



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE
E
LE PRINCIPALI LINEE DI TENDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

GIURISPRUDENZA PENALE

ANNO 2010

ROMA – GENNAIO 2011

I N T R O D U Z I O N E

Nel rinnovare anche per questo anno la "Rassegna" della giurisprudenza penale di legittimità, l'Ufficio del Massimario riafferma ancora una volta il proprio ruolo - oramai non più soltanto quello tradizionale di mera redazione delle massime - di studio e analisi sistematica sui più significativi approdi ermeneutici cui è pervenuta la Corte di Cassazione.

La Rassegna costituisce un'analisi volta a delineare il percorso attraverso il quale si realizza il "diritto vivente" e consente sempre più di apprezzare quale sia in concreto la funzione che la Corte di legittimità, mediante la propria giurisprudenza, assegna a se stessa.

L'ampiezza della ricerca, non più limitata alle sole pronunce delle Sezioni unite, realizza il primario obiettivo di porre in risalto le principali linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità sui temi che esprimono il livello di civiltà giuridica di uno Stato Costituzionale - quali "il diritto dell'uomo e delle formazioni sociali", il "giusto processo", "impresa e mercato" - e soddisfa l'ulteriore esigenza di consentire al lettore di cogliere il progressivo mutamento della funzione del Giudice di legittimità. Oramai, la giurisdizione di legittimità non enuncia "verità" mediante la mera correzione degli "errori", bensì è la sede in cui i diversi orientamenti giurisprudenziali confluiscono per la ricerca di un confronto diretto all'affermazione dei diritti fondamentali e dei valori di civiltà giuridica.

Un'analisi che lascia intravedere, come già si è posto in rilievo lo scorso anno, l'affascinante proiezione dinamica della funzione di nomofilachia il cui obiettivo, di sicuro rilievo costituzionale, è la prevedibilità delle decisioni. Un obiettivo appunto da realizzare attraverso la composizione degli opposti indirizzi giurisprudenziali nonché mediante una sintesi da ricercare in un sistema non più governato solo da fonti interne ma anche da quelle sopranazionali e dalle molteplici pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui attuazione non è ancora normativamente disciplinata nonostante si tratti di decisioni volte a garantire l'uniforme rispetto dei diritti fondamentali della persona in tutti gli Stati aderenti alla Convenzione.

L'Ufficio del Massimario, nonostante le notevoli carenze di organico, si caratterizza sempre più come protagonista per il rafforzamento della funzione di nomofilachia che costituisce proiezione della garanzia di uguaglianza davanti alla legge,

essendo tale uguaglianza offesa da interpretazioni che "impongano a casi uguali assetti diversi".

La "Rassegna" rappresenta dunque uno dei principali approfondimenti - realizzato attraverso una costante e ragionata analisi del lavoro esegetico del giudice di legittimità e dei principi di diritto di volta in volta affermati – utili per l'attuazione degli evocati valori fondamentali di uniformità e di prevedibilità della giurisdizione.

Roma, gennaio 2011

Domenico Carcano

Mario Rosario Morelli

ANNO 2010

TOMO I

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

TOMO II

LE LINEE DI TENDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE – GIURISPRUDENZA PENALE

ELABORAZIONE E REDAZIONE

Sergio Beltrani

CON L'UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO – SETTORE PENALE:

*Gastone Andreazza, Antonio Balsamo, Angelo Caputo, Ersilia Calvanese,
Gaetano De Amicis, Maria Meloni, Luca Pistorelli, Gioacchino Romeo, Alessio Scarcella.*

COORDINATORE: *Giuseppe Santalucia*

VICE-DIRETTORE: *Domenico Carcano*

SOMMARIO

Premessa.

TOMO I LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

PARTE I – LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 1 – Le circostanze.

1. Concorso di circostanze. L'attenuante di cui all'art. 8 l. n. 203 del 1991 ed il bilanciamento tra circostanze. **pag. 11**

Cap. 2 – Il concorso di reati.

1. Reato continuato. L'onere di allegazione delle sentenze ai fini della prova dell'unicità del disegno criminoso. **pag. 14**

Cap. 3 – La pena.

1. Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: l'oggetto della prognosi di inadempimento delle prescrizioni. **pag. 16**

Cap. 4 – La punibilità.

1. Cause di estinzione del reato e della pena. La prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto. **pag. 20**

Cap. 5 – La pericolosità sociale.

1. Questioni in tema di recidiva. Rinvio. **pag. 28**

Cap. 6 – I delitti contro la pubblica amministrazione.

1. Corruzione in atti giudiziari: la configurabilità in forma "sussequente". **pag. 29**

1.1. Segue. Altre questioni. **pag. 34**

2. Violazione di sigilli. **pag. 34**

Cap. 7 – I delitti contro il patrimonio.

1. Ricettazione. La configurabilità del dolo di ricettazione ed i rapporti con la contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza (art. 712 c.p.). **pag. 38**

Cap. 8 – La legislazione speciale.

1. Circolazione stradale. La confisca del veicolo nei reati di guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi ai *tests* alcoolimetrici. **pag. 44**

2. Reati fallimentari. I soggetti attivi dei fatti di bancarotta posti in essere nel concordato preventivo. **pag. 51**

2.1. Segue. La commissione di più fatti tipici nell'ambito dello stesso fallimento: unità o pluralità di reati (di bancarotta). **pag. 56**

3. Sostanze stupefacenti. I rapporti tra l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età e l'attenuante del fatto di lieve entità". **pag. 58**

SEZIONE II – PROCEDURA PENALE

Cap. 9 - I termini processuali.

1. Termini processuali. Operatività della sospensione feriale con riguardo alle impugnazioni aventi ad oggetto misure cautelari reali disposte in relazione a reati di criminalità organizzata. **pag. 67**

Cap. 10 – Gli atti.

1. Le nullità: conseguenze dell'omesso avviso all'indagato (prima di procedere ad alcooltest) delle facoltà di rito. **pag. 70**

Cap. 11 – Le prove.

1. Testimonianza. La capacità di rendere testimonianza assistita del soggetto imputato od indagato in procedimento connesso *ex art. 12, comma primo, lett. c), o collegato, ex art. 371, comma secondo, lett. b), c.p.p.* **pag. 72**

2. Intercettazioni. Gli effetti dell'inutilizzabilità dichiarata in sede di cognizione sul procedimento di prevenzione. **pag. 81**

Cap. 12 – Le misure precautelari e cautelari.

1. Arresto in flagranza e fermo. L'accesso agli atti relativi all'udienza di convalida. **pag. 86**

1.1. Segue. L'efficacia dell'ordinanza cautelare emessa da giudice incompetente. **pag. 95**

2. Riesame ed appello *de libertate*: gli effetti del diniego o mancato esame della richiesta di copia delle registrazioni delle intercettazioni. **pag. 101**

3. Riparazione per l'ingiusta detenzione: la rilevanza ostativa del dolo o colpa grave dell'istante nei casi di cui all'art. 314, comma 2, c.p.p. **pag. 112**

Cap. 13. – Le indagini preliminari e l'udienza preliminare.

1. La chiusura delle indagini. Archiviazione: il rito da seguire all'esito delle indagini "coartate". **pag. 117**

1.1. Segue. Le conseguenze della riapertura delle indagini in difetto della prescritta autorizzazione del G.i.p. **pag. 123**

Cap. 14. – I procedimenti speciali.

1. Giudizio abbreviato. La pubblicazione del dispositivo in grado d'appello. **pag. 130**

2. Patteggiamento. La preclusione derivante dalla recidiva qualificata. **pag. 135**

3. Procedimento per decreto. L'impugnazione della sentenza di proscioglimento resa a seguito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna: rinvio. **pag. 145**

Cap. 15. – Le impugnazioni.

1. Procedimento per decreto. L'impugnazione della sentenza di proscioglimento resa a seguito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna. **pag. 146**

Cap. 16 – L'esecuzione delle pene.

1. Il procedimento: principio della preclusione processuale e sopravvenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite. **pag. 150**

2. Misure alternative alla detenzione: le formalità necessarie per la dichiarazione od elezione di domicilio del condannato. **pag. 156**

SEZIONE III – MISURE DI PREVENZIONE.

Cap. 17. – Il procedimento.

1. Utilizzabilità di intercettazioni dichiarate inutilizzabili in sede di cognizione: rinvio. **pag. 162**
2. Omessa sottoscrizione del provvedimento per impedimento del Presidente. **pag. 162**

PARTE II – LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 18 – Le circostanze.

1. Concorso di circostanze. I limiti del sindacato di legittimità sul giudizio di comparazione. **pag. 167**

Cap. 19 – La punibilità.

1. Cause di estinzione del reato e della pena. La rinuncia alla prescrizione. **pag. 169**
 - 1.1. Segue. La sospensione della prescrizione in caso di differimento dell'udienza per legittimo impedimento delle parti o dei difensori. **pag. 169**

Cap. 20. – Le conseguenze civili del reato.

1. Legittimazione attiva: fattispecie. **pag. 171**

Cap. 21. – I delitti contro la pubblica amministrazione.

1. Corruzione. Il momento consumativo. **pag. 173**
2. Millantato credito. La natura giuridica e l'elemento oggettivo dell'ipotesi di cui all'art. 346, comma 2, c.p. **pag. 175**
3. Sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o sequestro. **pag. 175**

Cap. 22 – La legislazione speciale.

1. Reati fallimentari. La bancarotta fraudolenta. **pag. 178**

SEZIONE II – PROCEDURA PENALE.

Cap. 23. – I soggetti.

1. Le garanzie di libertà del difensore. Il sequestro. **pag. 180**

Cap. 24 – Le prove.

1. Diritto alla prova. L'ambito del potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue od irrilevanti. **pag. 182**
2. Prove dichiarative. La qualifica da attribuire al dichiarante da esaminare. **pag. 183**

Cap. 25 – Le misure precautelari e cautelari.

1. Riparazione per l'ingiusta detenzione. La rilevanza delle condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura ai fini della sussistenza del dolo o della colpa grave dell'istante. **pag. 186**

Cap. 26 – I procedimenti speciali.

1. Patteggiamento. Il giudizio a seguito di annullamento della sentenza di patteggiamento. **pag. 188**
2. Procedimento per decreto. L'abnormità della sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione a decreto penale. **pag. 188**

Cap. 27 – La sentenza.

1. La correlazione tra accusa e sentenza. **pag. 191**

Cap. 28 – Le impugnazioni.

1. Appello. Il diritto dell'imputato detenuto o soggetto ad altre misure limitative della libertà personale a presenziare all'udienza camerale. **pag. 193**

2. Cassazione. Non necessità dell'autentica della sottoscrizione apposta dalla parte privata in calce all'atto di impugnazione presentato a mezzo di incaricato. **pag. 199**

2.1. Segue. Non necessità della notifica dell'avviso per l'udienza camerale anche al difensore nominato successivamente. **pag. 200**

2.2. Segue. Le spese e la sanzione pecuniaria in caso di rigetto o inammissibilità del ricorso. **pag. 201**

Cap. 29. – I rapporti giurisdizionali con le autorità straniere.

1. Utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria. Le dichiarazioni rese in assenza del giudice italiano. **pag. 202**

1.1. Segue. Le dichiarazioni rese da soggetto che avrebbe potuto avvalersi del segreto professionale. **pag. 204**

SEZIONE III – MISURE DI PREVENZIONE.**Cap. 30. – Profili generali.**

1. Misure di sicurezza patrimoniali. L'ambito di applicazione. **pag. 206**

Cap. 31. – Il procedimento di prevenzione.

1. Formazione del giudicato. La rilevanza del *ne bis in idem*. **pag. 208**

TOMO II**LE PRINCIPALI LINEE DI TENDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE****GIURISPRUDENZA PENALE – ANNO 2010****Parte I – I diritti dell'uomo ed il giusto processo****Cap. 32. – I diritti dell'uomo.**

1. I diritti dell'uomo: premessa. **pag. 211**

1.1. Il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti. **pag. 211**

1.2. Il principio di irretroattività. **pag. 213**

1.3. Gli effetti delle sentenze della Corte EDU nei confronti delle parti. **pag. 216**

CAP. 33. – Il giusto processo.

1. Il giusto processo: premessa. **pag. 221**

1.1. Il diritto al contraddittorio. **pag. 221**

1.2. La terzietà ed imparzialità del giudice. **pag. 231**

PARTE II – Cassazione e società

Cap. 34. - I diritti delle persone e delle formazioni sociali.

1. I diritti delle persone e delle formazioni sociali: premessa.	pag. 233
1.1. Il diritto alla salute ed alle cure mediche.	pag. 233
1.2. Il diritto all'istruzione.	pag. 236
1.3. La tutela della famiglia e degli anziani.	pag. 236
1.4. Gli atti persecutori (c.d. <i>stalking</i>).	pag. 238
1.5. Molestie "tecnologiche" e diffamazione "on line".	pag. 239
1.6. Il divieto di discriminazioni razziali.	pag. 240
1.7. La riduzione in schiavitù.	pag. 241

Cap. 35. - I diritti sociali.

1. I diritti sociali: premessa.	pag. 242
1.1. La tutela della sicurezza pubblica.	pag. 242
(A) Misure antimafia.	pag. 242
(B) La diffusione delle sostanze stupefacenti.	pag. 242
(C) La sicurezza della circolazione stradale.	pag. 244
(D) I fenomeni di violenza collegati a manifestazioni sportive.	pag. 245
(E) I reati sessuali.	pag. 246
1.2. La tutela penale del lavoro.	pag. 247
1.3. La tutela dell'ambiente e del territorio.	pag. 248

Cap. 36. – Impresa e mercato.

1. Impresa e mercato: premessa.	pag. 251
1.1. La responsabilità degli enti giuridici.	pag. 251
1.2. I reati fallimentari e la tutela del credito.	pag. 253
1.3. La tutela del sistema finanziario.	pag. 255
1.4. Diritto d'autore, marchi e brevetti.	pag. 255
1.5. Produzione, commercio e consumo.	pag. 256
1.6. Finanze e tributi.	pag. 258

Indici	pag. 259
---------------	----------

Premessa

1. La presente *Rassegna*, dopo l'esperienza dell'ampliamento alla giurisprudenza delle sezioni semplici fatta nel 2008 e nel 2009, si conferma come esposizione ragionata della giurisprudenza elaborata dalle Sezioni unite penali nel corso del 2010 e delle principali pronunce delle sezioni semplici intervenute nello stesso periodo su temi di particolare rilievo sociale.

Pur essendo in parte mutate la sistemazione degli argomenti (da quest'anno sono trattate in parti diverse le decisioni intervenute su questioni controverse e le altre decisioni delle Sezioni Unite), e la veste grafica, tuttavia, in linea con l'impostazione tradizionale, anche con riferimento agli strumenti utili per una consultazione mirata del testo, vale quanto già esposto nelle precedenti occasioni circa la possibilità di utilizzo di strumenti informatici e del mezzo cartaceo, essendo stato corredato il testo di indici collocati in fine di esso e funzionali alla semplificazione e rapidità del reperimento dei dati di ricerca, specie per quanti non abbiano eccessiva dimestichezza con i mezzi elettronici, mediante l'attivazione di più canali idonei a soccorrere la memoria di chi accede all'informazione.

In conformità con una scelta già collaudata, le massime ufficiali estratte dalle decisioni delle Sezioni unite riportate non sono state raccolte in un allegato, ma sono state riprodotte (con particolare evidenza grafica) nel corso dell'esposizione, nel contesto dell'analisi delle decisioni alle quali esse, di volta in volta, si riferiscono, e dunque collocate secondo un ordine non cronologico, ma sistematico: e ciò al fine di agevolarne una più immediata fruibilità da parte del lettore.

2. Con riguardo al merito dell'attività delle Sezioni Unite, vale la pena di ricordare immediatamente che in ben tre occasioni non è stato possibile esaminare la questione controversa, essendo stata rilevata una questione preliminare assorbente, per evidenziare l'esistenza di una ingiustificabile lacuna normativa.

L'art. 363, comma 3, cod. proc. civ. (introdotto dall'art. 4 D. Lgs. n. 40 del 2006) prevede che *<<Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza>>*.

Analogo istituto non è previsto dal codice di procedura penale, che al contrario, in presenza di un ricorso inammissibile (art. 606, comma 3, cod. proc. pen.) privilegia unicamente l'esigenza di rapida definizione del procedimento, attraverso il rito speciale di cui agli artt. 610 s. cod. proc. pen. e la costituzione di apposita sezione.

Il quadro normativo attualmente vigente preclude, pertanto, al Supremo Collegio penale l'esercizio della funzione nomofilattica (al contrario, recuperata e potenziata nel settore civile), differendo, in caso di inammissibilità del ricorso, la risoluzione del contrasto di giurisprudenza ad altra remissione, ed imponendo nelle more il perdurare delle incertezze interpretative¹.

La discrasia appare sistematicamente poco coerente con la funzione istituzionale della Corte di legittimità di enunciare la corretta applicazione della legge, anche allo scopo di assicurarne l'uniforme applicazione.

3. Va, per completezza, dato conto, sia pur necessariamente in sintesi, delle decisioni (note attraverso le sole Notizie di decisione) delle Sezioni Unite intervenute nel corso dell'anno 2010, ma relativamente alle quali non sono state ancora depositate le motivazioni.

In particolare, le Sezioni Unite hanno ritenuto:

- all'ud. 28 ottobre 2010, che i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 ed 8 D. Lgs. n. 74 del 2000 sono speciali rispetto al delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato;

- all'ud. 28 ottobre 2010, che non è configurabile il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro di cui all'art. 334 cod. pen. nella condotta del custode del veicolo oggetto di sequestro amministrativo, ai sensi dell'art. 213 Cod. strada, che circoli abusivamente con lo stesso;

- all'ud. 25 novembre 2010, che, ai fini della lettura ex art. 512-bis cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona residente all'estero, l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale va intesa in senso oggettivo;

- all'ud. 25 novembre 2010, che, in assenza di un'espressa dichiarazione di conservazione d'efficacia nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato sono inefficaci: detta inefficacia può tuttavia essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione, con conseguente eventuale utilizzazione degli atti medesimi;

- all'udienza 16 dicembre 2010, che la falsa attestazione del privato di trovarsi nelle condizioni di reddito per fruire, a termini di legge, delle prestazioni del servizio sanitario pubblico senza il versamento della quota di partecipazione alla spesa sanitaria, integra il delitto di cui all'art. 316-*ter* cod. pen., in esso restando assorbito quello di cui all'art. 483 cod. pen.

¹ Il problema si pone, naturalmente, ma con minori conseguenze negative, anche per le Sezioni semplici penali.

TOMO I**LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI**

PARTE I

LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 1 Le circostanze

1. Concorso di circostanze. L'attenuante di cui all'art. 8 l. n. 203 del 1991 ed il bilanciamento tra circostanze.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 8 d.l. n. 152 del 1991 (conv. con mod. in l. n. 203 del 1991) sia o meno soggetta al giudizio di bilanciamento tra circostanze>>.

In precedenza, risultava largamente prevalente l'orientamento che escludeva l'assoggettamento della circostanza di cui all'art. 8 d.l. n. 152 del 1991, conv. in l. n. 203 del 1991) al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 cod. pen. (trattandosi di una deroga che il legislatore ha inteso introdurre al fine di limitare l'ordinaria discrezionalità del giudice in relazione alla pena, tenuto conto della particolare rilevanza del tema del trattamento sanzionatorio di tipo premiale dei collaboratori di giustizia)², rispetto a quello secondo il quale la circostanza attenuante della "dissociazione attuosa" soggiace, in assenza di un'espressa deroga di legge, alla regola generale del giudizio di comparazione con altre circostanze³.

Con la sentenza del **25 febbraio – 18 marzo 2010, n. 10713, Contaldo**, le Sezioni Unite, hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza dominante, ed indicando altresì l'ordine delle operazioni cui il giudice deve procedere ai fini della determinazione della pena da irrogare in concreto in caso di condanna, ove concorrano ulteriori circostanze (aggravanti od attenuanti).

I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 245929 - 30

L'attenuante ad effetto speciale della cosiddetta "dissociazione attuosa",

² Sez. V, n. 21593 del 22/04/09, dep. 25/05/09, Abbruzzese, rv. 243899, non massimata sul punto; Sez. I, n. 18378 del 2/04/08, dep. 07/05/08, Pecoraro, rv. 240373; Sez. I, 22/02/07, n. 13978, Pesce, non massimata; Sez. VI, n. 6221 del 20/04/05, dep. 16/02/06, Aglieri, rv. 233088; Sez. V, n. 36085 del 2/07/04, Vitellaro, non massimata; Sez. V, n. 24712 del 23/04/02, dep. 26/06/02, Apicella, rv. 222300; Sez. I, n. 43241 del 7/11/01, dep. 30/11/01, Alfieri, rv. 220294; Sez. I, n. 36954 del 11/07/01, Benfante, non massimata.

³ Sez. V, n. 4104/2010 del 8/10/09, Doria, non massimata; Sez. II, n. 34193 del 12/07/06, dep. 12/10/06, Cotugno, rv. 235419; Sez. II, n. 13928 del 29/11/01, dep. 11/04/02, Barra, rv. 221933; Sez. I, n. 7427 del 21 gennaio 1998, dep. 24/06/98, Alfieri, rv. 210884.

prevista dall'art. 8 D.L. 13 maggio 1991 n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991 n. 203 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), non è soggetta al giudizio di bilanciamento tra circostanze.

Qualora sia riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale della cosiddetta "dissociazione attuosa", prevista dall'art. 8 D.L. 13 maggio 1991 n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991 n. 203 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa) e ricorrano altre circostanze attenuanti in concorso con circostanze aggravanti, soggette al giudizio di comparazione, va dapprima determinata la pena effettuando tale giudizio e successivamente, sul risultato che ne consegue, va applicata l'attenuante ad effetto speciale.

Il Supremo collegio ha preliminarmente evidenziato che la circostanza attenuante in esame è legata *"non già al semplice contributo che intervenga in un quadro probatorio di per sé maturo, ma, oltre che alla dissociazione dal sodalizio criminoso, a una condotta attiva intesa ad evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori ed alla prestazione di un concreto e significativo apporto alle indagini, determinante per la ricostruzione dei fatti e la cattura dei correi"*, trovando *"la propria ragione nella volontà del legislatore di assicurare un premio particolarmente significativo per la dissociazione cd. attuosa o collaborativi"*.

Una conferma di tale assunto viene dall'art. 8, comma 2, a norma del quale al dissociato di mafia non si applica la speciale circostanza aggravante del cd. metodo mafioso o del fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose di cui al precedente art. 7: *"la prevista impossibilità (secondo comma del citato art. 7) di tutte le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 c.p., di essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a detta aggravante avrebbe, invero, sistematicamente svuotato la portata dell'attenuante in esame. E detta esigenza di non vanificare la funzione che l'attenuante è destinata a svolgere è presidiata proprio dalla non soggezione al giudizio di bilanciamento. D'altra parte, se il legislatore ha escluso espressamente il giudizio di bilanciamento con la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui al menzionato art. 7, sarebbe irrazionale o, in ogni caso, <<asimmetrico>>, ammettere detto giudizio per le altre aggravanti. Il fatto che il legislatore abbia escluso il concorso con l'aggravante di cui all'art. 7 significa – in altre parole e secondo un criterio ermeneutico di ragionevolezza – che non si potrebbe giammai ritenere un'altra aggravante (comune o speciale) prevalente o equivalente rispetto a detta attenuante"*.

Le considerazioni che precedono appaiono coerenti con la lettera dell'art. 8, primo comma, nella parte in cui parla di <<pena dell'ergastolo>>, non di <<delitti puniti con l'ergastolo>>: in tal modo, la norma evoca, infatti, anche le fattispecie punite con l'ergastolo, ma soltanto se circostanziate, volendo lasciare intendere che l'attenuante *de qua vada* obbligatoriamente applicata anche ad esse, senza procedere al bilanciamento con le aggravanti che le connotano.

Si è anche osservato che l'adesione all'orientamento in precedenza minoritario potrebbe produrre effetti non in sintonia con l'intento del legislatore di assicurare un premio particolarmente significativo per la dissociazione collaborativi, e suscettibili di legittimare fondati dubbi di legittimità costituzionale, in considerazione delle irrazionali conseguenze della tesi della soggezione al giudizio di comparazione, *"che comporterebbe la necessaria attenuazione di pena per i più gravi reati di per sé puniti con l'ergastolo, se non altrimenti circostanziati, mentre, per delitti sanzionati con la pena perpetua solo se aggravati, l'attenuante ex art. 8 citato potrebbe essere vanificata da tale giudizio"*.

Con riguardo all'individuazione della corretta sequenza procedimentale da seguire in presenza (come nel caso di specie) di altre circostanze attenuanti, concorrenti con circostanze aggravanti, e quindi della necessità di procedere al giudizio previsto dall'art. 69 c.p. – in difetto di una previsione normativa *ad hoc* – si è osservato che sarebbero prospettabili due sequenze:

(a) determinare autonomamente la pena applicando l'attenuante speciale di cui all'art.8, e procedere soltanto successivamente al giudizio di comparazione tra le residue circostanze eterogenee;

(b) determinare la pena effettuando subito il giudizio di comparazione, applicando, sul risultato che ne consegue, l'attenuante speciale.

E proprio quest'ultimo *modus operandi*, in virtù del quale l'attenuante speciale è destinata ad essere applicata solo dopo che sia stata stabilita la pena in concreto per il reato circostanziato, è stato ritenuto corretto: *"soltanto l'adozione del criterio anzidetto consente, invero, di coniugare premialità, personalizzazione del trattamento sanzionatorio e proporzionalità del medesimo rispetto alla misura di lesività effettiva del fatto costitutivo del reato; consente, in altri termini, di impedire che dissociazione e contributo investigativo elidano la concreta offensività del fatto"*.

Cap. 2

II concorso di reati

1. Reato continuato. L'onere di allegazione delle sentenze ai fini della prova dell'unicità del disegno criminoso.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se l'imputato, per ottenere nel giudizio di cognizione il riconoscimento del vincolo della continuazione tra il reato in imputazione ed altro già giudicato, debba produrre copia della sentenza rilevante o possa limitarsi all'indicazione degli estremi della stessa>>.

Sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito, in difetto delle previsioni normative di cui agli artt. 671 cod. proc. pen. e 186 disp. att. cod. proc. pen., la questione giuridica controversa era stata più volte affrontata dalla Sezioni Unite penali le quali, inizialmente, avevano escluso l'esistenza di un onere probatorio a carico dell'imputato che invocasse il riconoscimento della continuazione⁴, precisando, tuttavia, che il giudice d'appello doveva esaminare d'ufficio la questione della continuazione, pur non proposta nei motivi, purché tutti i processi si trovassero dinanzi al medesimo giudice di secondo grado. In una seconda occasione, a breve distanza temporale, le Sezioni Unite avevano affermato che *"l'imputato, che invoca l'applicazione della continuazione in relazione ad altri reati, oggetto di altri procedimenti, ha l'onere dell'allegazione, il quale non si assolve con la mera indicazione dei processi, occorrendo anche un esplicito riferimento ai reati e ai loro elementi, soggettivi ed oggettivi, da cui possa desumersi la sussistenza della unicità del disegno criminoso"*⁵.

La questione si era riproposta all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito.

Un **primo orientamento, minoritario**, riteneva sufficiente, ai fini della valutazione giudiziale finalizzata al riconoscimento della continuazione (non la produzione di copia della sentenza o delle sentenze irrevocabili, bensì) la mera indicazione dei loro estremi, ritenendo in sintesi estensibile anche al processo di cognizione la regola dettata dall'art. 186 disp. att. cod. proc. pen., la quale, *"pur*

⁴ Sez. Un., n. 5512 del 22/06/74, dep. 10/08/74, Sorrentino, rv. 127794: "in tema di reato continuato, l'imputato che intenda, in relazione ai fatti oggetto di separati procedimenti, usufruire della particolare disciplina sanzionatoria prevista dall'art 81 capoverso cod. pen., non ha alcun onere di prova, essendo sufficiente che egli indichi al giudice gli estremi essenziali per l'acquisizione degli elementi necessari alla relativa valutazione".

⁵ Sez. Un., n. 6480 del 21/04/79, dep. 10/07/79, Chiarugi, rv. 142536.

riguardando l'applicazione della continuazione in sede di esecuzione, esprime un principio che ha valore generale»⁶.

Altro orientamento, senz'altro **prevalente**, riteneva, al contrario, che l'imputato, il quale intenda, in sede di cognizione, invocare l'applicazione della continuazione, sia gravato dall'onere di allegare gli specifici elementi da cui è desumibile l'unicità del disegno criminoso: a fondamento dell'assunto, si invocava *«la disposizione dell'art. 186 disp. att. cod. proc. pen., secondo cui 'le copie delle sentenze o decreti irrevocabili, se non allegate alla richiesta prevista dall'art. 671 comma primo cod. proc. pen. sono acquisite d'ufficio', non è applicabile al giudizio di cognizione ove all'onere di indicazione ed allegazione delle sentenze si aggiunge quello della indicazione degli elementi induttivi della preesistenza dell'unicità del disegno criminoso che include, nelle sue linee essenziali, i singoli episodi. Tale onere, in sede d'impugnazioni non totalmente devolutive nelle quali si iscrivono l'appello ed il ricorso per Cassazione, si coniuga inoltre con l'obbligo della specifica indicazione degli elementi in fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento delle singole richieste speculari agli errori 'in iudicando' ed 'in procedendo' dai quali si assume essere viziata la decisione impugnata. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto corretta la decisione del giudice di appello di disattendere la richiesta dell'imputato volta al riconoscimento del vincolo della continuazione tra reati da giudicare e reati già giudicati con sentenza passata in giudicato, della quale aveva indicato solo il numero del registro generale)»⁷.*

La questione giuridica controversa non era stata sufficientemente approfondita in dottrina: gli (invero esigui) studi si limitavano ad analizzare per linee generali i riflessi del rapporto tra continuazione e fase esecutiva.

Con la sentenza del **24 giugno – 1° ottobre 2010, n. 35399, F.**, le Sezioni Unite hanno dato atto dell'impossibilità di risolvere il contrasto, imponendosi il rilievo preliminare della nullità del giudizio di secondo grado e della sentenza impugnata per essere stato violato il diritto dell'imputato di essere presente e partecipare al processo a suo carico.

⁶ Sez. I, n. 1544 del 14/04/93, del 17/06/93, P.M. in proc. Usai, rv. 195391; Sez. V, n. 9180 del 29/01/07, dep. 02/03/07, Aloisio, rv. 236261; Sez. VI, n. 2934 del 24/11/99, dep. 09/03/00, Este, rv. 217107.

⁷ Sez. I, n. 1721 del 22/04/92, dep. 25/06/92, Curcio, rv. 190806, e n. 10077 del 27/06/95, dep. 03/10/95, Morea ed altro, rv. 202533; Sez. II, n. 40342 del 13/05/03, dep. 23/10/03, Settimo, rv. 227172; Sez. V, n. 18586 del 4/03/04, dep. 22/04/01, D'Aria, rv. 229826.

Cap. 3 La pena

1. Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: l'oggetto della prognosi di inadempimento delle prescrizioni.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

«se, in tema di sostituzione delle pene detentive brevi, la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che impedisce la sostituzione, attenga anche all'obbligo di pagamento della somma di denaro determinata in sostituzione della pena detentiva, ovvero riguardi esclusivamente le prescrizioni relative alla semidetenzione e alla libertà controllata».

Un orientamento⁸ aveva ritenuto che la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che preclude l'applicazione delle sanzioni sostitutive, attenesse anche al pagamento della sanzione pecuniaria; a sostegno del principio, erano stati valorizzati i seguenti argomenti:

(a) il concetto di <<prescrizione>> ex art. 58, comma 2, L. n. 689 del 1981 non può essere restrittivamente interpretato con riguardo agli obblighi ed ai divieti in senso "tecnico" afferenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata, dovendo essere riferito anche alla concreta possibilità che il condannato ottemperi alla statuizione relativa alla sanzione pecuniaria sostitutiva;

(b) il secondo comma dell'art. 58 va letto in relazione al primo comma della medesima disposizione, che richiama, tra l'altro, l'art. 133 cod. pen., riferito anche alle condizioni di vita individuale e familiare del soggetto: detto riferimento suggerisce una valutazione onnicomprensiva dello *status* del soggetto, non esclusa quella di carattere economico;

(c) siffatta conclusione non si pone in contrasto con il principio di uguaglianza, attesa la ragionevole esigenza di non vanificare la funzione della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

Un **diverso orientamento**⁹ riteneva che la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che impedisce l'applicazione della sanzione sostitutiva, riguardasse

⁸ Per il quale, cfr. Sez. V, n. 528 del 23/11/06, dep. 12/01/07, Ferraro, rv. 235695 e Sez. III, n. 39495 del 19/09/08, dep. 22/10/08, Diop, rv. 241323.

⁹ Per il quale, cfr. Sez. V, n. 42324 del 12/11/01, dep. 26/11/01, Cangeri, rv. 220880, e Sez. III, n. 13845 del 12/11/08, dep. 02/04/08, Diasse ed altro, rv. 239689.

esclusivamente le prescrizioni relative alla semidetenzione ed alla libertà controllata; a sostegno del principio, erano stati valorizzati i seguenti argomenti:

(a) sul piano testuale, solo con riferimento alla semidetenzione ed alla libertà controllata, gli artt. 55 e 56, l. n. 689 del 1981 impartiscono prescrizioni che il condannato può non adempiere, e che il giudice deve valutare nell'esercizio del suo potere discrezionale;

(b) la contraria interpretazione dell'art. 58, comma 2, l. 689 del 1981, secondo la quale il soggetto che non versi in condizioni economiche soddisfacenti non potrebbe ottenere il beneficio della sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, risulterebbe incostituzionale, creando disparità di trattamento tra soggetti che si trovano in situazioni analoghe;

(c) la *ratio* dell'art. 58, comma 2, cit. consiste nel garantire che il soggetto che ottiene il beneficio della sostituzione della pena detentiva con la libertà controllata o con la semidetenzione fornisca garanzie di rispettare le relative prescrizioni, mentre con riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva non si prevede alcuna prescrizione particolare;

(d) l'art. 58, comma 1, l. 689 del 1981 richiama i criteri indicati dall'art. 133 cod. pen., tra i quali non rientra quello delle condizioni economiche del soggetto, previsto invece dall'art. 133-*bis* cod. pen. (introdotto dalla stessa l. n. 689 del 1981);

(e) nell'esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, se viene accertata la violazione delle relative prescrizioni, è prevista la conversione nella pena detentiva sostituita ex artt. 65 e 66 l. n. 689 del 1981, laddove nell'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva, a norma dell'art. 71 della stessa l. n. 689 del 1981, si applica la disciplina dettata dall'art. 660 cod. proc. pen. per le pene pecuniarie non sostitutive;

(f) sempre sul piano sistematico, il legislatore non ha escluso la pena pecuniaria per i cittadini meno abbienti, ma ha introdotto, con l'art. 133-*bis* cod. pen., la possibilità di ridurre le pene pecuniarie quando il giudice ritenga che la misura minima sia eccessivamente gravosa; agli stessi principi si ispira l'art. 133-*ter* cod. pen.

Con la sentenza del **22 aprile – 30 giugno 2010, n. 24476, Gagliardi**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247274

La sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la prognosi di inadempimento, ostativa alla sostituzione in forza dell'art. 58, comma secondo, L. 24 novembre 1981 n. 689 ("Modifiche

al sistema penale"), si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni, ossia alla semidetenzione ed alla libertà controllata, e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna particolare prescrizione. (La Corte ha anche affermato che, nell'esercitare il potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, il giudice deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche)».

Le Sezioni Unite muovono da una puntuale disamina della disciplina delle sanzioni sostitutive, dettata dalla L. n. 689 del 1981, evidenziando che il Legislatore ha delineato un «*un doppio binario, distinguendo nettamente tra la semidetenzione e la libertà controllata, da un lato, e le pene pecuniarie sostitutive, dall'altro*»: soltanto per le prime – come confermano le disposizioni di cui agli artt. 62, 63, 64, 65 e 66, l. n. 689 del 1981 - è stabilito un sistema di esecuzione, di modalità esecutive e di controllo sull'adempimento delle prescrizioni imposte con la sentenza di condanna; al contrario, con riguardo all'esecuzione delle pene pecuniarie, la legge non fa cenno a prescrizioni, mentre l'art. 71 si limita a richiamare il dettato dell'art. 660 c.p.p.

Un triplice ordine di riferimenti conferma che il Legislatore ha inteso tracciare una precisa distinzione:

(a) il valore non solo formale del dato letterale dell'art. 58 cit., che rinvia a <<prescrizioni>> previste in concreto – attraverso una complessa ed articolata disciplina – soltanto per le sanzioni sostitutive più afflittive;

(b) la ricostruzione della *ratio legis*, apparendo evidente che l'adempimento di <<prescrizioni>> dettagliatamente indicate nei successivi articoli deve necessariamente riconnettersi all'osservanza di specifici adempimenti prescrittivi, non previsti per la pena pecuniaria;

(c) l'introduzione, ad opera della stessa legge n. 689 del 1981, degli artt. 133-*bis* e 133-*ter* cod. pen. conferma sistematicamente l'orientamento generale del Legislatore, nel senso della personalizzazione delle pene pecuniarie in considerazione delle condizioni economiche del condannato.

Dopo avere enunciato il principio di diritto di cui alla massima sopra riportata, le Sezioni Unite hanno, conclusivamente, evidenziato che «*cerniera del sistema diventa il primo comma dell'art. 58, poiché il giudice, nell'esercitare il suo potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, con la semidetenzione o con la libertà controllata, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche. La valutazione discrezionale del giudice deve essere, quindi, sorretta da congrua ed*

adeguata motivazione, che dovrà tenere in particolare considerazione, tra gli altri criteri, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato».

Cap. 4 La punibilità

1. Cause di estinzione del reato e della pena. La prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se possano concorrere una causa estintiva del reato, quale la sospensione condizionale della pena, e una causa estintiva della pena stessa, in particolare l'indulto>>.

Nell'ambito della giurisprudenza della Suprema Corte, in merito alla questione controversa si erano formati quattro distinti orientamenti:

(A) un primo indirizzo interpretativo affermava che, nel caso di concorso di una causa di estinzione del reato con una causa di estinzione della pena, prevale sempre la prima, anche se intervenuta successivamente, in forza del disposto dell'art. 183, comma secondo, cod. pen.: la concessione della sospensione condizionale della pena escluderebbe, conseguentemente, l'applicazione dell'indulto, in quanto, una volta realizzatesi le condizioni previste dalla legge, determina l'estinzione del reato (e non della sola pena), risultando quindi più favorevole al condannato. Peraltro, nessun pregiudizio può derivare all'imputato dalla mancata applicazione del condono, in caso di revoca della sospensione condizionale, poiché in qualsiasi tempo può essere richiesta l'applicazione dell'indulto in sede di esecuzione¹⁰;

(B) altro indirizzo interpretativo, manifestatosi in alcune pronunce di legittimità non recenti, sosteneva che l'indulto, in quanto causa estintiva più favorevole al reo, andasse applicato a preferenza della sospensione condizionale, quando quest'ultima

¹⁰ In tal senso, per prima, Cass. 22/10/32, Vagliazza; successivamente, nel medesimo senso, Sez. II del 14/06/35, Grignolio; Sez. V, n. 47 del 17/01/69, Ferraia, dep. 21/03/69, rv. 110732; Sez. I, n. 16 del 13/01/70, dep. 01/07/70, Bertoli, rv. 114795; Sez. IV, n. 1720 del 15/10/70, dep. 28/11/70, Guagnini, rv. 115768; Sez. VI, n. 4429 del 21/11/75, dep. 6/4/1976, Baldini, rv. 133110; Sez. II, n. 7925 del 29/03/79, dep. 06/10/79, Brancato, rv. 142981; Sez. III, 1, n. 158 del 8/11/80, dep. 7/01/81, Menghi, rv. 147253; Sez. III, n. 6244 del 2/03/81, dep. 23/06/81, Fanti, rv. 149512; Sez. I, n. 8129 del 12/06/81, dep. 12/09/81, Brusini, rv. 150167; Sez. II, n. 4099 del 11/12/81, dep. 21/04/82, Caputo, rv. 153328; Sez. IV, n. 1548 del 8/01/82, dep. 17/02/82, Giavolucci, rv. 152270; Sez. VI, n. 14369 del 8/03/89, dep. 2/11/90, Ciprian, rv. 185633; Sez. I, n. 6388 del 11/12/95, dep. 1/02/96, Lodigiani, rv. 203747; Sez. VI, n. 1315 del 7/01/00, dep. 02/02/2000, D'Angelo, rv. 216839; Sez. I, n. 45756 del 14/11/07, dep. 06/12/07, Della Corte, rv. 238136; Sez. VI, n. 21454 del 19/02/08, dep. 28/05/08, Lagati, rv. 239882; Sez. II, n. 25685 del 10/06/08, dep. 24/06/08, Manini, rv. 240626; Sez. V, n. 4939 del 11/11/08, dep. 4/02/09, Ladisi, rv. 243155; Sez. III, n. 15232 del 11/02/09, dep. 09/04/09, Di Caro, rv. 243390; Sez. VI, n. 41753 del 17/09/09, dep. 30/10/09, Nolana, rv. 245013.

fosse sottoposta a condizioni particolari, come quella del pagamento di una provvisoria liquidata a favore della parte civile¹¹;

(C) anteriormente alla riforma introdotta dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19, che ha esteso la sospensione condizionale alle pene accessorie, una parte della giurisprudenza aveva ammesso la possibilità di conseguire, attraverso l'applicazione dell'indulto, un beneficio non consentito dalla suddetta causa estintiva del reato, come la cessazione dell'esecuzione delle pene accessorie, ovvero l'eliminazione o riduzione della sospensione della patente di guida (qualificata, di volta in volta, come pena accessoria o come sanzione amministrativa o come sanzione penale atipica); attraverso questo indirizzo interpretativo, era stata affermata la possibilità di applicare contestualmente la sospensione condizionale e l'indulto.

