglianza, posto che essi potrebbero aver agito per condotte del tutto convergenti per l'attività ministeriale²⁵⁶.

Si diceva che i parametri cognitivi enucleati dall'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, allorché ne sia valutata la sussistenza, escludono l'antigiuridicità del fatto. In dottrina, una delle poche voci sulla tematica, ha asserito che l'epilogo opera nei confronti di tutti i concorrenti nel reato ministeriale; ciò, parrebbe evincersi dall'art. 5, l. n. 1 del 1989²⁵⁷. A ben donde, stante l'affermazione contenuta nell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989, non può escludersi che la causa di giustificazione sia riferibile solo ad alcuni concorrenti, potendo per altri, in difetto di condizioni soggettive (e, cioè, dell'intento di curare un interesse pubblico), quanto meno configurarsi un reato impossibile»²⁵⁸.

Su di un binario parallelo, bisognerebbe comprendere cosa accada in un'altra situazione immaginabile in astratto: il beneplacito, negato nei confronti del Ministro, non lo è altrettanto nei confronti dei soggetti indicati come concorrenti (sempre che si possa nutrire simile evenienza, dal momento che è alquanto improbabile che un coindagato che non ricopra incarichi istituzionali possa agire per la ragion di Stato; oltretutto, ancor più importante, il fatto che la deroga all'ordinaria soggezione dei cittadini alla legge e alla giurisdizione deve avere espressa copertura costituzionale e – allorché l'abbia – deve essere interpretata in chiave restrittiva): la domanda è se si rimane ancora nell'ambito del singolare procedimento per reati ministeriali o si devia, come parrebbe e si sostiene, con convinzione, verso quello ordinario.

Il discorso si appunta anche sull'art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989 e sulle guarantee da esso concepite per il Presidente del Consiglio, i Ministri e i membri delle due Camere. Significativa è la circostanza che esse non sono state estese agli indagati che non ricoprono tali cariche²⁵⁹. A ben guardare, la scelta urta con un ordinamento che si ispira alla parità di trattamento di tutti dinanzi alla giurisdizione (art. 3 Cost.): salvo si affermi che, in un approccio d'indole sistematica e, principalmente, di valorizzazione del bilanciamento tra diritti ugualmente meritevoli di protezione, per gli inquisiti comuni il procedimento non culmini con la richiesta di autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989. Si attesta su una posizione diametralmente opposta chi, stante il testo positivo, ribatte che «può essere affermata la possibilità per il Collegio istruttorio di procedere alle indagini preliminari, senza alcun vincolo desumibile dall'art. 10 in esame, per i soggetti non considerati nello stesso, ovvero gli *ex* Ministri non parlamentari in carica²⁶⁰ e gli altri inquisiti che non siano né [membri del Governo], né parla-

²⁵⁴ V., *infra*, § "(Segue:) la procedura: in particolare, l'autorizzazione a procedere".

²⁵⁵ Si evince che, nell'ambito di uno stesso procedimento, l'autorizzazione potrebbe essere concessa per alcuni e negata per altri. Sulla problematica, M. Pati, *Profili sostanziali e procedurali della disciplina dei reati ministeriali*, cit. p. 26.

²⁵⁶ V. R. Orlandi, *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, cit., p. 195 per il quale, oltretutto, questa ipotesi non configurerebbe nemmeno un contrasto giuridicamente rilevante «essendo in gioco decisioni tendenti a perseguire fini diversi e destinate a operare su piani affatto distinti: le une ispirate a (discutibilissimi) criteri di giustizia politica; le altre volte ad attuare la giustizia *tout court*».

²⁵⁷ Critici sulla situazione preesistente che non copriva i laici in misura eguale rispetto ai Ministri, A. Cerri, *La giustizia penale costituzionale*, in *Il Parlamento*, 1982, 11, p. 10; L. Elia, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Napoli, 1966, p. 98; *contra*, R. Moretti, *Osservazioni a C. cost.*, 16 aprile 1982, n. 70, in *Foro it.*, 1982, pt. I, c. 1209.

²⁵⁸ A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 7.

²⁵⁹ La sollecitazione a riflettere viene da A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., p. 6.

²⁶⁰ L'affermazione, sotto questo profilo, lascia perplessi. Se la lettera della norma induce, d'acchito, a ritenere che il tribunale

mentari in carica»²⁶¹. Ma se le cose stanno in questo modo, l'art. 10, l. n. 1 del 1989, in realtà, comunque inteso, è suscettibile di generare una disuguaglianza che potrebbe etichettarsi "a doppia mandata": per i concorrenti che abbiano ricoperto la carica di Ministro in precedenza e quelli laici, da un lato, per i cittadini comuni processati per reati della stessa specie non commessi in ambito ministeriale, dall'altro.

Ulteriore discrasia solleva l'art. 10, comma 4, l. n. del 1989: mentre nei confronti del Presidente dell'Esecutivo e dei Ministri «non può essere disposta l'applicazione provvisoria di pene accessorie che comportino la sospensione degli stessi dal loro ufficio», stessa tutela non viene riservata ai concorrenti che rivestono l'incarico di Parlamentare²⁶². Mentre, per assurdo, qualcuno ritiene che, in caso di Ministro parlamentare per costui valgono (*ad abundantiam*) le prerogative previste per i parlamentari²⁶³.

Come detto, «Per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dai Ministri, la pena è aumentata fino ad un terzo in presenza di circostanze che rivelino la eccezionale gravità del reato». Sembra di poter sostenere – in ossequio al valore dell'uguaglianza – che l'aggravante sia applicabile anche agli indagati parlamentari e non²⁶⁴.

In merito alla posizione del concorrente, la prassi non è d'ausilio. Si conoscono poche decisioni e, peraltro, non dirimenti. La Suprema corte ha affermato, ad esempio, che i giudici che compongono il collegio per i reati ministeriali che, nell'ambito dello stesso processo, abbiano redatto la relazione motivata di richiesta di autorizzazione a procedere (art. 8, comma 1, l. n. 1 del 1989) o abbiano sollecitato il pubblico ministero a riformulare il capo di imputazione o, in altra sede, abbiano pronunciato *sentenza di applicazione della pena* nei confronti di un *coimputato*, non versano in una situazione di incompatibilità (art. 34, comma 3, c.p.p.) a celebrare l'udienza preliminare «allorché nella medesima non siano chiamati ad esprimere valutazioni sul merito dell'accusa»²⁶⁵. L'apparato motivo punta su alcuni aspetti: a) la natura

dei Ministri non incontra alcun ostacolo allo svolgimento delle investigazioni nei confronti degli *ex* Ministri non parlamentari in carica (sia nel comma 1 che nel comma 4 di quella norma non è contenuta alcuna distinzione tra i Ministri in carica e quelli che più non lo sono), un'esegesi combinata tra le singole disposizioni della l. n. 1 del 1989 porta a concludere diversamente: sarebbe un controsenso prevedere una procedura speciale per i Ministri, anche cessati dalla carica, e, poi, al contempo, non allargare le maglie dell'art. 10, comma 1, l. n. 1 del 1989 a costoro. Immaginabile, ma non insormontabile l'eccezione: l'autorizzazione all'adozione di una misura cautelare vuole salvaguardare l'esercizio concreto ed attuale delle funzioni ministeriali; quindi, il potere legislativo, nell'ambito delle sue autonome ed insindacabili potestà politiche, deve valutare discrezionalmente l'opportunità di un provvedimento cautelativo il cui effetto è quello di determinare una brusca interruzione dell'attività funzionale di un ministro.

²⁶¹ G. Tarli Barbieri, *La responsabilità penale dei ministri*, cit., p. 272. L'A. dai richiami giurisprudenziali effettuati (v. p. 272, nt. 125) sembra condividere la tesi per cui la *ratio* del disposto dell'autorizzazione a procedere per gli indagati laici risulta palese solo che si ponga mente al fatto che costoro – al pari del Presidente del Consiglio o dei Ministri – possono aver agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico inerente all'esercizio della funzione di Governo. In definitiva, è vero che, stando il dato letterale dell'art. 4, comma 2, l. n. 219 del 1989, per gli indagati laici il diniego dell'autorizzazione a procedere può essere deliberato dalla competente Camera solo nell'ipotesi in cui l'autorizzazione sia stata negata per il Presidente del Consiglio e per il Ministro. Nondimeno, l'accertamento nei confronti degli indagati laici è, comunque, «subordinato ad autorizzazione», (...). Conf., C. cost., sent. n. 403 del 1994, cit.: attesa la prevalenza dell'art. 10 l. n. 1 del 1989 sull'art. 343 c.p.p., in ragione della sua specialità, e i vincoli che esso pone al collegio nel compimento delle indagini preliminari, cosa che non si traduce in una disparità di trattamento, e preso atto che tale norma si riferisce soltanto a Ministri e parlamentari, «per i coindagati laici concorrenti nel reato ministeriale (anche ove si ritenga – come ritiene il Collegio – che per essi occorra l'autorizzazione a procedere al pari che per gli indagati che siano Ministri o membri del Parlamento) il potere del Collegio non soffre (e non soffriva) limitazione alcuna; quest'ultimo aveva il potere di procedere a quegli interrogatori e atti di confronto ritenuti utili o necessari (dal Collegio medesimo) al fine di chiarire l'oggetto e le circostanze dell'imputazione». La Corte conclude, pertanto, «(...) Il potere di indagine del suddetto Collegio è invece regolato dall'art. 10, comma primo, l. cost. n. 1 del 1989, il quale – contemplando specifiche ipotesi di autorizzazione '*ad acta*' per i soli indagati che siano ministri o parlamentari – non pone alcun limite al compimento di qualsivoglia atto di indagine (*ivi* compresi interrogatori e confronti) per i coindagati cd. laici, concorrenti nel reato ministeriale (cfr. massima n. 21269 in www.cortecostituzionale.it).

²⁶² Sembra ragionevole l'opzione del comma 4 di designare quali destinatari della garanzia costituzionale solo i Ministri in carica: solo verso questi ultimi è possibile applicare pene accessorie che comportano la sospensione dell'ufficio.

²⁶³ C. Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, Napoli Jovene Editore, 2017, p. 355.

²⁶⁴ La supposizione è contraddetta da R. Moretti, *Osservazioni sull'istruzione del procedimento di accusa e sull'aggravante speciale dei reati ministeriali*, in *Foro it.*, 1979, pt. I, c. 2197.

²⁶⁵ Cass., sez. VI, 10 ottobre 1997, n. 3895, in *CED Cass.*, n. 209212. Nella medesima occasione, la Cassazione (cfr. *CED Cass.*, n. 209213) ha dichiarato, inoltre, la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 3, c.p.p. in relazione agli artt. 3, 24 e 25 Cost., nonché della l. n. 1 del 1989 e l. n. 219 del 1989 riguardo all'art. 102 Cost. nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare per i componenti del collegio *ex* art. 7, l. n. 1 del 1989 che, in seno allo stesso processo, abbiano redatto la relazione motivata di richiesta di autorizzazione a procedere ai sensi dell'art. 8, comma 1, stesso provvedimento o abbiano domandato al magistrato di riformulare l'addebito, oppure, in altra procedura accer-

spuria dei poteri investigativi, cognitivi e decisorii attribuiti dalla legge costituzionale al tribunale dei Ministri; b) la circostanza che l'autorizzazione a procedere si pone esclusivamente come alternativa procedurale alla richiesta di archiviazione; c) il carattere meramente processuale dell'udienza preliminare; d) l'esclusione di ogni interferenza di giudizio in relazione ad una precedente sentenza di patteggiamento resa nei confronti di un concorrente non necessario²⁶⁶.

La pronuncia consente una duplice considerazione: fornisce elementi per pensare che la chiusura della vicenda processuale nei confronti del Ministro non libera dalla (potenziale) responsabilità penale il concorrente nel reato, tant'è che, nella circostanza, costui definisce il processo a suo carico optando per la via del rito alternativo; in secondo luogo, ingrandendo con la lente sull'argomento in analisi, non ne sono condivisibili gli assunti laddove, per non far cadere i giudici sotto la scure dell'incompatibilità, si parla di difetto di un vaglio sul «merito» dell'imputazione.

Le ortopedie del 1999, ricollegabili alla legge "Carotti", hanno modulato una disciplina dell'udienza preliminare (dalle ottiche disomogenee) diretta a fronteggiare esigenze alle volte alquanto incisive sulla verifica dell'accusa. Dal tessuto letterale dell'odierno articolato normativo, non è da escludere un capovolgimento di prospettive in ordine agli ambiti cognitivi della fase e, più in generale, a proposito delle regole che governano la decisione. Non è revocabile in dubbio che l'aumento dei poteri del giudice in vista dell'approvvigionamento istruttorio (artt. 21-22, l. n. 479 del 1999), inteso come facoltà di ordinare l'integrazione delle indagini e disporre l'acquisizione di prove *ex officio*, potrebbe pregiudicare gli epiloghi dell'udienza, sollevando, oltretutto, dubbi circa l'aderenza del comparto codicistico di settore con la garanzia dell'imparzialità meticolosamente dipinta dall'art. 111 Cost. Del resto, una manovra di questo tipo, che invade un patrimonio tendenzialmente esclusivo delle parti, non poteva non gettare un cono d'ombra sulla figura del g.u.p.: l'intervento officioso sul terreno dell'inchiesta nonché della ricerca istruttoria e dell'incremento informativo spinge ad atteggiamenti negativi quanto al ruolo di quest'ultimo sul fronte della sua neutralità in vista degli esiti di fase e della possibilità di sfociare in risultati stravaganti rispetto ai caratteri della cognizione preliminare²⁶⁷. Certo, molto dipenderà dall'ermeneusi – più o meno

tativa, abbiano pronunciato sentenza di "patteggiamento" nei confronti del coimputato in quanto la disciplina che si occupa dell'attività dell'organo collegiale istituito per conoscere di reati ministeriali «trova la sua genesi in una legge costituzionale che non viola principi immodificabili della Costituzione» e il collegio, anche se «dotato di poteri particolari», non si pone in attrito con i principi fondamentali, inserendosi «nell'ambito della giurisdizione ordinaria come organo specializzato». La decisione si pone lungo il percorso segnato dalla giurisprudenza a proposito della celebrazione dell'udienza preliminare ad opera del collegio ministeriale (su cui v., *infra*, § "le insidie di una norma dalla sintassi ambivalente").

²⁶⁶ Merita di essere citata la riflessione di A. Scalfati (*La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2816) che, all'indomani della novella 16 dicembre 1999, n. 479, quanto all'interrogativo riguardante quale fosse il giudice deputato alla verifica dell'incriminazione nei procedimenti per reati ministeriali, se il tribunale ministeriale o il magistrato per le indagini territorialmente competente in via ordinaria, scriveva quanto segue: atteso «il rafforzamento dell'imparzialità cognitiva in sede preliminare», «la relativa giurisdizione dovrà, in tutti i casi, essere espletata da soggetto diverso da colui che ha svolto il ruolo di "garante" per le indagini. E allora, delle due, l'una: o si prevede la possibilità di formare un diverso collegio in ambito distrettuale o, come sembra più conforme all'intero tessuto positivo circa la procedura per reati ministeriali, sarà il giudice singolo territorialmente competente ad occuparsi del controllo sulla richiesta di rinvio a giudizio; del resto, una chiave di lettura ancorata a perduranti soluzioni negative presterebbe il fianco a dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo degli artt. 3 e 111 comma 1 Cost.». V., inoltre, con varietà di sfumature, tra gli altri, P.P. Dell'Anno, *Azione penale e udienza preliminare per reati ministeriali*, in *Giust. pen.*, 1997, pt. III, c. 393; A. Gaito, *Nei processi per reati ministeriali qual è il giudice per l'udienza preliminare?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 854; P. Gatto, *L'udienza preliminare nel procedimento per i reati ministeriali: dalla giustizia politica ad una discutibile politica della giurisdizione*, cit., p. 1378 ss.; L. Tirabassi, *Giudizi sui reati ministeriali e udienza preliminare: una difficile convivenza all'insegna del diritto di difesa*, cit., c. 327.

²⁶⁷ Ha qualche riserva A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., p. 2817: «(...) la formula dell'art. 422, comma 1 c.p.p. – disposizione che consente di acquisire "prove" anche d'ufficio – fornisce un perimetro assai ristretto quanto all'esercizio del relativo potere; in effetti, il particolare regime della rilevanza istruttoria qui delineato si presenta come un filtro a "maglie strette", consentendo l'esclusiva ammissibilità di strumenti manifestamente decisivi [nella prospettiva] della sentenza di non luogo a procedere. Inoltre dall'*incipit* della regola (...) se ne desume un impiego del tutto residuale, cioè subordinato al tentativo di ottenere un previo completamento investigativo. Se le cose stanno davvero così, ne consegue che il ricorso all'intervento officioso delineato dall'art. 422, comma 1 c.p.p. – operando in ambiti molto limitati – si presenta di scarso impatto sul fronte del temuto difetto d'imparzialità; piuttosto, l'esercizio del potere, *in tal modo inteso*, soddisfa criteri di economia, perché tende ad evitare dibattimenti decisamente inutili». Secondo l'A. preoccupa maggiormente la possibilità di ordinare indagini coatte: innanzitutto, la completezza investigativa «protegge i contenuti riconducibili all'art. 112 Cost.» («l'obbligatorietà dell'azione penale resterebbe di fatto vulnerata se il magistrato requirente non si attivasse, prima o dopo, per sostenere l'accusa». Poi, testualmente: «Nel caso dell'art. 421-bis c.p.p. viene stimolato, appunto, il completarsi investigativo che fisiologicamente spetta all'organo d'accusa. Se è vero che, in tal caso, il giudice non ha strumenti diretti per accrescere il materiale cognitivo, tuttavia, sono le stesse pro-

rigida, più o meno contigua all'impianto sovraordinato e all'ordinamento nel suo complesso – preferita, nondimeno, la scelta di affinare, potenziandola, l'ingerenza del giudice lungo la corsia delle indagini coatte e dell'assunzione di elementi dimostrativi autonomamente disposta, potrebbe, elevando, di conseguenza, un'ipoteca grave per la posizione dell'imputato al dibattimento, scollare la non sovrapponibilità dei contenuti cognitivi dell'udienza preliminare con quelli oggetto di giudizio e varcare la soglia della sufficienza adeguata alla decidibilità sulla fondatezza della contestazione²⁶⁸. D'altra parte, permane fatalmente nevralgica l'area dei canali ai quali legare la perfettibilità istruttoria di cui all'art. 422 c.p.p. (anche se, in linea teorica, si rivelano preordinati e si connotano per la manifesta decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere); il catalogo delle prove acquisibili non è ristretto ad un *numerus clausus*; un arricchimento (assenti le condizioni cui ancorarlo) dell'orizzonte sino ad allora delineato dall'accusa, quando tende a soddisfare un'ansia di ricerca a tutto tondo, assume margini per nulla angusti²⁶⁹. Sicché, è fondato il pericolo di anticipare settori cognitivi affidati al giudice di merito, soprattutto laddove la sfera della discrezionalità assume latitudini difficilmente controllabili.

Melius re perpensa, il legislatore dovrebbe istituire una causa di incompatibilità del tribunale dei Ministri a celebrare l'udienza preliminare e chiarire, con un'interpretazione autentica, il senso dell'art. 9, comma 4, l. n. 1 del 1989: a tutela, non solo del Ministro che dovrà subire il processo per un reato ministeriale, ma anche dei concorrenti nell'illecito che parteciperebbero della stessa procedura.

Sempre dalla giurisprudenza arriva un recente dato che induce a ragionare e mette in crisi il traguardo esegetico raggiunto poco fa. Il Supremo collegio ha sostenuto che «Ai fini della configurabilità della responsabilità dell'*extraneus* per concorso nel reato proprio (nella specie, un reato di abuso d'ufficio), è indispensabile, oltre alla cooperazione materiale ovvero alla determinazione o istigazione alla commissione del reato, che l'*intraneus* esecutore materiale del reato sia riconosciuto responsabile del reato proprio, indipendentemente dalla sua punibilità in concreto per la eventuale presenza di cause personali di esclusione della responsabilità»²⁷⁰.

Se così è, parrebbe di dover ritenere che, laddove il percorso accertativo ministeriale si blocchi perché sfocia nella negazione dell'autorizzazione a procedere su cui il collegio ha interpellato la Camera competente, il coindagato esca definitivamente dal circuito giudiziario: militerebbe in questa prospettiva il fatto che la porzione cognitiva cui si è arrivati al tempo della fase parlamentare, non volge ancora in un accertamento di responsabilità del Ministro, ma solo in una valutazione circa la verosimiglianza della fondatezza della notizia di reato. Ma, non sembra questa la via da percorrere.

Naturalmente, quelle sinora tratteggiate, sono delle mere soluzioni-ponte vevole anche in caso di scarsa offensività dell'illecito penale, talvolta supportate da alte dosi di formalismo, nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema.

DA ULTIMO

Rebus sic stantibus, non è inutile qualche riflessione conclusiva.

Lascia increduli una disciplina che, destinata ad accertare la responsabilità penale di un individuo, esibisca così tante incertezze da dar adito alle esegesi più disparate (spesso, ardite architetture teoriche edificate su presupposti infondati o prodotti di ingegnose quanto indebite effrazioni al dato letterale e si-

spettive impresse all'indagine "coatta" a condizionare (...) il tenore dell'epilogo; è difficile negare che egli partecipi attivamente alla ricerca di quanto risulti utile alla decisione, orientando, anzi, le linee dell'*inventio* secondo risultati da lui stesso assunti in ipotesi. Sul piano concreto, molto dipenderà dal modo d'intendere il potere contemplato dalla norma. Una esegesi più conforme ai canoni costituzionali dovrebbe escludere gli influssi *ope iudicis* che non muovano [da] investigazion[i] già in parte esplorate dal pubblico ministero o allegate da altri; all'opposto, il tasso di neutralità in sede preliminare si abbasserà notevolmente se il giudice dovesse indirizzarsi ad illuminare profili non allegati dalle parti, né riconducibili al panorama delle indagini di cui dispone».

²⁶⁸ Mentre, gli spazi della vera e propria istruttoria per la sede in disamina è tanto residuale quanto primariamente indirizzata alla pronuncia preliminare.

²⁶⁹ Le *chances* di superare l'*impasse* in ordine alla matrice orientativa del compito affidato al giudice si combinano, inesorabilmente, con la necessità di non indulgere troppo verso imputazioni a geometria variabile quanto, piuttosto, su cornici nelle quali il perimetro dell'agone giudiziario sia delimitato, il che, pertanto, vale ad escludere formule vaghe e perfettibili in corso d'opera. Quindi, per rendere meno svilente l'approccio al tema e arginare prassi deplorabili, l'atto imputativo non dovrebbe essere integrato *ad libitum*: si richiede linearità immediata quanto alle scelte di fondo per non avallare afasie sul piano fattuale e dei contenuti descrittivi dell'accusa.

²⁷⁰ Cfr. Cass., sez. VI, 1° ottobre 2018, n. 43287.

stematico) e, al contempo, a distonie vistose, difficilmente superabili; a maggior ragione quando i comportamenti incriminati condizionano addentro la vita del Paese.

La scelta più opinabile è quella di non aver avuto, il legislatore, l'audacia di rompere i ponti con i precedenti, allestendo una struttura normativa in grado di porre i membri dell'Esecutivo sullo stesso piano dei cittadini comuni. Peraltro, i retaggi del passato, il tribunale dei Ministri dalla commistione dei ruoli e l'impiego (ponderato o meno), quali clausole scagionatrici nel sindacato di procedibilità, di formule enigmatiche, smentiscono in radice, anzi lo contraddicono in maniera palese, il progetto riformatore. Queste ultime, poi, non prestandosi, come dovrebbe, anche in vista della realtà operativa, ad una esatta traduzione tecnico-scientifica, hanno il pregio di corazzare la fase parlamentare per la concessione o il diniego dell'autorizzazione a procedere solo in apparenza: in concreto, anche volendole osservare nella appropriata visuale costituzionale, rimettono la loro delimitazione alla più larga discrezionalità delle Camere di turno che se ne autoproclamano esclusive e insindacabili interpreti. Talora, stanti le spigolose locuzioni usate dal Costituente nella grammatica dell'art. 9, comma 3, l. n. 1 del 1989, il Parlamento partorisce ermeneutiche che appaiono troppo comprensive, tal altra eccessivamente selettive: sarebbe velleitario immaginare il puntuale rispetto del *bon ton* istituzionale in un campo nel quale la forma è sostanza.

Ricorrendo tali parametri, capaci di legittimare ogni possibile condotta, poi, non v'è atto legislativo o Carta fondamentale che reggano il paragone; sicché, un'interpretazione positiva prevale anche sui diritti primari del singolo destinati ad essere vulnerati, addirittura, in riferimento a talune fattispecie criminali, l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.). Si tratta, invero, di una logica non poco stridente a quella di uno Stato come il nostro il cui nucleo duro e la stessa identità nazionale poggiano sui beni primari della persona protetti a livello sovraordinato e, prima ancora, comunitario e internazionale; d'altro canto, il Giudice delle leggi ha, in più occasioni, suffragato la considerazione, ribadendo che il principio "*salus rei publicae suprema lex esto*" non può essere invocato per sfrangiare le garanzie costituzionali²⁷¹.

Quanto al tema sviscerato, in chiusura, se può convenirsi, in astratto, sul fatto che debba esistere un sistema di immunità per coloro che occupano una posizione di vertice a salvaguardia del libero e indipendente esercizio della funzione nei limiti strettamente necessari (segnati da un'opera di bilanciamento tra valori di pari rango)²⁷² e possono giustificarsi eccezioni all'*iter* processuale comune per i reati ministeriali, bisogna riconoscere che, per gli stessi crimini, posti in essere dal singolo in concorso con i membri dell'Esecutivo, non dovrebbero esserci, in ragione di imprescindibili esigenze d'opportunità politico-giuridica, scorciatoie e una loro previsione sarebbe, con difficoltà, rispondente ai principi di uguaglianza e, su larga scala, di ragionevolezza: insomma, apertura nei confronti di prerogative presidianti il ruolo, ma assoluta intransigenza contro l'abuso.

È intuibile il fallimento della revisione dell'art. 96 Cost. e quella della procedura ministeriale risalente al 1989; altrettanto, si è consci dei continui tentativi di affossare le proposte di cambiamento fattesi incalzanti negli anni. È giunto il tempo di imprimere l'accelerazione. Delle due, l'una: o si percorre la tappa quanto mai significativa del processo di normalizzazione della giurisdizione ministeriale e si apronta una manovra, portando a perfezionamento il cammino iniziato di de-costituzionalizzazione e spoliticizzazione della materia, oppure la strada da battere, con un rovesciamento di prospettiva, per il compartecipe, soprattutto laico, è quella di riservargli una normativa di dettaglio all'interno di quella ministeriale; così, da stemperare i dubbi diffusi e restituire ai cittadini comuni e ai medesimi verso il Ministro un eguale trattamento di fronte alla legge.

²⁷¹ Cfr., per tutte, C. cost. n. 151 del 2012 e C. cost. n. 89 del 2014.

²⁷² L. Carlassare, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali: considerazioni introduttive*, in Ead. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, p. 20.



Processo penale e giustizia n. 2 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

ANNALISA MANGIARACINA

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo

“L’eterno ritorno”: vacilla l’autonoma valutazione in sede cautelare

“The eternal return”: the autonomous assessment of precautionary measures is wavering

Con la l. n. 47/2015, il legislatore ha affermato la necessità che la valutazione sui presupposti fondanti la misura cautelare sia autonoma, al contempo escludendo un potere di integrazione da parte del Tribunale *de libertate*. Tuttavia, alcune pronunce relative ad ordinanze cumulative manifestano un “ritorno al passato”. Ciò richiede una presa di posizione da parte della Suprema Corte al fine di riaffermare i valori costituzionali sottesi all’autonoma valutazione.

By law no. 47/2015, the legislator has stated that the assessment on conditions of applicability of precautionary measures has to be autonomous, also excluding a power of integration by the judicial review Tribunal. However, some judgments regarding cumulative judicial orders reveal a “return to the past”. This latter requires a clear position by the Supreme Court aimed at reaffirming constitutional values underlying the autonomous assessment.

LA TRAMA DELLA MOTIVAZIONE CAUTELARE

La motivazione, intesa come “discorso giustificativo” dei provvedimenti giurisdizionali¹, negli ultimi anni è stata al centro di un rinnovato interesse del legislatore animato dal fine di rendere effettivo il diritto al controllo, tradizionalmente declinato nella duplice dimensione di controllo endoprocessuale ed extra-processuale. Una parabola iniziata, sul versante cautelare, ad opera dell’art. 9, l. 8 agosto 1995, n. 332², con l’integrazione dell’art. 292 c.p.p. e proseguita, rispetto alle sentenze di merito, con la modifica all’art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., per mano dell’art. 1, comma 52, della l. 23 giugno 2017, n. 103³.

Centrando l’attenzione sulla materia cautelare, il legislatore del 1988, nel quadro di un sistema costituzionale che in virtù del combinato disposto degli artt. 13, comma 2 e 111, comma 6 Cost. pone un obbligo di motivazione “rafforzato” per i provvedimenti che incidono sulla libertà personale, ha costruito un modello “autonomo” di motivazione rispetto a quella dettata per gli altri atti giurisdizionali che, tuttavia, nel corso degli anni, è progressivamente mutato, finendo a tratti per avvicinarsi allo schema della sentenza di merito⁴. L’ordinanza applicativa della misura cautelare dovrà tenere conto, a pena di nullità, anzitutto, dei presupposti stabiliti dagli artt. 273 e 274 c.p.p., secondo una rigida sequenza che non ammette “sovrapposizioni”. Rilevano, in primo luogo, quale condizione dell’intervento coercitivo, gli

¹Sul tema non può non richiamarsi E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 185 ss.

²Per un’analisi in chiave critica della riforma v. G. Giostra, *Sul vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2428 ss.

³In argomento v. , tra i tanti, G. Di Paolo, *L’art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione “in fatto” della sentenza penale?*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, Cedam, 2017, p. 243 ss., la quale attribuisce al nuovo modello di motivazione configurato per il giudizio una “funzione pedagogica” (p. 264).

⁴Sul punto v. D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 18, con riguardo all’onere di esporre i motivi per i quali il giudice ha ritenuto non rilevanti i dati conoscitivi forniti dalla difesa, o comunque a favore dell’imputato (lett. c) e c-bis) dell’art. 292 c.p.p.).

«indizi che giustificano in concreto la misura disposta», anche in rapporto al grado della loro consistenza, «con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali assumono rilevanza»⁵, tenuto conto altresì «del tempo trascorso dalla commissione del reato». Esaurito questo primo vaglio occorrerà poi accertare la sussistenza dei *pericula libertatis*.

Per effetto della l. n. 332 del 1995, con l'aggiunta nell'art. 292 c.p.p. di un nuovo comma *c-bis*, presidiato anch'esso dalla nullità, rilevabile *ex officio*, si è poi prescritto al giudice di esporre anche le ragioni per le quali siano stati ritenuti irrilevanti «gli elementi forniti dalla difesa», così recependo un modello “dialettico” di motivazione tipico, come si è accennato, della fase del giudizio⁶. Un tentativo, si direbbe, di recupero di quel contraddittorio che non è riuscito a fare breccia nel momento “genetico” della cautela⁷. Laddove poi sia stata applicata la misura carceraria, occorrerà indicare le «concrete e specifiche ragioni» per le quali si sia ritenuto che le esigenze cautelari del caso «non possono essere soddisfatte con altre misure»⁸.

Nonostante una struttura argomentativa così analiticamente scandita e la chiara distinzione di ruoli tra pubblico ministero e giudice, non di rado nella prassi applicativa si ricorreva, nelle dinamiche dei rapporti tra richiesta e ordinanza, al sistema del copia-incolla informatico, nel quale il giudice si appiattiva sugli elementi e sulle valutazioni dell'organo inquirente omettendo di esplicitare le ragioni per le quali riteneva il contenuto dell'atto richiamato in linea con le proprie autonome valutazioni e determinazioni⁹. E questo *modus operandi* aveva finito per trovare una sua legittimazione in alcune pronunce della Suprema Corte che, facendo leva sulla teoria della “fattispecie unitaria e complessa”¹⁰, configuravano in capo al giudice del riesame un potere di integrazione dell'ordinanza, ancorché priva di struttura motiva¹¹, così mettendo la misura al riparo dal rischio di un annullamento, con i relativi effetti. Sviluppando questo approccio, in un contesto nel quale in conseguenza dell'enunciato contenuto nell'art. 309, comma 9 c.p.p. «il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso», il carattere totalmente devolutivo dell'impugnazione cautelare finiva per tradire la sua stessa funzione di garanzia, trasformandosi in un “salvacondotto” per il giudice e la misura cautelare¹².

Da qui l'ultimo e più complesso intervento riformatore, mosso dall'intento di rendere residuale il ricorso alla carcerazione preventiva. La l. 16 aprile 2015, n. 47, a differenza della precedente, non si è limitata a incidere sul modello della motivazione¹³, imponendo l'obbligo di “autonoma valutazione” dei requisiti prescritti dalla lett. c) e *c-bis*) del capoverso dell'art. 292 c.p.p., ma è intervenuta con maggiore incisività sui poteri sanzionatori del tribunale del riesame¹⁴, costretto ad annullare l'ordinanza priva

⁵ La norma «sembra imporre di raccordare la valutazione a dati di carattere oggettivo, dei quali il giudice è chiamato altresì a giustificare la significatività, evidenziando in quale misura ad essi si si riconosca una efficacia probatoria idonea a giustificare il giudizio di probabile colpevolezza»: così L. Giuliani, *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 358.