A sostegno di tale soluzione, venivano dedotte, alternativamente, quattro distinte ragioni giustificative:

- il principio del *favor rei*, che impone di procedere all'applicazione dell'indulto quando ne derivano vantaggi non conseguibili attraverso la sospensione condizionale;

- la non configurabilità del concorso, in senso tecnico-temporale, tra una causa estintiva della pena, come il condono, che opera immediatamente, e la sospensione condizionale, che estinguerà, invece, il reato in futuro e solo eventualmente;

- l'idea che l'applicazione del condono non è incompatibile con la concessione della sospensione condizionale della pena, né sotto il profilo logico, né sotto quello giuridico, in quanto i due benefici operano in modi e tempi diversi;

- l'assunto che l'operatività dell'indulto rispetto alla sanzione penale atipica della sospensione o revoca della patente di guida presuppone semplicemente la potenziale applicabilità del beneficio al reato ritenuto in sentenza, e non la sua concreta applicazione alla pena principale; questa argomentazione, recepita dalle Sezioni Unite nella sentenza del 12 dicembre 1981 – dep. 10 marzo 1982 - n. 10, Saponi, si accompagnava alla puntualizzazione che le diverse cause estintive si integrano a norma dell'art. 183, terzo e quarto comma, cod. pen.

Mentre le susposte ragioni giustificative hanno mantenuto la loro validità anche a seguito della novella del 1990, non appariva, invece, più sostenibile la tesi (recepita da diverse pronunce) secondo cui l'efficacia estintiva del condono, prima dell'esito negativo del periodo di prova, rimarrebbe circoscritta alle pene accessorie o alle sanzioni atipiche: è chiaro, infatti, che una simile limitazione si pone in netto contrasto con la riforma legislativa che ha previsto l'estensione dell'ambito di operatività della sospensione condizionale alle pene accessorie. Del resto, già alcune pronunce di legittimità emesse prima della riforma si erano orientate nel senso di ritenere che

¹¹ Così Sez. IV, n. 1755 del 5/11/68, dep. 24/01/69, Tessitore, rv. 110054, e Sez. IV, n. 146 del 21/01/71, dep. 20/03/71, Felici, rv. 117249.

l'indulto estingue immediatamente la pena principale e le pene accessorie, e che la sospensione condizionale abbia sia un effetto immediato, che consiste nella sospensione della esecuzione della pena, sia un effetto mediato, futuro ed incerto, che consiste nell'estinzione del reato, con la cessazione degli effetti della condanna non ancora estinti in conseguenza della causa precedente¹²;

(D) un quarto indirizzo interpretativo ammetteva, in termini generali, la possibilità di contestuale applicazione dell'indulto e della sospensione condizionale. Tale soluzione era stata inizialmente motivata sulla base dell'esigenza di assicurare l'applicazione dell'indulto quando da esso deriva un beneficio non consentito dalla sospensione condizionale; successivamente, essa era stata fondata sull'assunto che la concessione della sospensione condizionale della pena non preclude l'applicazione dell'indulto in quanto non è ravvisabile tra i due istituti una incompatibilità logico-giuridica secondo la previsione contenuta nell'art. 183 cod. pen. in materia di concorso di cause estintive, operando i due benefici in tempi e con effetti diversi, poiché l'indulto estingue la pena con efficacia immediata, mentre la sospensione condizionale estingue il reato, ma solo in futuro ed eventualmente, al compimento del termine stabilito qualora il condannato adempia agli obblighi impostigli e non commetta un delitto o una contravvenzione della stessa indole. In questa prospettiva, alcune pronunce avevano specificato che non è configurabile un concorso, in senso di attualità tecnica, tra le suddette cause estintive. Secondo questo orientamento, in ossequio al principio del *favor rei*, i due benefici potrebbero essere applicati congiuntamente per assicurare al condannato l'estinzione delle pene, anche se allo spirare del termine stabilito dall'art. 163 cod. pen. non dovessero verificarsi le condizioni per la estinzione del reato *ex art.* 167 cod. pen., ovvero si verificassero le condizioni previste dall'art. 168 cod. pen. per la revoca della sospensione condizionale. Ciascun beneficio opera nel momento in cui interviene e la causa successiva fa cessare gli effetti della condanna non ancora estinti in conseguenza della causa precedente¹³.

¹² Tra le sentenze inquadrabili nell'orientamento in esame, possono menzionarsi Sez. VI, n. 5125 del 27/03/72, dep. 20/07/72, Di Carli, rv. 121629; Sez. IV, n. 8062 del 3/05/79, dep. 06/10/79, Sacco, rv. 142999; Sez. VI, n. 11526 del 4/06/80, dep. 05/11/80, Ciacci, rv. 146500; Sez. IV, n. 4174 del 28/01/81, dep. 08/05/81, Crespi, rv. 148739; Sez. IV, n. 1626 del 29/01/81, dep. 02/03/81, Ciumei, rv. 147860; Sez. V, n. 2427 del 10/02/81, dep. 20/03/81, Selli, rv. 148144; Sez. IV, n. 6333 del 5/03/81, del 27/06/81, Fagari, rv. 149558; Sez. Un., n. 10 del 12/12/81, dep. 10/03/82, Saponi, rv. 152689; Sez. IV, n. 4488 del 15/02/82, dep. 27/04/82, Bozzini, rv. 153474; Sez. VI, n. 8516, del 7/05/82, dep. 04/10/82, Mangini, rv. 155304; Sez. IV, n. 10940 del 5/07/82, dep. 17/11/82, Sciacavelli, rv. 156166; Sez. V, n. 11776 del 29/09/82, dep. 07/12/82, Zanola, rv. 156574; Sez. IV, n. 4318 del 21/12/82, dep. 12/05/83, Parussini, rv. 158946; Sez. III, n. 3920 del 16/01/84, dep. 05/05/84, Altran, rv. 163982; Sez. V, n. 3298 del 1/02/84, dep. 12/04/84, Reale, rv. 163632; Sez. II, n. 10491 del 30/04/84, dep. 23/11/84, Chervosan, rv. 166822; Sez. III, n. 7608 del 18/04/89, dep. 23/05/89, Naldi, rv. 181390.

¹³ L'orientamento in esame risale a Cass. 7 dicembre 1932, Carengo e si è poi sviluppato attraverso numerose pronunce di legittimità, tra le quali vanno segnalate Sez. II, n. 378 del 24/03/75, dep. 15/11/75, Di Gioia, rv. 131147; Sez. IV, n. 3559 del 16/01/79, dep. 07/04/79, Maltinti, rv. 141751; Sez. V, n. 1099 del 22/12/80, dep. 17/02/81, Furlan, rv. 147632; Sez. IV, n. 9033 del 17/03/81, dep. 16/10/81, Mellucci, rv. 150521; Sez. VI, n. 1181 del 25/11/81, dep. 6/02/82, Diana, rv. 152048; Sez. II,

Analoghi contrasti dividevano la **dottrina**.

Secondo una parte di essa, in forza del principio della prevalenza della causa estintiva del reato, l'applicazione della sospensione condizionale escludeva l'applicazione dell'indulto.

Altro orientamento sosteneva che la prevalenza della causa estintiva più favorevole per il reo comportava, in numerosi casi, l'applicazione dell'indulto con esclusione della sospensione condizionale, essendo il primo beneficio, in concreto, più vantaggioso per l'imputato. Tra le situazioni nelle quali l'applicazione dell'indulto può risultare preferibile per il reo, rispetto alla sospensione condizionale, si menzionava il caso delle condanne per contravvenzione, in relazione alle quali sarebbe meglio usufruire del condono, in quanto tali pronunce non pregiudicano la possibilità di ottenere, in futuro, per un altro reato, la sospensione condizionale, mentre quest'ultimo beneficio, di regola, non può essere accordato più di una volta. Premesso che la disciplina dettata dall'art. 183, comma secondo, cod. pen. – che nel concorso di una causa estintiva del reato con una causa estintiva della pena dichiara prevalente la prima – presuppone necessariamente che, nel momento in cui il giudice pronuncia la decisione, siano esistenti le due diverse cause estintive, si osservava anche che, poiché che, quando viene concessa la sospensione condizionale della pena, l'estinzione del reato non può realizzarsi prima della scadenza del termine e del verificarsi delle condizioni fissate dalla legge ed eventualmente nella sentenza, non può parlarsi di concorso di cause di estinzione: pertanto, in forza del principio della prevalenza della causa più favorevole, che ispira tutta la disciplina della materia, deve prevalere l'applicazione dell'indulto.

Un terzo orientamento riteneva che il riferimento alla prevalenza della causa estintiva del reato, contenuto nell'art. 183, comma secondo, cod. pen., andasse inteso non nel senso che l'intervento di essa escluda la rilevanza della causa estintiva della pena, ma piuttosto nel senso che la causa estintiva del reato "*non va perduta in nessun caso*" ed ha priorità anche se sia intervenuta successivamente: pertanto, quando vengano in contestuale considerazione una causa estintiva del reato ed una causa estintiva della pena, il giudice, per verificare se la seconda possa in concreto agire, valuterà anzitutto l'efficacia propria della prima, pur se intervenuta dopo. In questa prospettiva, si osservava che la sospensione condizionale della pena è

n. 4351 del 30/11/81, dep. 24/04/82, Casoria, rv. 153419; Sez. VI, n. 8552 del 30/06/82, dep. 04/10/82, Gesualdo, rv. 155321; Sez. IV, n. 2725 del 2/12/82, dep. 26/03/83, Moschik, rv. 158118; Sez. VI, n. 10613 del 28/10/83, dep. 10/12/83, Chirillo, rv. 161644; Sez. III, n. 689 del 9/11/83, dep. 26/01/84, Cipriani, rv. 162346; Sez. IV, n. 6172 del 31/05/84, dep. 29/06/84, Filindeu, rv. 165126; Sez. II, n. 10305 del 13/06/84, dep. 19/11/84, Cinotti, rv. 166779; Sez. V, n. 8583 del 8/05/85, dep. 05/10/85, Bonante, rv. 170574; Sez. VI, n. 15538 del 18/05/89, dep. 11/11/89, Leoni, rv. 182502; Sez. III, n. 6317 del 30/04/92, dep. 25/05/92, Carnevale, rv. 190457; Sez. III, n. 1200 del 27/11/98, dep. 29/01/99, Milea F., rv. 212827; Sez. III, n. 38725 del 21/09/07, dep. 19/10/07, Ragozzino, rv. 237945; Sez. VI, n. 38563 del 26/05/08, dep. 10/10/08, Ammirati, rv. 241507; Sez. V, n. 36663 del 5/06/08, dep. 24/09/08, Alessandro Indricchio, rv. 241635; Sez. I, n. 24920 del 27/05/09, dep. 16/06/09, Del Gaudio, rv. 243957; Sez. VI, n. 38113 del 19/06/09, dep. 28/09/09, Di Pasquale, rv. 245012; Sez. III, n. 22756 del 29/04/10, dep. 15/06/10, Manelli.

compatibile con l'indulto, il quale potrà applicarsi congiuntamente in tutti i casi in cui derivi un beneficio ulteriore, che la sospensione condizionale non comporta. Il concorso di cause estintive, secondo la nozione che emerge dall'art. 183 cod. pen., sussisterebbe, in quanto la sospensione condizionale, pur estinguendo solo eventualmente, ed in seguito, il reato, sarebbe già di per sé operante, ma non vi è alcuna ragione per cui l'indulto, se solo sia in concreto in grado di agire, non debba anche subito essere applicato.

Un quarto orientamento ammetteva la possibilità di applicare congiuntamente la sospensione condizionale della pena e l'indulto, usufruendo di tutti gli effetti liberatori ammessi dai due benefici, sulla base del presupposto che, in tale ipotesi, non sia configurabile un concorso di cause estintive in atto, dato che l'estinzione del reato in virtù della sospensione condizionale è un evento futuro e incerto, mentre l'estinzione della pena per effetto dell'indulto è immediata. Secondo questo indirizzo interpretativo, la situazione in esame non risulta disciplinata dal secondo o dal quarto comma, ma piuttosto dal terzo comma dell'art. 183 cod. pen. Non si ravvisava quindi alcun ostacolo alla contemporanea adozione dei due benefici: il condono eliminerà definitivamente l'eventualità che la pena debba venire scontata e, se previsto dal decreto che lo concede, estinguerà anche le pene accessorie e le eventuali sanzioni criminali atipiche; la sospensione condizionale invece, una volta terminato positivamente il periodo di prova (nel corso del quale si produce la semplice sospensione dell'esecuzione della pena), comporterà l'estinzione del reato con il conseguimento dei maggiori effetti liberatori non ottenuti in precedenza.

Significative indicazioni sulla *ratio* della disposizione di cui all'art. 183 secondo comma c.p. si traggono dalla **Relazione della Commissione Ministeriale sul Progetto del Codice Penale**, dove si spiega che in caso di concorso di cause estintive *<<si è partiti dal criterio che la causa di maggiore efficienza o più favorevole, debba prevalere sulle altre ed operare eventualmente sugli effetti residui di una causa estintiva precedentemente verificatasi, che abbia avuto portata meno ampia>>*.

Con la sentenza del **15 luglio – 15 ottobre 2010, n. 36837, Bracco**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247940

Con la sentenza di condanna, non può essere contestualmente applicato l'indulto e disposta la sospensione condizionale della pena, in quanto quest'ultimo beneficio prevale sul primo.

Le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, escluso che, in relazione alla problematica della congiunta applicazione dei due benefici in questione, debba farsi richiamo all'art. 183, comma secondo, cod. pen., *"atteso che - come esattamente rilevato da parte della dottrina e da buona parte delle pronunzie che hanno sostenuto la possibilità di una contestuale applicazione di tali benefici - mentre dalla decisa applicazione dell'indulto consegue immediatamente l'estinzione della pena, esso stesso integrando la causa estintiva, dalla statuizione che ai sensi dell'art. 163 C.P. dispone la sospensione condizionale della pena non consegue l'estinzione del reato, la quale, in quel momento, rimane evento futuro ed incerto che si realizzerà solo dopo il positivo trascorrere, nel rispetto delle condizioni di legge, del previsto termine (quinquennale o biennale); sicché viene a mancare quella situazione di <<concorso attuale>> fra cause estintive regolamentata dal citato comma stante la inattualità, appunto, della causa estintiva di cui all'art. 167 C.P."*

Tuttavia, da tale considerazione non discende la sostenuta cumulabilità di applicazione di entrambi i benefici in argomento, poiché:

- **da un lato**, con l'applicazione della sospensione condizionale della pena, *"prende le mosse un complesso iter generativo di diversi e non contestuali effetti, quello - immediato ed accessorio- della sospensione dell'esecuzione della pena (più esattamente: del differimento dell'inizio dell'esecuzione) e quello -principale, ma futuro ed eventuale- della estinzione del reato, effetti però tra loro strettamente collegati ed entrambi **da subito** contemplati, nonostante la loro diversa concreta operatività temporale, nel momento di applicazione del beneficio e dai quali tutti, quindi, non pare corretto prescindere. E ciò pur quando si profili la possibilità applicativa di ulteriori benefici, aventi effetti estintivi concorrenti di ambito minore che verrebbero ad intersecare quel complesso iter procedimentale, ormai in atto, di cui si è detto: con la statuizione di sospensione condizionale della pena si realizza infatti una fattispecie a formazione progressiva, da subito riferibile a quel reato ed a quella pena, solo risultando rinviata dalla legge ad un momento successivo la effettiva operatività della causa estintiva"*;

- **dall'altro lato**, *"- e soprattutto - va sottolineato come il condono sia applicabile solo ed esclusivamente in relazione a pene **suscettibili di esecuzione**, tant'è che esso viene a ripartirsi su tutte le pene cumulate (cfr. art. 174, secondo comma, C.P.) dopo che dal cumulo siano state escluse le pene già eseguite, quelle estinte e quelle non eseguibili per qualsiasi causa; sicché appare inconciliabile con siffatto principio una applicazione dell'indulto in contestualità con una decisione di sospensione della pena ex art. 163 C.P., ossia in relazione ad una pena non suscettibile in quel momento di esecuzione e, quindi, in una situazione nella quale viene ad essere impedita l'operatività del beneficio indulgenziale, il quale non è - in concreto - in grado di agire sotto alcun profilo"*.

A siffatte ragioni di esclusione della cumulabilità, che traggono fondamento nella specifica funzionalità e nel meccanismo operativo della sospensione condizionale della pena, nonché nei presupposti applicativi dell'indulto, *"vanno giustapposte considerazioni non meno rilevanti che, da un canto, attestano la presenza di forti indicazioni ordinamentali e che, dall'altro canto, evidenziano l'assenza di analoghe contro-indicazioni; ed infatti, mentre la conclusione alla quale si è pervenuti è confortata anche da ragioni logico-sistematiche, la soluzione contraria porta a conseguenze incompatibili con gli obiettivi che si intendono realizzare con i benefici in questione"*; al riguardo, si è, in particolare rilevato che:

- l'istituto della sospensione condizionale della pena ha finalità giuridico-sociali, in quanto mira alla prevenzione della criminalità ed al ravvedimento del condannato: in quest'ottica, la disposta (e revocabile) decisione di sospensione dell'esecuzione della pena costituisce (o almeno, dovrebbe costituire) strumento di pressione nei confronti del reo in vista di una sua non recidivanza e dell'adempimento di obblighi di particolare valore sociale, di tal che la decisione (conseguente ad un giudizio prognostico di astensione dalla futura reiterazione dei reati) sottrae opportunamente il condannato fuori all'ambiente carcerario;

- *"le indicate finalità sarebbero, con tutta evidenza, vanificate dalla simultanea applicazione dell'indulto, non potendosi più porre in siffatto caso alcuna questione di revocabilità della sospesa esecuzione della pena, oramai condonata, e così eliminandosi il carattere disincentivante della misura di cui all'art. 163 cod. pen., non più suscettibile di costituire una remora per il condannato"*;

- il condannato non ha alcun interesse alla simultanea applicazione del beneficio indulgenziale, poiché la pena irrogata, ed in relazione alla quale è stato applicato il beneficio di cui all'art. 163 cod. pen., è priva di esecutività; inoltre, dalla mancata contestuale applicazione dell'indulto non deriva alcun danno per il condannato, atteso che costui, ove non risulti in prosieguo utilmente decorso <<il periodo di prova>> previsto dall'art. 163 cod. pen. (e non si verifichi, quindi, la definitiva estinzione del reato), può richiedere in qualsiasi momento l'applicazione del provvedimento indulgenziale con lo strumento dell'incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 672 cod. proc. pen., ed una decisione al riguardo non è inibita al giudice dell'esecuzione, atteso che la pregressa mancata applicazione dell'indulto, essendo correlata ad una diversa situazione e non essendo stata determinata da alcuna valutazione di merito da parte del giudice della cognizione, non ha efficacia ostativa in sede esecutiva;

- al contrario, dall'applicazione dell'indulto contestualmente al beneficio della sospensione condizionale della pena possono derivare inammissibili svantaggi per il condannato, in palese violazione del principio del *favor rei* al quale pure si sono richiamate alcune delle pronunzie che hanno privilegiato il diverso orientamento, *"atteso che, in caso di concorso o sopravvenienza di altri titoli esecutivi, il condannato*

non potrebbe, durante il decorso del periodo di prova ex art. 163 cod. pen., avvalersi in relazione ad essi del beneficio indulgenziale, se non – eventualmente - per la parte residua, una volta detratta la quota di condono applicata alla pena sospesa e rispettati i limiti stabiliti nel provvedimento di clemenza".

In virtù di tali argomentazioni, si è, pertanto, conclusivamente ritenuto che *"l'indulto non può concorrere con la sospensione condizionale della pena, prevalendo sul primo quest'ultimo beneficio".*

Cap. 5
La pericolosità sociale

1. Questioni in tema di recidiva. Rinvio.

Chiamate a decidere

<<se sia sufficiente, perché la recidiva "qualificata" costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice>>

le Sezioni Unite hanno avuto modo di esaminare numerose questioni in tema di recidiva, per quali si rinvia al cap. 14, § 2.

Cap. 6

I delitti contro la pubblica amministrazione

1. Corruzione in atti giudiziari: la configurabilità in forma "sussequente".

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il delitto di corruzione in atti giudiziari sia configurabile nella forma della "corruzione sussequente">>

La questione si era posta con riguardo al caso in cui il denaro o l'altra utilità fossero promessi o corrisposti in relazione ad un atto giudiziario già in precedenza reso.

Il contrasto era insorto in ragione della formulazione dell'art. 319 *ter* cod. pen. (introdotto dall'art. 9 della legge n. 86 del 1990), che, nel descrivere l'elemento costitutivo della corruzione in atti giudiziari, richiamava testualmente <<i>fatti indicati negli articoli 318 e 319 ... commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo>>. In tal modo, sembrava richiamata anche la forma sussequente della corruzione, pacificamente rilevante sia nell'ambito della corruzione per un atto d'ufficio (art. 318, comma 2, c.p.) che nell'ambito della corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); veniva, peraltro, introdotta una caratterizzazione *ad hoc* dell'elemento soggettivo in termini di dolo specifico (insito nel fine di favorire o danneggiare una parte), tale da porsi in apparente antinomia con il già avvenuto compimento dell'atto in ipotesi oggetto del mercimonio.

Ed infatti, **un orientamento** (sicuramente **minoritario**)¹⁴, aveva escluso la configurabilità della corruzione in atti giudiziari nella forma sussequente, benché il generico rinvio operato dalla disposizione incriminatrice ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 c.p. potesse far pensare che il legislatore non avesse inteso porre mano ad alcuna distinzione o limitazione di sorta.

Il riferimento normativo decisivo sarebbe stato, in realtà, racchiuso nell'inciso <<per favorire o danneggiare una parte ...>>: siccome la condotta incriminata, costituita dal ricevere denaro o accettarne la promessa, assumeva rilievo nell'attesa di un atto funzionale ancora da compiersi, e per il cui compimento il pubblico ufficiale assumeva un impegno, la mera remunerazione di atti pregressi doveva restare fuori dell'area di tipicità della norma.

La corruzione in atti giudiziari si qualificava, in tale prospettiva, per la tensione finalistica verso un risultato, e risultava quindi incompatibile con la proiezione verso il passato, ricomprendente anche interessi già soddisfatti, su cui era invece modulato lo

¹⁴ Sez. VI, n. 33435 del 4/05/06, dep. 05/10/06, Battistella e altri, rv. 234347-234368.

schema della corruzione susseguente. Un diverso ragionamento, che avesse voluto puntare alla valorizzazione dell'indistinto richiamo contenuto nell'art. 319 *ter* ai fatti di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen., per poi inferirne la piena compatibilità della forma susseguente, si sarebbe risolto in una forzatura interpretativa *in malam partem* (in contrasto con il principio di tassatività), in virtù dell'attribuzione di una valenza anche causale, oltre che finalistica, all'espressione <<per favorire o danneggiare>>, come se a essa fosse affiancata anche quella <<per aver favorito o danneggiato>>.

Questa conclusione sarebbe stata confermata da considerazioni di tipo sistematico: il generico rinvio operato dall'art. 321 cod. pen. all'art. 319 *ter* doveva, infatti, indurre ad escludere la non punibilità del corruttore in caso di corruzione impropria susseguente in atti giudiziari, a dispetto di quanto era invece per lo stesso soggetto previsto in ogni altro caso di corruzione impropria susseguente.

Altro orientamento¹⁵ riteneva, al contrario, configurabile la corruzione in atti giudiziari anche in forma susseguente, giacché l'opposto orientamento si risolveva, in realtà, in un'interpretazione abrogatrice del precetto dell'art. 319 *ter*: richiamando, infatti, quest'ultimo, senza distinzione alcuna, l'integrale contenuto degli artt. 318 e 319 cod. pen., ne derivava, necessariamente, l'adattamento della struttura della corruzione in atti giudiziari ad ambedue i modelli della corruzione, ovvero sia a quella antecedente che a quella susseguente; né l'anticipazione del momento consumativo, realizzata attraverso l'anticipazione della commissione del fatto (secondo quanto evidenziato dall'inciso <<per favorire o danneggiare una parte ...>>), poteva costituire elemento idoneo a condizionare *in toto* la ricostruzione della materialità del reato in oggetto, inerendo il predetto inciso unicamente all'elemento soggettivo della fattispecie.

Si aggiungeva che il presupposto della corruzione, ovvero il venir meno dell'autore del fatto ai doveri di imparzialità e terzietà, ben poteva realizzarsi anche nella forma susseguente, perché il dolo specifico connotato dalla finalità di favorire o danneggiare una parte, andava in realtà inteso come finalità-effetto dell'atto d'ufficio, realizzato ricevendo, o avendo ricevuto, denaro o altra utilità, ovvero accettandone, od avendone accettato, la promessa.

Il dato di rilievo ai fini dell'integrazione del fatto-reato *de quo* andava, dunque, individuato nel fatto che la promessa o la ricezione fossero avvenute per un atto di giurisdizione o per un comportamento strumentale all'atto di giurisdizione da compiere o già compiuto, per favorire o danneggiare una parte.

La tesi della configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari nella forma susseguente era stata successivamente ribadita, con la precisazione che l'ampiezza della disposizione incriminatrice *de qua* (che racchiudeva tutte le ipotesi di corruzione, propria e impropria, antecedente e susseguente, assoggettandole alla medesima pena)

¹⁵ Sez. VI, n. 25418 del 20/06/07, dep. 03/07/07, Giombini e altro, rv. 236859.

mirava ad assicurare un'ampia tutela della funzione giudiziaria, costituzionalmente prevista per il riconoscimento dei diritti fondamentali ed il rispetto del principio di legalità, beni che non potevano essere garantiti da un "magistrato" che avesse mercificato in qualsiasi modo la sua funzione. Di qui la conclusione che il delitto di corruzione in atti giudiziari ben potesse essere posto in essere attraverso la ricezione di un'utilità dopo il compimento di un atto, pur conforme ai doveri d'ufficio, che, funzionale a un procedimento giudiziario, costituisse strumento per procurare un favore o un danno ad una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo¹⁶.

La dottrina assolutamente dominante era orientata in senso negativo; a sostegno della configurabilità della corruzione susseguente in atti giudiziari, una dottrina minoritaria aveva ritenuto di valorizzare il significato dell'accordo successivo come "ratifica" di un riconoscimento del favore ricevuto a mezzo dell'atto giudiziario posto in essere dal corrotto.

Con la sentenza del **25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento "estensivo".

Il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 246581

Il delitto di corruzione in atti giudiziari si configura pur quando il denaro o l'utilità siano ricevuti, o di essi sia accettata la promessa, per un atto già compiuto, cosiddetta corruzione susseguente. (Fattispecie relativa a falsa deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale).

Il Supremo collegio, premesso che, come già enunciato dalle **Sezioni Unite civili (sentenza 5.7.1982, n. 4000)**, ai sensi dell'art. 12, comma 1, delle preleggi, il primo canone interpretativo della norma giuridica è quello letterale, dovendosi prevalentemente attribuire alla legge il senso <<*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*>> (laddove all'interprete è consentito il ricorso alla c.d. "interpretazione logica" solo successivamente, ove il senso letterale della norma non dovesse risultare di univoca e chiara interpretazione), ha, anzitutto, richiamato la "inequivoca" formulazione letterale dell'art. 319 *ter*, che riconnette la

¹⁶ Sez. VI, n. 36323 del 25/05/09, dep. 18/09/09, Drassich, rv. 244970 – 244974. In termini particolarmente sintetici, l'orientamento era stato ulteriormente ribadito da Sez. VI, n. 35118 del 9/07/07, dep. 20/09/07, Fezia, rv. 237287, che aveva risposto al rilievo difensivo circa l'impossibilità di riconoscere la responsabilità del corruttore per il delitto di corruzione in atti giudiziari susseguente per compimento di atto conforme ai doveri d'ufficio, richiamando l'orientamento per il quale anche la corruzione in atti giudiziari impropria poteva integrare il delitto di cui all'art. 319 *ter* cod. pen., là dove le utilità economiche costituissero il prezzo della compravendita della funzione giudiziaria, considerata nel suo complessivo svolgimento, sia trascorso che futuro.

sanzione in esso prevista ai <<fatti indicati negli artt. 318 e 319>>, ovvero a tutti i tipi di corruzione (propria, impropria, antecedente e susseguente).

Attraverso l'esclusione della corruzione susseguente dall'ambito applicativo dell'art. 319 *ter* si violerebbe il principio di legalità, poiché verrebbe arbitrariamente limitato l'ambito del rinvio operato nel primo comma della norma a tutti i fatti di corruzione previsti dagli artt. 318 e 319 cod. pen., alla sola corruzione antecedente.

Con riguardo alla finalità di <<favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo>>, valorizzata dall'indirizzo minoritario quale indice della non configurabilità della corruzione in atti giudiziari in forma susseguente, la Corte ha precisato che, tenuto anche conto della formulazione del secondo comma dell'art. 319 *ter* (che prevede un'aggravante ad effetto speciale nel caso in cui <<dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno ...>>), deve ritenersi che detto fine vada riferito al pubblico ufficiale, poiché è questi che, compiendo un atto del proprio ufficio, può incidere sull'esito del processo: è l'atto o il comportamento processuale che deve, dunque, essere contrassegnato da una finalità non imparziale, non la condotta di accettazione della promessa o di ricezione del denaro o di altra utilità, in quanto l'anzidetta peculiare direzione della volontà costituisce connotato soggettivo della condotta materiale del pubblico ufficiale.

Ciò che assume rilievo, è la finalità perseguita al momento del compimento dell'atto del pubblico ufficiale: se essa è diretta a favorire o danneggiare una parte in un processo, è indifferente che l'utilità data o promessa sia antecedente o susseguente al compimento dell'atto, come pure è irrilevante stabilire se l'atto in concreto sia, o non, contrario ai doveri di ufficio.

Il valore del profilo soggettivo diviene così preponderante ai fini della ipotizzabilità del fatto di corruzione giudiziaria, tanto da elidere la distinzione tra atto contrario ai doveri di ufficio e atto di ufficio, assumendo rilievo esponenziale il presupposto che l'autore del fatto sia venuto meno al dovere di imparzialità e terzietà (non solo soggettiva, ma anche oggettiva) costituzionalmente presidiato, così da alterare la corretta dialettica processuale.

Si tratta, in altri termini, di un "comportamento psicologicamente orientato", riconducibile a quelli che, come rilevato in dottrina, *"per la loro stessa natura o per i modi di estrinsecazione nella realtà, parlano, per così dire, il linguaggio del dolo"*.

Del resto, sia in presenza di una corruzione antecedente che di una corruzione susseguente, l'attività giudiziaria resta comunque negativamente influenzata dall'atto o dal comportamento contrario ai doveri d'ufficio, mediante il quale si realizza il fine perseguito dal pubblico ufficiale; anche nell'ipotesi di corruzione susseguente, dunque, ove l'atto del pubblico ufficiale si inserisca nel contesto di una condotta che non ha ancora assunto rilevanza penale con riferimento al delitto di corruzione e che tale rilevanza assume se, successivamente all'atto o al comportamento, il pubblico ufficiale

accetta denaro o altra utilità (ovvero la loro promessa) per averlo realizzato, si è in presenza di una strumentalizzazione della pubblica funzione, realizzata (come è tipico della corruzione in atti giudiziari), attraverso uno sviamento della giurisdizione.

Né argomentazioni decisive in senso contrario potrebbero, aggiunge la Corte, farsi derivare dalla pretesa continuità normativa dell'art. 319-*ter* rispetto all'art. 319, comma secondo, che, nella formulazione anteriore alla sua sostituzione ad opera dell'art. 7 della legge n. 86 del 1990, prevedeva un aumento della pena per la corruzione propria antecedente se dal fatto derivava il favore o il danno di una parte in un processo: la legge n. 86/1990 ha, infatti, introdotto un'autonoma figura delittuosa per la corruzione in atti giudiziari, in un contesto generalmente mirante all'inasprimento delle sanzioni per i fatti di corruzione, con lo scopo pratico di sottrarre la preesistente aggravante al giudizio di bilanciamento, e di anticipare la soglia della tutela (e, quindi, della punibilità), al più ampio fine di rafforzare il dovere di imparzialità incombente su tutti i pubblici dipendenti, e in particolar modo su coloro che partecipano, con un ruolo potenzialmente decisivo, all'attuazione della giurisdizione.

Proprio considerata la volontà di porre in essere una più incisiva tutela della funzione giurisdizionale, non è dato comprendere per quale ragione la stessa dovrebbe operare solo con riguardo alla corruzione antecedente, e non anche per quella susseguente, che dovrebbe essere immotivatamente relegata nell'ambito della sfera di operatività degli artt. 318 e 319 c.p., venendo conseguentemente parificata ad una corruzione "comune".

Sarebbe del resto assolutamente irrazionale ed asistemico il fatto di dover rinvenire la disciplina penalistica della corruzione in atti giudiziari addirittura in tre norme: la corruzione antecedente, propria e impropria, nell'art. 319 *ter*; quella impropria susseguente nell'art. 318, comma 2; quella propria susseguente nell'art. 319.

Quanto al preteso "appiattimento" sanzionatorio nei confronti di condotte aventi un diverso valore offensivo, che si realizzerebbe una volta accolto l'orientamento "estensivo", si è, infine, osservato che la corruzione susseguente in atti giudiziari non è necessariamente meno lesiva del bene tutelato, comportando pur sempre la stessa una strumentalizzazione della funzione che, nei singoli casi concreti, ben può assumere connotazioni di gravità non inferiori a quelle che caratterizzano la corruzione antecedente in atti giudiziari.

1.1. Segue. Altre questioni.

Sempre con riguardo al reato di cui all'art. 319-ter cod. pen., le Sezioni Unite, richiamando orientamenti già consolidati, hanno ribadito (**massima n. 246582**) che ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319-ter cod. pen., è "atto giudiziario" l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario, e si ponga quale strumento per arrecare un favore o un danno ad una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo; ne consegue che, agli indicati fini, va ritenuto "atto giudiziario" anche la deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale¹⁷, precisando che al testimone va riconosciuta la qualifica di "pubblico ufficiale", ai sensi dell'art. 357, comma primo, cod. pen.¹⁸, e che nessun profilo di ostatività è rinvenibile con riferimento ai rapporti tra il reato di corruzione in atti giudiziari e quello di falsa testimonianza, stante la "differenza strutturale" tra tali due fattispecie¹⁹.

2. Violazione di sigilli.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se si configuri il reato di violazione di sigilli quando al condotta riguarda sigilli apposti per impedire l'uso illegittimo della cosa>>

Secondo un **primo orientamento**, che appariva maggioritario, l'oggetto del reato di cui all'art. 349 cod. pen. era da individuare nella tutela dell'intangibilità della cosa rispetto ad ogni atto di disposizione o di manomissione, dovendosi ricondurre alla finalità di assicurare la conservazione della cosa anche l'interdizione dell'uso disposta dall'autorità, senza che rilevino le finalità o le ragioni del provvedimento limitativo: il fine di "conservazione" ricomprendeva di necessità anche quello di impedire l'uso della cosa²⁰.

¹⁷ Così, in precedenza, Sez. VI, n. 36323 del 25/05/09, dep. 18/09/09, Drassich, rv. 244972.

¹⁸ Così, in precedenza, Sez. I, n. 6274 del 23/01/03, dep. 07/02/03, P.M. in proc. Chianese, rv. 223566; Sez. I, n. 17011 del 13/03/03, dep. 10/04/03, P.M. in proc. Cotrufo ed altri, rv. 224253; Sez. I, n. 2302 del 26/11/02, dep. 17/01/03, Catalano, rv. 224340; Sez. I, n. 15542 del 16/02/01, dep. 13/04/01, Pelini ed altri, rv. 219262; Sez. VI, n. 6406 del 10/05/96, dep. 26/06/96, Arcuri, rv. 205102; Sez. VI, n. 8245 del 12/05/93, dep. 30/08/93, Tedesco, rv. 194956.

¹⁹ Con riguardo all'individuazione del rapporto di genere a specie tra norme penali incriminatrici, cfr. anche Sez. Un., n. 23427 del 7/06/01, dep. 07/06/01, P.G. in proc. Ndiaye, rv. 218771.

²⁰ Sez. VI, n. 2401 del 11/12/69, dep. 16/03/70, Del Giudice, rv. 114231; Sez. VI, n. 4943 del 22/02/84, dep. 28/05/84, Cioce, rv. 164495; Sez. VI, n. 10666 del 16/04/86, dep. 10/10/86, Ventimiglia, rv. 173903; Sez. VI, n. 5311 del 8/04/92, dep. 05/05/92, P.M. in proc. Del Medico, rv. 190180; Sez. VI, n. 7961 del 28/04/93, dep. 24/08/93, Di Filippo, rv. 194900; Sez. III, n. 2600 del

Altro orientamento, sicuramente minoritario, riteneva insussistente il delitto di violazione dei sigilli quando questi ultimi fossero apposti per un fine diverso da quello di assicurare la conservazione o l'identità di una cosa²¹.

Con la sentenza del **26 novembre 2009 – 10 febbraio 2010, n. 5385, D'Agostino**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza prevalente.

Il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 245584

Il reato di violazione di sigilli è configurabile anche nel caso in cui i sigilli siano stati apposti esclusivamente per impedire l'uso illegittimo della cosa, perchè questa finalità deve ritenersi compresa in quella, menzionata nell'art. 349 cod. pen., di assicurare la conservazione o la identità della cosa. (Nella specie, i sigilli erano stati apposti dalla Polizia municipale ad una macchinetta da caffè e ad una scaffalatura in cui erano esposte bevande, all'interno di un pubblico esercizio nel quale si effettuava attività di somministrazione di alimenti e bevande senza autorizzazione).

Le Sezioni Unite hanno motivato l'adesione alla soluzione proposta dall'orientamento prevalente osservando che *"ad essa conducono i criteri propri della interpretazione logica cui, ai sensi dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, il giudice deve fare ricorso, con il solo limite rappresentato dalla lettera della norma nella sua massima capacità di espansione, per stabilire quale sia la reale intenzione del legislatore"*.

Muovendo da tale premessa, rileva il Supremo Collegio come, sotto il profilo storico, il vigente testo dell'art. 349 si pone in linea con le omologhe previsioni sanzionatorie contemplate dal precedente art. 201 del Codice penale del 1889, a sua volta mutuato dai codici preunitari (il Codice sardo del 1859, che riprendeva la comune casistica del Codice francese del 1810, ed il Codice toscano): *"si tratta dunque di una norma elaborata secondo tecniche e con riferimento a realtà molto lontane nel tempo, sicché più che all'aspetto descrittivo è all'esigenza da cui è ispirata che occorre avere riguardo"*.

26/11/03, dep. 26/01/04, Biondo, rv. 227398; Sez. III, n. 6417 del 12/01/07, dep. 15/02/07, Battello, rv. 236178.

²¹ Sez. VI, n. 7934 del 9/07/82, dep. 15/09/82, Villanis, rv. 155056; Sez. VI, n. 5248 del 30/04/88, dep. 30/04/88, Clemente di San Luca, rv. 178261; Sez. III, n. 13710 del 14/10/99, dep. 1/12/99, Gallo, rv. 214819; Sez. II, n. 3416 del 12/12/03, dep. 29/01/04, Minopoli, rv. 227865.

Tale esigenza è stata sempre individuata dalla più autorevole dottrina e dalla giurisprudenza della Corte di legittimità nell'interesse di assicurare il normale funzionamento della pubblica amministrazione in senso lato, garantendo il rispetto dovuto a quelle custodie materiali - meramente simboliche, in quanto costituenti non tanto un mezzo di impedimento fisico all'attività interdetta, quanto piuttosto un segno di avvertimento delle conseguenze giuridiche di tale attività - mediante le quali si manifesta la volontà dello Stato diretta a preservare determinate cose da ogni atto di disposizione o di manomissione da parte di persone non autorizzate.

E proprio perché questo interesse dello Stato si presenta in moltissimi campi, l'ambito di possibile applicazione dell'art. 349 risulta molto ampio.

Ciò premesso, lo sforzo esegetico del Supremo Collegio si è spostato all'analisi comparativa delle disposizioni che tutelano l'intangibilità della "res", precisando come *"quella sulla violazione dei sigilli chiaramente rappresenta, come è stato rilevato in dottrina, una forma di tutela <<prodromica>>, in quanto non diretta immediatamente sulla materialità dei beni custoditi ma incentrata sulla repressione dei comportamenti che incidono sui segni esteriori della custodia"*.

Per tali ragioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il profilo "funzionale" risulta decisivo, insieme a quello "sistematico", ai fini della risoluzione della questione controversa.

Ed invero, *"poiché il sigillo si configura come un mezzo di portata generale destinato a rafforzare la protezione delle cose che l'autorità giudiziaria o amministrativa è autorizzata dalla legge a rendere indisponibili per il perseguimento dei suoi compiti istituzionali, appare del tutto coerente ritenere che l'effettiva voluntas legis sia di attribuire la stessa ampiezza anche alla tutela penale che a tale strumento si è inteso riconoscere"*.

A tal proposito, da un lato è stato valorizzato l'orientamento di autorevole dottrina, la quale, pur apparentemente contrastando un'esegesi così ampia della formula normativa (per il rilievo che le espressioni usate nella norma farebbero riferimento alla "res" nella sua materialità), finisce tuttavia per riconoscere che *"le finalità indicate dall'art. 349 c.p. non sono di per sé escluse dalla eventuale compresenza di fini ed obiettivi ulteriori rispetto alla conservazione o alla identità della cosa, che si vogliono strumentalmente garantire"*²²; dall'altro, è stata sottolineata l'importanza, in chiave interpretativa, di quella giurisprudenza che bene evidenzia come contrasterebbe in modo evidente con la *ratio* dell'incriminazione, concludere che siano sottratte alla tutela penale apprestata dall'art. 349 molte ed importanti ipotesi di sequestro cautelare disposto dall'autorità giudiziaria. A questa conseguenza si perverrebbe ove si aderisse

²² M. ROMANO, Commentario sistematico al codice penale - I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati - Le qualifiche soggettive pubblicistiche, II, Milano, 2002, p. 157.

all'orientamento, formatosi sui ricordati casi di sequestro amministrativo, che privilegia l'interpretazione strettamente letterale della norma.

Ciò, a parere del Supremo Collegio, si verificherebbe in particolare *"per il sequestro preventivo penale (art. 321 c.p.p.) - in relazione al quale l'applicabilità dell'art. 349 c.p. è stata invece specificamente ritenuta – che è preordinato proprio ad impedire la disponibilità della cosa pertinente al reato, per evitare che dall'uso di essa possa derivare l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze o l'agevolazione della commissione di altri reati"*.

Cap. 7

I delitti contro il patrimonio

1. Ricettazione. La configurabilità del dolo di ricettazione ed i rapporti con la contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza (art. 712 c.p.).

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< se sia configurabile il dolo del delitto di ricettazione nel caso in cui l'agente abbia la consapevolezza della concreta possibilità che la cosa provenga da delitto >>

Un orientamento sosteneva l'incompatibilità del dolo eventuale con il delitto di ricettazione, facendo leva su un'interpretazione coordinata delle fattispecie di cui agli articoli 648 e 712 cod. pen.: in questa prospettiva, l'elemento psicologico del delitto di cui all'art. 648 richiederebbe necessariamente il dolo diretto, ossia la piena consapevolezza della provenienza illecita della *res* e non il mero sospetto, od il dubbio in ordine ad essa, atteggiamenti questi riconducibili nel paradigma dell'art. 712, che punisce l'acquisto o la ricezione di cose che, per le obiettive condizioni stabilite dalla norma, denuncino, di per sé, il sospetto di un'origine di natura illecita ed impongano all'acquirente, indipendentemente anche dall'effettiva sussistenza di un reato presupposto, l'obbligo di ragionevoli accertamenti sulla liceità o meno della provenienza²³. Si è successivamente, più volte, ribadito che *«il dolo eventuale non è compatibile con il delitto di ricettazione poiché la rappresentazione dell'eventualità che la cosa che si acquista, o comunque si riceve, provenga da delitto equivale al dubbio, mentre l'elemento psicologico della ricettazione esige la piena consapevolezza della provenienza delittuosa dell'oggetto. Per contro il dubbio motivato dalla rappresentazione della possibilità dell'origine delittuosa dell'oggetto per circostanze idonee a suscitare perplessità sulla lecita provenienza dello stesso, integra la specifica ipotesi di reato prevista dall'art. 712 c. p., che punisce l'acquisto di cose di sospetta provenienza»*²⁴.

A questo orientamento venivano ricondotte le decisioni che, ai fini della configurabilità del dolo nel delitto di ricettazione, ritenevano la necessità della certezza della provenienza illecita della *res*, che poteva essere desunta anche dagli elementi delineati dall'art. 712, purché i sospetti sulla legittima provenienza delle cose stesse fossero così gravi ed univoci da ingenerare, in qualsiasi persona di media levatura

²³ Così, Sez. II, n. 1180 del 2/07/82, dep. 05/02/83, Blanc, rv. 157354.

²⁴ Sez. II, n. 9271 del 14/05/91, dep. 13/09/91, Castelli, rv. 187933; conformi, Sez. III, n. 3 del 3/04/92, dep. 05/01/93, Nicoletti, rv. 192637, e Sez. II, n. 1453 del 16/11/99, dep. 08/02/00, Pasotti, rv. 215392.

intellettuale, e secondo la più comune esperienza, la certezza che non potesse trattarsi di cose legittimamente detenute da chi le offre²⁵; analoghe affermazioni sono contenute in numerose decisioni che per riconoscere l'esistenza del dolo diretto utilizzano dati probatori che nella maggior parte dei casi avrebbero potuto più correttamente essere dimostrativi di un dolo eventuale²⁶.

L'**orientamento contrario**²⁷ riteneva che l'elemento psicologico della ricettazione potesse essere integrato anche dal dolo eventuale, ossia dalla mera accettazione del rischio che la cosa acquistata o ricevuta fosse di provenienza delittuosa, in ordine alla consapevolezza della quale l'agente si fosse trovato in condizione di dubbio. A sostegno dell'orientamento, da un lato si osservava che il dolo eventuale è figura generale dell'elemento psicologico del delitto, dall'altro, si attribuiva alla contravvenzione di cui all'art. 712 natura esclusivamente colposa, ravvisando la configurabilità della ricettazione in tutti i casi in cui la condotta dell'agente fosse sorretta da un atteggiamento doloso, anche se nelle forme del mero dolo eventuale²⁸.

Ai fini della soluzione della questione controversa appariva, pertanto, indispensabile individuare i profili distintivi dei reati di cui agli artt. 648 e 712 cod. pen.: in proposito, un orientamento, sicuramente maggioritario, collocava il *discrimen* tra ricettazione e incauto acquisto sul piano dell'elemento soggettivo; altro orientamento affrontava, al contrario, la questione avendo riguardo all'elemento oggettivo, ma giungeva a conclusioni non univoche.

Anche il panorama delle opinioni dottrinali era molto articolato, ed entrambi gli orientamenti in questione erano autorevolmente sostenuti.

²⁵ Così Sez. II, n. 8072 del 20/06/96, dep. 23/08/96, Coletto, rv. 205609.

²⁶ Così Sez. II, n. 3237 del 21/02/95, Quasdallah; Sez. VI, n. 6753 del 4/06/97, dep. 08/06/98, Finocchi, rv. 211014; Sez. IV, n. 4170 del 12/12/06, dep. 02/02/07, Azzaouzi, rv. 235897.

²⁷ Sez. II, n. 45256 del 22/11/07, dep. 05/12/07, Lapertosa, rv. 238515; Sez. II, n. 46966 del 28/11/08, dep. 18/12/08, Gorgoni; Sez. II, n. 2807 del 17/12/08, dep. 21/01/09, Dragna; Sez. II, n. 13358 del 18/02/09, dep. 25/03/09, Rubes; Sez. II, n. 17813 del 2/04/09, dep. 27/04/09, Ricciardi.

²⁸ Cfr., sul punto, Sez. II, 12 febbraio 1998, n. 3783, Conti, rv. 210447, che aveva valorizzato il tenore letterale dell'art. 712 c.p., che punisce non chi ha acquistato o ricevuto cose di cui "si sospetti" la provenienza da reato ma chi quelle cose ha acquistato o ricevuto quando "si abbia motivo di sospettare" la suddetta provenienza: di qui, la considerazione che la contravvenzione incrimina "la mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della res quando vi sia una oggettiva ragione di sospetto in ordine a detta provenienza". A sostegno dell'orientamento si era poi pronunciata Sez. II, 15 gennaio 2001, n. 14170, Macchia, rv. 218494, che aveva optato per la configurabilità del dolo eventuale in relazione al delitto di ricettazione, osservando che due sono le possibilità che si presentano in concreto: (1) l'agente si è posto il quesito circa la legittima provenienza della res, risolvendolo nel senso dell'indifferenza alla soluzione; (2) l'agente è stato negligente, perché, pur sussistendo oggettivamente il dovere di sospettare circa l'illecita provenienza dell'oggetto – a causa della qualità di quest'ultimo o per la condizione di chi lo offre ovvero per la sproporzionata entità del prezzo – non si è posto il problema. Nel primo caso, «*sussiste il dolo eventuale, poiché il soggetto ha affrontato consapevolmente il rischio di violare il codice penale, ricevendo una cosa che può provenire da delitto e d'incorrere nelle conseguenti sanzioni*»; nel secondo caso, invece, la condotta tenuta dall'agente è meramente colposa, perché egli non si è avvalso degli ordinari criteri di prudenza e diligenza per svolgere l'accertamento che la situazione concreta gli imponeva.

Con la sentenza del **26 novembre 2009 – 30 marzo 2010, n. 12433, Nocera**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza prevalente, ed hanno, altresì, definito i rapporti tra la ricettazione e l'incauto acquisto.

I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 246323 - 5

In tema di ricettazione, il dolo eventuale riguarda, oltre alla verifica dell'evento, il presupposto della condotta, consistendo, in questo caso, nella rappresentazione della possibilità dell'esistenza del presupposto stesso e nell'accettazione dell'eventualità di tale esistenza.

L'elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio, non potendosi desumere da semplici motivi di sospetto, né potendo consistere in un mero sospetto. (In motivazione, la Corte ha precisato che, rispetto alla ricettazione, il dolo eventuale è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza).

Ai fini della configurabilità della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza non occorre che sia accertata la provenienza delle cose da reato, perché è richiesta solo la prova dell'acquisto o della ricezione, senza gli opportuni accertamenti, di cose rispetto alle quali l'agente abbia motivi di sospetto circa la loro provenienza, come indicati nell'art. 712 cod. pen.

Le Sezioni unite hanno premesso la riferibilità del dolo eventuale (non all'evento, bensì) ad un presupposto del fatto, quale è, nella ricettazione, la provenienza illecita della *res*²⁹, osservando che il dubbio che in ipotesi sussista in proposito è agevolmente superabile perché *"il dolo eventuale è una figura di costruzione giurisprudenziale e dottrinale e non c'è ragione di ritenere che essa possa riferirsi al solo evento del reato"*

²⁹ La giurisprudenza di legittimità ha affrontato le questioni relative al dolo eventuale con riferimento all'evento del reato: Sez. un., n. 748 del 12/10/93, dep. 25/01/94, Cassata, rv. 195804; Sez. un., n. 3571 del 14/02/96, dep. 12/04/96, Mele, rv. 204167; Sez. un., n. 3428 del 6/12/91, dep. 25/03/92, Casu ed altri, rv. 189405. Al dolo eventuale come accettazione del rischio di verifica dell'evento ha fatto riferimento anche Sez. un., n. 33478 del 12/07/05, dep. 20/09/05, Mannino, rv. 231672. Sulla riferibilità del dolo eventuale al presupposto della condotta si è invece soffermata Sez. V, n. 15791 del 14/03/07, dep. 19/04/07, Saladino, rv. 236554, secondo cui nel delitto di furto è ravvisabile il dolo eventuale quando sia rimasta accertata l'accettazione, da parte dell'agente, del rischio che la cosa di cui si impossessa possa legittimamente appartenere ad altri.

e che l'atteggiamento psicologico nel quale la si fa consistere non possa riguardare anche i presupposti".

L'elemento psicologico del reato è costituito, prima che da una componente volitiva, da una componente rappresentativa, che investe il fatto nel suo complesso e, quindi, non solo gli effetti della condotta ma anche gli altri elementi della fattispecie. Se si ritiene, dunque, che il dolo sia costituito dalla rappresentazione e volizione del fatto antigiusuridico o anche, nel caso di dubbio, dalla sua accettazione, alla quale si collega secondo la giurisprudenza il dolo eventuale, non vi è ragione di distinguere il caso in cui il dubbio cade sulla verifica dell'evento, che viene accettato, da quello in cui cade su un presupposto: *"in un caso e nell'altro l'agente si rappresenta la possibilità di commettere un delitto e ne accetta la realizzazione: egli non si astiene dal tenere una condotta ben sapendo che può dar luogo a un illecito, anche se questo non viene direttamente voluto".*

Dopo avere ricostruito i diversi orientamenti delineatisi in ordine alla questione controversa, le Sezioni unite hanno osservato che nessuno dei due può essere integralmente condiviso:

(a) non il secondo, *"che arriva all'eccesso di espungere dalla fattispecie dell'art. 712 c.p. anche i casi in cui l'agente abbia un mero sospetto sulla provenienza della cosa"*; è vero che l'art. 712 fa riferimento non ad una situazione soggettiva, ma ad una oggettiva situazione di sospetto, ma è anche vero che nulla fa ritenere che la disposizione sia inapplicabile nell'ipotesi in cui i dati oggettivi in essa indicati abbiano determinato un sospetto nell'agente, interpretazione questa che limiterebbe oltre il ragionevole e senza una sicura base testuale il campo di applicazione dell'incauto acquisto;

(b) neanche il primo, perché dal riconoscimento che nel caso di sospetto è ravvisabile un incauto acquisto trae la conclusione ingiustificata che sia di pertinenza di questa fattispecie tutta l'area che il dolo eventuale potrebbe occupare nel reato di ricettazione: tale orientamento, *"non considera da un lato che il dolo eventuale può riferirsi a situazioni soggettive che investono la provenienza della cosa in forme ben più impegnative di quella del mero sospetto, pur non arrivando a costituire una forma di dolo diretto, e dall'altro che l'art. 712 c.p., a differenza dell'art. 648 c.p., non intende punire l'acquisto o la ricezione di cose con tale provenienza ma più semplicemente l'acquisto o la ricezione di cose rispetto alle quali si abbiano motivi di sospetto, senza aver prima compiuto gli opportuni accertamenti"*. L'elemento soggettivo della contravvenzione di cui all'art. 712, quindi, non concerne la provenienza illecita della cosa ma i relativi accertamenti, che non avrebbero potuto essere omessi, e i motivi di sospetto che li rendevano necessari.

Se ne è desunto che *"ai fini della configurabilità della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza non occorre che sia accertata la provenienza delle cose"*

da reato, perché è richiesta solo la prova dell'acquisto o della ricezione, senza gli opportuni accertamenti, di cose rispetto alle quali l'agente abbia motivi di sospetto circa la loro provenienza, come indicati nell'art. 712 cod. pen."³⁰.

Ciò premesso, in merito alla questione controversa le Sezioni unite sono partite dal rilievo dell'insussistenza di argomenti convincenti per ritenere che in ogni ipotizzabile caso di dolo eventuale l'agente dovrebbe rispondere della contravvenzione dell'art. 712, e non di ricettazione, sia perché si tratta di una forma di dolo di per sé compatibile con il delitto previsto dall'art. 648, sia perché non può ritenersi che tale forma integri tipicamente la fattispecie contravvenzionale.

Con specifico riferimento all'accertamento dell'elemento psicologico, si è evidenziato che, rispetto alla ricettazione, il dolo eventuale generalmente - a meno che non emerga dalle stesse dichiarazioni dell'agente - viene desunto dalle circostanze del caso, circostanze, indicative della possibile provenienza da delitto della *res*, che ben possono coincidere, e normalmente coincidono, con quelle che l'art. 712 individua come motivi di sospetto; d'altra parte, è anche vero che dai semplici e soli motivi di sospetto indicati dall'art. 712 il giudice non può desumere l'esistenza di un dolo eventuale, perché altrimenti, per le cose provenienti da delitto (e non da contravvenzione), l'incauto acquisto verrebbe nella maggior parte dei casi trasformato in una ricettazione.

Fermo restando, dunque, che *"la ricettazione può essere sorretta anche da un dolo eventuale"*, il relativo accertamento non può essere desunto da semplici motivi di sospetto e non può consistere in un mero sospetto: *"occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati di fatto inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza"*.

Il dolo eventuale nella ricettazione richiede dunque un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto; affinché possa ravvisarsi il dolo eventuale si richiede più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse: *"è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire"*.

³⁰ Il principio è in linea con vari precedenti, tra i quali Sez. II, n. 2232 del 1/10/80, dep. 14/03/81, Acquafredda, rv. 148059; in senso contrario, Sez. II, n. 7661 del 10/06/94, dep. 07/07/94, Manduano, rv. 198688.

Richiamando un criterio elaborato in dottrina per descrivere il dolo eventuale, si conclude che, in relazione alla ricettazione, esso *"è ravvisabile quando l'agente, rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza"*.

Cap. 8

La legislazione speciale

1. Circolazione stradale. La confisca del veicolo nei reati di guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi ai *tests* alcoolimetrici.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico abbia natura di misura di sicurezza o di sanzione amministrativa accessoria>>.

La questione controversa si era posta a seguito alle modifiche apportate dal d.l. n. 92 del 2008 (e dalla successiva legge di conversione n. 125 del 2008) agli artt. 186 e 187 Cod. strada.

Il citato decreto-legge, nell'aggravare il trattamento sanzionatorio delle diverse fattispecie incriminatrici di guida in stato di ebbrezza, aveva previsto la confisca del veicolo utilizzato per commettere la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza (quella prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), disponendone l'obbligatorietà anche attraverso il richiamo effettuato dalla novella al secondo comma dell'art. 240 c.p.; la successiva legge di conversione aveva, invece, introdotto l'obbligatorietà dell'ablazione del veicolo anche per il reato di rifiuto degli accertamenti alcoolimetrici (fattispecie la cui rilevanza penale era stata ripristinata proprio dal precedente d.l.): la confisca era stata, in questo caso, configurata attraverso una formula differente da quella utilizzata nel citato art. 186, comma 2, lett. c), e che a quest'ultimo si riferisce esclusivamente per richiamare le procedure e le modalità ivi previste per la misura ablativa.

L'innesto era lessicalmente consistito nell'aggiungere, nel terzo periodo del settimo comma del citato art. 186, la previsione della confisca subito dopo quella della sospensione della patente, di cui il testo precedente della disposizione prevedeva l'applicazione attraverso la formula *«la condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni»*, declinando al singolare la qualificazione di *<<sanzione amministrativa>>* (declinazione non mutata dalla modifica apportata in sede di conversione).

La citata sequenza testuale costituiva, per i giudici rimettenti, indice ineludibile della volontà del legislatore di attribuire alla confisca in oggetto natura di sanzione amministrativa accessoria, come tale ostativa all'adozione del sequestro preventivo ai

sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., atteso che detta misura cautelare reale è riservata all'ipotesi in cui la misura ablativa sia disposta dalla legge penale.

Il d.l. n. 92 del 2008 aveva modificato l'art. 187 Cod. strada prevedendo, anche per la contravvenzione di guida in stato di alterazione da stupefacenti, la confisca del veicolo guidato dall'autore dei due reati: in questo caso, peraltro, la configurazione della misura ablativa era avvenuta attraverso il più generico rinvio al quinto periodo del secondo comma, lett. c), dell'art. 186, che la prevede; sempre per la contravvenzione di rifiuto degli accertamenti sull'assunzione di stupefacenti, la novella non aveva, al contrario, introdotto alcuna espressa modifica: pertanto, la relativa contravvenzione continua a mutuare il proprio trattamento sanzionatorio dall'art. 186, comma 7, cui l'art. 187, comma 8, espressamente rinvia.

E' dunque dubbio che, in tal caso, sia possibile procedere all'ablazione del veicolo, atteso che – in considerazione del tenore letterale del citato rinvio - la configurabilità della confisca anche in questo caso dipende proprio dalla sua qualificazione come sanzione (amministrativa o penale), ovvero come misura di sicurezza patrimoniale.

La giurisprudenza di legittimità in una occasione³¹ aveva affermato la natura penale della misura ablativa introdotta dalla legge n. 125 del 2008 (senza peraltro specificare se si trattasse di misura di sicurezza, ovvero di vera e propria sanzione), riconoscendo che il tenore della disposizione in oggetto si presta ad equivoci, nel momento in cui accosta, nella sequenza letterale, la confisca alla sanzione della sospensione della patente, espressamente qualificata come amministrativa dal Legislatore; tuttavia, la circostanza non appariva di per sé sufficiente ad escludere la natura penale della misura ablativa, poiché l'espresso rinvio operato dal settimo comma dell'art. 186 alla procedura stabilita dal secondo comma, lett. c), dello stesso articolo farebbe «chiaramente» intendere la volontà del legislatore di parificare i trattamenti previsti per le contravvenzioni contemplate dalle due disposizioni citate, anche con riferimento alla natura della confisca.

Successivamente³², si era al contrario ritenuto che l'art. 186, comma 7, prevederebbe un'ipotesi di confisca obbligatoria, da classificare tra le misure di sicurezza patrimoniali: a ciò si era giunti valorizzando il richiamo all'art. 240, comma 2, c.p., contenuto nell'art. 4 della l. n. 125 del 2008, che avrebbe dimostrato l'intenzione del Legislatore di qualificare la misura ablativa in oggetto «*nell'ambito delle misure di sicurezza patrimoniali e quale confisca obbligatoria*». La concisa motivazione della pronuncia non consentiva, peraltro, di comprendere se il riferimento alla disposizione del codice penale evocata in motivazione fosse frutto di un *lapsus* (atteso che pacificamente tale riferimento è contenuto esclusivamente nel secondo comma, lett. c),

³¹ Sez. IV, n. 21499 del 13/05/09, dep. 22/05/09, P.M. in proc. Benitez Gonzales, rv. 243967, relativa ad un ricorso avente ad oggetto la fattispecie di rifiuto dei test alcoolimetrici.

³² Sez. IV, n. 32937 del 10/06/09, dep. 12/08/09, Iosia, rv. 245158, anch'essa relativa ad un ricorso avente ad oggetto la fattispecie di rifiuto dei test alcoolimetrici.

dell'art. 186 e non anche nel successivo comma settimo), ovvero costituisse espressione di una eccessiva sintesi, avendo voluto gli stessi giudici in realtà ribadire quanto già sostenuto nella sentenza Benitez in ordine alla globalità del rinvio operato da un comma all'altro del citato art. 186.

Altre pronunzie³³ avevano riconosciuto incidentalmente ed in maniera del tutto apodittica od implicita la natura penale della confisca prevista dal settimo comma dell'art. 186.

Quanto all'impossibilità di procedere al sequestro preventivo a fini di confisca, qualora la misura ablativa fosse prevista a titolo di sanzione amministrativa, constava un unico precedente³⁴: era stato ritenuto ammissibile il sequestro preventivo dell'immobile oggetto del reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (del quale detta disposizione prevede la confisca amministrativa) esclusivamente ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p., ma non anche ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, che configura la cautela reale in funzione anticipatoria della confisca penale.

La dottrina non si era specificamente interessata della questione controversa: gli Autori che avevano commentato a prima lettura il d.l. n. 92 e la l. n. 125 del 2008 si erano per lo più limitati a considerare scontata la natura penale della confisca prevista dall'art. 186, comma 7, Cod. strada, ponendo semmai il problema della sua esatta qualificazione come sanzione piuttosto che come misura di sicurezza patrimoniale, e rilevando l'assenza di profili di connessione strumentale tra il veicolo e la condotta di rifiuto dei test alcoolimetrici.

Con la sentenza del **25 febbraio – 18 giugno 2010, n. 23428, P.G. in proc. Caligo**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 247042

La confisca del veicolo prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi ai test alcoolimetrici, così come per quella di guida in stato di ebbrezza, non è una misura di sicurezza patrimoniale, bensì una sanzione penale accessoria. (In motivazione, la Corte ha chiarito che, pertanto, la misura ablativa non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della sua introduzione).

³³ Sez. IV, n. 45935 del 28/10/09, Nieto, non massimata sul punto, e Sez. IV, n. 32965 del 1/07/09, Franchella, non massimata.

³⁴ Sez. III, n. 39219 del 5/10/05, dep. 25/10/05, Amoroso, rv. 232347.

Il Supremo collegio ha preliminarmente ricostruito la normativa che regola la materia in oggetto, ed in particolare il tormentato *iter* legislativo delle modifiche di recente ad essa apportate, evidenziando che *"il legislatore, dopo alcune incertezze, è approdato ad una completa parificazione, sotto il profilo sanzionatorio, del rifiuto di sottoporsi ai test alcoolimetrici alla più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza. Ciò allo scopo evidente di rendere più efficace il sistema sanzionatorio e principalmente di impedire che il conducente, sottraendosi all'alcooltest, potesse evitare le sanzioni più gravi previste per la guida in stato di ebbrezza"*, e sottolineando *"l'importanza, riconosciuta dal legislatore, nella strategia del contrasto al fenomeno del drive drinking, di sanzioni diverse da quelle tradizionali dell'arresto e/o dell'ammenda, spesso rese inefficaci dalla sospensione condizionale della pena o dall'accesso a sanzioni alternative. La sospensione della patente di guida, e ancora di più la confisca obbligatoria del veicolo prevista in caso di condanna, anche se condizionalmente sospesa, per i reati di cui ai commi VII e II lettera c) dell'articolo 186 del codice della strada costituiscono, sotto il profilo general-preventivo, dei deterrenti assai efficaci e si iscrivono nella condivisibile filosofia di individuare sanzioni alternative, o, come nel caso di specie, accessorie, specifiche e strettamente connesse al reato da perseguire ed al fenomeno da contrastare.*

Ha poi osservato che l'interpretazione letterale delle norme e la *ratio legis* consentono di delineare con precisione i contorni dell'istituto della confisca disciplinato dall'art. 186 Cod. strada, e di attribuire natura penale sia a quella prevista dal comma 2, che, conseguentemente, a quella prevista dal comma 7, in virtù della completa parificazione dei trattamenti sanzionatori previsti per la guida in stato di ebbrezza e per il rifiuto di sottoporsi all'*alcoholtest*.

La natura penale della confisca dell'autoveicolo ex art. 186, comma 2, Cod. strada, pacifica sia in giurisprudenza³⁵ che in dottrina, *"risulta evidente non solo per la espressione letterale usata, non essendo stata essa qualificata esplicitamente dal legislatore come amministrativa, ma anche perché il riferimento all'art. 240 c.p., che disciplina in generale le ipotesi di confisca penale, non consente dubbi in proposito"*; d'altro canto, nessuna disposizione del Codice della strada configura le condotte di guida in stato di ebbrezza o di rifiuto degli accertamenti alcoolimetrici anche come illeciti amministrativi, e quindi, ove mai si dovesse considerare la confisca prevista da tali disposizioni come avente natura amministrativa, si assisterebbe alla peculiare situazione per cui la confisca amministrativa non accedrebbe, come accade di norma, ad una sanzione amministrativa principale, ma ad una sanzione penale.

³⁵ Cfr., tra le altre, Sez. IV, n. 13831 del 11/02/09, dep. 30/03/09, Fumagalli, rv. 242479, orientata a ritenerla una sanzione penale accessoria e Sez. IV, n. 9986 del 27/01/09, dep. 05/03/09, PG in proc. Favè, rv. 243297, che la considera, al contrario, una misura di sicurezza patrimoniale.

Trattasi, in realtà, di una sanzione penale vera e propria, come conferma il tenore letterale dell'art. 186, comma 2 (a norma del quale la confisca deve essere disposta in caso di condanna e/o di sentenza *ex art. 444 cod. proc. pen., anche in caso di sospensione condizionale della pena*), che deroga esplicitamente all'art. 166, comma primo, cod. pen. (a norma del quale *la sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie*), laddove, se si fosse trattato di una misura di sicurezza patrimoniale, *"non vi sarebbe stato bisogno di una tale previsione perché la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza mancando una tale generale disposizione"*.

Si è anche precisato che il senso del richiamo all'art. 240, comma secondo, cod. pen. *"è soltanto quello di rimarcare la obbligatorietà della confisca del veicolo quando venga pronunciata sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza"*³⁶, non potendo essergli attribuita la funzione di qualificare la sanzione come misura di sicurezza patrimoniale in senso tecnico; in tal senso depone anche la considerazione che *"le sanzioni amministrative accessorie, a differenza di quelle, per così dire, principali, che assumono una funzione essenzialmente punitiva del contravventore, assolvono direttamente o indirettamente una funzione riparatoria dell'interesse pubblico violato, e sono definite, perciò, specifiche, ovvero riparatorie, oppure una funzione di prevenzione specifica, quando si tratti di fatti particolarmente pericolosi per la convivenza sociale"*³⁷, laddove la sanzione penale assolve, al contrario, ad una funzione essenzialmente punitiva e di prevenzione generale: *"ebbene, se si pone mente al tormentato percorso legislativo dinanzi delineato teso alla ricerca degli strumenti più efficaci ed adeguati a contenere il fenomeno del drive drinking, non si può non rilevare che risulta particolarmente evidente la funzione affittiva assegnata dal legislatore alla confisca prevista dall'articolo 186, dovendosi tenere conto della complessiva strutturazione dell'istituto e della prevalente finalità della sanzione più che delle espressioni utilizzate"*.

Le conclusioni raggiunte risultano in linea con la più recente elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁸, come peraltro già riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità³⁹.

³⁶ Cfr., tra le altre, Sez. IV, n. 13831 del 11/02/09, dep. 30/03/09, Fumagalli, cit.; Sez. IV, n. 18517 del 27/03/09, dep. 05/05/09, Parodo, rv. 243997; Sez. IV, n. 45935 del 29/10/09, dep. 01/12/09, Nieto.

³⁷ Cfr. Sez. Un., n. 21/07/98 del 27/05/98, Bosio, rv. 210981.

³⁸ Cfr. Corte EDU, 16 dicembre 2008, Sud Fondi + 2 c. Italia.

³⁹ Per l'accentuazione sia della finalità general-preventiva sia di quella sanzionatoria della confisca, desunta dalla previsione dell'obbligatorietà della confisca per un sempre più rilevante numero di reati, cfr. ad es., Sez. Un., n. 10280 del 25/10/07, dep. 06/03/08, Miragliotta, rv. 238700, e Sez. un., n. 26654 del 27/03/08, dep. 02/07/08, Fisia Italimpianti s.p.a. ed altri, rv. 239922-7.

L'esame puntuale della situazione legislativa consente, inoltre, di risolvere la questione della natura giuridica della sanzione della confisca prevista dall'art. 186, comma 7, Cod. strada e, quindi, di superare il potenziale contrasto di giurisprudenza segnalato in proposito dall'ordinanza rimettente.

L'esame dell'evoluzione della normativa *de qua*, anche alla luce dei Lavori preparatori, evidenzia chiaramente che *"il Ministero presupponesse la natura penale della confisca prevista dal comma VII dell'articolo 186"*, come d'altro canto ritenuto dalla stessa giurisprudenza, pur senza precisare se si trattasse di una misura di sicurezza ovvero di una vera e propria sanzione penale, anche se accessoria.

Pur ammettendo che *"la lettera della disposizione di cui al settimo comma dell'articolo 186⁴⁰ può ingenerare degli equivoci"*, si è, peraltro, osservato che non è possibile ritenere che quella prevista dall'art. 186, comma 7, sia una ipotesi di confisca amministrativa, *"perché il Legislatore, anche dopo l'introduzione dell'inciso concernente la confisca, ha confermato la originaria declinazione al singolare della qualificazione sanzione amministrativa, fatto dal quale si deve legittimamente desumere che tale espressione si riferisca esclusivamente alla sospensione della patente e non anche alla confisca, altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale"*.

Quanto poi al rinvio contenuto nel comma VII *<<alle modalità e procedure previste dal comma II>>*, non può accogliersi l'interpretazione secondo la quale si tratterebbe di modalità e procedure attinenti alla fase esecutiva della confisca che non inciderebbero sulla qualificazione giuridica della stessa, poiché l'ultimo periodo del comma II, lett. c), chiarisce cosa debba intendersi per *<<procedura>>* ai sensi e per gli effetti previsti dalla legge *de qua*, precisando che *<<la procedura di cui ai due periodi precedenti si applica anche nel caso di cui al comma 2-bis>>*, che prevede l'ipotesi del conducente in stato di ebbrezza che provochi un incidente stradale: *"ebbene la procedura di cui ai due periodi precedenti è esattamente quella che impone la confisca obbligatoria del veicolo ai sensi dell'articolo 240 comma II c.p. e quella che consente la possibilità di affidare in custodia il veicolo al trasgressore. È allora evidente che quando il legislatore con l'emendamento in esame ha introdotto la confisca anche per l'ipotesi disciplinata dal comma VII facendo riferimento alle procedure e modalità di cui al comma II non può che avere utilizzato il termine procedure nel senso proprio della legge 125 del 2008, già adoperato dall'ultimo periodo del comma II; pertanto il legislatore non poteva che fare riferimento alla confisca obbligatoria del veicolo del trasgressore"*.

Resta, pertanto, confermato che il rinvio contenuto nel comma da ultimo citato è fatto all'art. 240, comma secondo, cod. pen., nel senso che anche la confisca prevista

⁴⁰ *<<La condanna ... comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente.. e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c)>>*.

dall'art. 186, comma 7, Cod. strada è obbligatoria: *"tale ultima considerazione conferma ulteriormente la natura di sanzione penale accessoria della confisca prevista per la ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest perché, come si è avuto già modo di rilevare più volte, è del tutto evidente che siffatta sanzione non è per nulla assimilabile alle misure di sicurezza patrimoniali non rientrando il veicolo nelle cose per le quali è obbligatoria la confisca indicate dal comma II dell'articolo 240 c.p., né potendo, in mancanza del richiamo esplicito, per opera del rinvio di cui si è detto all'articolo 240 comma II, il veicolo essere confiscato ai sensi del comma I dell'articolo 240 c.p., non trattandosi di cosa servita per commettere il reato previsto dal comma VII dell'articolo 186"*.

La soluzione adottata comporta conseguenze rilevanti: trattandosi di sanzione penale, infatti, non vi è dubbio che debba esserne identificato l'ambito di applicazione temporale ai sensi dell'art. 2 cod. pen., laddove, se si trattasse di misura di sicurezza, in virtù del combinato disposto degli artt. 199 e 200 cod. pen. e dei principi affermati dall'art. 25 Cost., si dovrebbe escludere l'operatività del principio di irretroattività della legge di cui all'art. 2, potendo la confisca essere disposta anche in riferimento ai reati commessi nel tempo in cui non era legislativamente prevista ovvero era diversamente disciplinata.

Questa pronuncia delle Sezioni Unite ha anticipato la più radicale soluzione adottata dalla Corte costituzionale⁴¹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (limitatamente alle parole <<*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*>>) dell'art. 186, comma 2, lett. c), Cod. strada, nel testo da ultimo modificato con l. n. 125 del 2008: il Giudice delle leggi, dopo avere affermato la natura di sanzione penale della confisca del veicolo, coerentemente ha cancellato dalla disposizione *de qua* quella parte che l'assimilava ad una misura di sicurezza patrimoniale. Di conseguenza, una volta attratta tale misura nell'area delle sanzioni penali, non ne è consentita l'applicazione retroattiva, per l'espreso divieto di cui agli artt. 25, comma secondo, Cost. e 2, comma primo, cod. pen.

Non appare inopportuno osservare che il reato di **guida in stato di ebbrezza** (art. 186 c.s.), spesso propedeutico rispetto agli eccidi che troppo frequentemente si verificano nel corso della circolazione stradale (efficacemente definiti, nel linguaggio mass-mediale, come vere e proprie «stragi») ha costituito anche nel corso dell'anno 2010 oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza delle Sezioni, anche in conseguenza delle reiterate novelle normative che lo hanno interessato: il riferimento è, in particolare, alla L. n. 120 del 2010.

Con riguardo alla nuova connotazione attribuita da quest'ultima, alla confisca del veicolo, che consegue alla guida in stato di ebbrezza, si rinvia al cap. 35, § 1 C.

⁴¹ Corte cost., sentenza n. 196 del 2010.

2. Reati fallimentari. I soggetti attivi dei fatti di bancarotta posti in essere nel concordato preventivo.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se le condotte distrattive o fraudolente poste in essere dal liquidatore di un concordato preventivo con cessione di beni siano o meno sussumibili nelle fattispecie di bancarotta>>.

La questione giuridica controversa atteneva all'individuazione dei soggetti attivi dei reati di bancarotta impropria in caso di concordato preventivo, la cui incriminazione è prevista dall'art. 236, comma secondo, n. 1), l.fall.

Si discuteva, in particolare, sulla possibilità di considerare soggetto attivo il liquidatore giudiziale nominato *ex art.* 182 l.fall. in caso di concordato con cessione dei beni, attraverso un'interpretazione estensiva della locuzione «liquidatori di società» contenuta nella norma incriminatrice (e dunque l'interpretazione oggetto di esame riguardava comunque l'esclusiva ipotesi del liquidatore di un concordato promosso da una società – com'è nel caso per cui è ricorso - e non anche quella della procedura anticipatoria che veda protagonista l'imprenditore individuale): ciò in quanto la legge fallimentare - diversamente da quanto previsto per il curatore fallimentare, per il commissario giudiziale del concordato e per il commissario liquidatore della procedura di liquidazione coatta amministrativa – non dedica espressamente al liquidatore giudiziale alcuna disposizione penale, ponendo all'interprete il problema della qualificazione delle eventuali condotte commesse da quest'ultimo nell'espletamento del suo mandato ed eventualmente corrispondenti, sotto il profilo materiale, a quelle di bancarotta fraudolenta. Ed in tal senso, nel caso in cui la questione controversa fosse stata risolta in senso negativo, si sarebbe posta anche la connessa problematica dell'attribuibilità o meno al liquidatore concordatario della qualifica di pubblico ufficiale, ancora una volta espressamente riservata dalla legge fallimentare solamente al curatore ed ai commissari menzionati in precedenza: infatti, le eventuali condotte distrattive od appropriative del liquidatore (quali sono, tra le altre, quelle contestate al ricorrente) potrebbero alternativemente risultare sussumibili nello schema dell'appropriazione indebita o del peculato.