⁶ M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 288; v. L. Kalb, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 126 ss.

⁷ L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti di libertà*, Padova, Cedam, 2012, p. 215 ss.

⁸ V. Grevi-M. Ceresa-Gastaldo, *Misure cautelari*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, Cedam, 2018, p. 419, sottolineano come in realtà questi adempimenti fossero già desumibili in via interpretativa dall'obbligo di motivazione, con il rischio di interpretazioni formalistiche, volte ad appesantire il compito del giudice.

⁹ Così R. Del Coco, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 58; v., anche, E. Aprile, *Alt al “copia e incolla” integrale per la motivazione del provvedimento cautelare*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 6, p. 105 ss.; A. Scafati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in A. Diddi-R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 11.

¹⁰ Cfr. V. Grevi, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in V. Grevi (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, 1983, p. 32. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, in *CED Cass.*, n. 236036; Cass., sez. II, 21 novembre 2006, n. 6322, in *CED Cass.*, n. 235825; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 8590, in *CED Cass.*, n. 233499.

¹¹ E. Mariucci, *“Collage informatico” di contenuti esplicativi, validità della motivazione cautelare e poteri del tribunale del riesame*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 6, p. 100; C. Scaccianoce, *Il controllo sul potere cautelare dopo la legge n. 47 del 2015*, *ivi*, 2016, n. 3, p. 140 ss.

¹² Così R. Del Coco, *La motivazione del provvedimento applicativo*, cit., p. 71.

¹³ La modifica deve essere raccordata con quella che ha interessato i criteri per l'apprezzamento delle esigenze cautelari. Cfr., tra i tanti, A. Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 64 ss.

¹⁴ Secondo R. Orlandi, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1523, il riesame era stato

dell'apporto giustificativo del giudice¹⁵. Se la necessità di un'autonoma valutazione dei presupposti restrittivi può considerarsi connaturale all'esercizio della giurisdizione, presidiato dalle garanzie funzionali di autonomia e indipendenza¹⁶, è sul fronte dei poteri dell'organo di controllo che si è innestato il più significativo profilo di novità. In conseguenza, il difetto di un apparato argomentativo (inteso in senso grafico o come motivazione "apparente", laddove l'argomentazione si risolve in clausole di stile e in proposizioni apodittiche¹⁷), in uno alla mancanza di un'autonoma valutazione «delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa», non potrà più trovare un rimedio nel potere di emenda o integrazione del tribunale del riesame¹⁸, che pure è rimasto¹⁹, ma si tradurrà nell'annullamento dell'ordinanza stessa (ultimo periodo dell'art. 309, comma 9 c.p.p., introdotto dall'art. 11, comma 3). Il dettato normativo sembra imporre una verifica, già in sede applicativa, per la validità del titolo cautelare: nell'emettere l'ordinanza il giudice è tenuto a confrontarsi con il suo provvedimento, considerando se, sottratto quanto rappresentatogli dalla parte richiedente, il quadro cautelare rimane immutato alla luce della sua valutazione autonoma. Solo quando, espunte le considerazioni altrove e da altri espresse, il provvedimento sia in grado di offrire una giustificazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza e alle esigenze cautelari, allora potrà dirsi validamente adottato.

Questa verifica, peraltro, in virtù del rinvio operato dal comma 7 dell'art. 324 c.p.p.²⁰, è doverosa anche nei procedimenti di riesame avverso i provvedimenti impositivi della misura cautelare reale e del sequestro probatorio. Pure in questa sede il giudice, con gli adattamenti necessari e che derivano dai diversi presupposti di applicazione delle cautele reali, dovrà procedere all'autonoma valutazione del *fumus commissi delicti*, del *periculum in mora* – fatta eccezione per alcune tipologie di sequestro –²¹, nonché «degli elementi forniti dalla difesa»²².

L'impostazione seguita dal legislatore si è sostanziata nell'attribuire valore normativo, nella prospettiva di conferirgli stabilità, a quell'orientamento giurisprudenziale più virtuoso, secondo cui il potere di supplenza del giudice del riesame non può prescindere dalla presenza, nell'atto impugnato, di una base argomentativa che permetta di rilevare che quel giudice ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto indicati. In linea con questa tesi, potrà disporsi l'annullamento non solo dell'ordinanza mancante di motivazione in senso grafico, ma anche di quella che faccia uso di clausole di stile o di frasi apodittiche e dalla cui lettura non sia possibile individuare gli indizi, le esigenze cautelari perseguite e i

trasformato in strumento «per ottenere tardivamente quella motivazione che l'imputato avrebbe avuto diritto e interesse a conoscere, per una più efficace tutela delle proprie ragioni in sede di impugnazione di merito».

¹⁵ L'obbligo di annullamento non dovrebbe operare nell'ipotesi in cui il difetto di autonoma valutazione riguardi l'inadeguatezza di misure meno afflittive della custodia in carcere, non avendo il legislatore contemplato questa fattispecie: v. F. Ruggeri, *Una riforma volta a circoscrivere la discrezionalità del giudice a tutela della libertà personale*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., p. 6; V. Pazienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/03/2015 del 6 maggio 2015, leggibile in www.cassazione.it, p. 22.

¹⁶ V. E.N. La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in www.archiviopenale.it, 2015, n. 2, p. 2, la quale sottolinea come «il concetto di "autonoma valutazione" è già insito nell'obbligo di motivare; rappresenta un portato della funzione giurisdizionale, oltre che naturale compito del giudice (...)».

¹⁷ V. Pazienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 22.

¹⁸ F. Caprioli, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 183 s. Ritiene che la riforma si sia mossa nel senso di un «maggiore garantismo ed una più forte attenzione verso il delicato tema della restrizione della libertà personale», C. Musio, *Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una (probabile) modifica legislativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 maggio 2014, p. 2.

¹⁹ La Commissione Canzio aveva proposto di espungere dalla disposizione in parola la previsione che il tribunale può confermare il provvedimento «per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione». In termini critici sul mantenimento di questa norma v. M. Ceresa Gastaldo, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 12.

²⁰ La questione è stata risolta da Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, in *CED Cass.*, n. 266789.

²¹ Si tratta dei sequestri probatori, di alcuni casi di sequestro per equivalente a carico dell'indagato, di altre forme di sequestro finalizzate alla confisca obbligatoria come il sequestro preventivo ex art. 321, comma 2 c.p.p. e del sequestro preventivo di beni a norma dell'art. 12-sexies, d.l. n. 306 del 1992. Così Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, cit., § 6.4.3.

²² In dottrina, prima dell'intervento delle Sezioni unite, era favorevole ad estendere l'autonoma valutazione anche alle misure cautelari reali, per evitare provvedimenti che si traducevano in un acritico recepimento delle richieste della pubblica accusa, V. Pazienza, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 262 s. Sui poteri del tribunale del riesame v. Cass., sez. V, 6 dicembre 2017, n. 643, in *CED Cass.*, n. 271925.

motivi per i quali siano stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa²³.

Così tratteggiata la cornice normativa, occorre a questo punto domandarsi se il legislatore abbia centrato l'obiettivo o se nella prassi continuino a profilarsi delle "degenerazioni" interpretative²⁴.

L'AUTONOMA VALUTAZIONE

In qualsiasi itinerario argomentativo giurisdizionale i due momenti, quello espositivo e valutativo, sono imprescindibili, ma il legislatore del 2015 nel riferire "l'autonomia" alla valutazione del giudice della cautela ha voluto sottolineare come quest'ultima sia l'elemento realmente qualificante²⁵. Dietro a quello che potrebbe apparire un mero *restyling* lessicale²⁶ vi è un'articolata trama di valori costituzionali che richiedono di essere tutelati, secondo la logica del "minor sacrificio necessario della libertà personale". Cioché la motivazione improntata a quel paradigma rappresenta la condizione per l'esercizio della facoltà d'impugnazione dell'imputato e per dare concreta attuazione al diritto di difesa che nella fase cautelare è tutto proiettato *ex post*. Ed è sulla valenza semantica di questi due termini che occorre anzitutto fermare l'attenzione.

La valutazione consiste in «una considerazione critica dei dati disponibili» e in una spiegazione «che procede per gradi e che tra l'altro, riguarda l'indicazione dei fatti che si ricavano dai dati dimostrativi e il perché da certi dati dimostrativi o dalla loro combinazione si trae l'esistenza o la conformazione di certi fatti, il collegamento cronologico, spaziale e logico tra i vari fatti, la complessiva ricostruzione delle condotte, l'enucleazione della valenza giuridica di tali condotte»²⁷. In particolare, questa deve avere ad oggetto tutti i presupposti che legittimano l'applicazione della misura: dai gravi indizi, alle esigenze cautelari²⁸ sino alla giustificazione sull'inadeguatezza di misure meno afflittive di quella applicata. L'autonomia rinvia ad un concetto di "relazione" che, nel caso di specie, è costituito dalla domanda cautelare, *incipit* del procedimento, della quale sono parte integrante gli atti d'indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, ivi inclusi gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali memorie difensive e deduzioni già depositate a sostegno della richiesta (art. 291, comma 1 c.p.p.)²⁹: come si è osservato, da questa e dalle conclusioni in essa contenute il giudice deve dare dimostrazione di essersi "emancipato"³⁰. Operazione non certo facile se si pone mente alla circostanza che il materiale sul quale il giudice si troverà a decidere è tutto orientato, salvo eventuali "elementi a favore dell'imputato", sulle ragioni dell'accusa. Di più, sul piano formale non vi sono schemi rigidi ai quali rifarsi, l'ottemperanza ai quali consenta automaticamente di ritenere soddisfatto il requisito dell'autonoma valutazione; spetta al giudice la scelta delle forme più opportune, purché idonee a dare contezza della propria deliberazione³¹.

In prospettiva pratica è stato avanzato il suggerimento di ricorrere allo strumento della "collazione",

²³ Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 25631, in *CED Cass.*, n. 254161; Cass., sez. III, 15 luglio 2010, n. 33753, in *CED Cass.*, n. 249148.

²⁴ Sul tema v., di recente, l'approfondita analisi di P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 395 ss., che rileva la presenza di atteggiamenti "di tipo conservativo". Sull'inidoneità, rispetto allo scopo perseguito, del mezzo prescelto dal legislatore v. le riflessioni di M. Caianiello, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1692.

²⁵ Trib. Palermo, sez. riesame, 9 febbraio 2018, inedita, la definisce come «"l'ubi consistam che fa del discorso giustificativo della decisione "una motivazione"». Secondo R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 2015, n. 20, p. 49, la formula impiegata dal legislatore non autorizza a ritenere che si sia voluto introdurre un obbligo di "originale esposizione".

²⁶ G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 532.

²⁷ Ancora Trib. Palermo, sez. riesame, 9 febbraio 2018, inedita.

²⁸ Sul punto v. le considerazioni di L. Pistorelli, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 337 ss.

²⁹ L'art. 3, comma 1, lett. e) n. 1, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, aveva inserito nel testo dell'art. 291, comma 1, c.p.p. l'inciso «compresi i verbali di cui all'art. 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti». L'entrata in vigore di tale disposizione è stata ulteriormente prorogata al 1° agosto 2019 dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145, c.d. legge di bilancio (in precedenza era stata prorogata «a dopo il 31 marzo 2019» dal d.l. 25 luglio 2018, n. 91).

³⁰ Cfr. E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Milano, Cedam, 2017, p. 159.

³¹ Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, in *CED Cass.*, n. 271507.

per cui dalla disamina parallela dei due atti dovrebbe evincersi l'indipendenza della decisione giurisdizionale³². La verifica della riconoscibilità, tramite l'esame dell'ordinanza cautelare e il confronto con la domanda dell'organo di accusa, dell'autonoma valutazione dei presupposti limitativi della libertà personale da parte del giudice è stata inquadrata nella categoria del "fatto processuale" e, in quanto tale, oggetto di prova ai sensi dell'art. 187, comma 2 c.p.p. e di successiva valutazione in base ai criteri di cui all'art. 192 c.p.p. Essa, pertanto, va vagliata in concreto, non potendosi elaborare una generalizzazione circa le forme di individuazione del suddetto vizio³³, pur potendosi considerare alcuni "indicatori". Se il fatto processuale è per accezione classica quello dal quale dipende l'applicazione di una norma processuale³⁴, ciò significa che ad assumere rilievo è la fattispecie delineata dall'art. 292 c.p.p., il perfezionamento o meno della nullità ivi prevista e, in caso positivo, la fattispecie di annullamento che vi collega l'art. 309, comma 9 c.p.p.³⁵. Occorre, allora, verificare la possibilità di considerare come "fatto" il modo di essere della motivazione dell'ordinanza dal quale deve emergere l'autonomia dalla valutazione del giudice.

Va infine osservato che, per ragioni "sistematiche", le disposizioni sui criteri di redazione della motivazione dovrebbero applicarsi anche quando la misura cautelare venga disposta dal tribunale, in accoglimento dell'appello proposto ex art. 310 c.p.p. dal pubblico ministero avverso la decisione di rigetto³⁶.

AUTONOMA VALUTAZIONE, PROVVEDIMENTO CAUTELARE CUMULATIVO E GRADUAZIONE DELLA MISURA CAUTELARE

L'effettività dell'autonoma valutazione dell'ordinanza applicativa sin qui appena tratteggiata rischia di essere messa in crisi laddove ci si soffermi ad analizzare alcune pronunce della Suprema Corte relative alla motivazione dell'ordinanza cautelare, sia personale o reale, che provvede su una richiesta cumulativa, riguardante più posizioni soggettive e/o oggettive.

In alcune decisioni i giudici di legittimità hanno affermato che «il parziale diniego opposto dal giudice costituisce di per sé indice di una valutazione critica e non meramente adesiva, della richiesta cautelare, nell'intero complesso delle sue articolazioni interne». Sviluppando questo approccio ne deriva che l'onere motivazionale deve dirsi assolto «quando l'ordinanza, benché redatta con la tecnica del c.d. "copia e incolla" accolga la richiesta del pubblico ministero solo per talune imputazioni cautelari ovvero solo per alcuni indagati»³⁷, in quanto «il parziale diniego opposto dal giudice o la diversa graduazione delle misure costituiscono, di per sé, indice di una valutazione critica e non meramente adesiva della richiesta cautelare nell'intero complesso delle sue articolazioni interne»³⁸.

Allo stesso modo in tema di misure cautelari reali la sussistenza di un apprezzamento indipendente da parte del giudice, rispetto agli atti valutativi espressi dai diversi attori processuali, degli elementi posti a fondamento della richiesta può ritenersi dimostrato anche quando, pur facendo ricorso alla tecnica del copia-incolla, questi abbia solo in parte accolto le richieste dell'accusa (nella specie la richiesta cumulativa di misura era stata rigettata per quella personale e accolta per quella reale), poiché la scelta operata presuppone necessariamente un'analisi critica della domanda cautelare³⁹.

Siamo al cospetto di un *modus arguendi* in chiaro contrasto con la *ratio* che ha condotto all'inter-

³² C. Bonzano, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in G.M. Baccari - K. La Regina - E.M. Mancuso (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano, Cedam, 2015, p. 432.

³³ Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *CED Cass.*, n. 265984.

³⁴ Sull'argomento non può che rinviarsi alle nitide pagine di G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 41; A. Pagliaro, voce *Fatto* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, p. 961. Più di recente v. E.M. Catalano, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 562; S. Fürfarò, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, I, Milano, Utet, 2008, p. 379.

³⁵ Così E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 198.

³⁶ E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 119. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 17 novembre 2016, n. 1783; Cass., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 2657.

³⁷ Cass., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 51936, in *CED Cass.*, n. 268523.

³⁸ Cass., sez. IV, 27 marzo 2018, n. 31646, in *CED Cass.*, n. 273429; Cass., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14683; Cass., sez. II, 4 maggio 2017, n. 25750, in *CED Cass.*, n. 270662; Cass., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 51936, in *CED Cass.*, n. 268523.

³⁹ Cass., sez. III, 9 luglio 2018, n. 38750; Cass., sez. V, 7 dicembre 2017, n. 11985, in *CED Cass.*, n. 272939.

vento riformatore e nel considerare le singole posizioni processuali e incolpazioni come legate da una sorta di fungibilità, finisce per ignorare che il nostro sistema è governato dai principi della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), in forza del quale l'imputato, da intendere come entità individuale, non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva⁴⁰. Come si è osservato⁴¹, ritenere implicita la valutazione del giudice dall'esito decisorio nei confronti di colui che non subisce alcuna limitazione della sua libertà, significa obliterare il dovere di motivazione che la legge richiede per ogni statuizione giurisdizionale incidente sui diritti fondamentali dell'individuo.

Le coordinate costituzionali che devono governare il momento valutativo nella sua fase "genetica"⁴² potranno dirsi attuate soltanto laddove il giudice, «per ciascuna contestazione e posizione, svolga un effettivo vaglio degli elementi ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto». Sicché le ragioni che giustificano l'emanazione del titolo cautelare devono essere esplicitate «sia con riferimento alle singole posizioni cautelari e sia con riferimento alle singole imputazioni cautelari»⁴³. Ciò in quanto, pur a fronte di una richiesta cumulativa la singola posizione, sul piano sia soggettivo sia oggettivo, mantiene la sua autonomia, tanto più in sede cautelare ove viene in gioco il fondamentale valore della libertà personale *ex art. 13 Cost.* Il cumulo infatti può essere considerato alla stregua di *fictio iuris* che dà luogo ad un'ordinanza unica, sia pure nella forma perché in realtà articolata in più "capi" in relazione ai singoli imputati e alle singole "incolpazioni", ciascuno dei quali deve mantenere la propria autonomia.

Se poi ci si pone dalla prospettiva della *ratio* endoprocessuale della motivazione, ammettere che vi sia una stata un'autonoma valutazione laddove si sia rigettata in parte la richiesta significa riconoscere al controllo cautelare, primo momento nel quale si dà piena attuazione al contraddittorio, una valenza puramente formale.

Pertanto, il procedimento valutativo⁴⁴, come correttamente affermato in alcune decisioni, deve sussistere ed essere esplicitato per ciascuna posizione e per ciascuna imputazione, non potendo costituire valida spia di un'autonomia decisionale per il tutto l'originalità del percorso decisionale solo rispetto ad alcuni dei destinatari dell'ordinanza o ad alcuni reati o, addirittura, alle circostanze del reato. Se si legittimasse l'appiattimento acritico del giudice sulle argomentazioni della parte pubblica, si priverebbe la parte della garanzia giurisdizionale, lasciandone le sorti nella disponibilità dell'accusa. Non appare poi superfluo rammentare come la richiesta cumulativa di applicazione della misura coercitiva, nella fase delle indagini preliminari, è una scelta – diversamente dall'attuazione del cumulo nell'ambito del processo – interamente rimessa all'ufficio del pubblico ministero e rispetto a questa il giudice per le indagini preliminari non può esercitare alcuna forma di controllo.

Se, quindi, l'obiettivo della riforma è stato quello di "autonomizzare" il percorso argomentativo del giudice, questo potrà dirsi realizzato quando l'ordinanza cautelare, pur operando un richiamo, in tutto o in parte, ad altri atti del procedimento, svolga, per ciascuna contestazione e posizione, un effettivo vaglio degli elementi di fatto ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto; fermo restando che, «in presenza di posizioni analoghe o di imputazioni descrittive di fatti commessi con modalità "seriali", non è necessario che il giudice ribadisca ogni volta le regole di giudizio alle quali si è ispirato, potendo ricorrere ad una valutazione cumulativa purché, dal contesto del prov-

⁴⁰ Sul tema v. C. Giust., 19 settembre 2018, *Milev*, C-310/18, secondo cui gli artt. 3 e 4 § 1 della Direttiva 2016/343, del 9 marzo 2016, « sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali », « devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'adozione di decisioni preliminari di natura procedurale, come una decisione di mantenere una misura di custodia cautelare adottata da un'autorità giudiziaria, fondate sul sospetto o su indizi di reità, purché tali decisioni non presentino la persona detenuta come colpevole ».

⁴¹ E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 204 s.

⁴² Per riflessioni sul punto v., di recente, L. Forte, *Cassazione e motivazione autonoma del giudice competente*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 810. In giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 19 giugno 2018, n. 31370, in *CED Cass.*, n. 273450.

⁴³ Cass., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 840, in *CED Cass.*, n. 265645; Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, in *CED Cass.*, n. 267350.

⁴⁴ Cass., sez. V, 1° giugno 2018, n. 32444, in *CED Cass.*, n. 273580; Cass., sez. VI, 20 giugno 2018, n. 30774, in *CED Cass.*, n. 273658.

vedimento, risulti evidente la ragione giustificativa della misura in relazione ai soggetti attinti e agli addebiti, di volta in volta, considerati per essi sussistenti»⁴⁵.

L'autonoma valutazione è stata ritenuta desumibile, altresì, dalla graduazione, in sede applicativa, della misura richiesta con la domanda cautelare, pur nel pedissequo richiamo alle considerazioni in quest'ultima espresse dall'organo investigativo⁴⁶. Si tratta di un indicatore che, rispetto a quello precedentemente richiamato, consente comunque di rinvenire, in prospettiva differenziata rispetto alla richiesta, un vaglio del giudice, limitato, però, solo ad uno degli aspetti che devono costituire oggetto della sua valutazione⁴⁷.

Solo in ordine al soddisfacimento delle esigenze cautelari, seppure non generalizzabile in astratto, tenendo conto del caso concreto, il suddetto indicatore potrebbe provare la rispondenza dell'atto alla fattispecie legale imposta. Si tratterebbe comunque di una rispondenza solo parziale, non rispettosa del paradigma legale con riferimento agli altri elementi su cui deve esercitarsi il vaglio autonomo. Dal sistema normativo emerge una motivazione concepita come sequenza di regole cui il giudice deve adeguarsi e che non tollera amputazioni o riduzioni. Cosicché desumere l'autonomia valutativa su un tema da un altro della sequenza, significa non ubbidire ai canoni rigorosi che guidano, limitandola, la discrezionalità del giudice.

LA MOTIVAZIONE PER *RELATIONEM*

Un interrogativo che si era posto dopo la novella era se l'autonoma valutazione potesse conciliarsi con la motivazione *per relationem*, spesso considerata come uno strumento irrinunciabile per il giudice della cautela a fronte di richieste basate su una mole considerevole di atti investigativi⁴⁸. In linea generale, la legittimità della motivazione *per relationem* si fonda sul rispetto di tre parametri elaborati dalla Suprema Corte⁴⁹ in una nota pronuncia che, pur non attinente alla materia cautelare, può essere considerata una sorta di statuto generale di questa tecnica redazionale. In particolare, occorre fare riferimento (recettizio o di semplice rinvio) ad un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; dalla motivazione deve potersi evincere che il giudice abbia effettivamente preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la propria decisione; infine, l'atto di riferimento deve essere conosciuto dall'interessato o comunque risultare ostensibile, quanto meno nel momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica e, eventualmente, di gravame.

Se questo è l'articolato della motivazione *per relationem*, appare chiaro, da una lettura testuale, come la novella non avesse come obiettivo la sua messa al bando⁵⁰, quanto piuttosto quello di porre degli argini al "vizio" della motivazione *per relationem*⁵¹, introducendo una sorta di condizione normativa di utilizzo di questa tecnica⁵². Nella sostanza, il provvedimento applicativo sarà valido a condizione che il

⁴⁵ Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, cit.; Cass., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 840, cit..

⁴⁶ Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, in *CED Cass.*, n. 265807.

⁴⁷ E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 205.

⁴⁸ Col riferire l'autonomia al momento valutativo e non anche a quello espositivo, si è voluto evitare, soprattutto nei procedimenti con materiale indiziario copioso, un'inutile rielaborazione di dati di fatto di carattere storico, che allungerebbe solo i tempi della risposta cautelare: così E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 116 s. In argomento v. P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, cit., p. 382 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *CED Cass.*, n. 216664.

⁵⁰ Di questo avviso v., tra i tanti, R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, cit., p. 48; V. Paziienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 23, i quali sottolineano l'esigenza che «la *relatio* non riguardi acriticamente il compendio valutativo contenuto nel provvedimento richiamato, dovendo il giudice immancabilmente manifestare, nell'ordinanza, la propria "autonoma valutazione"»; A. Marandola, *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1670 s.

⁵¹ Sul tema del vizio della motivazione *per relationem* v. E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 230 ss.; e, più di recente, P. Maggio, *I controlli*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., p. 92.

⁵² Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *CED Cass.*, n. 265983, secondo cui la novella non avrebbe introdotto alcun requisito "aggiuntivo" al modello legale dell'atto, limitandosi ad evidenziare la necessità, in caso di motivazione *per relationem*, di manifestare la decisione con forme espressive tali da rendere percepibile l'avvenuta ponderazione autonoma dei presupposti restrit-

giudice, nel riportarsi al contenuto di un atto del procedimento o ancora nell'incorporarlo, ne abbia non solo preso cognizione, ma abbia «anche soppesato la coerenza con la decisione assunta»⁵³.

In questa direzione la giurisprudenza della Suprema Corte successiva alla riforma ne ha riconosciuto la legittimità a condizione che non si traduca in un mero recepimento del contenuto del provvedimento privo dell'imprescindibile rielaborazione critica⁵⁴, dovendo il giudice esplicitare le valutazioni sottese all'adozione della misura e che testimoniano l'esistenza di un vaglio critico rispetto alle argomentazioni dell'organo di accusa⁵⁵. Riepilogando: è necessario che il giudice abbia proceduto ad «un effettivo vaglio degli elementi di fatto ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto»⁵⁶: ciò deve valere, in forza dell'autonomia che connota i singoli rapporti che s'instaurano in seno al procedimento, per ciascun indagato e in relazione ai distinti fatti oggetto d'incolpazione⁵⁷. Laddove manchi questo impegno critico del giudice, per effetto della modifica apportata al comma 9 dell'art. 309 c.p.p., il tribunale del riesame, quale giudice di merito della vicenda cautelare, non potrà "integrare" confermando il provvedimento, ma dovrà annullarlo.

Nel testo è rimasto, come si è accennato, il riferimento alla facoltà del tribunale di confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle indicate nella sua motivazione (art. 309, comma 9 c.p.p. prima parte), potere il cui margine di operatività dovrebbe essere ricavato per esclusione. Guardando, ancora una volta, all'elaborazione empirica, residuano spazi per un intervento integrativo a fronte di una motivazione "insufficiente" a fondare l'esistenza dei presupposti cautelari⁵⁸, orientamento condivisibile purché dietro questa insufficienza non si celi una "omessa autonoma valutazione". In ordine ai vizi di illogicità e contraddittorietà, ferma restando la possibilità di un annullamento davanti alla Corte di Cassazione, previa deduzione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., si ritiene⁵⁹ che il giudice del riesame possa e debba confermare rimotivando l'ordinanza impugnata che sia carente dal punto di vista della tenuta logica del suo apparato giustificativo oppure contrastante con le risultanze probatorie, sempre che riscontri l'esistenza della fattispecie cautelare.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Se, come si è evidenziato⁶⁰, il centro dell'*iter* processuale non è più il giudizio ma la fase delle indagini preliminari, con l'eventuale vicenda cautelare, ecco che la motivazione del provvedimento cautelare, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.), richiede un "ritorno" alla garanzia della giurisdizione. Certamente un passo in avanti è stato fatto dal legislatore nel prevedere espressamente che laddove il giudice non giustifichi il provvedimento cautelare ovvero non motivi in modo autonomo rispetto alla richiesta, non potrà più fare affidamento sul potere integrativo del tribunale del riesame: la sua decisione andrà incontro ad un sicuro annullamento. Ciò dovrebbe responsabilizzare i giudici della cautela, il cui provvedimento è immediatamente esecutivo.

Tuttavia, come pronosticato in dottrina⁶¹, era evidente che la partita si sarebbe giocata tutta sul si-

tivi da parte del soggetto decidente. In argomento v. le considerazioni di M.V. Papanti-Pellettier, *Confini più netti tra annullamento e integrazione dell'ordinanza cautelare genetica*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 2, p. 94.

⁵³ Così L. Pistorelli, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, cit., p. 335.

⁵⁴ Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 3289, in *CED Cass.*, n. 265807.

⁵⁵ Cass., sez. V, 1° giugno 2018, n. 32444, cit.; Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, cit.; Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 13864, in *CED Cass.*, n. 269648.

⁵⁶ In tal senso, Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, cit.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 13864, cit.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, cit.; Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38506. In dottrina v. F. Caprioli, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, cit., p. 207.

⁵⁹ M. Bontempelli, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 786. In termini più rigidi v. D. Giunti, *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: La Corte di Cassazione conferma le proprie posizioni*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2018, n. 3, p. 88, per il quale non sarebbe «ragionevole differenziare il trattamento riservato ai casi di motivazione mancante da quello previsto per i casi in cui sia incompleta, manifestamente illogica o anche solo contraddittoria, giacché in tutte queste ipotesi la lacuna nella parte motiva del provvedimento non consente al prevenuto di comprendere l'*iter* logico che lo sorregge, con la conseguenza di arrecare un *vulnus* alle sue garanzie difensive».

⁶⁰ Cfr. S. Lorusso, *Il diritto alla motivazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2018, p. 1.

⁶¹ C. Bonzano, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, cit., p. 444.

gnificato che la prassi avrebbe attribuito all'autonomia della valutazione, tradotta sì in precetto normativo, ma carente di "indicatori", per non imbrigliare il giudice. Da questo punto di vista le richiamate decisioni della Suprema Corte in tema di richiesta cumulativa dimostrano come, nel bilanciamento tra annullamento e conferma di un'ordinanza, alla fine abbia prevalso la linea meno rigorosa⁶²; in tal modo riproponendo quelle distorsioni applicative che il legislatore del 2015 aveva in animo di contrastare. La questione è molto delicata, perché centro di convergenza di molteplici valori costituzionali. Senza volere spingersi fino al punto di configurare la nullità della motivazione che utilizzi la tecnica *per relationem*, ancorché rechi l'esplicitazione delle ragioni dell'adesione, sarebbe anzitutto auspicabile un intervento delle Sezioni unite che restituisca alla motivazione – intesa come "garanzia delle garanzie" – e, soprattutto, al carattere dell'autonomia, la sua ineludibile funzione di controllo in un sistema, quello cautelare, la cui tenuta costituzionale richiede una rigida osservanza dei precetti⁶³. Rimangono nell'ombra, in attesa di un più consistente impegno da parte del legislatore, i temi della collegialità del giudice cautelare e del contraddittorio anticipato⁶⁴.

⁶² Il rischio era stato preconizzato da L. Giuliani, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, cit., p. 372.

⁶³ Nel senso che il dovere di motivare costituisce «il vetro attraverso il quale guardare per conoscere il livello di tutela effettiva dei diritti processuali dell'accusato» G. Gaeta, *Standard di motivazione de libertate e fisica del potere giudicante*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, p. 513 s.

⁶⁴ Cfr. E. Valentini, *Le premesse e i lavori preparatori*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 33; sulle criticità delle misure cautelari, di recente, A. Marandola, *Misure cautelari personali: ancora lacunosa la disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1249 ss.

CHIARA BUFFON

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università di Roma “Tor Vergata”

Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio

Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle for the containment of the double-track sanctions

In ambito europeo, per molto tempo ci si è avvalsi del divieto di un secondo giudizio per neutralizzare il rischio della doppia sanzione, limitando la discrezionalità del legislatore di punire lo stesso fatto a duplice titolo. Nel 2018, tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea ribadisce la necessità di stemperare il rigore di tale preclusione, subordinandone l'applicazione al filtro della sufficiente connessione materiale e temporale tra procedimenti. Si tratta di un criterio che affida al giudice l'ultima parola sul doppio binario sanzionatorio. Sotto altro profilo, la Corte costituzionale espande l'operatività dell'art. 649 c.p.p. travolgendo l'istituto del concorso formale di reati, in forza del principio di autonomia tra declinazione sostanziale e processuale del *ne bis in idem*.

In the European context, for a long time we have used the prohibition of a second judgment to neutralize the risk of double sanction, limiting the discretion of the legislator to punish the same event in two ways. In 2018, however, the Court of Justice of the European Union reiterates the need to dilute the rigor of this foreclosure, subordinating its application to the filter of sufficient material and temporal connection between proceedings. This is a criterion that entrusts the judge with the last word on the double track of sanctions. On the other hand, the Constitutional Court expands the operation of art. 649 c.p.p. overwhelming the institution of the formal competition of crimes, on the strength of the principle of autonomy between substantial and procedural declension of ne bis in idem.

IL DIVIETO DEL DOPPIO PROCESSO TRA PRECLUSIONE E GARANZIA

Del *ne bis in idem* può parlarsi in termini di preclusione di portata processuale o di tutela con valenza individuale e collettiva.

Quanto alla prima accezione, è un effetto tipico del giudicato¹, una conseguenza necessaria dell'irrevocabilità di sentenze e di decreti penali di condanna², un divieto svincolato dal contenuto dell'accertamento³.

La cosa giudicata rappresenta l'«essenza della decisione terminativa di un giudizio»⁴, ed è custodita

¹Cfr. G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 86 ss., in un sistema giuridico coerente, due comandi non possono avere la stessa sfera di validità: indipendentemente dalla loro conformità alle norme di produzione, l'eventuale incompatibilità pratica li renderebbe inattuabili. La legge assicura l'unicità della disciplina giuridica sia sul piano normativo, con strumenti quali l'art. 15 delle preleggi, che giurisdizionale, con l'istituto del giudicato: fa sì che i comandi abbiano un unico ed esclusivo ambito di applicazione.

²Secondo R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, Utet, 2009, p. 32, l'irrevocabilità sarebbe condizione giuridica priva di significato se non accompagnata dall'intangibilità del contenuto della decisione, e quindi dal divieto di celebrare un nuovo giudizio sullo stesso oggetto.