In una sola occasione la giurisprudenza di legittimità si era occupata della questione controversa, concludendo per la tesi favorevole ad identificare il liquidatore nominato *ex art.* 182 l.fall. con uno dei soggetti attivi del reato di bancarotta fraudolenta nel concordato preventivo⁴², per due ordini di motivi:

⁴² Cfr. Sez. V, n. 22956 del 11/04/03, dep. 26/05/03, Ancona, rv 224953, per la quale, con la locuzione «liquidatori di società», l'art. 236, comma secondo, n. 1), l.f. non identificherebbe soltanto

(a) il tenore letterale della norma (apparentemente riferito al solo liquidatore "privato") non assumerebbe carattere decisivo nella soluzione della questione, atteso che ripetutamente la formulazione dell'art. 236 l.fall. è stata fatta segno di critiche da parte della dottrina proprio per la sua incongruenza e farraginosità, risultando sostanzialmente in contrasto con la *ratio* che la sottende, individuata dalla Corte nell'esigenza di tutelare l'integrità del patrimonio dell'impresa a garanzia dei creditori «*in vista della mera eventualità del loro non pieno soddisfacimento*»; in tal senso, dunque, il dato normativo non consentirebbe interpretazioni restrittive che tradirebbero in definitiva l'intenzione legislativa di predisporre un'ampia tutela del patrimonio sociale anche nelle procedure concorsuali minori ed a prescindere dal fatto che la stessa esiti nella dichiarazione di fallimento⁴³;

(b) la sostanziale assimilabilità delle figure del liquidatore di società e del liquidatore nominato ex art. 182 l.fall., atteso che entrambi assumono la disponibilità dei beni societari in vista della definizione dei rapporti giuridici della persona giuridica; ed in proposito si era già precisato che il liquidatore concordatario opera, nei limiti delle modalità stabilite con la sentenza di omologazione del concordato, senza necessitare di ulteriori autorizzazioni, diventando a tutti gli effetti titolare del potere di disposizione dei beni "ceduti" a nome del debitore e per conto dei creditori, con facoltà dunque di compiere in autonomia tutti gli atti strumentali e necessari alla liquidazione dei medesimi ed alla ripartizione del ricavato, esattamente come il liquidatore nominato dai soci ai sensi del codice civile.

Evocando un ulteriore possibile argomento a sostegno delle conclusioni rassegnate, si evidenziava – invero in maniera apodittica – anche che un'interpretazione più «restrittiva» del dato normativo determinerebbe un inaccettabile vuoto di tutela, atteso che l'eventuale condotta fraudolenta del liquidatore (che nel caso di specie era costituita dalla dissipazione dei beni immobili della società, venduti a prezzo vile con danno dei creditori) «non potrebbe essere sussunta nell'ambito dell'appropriazione indebita».

In contrasto con tali conclusioni, i giudici rimettenti osservavano come la sentenza Ancona fondasse il proprio convincimento essenzialmente sull'asserita assimilabilità tra la funzione e i poteri del liquidatore di società e quelli del liquidatore concordatario in virtù del fatto che entrambi sono immessi nella disponibilità dei beni sociali: circostanza quest'ultima che non sarebbe invece sufficiente a legittimare tale omologazione, atteso che non potrebbero essere trascurate le radicali differenze

la figura soggettiva del liquidatore nominato dai soci ex art. 2275 cod. civ., ma altresì quella del liquidatore investito del compito di procedere alla realizzazione del patrimonio ceduto dal debitore nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

⁴³ Alla quale, agli effetti penali, la sentenza Ancona ricorda deve essere assimilato il decreto di ammissione al concordato preventivo, richiamando quanto osservato in proposito da Corte Cost. n. 268 del 1989, seppure trattando un profilo diverso della fattispecie incriminatrice evocata.

esistenti tra i due organi, che, implicitamente, i giudici rimettenti ritenevano, dunque, ostative alla loro equiparazione. Sempre secondo il collegio rimettente, l'interpretazione accolta dalla sentenza Ancona presupporrebbe la responsabilità per il reato di bancarotta anche nel caso in cui il liquidatore abbia operato in un concordato preventivo con *cessio bonorum* promosso da un imprenditore individuale e non da una società, atteso che la natura collettiva o individuale dell'imprenditore insolvente non condiziona il profilo della procedura e dunque il profilo del ruolo ricoperto dal liquidatore medesimo. Ma tale conclusione – che l'ordinanza di rimessione ritiene per l'appunto logicamente imposta dalle premesse assunte nella precedente decisione della Sezione quinta – ancor di più risulterebbe in contrasto con il tenore letterale dell'art. 236 l.fall., che espressamente si riferisce ai “liquidatori di società” e al fine di attribuire loro la responsabilità solo per i reati di bancarotta impropria e cioè per le fattispecie che gli artt. 223 e 224 della stessa legge riservano ai titolari di cariche sociali. Né per ovviare a tale incongruenza potrebbe ulteriormente forzarsi lo stesso dato normativo fino a ritenere che nel caso del liquidatore del concordato relativo all'impresa individuale il rinvio operato nel citato art. 236 deve essere interpretato come riferito alle disposizioni di cui agli artt. 216 e 217 l.fall.

Infine l'ordinanza di rimessione contestava l'ulteriore argomentazione sviluppata nella sentenza Ancona, e cioè quella per cui una diversa interpretazione del disposto normativo favorirebbe in sostanza l'impunità del liquidatore concordatario qualora egli si renda protagonista di condotte fraudolente ai danni della procedura concorsuale: in proposito, i giudici rimettenti osservano che, per converso, tali condotte agevolmente potrebbero essere ricondotte nello schema del delitto di appropriazione indebita (come per l'appunto aveva ritenuto nel procedimento in oggetto il giudice di prime cure) ovvero, qualora si attribuisse allo stesso liquidatore la qualifica di pubblico ufficiale, in quello delle fattispecie incriminate riservate a quest'ultimo e che risultassero in concreto integrate dal suo comportamento

Sulla qualifica del liquidatore giudiziale del concordato con *cessio bonorum* la giurisprudenza penale, nelle due uniche occasioni in cui ha avuto modo di occuparsene, si era divisa⁴⁴.

Sulla questione controversa mancava qualsiasi elaborazione dottrinale, se si eccettuano fugaci ed acritici riferimenti al *dictum* della sentenza Ancona.

⁴⁴ Sez. VI, n. 367 del 3/02/88, dep. 17/01/89, Giustetto, rv 180162, aveva, infatti, affermato che, pur vantando la procedura concorsuale natura e contenuto pubblicistici, il liquidatore non può essere considerato ai fini penalistici un pubblico ufficiale; di avviso diametralmente opposto Sez. V, n. 4761 del 11/11/94, dep. 29/12/94, Moras, rv 200446, secondo la quale il liquidatore è, ai sensi dell'art. 357 cod. pen. (questa volta nel testo riformato), pubblico ufficiale, atteso che lo stesso svolge un *munus publicum*.

Con la sentenza del **30 settembre – 7 dicembre 2010, n. 43428, Corsini**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 248381

Il liquidatore nominato nel concordato preventivo con cessione dei beni non è soggetto attivo dei reati di bancarotta fraudolenta o semplice richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall., in quanto non si identifica con alcuno dei soggetti espressamente indicati nella suddetta disposizione, ed in particolar modo, tra questi, con i "liquidatori di società".

Il Supremo Collegio ha preliminarmente ricostruito la normativa che regola l'istituto del concordato preventivo, con riferimento in particolare alla disciplina vigente all'epoca della consumazione dei reati contestati all'imputato, evidenziando che la *ratio* dell'istituto è stata tradizionalmente ravvisata *"nell'esigenza di evitare il fallimento dell'imprenditore attraverso la riduzione del passivo concordata con i creditori nell'ottica della conservazione, anziché della distruzione, dell'impresa. Peraltro, nel tempo tale concezione è mutata, essendo emersi, dalla prassi applicativa, il perseguimento di un fascio più composito di interessi (non escluso quello pubblico ad evitare le ripercussioni del dissesto) e la non centralità della finalità conservativa"*.

A pare del Supremo Collegio, *"la compresenza nell'istituto di componenti privatistiche e pubblicistiche non può dirsi superata neppure a seguito delle sensibili modifiche della sua disciplina intervenute in anni recenti (in forza, in particolare, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, e del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169)"*, alla luce delle quali, *"non v'è dubbio che la riforma si sia mossa nella direzione dell'esaltazione del profilo negoziale dell'accordo intervenuto tra l'imprenditore e i suoi creditori e del contestuale ridimensionamento degli aspetti processuali dell'istituto. La natura del concordato "riformato" appare connotata ormai da una prevalenza di elementi privatistici che denunciano la volontà di contrarre l'intervento statale nella procedura anticipatoria, rafforzando invece il ruolo di protagonisti di debitore e creditori"*.

Si è rilevato che, *"se nella fase iniziale del processo riformatore la marcata degiurisdizionalizzazione del modello concorsuale suscitava dubbi sulla possibilità di ritenere il liquidatore titolare di un munus pubblico, le modifiche apportate dal decreto "correttivo" n. 169 del 2007 – come detto riecheggianti le pregresse posizioni giurisprudenziali – si possono leggere come un passo nel senso inverso, seppure contraddittoriamente bilanciato dalla scelta di demandare l'autorizzazione della vendita di alcuni tipi di beni al comitato dei creditori. In ogni caso il rinvio alla disciplina*

fallimentare sembra orientato nel senso di una riduzione degli spazi di autonomia e di discrezionalità degli organi della procedura ed in particolare proprio del liquidatore".

All'esito di un ampio excursus ricognitivo, si è poi osservato che "la figura del liquidatore concordatario presenta sicuramente – e ciò ancor più in riferimento alla disciplina vigente all'epoca dei fatti ascritti all'[imputato] - connotazioni assai peculiari rispetto all'ordinario liquidatore delle società. Quest'ultimo, infatti, nominato dall'assemblea, resta un vero e proprio organo sociale cui sono assegnati compiti e funzioni coerenti rispetto al rapporto societario: convoca l'assemblea, redige i bilanci in corso di liquidazione e il bilancio finale ed è responsabile del suo operato secondo le norme in tema di responsabilità degli amministratori (art 2489, comma secondo, cod. civ.). Il liquidatore di cui all'art. 182 legge fall., invece, per il compito che espleta e il rapporto che lo lega agli organi della procedura (in particolare, al commissario giudiziale, tenuto a vigilare sull'esecuzione del concordato, con riguardo anche al rispetto delle modalità di liquidazione determinate dal Tribunale in sede di omologazione), si viene a trovare in una posizione di terzietà rispetto al debitore, che esclude il determinarsi di un suo rapporto organico con la società e circoscrive la sua sostituzione agli organi di quest'ultima nei limiti funzionali all'esecuzione del mandato (realizzazione del valore dei beni ceduti – costituenti ormai una sorta di patrimonio separato - con riparto del ricavato)".

E si è conseguentemente evidenziato che "manca nel liquidatore concordatario proprio il tratto tipico (rappresentato appunto dal rapporto organico con la società) che accomuna i soggetti richiamati nell'art. 236 legge fall., secondo comma, n. 1 (che sono poi gli stessi che l'art. 146 legge fall. indica come destinatari degli stessi obblighi del fallito in caso di fallimento di società), e che costituisce in sostanza la ratio stessa dell'applicabilità delle richiamate disposizioni degli artt. 223 e 224 legge fall., in una naturale estensione ad essi, ai fini penali, degli effetti dell'insolvenza dell'imprenditore. Ed è questa mancanza che preclude un'analogica estensione nei confronti del liquidatore di cui all'art. 182 legge fall.".

Inoltre, "la tutela offerta dalla norma incriminatrice dell'art. 236, comma secondo, legge fall. è palesemente frammentaria e legata alla configurazione delle peculiari modalità di offesa elette dal legislatore. Emerge cioè dal dato normativo l'intenzione del legislatore di non estendere in via generale la tutela offerta dalle fattispecie incriminatrici legate al fallimento ai fatti commessi nell'ambito delle procedure alternative a quest'ultimo, ma di limitarne la applicabilità a specifici selezionati ambiti. In questa ottica non è ermeneuticamente possibile ricomprendere tra le figure indicate nell'art. 236, comma secondo, n. 1, legge fall. e, in particolare, all'interno della nozione di «liquidatori di società» quella del liquidatore del concordato preventivo, così come sarebbe, su un altro versante, del tutto fuorviante estendere a quest'ultimo le incriminazioni riservate dal legislatore al commissario giudiziale".

E' pur vero – come posto in rilievo dalla dottrina - che in tal modo possono determinarsi dei vuoti di tutela (peraltro relativi perché, a seconda delle situazioni, possono comunque soccorrere – indipendentemente da possibili riflessi di stampo pubblicistico - figure criminose comuni, come in particolare l'appropriazione indebita e la truffa): *"ma ciò evidentemente non può giustificare forzature interpretative incompatibili col principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici"*.

Si è, pertanto, conclusivamente affermato che *"il liquidatore dei beni del concordato preventivo di cui all'art. 182 legge fall. non può essere soggetto attivo dei reati di bancarotta di cui agli artt. 223 e 224, richiamati nell'art. 236, comma secondo, n. 1, stessa legge, in quanto non può ritenersi ricompreso in alcuno dei soggetti ivi espressamente indicati e, in particolare, tra i <<liquidatori di società>>"*.

2.1. Segue. La commissione di più fatti tipici nell'ambito dello stesso fallimento: unità o pluralità di reati (di bancarotta).

Sempre in tema di reati fallimentari, le Sezioni Unite sono state anche chiamate a decidere

<<se il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se, invece, la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati con conseguente esclusione del divieto del bis in idem per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte>>.

La contrapposizione tra concezione unitaria e concezione pluralistica del reato di bancarotta si riflette su molteplici problematiche (non tutte immediatamente rilevanti ai fini dell'esame della questione rimessa alla cognizione delle Sezioni unite):

(A) in primo luogo, assume rilevanza la natura della disciplina ex art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., ossia la questione – così enunciata dall'ordinanza di rimessione - se *"essa disciplini una circostanza aggravante o disciplini in maniera peculiare un concorso di reati"*: secondo l'indirizzo largamente consolidato, la norma *de qua* prevede una fattispecie circostanziale; alcune pronunce segnalano che l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. ha *"accolto"* il principio dell'unitarietà della bancarotta⁴⁵, e che la configurazione della circostanza aggravante, per la quale opera il giudizio di comparazione ex art. 69 cod. pen.⁴⁶, deroga alla disciplina del concorso dei reati e del reato continuato;

⁴⁵ Sez. V, n. 314 del 24/03/72, dep. 15/06/72, Draghi, rv. 121359.

⁴⁶ Sez. V, n. 4431 del 4/03/98, dep. 15/04/98, Calabro, rv. 211052.

(B) viene poi in rilievo la configurazione delle singole condotte tipiche delineate dall'art. 216 (e dall'art. 217) l. fall.; in questa ottica, va segnalata la distinzione, messa in luce con chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁷, tra fatti la cui reiterazione integra "*distinte azioni criminose*" e fatti che, anche se reiterati, costituiscono un'"*unica azione con pluralità di atti*", in relazione ai quali non esistono le condizioni per l'applicazione della circostanza aggravante (ed in proposito, in giurisprudenza di legittimità si sono formati due orientamenti, uno più restrittivo, l'altro ispirato ad una più ampia prospettiva);

(C) in ordine alla definizione dell'ambito di operatività dell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., viene in rilievo l'applicabilità o meno della disciplina *de qua* rispetto a fatti di bancarotta fraudolenta e a fatti di bancarotta semplice relativi a un medesimo fallimento;

(D) sempre in ordine alla definizione dell'ambito applicativo della circostanza aggravante in esame, la giurisprudenza ha affrontato, per un verso, la problematica concernente l'applicabilità della norma ai fatti di bancarotta impropria e, per altro verso, quella relativa alla riferibilità della disciplina di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. esclusivamente ai reati concernenti un medesimo fallimento ovvero anche a reati concernenti fallimenti diversi.

(E) in merito alla specifica questione rimessa alla cognizione delle Sezioni unite, l'orientamento favorevole all'applicabilità del divieto del *bis in idem* è stato argomentato sulla base della particolare "*strutturazione*" della fattispecie di cui all'art. 216 operata dalla legge fallimentare, "*strutturazione*" in forza della quale essa resta un "*reato unico*" anche se posto in essere con la realizzazione di una pluralità di fatti, pluralità configurata come circostanza aggravante dall'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall.⁴⁸; l'orientamento contrario ha sottolineato, tra l'altro, la natura di circostanza aggravante *sui generis* rivestita dall'istituto in esame, che rappresenta appunto una circostanza solo dal punto di vista funzionale, ma non da quello strutturale: per ragioni di *favor rei*, il legislatore ha introdotto una particolare disciplina della continuazione in tema di reati fallimentari, sicchè "*i singoli fatti di bancarotta unitariamente considerati quoad poenam mantengono la loro autonomia ontologica*"⁴⁹; nella stessa prospettiva, è stata esclusa la violazione del principio del *ne bis in idem*, che postula l'identità del fatto addebitato in tutti i suoi elementi costitutivi e, con precipuo riguardo alla condotta, l'identità di luogo, di tempo e di oggetto⁵⁰;

(F) in tema di imputazione, alcune pronunce hanno valorizzato la disciplina *ex art.* 219, comma 2, n. 1 l. fall. al fine di escludere violazioni del principio della correlazione

⁴⁷ Sez. V, n. 10260 del 5/10/81, dep. 13/11/81, Brandinelli, rv. 150981.

⁴⁸ Sez. V, n. 9047 del 15/07/99, dep. 15/09/99, Larini, rv. 214291-296.

⁴⁹ Sez. V, n. 32254 del 4/06/03, dep. 31/07/03, Paziienza, rv. 226503.

⁵⁰ Sez. V, n. 26794 del 17/05/08, dep. 03/07/08, Schiavone, rv. 241171. Una posizione diversa è espressa da Sez. V, n. 1762 del 28/11/07, dep. 14/01/08, PG in proc. Perugini, rv. 239096, che fa leva su un argomento incentrato sulla tematica indicata *sub b*).

tra imputazione contestata e sentenza⁵¹, anche richiamando il principio della unitarietà della bancarotta⁵²; in altri casi, l'esclusione della violazione del principio della correlazione tra accusa e sentenza è stata argomentata facendo leva sulla ricostruzione del rapporto tra le diverse figure di bancarotta e, quindi, al di fuori del riferimento alla disciplina *ex art. 219, comma 2 n. 1 l. fall.* e al principio dell'unitarietà della bancarotta;

(G) infine, nella giurisprudenza di legittimità intervenuta su alcune problematiche in tema di provvedimenti *de libertate*, si rinvencono decisioni incentrate sulla considerazione dell'autonomia dei singoli episodi delittuosi, autonomia non esclusa dall'unificazione ai fini della pena della pluralità dei fatti di bancarotta prevista dall'art. 219, comma 2 n. 1 l. fall.: con riferimento alla disciplina di cui all'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., ad esempio, si è affermato che l'art. 219 cpv., n. 1 legge fall. prevede *"l'unificazione 'quoad poenam' di una pluralità di fatti di bancarotta, ma non elimina l'autonomia dei singoli episodi delittuosi"*⁵³.

Il tema dell'unitarietà o della pluralità della bancarotta ha formato anche oggetto di approfondite analisi in **dottrina**, i cui orientamenti ripropongono la molteplicità di approcci che caratterizza la giurisprudenza; sul tema si riflette, in modo significativo, anche il dibattito dottrinale in ordine alle cosiddette *norme penali miste*.

Con la sentenza del **15 luglio – 13 ottobre 2010, n. 36551, Carelli**, le Sezioni Unite hanno dato atto dell'impossibilità di risolvere il contrasto, imponendosi il rilievo assorbente che tra il fatto-reato già giudicato e quello in esame v'è un rapporto di continenza, nel senso che il secondo, avendo ad oggetto una parte della più ampia e identica condotta presa in considerazione dal primo, deve ritenersi incluso in quest'ultimo: la riscontrata identità, per ragioni di continenza, del fatto in esame rispetto a quello già giudicato ha reso operativa la preclusione connessa al divieto del *bis in idem* di cui al secondo comma dell'art. 649 c.p.p.

3. Sostanze stupefacenti. I rapporti tra l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età e l'attenuante del fatto di lieve entità".

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< se l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età sia o meno compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità >>.

⁵¹ Ad esempio, Sez. V, n. 314 del 24/03/72, dep. 15/06/72, Draghi, rv. 121359.

⁵² Sez. V, n. 6168 del 17/03/87, dep. 15/05/87, Pari, rv. 175977.

⁵³ Sez. V, n. 4913 del 21/11/94, dep. 29/12/94, Migliavacca, rv. 200448.

Un **orientamento non recente** aveva ritenuto che l'attenuante della lieve entità del fatto ex art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 non fosse mai configurabile in relazione alle fattispecie comunque aggravate⁵⁴.

Un **diverso orientamento**, nell'affermare che il fatto di lieve entità costituisce circostanza attenuante ad effetto speciale, ai sensi dell'art. 63, comma terzo, cod. pen., che non si sottrae al giudizio di comparazione (ex art. 69, comma quarto, cod. pen.) con le aggravanti eventualmente contestate⁵⁵, ammetteva implicitamente, pur se inconsapevolmente, che il fatto rilevante ex art. 73 cit. potesse essere considerato di lieve entità anche se aggravato.

In particolare, appariva assolutamente pacifica la compatibilità della lieve entità con l'aggravante della recidiva⁵⁶; è stata anche ammessa la compatibilità della lieve entità con l'aggravante del numero delle persone⁵⁷.

Valorizzando un diverso profilo, una **isolata decisione** aveva anche ritenuto che *"ai fini della concessione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, e' consentito al giudice - in applicazione del principio di globalità - prendere in esame qualsiasi concreta circostanza di carattere soggettivo od oggettivo per pervenire ad un giudizio favorevole o sfavorevole all'imputato; ma, per il rispetto del principio di specialità, gli elementi considerati non potranno essere identificati in quelle altre circostanze astrattamente valutate dal legislatore come autonome attenuanti o come autonome aggravanti. Ne consegue che il giudice di merito non può considerare come elemento ostativo alla concessione dell'attenuante di cui all'art. 73, quinto comma, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, la circostanza, valorizzata come aggravante alla lettera g) del primo comma dell'art. 80 dello stesso d.P.R. (nella specie, trattavasi di detenzione di stupefacente per la cessione in carcere), salvo il giudizio sul concorso delle circostanze ai sensi dell'art. 69 cod. pen."*⁵⁸.

La **prima decisione massimata** che si era specificamente pronunciata in merito alla questione controversa⁵⁹ aveva ritenuto che *"in tema di stupefacenti, sussiste una evidente incompatibilità tra la circostanza aggravante della cessione a minori di sostanza stupefacente (art. 80, primo comma, lett. a), DPR 9 ottobre 1990 n. 309 e l'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità (art. 73, quinto comma, stesso DPR), in*

⁵⁴ Sez. VI, n. 1136 del 12/07/90, dep. 30/01/91, Mirafiore, rv. 186409; conforme, Sez. VI, n. 4142 del 12/07/90, dep. 12/04/91, Squillace, rv. 187308.

⁵⁵ Sez. VI, n. 2995, del 4/11/92, dep. 26/03/93, P.M. in proc. Pezzolet, rv. 193591; Sez. IV, n. 2070 del 12/12/97, dep. 19/02/98, P.M. in proc. Vassallo, rv. 210455; Sez. IV, n. 2282 del 23/01/98, dep. 23/02/98, Borgia, rv. 210580; Sez. VI, n. 37016 del 15/10/02, dep. 5/11/02, Mazzei, rv. 222845; Sez. IV, n. 16750 del 11/04/07, dep. 3/05/07, P.G. in proc. Serra ed altro, rv. 236412; Sez. IV, n. 16444 del 20/02/07, dep. 24/04/07, P.G. in proc. Severa, rv. 236606.

⁵⁶ Sez. IV, n. 2070 del 12/12/97, dep. 19/02/98, P.M. in proc. Vassallo, rv. 210455; Sez. IV, n. 2282 del 23/01/98, dep. 23/02/98, Borgia, rv. 210580; Sez. IV, n. 16750 del 11/04/07, dep. 3/05/07, P.G. in proc. Serra ed altro, rv. 236412; Sez. IV, n. 16444 del 20/02/07, dep. 24/04/07, P.G. in proc. Severa, rv. 236606.

⁵⁷ Sez. VI, n. 1892 del 11/11/92, dep. 26/02/93, P.M. in proc. Farana ed altri, rv. 193536.

⁵⁸ Sez. VI, n. 10947 del 8/07/93, dep. 29/11/93, Cappelli, rv. 195891, in Riv. pen. 1994, 757 s.

⁵⁹ Sez. IV, n. 10793 del 11/07/91, dep. 25/10/91, P.M. in proc. Spanazzi, rv. 188578.

quanto il fatto stesso della cessione ai minori, per la sua maggiore intrinseca pericolosità, rende più grave l'azione delittuosa ed esclude l'applicazione dell'ipotesi attenuata, anche in costanza di altri elementi sintomatici, in astratto, della lieve entità del fatto"; in motivazione, era stata anche evidenziata la natura di aggravante specifica riconosciuta alla cessione a minori, e la conseguente incompatibilità con l'attenuante de qua.

Il principio era stato successivamente ribadito: *"la cessione di sostanza stupefacente a persona minore di età comporta, indipendentemente dalla formale contestazione della specifica aggravante di cui all'art. 80, co. 1, lett. a), del d.P.R. n. 309/90, una negativa valutazione del "fatto", ostativa, in linea teorica e logica, al riconoscimento dell'attenuante di cui al comma quinto dell'art. 73 legge precitata"*; in motivazione, è stata anche evidenziata, più in generale, l'incompatibilità concettuale e logica tra fattispecie comunque aggravate e <<fatto di lieve entità>>, sulla base della considerazione che *"con la ipotizzazione della detta attenuante il legislatore, pur nel rinnovato rigore punitivo, ha voluto segnalare all'attenzione del giudice casi di minima offensività penale ai limiti del trascurabile; ipotesi che la quotidiana pratica del giudicare pone spesso sotto gli occhi. In stretta consequenzialità deve escludersi la, sia pure solo teorica, omologabilità delle due situazioni giuridiche perché tra loro in antitesi. Invero, ogni qual volta il legislatore ha stabilito che una determinata fattispecie penale debba ritenersi portatrice di maggior danno sociale comminando un aggravamento di pena, tutte questa volte il fatto, indipendentemente dalla valorizzazione del profilo aggravante ai fini dell'applicazione della pena, e quindi, della formale contestazione ovvero della comparazione con eventuali attenuanti, non può ritenersi di <<lieve entità>> per la evidente concettuale contradictio in adjecto"*. Più specificamente, quanto alla situazione de qua, si è osservato che, *"nell'ambito della generale sistemazione della problematica sopra delineata si inserisce, con connotati di evidenza, (...), il fatto aggravato dalla minore età del destinatario della sostanza stupefacente o psicotropa, considerata la pericolosità sociale insita nella diffusione di sostanze tossicomane presso i giovani soggetti, di per sé esposti ai rischi dell'emulazione e della curiosità"*⁶⁰.

La **prima voce dissonante**, in consapevole contrasto con l'orientamento all'epoca incontrastato, ha ritenuto che *"l'aggravante della cessione di sostanza stupefacente a persona minore di età non è incompatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità, con cui è oggetto di bilanciamento nell'ambito di un giudizio di globale valutazione della fattispecie"*⁶¹. Premesso che nessuna norma sanciva la ritenuta

⁶⁰ Sez. IV, n. 6672 del 29/04/92, dep. 3/06/92, P.G. in proc. Fares, rv. 190503; l'orientamento è stato più recentemente riaffermato, dopo oltre quindici anni, da Sez. VI, n. 20663 del 29/01/08, dep. 22/05/08, Cassoni ed altro, rv. 240057.

⁶¹ Sez. IV, n. 4240 del 16/04/97, dep. 19/05/97, P.M. in proc. Bettoschi, rv. 207917.

incompatibilità tra le cessione a minori e l'ipotesi lieve, in motivazione si è osservato che, al contrario, questo assunto era addirittura smentito dalla linea di tendenza *"estraibile dalle modifiche introdotte con la normativa prevista dagli artt. 6 e 7 del decreto legge n. 99 dell'11/4/1974, convertito in legge il 7 giugno 1974 n. 220. Com'è noto, siffatta normativa ha abbattuto la barriera prima esistente in ordine al possibile bilanciamento fra attenuanti comuni e aggravanti ad effetto speciale o inerenti alla persona del colpevole; in un'ottica (...) di adeguare il trattamento sanzionatorio delle singole fattispecie a criteri di maggior aderenza alla gravità del fatto, sia in sé considerato sia nella mutevole sensibilità con la quale quello stesso fatto è vissuto dalla collettività. Sicché indubbio appare che, prima di poter procedere – come dire – "contro tendenza", affermando l'esistenza di nuove e diverse incompatibilità fra circostanze eterogenee, è necessario rinvenire o una specifica previsione normativa – che ne sancisca appunto la non coesistenza – o, quanto meno, un sicuro aggancio di ordine sistematico, quale - ad esempio – una incompatibilità di natura ontologica".* Peraltro, il problema non poteva essere risolto in via generale, *"sancendo un'incompatibilità in via di principio"*, ma piuttosto, in difetto di una seria ed insuperabile ragione di incompatibilità, di natura ontologica o sistematica, doveva *"trovare soluzione caso per caso, con valutazione che di volta in volta tenga conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione di stupefacente a persona minore si realizzi; sempre che, naturalmente non siano di ostacolo a poter considerare il fatto di lieve entità i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero la quantità e qualità della sostanza ceduta"*. Nel caso di specie, si era ritenuto, in particolare, che, in relazione alla cessione di una quantità modica e di pessima qualità di droga ad un soggetto molto prossimo al raggiungimento della maggiore età e già dedito all'uso abituale di droga, pesante o leggera che sia, l'affermazione di un generale divieto di possibile bilanciamento tra attenuante del fatto lieve ed aggravante ex art. 80 contrasterebbe *"non solo con la logica ma anche e soprattutto con un principio di giustizia sostanziale. Che (...) non dovrebbe essere mai pretermesso, specie quando si pretende di potere estrarre dal sistema una regola senz'altro "grave", quanto meno sul piano del trattamento sanzionatorio"*.

L'orientamento era stato successivamente ribadito: *"il più recente indirizzo nel senso della compatibilità tra le due circostanze - entrambe di natura oggettiva e ciascuna incidente su aspetti diversi della offensività della condotta - deve essere riaffermato, giacché, come prima è stato osservato, anche nella cessione di droga a persona minore è possibile procedere ad identificare condotte di minima offensività, ex art. 73, 5^a comma, legge predetta, in rapporto ai mezzi, alle modalità e circostanze dell'azione, alla quantità e qualità della sostanza ceduta. Il che, ad esempio, riflette i casi di cessione di minime quantità, sporadicamente effettuata a soggetto prossimo alla maggiore età; di cessione analoga a titolo gratuito o di*

*mera amicizia a soggetto notoriamente tossicodipendente, che ne abbia fatto richiesta; di cessioni effettuate da persona a sua volta minore a favore di coetanei, al di fuori di abituale attività di spaccio e senza finalità di lucro*⁶².

Nel medesimo senso si era più recentemente espressa Sez. VI, 6 – 27 maggio 2009, n. 22123, D.P., rv. 244145: *"siffatta conclusione di compatibilità, non teorica ma concreta, tra norma repressiva dell'art. 80, comma 1, lett. a), ed il parametro di contenimento della gravità, che il legislatore ha proposto, definendolo nei suoi ambiti applicativi, nell'art. 73, comma 5, trova corretta applicazione nel caso di specie, avuto riguardo alla compresenza di più variabili di reale attenuazione del disvalore sociale e dell'intrinseca pericolosità del fatto, quali: (a) la qualità e la quantità dello stupefacente ceduto (una sola dose di hashish); (b) il modesto differenziale di età tra cedente (giovane adulto poco più che ventunenne) ed il cessionario"*.

In **dottrina**, mancavano contributi specificamente dedicati alla questione, generalmente trascurata, o trattata riepilogando i contrapposti orientamenti giurisprudenziali, senza aderire autonomamente all'uno od all'altro; soltanto un Autore aveva espresso un autonomo convincimento, nel senso dell'incompatibilità tra l'attenuante del fatto di lieve entità e l'aggravante della cessione a minori.

Con la sentenza del **24 giugno – 5 ottobre 2010, n. 35737, P.G. in proc. Rico**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 247910 – 2

Anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-bis, L. n. 49 del 2006, l'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva.

La circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi,

⁶² Sez. VI, n. 8612 del 17/04/98, dep. 24/07/98, Piccardi, rv. 211461; le considerazioni di quest'ultima sentenza sono state adesivamente riprese da Sez. VI, n. 9579 del 17/06/99, dep. 27/07/99, Caruso ed altro, rv. 214318; all'orientamento sembrerebbe implicitamente aderire anche Sez. VI, n. 37016 del 15/10/02, dep. 5/11/02, Mazzei, rv. 222845.

modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio. (Fattispecie nella quale l'attenuante era stata riconosciuta valorizzando la qualità e quantità di droga - un grammo di hashish - ceduta a soggetto minore di età, nonché i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione - abitualmente posta in essere senza particolari accorgimenti -).

L'aggravante della cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è astrattamente compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità; ne consegue che il giudice deve valutarne la compatibilità caso per caso, tenendo conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione a minore si realizza. (Fattispecie nella quale l'attenuante era stata riconosciuta in relazione alla cessione a soggetto minore di età di un grammo di hashish, posta in essere senza particolari accorgimenti).

Il Supremo Collegio ha premesso che l'art. 73, comma quinto, D.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza ad effetto speciale e non un reato autonomo, secondo un orientamento giurisprudenziale pacifico, essendo correlata ad elementi (i mezzi, la modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non mutano, nell'obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie previste dai primi commi dell'articolo, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva.

Tale configurazione ha trovato conferma anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4-*bis*, comma 1, lett. f), D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, che riguardano esclusivamente una nuova modulazione dell'entità della pena, non più rapportata alla natura delle sostanze stupefacenti o psicotrope.

La natura giuridica della fattispecie prevista dal comma quinto dell'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990, *"consente, in primo luogo, di osservare che l'art. 69, comma 4, c.p. assoggetta al giudizio di comparazione tutte le circostanze ad effetto speciale, oltre quelle inerenti la persona del colpevole: testo di legge tanto più chiaro ove si consideri che, invece, tali circostanze erano escluse dal giudizio di comparazione nella precedente formulazione della norma (modificata dall'art. 6, d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220). Pertanto, non può ritenersi fondata, nella sua generalizzata e astratta formulazione, l'affermazione della giurisprudenza sopra citata, secondo la quale il fatto non può ritenersi di "lieve entità" <<ogni qual volta il legislatore ha stabilito che una determinata fattispecie penale debba ritenersi portatrice di maggior danno sociale comminando un aggravamento di pena>>: soltanto in caso di eccezione espressa o desumibile da una ricostruzione sistematica è*

*possibile derogare alla regola del bilanciamento tra circostanze*⁶³.

Nella fattispecie in esame, nessun elemento di ordine letterale o sistematico legittimava la tesi dell'incompatibilità fra l'aggravante specifica di cui all'art. 80, comma primo, lett. a), d.P.R. n. 309 del 1990 e l'attenuante di cui all'art. 73, comma quinto, stesso d.P.R.: *"non deve essere fuorviante il riferimento alla circostanza della destinazione di sostanze stupefacenti a persona di età minore, poiché tale aggravante è solo una delle tante specifiche elencate nel citato art. 80 e non risulta che ci siano affermazioni giurisprudenziali di incompatibilità delle altre aggravanti di cui all'elenco con l'attenuante della <<lieve entità>> del fatto, anzi si rintracciano precedenti pacificamente favorevoli alla compatibilità*⁶⁴, *come anche precedenti in cui è ammesso il giudizio di comparazione dell'attenuante del fatto di lieve entità con aggravanti comuni*⁶⁵.

L'interpretazione letterale e sistematica è sorretta anche dalla *ratio*, insita in tutte le norme che prevedono come attenuante la <<lieve entità>> (v. art. 311 cod. pen.; art. 5, legge 2 ottobre 1967, n. 895; art. 4, legge 18 aprile 1975, n. 110) od anche la "particolare tenuità" (artt. 323-*bis* e 648, comma secondo, cod. pen.) dei fatti incriminati, che è quella di adeguare il trattamento sanzionatorio alla concretezza della fattispecie: *"si tratta di una esigenza che si inserisce perfettamente in un quadro di ragionevolezza della disciplina legislativa costituzionalmente rilevante e che è stata presa in considerazione dalla Corte costituzionale anche con riferimento alla attenuante in questione, che, appunto, <<permette una modulazione della sanzione sufficientemente rispettosa del criterio di ragionevolezza>>*⁶⁶. *La stessa esigenza trova riconoscimento nella recente giurisprudenza costituzionale, la quale dà ampio spazio alla valutazioni discrezionali del giudice di merito al fine di evitare automatismi sanzionatori relativi <<alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee>>*⁶⁷.

Sotto altro profilo, si è osservato che *"l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti reato tipici, e, quindi, del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore, in applicazione del principio della riserva di legge del trattamento sanzionatorio, ma tale principio deve essere coordinato con quello, anch'esso costituzionalmente rilevante, della individualizzazione della pena*⁶⁸; *compete, pertanto, al giudice di valutare le particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse quella adeguata al caso concreto".*

⁶³ In tal senso, da ultimo, cfr. Sez. Un., n. 10713 del 25/02/10, dep. 18/03/10, Contaldo, rv. 245929.

⁶⁴ Sez. VI, n. 10947 del 8/07/93, dep. 29/11/93, Cappelli, rv. 195891, con riferimento all'aggravante di cui alla lett. g) del citato art. 80.

⁶⁵ Sez. VI, n. 1892 del 11/11/92, dep. 26/02/93, Farana, rv. 193536, con riferimento all'aggravante del numero delle persone.

⁶⁶ Corte cost. n. 333 del 1991.

⁶⁷ Corte cost. sent. n. 192 del 2007, n. 257 del 2008, n. 171 del 2009.

⁶⁸ Artt. 132 e 133 c.p.; Corte cost. n. 285 del 1991, n. 145 del 1998, n. 456 del 1997, n. 220 del 1996, n. 213 del 2000.

Nella fattispecie in esame, la riserva di legge è rispettata con la previsione di molteplici ipotesi di reato sanzionate in modo differenziato (art. 73, commi da 1 a 4, d.P.R. n. 390 del 1990) e dei casi in cui essi devono ritenersi aggravati (art. 80, d.P.R. cit.), mentre l'individualizzazione della pena è assicurata, oltre che dalla oscillazione tra il minimo e il massimo edittale, anche dalla previsione della "lieve entità" (art. 73, comma quinto, d.P.R. cit.) relativa a tutte le suddette ipotesi siano esse aggravate o meno: *"non può sussistere, dunque, una incompatibilità logica in astratto fra aggravanti e attenuante specifica, ma solo una non concedibilità in concreto, valutati i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero la qualità e quantità delle sostanze. In altri termini, la questione non può essere risolta in astratto, stabilendo incompatibilità in via di principio, ma deve trovare soluzione caso per caso, con valutazione che di volta in volta tenga conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione di stupefacente a persona minore si realizza"*.

Peraltro, è stato ribadito, con forza, l'orientamento per il quale *"l'attenuante in questione può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio"*⁶⁹.

In conclusione, si è affermato che *"l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità"*.

⁶⁹ Per tutte, Sez. Un. n. 17 del 2000 cit. e, da ultimo, Sez. IV, n. 38879 del 29/09/05, dep. 21/10/05, Frank, rv. 232428; Sez. VI, n. 27052 del 14/04/08, dep. 03/07/08, Rinaldo, rv. 240981.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 9

I termini processuali

1. Termini processuali. Operatività della sospensione feriale con riguardo alle impugnazioni aventi ad oggetto misure cautelari reali disposte in relazione a reati di criminalità organizzata.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la deroga alla sospensione in periodo feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata riguardi anche gli incidenti cautelari aventi ad oggetto misure reali>>.

Un orientamento⁷⁰ riteneva che la deroga alla sospensione dei termini procedurali in periodo feriale fatta per i procedimenti per reati di criminalità organizzata valesse, quanto ai procedimenti incidentali cautelari, solo con riferimento alle misure cautelari personali, interpretandosi il rinvio operato dal comma secondo dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969 come fatto all'intera disposizione del comma primo, e quindi anche al presupposto riferentesi ai <<procedimenti relativi ad imputati in stato di custodia cautelare>>.

A parere di **altro orientamento**⁷¹, tale rinvio riguardava la sola prima parte del comma primo, e cioè quella che menziona tutti i <<termini procedurali, compresi quelli stabiliti per la fase delle indagini preliminari>>, senza potersi fare distinzione tra procedure in materia di misure personali e quelle in materia di misure reali, essendo invece tale distinzione rilevante solo se, anche in procedimenti estranei alla materia della criminalità organizzata, l'imputato o il difensore, in base alla previsione contenuta nel primo comma, rinunzino alla sospensione dei termini.

Con la sentenza del **15 luglio – 20 ottobre 2010, n. 37501, Donadio**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 247993 – 4

La deroga, prevista per i reati di criminalità organizzata, alla sospensione

⁷⁰ Espresso nella sua compiuta aderenza al quesito in esame da Sez. VI, n. 11142 del 3/03/08, dep. 12/03/08, Mannina, e da Sez. II, n. 1138, del 18/12/07, dep. 10/01/08, Di Fazio, rv. 238907.

⁷¹ Sez. I, n. 5793 del 3/2/2010, dep. 12/2/2010, Briguori, rv. 246577; Sez. I, n. 7943 del 3/2/2010, dep. 26/2/2010 Coccia, rv. 246248; Sez. I, n. 10293 del 2/3/2010, dep. 15 marzo 2010, Nicoletti, rv. 246520.

nel periodo feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari riguarda anche quelli inerenti alle procedure incidentali in materia di misure cautelari reali.

Ai fini dell'esclusione della sospensione feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, prevista per i procedimenti di criminalità organizzata, è influente che il reato specificamente contestato al singolo indagato sia eventualmente aggravato ai sensi dell'art. 7 D.L. n. 152 del 1991, ma rileva soltanto che la contestazione si inserisca nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, intendendosi per tale quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di più reati. (Fattispecie relativa alla contestazione dei reati di omicidio, ricettazione e porto d'armi con l'aggravante mafiosa, nell'ambito di un procedimento nel quale, ad altri indagati, erano state mosse contestazioni di tipo associativo, sicché, per tale motivo, la Corte ha escluso potesse ritenersi operante la moratoria feriale dei termini).

Il Supremo Collegio ha preliminarmente chiarito che il procedimento de quo attiene alla materia della criminalità organizzata non in virtù del fatto che l'impugnato sequestro preventivo è stato adottato in relazione a un reato (omicidio) aggravato a norma all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, bensì in quanto la misura reale è stata adottata "nell'ambito" di un procedimento di "criminalità organizzata", dato che le indagini riguardano vari soggetti cui sono state mosse contestazioni di tipo associativo: ai fini dell'applicazione della disciplina di cui si discute, *"non conta la situazione specifica del singolo indagato ma la sua collocazione nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, perché la ratio della disciplina in esame è quella di evitare che le indagini preliminari subiscano pause o decelerazioni potenzialmente pregiudizievoli del risultato dell'attività d'indagine, e tale esigenza può essere compromessa se si consentissero, nell'ambito dello stesso procedimento, dilazioni nella definizione di procedure incidentali riguardanti la posizione di questo o quello indagato, posto che tali procedure sono intimamente connesse all'attività d'indagine e ne influenzano la pronta definizione"*.

Con specifico riferimento alla questione controversa, si è ritenuto *"che non vi sono elementi, né testuali né logici, per escludere dal regime della non operatività della sospensione feriale in procedimenti di criminalità organizzata le procedure incidentali in materia di misure cautelari reali; e che il contrario orientamento risulta essere stato fuorviato da una impropria commistione tra il dettato dei due commi iniziali dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, dando rilievo, il primo, alla volontà dell'imputato in stato di custodia cautelare (con esclusione di ogni considerazione di misure personali non*

custodiali) di rinunciare alla moratoria feriale, e, il secondo, al dato oggettivo dell'avere il procedimento ad oggetto reati di criminalità organizzata".

Si aggiunge, come argomento di natura logica⁷², che, *"se la scelta legislativa della non operatività della moratoria dei termini feriali nei procedimenti interessanti la delinquenza organizzata deriva dalla esigenza di evitare che il decorso dei termini procedurali delle indagini preliminari subisca pause o decelerazioni potenzialmente pregiudizievoli all'attività inquirente, non si vede perché tale esigenza non dovrebbe assistere i procedimenti di impugnazione in materia di sequestri, i quali, al pari di quelli riguardanti misure personali, appaiono comunque connessi all'attività di indagine e funzionali alla esigenza di una risposta il più possibile rapida alle condotte delittuose della criminalità organizzata, a livello sia di prevenzione sia di repressione. Le Sezioni unite non possono che fare proprie tali esaurienti e lineari osservazioni, rispondenti, come detto, sia alla lettera normativa sia alla ratio che la ispira".*

Si è, pertanto, affermato, conclusivamente che *"la deroga alla sospensione in periodo feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, fatta dall'art. 2, comma secondo, legge 7 ottobre 1969, n. 742, riguarda anche le procedure incidentali aventi ad oggetto misure cautelari reali".*

⁷² Richiamando Sez. Un., n. 12 del 8/05/96, dep. 26/06/96, Giammaria, rv 205039.

Cap. 10

Gli atti

1. Le nullità: conseguenze dell'omesso avviso all'indagato (prima di procedere ad alcooltest) delle facoltà di rito.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< se la nullità a "regime intermedio" integrata dall'omesso avviso all'indagato – da parte della polizia giudiziaria prima di procedere ad un atto di indagine urgente (nella fattispecie, l'alcooltest) – della facoltà di farsi assistere dal difensore debba essere eccepita: a) prima del compimento dell'atto o, se ciò non è possibile, immediatamente dopo; b) dal difensore subito dopo la nomina ovvero entro il termine di cinque giorni previsto per l'esame degli atti; c) non oltre la deliberazione della sentenza di primo grado >>.

La giurisprudenza di legittimità era divisa sulle seguenti questioni:

(a) sussistenza o meno dell'obbligo di depositare, ai sensi dell'art. 366, comma primo, cod. proc. pen., il verbale dell'accertamento alcoolimetrico;

(b) se l'omesso deposito costituisca una mera irregolarità in grado di influenzare la decorrenza del termine per l'esercizio delle attività difensive, ovvero una nullità relativa oppure a regime intermedio.

La questione giuridica controversa sottoposta all'esame del Supremo Collegio sembrava, pertanto, evidenziare un ulteriore profilo di contrasto che, tuttavia, mostrava implicitamente di accogliere, in ordine al secondo profilo di contrasto innanzi rappresentato, la tesi della nullità a regime intermedio, costituente logico presupposto dell'ulteriore problema della deducibilità e della sanatoria della stessa.

Nell'ambito delle decisioni che qualificavano la nullità in oggetto come **nullità a regime intermedio**, erano registrabili approdi diversi sul tema della deducibilità della nullità in esame:

(1) un orientamento più restrittivo, interpretava l'art. 182, comma secondo, cod. proc. pen. in maniera rigorosa, ritenendo che l'assistenza della parte (nel caso di specie, l'imputato, presente all'atto dell'accertamento del tasso alcolemico) comportasse la necessità di sollevare immediatamente (ossia, prima del compimento dell'atto) l'eccezione, oppure, nel caso in cui ciò risultasse impossibile (per impossibilità soggettiva, ovvero ignorando l'interessato la facoltà di farsi assistere dal suo difensore, proprio in difetto del previo avviso della polizia giudiziaria, ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen.), di sollevarla comunque <<immediatamente dopo>>, ovvero senza poter

attendere il primo atto del procedimento, ma attivandosi attraverso il meccanismo delle memorie (art. 121 cod. proc. pen.);

(2) altro orientamento, meno rigoroso, muovendo da una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 354, 356, 366 cod. proc. pen., e 114 disp. att. cod. proc. pen., giungeva all'opposta conclusione di considerare come tempestiva l'eccezione di nullità sollevata con il primo atto procedimentale utile, ritenendo non pertinente il richiamo all'art. 121 cod. proc. pen., e non potendosi considerare intempestiva un'eccezione di nullità sollevata in sede di opposizione, tenuto conto della brevità dei termini previsti dalla legge processuale per esercitare il diritto di impugnare il provvedimento emesso *inaudita altera parte*.

La questione giuridica controversa non risultava sufficientemente approfondita in dottrina.

Con la sentenza del **25 marzo – 4 giugno 2010, n. 21243, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910**, le Sezioni Unite si sono trovate nell'impossibilità di risolvere il contrasto, avendo dovuto rilevare l'abnormità del provvedimento oggetto di ricorso (cfr. *amplius* cap. 26, § 2), il che assorbiva l'ulteriore motivo di ricorso in ordine al quale era stato registrato l'indicato contrasto.

Cap. 11 Le prove

1. Testimonianza. La capacità di rendere testimonianza assistita del soggetto imputato od indagato in procedimento connesso ex art. 12, comma primo, lett. c), o collegato, ex art. 371, comma secondo, lett. b), c.p.p.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< se l'indagato possa assumere l'ufficio di testimone, in procedimento connesso o per un reato collegato nel quale sia anche persona offesa, senza il rispetto delle norme che regolano l'assunzione delle dichiarazioni del teste assistito >>

Un **consolidato orientamento**, confermato anche all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 63 del 2001, riteneva che l'incompatibilità a testimoniare non sussiste quando l'imputato di un reato connesso o collegato sia anche persona offesa dal reato rispetto al quale sia chiamato a deporre; in tal caso, quest'ultima veste è destinata a prevalere, con la conseguenza che egli deve essere esaminato in qualità di testimone e con l'obbligo di rispondere secondo verità. Si aggiungeva che, in tal caso, *"la citazione quale parte lesa è imposta ... dal comma 4 dell'art. 429 cod. proc. pen. (che concerne il decreto che dispone il giudizio), il cui dettato prevale, in base al principio della ricerca della prova, sulla disposizione in tema incompatibilità con l'ufficio di testimone"*⁷³.

L'orientamento si poneva in linea di continuità con la giurisprudenza *ante riforma*⁷⁴, oltre che con l'orientamento assolutamente dominante formatosi sotto la vigenza del codice di rito del 1930, ferma nel riconoscere che l'imputato, il quale fosse persona offesa rispetto ad un reato attribuito ad un coimputato, poteva essere sentito come testimone nel procedimento che riguardava quest'ultimo, anche quando non fosse stato assolto in giudizio con una delle formule previste dall'art. 348, comma 3, dovendo prevalere, nel contrasto fra tale norma e l'art. 408, che rendeva obbligatorio

⁷³ In tal senso, Sez. VI, n. 15107 del 19/02/03, dep. 31/03/03, Alberghini, rv. 226435; Sez. F, n. 33312 del 22/07/04, dep. 04/08/04, Bombara, rv. 229953; Sez. V, n. 24102 del 20/04/04, dep. 26/05/04, Esposito, rv. 228113; Sez. VI, n. 10084 del 9/02/05, dep. 15/03/05, Deni, rv. 231219; Sez. III, n. 15476 del 24/02/04, dep. 01/04/04, Mesanovic, rv. 228546; Sez. V, n. 41169 del 3/07/08, dep. 04/11/08, Gedle, rv. 241594; Sez. V, 19/02/08, n. 804, Giaccone, non massimata; Sez. III, n. 357 del 15/11/07, dep. 08/01/08, Bulica, rv. 238696; Sez. VI, n. 1871 del 29/10/08, dep. 19/01/09, Nicolè, rv. 242638; Sez. V, n. 2096 del 11/12/08, dep. 20/01/09, De Marco, rv. 242545).

⁷⁴ Sez. V, n. 4688 del 16/02/00, dep. 17/04/00, Santoro, rv. 215982; Sez. VI, n. 8131 del 5/06/00, dep. 12/07/00, Pinto, rv. 216927.

l'esame dell'offeso, quest'ultima disposizione in virtù del principio della libera ricerca della verità⁷⁵.

In **contrasto** con l'orientamento in precedenza dominante, la V Sezione (sentenza 25 settembre 2007, n. 39050, Costanza, rv. 238188), ha ritenuto che *"l'imputato di reato reciproco, non ancora definitivamente giudicato, che renda dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assume, in base all'art. 197-bis cod. proc. pen., la veste di testimone assistito sicché, qualora egli sia sentito come testimone senza le garanzie previste da tale norma, dette dichiarazioni non sono utilizzabili ex art. 64, comma 3-bis, cod. proc. pen."*. Naturalmente ciò implica che, in assenza di dette dichiarazioni, *"la persona offesa di un reato che sia anche imputata di altro reato commesso in danno dell'offensore, da considerare quindi collegato ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., deve essere sentita non come teste ma nelle forme di cui all'art. 210, comma 6, cod. proc. pen."*⁷⁶, il quale prevede che *"alle persone imputate di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lett. b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato, va dato l'avvertimento previsto dall'art. 64, comma 3 lett. c), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone"* e che *"le dichiarazioni rese vanno valutate secondo la regola dettata dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen."*, cioè unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità⁷⁷.

Questo diverso indirizzo censurava l'orientamento dominante sotto un duplice profilo:

(a) perché non tiene conto delle modifiche apportate all'art. 197, comma 2, c.p.p., dalla legge n. 63 del 2001;

(b) perché si richiama *"più o meno implicitamente"* alla giurisprudenza formatasi sotto l'impero del codice di rito abrogato.

Al contrario, il nuovo orientamento fonda sull'analisi del quadro normativo di riferimento ridisegnato dalla legge n. 63 del 2001, osservando, in particolare, che il legislatore:

- ha trasportato nella lettera b) del comma 2 dell'art. 371 cod. proc. pen., tra le altre, le ipotesi di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre;

⁷⁵ Cfr., *ex plurimis*, Sez. VI, n. 832 del 26/11/82, dep. 29/01/83, Tomagnini, rv. 157177; Sez. VI, n. 6484 del 14/04/83, dep. 14/07/83, Pongiluppi, rv. 159905; Sez. II, n. 14773 del 1/06/78, 23/11/78, Masetti, rv. 140424; Sez. I, n. 11916 del 19/05/78, dep. 06/10/78, Lupino, rv. 140053; Sez. I, n. 352 del 16/11/77, dep. 07/01/78, Cristani, rv. 137601; Sez. I, n. 9062 del 15/03/77, dep. 14/07/77, Bruni, rv. 136432; Sez. I, n. 4682 del 14/10/74, dep. 30/07/75, Sacco, rv. 129947; Sez. II, n. 8012 del 28/04/75, dep. 18/07/75, Fessia, rv. 130608.

⁷⁶ Sez. V, n. 47363 del 13/11/08, dep. 19/12/08, Petrelli, rv. 242305.

⁷⁷ Sez. V, n. 599 del 17/12/08, dep. 12/09/09, Mastroianni, rv. 242384; Sez. V, n. 44527 del 12/11/08, dep. 28/11/08, Tanzarella, rv. 242004; Sez. I, n. 29770 del 24/03/09, dep. 17/07/09, Vernengo, rv. 244462; Sez. VI, n. 32841 del 28/05/09, dep. 12/08/09, Erler, rv. 244448.

- ha riscritto la lettera b) del comma 1 dell'art. 197, vietando espressamente di assumere come testi, salvo quanto previsto dall'art. 64, comma 3, lett. c), le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. c) o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma secondo, lett. b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.

Tutto ciò assumerebbe un duplice ed "incontrovertibile" significato: gli imputati di reati commessi in danno reciproco [inclusi nella lettera b) del comma 2 dell'art. 371 cod. proc. pen.] non possono essere sentiti come testimoni fintanto che non sia stata pronunciata nei loro confronti sentenza irrevocabile. E poiché – aggiunge la sentenza Petrelli – *"trattandosi di reati in danno reciproco, l'imputato dell'uno è di regola persona offesa dell'altro, non ha più alcuna base normativa l'affermazione che, ciononostante, la veste di persona offesa possa o debba prevalere su quella di imputato"*. Con l'ulteriore conseguenza che la responsabilità del ricorrente non può essere fondata, ex art. 192, comma terzo, cod. proc. pen., sulla base delle sole dichiarazioni della persona offesa, contestualmente imputata di reato reciproco, in assenza di qualsivoglia elemento di riscontro.

Nell'ambito di questo secondo orientamento, si è anche osservato che *"la categoria dei reati collegati ex art. 371, comma 2, lett. b) – comprensiva, quindi anche di quella dei reati reciproci – è prevista in modo essenziale negli art. 197, 197 bis e 210 c.p.p. come fonte della incompatibilità a testimoniare"*, escludendo, tuttavia, che nell'ambito della categoria dei reati c.d. reciproci *"siano da ricomprendere tutti indistintamente quelli nei quali due o più imputati abbiano presentato denunce l'uno nei confronti dell'altro, dovendosi senz'altro escludere da tale categoria, i reati posti in essere o in tempi o con modalità o in contesti completamente diversi l'uno dall'altro"*, poiché *"una corretta interpretazione della lettera e della ratio della norma induce a ritenere che tra i reati commessi in danno reciproco rientrino soltanto quelli commessi sostanzialmente in unità di tempo e di luogo"*, cioè *"nel medesimo contesto spazio-temporale, e quindi in intimo collegamento naturalistico"*⁷⁸. Si è, in tal modo, posto il problema delle denunce strumentali, circoscrivendo l'area di operatività dei reati reciproci.

Le conclusioni cui perveniva il primo orientamento – intese ad escludere l'incompatibilità a testimoniare qualora il dichiarante cumuli in sé la duplice qualità di imputato e persona offesa, dovendo quest'ultima qualità prevalere per la sua "maggiore pregnanza" – erano state sottoposte a critica radicale già dalla dottrina dominante formatasi sotto la vigenza del codice di rito del 1930, e sono state espressamente definite "abrogatrici" dalla più recente dottrina.

⁷⁸ Sez. II, n. 26819 del 10/04/08, dep. 03/07/08, Dell'Utri, rv. 240947.

Con la sentenza del **17 dicembre 2009 – 29 marzo 2010, n. 12067, De Simone ed altro**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento più recente. I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 246375 – 6

Il soggetto che riveste la qualità di imputato in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma primo, lett. c), cod. proc. pen. o collegato probatoriamente, anche se persona offesa dal reato, deve essere assunto nel procedimento relativo al reato connesso o collegato con le forme previste per la testimonianza cosiddetta "assistita".

Non sussiste incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone per la persona già indagata in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma primo, lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato, definito con provvedimento di archiviazione. (La Corte ha osservato che la disciplina limitativa della capacità di testimoniare prevista dagli artt. 197, comma primo, lett. a) e b), 197-*bis*, e 210 cod. proc. pen. si applica solo all'imputato, al quale è equiparata la persona indagata nonché il soggetto già imputato, salvo che sia stato irrevocabilmente prosciolto per non aver commesso il fatto, nel qual caso non trovano applicazione i commi terzo e sesto dell'art. 197-*bis*, cod. proc. pen.).

L'orientamento in precedenza dominante non teneva, infatti, conto delle modifiche apportate all'art. 197, comma secondo, cod. proc. pen., dalla L. n. 63 del 2001, rifacendosi sostanzialmente alla giurisprudenza formatasi sotto l'impero del codice di rito abrogato, la quale, premesso che l'art. 348, comma terzo, cod. proc. pen. abr. aveva natura di norma eccezionale (ponendo limiti al generale dovere di rendere testimonianza), riteneva che la qualità di persona offesa dal reato dovesse prevalere, in virtù del principio della ricerca della verità, compromesso ove non fosse possibile acquisire la testimonianza della vittima, che più di ogni altra informata sui fatti e, pertanto, in grado di fornire un "contributo insostituibile" al loro accertamento.

Queste conclusioni non trovano alcun riscontro nell'attuale assetto normativo.

La sopravvenuta collocazione sistematica, nell'ambito dell'art. 371, comma secondo, lett. b), cod. proc. pen., delle ipotesi di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, e la riscrittura dell'art. 197, comma primo, lett. b), cod. proc. pen. con l'esplicito divieto d'assumere come testi, salvo quanto previsto dall'art. 64, comma terzo, lett. c), cod. proc. pen. le persone imputate

in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma primo, lett. e), cod. proc. pen. o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma secondo, lett. b), cod. proc. pen. prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., evidenziano *"in modo incontrovertibile che gli imputati (e gli indagati in corso di procedimento, ad essi equiparabili a sensi dell'art. 61 c.p.p.) di reati commessi in danno reciproco (inclusi nell'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b) non possono essere sentiti come testimoni fintanto che non sia stata pronunciata nei loro confronti sentenza irrevocabile. Dopo tale pronuncia, la loro assunzione è consentita nelle forme e con i limiti della testimonianza c.d. assistita di cui all'art. 197 bis c.p.p., salvo che il proscioglimento irrevocabile sia avvenuto <<per non aver commesso il fatto>>, nel qual caso (per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 21 novembre 2006, n. 381, relativa a tutti i soggetti di cui all'art. 191 bis c.p.p., comma 1) non trovano applicazione i commi 3 e 6 della suddetta norma codicistica"*.

D'altro canto, la giurisprudenza costituzionale, superato il proprio precedente orientamento (riguardante la previgente disciplina), che subordinava l'operatività dell'incompatibilità a testimoniare per i reati reciproci, al solo caso in cui in concreto il giudice rilevasse l'esistenza di una vera e propria interferenza sul piano probatorio tra i due procedimenti⁷⁹, ha legittimato l'opzione del legislatore della citata riforma di includere, innovando rispetto alla previgente disciplina, nell'area del diritto al silenzio, gli imputati di reati reciproci⁸⁰.

Per quanto riguarda la situazione specificamente e pregiudizialmente rilevante nel giudizio, relativa alla persona offesa indagata in un procedimento connesso o relativo a reato collegato, che si sia già chiuso con provvedimento di archiviazione, si è premesso che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 191-bis, comma primo, cod. proc. pen., *"nella parte in cui non prevede che anche le persone indagate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p., o di un reato collegato a norma dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lettera b), possano essere sempre sentite come testimoni - con le garanzie di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 della citata norma (...) - quando nei loro confronti è stato pronunciato decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p."*, nonché del comma 5 del medesimo articolo, *"nella parte in*

⁷⁹ Corte cost., sent. 4 marzo 1992, n. 109.

⁸⁰ Con ordinanza n. 291 del 22 maggio 2002, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 210 c.p.p., comma 6, nella parte in cui rende applicabile il regime della testimonianza assistita (art. 197 bis c.p.p.) e, quindi, estende il diritto al silenzio, alla nuova categoria dei reati reciproci, prevista dall'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b). La Consulta ha affermato in particolare che la disciplina censurata è coerente con il sistema scelto dal legislatore per dare attuazione ai nuovi principi costituzionali e che il principio del *nemo tenetur se detegere* è "destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre". A parere delle sezioni unite, "consegue logicamente da quanto sopra che, poiché nei reati in danno reciproco l'imputato dell'uno è di regola persona offesa dell'altro, non ha più alcuna base normativa l'affermazione che, ciò nonostante, la veste di persona offesa possa o debba prevalere".

cui non prevede la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle dette persone contro di esse nel procedimento conseguente alla eventuale riapertura delle indagini", ha già dichiarato (con ordinanza n. 76 del 2003) la manifesta inammissibilità di entrambe, osservando:

- che nell'assetto scaturito dalla L. 1 marzo 2001, n. 63 (che ha ridefinito i casi di connessione tra procedimenti e di collegamento tra reati, modificato l'art. 197 cod. proc. pen. con ampliamento del novero dei provvedimenti idonei a far cessare la incompatibilità a testimoniare, in precedenza individuati nella sola sentenza irrevocabile di proscioglimento, e previsto nell'art. 191-*bis* cod. proc. pen. una particolare disciplina e specifiche garanzie per l'esame testimoniale dell'imputato sul fatto altrui) l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per gli imputati in procedimento connesso o di reato collegato è stata esclusa a condizione che siano stati definitivamente giudicati (e sia perciò operante il divieto di *bis in idem*), ovvero a condizione che abbiano volontariamente assunto la veste di testimone [a seguito dell'avviso a norma dell'art. 64, comma terzo, lett. c), cod. proc. pen.] e non siano imputati dello stesso fatto [art. 12, comma primo, lett. a), cod. proc. pen.];

- che il provvedimento di archiviazione, suscettibile di potere in astratto essere sempre superato dalla riapertura delle indagini, si riferisce a situazioni tra loro non omogenee, che si atteggiavano in modo differente quanto alla loro normale forza di resistenza rispetto alla detta eventualità e potrebbero quindi suggerire una disciplina differenziata in tema di compatibilità con l'ufficio di testimone, la quale - attesa la struttura sostanzialmente unitaria dell'istituto dell'archiviazione previsto dagli artt. 408 e 411 cod. proc. pen. - non può che rientrare nelle attribuzioni del legislatore.

L'orientamento conseguentemente consolidatosi in giurisprudenza di legittimità⁸¹ non è stato condiviso dal Supremo collegio.

Ricostruito il quadro normativo inerente al regime delle assunzioni degli imputati di reati connessi o collegati a partire dalla normativa anteriore alla L. n. 63 del 2001, si è osservato che la L. n. 63 del 2001 - di attuazione del giusto processo - ha profondamente inciso sulla disciplina dell'incompatibilità a testimoniare, modificando, tra l'altro, gli artt. 64, 197, 210 e 371 cod. proc. pen. ed inserendo l'art. 191-*bis* cod.

⁸¹ Secondo il quale il provvedimento di archiviazione, in quanto atto inidoneo a produrre una situazione di stabilità processuale pari a quella di un'assoluzione irrevocabile, non determina il venir meno dell'incompatibilità prevista dall'art. 197 c.p.p., e che, quindi, stante la *ratio* di tale norma, costituita dal principio del *ne bis in idem* (che non può essere posto a fondamento dell'archiviazione, provvedimento definitivo "allo stato degli atti"), sussiste l'incompatibilità a testimoniare dell'indagato "archiviato", salvo il caso che lo stesso, previamente avvertito, abbia rinunciato ad avvalersi della facoltà, riconosciuta dall'art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p., cui fa espresso rinvio l'*incipit* dell'art. 197, lett. b), c.p.p., di non rispondere anche sui fatti riguardanti la responsabilità di altri, nel qual caso è legittima la sua assunzione come testimone "assistito": in tal senso Sez. VI, n. 22402 del 1/02/05, dep. 14/06/08, P.M. in proc. Gilbo, rv. 231851; Sez. V, n. 15804 del 15/03/07, dep. 19/04/07, Grimaldi, rv. 236556; Sez. II, n. 26819 del 10/04/08, dep. 03/07/08, Dell'Utri, rv. 240946; Sez. II, n. 34843 del 9/07/08, dep. 08/09/08, Manticello, rv. 241298; Sez. 6, n. 44274 del 7/10/08, dep. 27/11/08, Russo, rv. 242386.

proc. pen., che prevede la nuova figura del testimone c.d. "assistito": *"nel nuovo sistema, da un canto, l'area dell'incompatibilità a testimoniare si riduce, in quanto essa cessa con il formarsi, nei confronti di tutti i soggetti interessati (di cui si è allargata la platea con la modifica dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b), della "sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p." (coordinato disposto delle previsioni di cui al novellato art. 197 c.p.p., comma 1, lett. a) e b) e al nuovo art. 197 bis c.p.p., comma 1), ovvero è esclusa, per i soli soggetti imputati in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., comma 1, lett. c), o di reato collegato a norma dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b), quando gli stessi siano stati, in sede di interrogatorio (o vengano successivamente, secondo la previsione di cui al novellato art. 210 c.p.p., comma 6), avvertiti (giusto il disposto del novellato art. 64 c.p.p., comma 2, lett. c) che, rendendo dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui, avrebbero assunto l'ufficio di testimone e non si siano avvalsi della facoltà di non rispondere. Dall'altro canto, si prevede che la testimonianza dei soggetti in esame sia sempre resa (salva la correzione derivante dalla già citata sentenza della Corte costituzionale del 21 novembre 2006, n. 381) ai sensi del nuovo art. 191 bis c.p.p., con le modalità (comma 3), i limiti (commi 4 e 5) e il criterio valutativo (comma 6) ivi previsti (c.d. testimone assistito)".*

Come emerge con chiarezza dalla – sul punto univoca – giurisprudenza costituzionale⁸², le linee del nuovo assetto sono ricostruibili nei termini seguenti:

- il diritto al silenzio, espressione del principio *nemo tenetur se detegere* e corollario essenziale dell'inviolabile diritto di difesa, rimane cardine del sistema;

- da esso si può prescindere - ferme restando le garanzie atte comunque a prevenire (art. 197-bis, comma 4) o a inibire (art. 197-bis, comma 5) conseguenze pregiudizievoli - solo se, per effetto del giudicato e del conseguente divieto del *bis in idem*, venga meno il presupposto del suo riconoscimento;

- al di fuori di tale ipotesi, ed esclusa comunque la situazione del concorrente nel medesimo reato in ragione della peculiarità derivante dall'unicità del fatto-reato, il diritto *de quo* comporta che l'accesso alla testimonianza, da rendere sempre con le garanzie anzidette, è subordinato alla libera autodeterminazione del dichiarante.

Si è, peraltro, osservato che proprio tale *ratio* del sistema induce a meglio esaminare, per verificarne la compatibilità con esso, la particolare situazione dell'indagato di reato connesso o collegato, nei cui confronti sia intervenuto provvedimento di archiviazione: *"l'esigenza del diritto di difesa, da cui deriva il diritto al silenzio, che è, come abbiamo visto, il cardine attorno al quale ruota il sistema de quo, presuppone evidentemente un'accusa dalla quale occorra appunto difendersi. Tale*

⁸² In particolare, cfr. Corte cost., ordinanze n. 76 del 2003, nn. 451 e 485 del 2002, nn. 191 e 250 del 2003, e n. 265 del 2004.

accusa assume il suo crisma formale e una sua precisa riferibilità alla pretesa punitiva dello Stato con l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. Anche prima di questo momento, tuttavia, e in vista del suo possibile verificarsi, cui da luogo l'iscrizione nel registro degli indagati, sussiste una situazione suscettibile di determinare esigenze difensive. Non sembra però che possa dirsi altrettanto allorché, per l'adozione e l'approvazione di iniziative esattamente antitetiche all'esercizio dell'azione penale, ogni "immanenza" procedimentale sia cessata nei confronti del soggetto interessato. Esigenze di equità e razionalità del sistema inducono in effetti a escludere che possa bastare a giustificare una persistente esigenza difensiva, con le connesse permanenti limitazioni della capacità testimoniale, un semplice adempimento burocratico (iscrizione nel registro degli indagati), a seguito del quale le autorità preposte non siano riuscite ad addivenire alla formulazione di una specifica accusa meritevole di ulteriore sviluppo, e che magari è stato il frutto di una mera iniziativa pretestuosa o, peggio, fraudolenta, di un terzo interessato".

Né può validamente invocarsi in contrario l'argomento della possibile riapertura delle indagini, trattandosi di una mera eventualità (per "esigenza di nuove investigazioni") sostanzialmente assimilabile, e anzi probabilisticamente inferiore, a quella della possibile "apertura" delle indagini nei confronti di qualsiasi soggetto (per notizia di reato individualmente attribuito).

Anche i timori per i possibili pregiudizi del diritto di difesa del dichiarante sono sufficientemente scongiurati dalle garanzie di cui all'art. 198, comma secondo, cod. proc. pen. ed all'art. 63, comma primo, cod. proc. pen.

La lettera della legge legittima tale interpretazione: *"la disciplina di cui agli artt. 197 e 197 bis c.p.p. e art. 210 c.p.p., comma 6, si riferisce, invero, testualmente al solo imputato e non all'indagato. Vero è che l'art. 61 c.p.p. pone una regola generale di equiparazione dell'indagato all'imputato. Ma l'indagato "archiviato" non è più, tecnicamente, un indagato.*

La disciplina codicistica attualmente vigente, che, nell'art. 197, lett. a), ha limitato, attenuandolo, il regime più rigoroso di incompatibilità - superato solo dalla pronuncia di (qualunque) sentenza irrevocabile - ai coimputati o imputati concorrenti o cooperanti nello stesso reato, prevedendo invece, per gli imputati di reato diverso connesso o collegato (ora unificati nel regime giuridico), la cessazione della incompatibilità anche in forza della libera autodeterminazione del dichiarante, fa riferimento esclusivamente agli <<imputati>>, mai agli <<indagati>>: *"e, se è vero che, dal coordinato disposto dell'art. 197 bis c.p.p., comma 1, e delle previsioni di cui all'art. 197 c.p.p., lett. a) e alla seconda parte della lett. b), emerge l'utilizzo del termine "imputato" anche in riferimento a situazioni in cui tale qualità è stata persa, ciò non basta a ritenere assimilato all'ex-imputato, agli effetti della disciplina in esame, anche l'ex-indagato, posto che le situazioni richiamate sono strutturalmente incompatibili con tale figura, in*

quanto presuppongono un processo il cui impulso ufficiale si pone proprio in radicale alternatività con l'intervenuta archiviazione".

Né tale assimilazione può sostenersi in forza della previsione di cui alla seconda parte dell'art. 197-bis, comma quarto, ove si parla di <<reato per cui si procede o si è proceduto>> nei confronti del testimone assistito: *"qui senza dubbio il riferimento alla ipotesi di cui al comma 2 dello stesso articolo esclude che il pregresso procedimento possa leggersi come corrispondente a quello conclusosi con <<sentenza irrevocabile>>. Cionondimeno non può ritenersi (...) che la locuzione <<reato per cui ... si è proceduto>> implichi il riferimento al reato per il quale sia stato emesso provvedimento di archiviazione e comporti di conseguenza la logica estensibilità all'indagato <<archiviato>> delle norme disciplinanti l'assunzione dell'imputato nei cui confronti non sia intervenuta sentenza irrevocabile. In una interpretazione della norma più rispettosa della sua lettera e più coerente con i rilievi logico-sistematici sopra esposti, oltre che con l'esigenza di dare comunque una lettura tendenzialmente restrittiva del regime di cui agli artt. 197 e 197 bis c.p.p., stante il suo sostanziale valore di limite alla regola generale di cui al primo comma dell'art. 196 c.p.p., deve, invero, considerarsi che il <<testimone>>" di cui si parla nella disposizione de qua è comunque il soggetto <<imputato>> di cui all'art. 197 bis c.p.p., comma 2, e che gli esiti cui non è riducibile il riferimento al <<reato per cui ... si è proceduto>> sono (solo) quelli della sentenza irrevocabile di cui al comma 1 dello stesso articolo".*

La soluzione ermeneutica più immediata, economica e "naturale" è dunque quella di ritenere che la locuzione anzidetta si riferisca alla sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare: *"la situazione dell'imputato destinatario di una tale decisione era in effetti espressamente prevista, ai fini della confermata persistenza dell'incompatibilità a testimoniare, dalla disposizione dell'originario art. 197 c.p.p., comma 1, lett. a), con l'esplicito riferimento dell'irrelevanza, a tal fine, della <<sentenza di non luogo a procedere>>. Il sistema scaturito dalla L. n. 63 del 2001 si pone evidentemente, sotto questo profilo, in linea di continuità col regime precedente. Si può discutere dell'opportunità o meno di una tale scelta. Ma non c'è dubbio (al di là dei possibili rilievi sulla maggiore o minore "resistenza" di questa o quella 'chiusura' non irrevocabile del procedimento e del possibile uso distorto degli strumenti operativi offerti dall'ordinamento) che la situazione del soggetto nei cui confronti la pubblica accusa abbia ritenuto sussistenti i presupposti per l'esercizio dell'azione penale non può considerarsi ontologicamente assimilabile a quella di chi, iscritto per dovere d'ufficio nel registro degli indagati, non sia stato ritenuto meritevole di una tale iniziativa".*

L'interpretazione conclusivamente accolta dal Supremo collegio, che esclude dall'ambito applicativo della disciplina delle assunzioni testimoniali degli imputati di reati connessi o collegati l'indagato nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione, *"risolve anche in radice gli inconvenienti di sostanziale ingiustizia,*

denunciati dagli arresti⁸³ e dai commenti più avvertiti, che l'opposta interpretazione, fin qui seguita, determinava, in relazione in particolare alle situazioni di apertura d'indagine artatamente create da una parte privata nei confronti del suo potenziale accusatore, al fine di diminuirne il valore testimoniale (per effetto soprattutto della disposizione di cui all'art. 191-bis c.p.p., comma 6)".

2. Intercettazioni. Gli effetti dell'inutilizzabilità dichiarata in sede di cognizione sul procedimento di prevenzione.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se i risultati delle intercettazioni dichiarati inutilizzabili nel giudizio penale di cognizione con sentenza irrevocabile (nella specie per l'assenza di motivazione in ordine all'idoneità ed insufficienza degli impianti esistenti presso la Procura della Repubblica) siano inutilizzabili anche nel procedimento di prevenzione>>.

Le Sezioni Unite penali⁸⁴ avevano recentemente già risolto un contrasto, insorto sulla questione se l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, dichiarata nel giudizio penale, abbia effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione, affermando che *"l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione"*.

Nondimeno, permaneva il contrasto sulla possibilità di utilizzare, in sede di prevenzione, intercettazioni dichiarate inutilizzabili in sede di cognizione.

Un orientamento⁸⁵ riteneva che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, dichiarata nel giudizio penale di cognizione, non avesse effetti anche nel procedimento di prevenzione, se non in presenza di vizi tali da determinarne una patologica inutilizzabilità, come accade ad esempio quando siano violate le regole indicate dall'art. 15 Cost., osservando che:

- le regole di cui all'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen. sono interne al processo penale, e la loro violazione integra un vizio relativo che non incide in maniera sostanziale sulla validità della prova disposta, che, per questa ragione, può essere acquisita nel giudizio di prevenzione per essere valutata sulla base del diverso e peculiare regime probatorio che lo caratterizza;

⁸³ Cfr. in particolare Sez. II, 10 aprile 2008, n. 26819, Dell'Utri, cit.

⁸⁴ Sez. un., n. 1153 del 30/10/08, dep. 13/01/09, Racco, rv. 241667.

⁸⁵ Così Sez. VI, n. 39953 del 30/09/05, dep. 03/11/05, Nicastro, rv. 236596; Sez. VI, n. 1161 del 25/10/07, dep. 10/01/08, Cicino, rv. 238837; Sez. II, n. 25919 del 28/05/08, dep. 26/06/08, Rosaniti ed altri, rv. 240629.

- il procedimento penale di cognizione è autonomo rispetto a quello di prevenzione: ciò comporta che gli indizi valorizzabili nell'ambito del procedimento di prevenzione possono essere desunti direttamente anche dai provvedimenti giudiziari, non essendo necessaria l'acquisizione dei verbali, delle trascrizioni e dei provvedimenti autorizzativi (per quanto riguarda le intercettazioni) esistenti nel diverso procedimento.