³Come spiegato da A. Giovine, *Giudicato*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1991, p. 426 ss., in altri ordinamenti *la res iudicata* presenta anche un effetto vincolante positivo, quando impone al secondo giudice, non di declinare la decisione, ma di uniformarsi alla precedente pronuncia «come se fosse una legge speciale».

⁴La definizione di “giudicato” o di “cosa giudicata” quale «essenza terminativa di un giudizio» è di V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, ed. IV, Torino, Utet, 1972, p. 573.

sia nell'ambito del processo d'origine, dall'irrevocabilità del provvedimento di condanna o di proscioglimento, sia al di fuori, dall'improcedibilità dell'azione esercitata una seconda volta in ordine allo stesso fatto⁵.

In questa prospettiva, il *ne bis in idem* è l'ingranaggio di una serratura a doppia mandata.

L'art. 649 c.p.p., nel tratteggiare i lineamenti del "divieto di un secondo giudizio", dà volto a un principio generale del sistema, che altre disposizioni garantiscono implicitamente, con rimedi di tipo preventivo o riparatorio⁶.

Il divieto postula, sotto il profilo soggettivo, l'*eadem persona*, spiegando efficacia diretta solo nei confronti del destinatario del provvedimento⁷; dal punto di vista oggettivo, l'*idem factum*, ovvero il fatto giudiziale, nella rappresentazione condotta, nesso di causalità ed evento, a nulla rilevando il *nomen iuris* attribuito per titolo, grado o circostanze⁸.

Accanto agli scopi di economia, razionalità e celerità processuali, il principio preserva prerogative sostanziali dai contenuti di più ampio respiro.

L'avvio della vicenda processuale genera incertezza; la possibilità di rinnovare il processo, o di perpetuare giudizi, la incrementa; e tutto ciò minaccia sia la sicurezza dei diritti e le libertà del singolo, che la tranquillità sociale⁹. Vietare che per lo stesso fatto si svolgano nuovi procedimenti, significa assicurare la certezza delle situazioni giuridiche ivi definite¹⁰. Si tratta di una prerogativa civile e politica dell'individuo, nonché di un baluardo dell'ordine pubblico¹¹.

Esaltandone l'essenza di diritto, il *ne bis in idem* si presta ad interpretazioni ed applicazioni che trascendono i limiti che incontrerebbe nelle vesti di preclusione nel rito penale.

Si tratta di un'impostazione adottata in ambito sovranazionale¹², ove la giurisprudenza progredisce per estendere le garanzie proprie del diritto penale, *in primis* dei principi di prevedibilità e di proporzione, al di là delle etichette con cui gli Stati membri esercitano il proprio potere sanzionatorio.

Alla luce di questo «processo di europeizzazione del diritto punitivo»¹³, la Corte Edu si serve del

⁵In chiave espositiva, la dottrina distingue l'accezione "formale" di giudicato, quando assuma le vesti di principio operante solo nel processo al cui esito sia stata pronunciata la decisione, coincidente con l'irrevocabilità; e "sostanziale", quando designi il complesso di effetti con valenza extraprocessuale della medesima decisione.

⁶Tra i rimedi di tipo preventivo, possono richiamarsi gli artt. 28 ss. c.p.p., sui conflitti positivi di competenza; l'art. 54-bis c.p.p., sui contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero; o l'art. 587 c.p.p., sull'estensione dell'impugnazione. Tra i rimedi di tipo riparatorio, l'art. 669 c.p.p., operante in sede esecutiva, in presenza di più sentenze irrevocabili di condanna. Sul loro funzionamento integrato, sebbene con riguardo al codice previgente, G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 110 ss.

⁷La giurisprudenza di legittimità esclude che il giudicato possa avere efficacia vincolante nei confronti dei terzi. L'acquisizione di sentenze irrevocabili ai sensi dell'art. 238-bis c.p.p. è sintomo di un'efficacia riflessa; Cass., sez. V, 23 maggio 2018, n. 23226, in *CED Cass.*, n. 273207, si afferma che «la sentenza acquisita non esercita una efficacia automatica ma costituisce un elemento di prova dei fatti in essa accertati, rilevanti nel nuovo giudizio (...)». In generale, *ex multis*, Cass., sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46301, in *CED Cass.*, n. 258166, «Il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili posto dall'art. 649 cod. proc. pen. Non vincola il giudice chiamato a rivalutare il medesimo fatto in relazione alla posizione di altri soggetti imputati quali concorrenti nello stesso reato».

⁸Rimane valido il principio di diritto enucleato da Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *CED Cass.*, n. 231799 «Ai fini della preclusione connessa al principio "*ne bis in idem*", l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona».

⁹Con le parole di P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015, p. 4 «In questo fondersi delle prospettive, collettiva ed individuale, si compendia la "funzione costituzionale" del giudicato».

¹⁰La certezza garantita dal giudicato va intesa in senso "soggettivo": se nel suo significato "oggettivo", consiste nella possibilità di prevedere in anticipo la valutazione giuridica delle condotte, il *ne bis in idem* mira a sottrarre il singolo dall'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo. Così, G. Lozzi, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 913.

¹¹Si tratta di una conquista del processo penale moderno. Nel metodo inquisitorio classico, ogni conclusione è perfezionabile *ad infinitum*, mentre lo stile accusatorio implica tempi esatti e conclusioni irripetibili, cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, ed. VII, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1201-1203, «siamo fuori da bulimia istruttoria e ossessione terapeutica; comunque risolto, il caso è chiuso».

¹²In N. Galantini, *Il ne bis in idem europeo: verso il superamento della res iudicata?*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del Convegno, Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 241 ss., si censura la configurazione del *ne bis in idem* quale mero divieto, in quanto passata e anacronistica, stridente rispetto ad una lettura convenzionalmente, e quindi costituzionalmente, orientata del principio.

¹³In questo senso, A. Bernardi, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, p. 557 ss.

principio del *ne bis in idem* processuale per affermare il divieto di duplicare la risposta punitiva, sostenendo la garanzia di una sanzione adeguata, proporzionata e prevedibile¹⁴.

UN PARAMETRO DI LEGALITÀ PER IL CUMULO DI SANZIONI

Recenti pronunce delle Corti europee impiegano il *ne bis in idem* al fine di contenere l'operatività del doppio binario sanzionatorio, in materie quali la repressione degli abusi di mercato o delle violazioni tributarie.

Come anticipato, ci si avvale dell'effetto preclusivo processuale per neutralizzare il rischio della doppia punizione che nasce sul terreno del diritto sostanziale.

La discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, generalmente ammessa dal diritto dell'Unione, è stata progressivamente ridimensionata dalla Corte di Strasburgo¹⁵, in un formante giurisprudenziale inaugurato nel 2014, dal caso *Grande Stevens c. Italia*¹⁶. La fattispecie che ha consentito di vagliare il cumulo di sanzioni prescritto dalla disciplina italiana sugli abusi di mercato, concerneva una condotta di manipolazione costitutiva sia di illecito amministrativo ex art. 187-ter, d.lgs. n. 58/1998, dotata di sanzione pecuniaria comminata dalla CONSOB, sia di reato ex art. 185, d.lgs. n. 58/1998 punita con la reclusione e la multa.

I giudici europei si sono avvalsi del divieto sancito all'art. 4 Prot. n. 7 Cedu, che per operare richiede i seguenti presupposti positivi: entrambi i procedimenti devono appartenere alla *matière pénale*; almeno uno dei due deve risultare definito con sentenza irrevocabile; devono rivolgersi al medesimo soggetto, per la contestazione dello stesso fatto storico-naturalistico¹⁷. Letteralmente, sembrano coincidere coi requisiti propri del *ne bis in idem* nazionale.

Perché vi sia identità del fatto, rilevano le circostanze concrete, nei legami di spazio e di tempo (c.d. *idem factum*), e non la qualificazione giuridica (c.d. *idem legale*), in quanto risultante dalla combinazione di elementi di non univoca interpretazione e insuscettibile di omogeneità tra le diverse legislazioni nazionali, come invece sosteneva, in seno alla Corte di Strasburgo, un orientamento superato dalla Grande Camera nel 2009, caso *Zolotukhin c. Russia*¹⁸.

A fare la differenza è la nozione di *matière pénale*, la cui definizione viene mutuata dalla giurisprudenza relativa all'equo processo ex art. 6 Cedu, in particolare, ai criteri individuati nella sentenza dell'8 giugno 1976, causa *Engel e altri c. Paesi Bassi*: la qualificazione giuridica della misura nel diritto nazionale; la natura della misura; la natura e il grado di severità della sanzione¹⁹. Tre indici, di regola, alternativi, da valutare unitamente solo ove l'analisi separata sia di ostacolo ad una conclusione chiara in merito alla "accusa penale"²⁰.

¹⁴ In ordine alla trasformazione del *ne bis in idem* da mero divieto di litispendenza *de facto*, a criterio per l'elaborazione di un "risposta giuridica integrata", M. Lo Giudice, *Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto "double jeopardy" europeo*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 4, p. 771 ss.

¹⁵ Ad evidenziare la connessione tra facoltà del legislatore di prevedere un doppio binario sanzionatorio e potere giudiziale di frustrare tale facoltà mediante lo strumento del *ne bis in idem*, Corte cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43.

¹⁶ Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*.

¹⁷ L'art. 4, § 1, Prot. 7 Cedu dispone «nessuno può 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 conformemente alla legge e alla procedura penale di uno Stato».

¹⁸ La giurisprudenza europea in tema di doppio giudizio sino al 2009 non è né cospicua né univoca: come rilevato in R. Calò, *Divieto di doppio processo. La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2240 ss., si registrano tre diversi indirizzi ermeneutici, i cui *leading cases* sono costituiti dalle decisioni *Gradinger c. Austria* (1995), *Oliveira c. Svizzera* (1998) e *Franz Fischer c. Austria* (2001). Nella prima, l'operatività del divieto è subordinata esclusivamente all'identità della condotta; nella seconda, si percorre l'approccio normativo, di cui sopra si è accennato; nella terza, confermata dalla Corte e.d.u., Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, si valorizza la dimensione empirica del fatto, comprensiva di tutte le circostanze concrete, «indissolubilmente legate nel tempo nello spazio».

¹⁹ Corte e.d.u., Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel and others c. Paesi Bassi*.

²⁰ Così la Relazione su orientamento della giurisprudenza n. 20170026, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*. Nella relazione del massimario, si chiarisce come gli indici in questione siano stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu per qualificare una sanzione come "pena" ai sensi dell'art. 7 Cedu «con la finalità di scongiurare che vasti processi di decriminalizzazione possano avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle ga-

Alla luce di siffatti criteri, il doppio binario è ammesso quando consta di sanzioni eterogenee, amministrative e penali, perché preordinate a finalità diverse, rispettivamente riparatorie e repressive; non lo è in caso contrario, quando la qualificazione formalmente amministrativa celi la natura penale, dando luogo ad una duplicazione dell'istanza punitiva²¹.

Ecco, quindi, la nuova funzione del *ne bis in idem* processuale: allo scopo di censurare un cumulo di sanzioni astrattamente ammesso, blocca uno dei due procedimenti capaci in concreto di produrlo.

Un simile utilizzo dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, non a caso entrato in vigore dopo la formulazione giurisprudenziale dei c.d. criteri Engel, era stato paventato da taluni Stati aderenti, ed aggirato con apposite riserve o dichiarazioni interpretative circa la sua estensione. In occasione del deposito dello strumento di ratifica del Protocollo n. 7, anche l'Italia dichiarava che gli artt. 2-4 sarebbero stati applicati solo agli illeciti, ai procedimenti ed alle decisioni che la legge italiana definisce "penali"²².

La Sezione II della Corte, sempre nel caso *Grande Stevens*, esclude l'applicabilità di siffatta dichiarazione, difettandovi i requisiti propri della "riserva" di cui all'art. 57 Cedu²³. Sebbene fosse chiara l'intenzione dell'ordinamento italiano di sottrarre illeciti e procedure non qualificati come "penali" al raggio d'azione dell'art. 4 Prot. 7, i giudicanti hanno ritenuto non validamente formulata la "riserva", in quanto priva dell'indicazione specifica delle disposizioni interessate dall'eccezione: la descrizione di quest'ultime risponde all'esigenza di prevedibilità del diritto, ed è indispensabile quand'anche procedere ad un'elencazione compiuta presenti notevoli difficoltà pratiche.

IL DIALOGO DELLE CORTI EUROPEE PER RIABILITARE UN PRINCIPIO DI «EQUITÀ PROCEDURALE»

Nell'allinearsi alla sentenza *Grande Stevens*, la successiva giurisprudenza di Strasburgo si evolve nel senso di escludere l'ammissibilità del doppio binario, nell'ipotesi di procedimenti che vertano sulle medesime circostanze fattuali e che portino all'irrogazione di sanzioni che possano dirsi repressive nella loro configurazione, a prescindere dalla qualifica formalmente penale.

Siffatta interpretazione trascura due profili.

Il primo concerne le sue conseguenze pratiche: per taluni settori, rende in concreto inoperante il cumulo di sanzioni, così frustrando una modalità sanzionatoria che, astrattamente, l'ordinamento convenzionale consente.

Il secondo riguarda lo strumento individuato per perseguire detto risultato, l'art. 4 Prot. 7 Cedu, processuale, affidato alla valutazione giudiziale.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, già nel 2013, accendeva una spia su questi profili, nell'emblematica sentenza *Hans Åkerberg Fransson*²⁴, in relazione ad un caso di frode fiscale, per l'applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁵.

Secondo i giudici, quest'ultima norma non osta a che uno Stato membro reagisca all'inosservanza

ranzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della Cedu». La preoccupazione era quella di evitare che gli Stati si avvaleessero dell'espedito della truffa delle etichette. Non si poneva in discussione, invece, la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori ritenuti più adeguati.

²¹ Alla luce della più recente giurisprudenza convenzionale, non ricorre un'accusa "penale" rilevante ai fini dell'art. 4 Prot. Cedu in caso di sottoposizione ad un provvedimento amministrativo di interdizione dal partecipare ad eventi sportivi. In merito alla legittimità di una condanna penale inflitta ad un *hooligan* per un episodio di violenza durante un incontro di calcio, la Corte e.d.u., sez. I, 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia*, esclude la natura penale della misura amministrativa poiché volta ad impedire che l'interessato possa commettere ulteriori violenze, piuttosto che a punirlo, mancando qualsiasi privazione della libertà personale o ammenda.

²² «The Italian Republic declares that articles 2 to 4 of the Protocol apply only to offences, procedures and decisions qualified as criminal by Italian law». Analoga precisazione, con forma diversa dalla mera dichiarazione, hanno avanzato, ad esempio, Austria, Germania e Portogallo. Riserve e dichiarazioni relative al trattato n. 117 – Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali sono inserite nel portale del Consiglio d'Europa, in www.coe.int.

²³ La formulazione di riserve riguardo ad una determinata disposizione della Convenzione è ammessa, ai sensi dell'art. 57 Cedu, a tre condizioni: che la riserva non abbia carattere generale; che la disposizione interessata non sia conforme ad una legge in vigore nello Stato membro; che lo Stato fornisca una breve esposizione della legge nazionale da salvaguardare.

²⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 26 febbraio 2013, n. 617, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

²⁵ Ai sensi dell'art. 50 della CEDU, rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto», «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

degli obblighi dichiarativi in materia di IVA prevedendo sia sovrattasse che pene in senso stretto, poiché la libertà di scelta delle sanzioni applicabili di cui dispone gli è riconosciuta al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA. Ne consegue che la violazione ricorre solo allorché la sovrattassa sia divenuta definitiva e sia di natura penale, secondo i c.d. criteri *Engel*²⁶. Centrale è il rilievo per cui «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali (...), circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

La seconda sanzione “penale” non determina *sic et simpliciter* la violazione, perché si affianca a quella già irrogata: dovrà essere considerata non singolarmente, in astratto, ma unitamente a quest'ultima, potendo giustificarsi in un sistema integrato, che non rinunci alla piena effettività della sanzione, nei limiti della sua complessiva proporzionalità al fatto.

Se ne deduce che le sanzioni ben potrebbero essere due, ed entrambe “penali”, se interagiscono, oltretutto se inserite in procedimenti sanzionatori complementari.

La prospettiva assunta da questa Corte, di certo sensibile alla cura degli interessi finanziari dell'Unione, col tempo influenza quella della Corte Edu, Corte innanzitutto dei diritti umani.

Il recepimento è consacrato dalla sentenza del 2016, della Grande Camera, caso *A e B c. Norvegia*²⁷, rappresentativa di quello che viene definito un vero e proprio *revirement*, sebbene, ad un'analisi più approfondita, si palesi come una doverosa sintesi di principi sanciti non solo dalla Corte di giustizia ma da decisioni emesse dalla stessa Corte Edu, oscurate dal valore simbolico assunto dalla *Grande Stevens*.

Prendendo le mosse dal caso *Åkerberg*, s'intende inserire il principio del *ne bis in idem* in una dimensione di equità procedurale. La Corte passa in rassegna la propria giurisprudenza sui procedimenti “misti”, procedimenti di diversa natura che concorrono a definire il trattamento sanzionatorio dell'autore dell'illecito, ai sensi degli artt. 4 Prot. 7 Cedu e art. 6 Cedu, così da distinguere i precedenti in cui è stata ritenuta l'inammissibile duplicazione di procedimenti, da quelli in cui se n'è ravvisata una coerente, e quindi legittima, combinazione.

Vengono richiamate due sentenze: la sentenza del 30 maggio 2000, *R.T. c. Svizzera*, nella quale l'addizione di tre sanzioni, nello specifico reclusione, sanzione pecuniaria e ritiro della patente, non darebbe luogo alla ripetizione di procedimenti “penali”, ma a procedimenti che corrono in parallelo, in quanto si trattava di possibilità che la legislazione nazionale rendeva prevedibile; una sentenza del 2005, *Nilsson c. Svezia*²⁸, che, sempre in un'ipotesi di sanzione penale e ritiro della patente, enuncia il criterio del «nesso materiale e temporale sufficientemente stretto», comprensivo della vicinanza dei procedimenti e della prevedibilità del cumulo.

Posto che spetta agli Stati decidere sia l'organizzazione del sistema giuridico e delle procedure penali sia i mezzi di protezione degli interessi specifici della persona sottoposta alla giustizia, gli stessi possono separare in varie parti o fasi il processo di fissazione della pena. Ne discende che non s'incorre nel *bis* vietato, se la risposta dell'ordinamento sia complessivamente unitaria e proporzionata, sebbene risultante da due procedimenti e da due sanzioni. La complementarità è frutto di una valutazione che coinvolge aspetti processuali e sostanziali: la prevedibilità del procedimento misto; l'integrazione degli scopi, connessi ad aspetti differenti della condotta; l'assenza di ripetizioni nell'attività di accertamento limitatamente al conseguente coordinamento probatorio; un importo globale delle pene adeguato e necessario rispetto al fatto commesso; un nesso temporale sufficientemente stretto, in termini non tanto di simultaneità ma di vicinanza, di progressione. Il parametro principale per stabilire la compresenza di tali aspetti è guardare agli oneri derivanti all'imputato²⁹.

²⁶ Ai criteri *Engel*, elaborati dalla Corte di Strasburgo, nell'Unione europea corrispondono i criteri che la Corte di Lussemburgo ha sancito, esemplificativamente, nella sentenza del 5 giugno 2012, n. 489 nel procedimento penale a carico di *Lukasz Marcin Bonda*, C-489/10.

²⁷ Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2011, *A e B c. Norvegia*.

²⁸ Corte e.d.u., sez. II, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

²⁹ In dottrina, per l'inquadramento del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali, in ragione dei costi umani, sociali ed economici conseguenti alla sottoponibilità a processo per il medesimo fatto, G. Biscardi, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 549. Secondo l'Autore, tale argomentazione richiederebbe l'idea del processo come pena.

La pronuncia appena ripercorsa ammette come il modo più sicuro per vigilare sull'osservanza del *ne bis in idem* sarebbe prevedere un procedimento ad un solo livello, che riunisca i rami paralleli. Ma quando ciò non avvenga, pone a suo presidio il "nuovo" criterio della *sufficiently close connection in substance and time*³⁰.

Gli effetti consistono nel riespandere la legittimità della scelta nazionale di combinare sanzioni penali e amministrative ed attribuire al *ne bis in idem* una consistenza compatibile coi suoi fini.

Il dialogo tra Corti continua nell'ottica di una maggiore armonizzazione.

Il 20 marzo 2018 la Corte di giustizia applica, in tre sentenze della Grande Sezione, all'art. 50 CDFUE il risultato interpretativo raggiunto dai giudici di Strasburgo rispetto all'art. 4 Prot. 7 Cedu: facendolo proprio, supera il limite dato dalla mancata adesione dell'Unione alla Cedu, limite che il giudice nazionale può opporre in sede di verifica della compatibilità di una normativa nazionale col diritto convenzionale³¹.

La questione pregiudiziale sollevata nelle cause riunite *Enzo Di Puma c. Consob e Consob c. Antonio Zecca*³², verte sulla possibilità di interpretare l'art. 50 CDFUE nel senso che l'avvio o la prosecuzione di un procedimento, finalizzato all'irrogazione di sanzioni di natura penale, sia precluso anche quando ad essere divenuto definitivo è l'accertamento dell'insussistenza della condotta integrante reato. Al contrario, ci si chiede se l'art. 14, § 1, dir. 2003/6³³, che impone agli Stati membri, fatte salve le sanzioni penali, di adottare misure amministrative opportune contro gli abusi di mercato, renda inapplicabile una disposizione come l'art. 654 c.p.p., che estende al procedimento applicativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, l'autorità di cosa giudicata di affermazioni in punto di fatto operate nel contesto di un procedimento penale. Il *ne bis in idem*, con estensione del contenuto dell'accertamento in altro procedimento, vanificherebbe l'effettività della direttiva.

La risposta positiva e, conseguentemente, l'inoperatività del divieto poggiano sul grado di compenetrazione di autorità e procedimenti: si rileva come la Consob, ai sensi degli artt. 187-*decies* e 187-*undecies*, d.lgs. n. 158/1998, debba trasmettere all'autorità giudiziarie la documentazione raccolta nell'esercizio della sua attività di controllo e possa partecipare al procedimento penale.

Pronunciandosi su fatti di manipolazione del mercato, la sentenza sul caso *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci e Magiste International SA c. Consob*³⁴ enuncia i requisiti che giustificano, ex art. 52 CDFUE³⁵, una limitazione della portata del diritto di non essere punito due volte, garantito dall'art. 50 Cedu: la previsione legislativa del cumulo e delle condizioni a cui ne è subordinata la ricorrenza; la sussistenza di una finalità di interesse generale, riconosciuta dal diritto dell'Unione, quale l'integrità dei mercati finanziari; la sua prevedibilità, grazie a norme chiare e precise; la proporzionalità in relazione alla suddetta finalità; la stretta necessità degli oneri che ne derivino all'imputato, con riguardo sia alla coordi-

³⁰ Critico sulle potenzialità del nuovo criterio, definito non a caso evanescente, F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 4, p. 1101 ss.: esso postulerebbe l'adozione, da parte del giudice nazionale, dell'approccio empirico proprio della Corte di Strasburgo, ove la connessione tra procedimenti paralleli non fosse normativamente disciplinata. In difetto di meccanismi di raccordo espressi, gli artt. 25, comma 2, e 111, comma 1, Cost. (e, sul versante amministrativo l'art. 97 Cost.) impediscono di forzare la disciplina positiva. Secondo l'Autore, depone in questo senso la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, resa nello stesso processo *A e B c. Norvegia*, quando afferma come questa "sufficiente connessione" faccia perdere al *ne bis in idem* la propria natura di garanzia *pro persona*, trasformandolo in rigido strumento *pro auctoritate*.

³¹ Nonostante le previsioni degli artt. 6, § 3 TUE e 52 CDFUE riconoscano, in ambito comunitario, il valore della Cedu, ciò non vale ad attribuirle la stessa rilevanza che, nell'ambito degli Stati membri, hanno le fonti dell'Unione europea: solo queste possono assumere, in virtù dell'art. 11 Cost., il rango di principi costituzionali fondamentali; la Cedu, come gli altri trattati internazionali, costituisce norma interposta, al più equiparata, per rango, alle singole norme costituzionali.

³² Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 192, cause riunite *Enzo Di Puma c. Consob e Consob c. Antonio Zecca* (C-596/16 e C 597/16), in www.curia.europa.eu.

³³ Si tratta della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e della manipolazione del mercato (abusi di mercato).

³⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 193, *Garlsson Real Estate SA, Stefano Ricucci e Magiste International SA c. Consob* (C-537/16), in www.curia.europa.eu.

³⁵ Ai sensi del comma 1, art. 52 CDFUE, sulla portata e interpretazione dei diritti e dei principi, «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

nazione dei procedimenti sia alla severità della sanzione complessiva. In concreto, si afferma che il meccanismo compensativo del doppio binario di cui all'art. 187-terdecies TUF non si limiti a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato, poiché sembra contemplare solo il cumulo di pene pecuniarie e non di una sanzione amministrativa pecuniaria con la reclusione.

Infine, in altro procedimento penale³⁶, questa volta in materia tributaria, l'*iter* per verificare l'ammissibilità di una limitazione dell'art. 50 CDFUE, alla luce dell'art. 52 della medesima Carta, viene espressamente integrato col criterio della *sufficiently close connection in substance and time*, nella formulazione offerta dalla Corte di Strasburgo: procedimenti e sanzioni devono presentare scopi complementari, attestati da norme di coordinazione che limitino a quanto strettamente necessario l'onere supplementare risultante dal cumulo di procedimenti, nonché la severità del complesso di sanzioni imposte.

Per completezza, si segnala come, pur nell'evoluzione degli schemi teorici, le condanne europee riguardano prevalentemente il doppio binario prescritto per gli abusi di mercato; spesso si salva, invece, il sistema repressivo fiscale, sebbene trovi motivi di censura nel diverso contesto della prescrizione.

LA CORNICE NAZIONALE DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE

Il *ne bis in idem* sostanziale è stato travolto da siffatta elaborazione giurisprudenziale all'atto di tradurre i *dicta* europei nelle categorie giuridiche italiane.

Il principio, sconosciuto al diritto sovranazionale, evita che l'autore di un reato ne risponda mediante l'applicazione di più norme incriminatrici, e, di conseguenza, al pari del suo corrispondente processuale, che la risposta punitiva dello Stato possa proliferare in contrasto con i canoni di proporzione e di rieducazione della pena³⁷.

Il verificarsi di tale possibilità integra un concorso apparente di norme.

Bisogna, però, distinguere. Il confluire sulla medesima condotta di una pluralità di norme suscettibili di regolarla può essere reale o fallace, e dare luogo, rispettivamente, ad un concorso formale di reati ovvero ad un concorso apparente di norme³⁸. In entrambi i casi sussiste l'unicità della condotta, ma, nel primo caso, la doppia incriminazione è ammessa, nel secondo, non lo è³⁹.

Si ha concorso formale, o ideale, di reati quando un soggetto, con una sola azione od omissione, commette una pluralità di violazioni della legge penale, della medesima disposizione incriminatrice (concorso omogeneo) o di disposizioni diverse (concorso eterogeneo)⁴⁰. La singola condotta è suscettibile di una pluralità di valutazioni giuridiche concomitanti, di una pluralità di offese⁴¹.

Si ha concorso apparente di norme quando il convergere di più fattispecie incriminatrici sul medesimo fatto non è reale, poiché soltanto una norma si presta effettivamente a regolare la "materia". In luogo del concorso di reati, all'unicità dell'azione corrisponde l'unicità del reato.

³⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 20 marzo 2018, n. 197, L. Menci (C-524/15), in www.curia.europa.eu.

³⁷ Il supporto positivo dell'istituto risiede in molteplici norme penali di parte generale, tra cui gli artt. 61, 62, 68, 84, 131, 170 c.p., dagli artt. 301 e 581, nonché nelle numerose clausole di riserva della parte speciale del codice penale e delle leggi speciali, quali ipotesi di soluzione espressa del concorso di norme.

³⁸ Sul tema, e per le definizioni di concorso formale di reati e concorso apparente di norme, A. Nappi, *Guida al Codice Penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 499 ss.; F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, ed. XI, a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2003, p. 415 ss.; S. Beltrani, *Corso di Diritto Penale. Parte generale e speciale*, Milano, Cedam, 2006, p. 379 ss.; G. Fiancaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VI, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 659 ss.

³⁹ In dottrina si è evidenziato come la possibilità di integrare più fattispecie con un'unica condotta, ai sensi dell'art. 81 c.p., debba considerarsi l'eccezione alla regola «in mancanza di una pluralità di elementi fattuali tipici nel "quadro di vita" di riferimento, non vi può essere una pluralità di fattispecie criminose, perché il medesimo complesso di dati empirici non può essere computato "più volte" alla fine dell'integrazione di più ipotesi criminose» cfr. A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in G. De Francesco (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 267.

⁴⁰ A partire dalla riforma novellistica del 1974, il regime sanzionatorio è quello del cumulo giuridico, ovvero della pena prevista per il reato più grave con aumento pari, non già alla somma delle altre pene (cumulo materiale), ma ad una quota proporzionale prefissata: sino al triplo, ai sensi dell'art. 81, comma 1, c.p.

⁴¹ Rispetto al concorso materiale di reati, la pluralità di offese deriva dalla stessa condotta unitariamente considerata, nel senso che non si possa individuare un frammento di condotta che offende singolarmente interessi singolarmente tutelati in norme diverse. In altre parole, «la plurima trasgressione della legge penale è attuata con un'unica attività di esecuzione», cfr. V. Pacileo, *Concorso di reati*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, p. 3, il quale ritiene l'istituto del concorso formale uno degli istituti più controversi di parte generale.

La differenza tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati, se risulta chiara nell'inquadramento teorico, presenta notevoli difficoltà pratiche. Dietro l'alternativa, vi sono esigenze di razionalità e di equità di cui il legislatore si è fatto carico con la codificazione del principio di specialità: l'art. 15 c.p. stabilisce che «quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

Il rapporto di specialità implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie siano contenuti in un'altra, la quale ne presenta di ulteriori "specializzanti", per aggiunta o per specificazione, se la norma speciale aggiunge o specifica un elemento della norma generale.

Perché la disciplina sia applicabile, non è necessaria l'identità di natura delle norme, nel senso che non deve necessariamente trattarsi di norme penali: il rapporto di specialità può intercorrere tra norma penale incriminatrice e norma penale di liceità, esemplificativamente tra l'art. 381 c.p.p., che legittima l'arresto facoltativo, e l'art. 605 c.p., che prevede e punisce il sequestro di persona.

La specialità può porsi anche tra norme penali e amministrative sanzionatorie, con prevalenza della disposizione speciale, in virtù dell'art. 9, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Prima dell'entrata in vigore della l. n. 689/1981, in assenza di un'espressa disciplina normativa, il problema della convergenza tra norma penale e norma amministrativa sanzionatoria veniva tendenzialmente risolto nel senso del concorso formale eterogeneo degli illeciti. Solo l'avvento delle leggi di depenalizzazione giustifica una diversa impostazione, considerato che la trasformazione di alcune fattispecie in illeciti amministrativi, determinando la riespansione di norme incriminatrici di portata generale, avrebbe vanificato la scelta legislativa di derubricazione. Con la disciplina del 1981, viene individuata una soluzione unitaria al problema, che ricalcasse il modello di disciplina di cui all'art. 15 c.p.⁴².

L'interpretazione oggi prevalente dell'art. 9 valorizza la genesi della norma e richiede il confronto tra fattispecie astratte, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di concorso tra norme penali⁴³.

In generale, la giurisprudenza è propensa a mettere in risalto la diversità strutturale degli illeciti⁴⁴, in un'accezione rigorosa della specialità, che rifiuta qualsiasi analisi sull'identità od omogeneità del bene giuridico protetto, in quanto foriera di giudizi di valore estranei all'analisi logico-giuridica tra norme in comparazione⁴⁵.

D'altro canto, la dottrina prevalente stima insoddisfacente il criterio strutturale, e ha elaborato o varianti interpretative del principio di specialità o altri criteri, fondati su una relazione tra norme che non è logica, ma di valore, e spesso calibrati proprio sull'oggettività giuridica⁴⁶.

Per la prima soluzione, i fautori della concezione monistica, fedeli all'unico criterio codificato, ne sfumano i confini nei concetti di specialità in concreto e reciproca⁴⁷.

La figura della specialità in concreto riferisce la locuzione "stessa materia" alle ipotesi in cui un fatto sia sussumibile, per i suoi connotati concreti, in due o più figure criminose e queste, in astratto, non si pongano in rapporto di genere a specie. Il trattamento sanzionatorio più severo indicherà la disciplina

⁴² Per l'evoluzione del criterio di specialità nel concorso tra norma penale e norma amministrativa sanzionatoria, L. Pistorelli, Relazione preliminare per le Sezioni unite penali (S.U.P.) n. 20102019 (udienza del 28/10/2010).

⁴³ Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, in *CED Cass.*, n. 248722.

⁴⁴ *Ex multis* Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *CED Cass.*, n. 248864 «In caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità (art. 15 cod. pen.) richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle».

⁴⁵ Nei casi dubbi, alcune pronunce rafforzano la soluzione per cui propendono chiamando in causa il bene giuridico; esemplificativamente, Cass., sez. III, 8 agosto 2016, n. 18494, in *CED Cass.*, n. 266942 «Tra le contravvenzioni previste dall'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 181, comma primo, del d.lgs. n. 42 del 2004 è configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, con la conseguente inapplicabilità del divieto del "bis in idem" stabilito dall'art. 649 cod. proc. pen., attesa la diversa obiettività giuridica e la diversa condotta punita che va individuata, nel reato edilizio, nella esecuzione di un'opera senza permesso di costruire posta a prevalente tutela dell'assetto urbanistico e, nel secondo, senza la autorizzazione della competente sovrintendenza prevista a tutela, prevalentemente, del patrimonio artistico, storico e archeologico».