All'orientamento mostrava di aderire, con ricchezza di argomentazioni, l'ordinanza di remissione alle Sezioni unite⁸⁶, pur nella consapevolezza del recente intervento delle stesse, con la sentenza Racco, ritenuta non condivisibile, perché: **(a)** non sarebbero equiparabili l'inutilizzabilità – fenomeno tutto interno al processo – e l'illegalità dell'intercettazione; **(b)** l'art. 268, comma terzo, riguarda le modalità di esecuzione dell'intercettazione, e non è, pertanto, funzionale a tutelare la libertà e la segretezza delle comunicazioni, tutelate dall'art. 15 Cost.; **(c)** il riferimento all'art. 240 cod. proc. pen., che prevede la distruzione delle captazioni illecite, è del tutto inattuato, atteso che tra esse non rientrano le intercettazioni (sia pur inutilizzabili), che costituiscono, in senso tecnico, captazioni operate dall'autorità giudiziaria e disciplinate dagli artt. 266 ss. c.p.p.

Altro orientamento⁸⁷ riteneva che l'inutilizzabilità delle intercettazioni, dichiarata (per qualunque ragione) nell'ambito del procedimento penale di cognizione (con sentenza passata in giudicato), comporti anche il divieto di trarre, da detti atti, quegli <<indizi certi>> rilevanti nell'ambito del procedimento di prevenzione, perché, in tali casi, le intercettazioni costituiscono prova illegale assunta in violazione di diritti dei cittadini garantiti dai principi costituzionali, violando la garanzia della segretezza e della libertà delle comunicazioni (art. 15 Cost.), che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto debba essere assicurata attraverso il rispetto di precise disposizioni, avuto riguardo alla particolare invasività del mezzo della intercettazione telefonica o ambientale, attinenti pure alla loro esecuzione presso impianti della Procura della Repubblica, con una deroga in casi eccezionali specificamente motivati. Né potrebbe assumere decisivo rilievo il riferimento alla c.d. inutilizzabilità meramente patologica, poiché il sacrificio della sfera privata altrui è consentito dall'art. 15 Cost., soltanto per atto motivato dall'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. Le disposizioni del codice di rito apprestano la garanzia di legge richiesta dalla Costituzione, ed il divieto di utilizzabilità dei risultati di intercettazione per questa ragione ha la stessa insuperabile *ratio* anche nel procedimento di prevenzione, poiché la tutela della riservatezza non si confina nel solo processo penale di cognizione; proprio per tale ragione, la (pacifica) autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale di cognizione sarebbe priva di rilievo, giustificando l'uso di

⁸⁶ Sez. VI, 21 ottobre 2009, Cagnazzo ed altri, non massimata.

⁸⁷ Sez. I, n. 29688 del 15/06/07, dep. 20/07/07, Muscolino, rv. 236670, nonché, dopo la sentenza Racco, Sez. V, n. 8538 del 5/02/09, dep. 25/02/09, Calabrese ed altri, rv. 243418.

acquisizioni che non sarebbero utilizzabili a fini di "prova di reato" nel rito penale ordinario, e la possibilità di diversa valutazione degli stessi elementi di fatto acquisiti nel processo in rapporto al diverso fine, ma non il sacrificio di diritti sostanziali, garantiti dalla Costituzione.

Con la sentenza del **25 marzo – 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo ed altri**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, ribadendo l'orientamento già espresso in relazione al subprocedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione.

Il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 246271

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. (Fattispecie in tema di intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di cognizione per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., per assenza di motivazione in ordine all'inidoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la Procura della Repubblica).

Le Sezioni unite, dopo aver ampiamente ricostruito l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e del quadro normativo di riferimento, hanno innanzi tutto evidenziato che la disciplina riguardante l'utilizzazione degli impianti esistenti presso la Procura della Repubblica non è estranea alle garanzie ex art. 15 Cost., ma anzi ne costituisce attuazione: *"una interpretazione <<riduttiva>> del complesso di tali garanzie – quale è quello che la Sezione rimettente implicitamente propugna, svalutando il momento esecutivo rispetto a quello autorizzatorio - si porrebbe in termini sostanzialmente <<abrogativi>> rispetto a scelte chiare nella loro ormai lontana genesi (di conformazione costituzionale del sistema) e nella stessa perdurante attualità"*.

Hanno poi osservato, con la più volte citata sentenza Racco, che la sanzione di inutilizzabilità (art. 271 cod. proc. pen.) *"non può derubricarsi – se non in termini costituzionalmente discutibili – a mero connotato endoprocedurale, tutt'interno, cioè, al processo penale"*, poiché, *"essendo il diritto alla prova un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul <<giusto processo>>, qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell'ottica di preservare equivalenti valori, anch'essi di rango costituzionale"*.

Ma da ciò consegue che gli atti dichiarati inutilizzabili in sede di cognizione non possano essere utilizzati nell'ambito di altri procedimenti giurisdizionali, *"giacchè, 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. A differenza, dunque, dei <<limiti>> probatori civili, i divieti probatori penali producono i loro effetti, se violati, in qualsiasi settore dell'ordinamento, proprio perchè la logica che presiede alla garanzia della inutilizzabilità non è interna ed esclusiva al processo penale"*.

Né può essere condiviso il riferimento alla <<autonomia>> del procedimento di prevenzione, che nell'ottica dell'orientamento non accolto legittimerebbe una sorta di "degradazione" dell'inutilizzabilità, che comporterebbe l'estensione dei suoi effetti - irreparabili e demolitori di qualsiasi effetto probatorio - soltanto all'accertamento della responsabilità sulla regiudicanda, ma non alle valutazioni inerenti all'applicazione di una misura di prevenzione, poiché esso nasce da una lettura non corretta del concetto di <<autonomia>> che contraddistingue i due <<tipi>> di procedimento posti a raffronto: *"il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, va intravisto nella diversa <<grammatica probatoria>> che deve sostenere i rispettivi giudizi: una diversità, però, che, proprio in quanto riferita esclusivamente al <<modo d'essere>> degli elementi di apprezzamento del <<merito>>, non incide affatto sulla legittimità delle acquisizioni, a prescindere - evidentemente - dalla sede in cui le stesse siano operate"*.

Il Supremo Collegio ha, in proposito, ricordato che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quella costituzionale impongono una <<lettura>> del procedimento di prevenzione che sia in linea con i principi del <<giusto processo>>: *"il che, evidentemente, avvalora la tesi di quanti ritengono preclusa la <<fruibilità>>, anche se ai limitati fini del giudizio di prevenzione, di intercettazioni inutilizzabili a norma dell'art. 271 del codice di rito, in quanto la inosservanza delle relative garanzie di legalità finirebbe, altrimenti, per contaminare e compromettere il <<giusto procedimento di prevenzione>>, che tale può definirsi soltanto se basato su atti <<legalmente>> acquisiti"*.

E' stato, infine, condiviso l'assunto della Sezione rimettente di reputare inconferente, ai fini della soluzione della questione controversa, il procedimento di distruzione delle intercettazioni <<illegali>> ex art. 240 cod. proc. pen., ma è stata anche evidenziata l'insuperabilità del riferimento all'art. 271, comma terzo, cod. proc. pen.: *"avendo quindi il legislatore stabilito, accanto alla inutilizzabilità dei risultati, la distruzione delle intercettazioni nei casi previsti dal richiamato art. 271 c.p.p., se ne deve dedurre - secondo la più plastica delle evidenze - che nelle ipotesi normativamente indicate, la volontà perseguita dalla legge è stata quella di escludere, non soltanto sul piano giuridico, ma financo su quello della <<materialità>> degli atti,*

qualsiasi possibilità di legittima fruizione di quelle acquisizioni: dunque, non soltanto ai fini del processo, nel cui ambito le intercettazioni sono state effettuate, ma in qualsiasi altro procedimento, penale, civile, amministrativo o disciplinare che sia, posto che un diverso regime non potrebbe logicamente sostenersi, se non facendo leva sulla del tutto casuale <<non distruzione>> di quegli atti e supporti".

Cap. 12

Le misure pre-cautelari e cautelari

1. Arresto in flagranza e fermo. L'accesso agli atti relativi all'udienza di convalida.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se l'omesso deposito, prima dell'udienza di convalida dell'arresto, degli atti sui quali si fonda la richiesta cautelare del pubblico ministero, comporti la nullità dell'interrogatorio e dell'ordinanza applicativa della misura>>.

La **giurisprudenza costituzionale**, con l'ordinanza n. 16 del 1999, chiamata a valutare la legittimità della previsione normativa della equipollenza tra interrogatorio di garanzia e interrogatorio per la convalida posta dall'art. 294, comma primo, cod. proc. pen. sul presupposto che solo il primo sarebbe accompagnato dalla conoscenza degli atti, aveva osservato, ritenendo la questione manifestamente infondata, che l'esigenza di deposito degli atti non è avvertibile allorché la misura sia stata adottata all'esito del procedimento di convalida almeno nel senso che la conoscenza anticipata del contenuto della eventuale richiesta varrebbe a qualificare tale deposito come "preordinato esclusivamente all'esercizio del potere di gravame". Successivamente, con l'ordinanza n. 424 del 2001, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 391, commi primo e terzo, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. (nella parte in cui lo stesso prevede la facoltà del pubblico ministero di non comparire alla udienza di convalida), premettendo che tale facoltatività di partecipazione trova una non irragionevole giustificazione nelle esigenze di semplificazione e snellimento dell'udienza di convalida, la Corte aveva osservato essere *"comunque prevista una forma di contraddittorio cartolare caratterizzato da una tempestiva formulazione delle richieste del pubblico ministero e dal deposito degli elementi su cui le stesse si fondano"*, implicitamente sembrando ricollegare a detto deposito degli atti una possibilità di conoscenza degli stessi in capo alla difesa; di qui, anche in tal caso, la pronuncia di manifesta infondatezza della questione sollevata.

Il contrasto all'interno della Corte di legittimità sulla necessità o meno di un previo "deposito" degli atti e, nel primo caso, sulle conseguenze processuali dell'omissione dello stesso, era rilevabile, in realtà, all'interno di una più generale e, logicamente preliminare, divergenza tra la posizione giurisprudenziale che non richiede, con riguardo alle misure applicate in sede o a seguito dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, la necessità di alcun contraddittorio tra le parti, e la posizione che invece,

del tutto specularmente, ritiene necessario, in relazione a tale specifica situazione, un meccanismo di garanzie difensive volto a tutelare la posizione dell'arrestato o del fermato anche rispetto alle misure incidenti sulla sua libertà personale. Una ulteriore suddivisione di orientamenti va poi operata, all'interno di tale secondo indirizzo, in dipendenza del grado di garanzie ritenuto o meno adeguato a tal fine, essendo riscontrabile l'esistenza di posizioni diverse a seconda del livello reputato soddisfacente, in particolare laddove, non comparso il pubblico ministero in udienza, non sia illustrazione della richiesta di misura e degli atti su cui la stessa si fonda.

Un orientamento⁸⁸ escludeva ogni configurabilità di un diritto dell'arrestato o del fermato nonché del loro difensore financo a conoscere l'esistenza di richieste del pubblico ministero in tema di libertà personale che, seppure avanzate in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo, essendo finalizzate all'ottenimento di una misura cautelare, non hanno natura diversa dalle richieste che, con identica finalità, il pubblico ministero può formulare ai sensi dell'art. 291, comma primo, cod. proc. pen., e rispetto alle quali il difensore non deve essere informato e non ha quindi, alcun titolo per interloquire; l'audizione del difensore nella udienza di cui all'art. 391 cod. proc. pen. può avere ad oggetto unicamente questioni attinenti alla convalida dell'arresto o del fermo e non questioni attinenti alle eventuali richieste di provvedimenti cautelari avanzate dal pubblico ministero (salvo che quest'ultimo, se comparso, ed il giudice vi consentano); sicché ogni eventuale anomalia afferente l'interrogatorio non potrà che riverberarsi, eventualmente, sul provvedimento di convalida (del resto autonomamente impugnabile con ricorso per cassazione secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale), e non anche sulla validità od efficacia della misura adottanda, che presenta piena autonomia genetica e funzionale rispetto alla convalida. Nell'ambito, invece, dell'impostazione che riteneva necessario un meccanismo di garanzie anche relativamente all'adozione di misure incidenti sulla libertà personale, un primo indirizzo sottolinea che l'interrogatorio che deve precedere, nell'udienza ex art. 391 cod. proc. pen., la decisione sulla convalida nonché sulla misura cautelare richiesta, in quanto prevede, secondo lo schema fissato dall'art. 65 cod. proc. pen., la contestazione in forma chiara e precisa del fatto attribuito all'indagato con la comunicazione degli elementi di prova esistenti e con l'invito ad esporre quanto egli ritenga utile per la sua difesa, è idoneo ad escludere ogni pretesa nullità derivante dalla mancata conoscenza delle richieste del pubblico ministero e della documentazione ad esse allegata⁸⁹.

⁸⁸ Sez. III, n. 34813 del 9/07/09, dep. 08/09/09, Said, rv. 244574; Sez. I, n. 4101 del 04/11/91, dep. 22/11/91, Ugon, rv. 188669; in tale indirizzo si collocava anche Sez. I, n. 1361 del 20/11/03, dep. 20/01/04, Croce, rv. 226632.

⁸⁹ Sez. I, n. 32030 del 14/03/07, dep. 06/08/07, Pinna, rv. 237269, che valorizza anche, tuttavia, il fatto che nella specie l'indagato era anche *aliunde* di fatto a conoscenza della contestazione mossagli; a tale indirizzo possono ricondursi anche Sez. II, 22/04/04, n. 18886, Mansueto ed altro, *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 408, e Sez. II, n. 1094 del 7/11/06, dep. 17/01/07, Guerrieri, rv. 235613.

Altro orientamento affermava l'esaustività, ai fini del perseguimento dei fini di garanzia, della illustrazione orale effettuata dal pubblico ministero delle proprie richieste di misura *ex art.* 391, comma terzo, cod. proc. pen.⁹⁰. Analogamente, nel caso di udienza di convalida caratterizzata dalla mancata presenza del pubblico ministero, si afferma come nessuna violazione dei diritti difensivi (e, dunque, nessuna nullità a regime intermedio dell'interrogatorio con i conseguenti riflessi sull'adozione della misura) si determinerebbe laddove lo stesso giudice dell'udienza abbia, in qualche modo "supplendo" a tale mancata presenza, ad esporre le richieste scritte dell'organo dell'accusa o comunque a procedere all'ostensione delle stesse al difensore dell'indagato⁹¹.

Un indirizzo ulteriore sembrava ritenere configurabile un diritto della difesa (la cui compressione, dunque, condurrebbe alla nullità generale intermedia dell'interrogatorio e, ulteriormente, alla inefficacia della misura) ad accedere agli atti trasmessi dal pubblico ministero (in tal modo, evidentemente, ed implicitamente, non ritenendosi soddisfacente la conoscenza attuata tramite la lettura del giudice) pur dovendo tale accesso avere luogo pur sempre durante l'udienza e non anche anteriormente; premesso che è nella sede dell'udienza "che si realizzano tanto il contraddittorio orale quanto il contraddittorio cartolare", si è infatti escluso che il mero fatto di un'udienza di convalida caratterizzata dalla non presentazione del pubblico ministero, possa, per ciò solo, determinare alcuna "anticipazione della *discovery*" ordinariamente data, nell'ipotesi dell'art. 391, comma terzo, cod. proc. pen., dalla illustrazione, da parte dello stesso pubblico ministero, delle proprie richieste, e, dunque, alcuna esigenza di un previo accesso della difesa agli atti, posto che contraddittorio orale previsto appunto dall'art. 391, comma terzo, e contraddittorio cartolare, regolato dall'art. 390, comma terzo *bis*, sarebbero, appunto, posti su di un piano di perfetto parallelismo ed equivalenza senza che, peraltro, il dato testuale delle norme autorizzi conclusioni di segno diverso. In sostanza, dunque, sembra di comprendere, proprio a tale parallelismo, da osservare anche con riguardo alle cadenze temporali e alle forme di svolgimento dell'udienza, conseguirebbe una previsione di conoscenza degli atti non anteriore al momento dell'interrogatorio⁹². Diversamente,

⁹⁰ Sez. II, n. 31113 del 9/07/04, dep. 15/07/04, Cernica, rv. 229646; Sez. IV, n. 13171 del 18/01/07, dep. 30/03/07, Albanese, rv. 236380; Sez. II, n. 309 del 15/12/06, dep. 10/01/07, Sergi, rv. 235362; vedi anche Sez. II, n. 1101 del 4/12/06, dep. 17/01/07, Paci ed altro, rv. 235614.

⁹¹ Sez. II, n. 309 del 15/12/06, dep. 10/01/07, Sergi, rv. 235362; Sez. VI, n. 17948 del 5/02/07, dep. 10/05/07, P.M. in proc. Hoxha, rv. 236445; Sez. V, n. 36682 del 9/07/07, dep. 05/10/07, Pilia, rv. 237283, che, pur in relazione alla dedotta nullità dell'udienza di convalida e non alla inefficacia della misura, fa testualmente riferimento alla "lettura integrale"; Sez. II, n. 24879 del 5/05/09, dep. 16/06/09, Giuffrida, rv. 244352.

⁹² Vedi in tal senso, senza che tuttavia tutte tali sentenze evocino un onere di deposito, da alcune di esse, anzi, esplicitamente escluso, Sez. VI, n. 42185 del 27/11/06, dep. 21/12/06, Parisi, rv. 235287; Sez. VI, n. 26321 del 19/04/07, dep. 06/07/07, Ben, rv. 236855; Sez. VI, n. 43614 del 11/10/07, dep.

laddove parrebbe affermarsi la possibilità, per l'arrestato, il fermato e/o il loro difensore, di accedere agli atti trasmessi dal pubblico ministero non comparso (in corrispondenza con un dovere di vero e proprio deposito degli stessi) ancor prima che si tenga l'udienza; tale sembrerebbe infatti il senso da attribuire alla pronuncia, il cui contenuto non appare chiaro, secondo cui la scelta del pubblico ministero di avvalersi della facoltà di non comparire e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente "non può sortire l'effetto negativo (ed irragionevole) di privare l'indagato e il suo difensore di ottenere il contraddittorio in situazione di parità, così come garantito dalla norma", sicché la mancata possibilità di prendere conoscenza "tempestivamente" del contenuto degli atti posti a fondamento della richiesta della misura cautelare determinerebbe una violazione del diritto di difesa con conseguente nullità dell'interrogatorio *ex art. 391 cod. proc. pen.*, equivalente a quello di garanzia *ex art. 294 cod. proc. pen.*⁹³.

Non mancavano, infine, le decisioni che, più in generale, avendo riguardo alla fattispecie concreta, escludono un diritto di accesso dell'indagato agli atti (e, dunque, per quanto già detto, un corrispondente dovere di deposito del pubblico ministero) sulla base della già raggiunta, per altre vie, conoscenza dei fatti da parte dell'interessato, sì che nessuna ulteriore garanzia appare essergli dovuta⁹⁴.

Quanto ai **riflessi processuali** della mancanza di contraddittorio, le pronunce della Corte che pure giungono ad affermare la inefficacia della misura in conseguenza, in particolare, della nullità dell'interrogatorio reso in sede di udienza di convalida, appaiono implicitamente recepire (giacché nessuna previsione normativa è contemplata al riguardo) in via analogica, all'interno del procedimento di convalida, il combinato disposto degli artt. 294 e 302 *cod. proc. pen.* espressamente valevole per le misure coercitive adottate in "via ordinaria" (ovvero, appunto, al di fuori del procedimento di convalida).

Il tema dei rapporti tra conoscenza degli atti e restrizione della libertà personale specificamente nel giudizio di convalida di una misura precautelare non risulta mai essere stato direttamente affrontato da pronunce della **Corte Europea dei diritti dell'uomo**. Tuttavia la Corte, interpretando ampiamente la nozione di "accusa" di cui all'art. 6 della Convenzione, ha ritenuto che la garanzia di informazione in favore dell'accusato, che si estrinseca nello "accesso a quei documenti del fascicolo investigativo che sono essenziali al fine di contestare efficacemente la conformità a

23/11/07, Gurrieri, rv. 238401; Sez. VI, n. 2709 del 27/11/08, dep. 21/01/09, Artiano, rv. 242933; Sez. III, n. 16420 del 7/04/10, dep. 27/04/10, Z., rv. 246772.

⁹³ Sez. II, n. 10492 del 23/02/06, dep. 27/03/06, Basile, rv. 233736.

⁹⁴ Sez. II, n. 1101 del 4/12/06, dep. 17/01/07, Paci ed altro, rv. 235614; Sez. IV, n. 42686 del 14/06/07, dep. 20/11/07, Kurti, rv. 237984.

legge della detenzione", sia applicabile anche alle fasi preliminari al giudizio, tra cui quelle "investigative"; aggiungendo che, nel caso della persona la cui detenzione venga a cadere nell'ambito dell'articolo 5, comma primo lett. c) (ovvero, appunto, l'ipotesi corrispondente a quella, interna, dell'arresto o del fermo), è richiesta una udienza caratterizzata dalla parità delle armi tra le parti contrapposte, nel senso che ad entrambe deve essere data l'opportunità di avere conoscenza e di fare osservazioni in ordine agli elementi di prova adottati dalla controparte; di qui la conseguenza che non si può parlare di eguaglianza delle armi laddove la difesa si veda negare l'accesso agli atti d'indagine il cui esame è indispensabile per contestare efficacemente la legalità della misura restrittiva⁹⁵.

I **contributi dottrinali** in ordine alla questione devoluta alle Sezioni Unite erano di numero assai ridotto, ed apparivano tutte presupporre, quanto meno implicitamente, che all'interno dell'udienza di convalida ben possa essere consentito all'arrestato e al fermato nonché al loro difensore di interloquire non solo sulla richiesta di convalida bensì anche sulla richiesta di applicazione di misura coercitiva; più in generale, poi, una volta ritenuta l'equipollenza tra interrogatorio di garanzia ed interrogatorio per la convalida, anche nel caso di arresto o di fermo il p.m., quando si proceda alla convalida, dovrebbe avere un obbligo di *discovery* di <<tutti gli elementi sui cui la richiesta si fonda>> nonché di <<tutti gli elementi a favore dell'imputato e delle eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate>>, secondo il disposto dell'art. 293 cod. proc. pen. Le differenze eventualmente riscontrabili nel pur scarso dibattito dottrinale riguardavano, dunque, non già l'*an* del contraddittorio (sulla cui necessità appaiono concordare pressoché tutti) bensì l'individuazione del grado di esso ritenuto necessario a garantire la posizione dell'arrestato o del fermato, ed appariva nettamente prevalente la linea volta ad invocare la massima espansione delle garanzie difensive.

Con la sentenza del **30 settembre – 11 ottobre 2010, n. 36212, G.**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 247939

Il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto, nel procedimento di convalida, di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare; il denegato accesso a tali atti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio

⁹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Viezzler contro Italia* del 19 febbraio 1991, § 15 - 17; *Imbrioscia contro Svizzera* del 24 novembre 1993, § 36; *Fodale contro Italia* dell'1 giugno 2006, § 42; *Nikolova contro Bulgaria*, § 58; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Lamy contro Belgio* del 30 marzo 1989.

dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, da ritenersi sanata se non eccepita nel corso dell'udienza di convalida. (Nella specie, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, non avendo il ricorrente impugnato l'ordinanza con la quale il giudice, disattendendo l'eccezione di nullità dell'interrogatorio tempestivamente sollevata in sede di udienza di convalida, aveva provveduto a convalidare il fermo).

Il Supremo collegio ha preliminarmente richiamato i già ricordati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, desumendone alcuni punti, utili ai fini della ricostruzione del sistema e della soluzione del quesito sottoposto alle Sezioni unite: *"può, anzitutto, ritenersi del tutto pacifica la profonda differenza strutturale e funzionale che caratterizza la <<sequenza>> procedimentale in cui si iscrive l'interrogatorio che si celebra nella udienza di convalida, da un lato, e quello di garanzia, dall'altro. E' ben vero, infatti, che alcune circostanze sembrano accomunare i due atti, quali la condizione di privazione della libertà in cui si trovano tanto l'arrestato o il fermato che la persona sottoposta a misura cautelare e le garanzie che assistono i due atti, quali la contestazione dei fatti e degli elementi di accusa e la presenza del difensore. Ma a parte ciò, sono le due "udienze" a divergere profondamente, così come differenti sono le caratteristiche e le finalità delle rispettive audizioni"*.

L'interrogatorio in sede di convalida costituisce, infatti, atto polifunzionale risultando destinato, *"da un lato, a riflettersi sulla richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e, dunque, eventualmente a contestarne la fondatezza, e, dall'altro, sulla eventuale richiesta di misura cautelare: tema, quest'ultimo, evidentemente indipendente dal primo, e che postula una gamma del tutto autonoma di presupposti, ciascuno dei quali suscettibile di formare oggetto di contraddittorio, cartolare o meno che sia. Ciò comporta che, su quest'ultimo profilo, l'arrestato o il fermato ed il suo difensore, sono messi in condizione di sviluppare – anche attraverso produzione documentale (come ha puntualizzato la Corte costituzionale) o di altri elementi di prova di cui dispongano - le proprie domande eventualmente alternative, rispetto alla domanda cautelare formulata dal pubblico ministero. E tutto ciò, come è evidente, a prescindere dalla presenza o meno del pubblico ministero nella udienza di convalida, posto che una scelta in sé insindacabile della parte pubblica non potrebbe certo consentire una diversa articolazione delle garanzie difensive dell'indagato"*.

L'interrogatorio di garanzia, al contrario, *"si colloca quale atto conclusivo del procedimento cautelare, ed è destinato a consentire all'indagato di svolgere le proprie difese, tanto sulla legittimità che sul merito di un provvedimento privativo della libertà personale che ha già ricevuto esecuzione. Sicché, dovendosi la difesa sviluppare, non su una domanda di cautela – come nel caso della convalida – ma su una decisione giurisdizionale già adottata, è del tutto logico che la difesa stessa debba essere messa*

in condizione di avere previamente la disponibilità di tutti gli atti su cui quella decisione è stata adottata: ed è proprio in tale prospettiva che la Corte costituzionale, nelle richiamate decisioni, ha valorizzato la regola del previo deposito di quegli atti, con avviso al difensore, previsto dall'art. 293, comma 3 cod. proc. pen., non surrogabile, quanto all'interrogatorio ex art. 294, dalle garanzie contestative offerte dall'art. 65 del codice di rito⁹⁶. Deposito e avviso che, invece, non potrebbero trovare spazio nella udienza di convalida, in considerazione dei tempi assai ristretti in cui deve essere celebrata, avuto riguardo alle scadenze ad horas per essa sancite dallo stesso art. 13 della Carta fondamentale. Da qui, la impossibilità di replicare, per l'udienza di convalida, le stesse regole che disciplinano la conoscenza degli atti da parte del difensore ai fini dell'interrogatorio di garanzia".

Le diversità di regime che caratterizzano i due interrogatori, tuttavia, "non obliterano, (...) le torsioni che le garanzie difensive possono in concreto venire a subire, ove alla segnalata inapplicabilità, per la udienza di convalida, della regola del deposito degli atti con avviso al difensore, prescritta, invece, per l'interrogatorio di garanzia, si dovesse coniugare anche, come mostra di ritenere l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, una totale preclusione per il difensore di accedere agli atti su cui si fonda la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo e di applicazione di una misura cautelare".

Il nucleo del problema risiede, infatti, nella previsione, dettata dall'art. 294, comma primo, cod. proc. pen., a norma del quale il giudice è tenuto a procedere all'interrogatorio di garanzia, pena, altrimenti, la perdita di efficacia della custodia cautelare ex art. 302 dello stesso codice, salvo che all'interrogatorio abbia già provveduto «nel corso della udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto»: "il codice, dunque, stabilisce una equivalenza di effetti tra i due atti, evocando in tal modo chiaramente una valutazione legalmente tipizzata di "equipollenza" tra le finalità di garanzia che entrambi gli interrogatori sono destinati a svolgere nella dinamica del procedimento cautelare. Il che, se non comporta – come la Corte costituzionale ha puntualmente rilevato – la necessità di configurare una totale sovrapponibilità tra le diverse discipline processuali, certo induce a ritenere che la posizione dell'indagato, quanto a conoscenza degli elementi necessari per articolare la propria difesa, debba essere strutturalmente <<equivalente>> nelle due sedi, presupponendo i due interrogatori – proprio perché destinati a soddisfare la medesima funzione in sede cautelare – un identico diritto di difendersi ratione cognita. E' ben vero, a questo riguardo, che, nel corso della udienza di convalida, il pubblico ministero, se presente, o il giudice, sulla base delle richieste e degli atti trasmessi dalla parte pubblica, «indica i motivi dell'arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale»: ma, da un lato, tale attività meramente <<illustrativa>> può

⁹⁶ Cfr. Sez. un., n. 26798 del 28/06/05, dep. 20/07/05, Vitale, rv. 231349.

essere ritenuta frutto di una selezione degli elementi posti a fondamento della convalida e della domanda cautelare, in sé non esaustiva ai fini della conoscenza degli atti e dell'approntamento di una difesa effettiva; dall'altro lato, non va neppure trascurata, agli effetti che qui rilevano, la ben diversa base fattuale che può caratterizzare l'arresto in flagranza, rispetto al fermo di indiziato di delitto, giacché a fondamento di quest'ultimo provvedimento e della correlativa richiesta di misura può in concreto concorrere una indagine, anche approfondita e lunga, difficilmente comprimibile, nei suoi risultati, in un semplice enunciato illustrativo".

D'altra parte, il diritto del difensore di prendere visione degli atti posti a base di un procedimento che si celebra in contraddittorio, riposa su una esigenza di ordine generale che appare essere del tutto in linea con una interpretazione del sistema *secundum constitutionem*: *"la giurisprudenza costituzionale ha, infatti, costantemente affermato che il diritto di difesa, presidiato come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento dall'art. 24 Cost., deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da far assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale. E' ben vero che la effettività di tale diritto non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase processuale; anzi, la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti o delle varie fasi processuali è stata costantemente ritenuta dalla Corte costituzionale come una legittima espressione della discrezionalità legislativa. Ma è altrettanto vero che le pur diverse modalità secondo le quali si articola il concreto esercizio di tale fondamentale diritto, non ne debbano in alcun modo compromettere o menomare la funzione, all'interno e nel quadro del singolo istituto preso in considerazione"*⁹⁷.

In tale prospettiva, quindi, la possibilità di conoscere "direttamente," da parte del difensore, l'integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla "mediazione illustrativa" del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio "effettivo" e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare: giustificandone, per questa via, la equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen.

Per altro verso, essendo l'accesso agli atti previsto come disposizione di carattere generale in favore di chiunque vi abbia interesse (art. 116 cod. proc. pen.), e poiché gli atti di indagine sono coperti dal segreto, a norma dell'art. 329 cod. proc. pen., fino a

⁹⁷ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. ordinanze nn. 291 e 230 del 2005 e sentenza n. 175 del 1996.

quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, non v'è ragione per precludere al difensore il diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti relativi alla udienza di convalida.

A tale conclusione occorre pervenire anche facendo leva sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: *“la Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di sottolineare che «tutti i processi penali devono rivestire un carattere contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa: questo – ha puntualizzato la Corte – è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte⁹⁸. Per di più, l'articolo 6 §1 esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico⁹⁹». E' ben vero – ha ancora sottolineato la Corte – che «il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto», in quanto «in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti – come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati – che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato¹⁰⁰». Sicché, «in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante». «Tuttavia – ha soggiunto la Corte – sono legittime rispetto all'art. 6 §1 solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie¹⁰¹. Per di più, se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie¹⁰²»¹⁰³.*

Il che definitivamente evidenzia *“l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, cod. proc. pen.”.*

E' stato, pertanto, conclusivamente affermato il seguente principio di diritto: *“il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto di esaminare ed estrarre copia degli atti*

⁹⁸ Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, §§ 66-67, serie A n. 211.

⁹⁹ Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, § 36, serie A n. 247-B.

¹⁰⁰ Doorson c. Olanda 26 marzo 1996, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, e Rowe e Davis c. Regno Unito, n. 28901/95, § 61, CEDU 2000-II.

¹⁰¹ Van Mechelen e altri c. Olanda, 23 aprile 1997, § 58, Recueil 1997-III.

¹⁰² Rowe e Davis, già cit., § 61 in fine.

¹⁰³ Decisione dell'8 dicembre 2009, Previti c. Italia, ric. n. 45291/06, §§ 178 e 179.

su cui si fonda la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare. Il rigetto di tale richiesta, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, che resta sanata a norma dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., se non viene eccepita nella udienza di convalida".

1.1. Segue. L'efficacia dell'ordinanza cautelare emessa da giudice incompetente.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se, quando il luogo dell'arresto o del fermo è diverso da quello di commissione del reato, l'ordinanza cautelare emessa dal giudice competente per la convalida abbia efficacia provvisoria anche in mancanza di una formale declaratoria di incompetenza>>.

Secondo il **prevalente indirizzo giurisprudenziale**, la trasmissione di atti per ragioni di competenza, da uno ad altro ufficio del P.M., non spiega alcuna incidenza sull'efficacia delle misure cautelari in corso di applicazione, la quale, a norma dell'art. 27 cod. proc. pen., verrebbe meno solo per effetto di una formale dichiarazione del giudice che le abbia disposte, non seguita dall'emissione, nei venti giorni successivi, di un nuovo provvedimento cautelare da parte del giudice dichiarato competente¹⁰⁴.

La *ratio decidendi* veniva individuata nel fatto che, sino a quando un altro organo di giurisdizione non venga formalmente investito del procedimento con ordinanza suscettibile di dar luogo ad un conflitto a norma dell'art. 28 cod. proc. pen., i provvedimenti di natura organizzatoria (ad es., la trasmissione di atti da un ufficio ad altro del P.M., o il decreto del Procuratore Generale che risolva contrasti di competenza tra uffici dell'accusa) emessi da una parte, sia pure pubblica, sono inidonei ad invalidare un atto giurisdizionale, a nulla rilevando che, per effetto del meccanismo di cui agli artt. 54 ss. cod. proc. pen., altro giudice possa essere in seguito investito del procedimento. Se è vero, infatti, che con la pronuncia n. 17/1999 delle Sezioni Unite - il cui *thema decidendum* riguardava essenzialmente il carattere di provvisorietà riconoscibile o meno alla misura cautelare disposta dal giudice competente, a norma

¹⁰⁴ Così, da ultimo, Sez. III, 2/12/2009, n. 49419, Ugochukwu, rv. 245600, relativamente ad un caso in cui la custodia cautelare in carcere è stata adottata dal giudice del luogo di esecuzione del fermo, che ha provveduto alla relativa convalida per un fatto commesso in luogo diverso, senza peraltro dichiarare la propria incompetenza: gli atti, ex art. 54 c.p.p., sono stati inviati immediatamente dopo dal P.M. del luogo del fermo alla Procura della Repubblica competente per territorio.

dell'art. 390, a provvedere sulla convalida dell'arresto o del fermo, nonché, a norma del quinto comma dell'art. 391, sulla richiesta di applicazione di misura cautelare a tale giudice avanzata dal Pubblico Ministero - è stato risolto con la massima autorevolezza il contrasto formatosi in punto di efficacia provvisoria dell'ordinanza coercitiva emessa dal giudice competente (solo) ex artt. 390, comma primo, e 391, comma quinto, cod. proc. pen. (nel senso dell'applicabilità del disposto dell'art. 27 cod. proc. pen.), è pur vero che dal contenuto di tale pronuncia non può trarsi la conclusione che la caducazione dell'efficacia della misura si verificherebbe a prescindere dall'avvenuta declaratoria di incompetenza da parte del giudice che quella misura cautelare emise: nulla del genere è stato affermato dalla Suprema Corte nella citata sentenza resa a Sezioni Unite, il cui *decisum* si fonda, invece, sull'accertamento del presupposto fattuale e processuale di cui al citato art. 27, rappresentato proprio dall'avvenuta (e, nella specie, contestuale) declaratoria di incompetenza da parte del giudice che aveva emesso l'ordinanza applicativa della misura cautelare.

Un **diverso**, e minoritario, **orientamento** giurisprudenziale, riteneva, al contrario, che *"...la disciplina dettata dall'art. 27 cod. proc. pen. per il caso di ordinanze applicative emesse da giudice incompetente opera anche per provvedimenti adottati in esito all'udienza di convalida del fermo o dell'arresto, senza che rilevi se detto giudice sia pervenuto o meno ad una formale dichiarazione di incompetenza con riguardo al reato in contestazione"*¹⁰⁵: l'individuazione della declaratoria di incompetenza come discrimine per stabilire o meno l'efficacia provvisoria della misura coercitiva disposta a norma dell'art. 391, comma 5, si porrebbe in contrasto con le argomentazioni della pronuncia delle Sezioni Unite n. 17 del 1999, nonché, soprattutto, *"con il diritto costituzionalmente garantito dell'imputato o dell'indagato di essere sottoposto al controllo giurisdizionale del suo giudice naturale non solo quando deve decidersi circa la sua responsabilità in ordine ad un fatto-reato, ma anche quando deve applicarsi una misura largamente lesiva della libertà quale è la misura coercitiva della custodia cautelare in carcere"*. Se si considera, infatti, che la competenza per territorio è in via generale stabilita in base al luogo del commesso reato e che la competenza funzionale del giudice indicato dall'art. 390, comma primo, cod. proc. pen. è limitata al giudizio di convalida e non già, allorché egli sia diverso dal <<giudice che procede>>, all'applicazione - ove ne sussistano le condizioni - delle misure coercitive, che è attività demandatagli in via surrogatoria per ragioni di urgenza, deve convenirsi sull'efficacia provvisoria di tali misure e sulla necessità del successivo intervento del "giudice cautelare naturale", individuato ex artt. 279 e 291, comma primo, cod. proc. pen.

¹⁰⁵ Così Sez. VI, n. 37325 del 26/06/03, dep. 30/09/03, Bouchaib, rv. 228392; Sez. I, n. 15144 del 20/03/02, dep. 22/04/02, Sinanaj, rv. 221558; Sez. I, n. 37552 del 7/07/04, dep. 23/09/04, Agyeipah, rv. 229802.

Occorrerebbe dunque avere riguardo, secondo tale orientamento, soprattutto agli aspetti sostanziali della vicenda processuale, non potendosi far derivare, dalla eventuale omissione del giudice di provvedere nel senso indicato dalla legge, conseguenze pregiudizievoli per l'indagato, al quale non puo' imputarsi di non avere, con richiesta di riesame, confutato la competenza del G.i.p. che aveva adottato la misura, a fronte dell'evidenza della, *seppur implicita*, declaratoria in tal senso contenuta nell'ordinanza applicativa della misura.

In ordine alla questione controversa si era già espressa la Corte Costituzionale¹⁰⁶, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 3, 24 e 25 della Costituzione, sollevata dal Tribunale di Milano nella parte in cui la norma impugnata non prevede che la cessazione dell'efficacia della misura cautelare disposta dal giudice dichiaratosi incompetente, ove quello competente non provveda "*a norma degli articoli 292, 317 e 321 cod. proc. pen. entro venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti*", non si applichi anche nel caso di trasmissione degli atti disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 54 cod. proc. pen., in assenza di una declaratoria giudiziale di incompetenza.

Numerosi, ed anch'essi discordi, erano i contributi della dottrina.

Con la sentenza del **25 marzo – 2 aprile 2010, n. 12823, Mones**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza dominante.

Il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 246273

Nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia stata disposta dal giudice della convalida ex art. 391, comma quinto, cod. proc. pen., e il luogo dell'arresto o del fermo sia diverso da quello di commissione del reato, solo la formale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice determina l'inefficacia della misura cautelare che non sia stata rinnovata dal giudice competente entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti.

Il Supremo collegio ha premesso che il problema in esame sorge a seguito della sentenza n. 17 del 1999 delle Sezioni Unite, Salzano, rv. 214239, nella quale si decise che il giudice territorialmente competente era tenuto a rinnovare la misura cautelare trasmessagli con contestuale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice della convalida che l'aveva disposta: "*si disse infatti allora che l'attribuzione prevista dal comma 5 dell'art. 391 c.p.p., in base alla quale il provvedimento cautelare era stato adottato, non configurava una competenza funzionale del giudice della convalida, come*

¹⁰⁶ Sentenza n. 262 del 23 maggio - 12 giugno 1991.

peraltro la maggioranza della giurisprudenza aveva fino a quel momento ritenuto, ma rientrava nel genus dell'art. 291 comma 2 c.p.p. avendo natura di intervento di urgenza e provvisorio. In tal modo, considerato che nel caso di specie il giudice della convalida non era quello del luogo del commesso reato, il meccanismo dell'art. 27 c.p.p. era stato correttamente attivato dalla dichiarazione di incompetenza e la misura cautelare, non rinnovata nei termini prescritti, aveva perso efficacia".

In proposito, si è osservato che "le misure cautelari disposte dal giudice della convalida non sono, solo perché tali e cioè perché emanate nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 391 comma 5 c.p.p., misure disposte da giudice competente, sicché, per la soluzione del problema oggi in esame, ci si deve occupare della vicenda a valle: se cioè la perdita di efficacia ex art. 27 c.p.p. del provvedimento cautelare emanato da giudice della convalida possa darsi anche in mancanza di contestuale o successiva dichiarazione di incompetenza da parte di quest'ultimo".

Il tenore letterale dell'art. 27 cod. proc. pen. è inequivoco nel senso che la cessazione degli effetti della misura cautelare non dipende dall'incompetenza del giudice che la ha emessa, ma dalla contestuale o dalla successiva dichiarazione di incompetenza da parte di questo giudice nell'ordinanza di trasmissione degli atti: e con il dato lessicale converge quello logico per cui, senza una tale ordinanza di trasmissione, non sarebbe fissato un *dies a quo* di decorrenza del termine di venti giorni per la perdita di efficacia della misura o per la sua rinnovazione da parte del giudice competente.

Questi rilievi si completano con una riflessione tratta dal parallelo art. 291, comma secondo, cod. proc. pen.: *"la disposizione prevede che l'incompetenza del giudice adito non lo esime, se v'è urgenza, dall'emanare la misura cautelare richiesta, ma comporta che la dichiarazione di incompetenza sia contenuta nella stessa ordinanza che dispone la misura, applicandosi, quindi, l'art. 27 c.p.p. Ed anche nella formulazione di tale articolo è dunque la dichiarazione di incompetenza l'elemento che il legislatore ribadisce essere necessario perché si attivi il meccanismo dell'art. 27 c.p.p., in modo che l'ordinanza emessa abbia efficacia interinale. Ora, questa disciplina dell'art. 291 comma 2 (il quale, come si è visto, richiama il precedente art. 27) è, a sua volta, richiamata dall'art. 391 comma 5 c.p.p. Con la conclusione, quindi, che, anche nel caso di emanazione di misura cautelare a seguito di procedimento di convalida, non è l'incompetenza del giudice a determinare l'efficacia provvisoria della misura destinata a sfociare o nella rinnovazione o nella perdita di efficacia della misura stessa, ma lo è la dichiarazione di incompetenza con ordine di trasmissione degli atti al giudice competente".*

Questa conclusione trova, peraltro, un riscontro sistematico nella diversa formulazione dell'art. 307, comma quinto, cod. proc. pen. per il ripristino della misura della custodia adottato dal giudice del fermo, incompetente per il procedimento: *"in*

questo caso v'è già un giudice la cui competenza cautelare, esercitata e radicata, è predeterminata e pertanto l'incompetenza del giudice del fermo non va dichiarata e la perdita di efficacia si opera se entro venti giorni dall'ordinanza cautelare il giudice competente non provvede".

Quanto alla fungibilità del meccanismo di cui all'art. 27 cod. proc. pen., ed alla possibilità di ritenere che la dichiarazione di incompetenza prevista dalla norma possa aver luogo solo implicitamente, le Sezioni unite hanno aderito alla copiosa giurisprudenza che, in accordo con quanto ritenuto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 262 del 1991, nega ogni incidenza sull'efficacia delle misure cautelari in corso di applicazione alla trasmissione degli atti del procedimento da uno ad altro ufficio del P.M., poiché questo orientamento valorizza condivisibilmente il fatto che, *"sino a quando un altro organo di giurisdizione non venga formalmente investito del procedimento con ordinanza suscettibile di dar luogo ad un conflitto a norma dell'art. 28 c.p.p., i provvedimenti di natura organizzatoria (come la trasmissione di atti da un ufficio ad altro del P.M., o il decreto del Procuratore Generale che risolva contrasti di competenza tra uffici dell'accusa) emessi da una parte, sia pure pubblica, sono inidonei a influire su un atto giurisdizionale, a nulla rilevando che, per effetto del meccanismo di cui agli artt. 54 ss. c.p.p., altro giudice possa essere in seguito investito del procedimento".*

Invero, lo stesso sistema processuale traccia, in materia di competenza (generale e funzionale), un ambito normativo del tutto autonomo (Libro I, Titolo II), in relazione alla figura del P.M., rispetto a quella del giudice (Libro I, Titolo I), *"ed è dunque per una ragione non solo formale, ma soprattutto sostanziale, che l'art. 27 c.p.p. richiede una pronuncia giudiziale di incompetenza. Ne consegue che la possibilità di porre rimedio ad eventuali contrasti tra uffici del P.M. nella fase procedimentale delle indagini preliminari, attraverso il ricorso agli istituti disciplinati dagli artt. 54, 54-bis e 54-ter, c.p.p. (che, tuttavia, rimangono del tutto estranei alla procedura giurisdizionale dei conflitti), rappresenta una conferma dell'assoluta impossibilità di ravvisare pur suggestive identità di situazioni in tema di "spostamento" del procedimento ed in relazione alla sfera di applicabilità dell'art. 27 c.p.p.".*

Con specifico riferimento alla possibilità di una dichiarazione di incompetenza implicita, questa viene generalmente tratta non tanto da ricostruzioni della "volontà" del giudice incompetente, quanto da dati "esterni", come il fatto che il fermo sia stato disposto dal P.M. presso altro ufficio giudiziario, con successiva trasmissione al P.M. presso il giudice del fermo al solo scopo di attivare la procedura di convalida, ovvero il fatto che ciò non abbia dato luogo neppure ad un'apposita iscrizione nel registro indagati da parte del p.m. operante presso il giudice del fermo.

Peraltro, in tale ordine di idee, ai fini dell'implicita affermazione di incompetenza, non potrebbe non distinguersi tra le misure cautelari adottate dal giudice della

convalida, a seconda che tale convalida abbia riguardato l'arresto o il fermo: *"nel primo caso la dichiarazione di incompetenza non potrebbe mai essere ritenuta implicita, non foss'altro per la ragione statistica che l'arresto in flagranza avviene prevalentemente nel luogo in cui si radica la competenza territoriale anche per il merito. Ma anche nel caso di convalida del fermo, la dichiarazione implicita non sarebbe ravvisabile per ogni misura, potendo accadere che la convalida sia operata proprio dal giudice competente per il merito. Sarebbe però riscontrabile quando il P.M. che ha disposto il fermo è diverso per sede da quello che è presso il giudice della convalida"*.

In tal modo, la "dichiarazione implicita" consisterebbe in definitiva *"non in un atto del giudice, ma in un provvedimento del P.M. e pertanto sarebbe una determinazione di quest'ultimo ad incidere sull'efficacia della misura cautelare, tornando così a valere i motivi che hanno indotto a respingere l'idea della possibilità di un simile evento, in riferimento al preteso carattere fungibile della dichiarazione di incompetenza"*, laddove quel che conta è unicamente la determinazione del giudice.

Né può attribuirsi rilievo, in senso contrario, alla preoccupazione di evitare possibili elusioni del principio del giudice naturale: *"una simile preoccupazione non ha tuttavia ragion d'essere perché le Sezioni Unite hanno ricostruito l'ambito di operatività dell'art. 27 c.p.p. diversamente da quanto viene presupposto nelle osservazioni appena accennate. Hanno affermato infatti che la pronuncia di incompetenza in ordine a provvedimenti cautelari da parte del giudice dell'impugnazione determina, al pari della declaratoria di incompetenza del giudice che aveva disposto la misura cautelare, l'inefficacia differita ex art. 27 della misura cautelare stessa¹⁰⁷. La circostanza che la formulazione letterale dell'art. 27 c.p.p., in tema di misure cautelari disposte da un giudice incompetente, sembri postulare l'identità tra giudice che dispone la misura e giudice che dichiara, contestualmente o successivamente, l'incompetenza, non esclude infatti che la disciplina della caducazione automatica della misura cautelare contenuta in detto articolo non si estenda anche all'ipotesi in cui sia il giudice del riesame e, se del caso, la Cassazione, a dichiarare l'incompetenza. Ciò perché il giudice del riesame delle misure cautelari è munito di poteri sostitutivi, come si evince dal principio generale desumibile dall'art. 309 comma 9 c.p.p."*.

Del resto, la stessa Relazione Ministeriale al progetto preliminare del c.p.p., nel prevedere esplicitamente che "la verifica esterna della competenza" è consentita attraverso il riesame del provvedimento cautelare, e, quindi, a prescindere dal mancato riconoscimento dell'incompetenza da parte dello stesso giudice che ha disposto la misura cautelare, conferma che la disciplina prevista dall'art. 27 c.p.p. è estensibile, quanto agli effetti del provvedimento cautelare emesso dal giudice incompetente, alla fase di impugnazione.

¹⁰⁷ Sez. Un., n. 1 del 24/01/96, dep. 12/04/96, Fazio, rv. 204165.

In tal modo, sebbene l'incompetenza del giudice che abbia disposto una misura cautelare non sia prevista quale causa di nullità dell'ordinanza, non risulta trascurato l'interesse dell'indagato al riconoscimento di tale incompetenza: *"sussistendo una sanzione processuale per l'ipotesi de qua, ossia l'inefficacia differita del provvedimento ex art. 27, tale interesse può essere apprezzato in sede di impugnazione, con l'effetto, da un lato, della rimozione dell'efficacia della misura dopo averla resa precaria (l'efficacia del provvedimento cautelare, infatti, una volta accertata l'incompetenza del giudice che lo ha emesso, subisce il consistente ridimensionamento di una precaria provvisorietà, per poi estinguersi), o, dall'altro, dell'ottenimento dal giudice competente di una rinnovata ed autonoma valutazione in ordine ai presupposti della misura stessa"*.

Ciò premesso, si è conclusivamente osservato che *"il mancato esperimento del riesame, ferma restando la facoltà del giudice della convalida di dichiararsi incompetente in ogni tempo, preclude tuttavia che la questione della competenza del giudice che ha emanato la misura possa essere proposta in altro modo e specie attraverso una richiesta di revoca al giudice che procede. Non sotto il profilo di una nullità, dato che come si è visto l'incompetenza non configura un tale vizio della misura cautelare, non sotto il profilo di una inefficacia verificatasi ope legis, in quanto, come oramai è stato più volte ripetuto, l'inefficacia della misura non dipende dall'incompetenza ma dalla dichiarazione della stessa ad opera del giudice che la ha emanata, del Tribunale del riesame o della Cassazione. Sicché, contrariamente a quanto ritenuto da Sez. I, n. 37552, 7 luglio 2004 – 23 settembre 2004, Agyeipah, Rv. 229802, deve imputarsi all'indagato di non avere, con richiesta di riesame, confutato la competenza del G.i.p. che aveva adottato la misura e coltivato se del caso tale doglianza con il ricorso in Cassazione"*.

Né simile regime di preclusione appare in contrasto con principi costituzionali, atteso che il legislatore, attraverso il sistema fin qui delineato, ha ragionevolmente esercitato la sua ampia discrezionalità nel configurare i possibili effetti derivanti dall'incompetenza del giudice: *"discrezionalità d'altronde già riconosciutagli dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 77 del 1977 e 251 del 1986, entrambe relative ai limiti di opponibilità nel giudizio dell'eccezione di incompetenza territoriale"*.

2. Riesame ed appello *de libertate*: gli effetti del diniego o mancato esame della richiesta di copia delle registrazioni delle intercettazioni.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< quali effetti abbiano il diniego o il mancato esame della richiesta difensiva di

ottenere le registrazioni delle conversazioni o delle comunicazioni intercettate - i cui risultati siano stati posti a fondamento dell'ordinanza cautelare personale - sulla procedura di riesame, sulla validità e/o efficacia del provvedimento applicativo della misura cautelare, e della stessa ordinanza di riesame, e sul regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni >>.

La giurisprudenza costituzionale¹⁰⁸, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 293, comma terzo, cod. proc. pen., così come novellato dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del P.M. e degli atti presentati con la stessa, aveva rilevato che la *ratio* della modifica introdotta dalla legge n. 332 del 1995 era quella di consentire al difensore il pieno accesso agli atti depositati dal P.M., ed attraverso esso il pieno esercizio del diritto di difesa, attraverso la più ampia ed agevole conoscenza degli elementi su cui fondava la richiesta del P.M., così da rendere attuabile una adeguata ed informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta alla misura cautelare ex art. 294 cod. proc. pen., nonché di valutare con piena cognizione di causa quali fossero gli strumenti più idonei per tutelare la libertà personale del proprio assistito. Si era, peraltro, precisato che le operazioni di rilascio delle copie non potevano interferire con i termini brevi e vincolanti previsti per l'interrogatorio e, poi, per la presentazione dell'istanza di riesame e la relativa decisione, *"essendo evidente che né il difensore potrà pretendere, né l'autorità giudiziaria potrà concedere dilazioni di tali termini ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio e per l'udienza di riesame"*.

Successivamente¹⁰⁹, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate; in particolare, veniva in considerazione la peculiarità di taluni atti di indagine allegati alla richiesta cautelare, i c.d. "brogliacci di ascolto", ovvero i verbali nei quali è sommariamente trascritto, a cura della polizia giudiziaria, il contenuto delle comunicazioni intercettate (art. 268, comma secondo, cod. proc. pen.). La costante ed uniforme giurisprudenza di legittimità era orientata nel senso di ammettere che il P.M. presentasse al G.i.p., a supporto di una richiesta di emissione di misure coercitive, i soli "brogliacci", e non anche le trascrizioni o le stesse registrazioni delle comunicazioni intercettate, in ragione dell'urgenza del provvedere (potendo

¹⁰⁸ Corte cost., sentenza n. 192 del 1997.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenza n. 336 del 2008.

addirittura non essere possibile il loro deposito per la persistenza dell'attività di intercettazione al momento in cui quelle esigenze insorgono), e, conseguentemente, che il G.i.p. ponesse a base dell'ordinanza cautelare le intercettazioni telefoniche, anche se contenute unicamente nei "brogliacci". Il giudice *a quo* - chiamato a valutare una istanza di revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere, fondata su elementi desunti da intercettazioni telefoniche ed ambientali, che il P.M. richiedente aveva sottoposto al G.i.p. solo per il mezzo di trascrizioni riassuntive operate dalla polizia giudiziaria, ed ai quali la difesa dell'indagato non aveva avuto accesso per il diniego opposto dal P.M. alla richiesta di accesso - aveva dubitato della legittimità costituzionale del citato art. 268 cod. proc. pen., perché lo stesso, non prevedendo il diritto della difesa ad avere diretta cognizione di registrazioni di comunicazioni poste a base della richiesta e del successivo provvedimento restrittivo della libertà personale dell'indagato, menomava il diritto di difesa (art. 24, comma secondo, Cost.), alterava a sfavore dell'indagato, la parità delle parti nel processo (art. 111, comma secondo, Cost.), e non consentiva alla persona accusata di disporre delle condizioni necessarie a preparare la sua difesa (art. 111, comma terzo, Cost.)

La Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione, affermando che l'effettività del diritto di difesa, in sede di procedimento cautelare, dovesse essere garantita efficacemente, in vista dell'esperimento di tutti i rimedi previsti dalle norme processuali, attraverso la messa a disposizione, in favore del difensore, del supporto magnetico delle conversazioni oggetto di captazione, non potendo l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate essere surrogato dalle trascrizioni - che per legge possono essere anche sommarie - effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria. Non poteva essere limitato il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che avevano indotto il P.M. a richiedere, ed il G.i.p. ad emanare, un provvedimento restrittivo della libertà personale, trattandosi in ogni caso di atti non più coperti da segreto, per essere il loro contenuto rivelato a seguito della presentazione da parte del P.M., a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria. Secondo la Corte, non appariva, al contrario, necessario l'accoglimento della soluzione più ampia prospettata dal rimettente, che ipotizzava la previsione di una procedura di deposito successiva all'esecuzione del provvedimento coercitivo, poiché essa, non imprescindibile per la garanzia dell'interesse difensivo tutelato dall'art. 24 Cost., *"si risolverebbe in una regola processuale nuova e per molti versi anomala, a cominciare dal fatto che l'adempimento riguarderebbe atti non presentati al giudice, e sarebbe curato da un soggetto diverso dal giudice medesimo, il quale provvede direttamente, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 293 cod. proc. pen., al deposito degli atti sui quali ha fondato la propria decisione"*.

La giurisprudenza di legittimità, nell'applicare il *dictum* della Corte costituzionale, ha concordemente ritenuto che la violazione del diritto riconosciuta dalla Consulta non determinasse l'invalidità della misura cautelare, trattandosi atto sopravvenuto all'emissione del provvedimento cautelare, né l'inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto non prevista dalla legge.

Ciò premesso, la questione effettivamente controversa rimessa alle Sezioni Unite riguardava la deducibilità della violazione del diritto di accesso nella procedura del riesame; al riguardo, si contrapponevano due orientamenti:

(a) ineducibilità della violazione del diritto di accesso in sede di riesame. Secondo questo orientamento¹¹⁰, l'inadempimento da parte del P.M. della richiesta di accesso, in quanto atto sopravvenuto, avrebbe potuto essere fatto valere solo innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento, mentre il controllo effettuato dal riesame attiene al provvedimento impositivo <<di base>> al momento del deposito degli atti ex art. 293 cod. proc. pen.; la violazione del diritto di accesso non inciderebbe sulla procedura di riesame e sui tempi in cui questa deve essere conclusa, in quanto la decisione della Consulta non è intervenuta sulla disciplina della procedura incidentale del riesame, ovvero non ha indicato una regola suscettibile di invalidare l'epilogo della richiesta cautelare e ritardare i tempi di definizione della procedura stessa, essendo comunque la difesa, una volta ottenuta la copia del supporto magnetico, abilitata, in relazione al *novum*, a proporre ogni ulteriore rimedio incidentale previsti dal codice di rito. Si escludeva, pertanto, che il Tribunale del riesame fosse tenuto, in pendenza della richiesta di accesso, a ritardare la celebrazione dell'incidente, stante la regola dettata dall'art. 309, comma decimo, cod. proc. pen. che fa discendere la perdita di efficacia della misura dal mancato rispetto del termine di 10 giorni ivi previsto. Né sarebbe stato possibile prospettare la perdita di efficacia della misura cautelare per violazione dell'art. 309, comma quinto, cod. proc. pen., posto che tale norma si riferisce soltanto alla mancata trasmissione al Tribunale del riesame non oltre il quinto giorno dall'avviso degli <<atti presentati a norma dell'articolo 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini>>, mentre i nastri magnetici non rientrano in tali categorie. L'inadempimento del P.M. avrebbe soltanto potuto far attivare, da parte della difesa, i rimedi consentiti per ottenere copia dei nastri e su di essi presentare domanda di revoca del provvedimento cautelare;

(b) deducibilità in sede di riesame. Altro orientamento¹¹¹ riteneva che la richiesta di accesso dovesse essere presentata al P.M. in tempo utile rispetto alla procedura del riesame, stante le rigide scadenze per essa previste, così da consentire che il P.M. fosse

¹¹⁰ Sez. VI, n. 44127 del 6/11/08, dep. 26/11/08, Mamone, rv. 241608; Sez. VI, n. 29386 del 7/05/09, 16/07/09, Gullo, rv. 244392; Sez. III, n. 41256 del 30/09/09, dep. 27/10/09, Kasa, rv. 244938.

¹¹¹ Sez. VI, n. 19150 del 26/03/09, dep. 07/05/09, Ben El Kodia, rv. 243320; Sez. V, n. 39930 del 24/06/09, dep. 13/10/09, Richiamo ed altri, rv. 245379; Sez. III, n. 46704 del 9/11/09, dep. 03/12/09, Kasa D., rv. 245407; Sez. I, n. 44226 del 10/11/09, dep. 18/11/09, Campolo ed altri, rv. 245688; Sez. II, n. 4021 del 18/12/09, dep. 29/01/10, Fantini; Sez. I, n. 4614 del 14/01/10, dep. 3/2/10 Cavaleri, non massimata.

in grado di soddisfare la richiesta del difensore, e ove necessario porre tempestivamente a disposizione del Tribunale del riesame le registrazioni stesse (che non era obbligato a trasmettere al G.i.p.). Qualora il diritto fosse esercitato dalla difesa con congruo anticipo rispetto alla procedura di riesame, la violazione del diritto di ottenere le copie della traccia fonica, traducendosi in una violazione del diritto di difesa, avrebbe originato una nullità, non assoluta, in quanto non riconducibile all'art. 179 cod. proc. pen., e quindi suscettibile di sanatoria ex art. 183 cod. proc. pen..

La **dottrina** era tendenzialmente orientata nel senso che, in caso di mancato o ritardato accesso (se pregiudizievole) dovesse ravvisarsi una nullità (stante la funzionalità dell'accesso al concreto esercizio del diritto di difesa, alla stregua di quanto ritenuto in giurisprudenza con riferimento alla violazione dell'art. 293, comma terzo, cod. proc. pen.); in particolare, si sarebbe trattato di una nullità a regime intermedio, riguardante gli atti compiuti decorsi cinque giorni (termine desunto dall'art. 268 cod. proc. pen.) dalla presentazione della richiesta di accesso, ove quest'ultima fosse preordinata all'esercizio del diritto di difesa nell'ambito delle attività propedeutiche alla formazione degli stessi. Si era anche sostenuto che, dopo la riforma del sistema probatorio operata dalla legge n. 63 del 2003, in virtù del «nuovo» art. 273, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. (che impone al giudice di controllare la validità del «risultato» probatorio, ovvero se sia stata rispettata la disposizione di cui all'art. 268, comma primo, cod. proc. pen.), il P.M. avrebbe dovuto allegare alla domanda cautelare la registrazione relativa alle operazioni d'intercettazione.

Con la sentenza del **22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi di diritto così massimati:

Massime nn. 246906 – 8

In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al pubblico ministero, e non al giudice per le indagini preliminari che ha emesso il provvedimento cautelare.

In tema di riesame, l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire al difensore, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma

dell'art. 268 cod. proc. pen., l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Ne consegue che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, nono comma, cod. proc. pen., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio "de libertate". (In motivazione, la Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni testé indicate, non preclude al G.I.P. di accogliere una nuova richiesta cautelare, se corredata dal relativo supporto fonico)

In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale "de libertate", obbligo il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M. (In motivazione, la Corte ha precisato che, al fine di porre il pubblico ministero in grado di adempiere tale obbligo, è del pari necessario che la richiesta del difensore venga tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente ricordato che la Corte Costituzionale¹¹², nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, aveva osservato che, alla stregua del diritto vivente, *"in caso di incidente cautelare, se il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta di misura restrittiva della libertà personale, può depositare, a supporto della richiesta stessa, solo*

¹¹² Sentenza n. 336 del 2008.

i <<brogliacci>> e non le registrazioni delle comunicazioni intercettate", e che "la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica". Aveva, quindi, ritenuto che "l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, c.p.p.), anche sommarie", e che "la possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i <<brogliacci>> a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell'indagato, se giustificata dall'esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa di accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale". Aveva, poi, considerato che, "in caso di richiesta ed applicazione di misura cautelare personale..., le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria", con la conseguenza che "la lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost., si presenta quindi nella sua interezza, giacché la limitazione all'accesso alle registrazioni non è bilanciata da alcun altro interesse processuale riconosciuto dalla legge". Aveva, ancora, sottolineato che "l'interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali", e che, pertanto, "i difensori devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria", ed "il diritto all'accesso implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime". Aveva, infine, osservato che il conseguimento di tale diritto non può essere assicurato dalla disciplina di cui all'art. 116 c.p.p., giacché "la suddetta norma (...), vista congiuntamente all'art. 43 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, non attribuisce – secondo la giurisprudenza di legittimità – un diritto incondizionato alla parte interessata ad ottenere copia degli atti, ma solo una mera possibilità".

Il ricordato intervento della Corte costituzionale non aveva riguardato l'assetto normativo delineato dall'art. 309 cod. proc. pen., "ma è di tutta evidenza come quella

regola affermata dal Giudice delle leggi incida, poi, (anche) sulla procedura di riesame, segnatamente sotto il versante dell'esercizio del diritto di difesa, delle prospettazioni di merito in quella sede proponibili, del controllo attuale del giudice sulla sussistenza degli elementi giustificativi della imposta misura cautelare, alla stregua della evidenza procedimentale delineata e concretizzata dagli atti tutti al riguardo presentati dal pubblico ministero a supporto della richiesta di emissione del provvedimento coercitivo: inequivoco, d'altronde, è il riferimento della Corte Costituzionale a <<tutti i rimedi previsti dalle norme processuali>>".

Dopo aver ricostruito i contrapposti orientamenti, le Sezioni Unite hanno rilevato che *"il diritto di accesso, così come configurato dalla Corte Costituzionale, è riconosciuto solo al difensore: soltanto a questo, difatti, l'art. 268, sesto comma, cod. proc. pen., riconosce <<la facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche>>; e, quanto al procedimento di riesame, l'art. 309, ottavo comma, cod. proc. pen., ancora una volta riconosce solo al difensore la facoltà di esaminare gli atti e di estrarne copia; solo al diritto di accesso del difensore ha fatto riferimento la sentenza della Corte Costituzionale".*

Senza alcun dubbio, il rilascio della copia spetta al P.M., poiché i documenti in questione si trovano, nel corso delle indagini preliminari, nella sua disponibilità materiale e giuridica; e, d'altro canto, *"solo il pubblico ministero è in grado di procedere alla selezione delle registrazioni all'uopo rilevanti, nell'intero contesto di tutte quelle effettuate, ad individuare solo quelle poste a fondamento della richiesta della misura cautelare ed a verificare, quindi, gli eventuali limiti al rilascio delle copie richieste, in relazione alla tutela della riservatezza di altri soggetti estranei ai fatti, le cui conversazioni siano state captate, o a contenuti delle registrazioni che non siano rilevanti ai fini che occupano".*

Il diritto all'acquisizione della copia può concernere solo le intercettazioni i cui esiti captativi siano stati posti a fondamento della richiesta della emissione del provvedimento cautelare, non altri, diversi esiti captativi concernenti persone diverse dall'indagato e non rilevanti al fine di valutare la posizione indiziaria di quest'ultimo, ed è esercitabile dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, come espressamente specificato dalla Corte Costituzionale; *"essendo esso finalizzato ad <<esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali>>, non è dato individuare un termine ad quem nella proposizione dell'atto che quel rimedio sollecita, in particolare nella proposizione della richiesta di riesame, nel senso, cioè, che quella istanza debba necessariamente intervenire prima della richiesta di riesame: nessun termine perentorio al riguardo è ravvisabile ai sensi dell'art. 173 c.p.p.; la richiesta di riesame può non enunciare i*

motivi della sua proposizione (art. 309, comma 6, c.p.p.) e può riguardare anche profili ulteriori e diversi da quello in questione".

Al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo a carico del P.M. di assicurarlo, la cui violazione è sanzionabile disciplinarmente ex art. 124 c.p.p., nonché persino in sede penale.

Si è poi osservato che, pur mancando l'espressa indicazione di un termine entro il quale quella richiesta debba essere esaudita, nondimeno, essendo *"la richiesta della copia finalizzata ad esperire il diritto di difesa nel procedimento incidentale de libertate, ne consegue che essa deve essere rilasciata, comunque, in tempo utile perché quel diritto di difesa possa essere in quella sede esercitato"*. Il relativo termine scaturisce, pertanto, dalla disciplina di cui all'art. 309 cod. proc. pen., il cui primo comma indica in dieci giorni il termine per proporre la richiesta di riesame, ed i cui commi quinto e nono scandiscono le susseguenti scadenze temporali: *"ed altrettanto noti, perché pur essi normativamente prefigurati, sono gli ancor più ristretti termini per l'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.). Tanto appare comportare, sotto il profilo organizzativo, la opportunità che il pubblico ministero, al momento di formulare la richiesta del provvedimento cautelare, si attrezzi anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla sentenza della Corte Costituzionale"*.

Naturalmente, al fine di consentire al P.M. la possibilità di adempiere il proprio obbligo, è del pari necessario che la richiesta venga proposta in tempo utile rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali, e segnatamente, per quanto nella specie rileva, dall'art. 309, comma 9, cod. proc. pen.: *"tanto va considerato tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni (poche o moltissime; facilmente estrapolabili o meno; ecc.). Ove il pubblico ministero ritenga che le copie richieste non possano, per tali o altri simili motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest'ultimo la disponibilità dell'intero compendio delle attività captative. Se quella scadenza temporale non è possibile ragionevolmente osservare, per essere stata la richiesta proposta in tempo non utile ad essere assolta, o a motivatamente giustificare la impossibilità di adempiere alla stessa, prima della relativa udienza camerale, anche alla stregua delle ragioni prospettate dal pubblico ministero, il tribunale del riesame deve comunque decidere alla stregua degli atti trasmessigli nel termine impostogli dalla legge"*.

Il mancato rilascio della copia degli atti richiesti in tempo utile potrà essere fatto valere dinanzi al Tribunale del riesame ed appello *de libertate*, chiamato a verificare, alla stregua degli artt. 273, 274, 275 e 280 cod. proc. pen., la legittimità della

adozione della misura cautelare, avendo anzitutto riguardo alla situazione processuale coeva al provvedimento impugnato, senza, tuttavia, omettere di valutare anche gli elementi sopravvenuti purché adottati nell'udienza camerale: *"l'eventuale accertamento della difformità tra le indicazioni contenutistiche indicate nei <<brogliacci>> e l'effettivo tenore delle conversazioni captate è elemento di valutazione sopravvenuto alla situazione rappresentata e, in quanto tale, esaminata dal giudice che impone la misura, deducibile davanti al giudice del riesame che deve, a quel momento, deliberare la sussistenza, tra l'altro, delle condizioni di cui al precitato art. 273 c.p.p. Può soggiungersi che la regola della deducibilità del novum nel procedimento incidentale de libertate trova applicazione anche nel procedimento di appello, ex art. 310 c.p.p., improntato al principio devolutivo, in relazione ad elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti, pur sempre nell'ambito dei confini segnati dal devolutum; in particolare, non si è revocata in dubbio alcuno la possibilità che al difensore, nel giudizio di appello de libertate, sia consentito, dopo aver esaminato gli atti su cui si fonda l'ordinanza appellata e nel contraddittorio camerale, produrre a favore del proprio assistito la documentazione relativa a materiale informativo, sia preesistente che sopravvenuto, acquisito anche all'esito di investigazioni difensive"*.

In definitiva, l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate *"è finalizzato proprio al controllo della legittimità della misura genetica emessa nei confronti dell'indagato: e proprio tale scrutinio è demandato al giudice del riesame"*. Naturalmente, la circostanza che il P.M. non abbia ottemperato tempestivamente alla richiesta di accesso alle registrazioni e di trasposizione su nastro magnetico delle conversazioni o comunicazioni captate dovrà essere portata a conoscenza del giudice del riesame su impulso della parte interessata, sulla quale grava, pertanto, uno specifico onere di allegazione e probatorio, laddove, in caso contrario, si avrebbe rinuncia implicita alla possibilità di contestare la <<presunzione d'esistenza e di conformità>> del contenuto dei <<brogliacci>> a quello delle conversazioni o comunicazioni captate, ed il Tribunale del riesame non sarebbe tenuto, *ex officio*, a disporre nessun accertamento al riguardo: *"ne consegue che il rilievo non può essere formulato per la prima volta in Cassazione"*.

Al contrario, se l'omissione abbia costituito oggetto di specifica e documentata doglianza, il giudice del riesame è attributario, in relazione ai successivi accertamenti dei quali dovesse ravvisarsi la necessità, di poteri officiosi: *"tale attività officiosa può, peraltro, essere compiuta solo in tempi utili per l'espletamento delle conseguenti incombenze e la valutazione dei relativi esiti entro l'improcrastinabile termine nel quale il tribunale deve rendere la sua decisione, ai sensi dell'art. 309, comma 9, c.p.p. "*.

Quanto alle conseguenze dell'ingiustificato diniego di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta cautelare del P.M., le Sezioni Unite hanno ritenuto che: **(a)** non si determina la nullità del provvedimento impositivo genetico, legittimamente

fondato sugli atti a suo tempo prodotti dal P.M. a sostegno della sua richiesta; **(b)** non risultano inutilizzabili gli esiti delle captazioni effettuate, perché l'inutilizzabilità scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, comma 1, c.p.p.; **(c)** non si verifica la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302, 303, 309, comma decimo, cod. proc. pen.).

Si determina, al contrario, *"un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per l'illegittima compressione del diritto di difesa che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p."*, che, se tempestivamente e ritualmente dedotto in sede di riesame, e se riconosciuto sussistente dal giudice, comporta che *"egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica. Esso, difatti, è stato, bensì, legittimamente considerato, nella sua forma cartacea, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale distrettuale (ri)esaminare la sussistenza delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata. In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso"*.

Il giudice del riesame *"dovrà, semmai, procedere alla c.d. prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario. Se, invece, il provvedimento cautelare si fondi decisamente su quel dato, quella nullità tempestivamente e ritualmente dedotta comporta l'annullamento della ordinanza cautelare, proprio perché la verifica effettuata nel giudizio di riesame induce ad una valutazione di insussistenza del richiesto grave quadro indiziario. E lo stesso è da dirsi, mutatis mutandis, nel caso di appello cautelare, ex art. 310 c.p.p."*.

L'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni innanzi indicate, non precluderebbe, peraltro, al P.M. la possibilità di reiterare la richiesta, ed al G.i.p. di accoglierla, se la nuova richiesta sia, questa volta, corredata dal relativo supporto fonico, e non più solo cartaceo, e ciò perché *"l'effetto preclusivo endoprocedimentale dispiega i suoi effetti quando la nuova misura cautelare venga richiesta sugli stessi presupposti ed elementi già esaminati e decisi, quando il quadro*

processuale e probatorio rimanga integro ed immutato ed immutata rimanga, perciò, la già esaminata situazione processuale e probatoria di riferimento. Tale effetto, invece, non si verifica ove, a seguito di nuovi e diversi elementi, venga a mutare il quadro probatorio di riferimento in relazione al quale è stata esaminata la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la imposta misura cautelare, perché in tal caso, la nuova richiesta si fonda su dati probatori che non hanno costituito oggetto di valutazione da parte del precedente giudice della cautela ed alla stregua di questi la richiesta e la misura possono essere rispettivamente nuovamente formulata e disposta. Se, quindi, il tribunale del riesame non abbia valutato la situazione probatoria in riferimento agli esiti delle intercettazioni, a causa della suindicata nullità, ove questi vengano, poi, legittimamente acquisiti con la produzione della traccia fonica, muta il quadro di riferimento probatorio, ed alla stregua di quello così diversamente delineatosi il giudice della cautela è pienamente integrato nel suo potere-dovere di valutare, a quel momento, la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la nuova richiesta di misura cautelare".

Nel caso in cui la predetta nullità venga riscontrata e dichiarata solo in sede di legittimità, il provvedimento impugnato, affetto da tale vizio, andrebbe annullato con rinvio, comportando la dichiarazione di nullità la regressione del procedimento allo stato in cui è stato compiuto l'atto nullo e la necessità della rinnovazione di quest'ultimo, con emenda dei vizi riscontrati (art. 185 cod. proc. pen.); in sede di rinvio, non più soggetto ai termini perentori indicati dall'art. 309, comma decimo, cod. proc. pen., il Tribunale del riesame sarebbe reintegrato *in toto* nei suoi poteri-doveri.

3. Riparazione per l'ingiusta detenzione: la rilevanza ostativa del dolo o colpa grave dell'istante nei casi di cui all'art. 314, comma 2, c.p.p.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, consistente nell'aver dato o concorso a dare causa alla misura cautelare per dolo o colpa grave, operi anche nel caso di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 cod. proc. pen.>>.

Un orientamento, sostenuto da una sola decisione¹¹³, riteneva che *"in tema di equa riparazione, ostacolo alla concessione del beneficio e' l'efficienza causale della condotta del richiedente nella determinazione dello stato di detenzione anche nell'ipotesi di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle*

¹¹³ Sez. IV, n. 6628 del 23/01/09, dep. 16/02/09, Totaro, rv. 242727.

condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., accertata ex post all'esito del dibattimento".

La natura solidaristica dell'istituto avrebbe giustificato la scelta del Legislatore, compatibile con i parametri costituzionali, di escludere il diritto alla riparazione in tutti i casi in cui l'interessato, per dolo o colpa grave, abbia dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare sofferta: *"proprio in ragione della natura e del fondamento dell'istituto in parola, deve ritenersi che la previsione dei limiti al riconoscimento del diritto all'equa riparazione, lungi dal configurare una condizione negativa limitata soltanto all'ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., comma 1, costituisce un limite interno allo "stesso diritto" che opera, sempre ed in ogni caso, nei confronti dei richiedenti che hanno colposamente o dolosamente dato causa o concorso a dare causa alla detenzione ingiusta".*

Ne deriverebbe l'impossibilità di operare una distinzione tra il diritto alla riparazione nei casi di cui al comma 1 ed in quelli di cui al comma 2 dell'art. 314 cod. proc. pen., sì da giungere ad affermare che solo nel primo caso si impone la verifica dell'efficacia causale della condotta, in ipotesi dolosa o gravemente colposa, tenuta dall'imputato: *"tale distinzione, infatti, finisce per rendere disomogenee, rispetto al fondamento e alla ratio legis, le due ipotesi di riparazione, con evidenti problemi di compatibilità costituzionale, quanto meno sotto il profilo della ragionevolezza. Alla luce anche di una lettura costituzionalmente orientata della norma in contestazione, si deve, allora, ritenere che la condotta ex ante tenuta dalla persona sottoposta a misura custodiale debba essere necessariamente valutata anche nell'ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., comma 2".* Tale conclusione non risultava decisamente contrastata dall'interpretazione meramente letterale della norma (l'art. 314, comma secondo, cod. proc. pen. non richiama pedissequamente l'ultimo inciso del comma 1); le ipotesi di cui al comma 1 e quelle di cui al comma 2 dell'art. 314 si distinguerebbero, infatti, soltanto in riferimento alle ragioni dell'obiettivo ingiustizia della privazione della libertà personale.

Questo orientamento era sostenuto dalla **dottrina dominante**, a parere della quale il principio generale di autoresponsabilità della condotta individuale consentiva – superando il dato letterale - di affermare l'efficacia della predetta condizione ostativa anche con riguardo ai casi di c.d. ingiustizia formale della detenzione.

Altro orientamento riteneva che *"la condizione ostativa contenuta nel 1° comma dell'art. 314 (non avere dato o concorso a dare causa alla misura cautelare per dolo o colpa grave) non [fosse] applicabile all'ipotesi di ingiustizia formale in cui l'illegittimità della custodia sia stata accertata con giudicato cautelare, con la conseguenza che il*

*titolo legittimante il riconoscimento del diritto ex art. 314, 2° comma, c.p.p. si concretizza unicamente nel provvedimento irrevocabile anzidetto*¹¹⁴.

Questo orientamento era sostenuto dalla **dottrina minoritaria**, che valorizzava la collocazione della causa ostativa *de qua* (non aver dato causa alla detenzione ingiusta con dolo o colpa grave) all'interno del primo comma dell'art. 314 cod. proc. pen., quale indice della precisa volontà del Legislatore di limitarne l'efficacia con riguardo alle sole ipotesi di c.d. ingiustizia sostanziale della detenzione.