⁴⁶ Per una ricognizione del dibattito, G. De Francesco, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 416 ss., o A. Pagliaro, *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 545 ss.

⁴⁷ Quanto ai criteri per individuare il concorso apparente di norme, la bipartizione tra fautori della concezione monistica e pluralistica è di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, ed. X, Padova, Cedam, 2017, p. 1386 ss.

applicabile; esemplificativamente, tra truffa e millantato credito, prevarrebbe quest'ultimo delitto⁴⁸.

Dal punto di vista strettamente logico, si è obiettato che un rapporto di genere a specie fra due norme non possa dipendere dalle particolarità che il fatto assume in concreto, avendo quale terreno elettivo le norme astratte, anche per ragioni di eguaglianza e di prevedibilità. Se poi la premessa da cui muovono i sostenitori della concezione monistica è la validità esclusiva del criterio di derivazione aristotelica *ex art. 15 c.p.*, è con essa incompatibile la soluzione d'individuare la norma prevalente in base alla maggiore o minore severità: nel giudizio di valore si ricade⁴⁹.

Nella specialità reciproca, o bilaterale, nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è a un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti dell'altra. Così, attorno ad atti di aggio, quello comune può essere commesso da chiunque, ma richiede il dolo specifico di turbare il mercato; quello societario è un reato proprio a dolo generico.

Oltre alla dubbia sostenibilità di una relazione logica nel senso di insieme e suo sottoinsieme in un verso e nell'altro, la figura ripropone l'adozione del criterio di valore della severità della sanzione ai fini dell'individuazione della norma al caso di specie più adatta.

Per la seconda soluzione, i fautori della concezione pluralistica enucleano i criteri di sussidiarietà e assorbimento, o consunzione. In questo modo, circoscrivono la specialità entro i limiti connaturati alla sua accezione originaria: tra fattispecie astratte e in senso univoco.

La sussidiarietà opera quando una norma incriminatrice dichiara la propria applicabilità soltanto per il caso che non ne sia in concreto applicabile un'altra più grave, mediante una clausola di riserva, con rinvio o assolutamente generico ("*se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge*") – o relativamente generico – a reato più grave (es. art. 612-*bis* c.p.) o in via specifica ad altro reato (es. art. 600-*quater* c.p.). Le norme in rapporto di sussidiarietà considerano stati o gradi di offesa diversi di un medesimo bene, di talché l'offesa maggiore assorbe la minore e l'applicazione dell'una norma è subordinata alla non applicazione dell'altra. Per questa ragione, se ne è sostenuta anche una ricorrenza "tacita", senza clausola espressa: è il caso della contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza *ex art. 726 c.p.* e delitto di atti osceni *ex art. 527 c.p.*

Il principale criterio di valore per risolvere i conflitti di norme non riconducibili ad un rapporto di genere a specie è l'assorbimento o la consunzione, invocabile quando la realizzazione di un reato comporta, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo che finisce per apparire assorbito dal primo. La scelta tra implicazione o compresenza di più reati è il risultato di una valutazione di unitarietà normativo-sociale del fatto, e trova riscontro nella circostanza che la sanzione fissata per uno di quelli è adeguata a coprire anche il disvalore del reato meno grave. In altri termini, la norma consumante esaurisce il significato giuridico della norma consumata. La prevalenza sarà affidata al criterio del minimo edittale superiore ovvero, quando non decisivo, a quello del rango e della qualità dei beni giuridici tutelati. Disvalore penale omogeneo può intercorrere tra favoreggiamento personale e falsa testimonianza, di cui agli artt. 378 e 372 c.p.

L'assorbimento è la manifestazione più garantista del più generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, nella misura in cui consente di rilevare l'apparenza in mancanza di un indice espresso.

Riepilogando, il principio del *ne bis in idem* sostanziale impedisce la doppia incriminazione, laddove una delle figure criminose esaurisca il disvalore giuridico del fatto: è pacifico, nelle ipotesi di specialità in senso stretto, tra fattispecie astratte, e di sussidiarietà con clausola di riserva espressa. Ove il rapporto tra norme concorrenti non si ponga in questi termini, l'approccio più rigoroso opta per un concorso formale di reati; altri propugnano criteri di valore o concezioni di specialità contaminata da questi ultimi criteri.

La violazione del principio può ricorrere per contestazione di un fatto a duplice titolo; ciò può avvenire

⁴⁸ Tra le più recenti, Cass., sez. II, 12 luglio 2017, n. 40940, in *CED Cass.*, n. 271352 «Il delitto di truffa è assorbito in quello di millantato credito previsto dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., non potendo esser configurato il concorso formale di reati in quanto la condotta sanzionata dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., a differenza di quella prevista dal primo comma, consiste in una forma di raggio nei confronti del soggetto passivo che viene indotto da una falsa rappresentazione della realtà ad un accordo che lo impegna ad una prestazione patrimoniale».

⁴⁹ Secondo G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 683, l'idea della specialità in concreto si risolve, dal punto di vista logico in un non-senso (la specialità è un rapporto di genere a specie, o esiste o non esiste, *tertium non datur*). Lo riprova la circostanza di individuare la norma da applicare in quella più grave, con ricorso al criterio di valore dell'assorbimento.

nire nel medesimo procedimento ovvero nell'avvio di due procedimenti, anche successivi nel tempo. Se già una delle due norme incriminatrici esaurisce la reazione statale all'offesa arrecata col reato, in termini di effettività e proporzionalità, l'avvio di un secondo procedimento per l'addebito della seconda fattispecie, non solo viola il *ne bis in idem* sostanziale, ma porta fisiologicamente con sé un *bis in idem* processuale.

L'ADEGUAMENTO INTERNO PER LA CENSURA SOVRANAZIONALE DEL DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO

Il concorso di norme, reale o apparente, può intercorrere, non solo tra due o più disposizioni penali, ma tra disposizione penale e illecito amministrativo, di conseguenza tra pena e sanzione amministrativa.

I giudici europei hanno censurato l'iniquità sostanziale del doppio binario sanzionatorio previsto per talune fattispecie, rispetto alle quali la sanzione formalmente amministrativa ha funzione repressiva, di talché il cumulo di sanzioni maschera la duplicazione di uno stesso binario.

Importando questa giurisprudenza nelle categorie del diritto penale interno, si ritiene che al centro del mirino dovesse essere un'ipotesi di *bis in idem* sostanziale, sicché sostanziale dovrebbe essere il tipo di rimedio da apprestare⁵⁰.

L'interferenza tra le due declinazioni di *ne bis in idem* si manifesta, pertanto, all'atto di valutare il significato della censura sovranazionale e di "convertire" lo strumento a tal fine utilizzato.

Ora, è certo che la mancata rilevazione di quello che in Italia integra un concorso apparente di norme può portare fisiologicamente con sé un doppio giudizio, posto che entrambi presuppongono il medesimo fatto.

Sia nel diritto convenzionale che unionale, l'unico strumento adatto allo scopo è stato rintracciato nel divieto di un doppio giudizio.

Nell'ordinamento italiano, un'indagine sul significato della censura europea avrebbe dovuto indurre l'interprete a risolvere il problema a monte, là dove effettivamente si poneva, tra fattispecie, piuttosto che a tradurre meccanicamente l'art. 4 prot. 7 Cedu con l'art. 649 c.p.p., e così frenare la violazione di diritto sostanziale quando già divenuta doppio giudizio.

Ciò sarebbe possibile o avvalendosi dei criteri di soluzione del concorso apparente di norme ovvero, e più correttamente, tramite apposito intervento del legislatore sul doppio binario nei settori sotto censura.

Nel singolo giudizio la soluzione è la disapplicazione del binario che, in concreto, non sia divenuto per primo definitivo. Sul piano legislativo, per prevenire eventuali successive condanne europee, invece, le opzioni interne potrebbero essere alternativamente le seguenti: estendere l'operatività dell'art. 649 c.p.p. al rapporto tra procedimento penale e procedimento che, sotto altro nome, commina una sanzione con natura e grado di severità penali; intervenire sulle disposizioni che prevedono il cumulo, ad esempio, ponendole in rapporto di sussidiarietà; eliminare in via legislativa uno dei due binari.

Grazie al *revirement* della Corte Edu, un'ulteriore modalità di adeguamento consiste nell'introduzione di meccanismi di coordinamento tra procedimento amministrativo e penale, nonché di compensazione nel calcolo delle pene.

La questione è stata ben avvertita e spiegata in due occasioni, in un'ordinanza della Corte di cassazione e in una recente sentenza della Corte costituzionale.

La prima decisione rimette alla Consulta due questioni di legittimità, entrambe con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu⁵¹: l'una riguarda l'art. 187-bis, d.lgs. n. 58/1998, nella parte in cui punisce l'abuso di informazioni privilegiate a duplice titolo; l'altra, subordinata, l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo, per l'applicazione di una sanzione di natura penale ai sensi della Cedu e dei relativi Protocolli.

⁵⁰ Come rilevato in M. Donini, Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 7, p. 2284 ss., «il richiamo al *ne bis in idem* processuale celava spesso ragioni sostanziali inesprese» La diversa natura tra strumento adottato e violazione cui questo vuole rimediare impone un ripensamento del tipo di adeguamento interno, con precisa definizione dei perimetri dell'obbligo convenzionale. Secondo lo stesso Autore, «la fragilità scientifica del parametro del *ne bis in idem* applicato alla *matière pénale* si rafforza in prospettiva di esigenza di proporzione complessiva della risposta sanzionatoria».

⁵¹ Cass., sez. V, ord. 10 novembre 2014, n. 1782.

Considerato che, agli occhi della Corte di Strasburgo, le sanzioni inflitte dalla Consob hanno funzione punitiva⁵², l'*incipit* dell'art. 187-bis TUF, nel far salve le sanzioni penali ai fini dell'applicazione di quelle amministrative, non consente interpretazioni costituzionalmente orientate⁵³.

Pertanto, i giudici di legittimità propongono alla Corte costituzionale una soluzione additiva: sostituire al cumulo sanzionatorio una clausola di riserva in favore della fattispecie penale, una clausola che attribuisca carattere sussidiario alla fattispecie amministrativa. L'interpolazione escluderebbe in radice interferenze col principio del *ne bis in idem* e garantirebbe l'immediato adeguamento dell'ordinamento interno sia alla dir. 2014/57/UE⁵⁴, la quale, con un'inversione di rotta dalla precedente dir. 2003/6/CE, privilegia la sanzione penale e non amministrativa nel contrasto degli abusi di mercato, sia alla sentenza *Hans Åkerberg Fransson*, che individua in effettività, proporzionalità e dissuasività i canoni di adeguatezza del trattamento sanzionatorio (unico o distribuito tra sanzioni già irrogate e «rimanenti»).

Tali canoni non sarebbero egualmente assicurati dall'accoglimento della seconda questione di legittimità che, però, rappresenta l'unico rimedio al *vulnus* costituzionale non sanato dall'interpretazione additiva anzidetta: estendere la portata dell'art. 649 c.p.p. alla coesistenza di un procedimento penale ed uno amministrativo, piuttosto che incidere sulle fattispecie da accertare, produrrebbe un'incongruenza sistematica, posto che il principio del *ne bis in idem* processuale spiega i suoi effetti in un sistema di strumenti rivolto alla sola autorità giudiziaria penale. Oltretutto, far dipendere il trattamento sanzionatorio dal procedimento che, in concreto, sia divenuto per primo definitivo, produce molteplici effetti negativi: genera incertezza circa la risposta sanzionatoria e, quindi, priva la stessa di effettività; comporta la probabilità statistica dell'azzeramento della risposta penale; alimenta disparità di trattamento tra i destinatari delle sanzioni; implica un'irragionevole gestione di risorse nel duplicare procedimenti, dei quali uno destinato a concludersi con accertamento della violazione⁵⁵.

La questione sollevata in via principale viene dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 102/2016⁵⁶, per difetto di rilevanza⁵⁷. L'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie amministrativa non sarebbe in grado di chiudere il procedimento penale pendente, producendo, quindi, la temuta violazione del *ne bis in idem*.

Quanto alla questione subordinata, a provocare l'inammissibilità sono le medesime ragioni che la Corte di cassazione adduce per favorire l'accoglimento della prima questione⁵⁸.

⁵² Proprio la sentenza *Grande Stevens* rilevava l'incompatibilità del doppio binario sanzionatorio previsto dalla legislazione italiana per gli abusi di mercato col divieto convenzionale del *ne bis in idem*, in ragione della natura penale delle sanzioni inflitte dalla Consob. Le norme sotto censura non si prefiggono unicamente di riparare un danno finanziario, ma di dissuadere gli interessati e di sanzionare l'irregolarità.

⁵³ Non è strada percorribile quella che invoca i principi di legalità formale delle pene, di cui all'art. 25 Cost., e di obbligatorietà dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost., al fine di precludere il recepimento nell'ordinamento italiano dell'impostazione che riconduce nel *genus* della sanzione penale, come delineato dalla Cedu, sanzioni formalmente non qualificate come tali. Da una parte, si è già detto come la Corte di Strasburgo abbia escluso la validità della riserva italiana in sede di ratifica del Protocollo n. 7, volta ad istituzionalizzare una tale limitazione. Dall'altra, osta la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 196/2010), secondo la quale «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto».

⁵⁴ Unitamente al Regolamento UE 596/2014, la direttiva 2014/57/UE riforma la strategia comunitaria di lotta ai fenomeni di *market abuse*, in favore dell'introduzione di sanzioni penali almeno per i reati più gravi di abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate, manipolazione di mercato, comunicazione illecita di informazioni privilegiate).

⁵⁵ Per queste ragioni la preclusione processuale non è la via di adeguamento interno adatta a rispondere alle censure sovranazionali.

⁵⁶ Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102. Secondo F. Viganò, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della consulta un assist ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016, la Corte «ha qui evidentemente deciso ... di non decidere».

⁵⁷ Il giudice rimettente sosteneva, invece, la rilevanza della questione in virtù dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, che fa seguire alla pronuncia d'incostituzionalità la cessazione degli effetti esecutivi della sentenza di condanna irrevocabile: l'operatività di tale disposizione rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria ormai definitiva, lascia alla Consob l'adozione delle determinazioni necessarie. Oltretutto, le limitazioni al doppio binario sanzionatorio, sancite all'art. 187-terdecies TUF, confermano la proiezione nel tempo, e, quindi, nel processo penale, della pronuncia amministrativa.

⁵⁸ In mancanza di indicazioni dirette, R. Rudoni, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Oss. Cost. AIC*, 19 luglio 2016, 2, ritiene che la Corte costituzionale abbia voluto suggerire che «il giudice a quo, al fine di sciogliere i nodi interpretativi, avrebbe dovuto proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea prima di sollevare questione di legittimità costituzionale».

Riepilogando, delle pronunce sinteticamente ripercorse, giova mettere a fuoco i seguenti profili: la prospettiva di diritto penale sostanziale; la possibilità di risolvere nel concorso apparente di norme un doppio binario sanzionatorio; il superamento della parziale divergenza tra impostazione delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo; la valutazione integrata dell'esito dei procedimenti produttivi del cumulo, nei termini di complessiva effettività, proporzionalità e dissuasività del trattamento sanzionatorio.

Si tratta di sollecitazioni che trovano oculato riscontro nella sentenza costituzionale n. 43/2018, la quale, però, non riguarda l'ipotesi tipica di doppio binario sanzionatorio⁵⁹.

Il Tribunale di Monza deve decidere sulla responsabilità penale in ordine al delitto di omessa dichiarazione di imposte sui redditi *ex art. 5, comma 1, d.lgs. n. 74/2000*, nei confronti di imputato già destinatario di sanzione tributaria, che, in base alla Cedu, ha natura penale; rilevato che l'art. 649 c.p.p. si applica solo alla materia penale in senso formale, chiede di adeguarlo di modo che il divieto possa esser fatto valere in presenza di sovrattasse afflittive.

La Corte adita ricorda come tra reato ed illecito amministrativo tributario non sia configurabile un cumulo di sanzioni, stante l'enunciazione espressa del principio di specialità *ex art. 19, d.lgs. n. 74/2000*, con prevalenza della disposizione speciale (in questo caso, penale). Al contempo, segnala come l'art. 21, d.lgs. n. 74/2000, non solo contempra, ma presupponga un *bis* processuale: la sanzione amministrativa resta ineseguibile «salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto».

Tuttavia, la sentenza *A e B c. Norvegia*, aprendo margini di legittimità in concreto per la doppia sanzione penale, impone alla Corte costituzionale la restituzione degli atti al giudice *a quo*: la *sufficiently close connection in substance and time* può escludere l'operatività del divieto del doppio giudizio, il quale cessa di agire quale regola inderogabile; non consegue più automaticamente alla definitività del primo procedimento e alla riconducibilità di questo alla materia penale, poiché viene subordinato alla discrezionalità del giudice nazionale in ordine al nesso che lega i due procedimenti⁶⁰.

Sebbene il neo-diritto vivente europeo renda meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale, rimane irrisolta la questione dell'adeguamento per le ipotesi di doppio binario sanzionatorio che il divieto violino.

Secondo i giudici della Consulta, «resta perciò attuale l'invito del legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni».

La strada non è l'estensione dell'art. 649 c.p.p., strumento riservato al procedimento penale in senso stretto. Tuttavia, il fatto che il giudice sia chiamato «a correggere i risultati di un cattivo governo legislativo della materia penale»⁶¹ provoca uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, plausibile negli ordinamenti di *common law*, non praticabile nel nostro⁶².

ANCHE LA CONTESTAZIONE SUSSEGUENTE DI CONCORSO FORMALE CADE SOTTO I COLPI DEL DIVIETO PROCESSUALE

La sentenza costituzionale n. 200/2016 estende il raggio di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi europei⁶³.

Quanto si dirà mostra un'ulteriore possibilità di impiego della preclusione processuale per far breccia sul piano delle scelte di diritto sostanziale, possibilità a cui presta il fianco la particolare delicatezza della vicenda fattuale che dà occasione alla pronuncia, ovverosia il disastro ambientale contestato alla società Eternit.

Il Gup presso il Tribunale di Torino solleva questione di legittimità dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui

⁵⁹ Corte cost., sentenza del 24 gennaio 2018, n. 43.

⁶⁰ La restituzione degli atti è necessaria nonostante si ritenga il dubbio di legittimità ricevibile in forza della giurisprudenza in essere al tempo della sua formulazione.

⁶¹ Cfr. F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Cosa è "sostanzialmente penale?"*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 461 ss.

⁶² Per la critica all'orientamento sancito dalla sentenza del 15 novembre 2011, *A e B c. Norvegia*, B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2 maggio 2018. L'Autore riporta le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle cause rimesse alla CGUE *Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Consob*: a parere di quest'ultimo, il criterio del legame sostanziale e temporale è impreciso e indeterminato, lasciando in grave incertezza il giudice nazionale.

⁶³ Corte cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200.

limita l'applicazione del divieto di un doppio giudizio al medesimo fatto giuridico nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, piuttosto che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu. Secondo il giudice rimettente, infatti, il *test* di comparazione tra fatto giudicato e fatto oggetto di nuova azione penale dovrebbe dipendere esclusivamente dalla condotta dell'agente, ma a siffatta necessità osterebbe la giurisprudenza domestica formatasi intorno all'art. 649 c.p.p., quando, da una parte, ricerca l'identità del fatto nella coincidenza della triade condotta – nesso causale – evento⁶⁴ e, dall'altra, ne esclude l'operatività in presenza di un concorso formale di reati.

La Consulta scompone la propria risposta nella valutazione dei due indirizzi giurisprudenziali menzionati. Quanto all'*idem factum*, niente vieta di ricondurre alla dimensione empirica elementi quali l'oggetto fisico su cui cade la condotta o l'evento⁶⁵; considerato che la Cedu non impone agli Stati contraenti di restringere il fatto alla sfera della sola azione od omissione, gli elementi costitutivi del reato possono rappresentare criteri normativi utili al suo accertamento⁶⁶.

Incostituzionale è, invece, l'art. 649 c.p.p., nell'interpretazione che lo esclude quando il reato accertato in via definitiva sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa da parte del pubblico ministero, nonostante l'identità del fatto⁶⁷.

La doppia incriminazione, di per sé compatibile col *ne bis in idem* convenzionale, non esonera l'autorità giudiziaria dall'indagine sull'identità empirica, sicché l'esistenza o meno di un concorso formale tra reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c.p.p.⁶⁸.

Incardinare un nuovo processo ogniqualvolta il reato contestato concorra formalmente con altro già giudicato, significherebbe reintrodurre apprezzamenti della dimensione giuridica del fatto e, con essi, il criterio dell'*idem legale*⁶⁹.

Posto che all'unicità della condotta può non corrispondere la medesimezza del fatto, dato dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori, il giudice dovrà di volta in volta procedere col previo giudizio sul fatto storico e stabilire se il procedimento sul reato in concorso formale confligga o meno con le garanzie apprestate dall'art. 4 Prot. 7 Cedu⁷⁰.

La soluzione prospettata dilata i principi europei e travolge un istituto, quello del concorso formale, mai criticato dalla giurisprudenza sovranazionale; un effetto, quindi, non imposto dall'obbligo di adeguamento interno⁷¹.

⁶⁴ Giurisprudenza sintetizzata nella già citata Cass., sez. un., 28 giugno 2055, n. 34655, in *CED Cass.*, n. 231799.

⁶⁵ Analizzando la sentenza costituzionale in esame, D. Pulitanò (*La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 71) evidenzia come «l'affrancamento dal giogo dell'inquadramento giuridico (cioè dall'*idem legale*) non equivale ad affrancamento dai criteri normativi. Ricostruire l'oggetto del *ne bis in idem*, così come selezionato dal legislatore competente, è un problema che ha una dimensione non astrattamente psicologica, ma normativa».

⁶⁶ B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1, p. 64 ss., non condivide la sentenza nella parte in cui delinea i confini del "convenzionalmente consentito", ricomprendendovi – in particolare – quell'interpretazione di *idem factum* che postula la corrispondenza di condotta, nesso causale ed evento, alla sola condizione che quest'ultimo sia inteso in senso naturalistico. Il rischio sarebbe quello di produrre effetti che vanno ben oltre la questione del concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*. Secondo l'Autrice, sarebbe stato opportuno precisare che l'evento naturalistico possa segnare il mutamento del fatto solo fuori dei casi in cui sia il grado a variare, esemplificando col reato progressivo o col passaggio dal tentativo al delitto consumato. Diversamente, si avlerebbero letture *contra legem* dell'art. 649 c.p.p., nonché vuoti nella tutela di beni giuridici primari.

⁶⁷ Cfr. Cass., sez. I, 29 gennaio 2014, n. 12943, in *CED Cass.*, n. 260133 «Il principio del *ne bis in idem* impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato, dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penali»; già, Cass., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157, in *CED Cass.*, n. 238442.

⁶⁸ La scelta di escludere l'*idem* nel caso di concorso formale rappresenta «l'aspetto più vistoso e più consolidato delle torsioni curiali da appetito inquisitorio» cfr. D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, cit., p. 72, il quale, pertanto, ritiene la conclusione della Corte costituzionale una «saldatura tra Costituzione e CEDU».

⁶⁹ Come rileva A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss., subordinare il divieto del doppio giudizio al previo confronto degli elementi costitutivi del fatto tipizzato da due norme, al fine di riscontrare un concorso formale di reati per disomogeneità strutturale, significa affievolire l'approccio teso alla valorizzazione dell'identità materiale.

⁷⁰ Ritiene appropriato l'intervento della Corte costituzionale R.A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, p. 3809.

⁷¹ Nell'ottica di P. Ferrua, (*La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass.*

Lo scopo di quest'ultima è quello di censurare la risposta sanzionatoria per un fatto che, all'atto di esser scomposta dal legislatore nazionale in plurime fasi, rami, procedimenti e sanzioni parallele e/o complementari, risulti iniqua, posto che da siffatta "scomposizione" discenderebbe per l'imputato un carico di oneri sproporzionato, non strettamente necessario.

Nel concorso formale di reati non si assiste alla già menzionata "scomposizione" della risposta sanzionatoria per lo stesso fatto: la pluralità di risposte punitive è mera conseguenza della riferibilità di più significati offensivi conseguenti alla stessa condotta.

Può darsi che, tra le righe, i giudici costituzionali abbiano inteso attenuare l'incidenza, in sede processuale, della mobilità di confini tra concorso apparente e formale di reati.

In particolare, la pronuncia è stata letta nel senso di accreditare l'autonomia del *ne bis in idem* processuale da quello sostanziale, in forza del diverso obiettivo a cui i due principi rispondono. Conseguenza diretta è che l'art. 649 c.p.p. preservi l'interessato dalla "sanzione aggiuntiva" del doppio processo, non solo quando il medesimo fatto sia oggetto di un concorso apparente di norme, ma anche quando la legge sostanziale preveda il cumulo sanzionatorio⁷².

In altre parole, si vuole far in modo che l'accusa valuti una volta per tutte, al momento della conoscenza del fatto, per quali e per quanti reati agire, senza che possa procedere per tentativi.

In questo senso, la soluzione accoglie l'invito della giurisprudenza sovranazionale a prevenire la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu assicurando la trattazione cumulativa dei risvolti "penali" di un unico accadimento. Ne sarebbe conferma il collegamento tra art. 111 Cost. e *ne bis in idem*, laddove il primo vincola il carattere giusto del processo alla sua definizione in tempi ragionevoli⁷³.

Conseguenza indiretta è, invece, che l'addebito dello stesso fatto a duplice titolo avrebbe come canale privilegiato (e in concreto, probabilmente, esclusivo) la contestazione simultanea, in un unico procedimento.

pen., 2017, 1, p. 82), per superare il limite del concorso formale, la Corte costituzionale avrebbe potuto limitarsi ad una sentenza interpretativa di rigetto, volta a ribadire quanto già emerge dalla lettera dell'art. 649 c.p.p., ossia la nozione "materiale" e non "giuridica" del fatto, sconfessando l'esegesi minoritaria e contrastante. «Se ha scelto la via della dichiarazione di illegittimità, è evidentemente per il timore che, non essendo vincolanti le interpretative di rigetto, la giurisprudenza della Cassazione potesse perseverare in un indirizzo contrastante sia con il tenore della legge ordinaria sia con la fonte sovraordinata dell'art. 4 cit., come interpretato dalla Corte europea».

⁷² È l'interpretazione di B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., pp. 67-68.

⁷³ Come efficacemente rilevato da I. Gitteri, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 Cedu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2015, «l'alternativa sarebbe infatti consentire agli organi inquirenti di giocare una sorte di tiro al piattello con l'imputato, o meglio con le diverse norme in cui può essere susunto il fatto a lui ascritto, procedendo per tentativi nella speranza di centrare, presto o tardi, una condanna». L'Autrice ragguaglia la considerazione al caso di specie, Eternit: nulla avrebbe impedito alla Procura di Torino di contestare, nel procedimento principale, sia i reati di disastro ambientale e di omissione dolosa di cautele, sia gli omicidi volontari, trattandosi di reati strutturalmente diversi, che tutelano beni giuridici distinti.

CRISTIANA VALENTINI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

Forma dell'impugnazione e canoni della motivazione*

Form of the appeals and canons of the grounds of the judgment

L'Autore esamina i risvolti prodotti dalle più recenti modifiche alla disciplina del rito penale sul sistema delle impugnazioni, correlandole alle nuove regole che impongono al giudice una precisa struttura della motivazione. L'assunto di fondo è quello che nessun possibile miglioramento nel sistema delle impugnazioni può prescindere dal garantire *in primis* la qualità della decisione giudiziale e, soprattutto, la c.d. fedeltà della motivazione al processo.

The Author examines the consequences of the most recent changes to the discipline of penal procedure regarding appeals, with particular regards to the relationship between rules that govern it and the laws which indicate to the judge how to arrange his decision. The basic assumption is that no possible improvement in the system of appeals can be disregarded by first of all ensuring the quality of the judicial decision and, above all, the c.d. fidelity of the motivation to the trial.

ALCUNE INTENTIONES LEGUM

È ben noto come la riforma dell'art. 581 c.p.p. sia stata uno degli snodi centrali delle novità introdotte nel codice di procedura penale con l. 23 giugno 2017, n. 103.

La molteplicità di disamine successive – attente a verificare l'impatto del *novum* sulla delicata materia delle impugnazioni – ha sottolineato il percettibile intento formativo¹ nei confronti degli impugnanti, come pure l'assunto latente di una strumentalizzazione dell'appello a fini puramente dilatori².

Non per nulla, del resto, il Presidente Canzio³, nel resoconto stenografico dell'audizione dinanzi alla Commissione Giustizia, in seduta del 19 febbraio 2015, sottolineava: «Capite che questo processo non riesce a vivere per una serie di ragioni, come lo scarso rilievo dei procedimenti alternativi, le impugnazioni, che sono sicuramente tante, anche perché favorite da quest'idea che si possa comunque pervenire con la lunghezza del processo a certi risultati, e infine anche la scarsità di proposte che semplificano e rendono più appetibili certi meccanismi».

Questo *leit motiv* "educativo" degli impugnanti, troppo spesso propensi a fidare nei vari poteri officiosi del giudice e sulla clemenza delle Corti d'appello, (e quindi ad omettere il dovuto tecnicismo e la dovuta serietà nell'atto d'impugnazione), come pure spesso intenzionati solo a fruire di patologici tempi processuali per giungere alla prescrizione del reato, ricorda la Relazione al Progetto Preliminare del Codice Rocco, con riferimento alla norma omologa⁴.

* Con il titolo "Forma dell'impugnazione", il presente lavoro è destinato anche alla pubblicazione nel volume *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione, restaurazione*, a cura di G. Ranaldi, Pisa University Press, 2019.

¹ Cfr. G. Garuti, *La specificità dei motivi d'appello*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, p. 1 ss.

² È questo il segno dei rilievi effettuati da M. Ceresa Gastaldo, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 10, il quale scrive: «l'idea che sembra dominare la logica dell'irrigidimento dei requisiti formali dell'atto è che valga in materia una presunzione di strumentalità dell'iniziativa impugnatoria della parte, rispetto alla quale il *favor impugnationis* non è altro che un segno della decadenza dei "costumi" processuali».

³ Il testo di tale parte della riforma è, in effetti, una riproduzione precisa di quello elaborato dalla Commissione Canzio. Cfr. M. Gialuz-A. Cabiale-J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴ Lo si è notato giusto all'indomani della riforma; sia consentito, sul punto, il rinvio alle considerazioni di chi scrive in *Nuove forme dell'impugnazione (comma 55 L. n. 103/2017)*, in T. Bene-A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 213 ss.

Spiegava allora il Guardasigilli: «dato modo alle parti di presentare gravami seri e meditati, ritenni opportuno di esigere che i motivi di tutte le impugnazioni ... debbono essere formulati, a pena d'inammissibilità, in modo preciso e specifico. Se chi impugna un provvedimento del giudice non sa neppure egli precisamente di cosa intende lamentarsi, è manifesto che nessun valore può essere dato alla sua impugnazione, che deve considerarsi una manifestazione fatua, determinata dal solo intento dilatorio».

Con questo spirito, l'art. 211, comma 2, c.p.p. 1930 esigeva che «in ogni caso d'impugnazione i motivi devono essere esposti specificamente a pena d'inammissibilità», così estendendo a tutte le impugnazioni una regola prima prevista solo con riferimento al ricorso per cassazione, con l'intento di impedire che gli impugnanti potessero perseguire obiettivi esclusivamente dilatori.

Ora, il successo di siffatta *intentio legis*, pur proclamata con il piglio militaresco di Alfredo Rocco, era stato ben poco, se è vero che, nel commentare il Progetto Preliminare di riforma del codice di procedura penale datato 1978, si sarebbe rilevato quanto segue: «la nozione di comune esperienza che l'Italia è forse il Paese in cui si fa ricorso ai mezzi d'impugnazione con maggiore intensità e frequenza [avrebbe] dovuto suggerire di prevedere più concreti mezzi di disincentivazione – quanto meno dell'appello – al fine di alleggerire un sistema giudiziario oggi pesantemente gravato dai giudizi di merito in secondo grado»⁵.

Ancora; all'indomani dell'introduzione del codice Vassalli, da un lato si era notato come la formula normativa dell'art. 581 – nella quale erano stati strutturati i requisiti formali dell'atto d'impugnazione – certo non aveva cambiato la sostanza dell'istituto noto alla precedente versione codicistica⁶, rimanendo nel solco arato da una tradizione che comunque esigeva una necessaria correlazione tra capi/punti impugnati, richieste e motivi⁷. D'altra parte, però, con altrettanta immediatezza si era pure detto che l'intento del legislatore del codice era quello di esigere una maggiore qualità dell'atto d'impugnazione⁸, costringendolo entro una gabbia logica precisa: individuazione di capi e punti dell'atto impugnato, delle richieste afferenti alla proposizione di questo preciso ambito di controllo e delle ragioni su cui tali richieste si fondassero.

Si venga alle parole del legislatore ultimo: il nuovo testo dell'art. 581 «nel rafforzare l'onere della parte di enunciare specificamente i motivi dell'impugnazione, si raccorda con la norma dell'art. 546 lett. e), riguardante il modello legale della motivazione “in fatto” della decisione di merito, ed appare idonea ad assicurare meglio la razionalizzazione e la semplificazione della procedura impugnatoria»⁹.

Questo velocissimo percorso attraverso le *intentiones* dei legislatori di ieri e di oggi, mostra chiaramente che il *mot de passe* “razionalizzazione/semplificazione”¹⁰ allude a problemi dell'istituto delle impugnazioni rimasti irrisolti attraverso quasi cento anni di riforme.

Ma il quadro sarebbe incompleto se non si desse conto subito di un dato ulteriore, segnalato – come sopra si notava – dallo stesso legislatore e derivante dalla contestuale modifica dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., ispirata «all'esigenza di costruire, nel contesto del libero (ma non arbitrario) convincimento del giudice, il modello legale della motivazione “in fatto” della decisione, nella quale risulti esplicito il ragionamento probatorio sull'intero spettro dell'oggetto della prova, che sia idoneo a giustificare razionalmente la decisione secondo il modello inferenziale indicato per la valutazione delle prove. Solo la motivazione in fatto, rigorosamente costruita con riguardo alla tenuta sia “informativa” che “logica” della decisione, può costituire l'effettivo paradigma devolutivo sul quale posizionare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione...»¹¹.

⁵V. Grevi-G. Neppi Modona, *Introduzione al progetto del 1978*, in G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Cedam, Padova, 1989, p. 89 ss.

⁶G. Spangher, voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Utet, Torino, 1992, p. 217.

⁷G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 318.

⁸G. Spangher, voce *Impugnazioni penali*, cit., p. 226.

⁹Così la Relazione conclusiva della Commissione Ministeriale Commissione istituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰Scrive, a proposito della porzione concernente le impugnazioni, G. Illuminati, *Un nuovo tassello di una incessante stagione di riforma*, in L. Giuliani-R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla Legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3 ss.: «se si va alla ricerca di una comune ragion d'essere della riforma, prescindendo dagli aspetti marginali, si può concludere che in linea di massima si tratta di un intervento genericamente volto alla razionalizzazione e alla semplificazione del sistema».

¹¹Così la Relazione al Disegno di Legge n. 2798, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Orlando il 23 dicembre

Anche qui la *voluntas legis* è chiarissima e allude alla necessità di rimediare alla deriva della motivazione, troppo spesso gravata da difetti che appaiono eclatanti già ad una veloce ricognizione delle ultime decisioni edite¹².

Sicché sembra di poter dire che la razionalizzazione/semplificazione viene perseguita sui due versanti complementari dell'oggetto dell'impugnazione (la sentenza) come dell'atto con cui si realizza.

DAI MOTIVI D'IMPUGNAZIONE ALLA SENTENZA IMPUGNATA

Secondo una nota sintesi di orientamenti espressi dall'esegesi giurisprudenziale dell'art. 211 c.p.p. 1930, l'impugnazione era considerata inammissibile per genericità non solo quando non fossero state enunciate «nemmeno sommariamente le ragioni che giustificano la domanda di annullamento o di riforma», ma anche quando quelle ragioni non possedessero «alcuna specifica relazione con il provvedimento impugnato»¹³.

Questa seconda forma di specificità, poi, era intesa come una derivante dal fatto che si trattasse di motivi d'impugnazione sì espressi «nella forma di un ragionamento», epperò consistenti «in una formula vaga e indeterminata, genericamente adattabile a qualunque sentenza e specificamente a nessuna»¹⁴.

L'impugnazione, insomma – si diceva – non può essere una disquisizione, sia pure dotta, priva di relazioni con l'interesse dell'impugnante.

Nonostante l'elaborazione chiara delle caratteristiche della specificità e nonostante le consonanti riflessioni espresse sul punto dalla sentenza a Sezioni Unite Galtelli¹⁵, l'interpolazione dell'art. 581 c.p.p. non è stata accompagnata da alcuna novità testuale dedicata alle caratteristiche della specificità stessa.

È noto, in effetti, che, in epoca immediatamente antecedente alla riforma e per di più con riferimento alla medesima quale argomento interpretativo, proprio la sentenza Galtelli aveva preso posizione tra due contrapposti orientamenti riscontrabili in seno alla giurisprudenza di legittimità, esigendo che la specificità dei motivi d'impugnazione fosse intesa non solo in senso "intrinseco", ma anche in senso "estrinseco", ovvero quale «esplicita correlazione dei motivi ... con le ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata»¹⁶.

Il nuovo testo, allora, parrebbe rifiutare l'*input* delle Sezioni Unite, replicando la scelta precedente di non definire il tipo di specificità voluta dal codice¹⁷: intrinseca o estrinseca, intesa quest'ultima come opera di critica al provvedimento impugnato e alle ragioni ivi espresse in motivazione.

2014, 2798. Una puntuale ricostruzione dell'origine del testo divenuto legge, si veda G. Di Paolo, *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione in fatto della sentenza penale?*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017) e relativi decreti attuativi (3 ottobre 2017)*, Cedam, Padova, 2017, p. 241 ss.

¹² L'intento è reso palese già dal semplice testo della disposizione: «l'idea è scongiurare motivazioni contorte, logicamente discontinue e inutilmente prolisse». Parole di A. Scalfati, *Tomografia di una riforma*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss. Più ampie considerazioni dell'autore sulla riforma delle impugnazioni in A. Scalfati, *Anti-panegirico dell'intervento legislativo sulle impugnazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 995.

¹³ G. Petrella, *Le impugnazioni*, cit., p. 318.

¹⁴ Cfr. G. Petrella, *Le impugnazioni*, cit., p. 325.

¹⁵ Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, cit.

¹⁶ Limpide le considerazioni espresse, proprio con riferimento alla decisione in parola, da H. Belluta, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 2, p. 134 ss.: «i motivi d'appello sono lo strumento con il quale l'appellante conduce la cognizione del secondo giudice, attraverso i gangli della motivazione della sentenza impugnata, sul merito. La richiesta di specificità, dunque, trova ragion d'essere soltanto e proporzionalmente all'esigenza di chiarire in quali punti la sentenza di primo grado dovrebbe essere riformata e per quali ragioni. Rinviene, invece, i propri limiti sia nel tipo di cognizione – sui punti e non sui motivi – sia nell'assetto dei poteri decisori – in particolare di riforma – del secondo giudice».

¹⁷ Osserva C. Fiorio, *La complicata semplificazione delle impugnazioni (a margine dei "nuovi" criteri di ammissibilità)*, in *www.archi.viopenale.it*, 2018, che «La "categoria unitaria" auspicata dalle Sezioni unite Galtelli non è stata assolutamente avallata dalla Riforma Orlando, posto che "quel" concetto di "specificità estrinseca" (che imporrebbe la critica alle argomentazioni poste a sostegno della sentenza di primo grado) è estraneo alla vigente formulazione dell'art. 581 c.p.p., che lo riferisce, invece, alla "enunciazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta"». Anche M. Ceresa Gastaldo, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità dell'impugnazione*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 18, nota che «del parametro selettivo che la ricordata, recente sentenza delle Sezioni Unite pretendeva di applicare *ante litteram*, non si vede traccia».

Il punto è però che, come del resto espresso dallo stesso legislatore, il mutamento subito dall'art. 581 c.p.p. non può essere colto nella sua effettività se non in relazione al contemporaneo mutamento operato in seno all'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.¹⁸.

Si rammenti il tenore precedente di quest'ultima disposizione, che richiedeva, *sub* lett. e), «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie».

La stessa lett. e), nella versione *post* riforma Orlando, mantiene l'esordio che esige la predetta concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto, per imporre, però, al relatore della sentenza non più l'indicazione delle «prove poste a base della decisione», ma dei «risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati»; infine, la disposizione ripete il sintagma, già presente nel vecchio testo, che statuisce la necessaria enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie.

Segue poi un ulteriore chiarimento in merito alle indicazioni pretese, chiamate ad avere a proprio oggetto l'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione; la rispettiva qualificazione giuridica; la punibilità; la determinazione della pena, operata *ex* art. 533 c.p.; la determinazione della misura di sicurezza; la responsabilità civile derivante dal reato; l'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.

Ora, il mutamento è testualmente cospicuo, ma mentre alcune novità possono dirsi più apparenti che reali – riferite come sono a contenuti senz'altro impliciti già nella precedente versione¹⁹ – altre sembrano effettivamente capaci di indurre conseguenze di rilievo²⁰.

Anzitutto, focalizzando l'attenzione sul primo mutamento testuale, si nota che le prove da indicare non sono più quelle «poste a base della decisione», ma quelle acquisite: la differenza testuale non risiede solo nell'uso del termine “risultato” acquisito in luogo di “prova”, ma anche nella scomparsa dell'espressione che imponeva al giudice di indicare unicamente le prove chiamate a fondare il *decisum*.

È subito immaginabile una confutazione di questa esegesi: poiché il tenore previgente, al pari di quello attuale, impone al giudice l'enunciazione delle ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie, in entrambi i casi la disposizione appariva mirata a garantire la c.d. fedeltà della motivazione al processo²¹ e alle sue risultanze, incluse quelle di segno opposto alla conclusione prescelta.

Il punto è che questa sicura *ratio legis* di entrambi i testi – del nuovo come del vecchio – è stata frustrata da una prassi che ha visto, nel corso degli anni, una progressiva degenerazione della qualità delle sentenze, di cui si colgono (troppo) rare, ma pur significative tracce nella giurisprudenza di legittimità.

Lo spettro degli errori nel motivare – con specifico riferimento alla fedeltà rispetto ai dati processuali acquisiti – spazia dalla forma della motivazione apodittica²², a quella consistente nella mera elencazione del contenuto dei verbali, priva di argomenti che valgano a denotarne il valore probatorio; in en-

¹⁸ Si vedano, sul punto, i precoci rilievi di L. Marafioti, *Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 553 ss., che in particolare osserva: «il disegno di legge attualmente in discussione in Parlamento, pur avallando, di fatto, le conclusioni prepotentemente anticipate in via interpretativa dalla giurisprudenza in tema di genericità dei motivi d'appello (art. 581, lett. d), c.p.p.), sembra rimandare ad un *humus* culturale più ampio rispetto alla sterile ideologia economicistica del risultato che ha sinora alimentato la cultura dell'inammissibilità delle impugnazioni. Decisivo rilievo assume, infatti, la motivazione della sentenza di primo grado, che diventa la vera e propria chiave di volta per risolvere il problema dei motivi. Tanto che la specificità dell'appello deve trovare solido ancoraggio in una maggiore analiticità della motivazione del provvedimento impugnato, destinato a fungere da idonea piattaforma argomentativa per le doglianze nell'atto di impugnazione (nuovo art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.)».

¹⁹ Sul punto, si veda il successivo paragrafo.

²⁰ Sottolineano efficacemente l'importanza di questa parte della riforma, M. Menna-M. Minafra, *Il dibattito: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 163 ss.

²¹ Su questo aspetto v. ancora A. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 14, che sottolinea: «il convincimento del giudice del merito non può e non deve rimanere avulso dalla conoscenza di tutti quei fatti che possano risultare comunque significativi nella ricostruzione della vicenda dedotta in giudizio, sicché la decisione non può non poggiare sull'apprezzamento comparato e con-testuale delle opposte argomentazioni; per l'effetto, non sarebbe effettivo, ma soltanto apparente ed illusorio, un giudizio d'impugnazione che in via istituzionale precludesse alla Corte di casazione di verificare come il giudice del merito abbia compiuto la ricostruzione del fatto; in pratica, se il provvedimento portato al vaglio di legittimità si sia colpevolmente discostato dalle enunciazioni della difesa nella loro dimensione rivelatrice delle eventuali incongruenze affioranti nella tesi sostenuta dall'accusa».

²² Utile esempio di annullamento per apoditticità della motivazione nella recente Cass., sez. V, 27 luglio 2018, n. 36126.

trambi i casi si parla di motivazione c.d. apparente²³. Ma non meno rilevante e frequente è l'ipotesi della motivazione che travisa i risultati di prova, enunciandone significati diversi da quelli effettivi.

I primi due sono difetti simili nella sostanza: nella motivazione apodittica, il giudice esprime una valutazione sulle prove senza indicare quali siano i dati probatori cui attinge ovvero limitando l'analisi ai soli dati che confermano la conclusione prescelta. Nella fattispecie della motivazione composta mediante mero *collage* dei verbali, le prove appaiono materialmente indicate, ma risulta mancante l'argomentazione sulle medesime, ovvero l'argomentazione sui fatti che si ritengono ricostruiti in base ai risultati di prova e sul loro valore giuridico.

Grossolanamente potrebbe dirsi che in entrambi le ipotesi, il giudice "risparmia tempo" nel lavoro motivazionale, in un caso omettendo (in tutto o in parte) l'indicazione dei risultati probatori, nell'altro riempiendo la sentenza – in apparenza cospicua – mediante elencazione di nudi risultati di prova.

La motivazione apodittica è senza dubbio caso «più frequente di quanto si creda»²⁴; le prove vengono meramente asserite, ma nulla si sa in merito al loro contenuto concreto, che si risolve nel sintagma "dagli atti del processo risulta che l'imputato", dove alla nuda asserzione non segue né l'indicazione del contenuto effettivo delle prove da cui "risulta che", né l'argomentazione sul significato che esse assumono in termini di fattispecie.

Nel caso della motivazione/elenco, i risultati ci sono, ma non sono argomentati, come se possedessero un valore intrinseco che esime il giudice da ogni commento; un bell'esempio del tipo è tratto dalla decisione resa a Sezioni Unite su un noto processo oggetto di attenzione mediatica: «la pronunzia pone difficoltà di lettura, presentando talune patologie quanto all'esame delle questioni cruciali: la distonia tra motivazione e dispositivo; l'elefantiasi che offusca le ragioni della decisione; la disorganica esposizione delle prove e dei fatti, senza che ne sia chiaramente esplicitata la rilevanza in ordine alla risoluzione delle questioni controverse. L'atto consta di oltre duecento pagine, ma la parte di gran lunga preponderante del testo è costituita dalla integrale, acritica trascrizione di deposizioni assunte nel giudizio ... Si tratta di uno stile che si rinviene spesso nella produzione giurisprudenziale, alimentato anche dalla tecnologia di riproduzione dei testi. Tale stile ostacola la comprensione del senso della decisione, tradisce la funzione euristica della motivazione, disattende precise indicazioni di plurime norme processuali. Di fronte a tale preoccupante degenerazione, le Sezioni Unite ritengono di dovere rimarcare il fenomeno dell'assenza di una chiara distinzione tra il contenuto della prova ed i fatti che da essa si desumono»²⁵.

Simili parole avrebbero meritato ben più ampio rilievo rispetto a quello che è stato loro conferito nel contesto di una decisione contenente l'intervento delle Sezioni Unite su tutt'altro argomento²⁶; essa staglia però un nodo nevralgico di fallimento del sistema, rappresentato appunto da motivazioni che, per questo o quell'altro verso, lungi dall'essere lo specchio fedele dei dati probatori sulla cui base viene poi spesa l'argomentazione valutativa, si presenta come un mezzo di occultamento di ragioni del decidere sostanzialmente imperscrutabili, dove le prove compaiono come dati solo «strumentalizzati dal giudice a fini decisori»²⁷.

In questo senso, il mutamento dell'art. 546 c.p.p. assume il valore di un richiamo inequivocabile effettuato, appunto, nei confronti del giudice, affinché rispetti alcuni fondamentali doveri:²⁸ «il giudice di

²³ F. Iacoviello, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 365.

²⁴ F. Iacoviello, *La Cassazione penale*, cit., p. 365.

²⁵ Cass., sez. un., 23 giugno 2016, n. 40516, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1965. Altro esempio interessante in Cass., sez. IV, 13 luglio 2018, n. 32216, in *www.dejure.it*, dove si legge: «la sentenza di primo grado, dal suo canto, dopo avere riportato integralmente ed acriticamente la versione dei fatti raccontata dalla persona offesa e la ricostruzione del proprio intervento operata dal maresciallo dei carabinieri M.G., consta quasi in toto della riproduzione integrale ed acritica, ivi comprese foto e grafici, con una tecnica di redazione palesemente irrituale, della relazione del consulente tecnico del pubblico ministero Co.. Soltanto alle pagine 31 e 32 il giudice monocratico del Tribunale di Matera dopo avere offerto la ricostruzione del fatto mutuata letteralmente dal tecnico del PM, ritiene di trarre le proprie scarse conclusioni in punto di responsabilità degli odierni ricorrenti, eludendo totalmente gli elementi necessari per fondare un'affermazione di responsabilità per un reato della complessità di quello di cui all'imputazione. Tale scarno portato motivazionale non risulta in alcun modo migliorato e/o integrato dalla altrettanto scarna ed apodittica motivazione della Corte potentina».

²⁶ La sentenza di cui si discute è invece richiamata e commentata da R. Bricchetti, *Sentenza e atto d'impugnazione (contenuto e motivi). Il regime della aspecificità e della inammissibilità dell'atto di impugnazione in rapporto al nuovo modello di motivazione della sentenza di merito*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, 6, p. 191 ss.

²⁷ Parole di M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Jovene, Napoli, 2000, p. 60.

²⁸ Viene qui alla mente l'ancor recente lavoro di M. Scaparone, *Prove a difesa e motivazione implicita*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 4,

primo grado argomenta sulle informazioni, spiega i dati raccolti e ha un dovere di fedele rendiconto, di fedeltà alla dialettica probatoria del processo. Non deve dimenticare nulla di rilevante, non deve trascurare o travisare gli elementi di prova. Non deve, insomma, introdurre informazioni viziate»²⁹; formule queste che, nella semplicità del richiamo alla «completezza e [al]l'esattezza dei dati informativi»³⁰ su cui deve risultare fondata la motivazione della sentenza, sottendono tutto l'enorme problema dell'effettività del controllo esercitato nei giudizi d'impugnazione, palesemente dipendente non solo dalla qualità dell'atto d'impugnativa, ma prima ancora dalla sentenza su cui essa si esercita.

Allora, anche la necessaria indicazione dei "risultati" di prova, in luogo delle "prove", dev'essere letta nella prospettiva segnalata.

L'espressione "risultato di prova" è nota alla tradizione e adoperata ad indicare «il dato storico che, mediante l'attività di formazione della prova, è introdotto nel processo quale conoscenza utilizzabile dal giudice per la decisione»³¹, quindi la conversazione captata, il *dictum* verbalizzato del testimone, i fatti constatati dalla p.g. in seno ad un verbale di perquisizione.

È certamente vero che anche il termine "prova" utilizzato dalla precedente versione dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. era qui adoperato ad indicare non già il mezzo, ma l'esito dell'esperimento probatorio (il fatto storico risultante dalla prova); ciò nonostante il richiamo al "risultato" costruisce un obbligo del giudice ad indicare appunto il contenuto effettivo e testuale della prova regolarmente acquisita, unitamente al criterio adottato nella valutazione del detto risultato.

Vale la pena qui di riflettere su due aspetti: anzitutto sul fatto che motivazioni apparenti e motivazioni che travisano le risultanze sono un fenomeno diffuso, cui i giudici investiti del controllo stentano a porre rimedio ad onta della sua conclamata gravità in termini di rispetto della legalità processuale, ma anche nella prospettiva della reiterata violazione del dovere costituzionale di rendere ragione dell'esercizio della *iurisdictio*. Ebbene, sembra chiaro che una misura tanto semplice quanto l'esplicitazione in sentenza dei risultati probatori rilevanti, uniti alla rispettiva valutazione, è in grado di impedire il fenomeno del travisamento e semplificare in misura notevole il compito di controllo affidato ai giudici dell'impugnazione.

D'altra parte, nella medesima prospettiva, in sede di redazione del Protocollo d'intesa tra CSM e CNF del 17 luglio 2018, si è precisato che nella parte motiva della sentenza d'appello³², laddove il materiale probatorio adoperato consti di intercettazioni, «dovranno essere esaminate le singole conversazioni per dimostrare se è attendibile la lettura accusatoria o quella alternativa proposta dalla difesa»³³, mentre poi neppure deve trascurarsi che, in epoca immediatamente successiva alla riforma Orlando, lo stesso CSM ha sentito la necessità di ribadire l'importanza della motivazione che «costituisce la precondizione per l'effettività del controllo sull'iter logico-giuridico seguito dal giudice di merito nell'applicazione della norma giuridica».

Ma vale la pena di leggere anche il prosieguo della citata delibera, ove si scrive che «l'adempimento dell'obbligo di motivazione costituisce, quindi, il titolo di legittimazione per l'esercizio della funzione giurisdizionale e rappresenta la condizione necessaria per l'attuazione del principio di legalità. La giustificazione della decisione compendiata nella motivazione è la risultante di un giudizio complesso at-

p. 1 ss., che conclude: «fino a quando la Corte di cassazione non si indurrà a pretendere la rigorosa osservanza dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. da parte dei giudici di merito, un rimedio all'omessa considerazione in motivazione, da parte di questi ultimi, di prove a scarico potrà rinvenirsi nella richiesta di revisione del provvedimento irrevocabile di condanna o di patteggiamento, basata a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. su nuove prove, le quali siano idonee a dimostrare che il richiedente avrebbe dovuto essere prosciolto a norma dell'art. 631 c.p.p.».

²⁹ Così, limpidamente, R. Brichetti, *Sentenza e atto d'impugnazione*, cit., p. 198.

³⁰ Ancora R. Brichetti, *Sentenza e atto d'impugnazione*, cit., p. 198.

³¹ Così O. Dominioni, *Un nuovo idolum teathri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 1997, p. 736 ss. Di recente, il termine è contestualizzato nel senso preciso indicato da C. Conti, *L'autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 36 che scrive, a proposito del vizio di travisamento della prova: «il vizio è stato delineato con riferimento ai casi in cui il giudice di merito abbia fondato la decisione su una prova inesistente (ad es., il teste o la ricognizione personale o la perizia non esiste) o un risultato della prova smentito da quello effettivo (ad es., il teste o la ricognizione personale non si riferisce a Caio ma a Tizio, o la perizia dà solo per possibile, ma non certo, un determinato accadimento)».

³² Non è chiaro, in verità, per quale ragione si parli esclusivamente di disamina delle singole conversazioni intercettate e non anche delle altre, ipotizzabili, risultanze probatorie; e neppure risulta chiaro per quali ragioni la disamina delle singole risultanze delle intercettazioni sia richiesta solo alla sentenza d'appello e non anche a quella di prime cure.

³³ Così l'allegato n. 7 al Protocollo d'intesa, leggibile su www.consiglionazionaleforense.it.

tinente sia al diritto che al fatto e deve rispondere a criteri di razionalità che, insieme con il principio di legalità, rappresentano la regola suprema del processo e, dunque, assicurano l'attuazione della volontà della legge nella singola situazione concreta, evitando che l'esito del processo stesso dipenda da scelte arbitrarie del giudice»³⁴.

Non sfugge come questo *memento* del CSM ai giudici sia una precisa eco dell'*intentio legis* espressa dalla Commissione ministeriale di riforma, secondo cui dall'esigenza di garantire che il convincimento del giudice sia «libero (ma non arbitrario)» deriva la specificazione codicistica del «modello legale della motivazione “in fatto” della decisione», effettuata nel corpo dell'art. 546 c.p.p. col preciso intento di assicurare l'esplicitazione del «ragionamento probatorio sull'intero spettro dell'oggetto della prova» ed ottenere una motivazione «rigorosamente costruita con riguardo alla tenuta sia “informativa” che “logica” della decisione»³⁵.

Insomma, sembra di poter dire che la *ratio legis* di questa parte della riforma sia rivolta ad impedire il degrado³⁶ – apparentemente inarrestabile – della motivazione³⁷ e sorge anzi il dubbio che gli accresciuti oneri degli impugnanti non siano che una conseguenza dei constatati problemi dell'oggetto dell'impugnazione, ovvero la sentenza. Di più: sorge il dubbio che il legislatore della riforma sia stato ben consapevole del fatto che, forse, vasta parte dei problemi delle impugnazioni derivi dalla scarsa qualità dell'accertamento effettuato in fase di prime cure e reso manifesto dai ricorrenti difetti delle motivazioni.

DALLA SENTENZA IMPUGNATA AI MOTIVI D'IMPUGNAZIONE

Si torni alla delibera del CSM; vi leggiamo ancora che «l'onere di specificità, posto a carico dell'impugnante» è «direttamente proporzionale alla specificità»³⁸ di cui fa mostra il provvedimento impugnato³⁹.

E in effetti sempre nella Relazione ministeriale si legge che solo una sentenza rigorosamente conformata allo schema dell'art. 546 c.p.p. è in grado di fondare «l'effettivo paradigma devolutivo sul quale posizionare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione».

In buona sostanza, alle parti si richiede esattamente ciò che si pretende dal giudice, ovvero di identificare capi-punti-risultati di prova-criteri di valutazione su tutto l'oggetto della prova stessa, così come testualmente identificato dall'art. 187 c.p.p.

Dal giudice si esige che motivi secondo questo *iter*, dalle parti che precisino quali parti dell'*iter* motivazionale suddetto siano oggetto di critica e perché.

Ma si noti ancora.

³⁴ Il corsivo è nostro. Il testo riportato è tratto dalla delibera del CSM del 20 giugno 2018, intitolata “Prima attuazione delle linee guida in tema di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti”, contenente un testo in parte poi inserito nel Protocollo d'intesa col CNF del successivo 17 luglio 2018. La delibera è pubblicata all'indirizzo www.csm.it.

³⁵ In questi termini la Relazione al Disegno di Legge n. 2798, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Orlando il 23 dicembre 2014, 2798.

³⁶ Si leggano le pungenti considerazioni di N. Triggiani, *Sentenze penali italian style*, in N. Triggiani (a cura di), *Il linguaggio del processo. Una riflessione interdisciplinare. Quaderni del Dipartimento Jonico*, 2017, 6, p. 129 ss.

³⁷ Un'indagine interessante sarebbe quella volta a stabilire quanti errori giudiziari sarebbero stati evitabili mediante un esercizio più rigoroso del dovere di motivare le sentenze. La sollecitazione all'uso dell'errore giudiziario come «volano» di ulteriori riflessioni sul tessuto normativo processuale è di L. Luparia, *Cultura della prova ed errore giudiziario. Il processo penale in discussione*, in L. Luparia-L. Mariafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Errori giudiziari e background processuale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. XI e ss., il quale nota la «tendenziale marginalizzazione dell'argomento [errore giudiziario] nell'odierno dibattito giuridico europeo, così come nella percezione di operatori e legislatore. Per una sorta di atavico tabù, di riluttanza a riconoscere la prospettiva del concreto verificarsi d'errori giudiziari nei Tribunali del vecchio continente, si è potuto registrare negli ultimi anni un sostanziale prosciugamento delle analisi sulla portata e sulle cause del problema, unita ad una scarsa ricerca di possibili nuovi congegni remediali».

³⁸ Così ancora la delibera CSM del 20 giugno 2018 citata.

³⁹ Nella medesima direzione si muove l'ultima giurisprudenza di legittimità; esemplare Cass., sez. V, 25 maggio 2018, n. 34504 in www.ilpenalista.it, secondo cui con la riforma «viene ... ad essere valorizzata l'intima correlazione funzionale tra struttura dell'argomentazione della sentenza e forma dell'atto di impugnazione: la sentenza, difatti, deve rappresentare gli elementi dimostrativi ed esplicitare compiutamente le determinazioni del giudice, mentre l'atto di impugnazione dovrà correlarsi – criticamente – ai capi, ai punti, alle questioni processuali e probatorie contenute nella decisione attraverso la prospettazione di richieste ed argomentazioni, in fatto e in diritto, compendiate in motivi dotati di adeguata specificità».

Così come la riforma dell'art. 546, lett. e), c.p.p. è completamente virata sull'intento di sottolineare il rilievo della prova nel tessuto della motivazione, anche il più significativo dei mutamenti subiti dagli oneri degli impugnati fa mostra di questo obiettivo centrato sulla prova: ogni censura afferente ad essa dovrà essere dedotta secondo le formule dettagliatamente elencate nella lett. b) dell'art. 581 c.p.p., indicando specificamente eventuali prove inesistenti, non acquisite, non valutate o mal valutate.

Le fattispecie sottostanti a queste formule sono ben note: anzitutto è enumerato il caso in cui la sentenza si fonda su prove inesistenti in atti, eppur valutate ai fini del decidere, sicché la dialettica giudiziale argomenta attorno a risultati dimostrativi non rintracciabili nel fascicolo o non con il tenore testuale ritenuto dal giudice in sentenza.

Vi è poi l'ipotesi della prova richiesta e non acquisita, in chiara eco dell'art. 606, lett. d) c.p.p., come pure quel tipico difetto della motivazione, consistente nella c.d. *ignoratio elenchi*, dove il giudice omette di valutare prove pur sussistenti nel fascicolo processuale.

Infine si parla dell'errore di valutazione della prova, espressione alquanto denotata in giurisprudenza, per la quale rappresenta il *quid* non censurabile, in una sede di legittimità in cui non può chiedersi di replicare la valutazione del merito delle prove affidata agli altri gradi del giudizio.

Merita soffermarsi su quest'ultimo aspetto per chiedersi cosa implichi l'inserimento, nel novero di una regola generale sulle impugnazioni, di un simile tipo di censura.

Se si richiede agli impugnanti di rispettare la regola secondo cui una censura di erronea valutazione della prova dev'essere prospettata anzitutto al giudice d'appello, in quanto capace di rifare il giudizio sul merito della causa (ovvero appunto di rivalutare la prova), ciò implica che, per converso, l'area del successivo ricorso per cassazione si estende a comprendere esattamente anche questo aspetto, nella misura in cui il relativo motivo sia stato sia stato (o avrebbe dovuto essere) valutato sul merito dalla Corte d'appello.

Osserviamo meglio. Quantomeno a partire dalla decisione a Sezioni Unite, Dessimone, risalente al 1997, il c.d. travisamento del fatto⁴⁰ era considerato censurabile in cassazione a patto che l'impugnante dimostrasse di aver rappresentato al «giudice della precedente fase d'impugnazione, gli elementi dai quali quest'ultimo avrebbe dovuto rilevare il detto travisamento, sicché la Corte possa a sua volta desumere dal testo del provvedimento impugnato se e come quegli elementi siano stati valutati»⁴¹. Così la Corte trasformava l'errore di valutazione, censurato dagli appellanti con apposito motivo, in questione di nullità della sentenza d'appello, per mancata motivazione sulle specifiche doglianze degli impugnanti.

Nata con lo scopo di ovviare all'impossibilità della Corte di accedere agli atti del processo per confrontarvi il testo del provvedimento impugnato, secondo il *diktat* dell'art. 606 c.p.p. in versione *ante* legge n. 46 del 2006, la formula cristallizzava una prassi corretta⁴²: se l'impugnante ha indicato al giudice dell'appello gli errori di valutazione della prova compiuti dal primo giudice, la Corte di Cassazione non può esimersi dal verificare in che misura la motivazione della sentenza d'appello abbia dato conto delle censure.

Cessata quell'esigenza col mutamento testuale dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., il principio conserva intatta la sua validità: qualora l'impugnante devolva all'attenzione della Corte d'appello una censura di erronea valutazione della prova, la Corte di Cassazione, adita in sede di successivo ricorso, sarà chiamata a verificare se la sentenza d'appello impugnata abbia motivato, secondo le regole del 546 c.p.p., sullo specifico punto devoluto dall'impugnante; in questa guisa, l'errore di valutazione denunziato nei confronti della sentenza di primo grado, diventa censurabile in Cassazione come errore motivazionale di quella emessa in grado d'appello.

Insomma, per concludere è chiaro che a ciascuna doglianza dovrà corrispondere l'identificazione dell'atto probatorio di cui si discute (mancherebbe altrimenti la specificità) e ciascuna doglianza dovrà essere formulata nei termini vincolanti dei motivi descritti dall'art. 581, lett. b), c.p.p., sicché dovrà indicarsi se trattasi di prove non ammesse oppure ammesse, ma non assunte; se ci si duole di una motivazione radicata su prove inesistenti in atti o di una che ometta di esprimersi, giusto al contrario, su prove di cui si dimostri l'esistenza nel fascicolo; così come dovrà essere configurata la censura relativa ad un "errore di valutazione", sulla scorta delle varie forme che quest'ultimo è capace di assumere.

⁴⁰ Che nulla ha a che vedere – beninteso – con il travisamento degli atti, come ben spiegato in F. Iacovello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1997, p. 306.

⁴¹ Così Cass., sez. un., 20 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3327.

⁴² Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 1168.

In effetti, l'appello è diventato davvero – sotto questo aspetto – un atto di necessario processo critico al provvedimento impugnato, e non è opportuno dolersene visto che si tratta di un risultato auspicato per anni in dottrina sulla scorta di riflessioni realmente meditate sull'istituto dell'appello, inteso come giudizio di controllo in cui emerga «in modo nitido che nucleo principale della valutazione è prima di tutto il provvedimento impugnato, e solo in via mediata la *res iudicanda* oggetto della cognizione del giudice a quo»⁴³.

EFFETTI INDIRETTI: LA NULLITÀ DELLA MOTIVAZIONE

Sappiamo quale sia il contesto in cui è nata questa riforma: l'ineffettività dell'opera di accertamento demandata al giudice di primo grado, passa oggi indenne al controllo delle fasi d'impugnazione, con effetti didattici deleteri, perché gli errori non corretti inducono certezza dell'impunità in quella violazione delle regole processuali che è divenuta una costante del processo penale.

Si accennava sopra che, in questa prospettiva, assume un certo rilievo la recente delibera CSM del 6 giugno 2018, in cui il linguaggio adoperato non lascia adito a dubbi: esiste una profonda crisi della legalità del procedere, ed uno dei segni più aspri e significativi di questa contingenza sta proprio nella crisi della motivazione.

Si è detto a più riprese che il mutato testo dell'art. 546 c.p.p. non porta novità effettive, ogni sua parte essendo già di doveroso rispetto in base ad ulteriori norme codicistiche. Questo, invero, è un dato certo: tanto il riferimento ai “risultati acquisiti e ai criteri adottati”, quanto quello ai vari passaggi su cui il giudice deve soffermarsi come oggetto di prova, rappresentano la riproduzione testuale delle disposizioni generali in materia di prova di cui agli artt. 187 e 192, comma 1, c.p.p.

Di qui l'assoluta correttezza del rilievo per cui si tratta sempre e comunque di norme già esistenti e vigenti all'interno dell'ordinamento processuale⁴⁴.

Il punto è che proprio la constatazione della ineffettività di queste regole, ad onta della loro pacifica vigenza, ha indotto il legislatore a specificare la sostanza dei doveri motivazionali del giudice, richiamando testualmente giustappunto il contenuto di queste disposizioni davvero centrali in materia di prova.

L'obbligo di motivare esige che si motivi sulle risultanze acquisite e sui criteri adottati per valutarle; il perimetro dell'oggetto della prova *ex art.* 187 è doveroso oggetto di decisione e di motivazione: sono cose ovvie, parrebbe, ma i dati empirici dimostrano che andavano enucleate e ripetute, così come a suo tempo il legislatore ha dovuto esplicitare l'altrettanto ovvio concetto della motivazione autonoma in sede cautelare⁴⁵.

Piuttosto è il caso di mettere in rilievo una conseguenza che sembra potersi ipotizzare giusto sulla base della modifica dell'art. 546 c.p.p.

Si rammenta certamente il percorso evolutivo del difetto di motivazione quale motivo di ricorso per Cassazione.

È ben noto⁴⁶ che nel codice Rocco il vizio afferente all'apparato giustificativo della sentenza passava attraverso la violazione di legge processuale, ovvero della norma la quale statuiva che, a pena di nullità, la sentenza dovesse essere motivata. In ascolto delle voci che criticavano la c.d. deriva della Suprema

⁴³ La frase appartiene ad un lavoro che ha contribuito a chiarire i termini del problema in maniera tanto scientificamente ineccepibile nei metodi, quanto condivisibile nei risultati; il riferimento è a F. Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Cedam, Padova, 1995, *passim*.

⁴⁴ In questo senso si leggano le riflessioni di C. Fiorio, *La complicata semplificazione*, cit., p. 3 e M. Ceresa Gastaldo, *Nuovi (dis)cutibili profili dell'inammissibilità*, cit., p. 11.

⁴⁵ Non per nulla è stato seccamente evidenziato, all'indomani della riforma, che «il concetto di “autonoma valutazione” è già insito nell'obbligo di motivare; rappresenta un portato della funzione giurisdizionale, oltre che naturale compito del giudice – qualsiasi giudice che debba emettere un provvedimento – compiere una propria autonoma analisi rispetto a quanto prospettato dalle parti»: così N. La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in www.archiviopenale.it.

⁴⁶ Impossibile non rammentare qui la consueta ed efficace sintesi di F. Cordero, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., p. 1120: «dura a lungo l'idea che le premesse storiche sfuggano a questo sindacato, finché risulta smentita dal regime dei *vitia in procedendo*. È annullabile ogni sentenza che abbia violato regole a pena di nullità: ora, una esige decisioni motivate (art. 991 e 101 cod. 1913); l'art. 475, n. 3, cod. 1930 definisce nulla quella a cui manchi la motivazione o sia “contraddittoria”. Così la corte viene alla *quae-stio facti* e non usurpa niente: annullando i prodotti sintatticamente malfermi, esercita una funzione necessaria al sistema».

Corte verso il ruolo di giudice di terza istanza⁴⁷, il legislatore del nuovo codice di procedura penale ha tentato l'eliminazione del problema alla radice, riformando, in seno all'art. 606 c.p.p., il volto del ricorso per mancanza di motivazione, estraendolo dal novero dei vizi censurabili come forma di nullità della sentenza.

Insomma: l'aggancio normativo del controllo sulla motivazione al *vitium in procedendo* della sentenza nulla, aveva consentito alla Corte, vigente il codice Rocco, di verificare la *fedeltà* della motivazione rispetto agli atti processuali; al contrario, l'estrapolazione del difetto motivazionale dalla congerie degli errori processuali ed il suo irrigidimento nelle forme dell'art. 606, comma 1, lett. e), del nuovo codice, aveva poi inibito l'indispensabile verifica di corrispondenza tra processo e sentenza⁴⁸.

Siffatto stato delle cose permaneva sino alla riforma operata nel contesto della L. n. 46 del 2006, grazie alla quale il testo della disposizione veniva riformulato al fine di consentire che il difetto motivazionale ex art. 606, lett. e) c.p.p. includesse anche la verifica di corrispondenza tra atti processuali e motivazione, purché gli atti in parola risultassero indicati specificamente dagli impugnanti.

Al termine di questo difficile percorso tra quelle che di fatto sono state divergenti opzioni di fondo sul carattere del giudizio di legittimità, una giurisprudenza ormai costante conferma che il vizio della motivazione ha un proprio autonomo rilievo tutte le volte in cui sia possibile la censura ai sensi dell'art. 606, lett. e) c.p.p., mentre diventa censurabile solo *sub specie nullitatis* – e quindi ai sensi delle lett. c) dell'art. 606 – qualora, da un lato, il ricorso sia consentito unicamente per violazione di legge e, dall'altro, il provvedimento impugnato presenti le caratteristiche della motivazione apparente; così accade, in via esemplare, nell'ipotesi di ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione⁴⁹ o in materia cautelare reale.

Qui l'apertura della Cassazione ad un controllo della motivazione esercitato *sub specie nullitatis*, crea una categoria a sé stante di difetto motivazionale, ravvisato in quello che abbia tale gravità da consentire di equiparare la motivazione del provvedimento impugnato ad una graficamente mancante.

Leggiamo un recente svolgimento di questa esegesi: «il giudice della prevenzione, per non incorrere nella nullità ai sensi dell'art. 125 cod. proc. pen., dovrà puntualmente soddisfare nella motivazione del provvedimento l'obbligo di porre in evidenza, con sufficiente chiarezza, quali siano i fatti idonei a determinare l'iscrizione del soggetto in una delle categorie tipizzate [di pericolosità]» e dunque «ritiene il Collegio che il vizio originale e capitale del decreto in esame, tale da integrare la violazione di legge per motivazione apparente e, quindi, inesistente, attenga al giudizio di attualità e concretezza della pericolosità sociale del proposto riferita, nel provvedimento impugnato, a fatti risalenti ad oltre dieci anni prima (alcuni anche venti) rispetto alla data della decisione»⁵⁰.

Come può notarsi, qui la Corte annulla il provvedimento impugnato ritenendolo caratterizzato da una motivazione «apparente e quindi inesistente» in quanto il ragionamento del giudice sulla pericolosità attuale ha avuto a proprio oggetto risultati probatori di data tale da contraddire testualmente l'assunto di attualità del pericolo asserito.

Il punto allora sembra questo: è pacifico da tempo, in giurisprudenza, che la motivazione apparente sia un tipo di difetto provvisto di tale gravità da essere sussumibile sotto la fattispecie di violazione di legge, ovvero della norma che prevede l'obbligo di motivazione a pena di nullità (art. 125 c.p.p.).

Il nuovo testo dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. convalida questo assunto, costruendo uno schema di motivazione i cui requisiti minimi appaiono descritti con tale puntualità che non è consentito ritenerli obliterabili⁵¹.

I requisiti di forma della sentenza sono stati dettagliati pretendendo specifica indicazione dei risultati di prova acquisiti (non formule sintetiche in cui, nella migliore delle ipotesi, la sostanza del fatto probatorio si confonde con la sua valutazione e, nella peggiore, gli atti vengono testualmente travisati) e dei criteri adottati (quindi la valutazione probatoria dei risultati, non la loro mera enumerazione); il tutto con riferimento all'intera estensione dell'oggetto di prova nel processo, così come definito dall'art.

⁴⁷ V., per tutti, E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 181 ss.

⁴⁸ Vale la pena qui di ricordare la dura censura della disposizione realizzata da P. Ferrua, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 960 ss.

⁴⁹ Sul punto v. peraltro A. Gaito, S. Furfaro, *Il ricorso per Cassazione e il giudizio di legittimità*, in S. Furfaro (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 613 ss.

⁵⁰ Cass., sez. I, 7 dicembre 2017, n. 55052, in *www.dejure.it*.

⁵¹ Questo passaggio logico, quale *sequitur* della riforma, è segnalato già da M. Menna-M. Minafra, *Il dibattito*, cit., p. 180.

187 c.p.p., inclusi i temi classicamente trascurati dalla giurisprudenza di merito, come l'accertamento dei fatti processuali⁵² e la commisurazione della pena.

Se questi sono i requisiti minimi della motivazione, sembra doversi sancire una differenza tra la sentenza priva dei requisiti minimi descritti dal nuovo art. 546 c.p.p. e quella che, pur nel rispetto di quei requisiti minimi, risulta illogica, intrinsecamente contraddittoria ovvero fondata su errori od omissioni della valutazione probatoria; la prima censurabile ai sensi della lett. c), art. 606, la seconda, invece, ai sensi della lett. e) dello stesso articolo⁵³.

Sono ben note le obiezioni mosse ad una siffatta esegesi: va ricordata, qui, la risalente decisione a Sezioni Unite, Bruno⁵⁴, con cui, dinanzi al quesito sul se potessero concorrere forme di ricorso per vizio di motivazione ai sensi della lett. c) e forme di ricorso ai sensi della lett. e) dell'art. 606 c.p.p., si chiarì che quest'ultima costitutiva «il tramite esclusivo per il controllo della motivazione da parte della Corte di cassazione. Questa lettera infatti ha ad oggetto espressamente la mancanza di motivazione, con una previsione specifica che rende inapplicabile la disposizione di carattere generale della lett. e)»; il tutto – continuavano le Sezioni Unite – anche in considerazione della palese *ratio legis* evidenziata dal legislatore del codice, intesa a delimitare il ricorso per vizio motivazionale nei ristretti limiti del previgente testo dell'art. 606, lett. e), c.p.p.

A fronte di questo argomento ermeneutico, occorre dire che le pagine della sentenza Bruno sono separate dall'oggi da due importanti riforme dell'originario tessuto codicistico, ovvero quella, pluricitata, volta alla riformulazione dell'art. 606, lett. e), e poi quella odierna dell'art. 546 c.p.p.

L' *intentio legis* odierna è del tutto diversa rispetto a quella segnalata dalla sentenza Bruno: il ricorso per vizio di motivazione non è più limitato all'area di controllo del provvedimento impugnato, mentre, per converso, la "forma" della motivazione è oggetto di un *novum* palesemente finalizzato ad identificarne specificamente i requisiti, in chiara reazione al progressivo imbarbarimento della motivazione stessa.

Proprio quest'ultima operazione forse consente di affermare che i vizi della parte motiva della sentenza potrebbero e dovrebbero essere nuovamente scissi e censurati in modi distinti.

La sentenza che non indica i risultati acquisiti (apodittica), o che indica i risultati ma non i relativi criteri di valutazione (apparente in senso stretto), oppure ancora che argomenta sulla base di prove inesistenti in atti o esistenti ma con un contenuto diverso (travisante), è una che non rispetta *in parte qua* i requisiti formali disciplinati, a pena di nullità, dall'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p.

In casi siffatti, effettivamente della motivazione vi è solo l'apparenza: o manca l'indicazione dei risultati, o manca la loro valutazione, oppure i risultati di prova valutati sono diversi da quelli effettivi (le prove indicate dal giudice non esistono o hanno un contenuto testualmente diverso).

D'altra parte, i difetti motivazionali configurati dall'illogicità, dalla contraddittorietà, o dalla mancanza di motivazione su questo o quel risultato probatorio, che sia assunto come decisivo dal ricorrente, dovrebbero invece restare nell'area delle censure operabili ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p.

In ipotesi del genere, la motivazione rispetta i requisiti minimi, ma difetta di logica intrinseca oppure opera una valutazione parziale del materiale probatorio, omettendo la considerazione di risultanze di segno opposto al prescelto.

A tacer d'altro, questa esegesi, poi, sottolineerebbe un dato sistematico da sempre inequivocabile, per cui il difetto di motivazione derivante da un vizio dell'informazione, è cosa alquanto diversa da quello che discenda da un vizio dell'argomentazione⁵⁵, ed entrambi esigono operazioni di controllo as-

⁵² Secondo R. Magi, *Il nuovo modello legale della sentenza di primo grado*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia*, cit., p. 203 ss. L'esplicitazione dell'obbligo giudiziale di motivare sui fatti processuali rappresenta una delle principali novità della riforma, destinata ad imporre «un arricchimento dei contenuti della sentenza di sicura rilevanza».

⁵³ Sui rapporti tra le due disposizioni, in relazione ai limiti cui era sottoposto il ricorso per cassazione per vizio di motivazione ante legge n. 46 del 2006, meritano di essere rilette le argomentazioni di A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, in A. Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Utet, Torino, 1998, Tomo II, p. 449 ss. Si noti, però, il rilievo secondo cui qui mancherebbe una sanzione esplicita di nullità, sul tipo di quella prevista dall'art. 292 c.p.p.; così MAGGIO, *Termini, forma e ammissibilità dell'impugnazione. I riflessi strutturali sull'appello*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, p. 75 e ss.

⁵⁴ Cass., sez. un., 24 aprile 1991, in *Cass. pen.*, 1991, p. 490.

⁵⁵ Si vedano sul punto i rilievi di F. Iacovello, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 345: «un controllo sulla motivazione ha senso solo se la sentenza è fedele al processo»; ma ancora si veda, con una sfaccetta trattazione della prospettiva, A. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 531, il quale definisce il travisamento come «una vera e propria questione processuale, in termini di *error in procedendo* ... invero, nel vizio in esame si è al di fuori del vizio logico, perché l'*error in procedendo* consiste in una deviazione dell'accertamento della verità dall'imprescindibile presupposto dell'aderenza alle prove acquisite al fasci-

sai differenti: nel primo caso, il giudice opera un mero riscontro del fatto che il verbale di prova ha il testo X, come indicato nel ricorso, a fronte del testo Y, ritenuto invece in sentenza; nel secondo caso, il giudice di cassazione deve compiere una serie di operazioni logiche fortemente denotate di discrezionalità valutativa⁵⁶.

L'approfondimento di un siffatto pensiero – impensabile in questa sede – sembra, però, opportuno, non foss'altro che per due ragioni: anzitutto, la scissione tra difetti afferenti alla struttura minima motivazionale e difetti del discorso logico, conduce a valorizzare il dato indiscusso, ma alquanto trascurato dalla giurisprudenza, per cui la motivazione della sentenza è principio di rango costituzionale, che necessita, in quanto tale, di una tutela forte; e forte senz'altro sarebbe quella forma di garanzia che conducesse la Cassazione ad annullare ai sensi dell'art. 606, lett. c), tutte le volte in cui la sentenza risultasse inosservante dei requisiti minimi: indicazione dei risultati (veridici) e dei criteri di valutazione adottati. L'effetto didattico sulla giurisprudenza di merito sarebbe sicuramente riscontrabile nel breve termine.

In secondo luogo, come si accennava, l'annullamento per *vitium in procedendo* esige un tipo di riscontro in sé alieno – come si accennava – dalle spiccate componenti valutative che caratterizzano il vizio di motivazione delineato dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., tale dunque da garantire maggiore stabilità di decisioni alla stessa Suprema Corte.

È appena il caso di osservare che siffatte considerazioni dovrebbero condurre a mutare pure quella ormai costante giurisprudenza la quale, sulla scorta di una decisione delle Sezioni Unite priva di qualunque approfondimento esegetico⁵⁷, ha stabilito che la mancanza assoluta di motivazione della sentenza non rientri tra i casi, tassativamente previsti dall'art. 604 c.p.p., per i quali il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza appellata e trasmettere gli atti al giudice di primo grado⁵⁸.

Già discutibile *ab origine*, siffatta esegesi non può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento a fronte del nuovo tenore dell'art. 546 c.p.p., non solo per le ragioni appena esposte, ma anche in virtù di un dato assai concreto: l'asserito obbligo del giudice d'appello di redigere la motivazione mancante nella sentenza di prime cure confligge apertamente con la palese *intentio legis* della riforma, di alleggerire il carico delle fasi d'impugnazione ed educare alla cultura della legalità processuale tanto le parti che impugnano quanto il giudice che motiva.

CONCLUSIONI

Si tratta, certo, di riflessioni iniziali. Occorrerà attendere per vedere se e in che misura la riforma è destinata ad attecchire, per un verso e per l'altro, sentenza e atto d'impugnazione.

Il costume italico rifugge gli schemi rigidi come i vincoli e, d'altra parte, i tempi sono percettibilmente propizi alla *deregulation*, stando ad una giurisprudenza che non sopporta più d'essere imbrigliata dalla legge e ambisce ad esserne "inventrice"⁵⁹; nessuno può dire se supporterà la linearità espositiva e le

colo processuale»; ma cfr. anche già D. Carcano, *Contrasti giurisprudenziali in tema di sindacato sulla motivazione*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1199 ss. che scrive: «l'aver posto a base della decisione atti processuali mai venuti ad esistenza è da intendere travisamento degli atti processuali e come tale vizio non riconducibile al difetto di motivazione, bensì inquadrabile in quello di cui alla lett. c) dello stesso art. 606 "inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di ... inutilizzabilità". Il giudice di merito, infatti, utilizza, in violazione del disposto dell'art. 526 c.p.p., per la decisione prove non acquisite agli atti del processo».

⁵⁶ Perspicuo F. Iacovello, *La Cassazione penale*, cit., p. 410 laddove precisa: «il travisamento della prova non pone alcun problema di valutazione. Si tratta di una mera constatazione. La prova travisata è frutto di un errore di percezione del giudice. Si tratta di leggere il verbale di prova e vedere cosa c'è scritto». In effetti, il travisamento dei risultati di prova mostra i tratti di quello che è definito errore protocollare da M. Gialuz, *La doglianza per errore di fatto*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 141 ss.

⁵⁷ Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3287, la quale si limita a reiterare il generico richiamo ai principi di conservazione ed economia processuale effettuati nella Relazione al Progetto Preliminare del nuovo codice di procedura penale. Cfr. C. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, cit., p. 1314.

⁵⁸ Così, da ultimo, Cass., sez. VI, 30 novembre 2017, n. 58094. Paradossale esempio degli esiti cui conduce detta interpretazione è il caso deciso da Cass., sez. III, 19 giugno 2014, n. 48975, in cui la sentenza di primo grado «riportava correttamente l'intestazione sia con riferimento al nominativo dell'imputato che con riferimento al fatto contestato; era anche corretta, sia pure per i primi quattro rigi del testo, la motivazione in quanto riferentesi alla medesima vicenda ed all'imputato G., mentre la restante parte della motivazione ed il dispositivo si riferivano a tutt'altra vicenda e ad un nominativo diverso della persona responsabile».

⁵⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a C. Valentini, *Contro l'invenzione del diritto. Piccolo elogio della legalità processuale ricordando Piero Calamandrei*, in *www.archiviopenale.it*, 2018, *passim*.

chiare esigenze dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., perché – lo sappiamo – la trasparenza è la virtù più difficile nell'esercizio del potere ed è essa stessa un vincolo per chi è tenuto ad esercitarla⁶⁰.

Per le stesse ragioni è consentito restare alla finestra a vedere se effettivamente metterà radici anche la riforma dell'art. 581 c.p.p.: a prescindere dal fatto che è indiscutibilmente legata al *novum* dell'art. 546 – sicché l'insuccesso dell'una recherebbe con sé il fallimento dell'altra – occorre notare che anch'essa, nonostante le apparenze, costituisce un lacciolo ai poteri del giudice.

Si rifletta su questo aspetto: la concezione della specificità come requisito che esige un atto d'impugnazione realmente critico e diverso da una generica disquisizione sul tema giuridico, non è riuscita ad attecchire in quasi cento anni di riforme delle impugnazioni penale, e ad ogni riforma si ripete che occorre mettere un freno alla velleità degli impugnanti, concretizzate nei macrofenomeni dell'impugnazione puramente dilatoria o da quella irrispettosa dei requisiti minimi dell'atto per insipienza del redattore.

Ma occorre pure aggiungere, con onestà intellettuale, che se talvolta gli impugnanti – come suol dirsi – ci provano, è perché per anni amplissima parte della giurisprudenza li ha invogliati a farlo, coronando talvolta di successo le operazioni più azzardate e mischiando nel calderone unico del gran carico della giustizia l'impugnazione pretestuosa e quella tecnicamente edotta.

Insomma, sembra ovvio – e non lo sottace la sentenza Galtelli – che è stata proprio la *iurisdictio*, in questi stessi anni, a consentire la proliferazione di atti d'impugnazione tutt'altro che «seri e meditati»; è la giurisprudenza delle Corti d'appello e dopo di esse della Suprema Corte ad aver dato accoglienza e finanche esito favorevole ad impugnazioni immeritevoli di tal nome.

In conclusione, a ben vedere sorge il dubbio che il *novum* dovrebbe essere “formativo” molto più per il giudice che per gli impugnanti⁶¹.

⁶⁰ Pessimiste le previsioni di L. Marafioti, *Riforme-zibaldone*, cit., p. 556, che rileva: «assai implicito e in definitiva alquanto dimenticato resta, peraltro, l'assunto che tutto ciò sia destinato a migliorare indirettamente anche la qualità dei pronunciati giurisdizionali».

⁶¹ «Resta evidente la richiesta di un impegno motivazionale forte e puntuale»: così G. Spangher, *Ragionamenti sul processo penale*, Giuffrè, Milano, 2018, 88. Si leggano, sul punto, anche le riflessioni di C. De Robbio, *Il giudice per le indagini preliminari*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 189 ss.

DANIELE NEGRI

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

Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*

Constitutional Law in Action: Destination and Destiny of the Criminal Process

Il contributo analizza il modo d'intendere i principi costituzionali relativi al processo penale quale emerge dalle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e dai pronunciamenti della medesima, mettendo in luce come l'interesse alla difesa sociale abbia trionfato a lungo sia sotto il vecchio che sotto il nuovo codice di rito penale a dispetto dell'impronta individual-garantista della Costituzione repubblicana. L'Autore osserva inoltre che la tecnica dei bilanciamenti, tipica della Corte europea dei diritti dell'uomo, finisce anch'essa col privilegiare l'interesse punitivo. Sbilanciata in maniera preoccupante a favore della comunità delle vittime, con grave pericolo per la visione liberale del processo penale, appare infine la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

The paper analyses the way of understanding the constitutional principles related to the criminal process as it emerges from the referrals to the Constitutional Court and from its pronouncements, highlighting how the need for the social defence has triumphed for a long time both under the old and under the new criminal procedure code in spite of the individual-guarantee approach of the Italian Constitution. The Author also notes that the technique of balancing, typical of the European Court of Human Rights, also ends up favouring the punitive interest. Finally the European Court of Justice's jurisprudence appears alarmingly in favour of the community of victims, with serious danger to the liberal vision of the criminal process.

PREMESSA

Quando Franz Exner, compromettendosi con il regime nazista, enunciava la formula fatidica: «*anderer Staat, anderer Strafprozeß*»¹ – ossia, al mutar di pelle dello Stato sarebbe necessariamente conseguita una diversa concezione e organizzazione del processo penale – coglieva in maniera scabra e con brutale perentorietà la questione di fondo che oggi va riaffrontata nel duplice anniversario, della Costituzione del 1948 e del codice repubblicano del 1988. Del resto, il rapporto di implicazione tra costituzione (nel senso di carattere essenziale del regime politico in un dato momento storico) e processo penale era già stato messo in piena luce, da una prospettiva del tutto opposta a quella del penalista tedesco, da Luigi Lucchini al crepuscolo dell'età liberale, il quale, chiamando a raccolta una folta schiera di pensatori dall'Illuminismo in avanti, concludeva che la fisionomia del processo penale costituisce «l'indice più sicuro del grado di civiltà e di politica libertà di una nazione»². I due esempi appena rammentati mostrano che la sottolineatura del legame congegnito esistente tra processo penale e costituzione è argomento a doppio taglio: può condurre a concepire il processo penale quale sistema di garanzie per l'imputato, così come alla *Weltanschauung* che fu propria del totalitarismo: l'annichilimento dell'individuo; il processo che sarebbe dovuto servire agli scopi più alti del popolo e dello Stato, organicamente fusi nella comunità (*Gemeinschaft*)³.

* Testo della relazione svolta al convegno del Centro studi giuridici e sociali "Aldo Marongiu" (Unione delle Camere Penali Italiane): *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo* (Roma, 28-29 settembre 2018).

¹F. Exner, *Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates*, in *ZStW*, 1935, p. 4.

²L. Lucchini, *Della dignità politica del diritto penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale*, Siena, Tip. Sordo-Muti di Lazzeri, 1878, p. 7 e 24; Id., *Elementi di procedura penale*, Firenze, G. Barbera, 2ª ed., 1899, p. 7.

³K. Siebert, *Nationalsozialistischer Strafprozeß*, in *ZStW*, 1934, p. 16-17; F. Schaffstein, *Das subjektive Recht im Strafrecht*, in *Deutsche Strafrechtswissenschaft*, 1936, p. 43.

Merita ricordare lo slogan propagandato dai giuristi all'opera nella Germania degli anni trenta del secolo scorso, secondo i quali per ciascun soggetto sottoposto a processo penale non avrebbero deciso le forme e la lettera della legge, ma lo spirito del popolo⁴. Parola d'ordine del modello allora propagandato era *Auflockerung*, vale a dire l'allentamento, l'ammorbidimento, la necessità di flessibilizzare e ridurre al minimo le forme processuali in quanto esse costituiscono il freno all'attività del giudice protesa al raggiungimento della verità e della giustizia materiale⁵. Veniva così respinta in radice la tradizione illuministico-liberale, che proprio nella densità dei vincoli legali aveva fissato il «cardine insostituibile del processo»⁶. Il fascismo non arrivò a tanto, non giunse a questo livello di aberrazione, ma seppe comunque far leva sul concetto di strumentalità tra processo e legge penale sostanziale per concludere come il miglior processo sia quello che si satura dei fini morali e sociali della norma incriminatrice⁷, subordinando i diritti dell'individuo al mero prospettarsi delle istanze dell'ordine e della sicurezza pubblica⁸.

Non sembra superfluo l'averie riepilogato per sommi capi quel retroterra storico, poiché da tempo i richiami polemici al processo penale di stampo autoritario si fermano alla denuncia del suo volto inquisitorio senza toccare la matrice profonda e insieme l'espedito retorico più insidioso usato per asservire l'imputato al potere dell'autorità, vale a dire la compenetrazione del singolo nella comunità, l'idea – volta a negare qualunque antinomia tra individuo e collettività personificata – che l'interesse da salvaguardare fosse unico⁹. Definire il processo penale come diritto costituzionale applicato (*angewandtes Verfassungsrecht*)¹⁰, nel secondo dopoguerra, equivaleva dunque ad attribuirgli il compito precipuo di garantire la dignità dell'imputato quale soggetto anch'esso titolare d'una sfera di diritti intoccabile dal pubblico potere. La qualificazione ha perciò una genuina matrice antitotalitaria; riflette l'idea fondativa delle democrazie appena riconquistate, secondo cui i diritti di libertà riconosciuti come originari si ergono a difesa dell'individuo dallo Stato (*Abwehrrechte*) per restare al riparo dai contraccolpi della politica e frenare così l'eterna tentazione di piegare il processo agli scopi del potere¹¹.

È precisamente questa linea di pensiero, basata sulla contrapposizione tra individuo e autorità, che ha portato all'affermarsi del modello accusatorio di processo penale. La grande riforma del 1987-'89 ha battuto in breccia la vecchia cultura legata al primato della difesa sociale. Dopo le vicissitudini del 1992, tuttavia, le scelte che erano state proprie del codice repubblicano, osteggiate dalla magistratura, per imporsi dovettero infine costituzionalizzarsi. Nella nostra singolare esperienza storica abbiamo così conosciuto anche il rapporto inverso a quello appena ricordato: la Costituzione che diviene diritto processuale iridato; la Costituzione-codice.

L'altro luogo emblematico della rigenerazione processuale successiva all'avvento della Costituzione repubblicana è la disciplina delle misure limitative delle libertà fondamentali. Qui i due canoni rilevanti sono il principio di legalità processuale e il criterio di proporzionalità. Il secondo, in particolare, merita uno sguardo ravvicinato per la tendenza nefasta, frutto dei sincretismi metodologici in voga, a confonderlo genericamente con la tecnica della ponderazione e composizione di molteplici interessi (conterebbero pure quelli dei testimoni, delle vittime del reato e d'altri comprimari variamente assortiti), mentre va ribadita con forza l'ispirazione garantista del principio di proporzionalità, la natura bipolare del bilanciamento che vi è sotteso: esso misura le contrapposte ragioni dell'individuo e dell'autorità in base ad una deontologia molto precisa, che assegna il primato alla libertà del singolo tollerandone la com-

⁴Riassume il portato delle «nuove correnti» venute dalla Germania nazional-socialista, A. De Marsico, *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, Torino, Utet, 1941, p. 39.

⁵Eb. Schmidt, *Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozessrechts* (1953), in Id., *Strafprozeß und Rechtsstaat*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, p. 43.

⁶M. Nobili, *Introduzione* a F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 17. Sulla considerazione per il principio di legalità processuale lungo le linee di sviluppo della penalistica moderna v., ora, D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 428 ss.

⁷A. De Marsico, *Dogmatica e politica*, cit., p. 37.

⁸G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 267.

⁹Nel mettere in luce le parentele tra principio della difesa sociale, polemica contro il "formalismo" e ideologia processuale autoritaria, restano insuperate le pagine di M. Nobili, *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 1974, p. 419 ss.

¹⁰W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner (a cura di), *Die Grundrechte*, III-2, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, pp. 966-967.

¹¹P. Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, t. II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 398.

pressione soltanto nei limiti della stretta necessità¹². Non si tratta, perciò, di una ponderazione indifferente al risultato, corretta purché “a somma zero”.

Detto ciò, lungi dall'essere risolte, le questioni piuttosto si aprono. Sorge anzitutto il problema capitale del metodo. Come tutte le indicazioni di principio, quelle rilevanti per il processo penale contenute nella Carta fondamentale esibiscono un certo grado di indeterminazione che induce a chiedersi se valga sempre il vincolo ermeneutico a privilegiare la tutela dei diritti dell'imputato oppure siano talora compatibili con il testo costituzionale interpretazioni orientate a prediligere altri interessi. In secondo luogo, la situazione odierna è alquanto complicata dalla concorrenza e interazione tra le fonti domestiche e le norme di derivazione sopranazionale. Occorre allora domandarsi quale sia oggi il diritto costituzionale da applicare poiché, accanto alla Carta del 1948, si affollano altri statuti che le contendono il primato, tra i quali hanno speciale rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i Trattati e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Per comprendere sino in fondo i termini del problema, si annuncia istruttiva la rilettura sia delle pronunce della Corte costituzionale, sia – e più ancora – delle ordinanze di rimessione, il cui stile argomentativo riflette il modo d'intendere i principi e i precetti di rango superiore proprio dei giudici comuni, svelando meglio d'ogni altro test di quale cultura del processo penale essi siano portatori. Da questa “storia”, inevitabilmente parziale, potrà emergere fino a che punto la nostra Carta fondamentale e il custode della medesima siano effettivamente riusciti – com'era nei voti – ad addomesticare l'esigenza di difesa sociale che continua a premere e sempre tende a riespandersi a tutto danno dei diritti individuali.

Dei tanti filoni che potremmo seguire con profitto, tre appaiono i più significativi. Il primo ha per nucleo centrale le vicissitudini del contraddittorio, attorno alle quali si è giocata la partita della riforma processuale in senso accusatorio, ma riguarda generalmente i limiti legali d'origine costituzionale all'accertamento penale. La seconda linea da percorrere concerne le libertà della persona in rapporto ai principi di legalità e proporzionalità, sullo sfondo della presunzione d'innocenza. La terza direttrice è quella del diritto alla difesa personale, meno esplorata eppure assai significativa poiché chiama direttamente in causa la dignità dell'imputato.

LA CULTURA DEI PRINCIPI SUL PROCESSO PENALE ESPRESSA DALLE ORDINANZE DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Non serve indugiare – essendo sin troppo nota – sulla concezione schiettamente inquisitoria espressa dalla Corte nelle sentenze del 1992 a proposito del «fine primario e ineludibile del processo penale», rappresentato pur sempre dalla «ricerca della verità materiale», e del principio di non dispersione della prova. Conviene piuttosto mostrare il sottofondo ideologico che spianò la strada a quelle pronunce, rappresentato dalla posizione dei giudici *a quibus* sul metodo dell'accertamento penale, improntato a sua volta ad una visione che avremmo immaginato recessiva alla luce dei valori costituzionali. È proprio questa diffusa *Weltanschauung*, mai sconfitta, a riguadagnare oggi il campo grazie alla giurisprudenza dalle Corti europee, mentre l'arginarla era precipuo compito della nostra Carta fondamentale. Se si rileggono con cura le ordinanze di rimessione ci si accorge di come all'esercizio della giurisdizione venga attribuita funzione servente rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti delle vittime dei reati. Il procedimento probatorio è considerato strumentale all'attuazione della legge penale sostanziale, sicché la legge processuale non potrebbe introdurre limitazioni di tale entità – sono parole dei giudici remittenti – da privare di efficacia le norme incriminatrici, in quanto ciò significherebbe sguarnire di effettiva tutela i diritti inviolabili del soggetto passivo dell'illecito. I beni giuridici di rilievo costituzionale non sono dunque concepiti, in senso garantista, quale limite all'intervento penale, ma, tramutati in altrettanti diritti, divengono ragione per rimuovere gli ostacoli d'ordine processuale al trionfo del potere punitivo sulle libertà dell'individuo accusato.

Nel sollevare le questioni incidentali che condurranno alle sentenze n. 24 e n. 254 del 1992, venne addirittura evocato un principio di «costituzione materiale», che starebbe perciò oltre le stesse previsioni scritte della Carta, sinteticamente definibile come esigenza fondamentale dello Stato di assicurare l'effettivo e concreto esercizio della giurisdizione penale cui corrispondono legittime aspettative dei cit-

¹² M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi, 2015.

tadini: espediente utile a radicare la difesa sociale nel profondo del patto di convivenza.

Il richiamo a tale istanza compare anche in altre ordinanze di rimessione, più marginali ma egualmente meritevoli di essere segnalate perché ritroveremo – non senza sorpresa – argomentazioni molto simili occupandoci nel finale della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Emblematico il tentativo, facilmente respinto dal nostro giudice delle leggi¹³, di eliminare la condizione di procedibilità a querela per certi reati sostenendo che tale regime consentirebbe al responsabile di delitti anche gravi di evitare la «giusta punizione», in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale collocato a tutela dell'interesse repressivo dello Stato.

Il settore dei mezzi di ricerca della prova – com'è intuibile – esalta al massimo grado la propensione della magistratura a rintracciare nella Costituzione piuttosto i precetti utili a superare, che non a rinsaldare gli argini all'intrusione dell'autorità nella sfera protetta del singolo. Siamo così al secondo dei filoni preannunciati, che chiama in causa le libertà fondamentali come limite all'attività conoscitiva. Conviene seguire dapprima l'attacco mosso dai giudici *a quibus*, per poi verificare l'atteggiamento tenuto al riguardo della Corte costituzionale. I primi mirano, da un lato, a scardinare la legalità probatoria, dall'altro ad allentare il rapporto di proporzionalità così come fissato dalla legge. Recentissima la volontà di carpire in maniera occulta gli scambi epistolari, per altra via da quella palese del sequestro e del visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti, sostenendo che l'omessa estensione della disciplina delle intercettazioni alla forma di comunicazione per lettera frustra l'esigenza di non compromettere la *completa* – ecco la parola sintomatica – individuazione degli elementi di prova, esigenza presentata quale «precipitato naturale» del principio di obbligatorietà dell'azione penale¹⁴.

Esempio anch'esso eloquente è il tentativo di ottenere che i risultati delle intercettazioni siano utilizzabili in procedimenti diversi da quello d'origine, pure quando essi abbiano ad oggetto fattispecie di reato estranee al catalogo previsto dall'art. 270 c.p.p.: il criterio restrittivo prescelto dal legislatore, che commisura la proporzionalità al disvalore dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, menomerebbe la tutela dovuta alle persone offese e alle parti civili¹⁵. Analogamente, infine, il percorso diretto a consentire l'accesso del pubblico ministero ai tabulati telefonici presso il gestore del servizio oltre il periodo ordinario di ventiquattro mesi, qualunque fosse il reato da perseguire e dunque a prescindere dal livello di gravità della fattispecie criminosa stabilito col richiamo all'elenco di cui all'art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p. Il giudice *a quo* invoca un insieme di interessi che ritiene assistiti da standard di «garanzia» costituzionale pari a quelli assicurati dall'art. 15 alla libertà e segretezza delle comunicazioni, enumerando in proposito la libertà personale, il domicilio, la proprietà – tutti beni oggetto di tutela penale – sino a menzionare la «più generale aspettativa che lo Stato preservi, attraverso il perseguimento dei comportamenti criminosi, le condizioni essenziali della convivenza civile»¹⁶.

LA DIFESA SOCIALE NEI PRONUNCIAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Se volgiamo ora lo sguardo ai pronunciamenti della Corte costituzionale, saremo in grado di capire quale parte essa abbia avuto nel tenere vivo e nell'alimentare il dogma della difesa sociale. L'itinerario è costellato di cedimenti, inciampi e cadute talvolta rovinose. Vistoso appare il debito con il pensiero di matrice autoritaria nelle sentenze che caratterizzano il periodo dell'emergenza terroristica tra gli anni Settanta e i primi Ottanta del secolo scorso. La Corte lascia in balia dell'autorità di pubblica sicurezza il vaglio di necessità e urgenza prescritto dall'art. 13, comma 3 Cost. per la restrizione della libertà personale, ritenendo sufficiente che le situazioni contemplate dalla legge siano tali da prospettare anche soltanto come «possibile» l'esigenza dell'arresto fuori dei casi di flagranza da parte della polizia¹⁷. Riemerge così la concezione pre-costituzionale, che era stata propria del regime fascista, affrancata dal criterio di stretta necessità degli interventi autoritativi sulla libertà personale a tutto favore della automatica subordinazione della medesima al semplice affacciarsi dell'interesse statale in conflitto. Nella sen-

¹³ C. cost., ord. 23 maggio 2003, n. 178.

¹⁴ C. cost., 24 gennaio 2017, n. 20 (testo dell'ordinanza di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁵ C. cost., 24 febbraio 1994, n. 63 (testo dell'ordinanza di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁶ C. cost., 14 novembre 2006, n. 372 (testo delle ordinanze di rimessione riportato nel *ritenuto in fatto*).

¹⁷ C. cost., 20 aprile 1977, n. 64. Una decisa critica al riguardo proviene da F. Caprioli, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 417.

tenza n. 15 del 1982 la Corte rinuncia ad un incisivo scrutinio di proporzionalità, attribuendo alla valutazione insindacabile di politica criminale del legislatore il compito di stabilire se il prolungamento dei termini di carcerazione preventiva sia il mezzo più adeguato a fronteggiare con successo i fenomeni del terrorismo e dell'eversione. Consapevole della concessione alle istanze securitarie, i giudici di palazzo della Consulta rivolgono un monito finale al legislatore affinché non si astenga tuttavia dal prevedere misure idonee allo scopo che non gravino sull'imputato, esortando ad una più razionale ed efficiente organizzazione degli uffici giudiziari ai quali è devoluta la trattazione di casi tanto complessi e allarmanti.

Gravi trascuratezze contraddistinguono le materie della riserva di legge e della presunzione di innocenza. Sul primo versante va ricordata la sentenza n. 54 del 1986 concernente i prelievi coattivi, che confuse le finalità delle misure restrittive della libertà personale con i «casi» da prevedere tassativamente in virtù dell'art. 13 Cost., mostrando di conferire potere assorbente alle «ragioni relative alla giustizia penale e all'accertamento della verità», come allora veniva solennemente designata l'esigenza di acquisizione della prova per rimarcarne la supremazia al solo apparire sulla scena. Dall'inciampo – si sa – la Corte ebbe poi a riprendersi un decennio dopo, quando pretese che la legge definisse con chiarezza e precisione – cioè “in positivo” – presupposti, modi e limiti dell'intervento sulla libertà personale: un ripensamento dovuto – tra l'altro – alla maggiore forza con cui tale valore si era affermato grazie al codice del 1988¹⁸.

Quanto alla presunzione di innocenza, ancora a metà degli anni Novanta si arrivò sorprendentemente ad affermarne l'estraneità all'assetto e alla conformazione delle misure cautelari personali¹⁹. Il riscatto si è compiuto con la pronuncia capostipite del più recente filone giurisprudenziale relativo agli automatismi legali dettati dall'art. 275, comma 3 c.p.p., là dove essa qualifica la presunzione di innocenza come sbarramento insuperabile contro ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale alla pena, escludendo che sia legittimo affidare alla prima il compito di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal delitto²⁰.

Una storia, dunque, complessivamente di segno progressivo, pur tra gli alti e i bassi. Clamoroso – per concludere su questo punto – il cedimento consumatosi nella sentenza n. 17 del 1974, alla quale dobbiamo il risultato eversivo di un intervento *in malam partem* sulla disciplina limitativa della libertà personale operato direttamente dalla Corte costituzionale, ossia dal supremo custode delle garanzie individuali. Si ricorderà come quella pronuncia ebbe a dichiarare l'illegittimità dell'art. 272 ultimo comma c.p.p. nella parte in cui non consentiva l'emissione di un nuovo mandato di cattura a carico dell'imputato rinviato a giudizio, dopo la scarcerazione per decorrenza dei termini avvenuta nella fase istruttoria. Non paga d'essere giunta ad una simile aberrazione, la Corte chiosò il provvedimento con una formula di sapore politico, intrisa e compiaciuta del peggiore spirito autoritario: «l'accolta soluzione è per di più opportuna quale rafforzato presidio di difesa sociale».

Quest'ultimo interesse – merita insistere – ha trionfato a lungo, sotto il vecchio e il nuovo codice di rito, influenzando sull'assetto degli istituti cui è affidata la disciplina del diritto alla presenza personale dell'imputato, terzo ambito della nostra analisi. Il campionario è qui vastissimo, fitto di richiami alle necessità pubblicistiche del potere punitivo, alla tutela dell'ordine sociale turbato dal delitto, al bisogno di restaurazione dell'ordine giuridico violato, oppure – nella versione riverniciata in senso efficientista – alla fondamentale esigenza di speditezza ed economia processuale, alla necessità di impedire la paralisi o l'indefinito protrarsi dell'esercizio della giurisdizione. Nei suoi mille travestimenti la difesa sociale ha impedito di dare pieno sviluppo all'autodifesa dell'imputato, pure, ricondotta alla sfera della dignità umana sin dalla sentenza n. 9 del 1982. Malgrado questa notevole affermazione di principio, le presunzioni legali di conoscenza del processo, nei confronti di chi non sia stato rintracciato dagli organi incaricati delle notificazioni, hanno continuato a resistere al vaglio di costituzionalità poiché ritenute necessarie ad armonizzare il diritto inviolabile di assistere all'udienza con l'imperativo – anch'esso definito di rilievo costituzionale – di non «abdicare», neppure in ipotesi marginali, alla reazione statuale contro il delitto, ossia alla conclusione indefettibile del processo con la condanna in contumacia²¹.

Proprio su questo terreno, tuttavia, la Corte costituzionale è infine pervenuta alle conclusioni che

¹⁸ C. cost., 9 luglio 1996, n. 238.

¹⁹ C. cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450.

²⁰ C. cost., 21 luglio 2010, n. 265.

²¹ Il quadro delle pronunce in materia della Corte costituzionale è ricostruito in D. Negri, *L'imputato presente al processo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 76 ss.

meglio rispecchiano il favore per l'individuo tipico delle Carte dei diritti nel loro significato più genuino, quello appunto della «massima espansione delle garanzie» ottenibile grazie alla simbiosi tra i precetti costituzionali e le clausole convenzionali sul giusto processo; da ciò l'impossibilità di invocare il principio della ragionevole durata processuale come fattore di temperamento del diritto capitale alla presenza personale dell'accusato²². Qui si misura tutta la distanza che corre rispetto a certi indirizzi della giurisprudenza di legittimità, inclini piuttosto a ravvisare nel giudizio celebrato in tempi ragionevoli un interesse obiettivo dell'ordinamento (sarebbe a dire, dello Stato) e di *ciascuna* delle parti (cioè, anche di chi fa valere le proprie pretese contro l'imputato) idoneo a comprimere gli spazi d'esercizio di fondamentali diritti²³.

IL TRADIMENTO DELLA VISIONE LIBERALE DEL PROCESSO NELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO

Le questioni di ermeneutica costituzionale vanno adesso esaminate tenendo conto delle fonti sopranazionali. Si tende ormai a dimenticare o a sottacere il fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha la propria genesi nella reazione della cultura antitotalitaria dell'ultimo dopoguerra alle drammatiche esperienze dei regimi dittatoriali; essa poneva di nuovo al centro il soggetto titolare di diritti, cristallizzando garanzie di difesa dell'accusato e delle persone destinate a subire l'ingerenza degli organi dello Stato contro l'abuso, *in primis*, degli strumenti funzionali all'esercizio del potere punitivo (artt. 3, 5, 6, 8). Col passare del tempo la Corte di Strasburgo ha però tradito l'ispirazione originaria rendendosi protagonista del carosello dei bilanciamenti, della giostra perenne delle compensazioni il cui esito è quello di ammorbidire, di rendere flessibile la tutela dei diritti del singolo nella competizione con altri interessi della più diversa specie volta a volta presentati sulla scena e soppesati in maniera imprevedibile, tanto da giungere a soluzioni sempre provvisorie, variabili e riconfigurabili alla luce delle peculiarità del caso concreto. Viene a mancare un ordine fisso, prestabilito di rapporti, una gerarchia di valori vincolante sulla quale i soggetti passivi delle attività processuali e, in particolare, delle misure limitative delle libertà fondamentali, possano confidare in anticipo.

Così, se agli esordi era condiviso il ripudio dell'impostazione che sanciva la supremazia aprioristica dell'interesse pubblico nello svolgimento del processo, la diffidenza verso l'entità statuale, ci si compiace ora dell'abbandono dei vecchi stilemi (ossia, della filosofia liberale) e si teorizza (da parte di alcuni settori della dottrina²⁴) o si pratica (ad opera della giurisprudenza²⁵) l'osmosi del metodo adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo all'interno dell'ordinamento nazionale²⁶. Bisogna tuttavia essere consapevoli delle conseguenze. Quel metodo, infatti, finisce col restituire – ancora una volta – il primato alla difesa sociale. Nient'altro che questo abbiamo di fronte se l'esito della valutazione circa l'equità complessiva del processo, nel quale le prove siano state ottenute al prezzo di trattamenti inumani e degradanti, è fatto dipendere dalla gravità del reato²⁷; oppure se l'interesse pubblico alla dimostrazione della colpevolezza dell'accusato ha un peso nello stabilire la compatibilità con l'art. 6 Conv. e.d.u. di condanne fondate su prove acquisite in violazione dei limiti posti a tutela dei diritti fondamentali²⁸. Un

²² C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

²³ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310; Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, n. 155., *ivi*, 2012, p. 2410.

²⁴ Tra i processualpenalisti inclini a questa posizione, in base alle note suggestioni di P. Grossi (*Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, Laterza, 2012), vanno ricordati, sia pure con diversità d'accenti, R.E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in Id., *Processo penale e paradigmi europei*, Torino Giappichelli, 2018, p. 163 ss.; M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*, Bologna, BUP, 2012, p. 107 e 179.

²⁵ Ad esempio, nell'interpretazione-applicazione dell'art. 526, comma 1-bis c.p.p., Cass., sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, in *Cass. pen.*, 2012, p. 858.

²⁶ Esprimono una netta posizione di segno contrario, M.L. Busetto, *Una insidiosa metamorfosi: dai divieti probatori ai criteri di valutazione*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, Cedam, 2017, p. 132; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 207; nonché D. Negri, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3946 ss.

²⁷ Corte e.d.u., Gr. Ch., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.

²⁸ Tra le altre, v. Corte e.d.u., 12 maggio 2000, Khan c. Regno Unito; Corte e.d.u., 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito. Per una serrata critica a questo orientamento, cfr. A. Ashworth, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 249 ss.

approccio, questo, che dà linfa sul piano interno all'opera giurisprudenziale volta a flessibilizzare il regime delle invalidità processuali, relativizzandole anche quando la legge ne impone una conformazione rigida – è il caso della inutilizzabilità – in base alla gravità della violazione e al vaglio sul pregiudizio effettivo subito dalla parte interessata. Sotto questo aspetto la nostra Corte costituzionale rimane invece ferma nell'istituire una perfetta simmetria tra i vincoli di garanzia posti dalle *Grundnormen* e la necessità che il singolo non abbia a patire ulteriori effetti pregiudizievoli dalla loro eventuale trasgressione per mano dell'autorità: un diritto riconosciuto e protetto come inviolabile – proclama da sempre il giudice delle leggi – sarebbe esposto a gravissima menomazione se, a carico dell'interessato, potessero valere prove raccolte violando i precetti costituzionali²⁹.

Per altro verso, la giurisprudenza di Strasburgo si allontana alquanto dal modo di concepire i diritti inviolabili alla stregua di limiti garantistici contro il potere punitivo e, tutto all'opposto, vi identifica la fonte di doveri di incriminazione a salvaguardia delle vittime di reato; in particolare, per quanto ci riguarda, di obblighi a carattere procedurale che gravano sugli organi nazionali della giustizia penale, tanto da censurare come lesiva delle norme pattizie la mancata, sollecitata applicazione di misure a protezione della persona offesa – ossia, di provvedimenti restrittivi della libertà dell'accusato – affermando testualmente e perentoriamente che i «diritti dell'aggressore» (così definito, malgrado si tratti di persona da presumersi innocente durante il processo) «non possono prevalere sui diritti alla vita e all'integrità fisica e psichica della vittima»³⁰.

IL COSTITUZIONALISMO ANTILIBERALE E LA “PICCOLA EUROPA”

Le maggiori insidie per la visione liberale del processo penale provengono tuttavia dall'ordinamento dell'Unione Europea, specie a causa del potere diffuso di disapplicazione delle norme interne affidato ai singoli giudici in virtù del primato del diritto sopranazionale. I Trattati, malgrado gli impegni solenni al «rispetto dei diritti umani» e al riconoscimento delle libertà fondamentali patrimonio dello Stato di diritto e delle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri, ci si presentano come una Costituzione rovesciata, tavola di valori d'una giustizia penale capovolta dove predominano le componenti repressive all'insegna del bisogno di sicurezza dei cittadini – vera ragione del patto fondativo – e della conseguente, prioritaria tutela dei diritti delle vittime di reato potenziali (la moltitudine indiscriminata di persone offese candidate ad ottenere una tutela riflessa dalla restrizione delle altrui libertà) o “in carne ed ossa” (quali soggetti passivi di ben determinate condotte criminose). Prevale insomma, ancora una volta, la difesa sociale, il bisogno di sicurezza, la protezione della *comunità* dei cittadini o la salvaguardia degli interessi economico-finanziari della *Comunità* ridenominata Unione Europea. In entrambi i casi inquieta l'assonanza terminologica con l'entità sinistra della *Gemeinschaft*, dalla quale il nostro discorso ha preso le mosse. Senza volere con ciò istituire equivalenze indebite, occorre tuttavia guardarsi bene da ogni tendenza ad attrarre l'interesse individuale all'interno di superiori istanze organicistiche; pericoli del genere si corrono quando – come accade alla Corte di Giustizia UE³¹ – si comincia a chiamare «diritto» (anziché interesse o, meglio ancora, *policy*³²) quello alla sicurezza, premessa utile a darle maggior peso e a farla così prevalere nel bilanciamento con i diritti di libertà.

Il costituzionalismo tipico della “piccola Europa”, in effetti, ha abbandonato l'idea che in materia penale i diritti da privilegiare siano quelli dell'imputato; quando si predica la pariordinazione con la pretesa punitiva dello Stato e – più ancora – si costruiscono come diritti i beni tutelati dall'azione dei pubblici poteri – è il ragionamento condotto da una schiera crescente di studiosi refrattari al pensiero liberale³³ – il terreno è già preparato per la soccombenza delle libertà del singolo accusato di fronte all'immane, schiacciante necessità di proteggere l'intera collettività. La presunzione di innocenza è ap-

²⁹ C. cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³⁰ Corte e.d.u., 2 marzo 2017, Talpis c. Italia.

³¹ Ad esempio, in C. Giust. UE, Gr. Sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 e C-594/12.

³² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 14 ss.

³³ Tra gli altri, cfr. J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, De Gruyter, 1983; nonché, da ultimo, il nostro R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 63 ss. Un affresco impietoso di tali concezioni e, al tempo stesso, una ferma e argomentata rivendicazione del diritto penale classico si trovano nell'opera di V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 33 ss.

punto il contrappeso politico escogitato dai sistemi liberali quale rimedio ad una sproporzione atavica che vedrebbe altrimenti sempre perdente l'individuo solitario, sottoposto al processo penale. È tale postulato che sfugge alle lenti appannate di chi parla di «difesa del reo» per indebolire le dottrine penali figlie dell'Illuminismo ed esaltare le virtù del *Leviatano*³⁴. Identico *lapsus* ritroviamo, del resto, nel diritto derivato dell'UE. Basti pensare alla direttiva 2012/29/UE sulla protezione della vittima, che riferisce il termine «autore del reato» anche alla persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità e della condanna (*Considerando* n. 12).

In questo quadro, onestà intellettuale vuole che si ammetta come lo stesso affiorare di principi di favore per l'individuo nella giurisprudenza di Lussemburgo, sino alla maggiore visibilità loro conferita dalla Carta di Nizza e dalle direttive della *road map* di Stoccolma, corrisponda ad una «strategia intesa a rendere accettabile il primato delle fonti europee ai Paesi membri, tranquillizzandoli di fronte al rischio di restare altrimenti esposti all'obbligo di recepire strumenti normativi di origine esterna capaci di travolgere il nucleo garantista delle proprie Costituzioni»³⁵.

Ma come nella favola del lupo travestito da agnello, la vera natura dell'Unione Europea per quanto attiene alla giustizia penale non ha tardato a manifestarsi. La sentenza della Corte di Giustizia relativa al caso *Taricco* è il più plateale esempio di assiologia rovesciata in senso funzionalistico e antigarantista, dominata com'è dal proposito di far trionfare il potere punitivo sotto la spinta alla effettività e dissuasività delle sanzioni a presidio degli interessi finanziari dell'UE, saturando così il processo dei fini della norma penale sostanziale³⁶. Nei suoi risvolti finali quella pronuncia abilitava potenzialmente ogni giudice a manomettere qualunque dispositivo di garanzia avesse inceppato il meccanismo produttivo di condanne: le prime candidate a cadere erano le norme sul processo penale, per l'appunto, in quanto «diritto costituzionale applicato», destinate a tutelare le libertà del singolo e disposte a naturale (costitutivo) intralcio lungo il percorso verso l'inflizione della pena. Disinnescarle, tramite il congegno della disapplicazione, significa togliere il contrappeso (preponderante) alle esigenze dell'autorità nel bilanciamento che conferisce loro intima struttura.

La riprova – come avevamo previsto³⁷ – si è avuta con la questione pregiudiziale sollevata da un giudice bulgaro sull'onda della decisione *Taricco*, e rivolta alla declaratoria di contrarietà rispetto all'art. 325 TFUE di una norma di diritto nazionale che sancisce l'inutilizzabilità della prova acquisita *contra legem*, poiché la rinuncia a quella conoscenza impedirebbe la condanna dell'imputato. In nome dell'interesse comunitario a punire si assiste così al poderoso tentativo di affrancamento dai vincoli della legalità processuale, secondo un imperativo che ricorda troppo da vicino le parole d'ordine del totalitarismo liberticida contrastato dalle Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra: «per ciascun soggetto decideranno non le forme e la lettera della legge, ma lo spirito e gli scopi più alti» della *Gemeinschaft*³⁸.

Il colpo di mano, sventato nel caso *Taricco* dalla nostra Corte costituzionale, rimasta fedele al principio di legalità quale presidio a tutela dell'individuo contro l'inclinazione del potere all'arbitrio e alla prevaricazione³⁹, sta riuscendo invece altrove. Una ulteriore questione è stata di recente decisa dalla Gran-

³⁴ Secondo R. Bin, *Critica*, cit., p. 63 ss., il principio di massima estensione dei diritti sarebbe frutto di un equivoco: «L'interesse della collettività al perseguimento dei crimini, alla rapidità delle indagini e del processo e alla certezza della pena non sono pulsioni antiliberali a cui va opposta la tradizione gloriosa della difesa costituzionale dei diritti: altri diritti stanno dietro all'azione dei pubblici poteri, quelli atavici dalla cui tutela è iniziata la gloriosa storia dello Stato di diritto». Contro il ritorno alla visione hobbesiana dello Stato si esprime C. Cupelli, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 359 ss.

³⁵ La franca ammissione proviene da un campione dell'europeismo penale come A. Bernardi, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in Id. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, p. XIV.

³⁶ C. Giust. UE, 8 settembre 2015, *Taricco*, C-105/14.

³⁷ D. Negri, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 650 ss.

³⁸ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria), causa C-310/16, Dzivev. La questione è stata decisa nelle more di pubblicazione di questo scritto da C. Giust. UE, 17 gennaio 2019, Dzivev e a., C-310/16. Della pronuncia, più incoraggiante per il principio di legalità probatoria di quanto non lasciassero pronosticare i precedenti, non si è dunque potuto tenere conto.

³⁹ C. cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24 e sent. 31 maggio 2018, n. 115. Nel senso che gli insegnamenti della Corte siano decisivi anche per innalzare il principio di legalità processuale ad argine contro l'etica del risultato promossa dai giudici europei, v. D. Negri, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in A. Bernardi-C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, p. 297 ss.

de Sezione della Corte di Giustizia UE in un senso affatto preoccupante e di pessimo auspicio per l'esito di analoghe domande riguardanti la sorte delle norme processuali⁴⁰. Secondo la Curia di Lussemburgo l'esigenza di effettiva salvaguardia degli interessi finanziari eurounitari è di ostacolo ad una disciplina interna che vincoli il giudice a disporre l'archiviazione se, decorso un certo termine, il pubblico ministero non ha concluso le indagini, formulato e notificato l'imputazione; oppure qualora l'organo dell'accusa non ponga tempestivo rimedio ai difetti sostanziali, rilevati dal giudice, dell'atto di impulso al processo. La Corte censura il fatto che la legislazione interna non dia modo al giudice, valutate le particolari circostanze del caso (ad esempio, la sua complessità e il comportamento dilatorio delle parti), di prorogare i termini perentori concessi al pubblico ministero, né di esaminare la causa nel merito dopo aver sanato egli stesso le invalidità ponendo rimedio con misure adeguate alle conseguenze negative derivanti dalle violazioni del diritto di difesa.

Di fronte a responsi del genere dovremo presto saperci stringere attorno al nucleo irrinunciabile di valori del processo penale, idonei a fungere da controlimite costituzionale al rinnovato, impetuoso assalto delle istanze di difesa sociale.

⁴⁰ Corte Giust. UE, Gr. Sez., 5 giugno 2018, Kolev, C-612/15.

CARLA PANSINI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Diritto di difesa e struttura del processo *

Right of defense and process structure

Le recenti novelle legislative sembrano trascurare l'effettività dell'esercizio del diritto di difesa nel contesto del processo penale. L'A. evidenzia quali istituti appaiono in più stridente contrasto con il principio sancito dall'art. 24, comma 2, Cost.

The latest legislative amendments seem to undermine the proper exercise of the right of defense in the criminal trial. The A. points out which institutions appear in a stark contrast with the principle laid down in art. 24, co. 2, Cost.

RILIEVI PRELIMINARI

A distanza di 70 anni dall'entrata in vigore della Costituzione, il principio sancito nell'art. 24, comma 2 Cost., e il dibattito che ruota attorno ad esso non perde di attualità. Anzi, i recenti interventi normativi e quelli ancora *in itinere* rendono quanto mai opportuna una riflessione sul significato e sulla latitudine di tale diritto della persona.

Tuttavia, l'articolazione variegata delle prospettive che il diritto di difesa assume nel processo penale e i “contenuti specifici” del suo concreto esercizio all'interno dei singoli istituti processuali – anche rispetto ai soggetti a vario titolo coinvolti nella vicenda processuale – è di una tale ampiezza da impedire una completa sintesi.

L'approccio all'indagine sconta, peraltro, un difetto d'origine dovuto ad un enunciato costituzionale che appare contenutisticamente “vuoto”. Del resto, è nota a tutti la pregevole attività svolta dalla Corte delle leggi, vigente il codice di rito penale del 1930, proprio tesa a rendere concreto e operante, per quanto ciò fosse compatibile con la struttura di quel processo, il precetto costituzionale sul diritto di difesa¹. Tant'è che, seppure in maniera rapsodica, gli interventi della giurisprudenza costituzionale hanno consentito di individuare dei punti fermi nella morfologia e nella topografia del diritto di difesa. Punti fermi dai quali è inevitabilmente partito il legislatore nel codice del 1988 e che, forse, meritavano maggiore riflessione o, quantomeno, uno sguardo più lungimirante.

Il tentativo ermeneutico, allora, deve essere quello di evidenziare alcuni dei punti più critici dell'attuale tessuto normativo rispetto ai differenti modi in cui dovrebbe essere attuato il diritto di difesa e che evidenziano un *vulnus* dello stesso.

Per far ciò occorre partire da una premessa di sistema che, tuttavia, è funzionale alla analisi dei singoli istituti.

L'art. 24, comma 2, Cost. è una norma non particolarmente «perspicua» in quanto a fronte della dichiarazione di inviolabilità della difesa, non chiarisce l'essenza del diritto, le garanzie necessarie per la sua attuazione concreta, il tipo di assetto processuale maggiormente idoneo a valorizzare l'esercizio della

* Il testo riproduce in parte la relazione tenuta a Salerno il 26 Ottobre 2018 nell'ambito del XXXII Convegno dell'Associazione degli Studiosi del processo penale “Prof. G. D. Pisapia” dal titolo: *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*

¹ Si è fatto puntualmente notare come alla Corte costituzionale sia toccato il «difficile compito di temperare l'affermazione dei più pregnanti significati dell'art. 24, comma 2, Cost. con funambolici distinguo e riserve, volti a «salvare» quei pilastri del sistema che il legislatore dissennatamente s'ostinava a mantenere». Così P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, p. 478. Per una ricostruzione dell'opera della Corte costituzionale v. 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 ss.

funzione difensiva², né individua strumenti idonei a garantire la parità delle parti nel processo.

Nel corso degli anni è emersa in prima battuta una lettura “funzionale” del diritto di difesa per cui la difesa appare come «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale»³, ma anche che il fondamento della difesa come «funzione» del processo è duplice: diritto individuale e garanzia oggettiva. Quest'ultima esprime una scelta gnoseologica, eminentemente unitaria, ancillare rispetto ai fini del processo: vale a dire la convinzione che il miglior mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia instaurare un contraddittorio tra chi, avendola formulata, ha interesse a sostenerla e chi, viceversa, avendola subita, ha interesse a confutarla⁴. L'evoluzione di questa dimensione oggettiva è confluita nella affermazione del contraddittorio nella formazione della prova, con la modifica dell'art. 111 Cost. e quanto ha comportato sul piano normativo e culturale.

Epperò, forse è la dimensione “individuale” del diritto di difesa, come tutela della libertà dei soggetti coinvolti nel processo penale, quella che va approfondita, valorizzata e “blindata”.

Sotto questo profilo, la garanzia contenuta nell'art. 24, comma 2, Cost., «priva di paradigmi quanto all'attuazione», soprattutto se messa a confronto con la maggiore precisione di parametri espressa dalle corrispondenti regole contenute nelle carte internazionali (Art. 6 C.E.D.U. e 14 P.i.d.c.p.), è stata classificata “libertà a contenuto positivo”⁵ e, in quanto tale, spetta alle scelte del legislatore assicurarne la tutela⁶. Certo la formula ampia della Carta fondamentale era stata pensata per non divenire obsoleta nel giro di qualche anno a fronte delle inevitabili evoluzioni culturali, ma questo non vuol dire certamente che, individuata una soglia minima, il legislatore sia pressoché libero di disciplinare come meglio crede l'attuazione concreta di tale libertà perché si rischierebbe di legare la legittimità costituzionale di singoli istituti alle scelte politiche e ideologiche di turno.

Ed allora, il diritto di difesa come libertà va collocato all'interno di un sistema nel quale sono contenute le altre libertà costituzionali, con le quali si deve inevitabilmente confrontare, e deve essere calato in una rete di principi che lo valorizzano anche in rapporto al contesto in cui va esercitato⁷.

Si intende dire che il diritto di difesa è strumentale rispetto alla tutela di altre libertà, quelle che sono state definite “a contenuto negativo” (libertà personale, libertà domiciliare, libertà di corrispondenza)⁸ ed è valorizzato dai principi contenuti ad esempio negli artt. 3, 27, 2 comma, 111 Cost.

Quindi, qualunque operazione ermeneutica deve tenere in debito conto l'insieme dei valori che fanno capo alla persona, ancorché senza dimenticare che, se è vero che i contenuti del diritto di difesa possono concretizzarsi in maniera differente durante i vari segmenti del processo, è altrettanto vero e imprescindibile che il testo costituzionale statuisce l'invulnerabilità del presidio che pone le corrispondenti vicende soggettive in cima alla scala dei valori⁹. Anzi, il diritto di difesa diventa una “precondizione”, un “super diritto costituzionale”¹⁰, la cui tutela va di regola privilegiata, «salvo a dimostrare che la spinta del valore antagonista è talmente “necessitata” nel gioco degli equilibri costituzionali che neppure una libertà inviolabile come, appunto, il diritto di difesa, riesce a resistere in pieno»¹¹.

E su questi binari si è mossa la Corte costituzionale vigente il codice di rito penale del 1930, cercando di indirizzare il processo in quello che è stato definito “sistema inquisitorio garantito”, determinando, poi, il cambio di rotta nelle scelte operate dal legislatore per il vigente codice di procedura penale.

²In questi termini 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*, cit., p. 198.

³Così P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466.

⁴Ancora P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 468.

⁵V., per questa definizione, G.P. Voena, voce *Difesa III*, *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, p. 3.

⁶Per queste riflessioni A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, Cedam, 2001, p. 41.

⁷Nuovamente, in questi termini, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 477.

⁸V., in chiave critica, G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, p. 273 ss.

⁹G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 316.

¹⁰O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 683.

¹¹Così, puntualmente, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 46.

L'AUTODIFESA

Messa da parte questa premessa metodologica, l'attenzione va spostata sulla disamina critica della disciplina positiva.

Sotto il profilo morfologico, è noto a tutti come il diritto di difesa si manifesti nell'autodifesa e nella difesa tecnica, ovvero, rispettivamente, in quelle condotte che l'imputato può compiere personalmente e nelle attività che possono essere realizzate dal proprio difensore.

L'aspetto dell'autodifesa, intesa come "l'esplicazione più immediata e naturale" del diritto di cui all'art. 24, comma 2, Cost. palesa una evoluzione positiva chiara e costante che, quindi, può essere trattata in questa sede in maniera meno approfondita.

Valgano, allora, alcuni richiami meramente esemplificativi.

Sovviene, innanzitutto, la diatriba sul diritto al silenzio¹², i cui termini sono a tutti noti e su cui sarebbe troppo lungo in questa sede soffermarsi¹³.

Non possono, tuttavia, tacersi dubbi residui su alcune situazioni limite: ci si riferisce a determinate tipologie di attività investigative (ad es. l'acquisizione occulta di campioni biologici) che vengono dalla prassi ricondotte nell'alveo delle c.d. "prove atipiche" laddove, invece, si tratta di situazioni che di fatto aggirano le modalità acquisitive tassativamente individuate dal legislatore e che rischiano di vanificare il diritto a rimanere in silenzio, il diritto a non collaborare con il potere giudiziario e il privilegio contro l'autoincriminazione se l'applicazione di questi principi resta circoscritta «all'astratta categoria di appartenenza dell'atto», senza che si verifichi di questo l'effettiva potenzialità autoincriminatrice¹⁴.

In secondo luogo, val la pena di ricordare il diritto all'autodifesa visto sotto il profilo della conoscenza e comprensibilità dell'attività processuale: su questo tema ha fatto molto il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 e le relative modifiche legislative apportate al codice di rito in recepimento delle Direttive europee n. 64 del 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti nei procedimenti penali e 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione dell'addebito penale.

Ancora, senza andare troppo indietro nel tempo, la c.d. "Riforma Orlando" (l. 23 giugno 2017, n. 103) ha puntualmente ridisciplinato gli artt. 70 ss. c.p.p. in tema di capacità processuale dell'imputato¹⁵ e notifica al difensore d'ufficio dell'imputato libero, che ora deve essere accettata dal difensore (art. 162, comma 4-bis, c.p.p.).

In siffatta ottica positiva va sottolineata anche l'opera progressiva della Corte costituzionale sull'accesso ai riti premiali in caso di modifica dell'imputazione¹⁶. La richiesta dei riti alternativi infatti «costituisce [...] una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)»¹⁷ e si determinerebbe una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata

¹² V., V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1972; più di recente E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1587; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2006.

¹³ Non è tuttavia, superfluo indicare una recente sentenza nella quale la Suprema Corte, rigettando il ricorso, ha escluso in modo netto che il suggerimento di esercitare la facoltà di non rispondere possa integrare in capo al difensore il reato di infedele patrocinio: "I suggerimenti dati dal patrono all'indagata si riducono ad una sollecitazione a non rispondere alle domande dell'organo dell'accusa, *id est* a tenere una condotta processuale perfettamente in linea con il diritto di difesa, che vede nell'esercizio della facoltà di non rispondere un'espressione del principio del *nemo teneat se detegere*, insuscettibile di per sé – in quanto costituente appunto esplicazione dello *ius defendendi* costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Carta Fondamentale – di recare un qualunque danno, economico o processuale, alla patrocinata", *Cass.*, Sez. VI, 30 marzo 2018, n. 14751.

¹⁴ Per queste osservazioni cfr. C. Fanuele, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in A. Scafati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 324. V. anche T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 22 ss.

¹⁵ Per una più completa analisi del tema sia consentito il rinvio a C. Pansini, *Percorsi del controllo sulla capacità processuale dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1389 ss.

¹⁶ Così da ultimo C. cost., 5 luglio 2018, n. 141, sulla omessa possibilità di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova a fronte della nuova contestazione di una circostanza aggravante; C. cost., sent. 5 luglio 2017, n. 206. Sul tema specifico nel corso degli anni la giurisprudenza costituzionale è andata gradualmente evolvendo a partire dalla sentenza n. 265 del 1994, con la quale furono dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente quando questo ha formato oggetto di contestazione "tardiva".

¹⁷ In questi termini C. cost., 13 maggio 2004, n. 148.

diversamente la facoltà di chiederli. E tuttavia, non può tacersi la preoccupazione che nasce dalla tendenza delle modifiche settoriali che, sulla base di spinte emozionali, ispira il legislatore nelle sue recenti scelte novellistiche. In tal senso si muovono i recenti (attuati e programmati) divieti di ricorso a riti alternativi per taluni reati che l'opinione pubblica, spesso influenzata dai media, identifica come di maggiore gravità: femminicidio, reati contro la p.a. etc.

Peraltro, nell'isola quasi felice appena ricostruita residua un ulteriore punto critico. Ci si riferisce a quell'insieme di norme che oggi tendono ancora a far prevalere la notifica al difensore al posto della notifica all'imputato, prevedendo solo parzialmente la possibilità per il difensore di eccepire la sua impossibilità ad avvertire l'assistito e sulle quali però recentemente sono intervenute le SU¹⁸ (ex art. 157, comma 8-bis, c.p.p.).

Situazione, questa, – ma non è l'unica – che è al limite dei due aspetti del diritto di difesa, l'autodifesa e la difesa tecnica.

LA DIFESA TECNICA

Ed è proprio su questo secondo aspetto, invece, che si ritiene debba soffermarsi maggiore attenzione perché tocca uno dei profili più critici del diritto di difesa nel processo penale, vale a dire la sua effettività.

Sicché, se è vero, come si è affermato in premessa, che la difesa integra un diritto della parte privata e una condizione di regolarità del processo; se è vero che pietra miliare della nostra cultura giuridica è l'affermazione per cui la difesa è anzitutto «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa» esercitata dall'imputato e dal suo difensore di fronte a un giudice imparziale e che trova la sua più alta affermazione nel metodo dialettico, quindi, nel contraddittorio, tanto che il modello accusatorio diviene il terreno fertile sul quale possono coesistere entrambi gli aspetti anzidetti, che finiscono per costituire il fondamento della difesa penale intesa appunto come funzione, attività; non va mai, però, dimenticato che il diritto di difesa è anche – e soprattutto – libertà.

Allora, è lecito chiedersi quali siano ad oggi gli aspetti critici della disciplina normativa sulla tematica *de qua*.

Sono tanti e sparsi nelle varie fasi e gradi del processo tanto da non consentire un'analisi esaustiva quanto, piuttosto, consigliare una messa a fuoco di quelli che appaiono più critici.

Esemplificando, non si può non prendere le mosse dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.). Difatti, il legislatore ha previsto termini per presentare memorie o chiedere l'interrogatorio non parametrati alla complessità delle indagini e, quindi, alla effettiva durata delle stesse (sempre 20 gg.), che di fatto finiscono per svilire e svuotare di contenuti utili le scelte difensive.

Altro punto che meriterebbe ampio spazio di riflessione critica è il differimento del colloquio con il difensore, che da eccezione rispetto al diritto di comunicare tempestivamente col difensore è diventata la regola quando si procede per determinati tipi di reati¹⁹.

Ancora, va segnalato l'impedimento del difensore, oggi diventato sempre più una *probatio diabolica*, pur dovendosi registrare recentemente interessanti aperture garantiste con riguardo al procedimento di sorveglianza²⁰.

Si ritiene, però, che oggi siano tre gli spazi in cui si deve registrare una evidente mortificazione del diritto di difesa: processo a distanza, intercettazioni telefoniche e regime delle impugnazioni.

¹⁸ Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 58120, che ha stabilito il principio per cui «in caso di dichiarazione o di elezione di domicilio dell'imputato, la notificazione della citazione a giudizio mediante consegna al difensore di fiducia anziché presso il domicilio dichiarato o eletto, produce una nullità a regime intermedio, che non è sanata dalla mancata allegazione da parte del difensore di circostanze impeditive della conoscenza dell'atto da parte dell'imputato».

¹⁹ La scelta del legislatore del 2017 di intervenire sulla disposizione contenuta nell'art. 104, comma 3, c.p.p., – limitandone l'ambito di applicabilità ai reati più gravi – appare quantomeno discutibile: da un lato, infatti, sembra escludere *in toto* il potere di disporre il differimento del colloquio per reati diversi da quelli di criminalità organizzata e terrorismo; dall'altro, però, lo consente per i reati di maggior allarme sociale senza alcuna indicazione di limiti e condizioni. Il timore è che la modifica apportata dal legislatore della riforma all'art. 104, comma 3, c.p.p. possa creare una situazione nella quale il differimento per i reati di criminalità organizzata e di terrorismo diventi una sorta di prassi comune, automatica che va viceversa stigmatizzata perché incompatibile peraltro «con le ragioni che hanno condotto all'elaborazione di tale intervento novellistico e con i profili empirici connessi al sistema cautelare». Così puntualmente D. Vispo, *I colloqui del difensore con l'imputato in vincolis: tra esigenze investigative ed effettività del diritto di difesa*, in *Legislazione pen.*, 2018.

²⁰ Da ultimo, Cass., sez. I, 3 aprile 2018, n.14785, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, p. 865 ss.

IL DIBATTIMENTO A DISTANZA

Innanzitutto, l'attuale disciplina del dibattimento a distanza è molto lontana dall'archetipo dibattimentale della prima ora, collegato ad un'idea di unità di luogo della celebrazione del giudizio ma, quel che è peggio, non vi è più traccia dell'*humus* e dalla *ratio* originari della disposizione di cui all'art. 146-bis disp. att. c.p.p.: costruire degli argini al c.d. "turismo giudiziario"²¹.

Quella norma, difatti, volta a delineare un regime peculiare con riferimento a determinate categorie di reato di maggior allarme sociale, non si limitava ad esigere la sussistenza del presupposto concernente la necessità che il procedimento riguardante taluno dei reati delineati dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. avesse come imputato un soggetto sottoposto a detenzione carceraria ma richiedeva altresì la presenza di una delle tre seguenti condizioni, e cioè che: a) sussistessero gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) il dibattimento risultasse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse ritenuta necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento; c) si trattasse di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit.

Ancorché nella genericità di tali formulazioni – quantomeno delle prime due –, era necessario un vaglio giurisdizionale, volto ad accertare la sussistenza dei suddetti requisiti.

Preme altresì sottolineare come l'originario art. 146-bis disp. att. c.p.p. risultasse in linea con la «logica del "bilanciamento" di interessi contrapposti, secondo un'impostazione volta a fondare proprio su tale dato l'affermazione di piena aderenza ai dettami costituzionali». Si vuol dire che la compressione del diritto di difesa derivante dal ricorso alle videoconferenze poteva dirsi controbilanciata dall'esigenza di tutelare valori di innegabile rilevanza quali quelli dell'incolumità e della sicurezza pubblica, a cui risultavano ispirati i requisiti *sub a)* e *sub c)* dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., oltre agli obiettivi di speditezza e di economia processuale – che comunque non dovrebbero mai oscurare il diritto di difesa –, correlati alla volontà di evitare il rischio di scarcerazioni per decorrenza dei termini di custodia cautelare di cui al requisito *sub b)*.

Le modifiche introdotte dalla c.d. riforma Orlando si muovono in una prospettiva allarmante: si basano su di una sorta di presunzione di compatibilità con i principi dell'oralità e del contraddittorio ed esercizio del diritto di difesa.

«Le modalità con cui viene effettuata la partecipazione a distanza al dibattimento, essendo volte ad «assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto» e permettendo al difensore o a un suo sostituto di essere presenti nel luogo ove si trova l'imputato, o, qualora essi scelgano invece di rimanere nell'aula di udienza, di potersi consultare riservatamente con l'imputato, per mezzo di strumenti tecnici idonei, vengono ritenute garanzie di per sé sufficienti ad escludere violazioni ai parametri costituzionali»²².

Siamo di fronte ad una sfacciata rivendicazione della legittimità di questa metodologia, laddove viceversa è importante il contatto tra fonte di prova e giudice.

Si è passati dalla originaria previsione del modello accusatorio, per cui la prova si forma in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, al fatto che l'aula del dibattimento si svuota perché il difensore dovrà inevitabilmente decidere dove andare per seguire il dibattimento. Il teste o l'imputato, se detenuto, è dietro una telecamera, ritrasmesso da un monitor.

Resta poco dell'accusatorio della prima ora. Forse si tratta di «una virata postmoderna, vista la virtualizzazione». Più preoccupante se si trattasse di «un ritorno all'inquisizione, che si svolgeva in aule inaccessibili»²³.

Peraltro, non può dimenticarsi che l'art. 14, § 3, lett. d) P.i.d.c.p. sancisce espressamente il diritto dell'accusato «ad essere presente al processo».

²¹ V. P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *www.penalecontemporaneo.it*, (7-8), 2017.

²² Così, puntualmente, P. Rivello, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, cit.

²³ Questi i timori di G. Spangher, in un'intervista poco dopo l'entrata in vigore della legge.

LE INTERCETTAZIONI

La disciplina delle intercettazioni telefoniche è stata da ultimo riformata dal d.lgs. n. 216 del 2017, con la sua «riscrittura selettiva di alcune disposizioni attraverso la quale pervenire, almeno nelle intenzioni, al duplice obiettivo di tutelare la riservatezza dei terzi estranei al procedimento e di dare regolamentazione normativa all'impiego del captatore informatico»²⁴.

Si è puntualmente sottolineato come a fronte delle numerose e gravi problematiche sollevate dall'impiego sempre più frequente di tecnologie particolarmente invasive, la recente novella è apparsa da subito poco risolutiva, marginale e, soprattutto, di fatto inidonea a disegnare un accettabile punto di equilibrio fra tutela della riservatezza, libertà di stampa, diritto di cronaca e diritto di difesa.

Ed è proprio sotto il profilo della violazione del diritto di difesa che la disciplina riformata evidenzia il suo «difetto genetico»: l'aver operato un indebito bilanciamento tra valori che non si trovano sullo stesso piano, quali il diritto di difesa e la tutela della privacy dei soggetti estranei alla vicenda processuale. Il primo, difatti, è un diritto inviolabile, che non prevede limitazioni ai sensi dell'art. 24, comma 2, Cost., quel «“super” diritto costituzionale che non patisce né limitazioni né bilanciamenti»²⁵ a differenza di altri diritti costituzionali, quali ad es. la segretezza delle comunicazioni, che viceversa il legislatore può circoscrivere.

L'errore macroscopico in cui è incorso il legislatore – sia quello delegato che quello delegante – è stato quello di tentare di bilanciare la tutela della riservatezza di soggetti casualmente coinvolti nelle operazioni intercettive e diritto di difesa dell'imputato. Questo errore di fondo ha, poi, condizionato tutta la disciplina di dettaglio: basti pensare alla scelta di spostare sulla p.g. il compito di selezionare – almeno in prima battuta – le conversazioni processualmente rilevanti da quelle irrilevanti sulle quali il p.m. effettuerà il controllo; e anche il potere interlocutorio della difesa risulta poco praticabile non solo materialmente, in un procedimento applicativo bifasico nel quale appare difficoltosa se non impossibile la materiale conoscenza di tutto il materiale intercettato, per poter poi entro dieci giorni richiedere l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale²⁶.

Ma di fatto questa nuova disciplina sottrae alla difesa conoscenze indispensabili (le intercettazioni irrilevanti) per l'esercizio delle sue facoltà, codificando la sottrazione al controllo della difesa dei criteri della selezione operata dall'accusa sul materiale investigativo accumulato in mesi-anni di ascolto²⁷.

Non solo. Il diritto di copia in favore della difesa si affaccia solo una volta inseriti le registrazioni acquisite e i verbali nel fascicolo delle indagini.

Su questo punto la recente giurisprudenza si sta un po' lentamente aprendo, ma i profili di illegittimità costituzionale e di criticità della disciplina sono tanti e non affrontabili in questa sede.

Solo per fare qualche esempio, non si è fatto nulla per vincolare l'utilizzabilità delle intercettazioni al reato contestato in prima battuta dall'organo inquirente, per evitare la prassi delle contestazioni strumentali.

Inoltre, sembra espandersi a macchia d'olio la filosofia del “doppio binario”: basti pensare alla disciplina del c.d. *trojan*, che testimonia come anche il “doppio binario” si stia allargando oltre i confini dei reati di criminalità organizzata e terrorismo.

In altri termini, emerge dalla lettura della attuale disciplina delle intercettazioni come ci si stia muovendo nella direzione di un rafforzamento dell'utilizzo di questo mezzo di ricerca della prova, anche e soprattutto, nell'ambito dei procedimenti per reati più gravi, facendo acquisire allo stesso di per sé valore probatorio, ancorché indiretto, nella breccia aperta dalle Sezioni Unite del 2015²⁸ che trova “segua-ci” in recenti sezioni semplici²⁹.

²⁴ Così O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 683.

²⁵ Così ancora O. Mazza, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 683.

²⁶ Termine ancorché prorogabile dal giudice per un periodo non superiore a dieci giorni, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni.

²⁷ In questi termini G. Milicia, *Limiti all'accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo*, in *Parola alla difesa*, p. 116.

²⁸ Cass., sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22471 dove si legge che «la consolidata giurisprudenza di questa Corte ha chiarito, da oltre un decennio (cfr. Sez. 5, n. 13614 del 19 gennaio 2001, Primerano, Rv. 218392 e, da ultimo, Sez. 2, n. 4976 del 12 gennaio

Allora, non può non condividersi l'amara conclusione di chi³⁰ afferma che «anche dopo il d.lgs. n. 216 del 2017, le intercettazioni rimangono una prova largamente atipica, destinata a essere ancor più governata dalla giurisprudenza e, addirittura, dalle prassi, senza effettive garanzie per gli interessi costituzionalmente rilevanti che ne risultano coinvolti e con un significativo arretramento della tutela del diritto di difesa. Il tutto aggravato dal potere sempre maggiore riconosciuto alla polizia giudiziaria, vero *dominus* della prova».

LE IMPUGNAZIONI

Altro terreno franoso è quello delle impugnazioni, che meriterebbe una riflessione autonoma.

In questa sede, allora, siano consentite solo alcune brevi riflessioni di sistema.

A fronte di una innegabile, pregressa situazione di sovraccarico della Corte di cassazione, investita da troppi ricorsi, spesso strumentali, il legislatore del 2017 ha introdotto norme restrittive. L'ammissibilità dell'appello, difatti, viene puntualmente vincolata alla specificità dei motivi richiamati nell'impugnazione (art. 582 c.p.p.), oggi, per un verso, legati ai temi di critica alla sentenza relativamente a quanto deciso o a quanto non deciso con la stessa, per l'altro, alle richieste al giudice del gravame, con riferimento alle argomentazioni in fatto e in diritto.

Al concetto di specificità, però, non può essere sotteso un metro valutativo troppo elastico, ma, viceversa, esso dovrebbe essere messo in relazione, per la parte di critica alla sentenza, con il grado di specificità della sua motivazione³¹. Si intende dire che la specificità dei motivi non deve diventare un *passepertout*, con contenuto dilatante, perché se il giudice ritiene l'impugnazione non sufficientemente mirata, il secondo grado di giudizio non si celebra, limitandosi per questa via il diritto di difesa³².

Non solo. I termini per proporre impugnazioni non sono parametrati all'effettivo deposito della sentenza da parte del giudice.

Che dire, poi, del d.d.l. S. 551 assegnato in data 27 settembre 2018 alla Commissione Giustizia del Senato recante "Abrogazione del divieto di *reformatio in peius* nel processo d'appello in caso di proposizione dell'impugnazione da parte del solo imputato", relativamente al quale, nella relazione della Sen. Evangelista si legge che «l'intento del presente disegno di legge è quello di evitare di avvalersi del ricorso in appello in modo strumentale e di consentire al contempo la riduzione del carico dei contenziosi pendenti nelle corti d'appello».

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Come si è cercato di evidenziare, sono tanti – troppi – gli snodi processuali che meriterebbero una rinnovata riflessione di sistema, per tentare di arginare la deriva che il diritto di cui all'art. 24, comma 2, Cost. sta prendendo. Difatti, avvicinarsi oggi al diritto di difesa con uno sguardo che ricomprenda anche l'orizzonte europeo, porta – con rammarico – a constatare una certa riluttanza nel riconoscerne l'effettività e una tendenza ad avvertire la difesa (tecnica e personale) come ostacolo all'accertamento della verità o strumento dilatorio e orpello inutile finalizzato alla dilatazione dei tempi processuali.

2012, Soriano, Rv. 251812), che le dichiarazioni captate nel corso di attività di intercettazione (regolarmente autorizzata, ovviamente), con le quali un soggetto accusa se stesso e/o altri della commissione di reati hanno integrale valenza probatoria e non necessitano quindi di ulteriori elementi di corroborazione ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p.».

²⁹ Cfr., di recente, Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, p. 913 ss. che afferma come «il contenuto delle conversazioni intercettate [possa] essere provato anche mediante deposizione testimoniale, non essendo necessaria la trascrizione delle registrazioni nelle forme della perizia, atteso che la prova è costituita dalla bobina-cassetta o supporto digitale, che l'art. 271 co. 1 c.p.p., non richiama la previsione dell'art. 268, co. 7 c.p.p., tra le disposizioni la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità e che la mancata trascrizione non è espressamente prevista né come causa di nullità, né è riconducibile alle ipotesi di nullità di ordine generale tipizzate dall'art. 178 cod. proc. pen.».

³⁰ O. Mazza, *op. ult. cit.*, p. 688.

³¹ V. A.A. Marandola, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, (2), 2018, p. 166 ss.

³² Si veda, Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199.

È, altresì, evidente la “condanna sociale” del difensore che assume la “difesa dell’ultimo” e la tendenza alla “criminalizzazione” del rapporto avvocato-cliente o meglio difensore-imputato e alla soggettivizzazione del reato.

Forse, è arrivato il momento, improcrastinabile, in cui l’Avvocatura e l’Accademia *in primis* debbano spingere a riaffermare il valore e rivendicare la supremazia del diritto di difesa, inteso come libertà inviolabile del singolo, che non vuol dire superfetazione di garanzie ma superiorità di tale libertà.

Indici | Index

AUTORI | AUTHORS

Lorenzo Belvini Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i>	318
Valentina Bonini Videoriprese investigative e tutela della riservatezza: un binomio che richiede sistemazione legislativa / <i>Investigative videorecording and privacy protection: a combination that demands legislative solution</i>	338
Orietta Bruno Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da “ri-vedere” / <i>Ministerial Crimes and the position of the person accused in joined proceedings</i>	450
Chiara Buffon Interferenze tra <i>ne bis in idem</i> processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio / <i>Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle for the containment of the double-track sanctions</i>	526
Federica Centorame Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze / <i>Referral for civil effects only and criminal judgement of annulment: autonomy and interferences</i>	418
Marilena Colamussi Rassegna bibliografica / <i>Bibliographic Review</i>	331
Paola Corvi Decisioni in contrasto	329
Agostino 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 / <i>Spazza-corrotti Act: criminal policy, constitutional rules and equitable trial</i>	281
Annalisa Mangiaracina “L’eterno ritorno”: vacilla l’autonoma valutazione in sede cautelare / <i>“The eternal return”: the autonomous assessment of precautionary measures is wavering</i>	517
Mena Minafra Sul diritto dell’indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l’imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione / <i>The accused person has the right to appeal the decision with which the Preliminary investigation Judge orders the Public Prosecutor to charge the accused persons under different facts from those related to the request to drop the case</i>	398
Daniele Negri Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale / <i>Constitutional Law in Action: Destination and Destiny of the Criminal Process</i>	553
Carla Pansini Diritto di difesa e struttura del processo / <i>Right of defense and process structure</i>	562

Lucia Parlato

Privo di ragionevole giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro” / *Without reasonable justification, disproportionate and useless: the prohibition for detainees under “hard penitentiary regime” to cook food has been struck by the Constitutional Court* 375

Angela Procaccino

Corte costituzionale 322

Fabrizio Ripa

Novità legislative interne / *National Legislative News* 291

Stefano Ruggeri

Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali / *Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection* 355

Gioia Sambuco

De jure condendo 309

Andrea Sivier

Corte europea dei diritti dell’uomo / *European Court of Human Rights* 312

Marco Torre

Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell’ingerenza / *Home search and par. 8 ECHR: the European Court criticizes the lack of “effective control” for interference* 433

Cristiana Valentini

Forma dell’impugnazione e canoni della motivazione / *Form of the appeals and canons of the grounds of the judgment* 540

Francesco Vergine

Il patteggiamento: gli obblighi restitutori depotenziano le finalità deflattive / *The plea bargaining: the obligations of refund defuse the purposes of deflation* 443

Elena Zanetti

Novità sovranazionali / *Supranational News* 302

PROVVEDIMENTI | MEASURES*Corte costituzionale*

C. cost., sent. 26 settembre 2018, n. 186	367
C. cost., sent. 10 ottobre 2018, n. 224	325
C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 223	326
C. cost., sent. 7 novembre 2018, n. 229	324
C. cost., sent. 20 novembre 2018, n. 240	323
C. cost., ord. 20 novembre 2018, n. 243	322
C. cost., ord. 22 novembre 2018, n. 214	327
C. cost., sent. 7 dicembre 2018, n. 231	324
C. cost., sent. 27 dicembre 2018, n. 250	322
C. cost., sent. 9 gennaio 2019, n. 3	327

<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 22 marzo 2018, n. 40984	389
sentenza 11 ottobre 2018, n. 46201	349
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione IV, sentenza 8 agosto 2018, n. 38230	336
Sezione VI, sentenza 3 ottobre 2018, n. 43896	413
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione II, sentenza 24 settembre 2018, n. 41012	330
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
Corte e.d.u., 27 settembre 2018, <i>Brazzi c. Italia</i>	426
Corte e.d.u., 22 novembre 2018, <i>Konstantinopoulos e altri c. Grecia</i>	312
Corte e.d.u., 13 dicembre 2018, <i>Casa di cura Valle Fiorita s.r.l. c. Italia</i>	316
<i>Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	
C. giust. UE, Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU	320
C. giust. UE, Prima Sezione, 6 dicembre 2018, causa C-551/18 PPU	319
C. giust. UE, Prima Sezione, 13 dicembre 2018, causa C-514/18 PPU	318
<i>Atti sovranazionali</i>	
Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agencia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio	302
<i>Norme interne</i>	
Legge 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»	291
<i>De jure condendo</i>	
Disegno di legge C. 1455 «Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere»	309
Disegno di legge S. 836 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di tutela dell'identità delle fonti delle informazioni giuridiche»	310
Disegno di legge S. 798 «Disposizioni in materia di competenza territoriale in caso di reati informatici»	310

MATERIE | TOPICS

Competenza

- ◇ Competenza territoriale *ad hoc* per i reati informatici (D.d.l. S. 798 «Disposizioni in materia di competenza territoriale in caso di reati informatici») 310

Confisca

- ◇ Confisca per equivalente e abuso di informazioni privilegiate di insider secondari: la Corte ristabilisce il principio di applicabilità della *lex mitior* a prescindere dalla qualifica formale della sanzione (C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 223) 326

Cooperazione giudiziaria internazionale

- ◇ Nasce l'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio*) 302

Difesa e difensori

- ◇ Diritto di difesa e struttura del processo / *Right of defense and process structure*, di Carla Pansini 562

Diritti umani (tutela dei)

- ◇ Divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (*Corte e.d.u., 22 novembre 2018, Konstantinopoulos e altri c. Grecia*) 312

Giudizio di rinvio

- ◇ Giudizio civile di rinvio e procedura penale rescindente: autonomia e interferenze / *Referral for civil effects only and criminal judgement of annulment: autonomy and interferences*, di Federica Centorame 418

Giusto processo

- ◇ Profili del giusto processo (esecuzione delle decisioni giudiziali) (*Corte e.d.u., 13 dicembre 2018, Casa di cura Valle Fiorita s.r.l. c. Italia*) 316

Impugnazioni

- ◇ Forma dell'impugnazione e canoni della motivazione / *Form of the appeals and canons of the grounds of the judgment*, di Cristiana Valentini 540

Imputazione coatta

- ◇ Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordina l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione / *The accused person has the right to appeal the decision with which the Preliminary investigation Judge orders the Public Prosecutor to charge the accused persons under different facts from those related to the request to drop the case*, di Mena Minafra 398

Mandato di arresto europeo

- ◇ Lo Stato di esecuzione del m.a.e. può rifiutare la consegna anche quando il reato sia punibile, secondo il proprio diritto interno, con la sola pena pecuniaria (*C. giust. UE, Prima Sezione, 13 dicembre 2018, causa C-514/18 PPU*) 318
- ◇ L'omessa indicazione nel m.a.e. della pena accessoria non è ostativa alla sua esecuzione (*C. giust. UE, Prima Sezione, 6 dicembre 2018, causa C-551/18 PPU*) 319
- ◇ La mera notifica di uno Stato membro della propria intenzione di recedere dall'UE non impedisce l'esecuzione del m.a.e. (*C. giust. UE, Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-327/18 PPU*) 320

Messa alla prova

- ◇ Illegittime le iscrizioni dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato nei certificati del casellario a richiesta dell'interessato (*C. cost., sent. 7 dicembre 2018, n. 231*) 324

Misure cautelari

- ◇ Rinnovo ex art. 27 c.p.p. dell'ordinanza cautelare: la Corte non può "rivedere" la decisione con cui la Cassazione esclude la nullità per assenza dell'"autonoma valutazione" (*C. cost., ord. 22 novembre 2018, n. 214*) 327

- ◇ Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali / *Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection*, di Stefano Ruggeri 355
- ◇ “L’eterno ritorno”: vacilla l’autonoma valutazione in sede cautelare / “*The eternal return*”: *the autonomous assessment of precautionary measures is wavering*, di Annalisa Mangiaracina 517

Misure di sicurezza

- ◇ Il ventaglio di prescrizioni della libertà vigilata ex art. 228, comma 2, c.p.p. permette al giudice di non applicare una misura di sicurezza detentiva in caso di trasgressione (C. cost., sent. 27 dicembre 2018, n. 250) 322

Ne bis in idem

- ◇ È escluso il bis in idem tra sospensione “cautelare” e sospensione “punitiva” del consulente finanziario (artt. 55 e 196 T.U. finanza), ma l’autorità procedente deve verificare se residuino ulteriori esigenze di tutela del mercato da salvaguardare (C. cost., sent. 20 novembre 2018, n. 240) 323
- ◇ Interferenze tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio / *Interferences between the substantive and procedural meaning of the ne bis in idem principle for the containment of the double-track sanctions*, di Chiara Buffon 526

Ordinamento penitenziario

- ◇ Privo di ragionevole giustificazione, incongruo e inutile: censurato dalla Consulta il divieto di cuocere cibi previsto per i detenuti sottoposti al regime del “carcere duro” / *Without reasonable justification, disproportionate and useless: the prohibition for detainees under “hard penitentiary regime” to cook food has been struck by the Constitutional Court*, di Lucia Parlato 375

Parte civile

- ◇ La parte civile è legittimata ad impugnare la sentenza di improcedibilità per estinzione emessa in primo grado 329

Patteggiamento

- ◇ Il patteggiamento: gli obblighi restitutori depotenziano le finalità deflative / *The plea bargaining: the obligations of refund defuse the purposes of deflation*, di Francesco Vergine 443

Perquisizioni

- ◇ Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell’ingerenza / *Home search and par. 8 ECHR: the European Court criticizes the lack of “effective control” for interference*, di Marco Torre 433

Persona offesa

- ◇ Tutela più ampia per le vittime di violenza domestica e di genere (D.d.l. C. 1455 «*Modifiche al codice di procedura penale: disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*») 309

Polizia giudiziaria

- ◇ Accolto il ricorso per conflitto di attribuzioni tra Procura di Bari e Presidenza del Consiglio dei Ministri e annullata la disposizione sulla trasmissione alla “scala gerarchica” delle notizie sull’inoltro delle informative di reato (C. cost., sent. 7 novembre 2018, n. 229) 324

Prescrizione

- ◇ Ancora un sigillo sull’inapplicabilità della “regola Taricco” (C. cost., ord. 20 novembre 2018, n. 243) 322

Principi costituzionali

- ◇ Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale / *Constitutional Law in Action: Destination and Destiny of the Criminal Process*, di Daniele Negri 553

Reati contro la pubblica amministrazione

- ◇ 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 / *Spazza-corrotti Act: criminal policy, constitutional rules and equitable trial*, di Agostino De Caro 281
- ◇ 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 «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») 291

Reati ministeriali

- ◇ Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da "rivedere" / *Ministerial Crimes and the position of the person accused in joined proceedings*, di Orietta Bruno 450

Sanzioni amministrative

- ◇ La contestazione dell'illecito amministrativo quale atto interruttivo della prescrizione delle relative sanzioni (Cass., sez. II, 24 settembre 2018, n. 41012) 330

Segreto professionale

- ◇ Rafforzato il segreto professionale del giornalista (D.d.I. S. 836 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di tutela dell'identità delle fonti delle informazioni giuridiche») 310

Spese di giustizia

- ◇ L'inadeguatezza dei compensi di periti e consulenti: una pronuncia d'inammissibilità concede tempo al legislatore mentre indica la strada di future questioni di legittimità costituzionale (C. cost., sent. 10 ottobre 2018, n. 224) 325
- ◇ Il pagamento delle spese di custodia e conservazione dei beni sequestrati grava su ogni condannato (C. cost., sent. 9 gennaio 2019, n. 3) 327

Videoriprese investigative

- ◇ Videoriprese investigative e tutela della riservatezza: un binomio che richiede sistemazione legislativa / *Investigative videorecording and privacy protection: a combination that demands legislative solution*, di Valentina Bonini 338