La **Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale** (p. 171, all. 5), nell'evidenziare che erano stati previsti due grandi gruppi di ipotesi di custodia cautelare, nelle quali si profilavano i presupposti di una situazione di <<ingiustizia>> rilevante ai fini di una <<equa riparazione>>, sembrava ricollegare la possibile valenza ostativa (alla riparazione per l'ingiusta detenzione) del dolo o colpa grave dell'istante, ai soli casi di cui all'art. 314, comma primo, cod. proc. pen. (c.d. ingiustizia sostanziale).

La *ratio* solidaristica dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione (valorizzata dalla dottrina certamente dominante) sembrava indurre a ritenere che il dolo e/o la colpa grave dell'istante avessero sempre valenza ostativa, sia nei casi di cui all'art. 314, comma primo (in presenza di espressa previsione di legge), che in quelli di cui al comma secondo della norma (pur in difetto di analoga previsione di legge). Tuttavia, il dato letterale (cui i Lavori preparatori mostrano di attribuire il significato di consapevole contraria opzione del Legislatore) sembrava indurre a conclusioni opposte: in tal senso, l'opzione poteva sembrare inevitabile, da un punto di vista logico, considerata l'impossibilità di ricollegare causalmente al dolo o colpa grave dell'istante l'emissione di una misura cautelare detentiva che si affermi *ex post*, con decisione irrevocabile, essere stata comunque (e, quindi, nonostante il comportamento in ipotesi incauto del soggetto che ne sia risultato destinatario) indebitamente disposta.

Con la sentenza del **27 maggio – 30 agosto 2010, n. 32383, D'Ambrosio**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247663

La circostanza di avere dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare per dolo o colpa grave opera, quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, anche

¹¹⁴ Sez. IV, n. 28599 del 16/04/09, dep. 13/07/09, Fortunato, rv. 244686; nel medesimo senso, Sez. IV, n. 10985 del 14/02/07, dep. 15/03/07, Aligi ed altro, rv. 236201, e Sez. IV, n. 38192 del 4/06/09, dep. 29/09/09, Catacchio, rv. 245310, non massimata sul punto.

in relazione alle misure disposte in difetto delle condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen. (La Corte ha, peraltro, precisato che tale operatività non può concretamente esplicitarsi, in forza del meccanismo causale che governa l'indicata condizione ostativa, nei casi in cui l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura in oggetto avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha reso il provvedimento cautelare, in ragione unicamente di una loro diversa valutazione).

Premesso che l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione è stato introdotto nel nostro sistema solo con il nuovo codice di procedura penale del 1989, in adeguamento (art. 2, comma 1, l. delega n. 81 del 1987) alle Convenzioni internazionali ratificate dal nostro Paese e relative ai diritti della persona ed al processo penale¹¹⁵, e che la disciplina dell'istituto introdotta dal Legislatore è, per certi aspetti, più ampia e, per altri, più ristretta dell'ambito ad esso riconosciuto dalle citate fonti internazionali, e riepilogati i plurimi interventi della giurisprudenza costituzionale in argomento, oltre che i contrapposti orientamenti giurisprudenziali, le Sezioni Unite hanno aderito al primo degli indirizzi innanzi riportati, osservando, innanzi tutto, che il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione è definito, in via diretta ed espressa, solo nel primo comma dell'art. 314 cod. proc. pen. (che parla di *<<diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora [il soggetto] non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave>>*), laddove il secondo comma dice che *<<lo stesso diritto spetta>>*: *"se, dunque, il diritto in questione è definito, nelle sue componenti positiva (riparazione per la custodia cautelare subita) e negativa (non aver dato o concorso a dare causa alla custodia per dolo o colpa grave), nel primo comma dell'articolo, è interpretazione del tutto fedele alla lettera della legge quella secondo cui il diritto oggetto del richiamo operato dal secondo comma sia inclusivo di entrambe le dette componenti"*.

La tesi sostenuta dalle Sezioni Unite trova conferma nella *ratio* dell'istituto della riparazione, il cui fondamento giuridico è ravvisato dalla giurisprudenza (sia costituzionale, che di legittimità) *"nel rischio funzionale inerente intrinsecamente all'esercizio della giurisdizione penale cautelare, comportante di per sé l'accollo per lo Stato di un onere riparatorio nei confronti di chi, per effetto di quell'esercizio, abbia subito una lesione nel bene fondamentale della libertà personale, che lo stesso Stato abbia poi comunque giudicato oggettivamente (a prescindere cioè da qualsiasi profilo di illiceità nella condotta dell'organo che l'abbia causata) ingiusta"*.

¹¹⁵ Tali fonti si identificano in particolare nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge n. 848 del 4 agosto 1955, e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1977.

Le Sezioni Unite hanno anche osservato *"da un lato, che è riduttivo parlare di <<ingiustizia formale>> per la ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. e, dall'altro, che, all'interno di questa, l'accertamento, con valutazione ex ante, della insussistenza originaria delle condizioni ex artt. 273 e 280 c.p.p. per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale è solo una species del genus accertamento, comunque avvenuto, della ingiustizia obiettiva costituita da tale insussistenza. L'elemento della accertata 'ingiustizia' della custodia patita, che caratterizza entrambe le ipotesi del diritto alla equa riparazione (diverse solo per le ragioni che integrano l'ingiustizia stessa) ne disvela il comune fondamento e ne impone una comune disciplina quanto alle condizioni che ne legittimano il riconoscimento. Tale ricostruzione, conforme alla logica del principio solidaristico, implica in definitiva l'oggettiva 'inerenza' al diritto in questione, in ogni sua estrinsecazione, del limite della non interferenza causale della condotta del soggetto passivo della custodia"*.

Le fonti sovranazionali che riconoscono il diritto all'indennizzo in favore di chi sia stato <<vittima>> di una detenzione illegale, *"legittimano comunque una disciplina interna che preveda l'esclusione dal beneficio di chi, avendo contribuito con la sua condotta a causare la restrizione, non possa esserne considerato propriamente <<vittima>>". Una simile interpretazione concilia pienamente, fra l'altro, le dette fonti con il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione (e il principio, che ne è alla base, di cui all'art. 2 Cost., seconda parte), alla cui stregua è ragionevole che il ristoro assicurato dall'ordinamento sia riconosciuto a chi abbia <<patito>>, e non concorso a determinare, l'applicazione del provvedimento restrittivo".* Peraltro, l'insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura custodiale può emergere non soltanto da elementi cognitivi acquisiti successivamente al procedimento cautelare, ma anche all'interno di tale procedimento, nel quale, com'è noto, è ammessa la produzione, in sede impugnatoria, di nuovi elementi istruttori¹¹⁶, con la conseguente possibilità di una decisione basata su un materiale diverso e arricchito rispetto a quello conosciuto dal GIP; in proposito, si è precisato che il giudice della riparazione dovrà verificare *"se l'accertamento dell'insussistenza ab origine delle condizioni di applicabilità della misura custodiale sia avvenuto (vuoi nel procedimento cautelare vuoi nel procedimento di merito) sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del provvedimento della cautela, o alla stregua di un materiale contrassegnato da diversità (purché rilevante ai fini della decisione) rispetto ad essi, posto che la problematica della condotta sinergica viene praticamente in rilievo solo nel secondo e non anche nel primo dei suddetti casi"*.

¹¹⁶ Con riferimento al riesame, cfr. Sez. VI, n. 4289 del 2/12/92, dep. 25/01/93, Pedicini, rv. 192766; Sez. IV, n. 41151 del 23/03/04, dep. 21/10/04, Gogoli, rv. 231000; Sez. II, n. 6816 del 14/11/07, dep. 13/02/08, PM in proc. Caratozzolo, rv. 239432; con riferimento all'appello, cfr. Sez. VI, 3 novembre 1997, Eliseo; Sez. III, n. 2924 del 13/12/05, dep. 25/01/06, Fiorentino, rv. 233264; Sez. II, n. 7225 del 21/12/06, dep. 21/02/07, Liquidato, rv. 235935.

Cap. 13

Le indagini preliminari e l'udienza preliminare

1. La chiusura delle indagini. Archiviazione: il rito da seguire all'esito delle indagini "coartate".

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< se, dopo l'espletamento delle indagini disposte in esito al non accoglimento, su opposizione della persona offesa, di una prima richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari, riproposta dal pubblico ministero la richiesta di archiviazione, sia tenuto a provvedere in udienza camerale o possa decidere in assenza di contraddittorio >>.

Un orientamento riteneva che *"qualora il P.M. ritenga, dopo lo svolgimento dell'ulteriore attività di indagine disposta dal G.i.p. che non ha accolto la richiesta di archiviazione a seguito di opposizione della persona offesa, di reiterare la sua istanza, deve essere consentito alla parte che ha proposto l'opposizione di esercitare il suo diritto di difesa anche in ordine ai risultati del supplemento di indagine, sicché il G.i.p., prima di provvedere sulla seconda richiesta di archiviazione, ha l'obbligo di instaurare il contraddittorio e fissare una nuova udienza camerale nelle forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen."*¹¹⁷: il giudice non avrebbe, pertanto, potuto decidere *de plano*, ma - indipendentemente dalla rinnovazione dell'opposizione della persona offesa - avrebbe dovuto instaurare il contraddittorio camerale, per la valutazione, in contraddittorio fra le parti, dei risultati delle nuove indagini. Peraltro, talune pronunce avevano ritenuto la necessità di una nuova opposizione, ma il mero atto oppositivo sarebbe stato, comunque, sufficiente a determinare l'obbligo di ricostituire il contraddittorio camerale¹¹⁸: a sostegno di queste conclusioni si richiamava, principalmente, il ruolo della persona offesa - particolarmente valorizzato proprio nello stadio delle indagini preliminari entro le quali si colloca il procedimento di archiviazione - nonché lo stato del procedimento il cui svolgimento abbia già di per sé escluso la ricorrenza delle due condizioni che legittimano l'archiviazione *de plano* (inammissibilità dell'opposizione ed infondatezza manifesta che avrebbe reso superflue tali nuove indagini)". Con la conseguenza che la verifica iniziale dell'ammissibilità dell'opposizione e della

¹¹⁷ Così per prima Sez. I, n. 3474 del 21/05/96, dep. 23/07/96, Maimone, rv. 205586.

¹¹⁸ Cfr., in tal senso, Sez. VI, n. 2174 del 17/06/98, dep. 16/07/98, Cardella, rv. 211791; Sez. V, n. 23899 del 6/05/02, dep. 21/06/02, Quatela, rv. 221582; Sez. VI, n. 2319 del 16/05/00, dep. 05/08/00, Negro, rv. 220551.

fondatezza della notizia di reato, positivamente eseguita, non avrebbe consentito una decisione *de plano*¹¹⁹.

Nell'ambito dell'orientamento in esame, era, pertanto, pacifico che, nella fattispecie concretamente devoluta all'esame delle Sezioni Unite, dovesse procedersi con rito camerale; per talune decisioni, tuttavia, questa necessità prescindeva dall'esistenza di una nuova opposizione, mentre altre decisioni mostravano di subordinare la sua adozione alla proposizione della nuova opposizione della p.o., che sarebbe stata comunque di per sé sufficiente a determinare l'obbligo del contraddittorio camerale. Si concordava, peraltro, che la necessità di procedere con rito camerale fondasse sulla necessità di consentire alla persona offesa la discussione sugli esiti delle investigazioni suppletive già disposte dal G.i.p. al termine dell'udienza camerale inizialmente fissata su opposizione della persona offesa alla precedente richiesta di archiviazione.

Altro orientamento riteneva che *"nel caso in cui il P.M. reiteri la richiesta di archiviazione, dopo una precedente richiesta di archiviazione cui avevano fatto seguito l'opposizione e le indagini suppletive, è consentito al G.i.p. provvedere de plano senza fissare l'udienza, ex art. 127 c.p.p., qualora la nuova opposizione sia inammissibile e la notizia di reato sia infondata, in quanto tale facoltà attribuita al giudice dall'art. 410, comma 2, c.p.p., non prevede limitazioni nel caso di reiterazione dell'opposizione"*¹²⁰. Si evidenziava, tuttavia, che il giudice potrebbe pervenire *de plano* ad una dichiarazione di inammissibilità della nuova opposizione, purché il provvedimento fosse adeguatamente motivato in merito alla maturata completezza delle indagini ed alla superfluità degli ulteriori accertamenti richiesti.

Nell'ambito di questo orientamento, in posizione che potrebbe ben definirsi intermedia, si riteneva anche che i *"marginari per la dichiarazione di inammissibilità sono in questo caso più ampi"*, in considerazione del ruolo importante e addirittura determinante di vari fattori, quali il fatto che *"il tema delle nuove indagini da svolgere"* sia stato *"già discusso in camera di consiglio"*, e che in relazione ad esso il giudice abbia *"provveduto all'esito del confronto tra le tesi delle parti"*¹²¹. In altri termini, per queste pronunce, nel caso di reiterazione della richiesta di archiviazione a seguito delle indagini disposte con l'ordinanza di cui all'art. 409, comma quarto, cod. proc. pen. cod. proc. pen., il contenuto del sindacato di inammissibilità del G.i.p. sull'opposizione della p.o. sarebbe più ampio.

¹¹⁹ Cfr., in tal senso, Sez. VI, n. 21988 del 30/05/06, dep. 22/06/06, Ballarani, rv. 234768; Sez. VI, n. 40691 del 13/11/06, dep. 13/12/06, Tollari, rv. 235551; Sez. VI, n. 40113 del 20/09/09, 15/10/09, Pian, rv. 244560; Sez. VI, n. 2100 del 8/06/98, dep. 03/07/98, Oulai, rv. 211957.

¹²⁰ Così Sez. V, n. 2825 del 27/10/00, dep. 16/01/01, Gismondi, rv. 218831, e Sez. II, n. 26676 del 28/04/03, dep. 19/06/03, Abbagnato, rv. 225162.

¹²¹ In tal senso, Sez. IV, n. 2009 del 8/11/01, dep. 21/01/02, Ianeselli, rv. 220790; Sez. VI, n. 4229 del 30/10/97, dep. 03/11/97, Nannarone, rv. 210310; Sez. IV, n. 34405 del 27/05/03, dep. 14/08/03, Basile, rv. 225718.

Era, peraltro, comune la convinzione che, in virtù e per effetto dell'ordinanza che dispone le indagini coartate, si modificano i poteri del G.i.p.: a parere del primo orientamento, in senso limitativo, essendogli precluso di provvedere *de plano*; a parere dell'altro orientamento, in senso estensivo, giacché si amplia il sindacato di inammissibilità dell'opposizione.

Con riguardo alla natura giuridica dell'ordinanza resa ex art. 409, comma quarto, cod. proc. pen., le Sezioni Unite¹²², investite di due distinte questioni, entrambe attinenti all'ampiezza dei poteri attribuiti dalla predetta disposizione al G.i.p., avevano già posto alcuni punti fermi, esaminando i limiti del potere di controllo del G.i.p., in caso di dissenso sulla richiesta di archiviazione: nel tracciare *"la linea di demarcazione tra l'attività del P.M. ed il potere di controllo del G.i.p."*, si era affermato che *"è abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione, l'ordinanza con la quale il G.i.p., all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del P.M., dopo aver ordinato l'espletamento di nuove indagini, fissi contestualmente una nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto crea un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio"*, perché *"la fissazione di un'udienza in prosecuzione costituisce, in un simile contesto, un imprevedibile e non previsto vincolo per il P.M. che può andare ad incidere sull'esercizio dell'azione penale a lui rimesso e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o meno degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.)"*.

L'udienza in prosecuzione comporta che il G.i.p. abbia sospeso la propria decisione sulla richiesta di archiviazione, e che il relativo procedimento non si sia concluso, con la conseguenza che, richiesta l'archiviazione (che si pone in rapporto di alternatività con l'esercizio dell'azione penale), al P.M. sarebbe precluso nello stesso procedimento l'esercizio dell'azione penale; a parere delle Sezioni Unite, il provvedimento in questione non sarebbe meramente illegittimo, ma abnorme, ovvero del tutto estraneo al sistema processuale, incompatibile con i principi generali del sistema.

La premessa maggiore posta dalle Sezioni Unite a sostegno di questa conclusione era che l'ordinanza adottata dal G.i.p. ex art. 409, comma quarto, in dissenso con la richiesta di archiviazione *"fa tornare il procedimento nella iniziativa del P.M., il quale, nel seguire le indicazioni del gip, potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri a lui attribuiti dalla legge, primo fra tutti quello di adottare le determinazioni conseguenti all'esito delle indagini espletate"*; in tal modo, si ribadiva implicitamente che l'intervento dell'organo giurisdizionale nel corso delle indagini non riveste carattere <<successivo>> alla fase delle investigazioni condotta dal P.M., ma si pone come incidentale rispetto a detta fase, impedendo al P.M. di assumere un ruolo attivo nella conduzione delle indagini e collocandolo in posizione di terzietà rispetto alle

¹²² Sez. Un., n. 22909 del 31/05/05, dep. 17/06/05, Minervini, rv. 231162 s.

parti, in modo da scongiurare il pericolo di commistioni tra funzioni requirenti e giudicanti.

Le Sezioni Unite avevano anche riconosciuto la natura conclusiva - e non interlocutoria - dell'ordinanza ex art. 409, comma quarto, con la quale il G.i.p. abbia disposto, in dissenso rispetto alla richiesta di archiviazione, lo svolgersi di ulteriori indagini.

In relazione alla questione controversa non si discuteva, peraltro, in merito ad alcuna udienza di prosecuzione, trattandosi piuttosto di stabilire se, all'esito delle indagini suppletive e delle conseguenti autonome determinazioni del P.M., il G.i.p. conservasse integralmente i poteri attribuitigli in presenza di un'ordinaria richiesta di archiviazione, compreso quello di provvedere, ove ne sussistano i presupposti, *de plano*, o se quest'ultimo potere gli fosse definitivamente precluso, con la conseguenza di dover fissare invariabilmente l'udienza camerale, anche in difetto di una nuova opposizione della p.o.

In proposito, deve necessariamente aversi riguardo alle conseguenze dei principi sanciti dalle stesse Sezioni Unite con la citata sentenza Minervini: attraverso l'affermazione che l'ordinanza di cui all'art. 409, comma quarto, *"fa tornare il procedimento nella iniziativa del P.M."*, si era inteso evidenziare che detta ordinanza, ripristinando lo *status quo ante*, non ha natura interlocutoria, ma conclusiva; essa, pertanto, *"chiude"* il procedimento di archiviazione, comportando la conseguenza che successivamente il P.M. *"potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri a lui attribuiti dalla legge"*.

Peraltro, in simmetria con queste conclusioni, ed in assenza di dati normativi suscettibili di indurre a contrarie conclusioni, sembrava doversi ritenere che, chiuso il precedente procedimento ed aperto quello nuovo, anche il G.i.p. potesse esercitare *ex novo* tutti i poteri attribuitigli dalla legge, compreso quello di provvedere *de plano*, secondo il percorso ordinario disegnato dagli art. 409 e 410 cod. proc. pen.; d'altro canto, l'ambito del sindacato sull'ammissibilità dell'opposizione non può certo variare, e quindi non può essere più ampio, ma deve essere quello ordinario stabilito dal Legislatore, in accordo con il precedente insegnamento della Sezioni Unite, a parere delle quali *"le ragioni di inammissibilità, indicate tassativamente dall'art. 410, comma 1, cod. proc. pen., non possono essere dilatate od estese secondo discrezionalità da parte del giudice, né sotto il profilo qualitativo né sotto l'aspetto quantitativo, senza incorrere nella lesione dell'interesse della persona offesa di sottoporre a controllo la scelta del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale"*, e neppure tali condizioni *"possono consistere in valutazioni anticipate di merito ovvero in prognosi di fondatezza"*, con la conseguenza che *"ogni valutazione di merito anche apoditticamente enunciata – come sembra essere la mera locuzione 'investigazioni irrilevanti' con la quale si postula una valutazione prognostica di merito – non può*

*avere ingresso nella verifica dell'idoneità dell'atto introduttivo*¹²³. E, nel caso in cui il G.i.p. ritenga insussistenti le condizioni legittimanti l'instaurazione del contraddittorio camerale, dovrà motivare compiutamente sulle ragioni della ritenuta inammissibilità dell'opposizione della persona offesa, *"indipendentemente dall'apprezzamento dell'infondatezza della notizia di reato, costituendo la deliberazione di inammissibilità momento preliminare all'instaurazione del procedimento di archiviazione"*¹²⁴.

In dottrina appariva dominante l'orientamento per il quale, avendo l'ordinanza resa ex art. 409, comma quarto, natura conclusiva e definitiva della relativa procedura incidentale, dopo la sua emissione si restaura lo *status quo ante*, con la conseguenza che, ove all'esito delle indagini "coartate" il P.M. abbia reiterato la richiesta di archiviazione, il sindacato del G.i.p. in ordine ai presupposti di ammissibilità di una nuova opposizione eventualmente presentata dalla p.o. dovrebbe avere la stessa ampiezza del sindacato effettuabile sull'opposizione inizialmente presentata.

Con la sentenza del **27 maggio – 22 giugno 2010, n. 23909, P.O. in proc. Simoni**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247124

Il giudice può provvedere *de plano* sulla reiterata richiesta di archiviazione – proposta a seguito di indagini suppletive, indicate dal giudice a seguito del contraddittorio camerale – qualora la persona offesa non abbia presentato una nuova opposizione ovvero quest'ultima sia inammissibile.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, per risolvere il contrasto, rileva anzitutto la diversa lettura dell'obbligo di esercizio dell'azione penale nel Codice di rito vigente, rispetto a quello preesistente: il rito inquisitorio prevedeva che il P.M., in alternativa alla propria istruzione sommaria, chiedesse nei casi complessi al giudice di svolgere l'istruzione formale; quando era invece formulata la richiesta di archiviazione, il giudice istruttore poteva disporre con ordinanza che egli stesso proseguisse le indagini (art. 74, comma 2, cod. proc. pen. 1930), nel rispetto dell'art. 112 Cost., perché il diritto vivente riteneva che la richiesta d'archiviazione del P.M. costituisse forma residua di esercizio dell'azione penale¹²⁵; ed anche a seguito del mutamento del rito, la giurisprudenza costituzionale ha riaffermato l'intangibilità del principio di obbligatorietà

¹²³ Sez. Un., n. 2 del 14/02/96, dep. 15/03/96, Testa, rv. 204133.

¹²⁴ Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 2, Testa, cit.

¹²⁵ La Corte Costituzionale aveva, infatti, affermato l'intangibilità del principio di obbligatorietà dell'azione penale da parte del P.M., volto ad assicurare l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge: cfr. Corte cost., sentenza n. 84 del 1979.

dell'azione penale, osservando che il rito accusatorio, teso ad evitare la <<superfluità del processo>>, affida al G.i.p. il controllo che il P.M. non si sottragga all'obbligo di esercizio di azione penale per <<mera inopportunità>>¹²⁶.

Attualmente, se la richiesta del P.M. risponde al parametro di inidoneità degli elementi acquisiti, il G.i.p. decreta incensurabilmente l'archiviazione; in caso contrario, dispone che il P.M. prosegua le indagini o eserciti l'azione penale, instaurando in entrambi i casi il contraddittorio, che ha in ciascuno dei predetti casi, diversa funzione.

Le alternative s'incentrano sulla sufficienza delle indagini svolte: se il G.i.p. le ritiene insufficienti, non accoglie la richiesta di archiviazione e fissa con ordinanza l'udienza camerale, cui partecipano l'indagato e la persona offesa, ed all'esito indica al P.M., se necessarie, le ulteriori indagini da compiere; se le ritiene sufficienti, il G.i.p. dispone che il P.M. formuli l'imputazione (ovvero che eserciti l'azione penale), entro dieci giorni. Nel primo caso, dunque, la legge prevede un <<contraddittorio incidentale>>, a seguito del quale il G.i.p. indica in ordinanza al P.M. le altre indagini da svolgere o archivia la notizia di reato per infondatezza, restituendogli gli atti: *"la conclusione ineludibile è che, se l'indagato non può sottrarsi alla prosecuzione d'indagini, né l'offeso contestare l'archiviazione della notizia di reato, l'ordinanza conclusiva del G.i.p., sia o non propulsiva, è destinata esclusivamente al pubblico ministero"*.

Al fine propulsivo, la persona offesa può offrire un contributo al G.i.p., in ragione della sua conoscenza del fatto: l'art. 408 cod. proc. pen. la autorizza a proporre opposizione entro dieci giorni dalla notifica d'avviso della richiesta di archiviazione, di cui abbia già chiesto al P.M. di essere eventualmente informata, e l'art. 410, comma primo, cod. proc. pen. prevede che, con tale opposizione, la persona offesa <<chieda la prosecuzione delle indagini, indicando a pena di inammissibilità l'oggetto di investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova>>. Se il G.i.p. ritiene le indicazioni dell'opponente rilevanti e pertinenti, cioè tali da dimostrare che la richiesta di archiviazione del P.M. non vada accolta per incompiutezza delle indagini (difetto d'iniziativa del P.M., non erronea valutazione d'infondatezza della notizia), fissa l'udienza camerale; tuttavia, il G.i.p. può dichiarare inammissibile l'opposizione non autorizzata o tardiva, e disporre ugualmente l'udienza camerale, per indicare al P.M. proprio le indagini già suggerite dalla persona offesa: *"la proposizione dell'opposizione non è dunque per sé condizione di prosieguo del contraddittorio già instaurato. E non lo è nemmeno la consecutiva ordinanza del G.i.p."*, cui spetta un potere di controllo sull'intera *notitia criminis* con facoltà di estenderla a persone diverse, imponendo al P.M. l'iscrizione relativa dei nomi nel registro delle notizie di reato e la prosecuzione

¹²⁶ Corte cost., sentenza n. 88 del 1991 che ha ritenuto legittimo il dettato dell'art. 125 disp. att. c.p.p.

delle indagini, ma non quello di fissare contestualmente nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto così si creerebbe un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, sicché sotto questo profilo il suo provvedimento ordinatorio è abnorme.

A parere delle Sezioni Unite, è evidente che, compiute le ulteriori indagini, il P.M. è ripristinato nella facoltà di richiedere l'archiviazione, dandone avviso alla persona offesa, che ha conservato il diritto di esserne informata a sensi dell'art. 408 cod. proc. pen.; e la nuova opposizione non obbliga il G.i.p. ad emettere ordinanza per la fissazione di camera di consiglio, se la riconosce inammissibile, e ritiene conseguentemente di accogliere la reiterata richiesta di archiviazione del P.M.: ciò in quanto, come osservato dalle Sezioni Unite, *"il processo dev'essere non solo necessario, (...), ma anche di durata ragionevole, come rammenta la sopravvenuta novella dell'art. 111 Cost."*.

Il rispetto combinato dei due principi *"è connaturato al sistema, che ha invertito l'economia del rito, confinando anzitutto la fase delle indagini in termini rigorosi, seppur prorogabili (art. 405 ss. c.p.p.) e correlando il contributo dell'offeso all'esigenza di proseguire le indagini in precisa direzione. La garanzia del contraddittorio incidentale assume dunque rilievo solo se funzionale alla prospettiva di esercizio dell'azione penale, in ipotesi di valutazione del g.i.p. discorde da quella del P.M. sulla sufficienza delle acquisizioni per decidere se archiviare, come richiestogli o che il P.M. eserciti l'azione penale. L'opposizione ha il fine di offrire al g.i.p. contributo conoscitivo. Ed il contraddittorio incidentale gli consente di riceverlo, eventualmente sulla premessa che l'opposizione è ammissibile, anche dall'indagato (posto che il P.M. deve accertare del pari quanto è a suo favore, giusto l'art. 358 c.p.p.) in posizione di terzietà, quando il g.i.p. ritiene di dover disporre il prosieguo delle indagini. Non ha altra funzione, se infine si osserva che l'art. 414 c.p.p. prevede che, disposta l'archiviazione, il g.i.p. possa riaprire le indagini con decreto motivato, su richiesta del P.M. motivata con l'esigenza di nuove investigazioni"*.

Alla luce di queste considerazioni, si è ritenuto che la soluzione della questione controversa fosse che *"il G.i.p. può provvedere con decreto se non vi sia nuova opposizione o se questa sia inammissibile"*.

1.1. Segue. Le conseguenze della riapertura delle indagini in difetto della prescritta autorizzazione del G.i.p.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la mancata richiesta ed emissione del decreto di riapertura delle indagini comporti, in riferimento allo stesso Ufficio del pubblico ministero che aveva ottenuto l'archiviazione, la preclusione all'esercizio dell'azione penale o l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti successivamente alla pronuncia di archiviazione.

L'ordinanza di rimessione non ignorava, ovviamente, che sulla questione erano già intervenute, sulla scia di una decisione interpretativa di rigetto della Corte costituzionale¹²⁷, le Sezioni unite della Corte di cassazione¹²⁸, che avevano affermato il seguente principio: *"una volta disposta, al di fuori dei casi indicati nell'art. 345 cod. proc. pen., l'archiviazione di una notizia di reato, non è consentito al P.M. chiedere e al g.i.p. valutare, accogliendola o rigettandola - senza il preventivo provvedimento di autorizzazione alla riapertura delle indagini previsto dall'art. 414 stesso codice - l'applicazione di misura cautelare o l'emissione di altro provvedimento che implichi l'attualità di un procedimento investigativo nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto, si fonda la relativa richiesta su una semplice rilettura di elementi già presenti negli atti archiviati o su elementi acquisiti, anche occasionalmente, dopo l'archiviazione. E invero il decreto di archiviazione, pur non essendo munito dell'autorità della "res judicata", è connotato da un'efficacia preclusiva, quantunque limitata, operante sia con riferimento al momento dichiarativo della carenza di elementi idonei a giustificare il proseguimento delle indagini, sia riguardo al momento della loro riapertura, condizionata dal presupposto dell'esigenza di nuove investigazioni, che rappresenta per il giudice parametro di valutazione da osservare nella motivazione della decisione di cui all'art. 414 cod. proc. pen."* (Nell'enunciare tale principio, la S.C. aveva precisato che nella nozione di "stesso fatto" sono comprese sia le componenti oggettive dell'addebito - condotta, evento, rapporto di causalità - sia gli aspetti esterni al fatto di reato, da identificare nell'autorità che procede o procedette all'investigazione, in quanto l'effetto preclusivo discendente dall'archiviazione condiziona solo la condotta dell'ufficio inquirente che chiese e ottenne il relativo provvedimento).

La ragione della rimessione alle Sezioni unite consisteva nel fatto che l'appena indicata sentenza non aveva dato sicure indicazioni circa l'ammissibilità di un esercizio dell'azione penale, successivamente al provvedimento di archiviazione non rimosso, senza la mediazione del compimento di atti investigativi, e che nella giurisprudenza di legittimità si era fatta strada la tesi per la quale la preclusione atterrebbe alla notizia di reato e non al fatto di cui la stessa è veicolo comunicativo, con possibilità dunque di compiere atti di indagine e di esercitare l'azione, senza vincolo alcuno, in altro

¹²⁷ Sentenza n. 27 del 1995.

¹²⁸ Sentenza S.U., n. 9 del 22/03/00, dep. 01/06/00, Finocchiaro, rv. 216004.

procedimento che abbia a trarre origine da una nuova, per quanto sovrapponibile, notizia di reato.

Un orientamento, che si rifaceva ampiamente alla sentenza Finocchiaro, aveva ritenuto che, in difetto di autorizzazione giudiziale alla riapertura delle indagini, l'esercizio dell'azione deve ritenersi inficiato da nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen., con la conseguenza dell'impossibilità per il pubblico ministero, dopo la pronuncia di archiviazione, di svolgere indagini e successivamente esercitare l'azione, o anche solo di esercitare quest'ultima senza il previo compimento di atti di indagine¹²⁹. In una particolare fattispecie, si era affermato l'abnormità del provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito di una nuova richiesta di archiviazione per uno stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto per i quali v'era già stata pronuncia di archiviazione, invece di dichiarare l'improcedibilità della richiesta aveva disposto la formulazione dell'imputazione¹³⁰; si era anche puntualizzato che l'effetto preclusivo attiene allo "stesso fatto", dovendo intendersi per tale quello connotato anche dall'identità dell'autorità procedente¹³¹, ribadendosi che al provvedimento di archiviazione non rimosso seguono l'improcedibilità dell'azione e l'inutilizzabilità degli atti eventualmente compiuti, pur enunciando il principio secondo cui non v'è impedimento a che gli atti indebitamente compiuti nel procedimento penale siano valutati ad altri fini, come, nella specie, nell'ambito di un procedimento di prevenzione¹³². Nell'ambito dello stesso orientamento interpretativo, una decisione era giunta a negare legittimità alla contestazione suppletiva in dibattimento di un reato per il quale in fase di indagine nei confronti dello stesso soggetto era stato emesso decreto di archiviazione, successivamente non rimosso, con l'affermazione secondo cui una simile contestazione non può che condurre ad una sentenza di improcedibilità per carenza di una condizione specifica dell'azione¹³³.

In senso difforme rispetto all'orientamento ricavabile dalla sentenza Finocchiaro, si era ritenuto che la riapertura delle indagini senza preventiva autorizzazione *ex art.* 414 c.p.p. non comporta l'inammissibilità della richiesta di rinvio a giudizio ma soltanto l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti successivamente al

¹²⁹ Sez. VI, n. 30160 del 11/05/04, dep. 9/07/04, Manchisi. In senso analogo si sono espresse, da ultimo, Sez. I, n. 16306 del 4 marzo 2010, dep. 27/04/2010, Greco, secondo cui la carenza del provvedimento di riapertura delle indagini determina, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., la nullità assoluta dell'atto di esercizio dell'azione penale, con la conseguenza che al pubblico ministero è precluso svolgere indagini e successivamente esercitare l'azione ed anche l'esercizio "immediato" dell'azione; nonché Sez. I, 10 febbraio 2010, Buffardecì, che ha avuto cura di precisare come l'effetto preclusivo non impedisca che gli atti di indagine espletati prima dell'archiviazione siano utilizzabili nei confronti di un diverso soggetto, anche ai fini dell'esercizio dell'azione penale, pur in mancanza di un provvedimento *ex art.* 414 c.p.p.

¹³⁰ Sez. IV, n. 131781 del 3/04/06, dep. 15/12/06, Calà.

¹³¹ Sez. I, n. 4536 del 20/01/05, dep. 08/02/05, Guadalupi, rv. 231491-2.

¹³² Sez. V, n. 16851 del 24/02/04, dep. 9/04/04, Ferlito, rv. 227747.

¹³³ Sez. III, n. 3739 del 24/11/00, dep. 31/01/01, Puppo, rv. 218665-6.

provvedimento di archiviazione¹³⁴; si era anche puntualizzato, in relazione ad una fattispecie processuale affatto particolare, che l'efficacia preclusiva derivante dalla mancanza di un decreto di riapertura delle indagini dopo il provvedimento di archiviazione si differenzia da quella ricollegabile alla sentenza di non luogo a procedere non revocata e della sentenza irrevocabile che faccia cosa giudicata, atteso che il provvedimento di archiviazione ha per oggetto la "notizia di reato" e non il "fatto", ed impedisce, quindi, la prosecuzione della fase procedimentale, non il giudizio sulla imputazione¹³⁵.

Variamente divisa era la **dottrina**, oscillante tra una posizione di maggior rigore (secondo la quale, individuata nel decreto di riapertura delle indagini una condizione di procedibilità atipica, l'attribuzione dell'efficacia preclusiva al provvedimento di archiviazione mal si concilia con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, perché il ritenere che dopo una prima rinuncia all'esercizio dell'azione, e in mancanza di elementi nuovi, il pubblico ministero non possa richiedere direttamente il rinvio a giudizio, né porre rimedio all'eventuale incompletezza investigativa, significa introdurre una consistente limitazione estrinseca all'operatività del principio costituzionale) ed altra a parere della quale, premesso che, in tema di violazione dell'art. 414 cod. proc. pen., unanimemente si riconosce l'inutilizzabilità degli atti investigativi non autorizzati, si chiede come possa ritenersi valida una richiesta di rinvio a giudizio o una citazione diretta fondata esclusivamente su indagini inutilizzabili, anche per quanti intendano dissentire dalla tesi dell'improcedibilità dell'azione fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale. Accedendo alla tesi dottrinale dell'invalidità derivata, deve concludersi per la nullità assoluta dell'atto di esercizio dell'azione penale effettuato in seguito ad indagini compiute in violazione dell'art. 414 cod. proc. pen.; alla stessa conclusione deve però giungersi, anche rifiutando la premessa dell'invalidità derivata, per violazione delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero. L'Autore ha infine osservato che il rifiuto sia della tesi dell'improcedibilità dell'azione sia di quella della nullità assoluta per violazione dell'art. 414 cod. proc. pen. inevitabilmente dà corpo ad un vizio di legittimità costituzionale non solo in relazione all'art. 24, comma 2, cost. ma anche in relazione all'art. 3 cost., nella misura in cui non dà tutela alle giuste ragioni di chi è stato già sottoposto ad indagini e deve poter contare, prima di poter essere nuovamente oggetto di investigazioni per lo stesso fatto, del filtro valutativo di un giudice circa le condizioni per la riattivazione del potere inquirente in suo danno.

¹³⁴ Sez. III, n. 43952 del 28/09/04, dep. 11/11/04, Rodriguez, rv. 230334; anche Sez. I, n. 28377 del 15/06/06, dep. 08/08/06, Palumbo, mostrava di privilegiare la tesi per la quale gli effetti della violazione dell'obbligo di riapertura delle indagini sono limitati alla inutilizzabilità degli atti eventualmente compiuti, con esclusione della improcedibilità della richiesta di rinvio a giudizio.

¹³⁵ Sez. V, n. 33057 del 10/07/07, dep. 21/08/07, Gianoglio, rv. 237581.

Con la sentenza del **24 giugno – 20 settembre 2010, n. 33885, Giuliani ed altro**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247834

Il difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione e preclude l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto di reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero. (La Corte ha poi precisato che il provvedimento di archiviazione adottato nel regime normativo del codice di rito penale del 1930 non produce l'indicato effetto preclusivo).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente richiamato la già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1995, che *"ha delineato in termini giuridicamente corretti la natura e la funzione del provvedimento di riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p. e le conseguenze della sua mancanza sulle iniziative eventualmente assunte dal medesimo ufficio del pubblico ministero sullo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione. Con questa sentenza, in una fattispecie del tutto simile alla presente, è stato affermato a chiare lettere che il provvedimento di archiviazione determina una preclusione processuale e che l'autorizzazione a riaprire le indagini funge da condizione di procedibilità, in mancanza della quale il giudice deve dichiarare che <<l'azione penale non doveva essere iniziata>>"*.

La prevalente giurisprudenza di legittimità (ed in particolare, le stesse Sezioni unite, con la anch'essa già menzionata sentenza Finocchiaro del 22 marzo 2000) si è adeguata alla giurisprudenza costituzionale: in particolare, pur occupandosi specificamente della questione della validità di una richiesta di misura cautelare proposta senza previo decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini (risolta in senso negativo), sposando *"in tutto i principi affermati dalla Corte costituzionale, dando atto, tra l'altro, di un contrasto giurisprudenziale all'epoca già formatosi in termini analoghi a quello ora all'attenzione delle Sezioni unite e prendendo partito per la tesi (v. in particolare il punto 10 di detta decisione) secondo cui l'archiviazione determina una preclusione endoprocedimentale all'agere del medesimo ufficio del p.m., che inibisce non solo la ripresa dell'attività investigativa o le iniziative cautelari ma lo stesso esercizio dell'azione penale, con riferimento allo stesso fatto oggetto del provvedimento di archiviazione, rimovibile solo attraverso il decreto ex art. 414 c.p.p."*.

Ma già appena un mese prima di questa decisione, le stesse Sezioni unite, con la sentenza 23 febbraio 2000, n. 8, Romeo, trattando *ex professo* della preclusione derivante da una sentenza di non luogo a procedere, avevano mostrato di recepire *in toto* l'impostazione data dalla Corte costituzionale agli effetti della preclusione processuale derivante dal provvedimento di archiviazione; alla medesima pronuncia costituzionale si è richiamata, pur senza specifici approfondimenti in relazione alla questione controversa, anche Sez. un., 28 giugno 2005, Donati; d'altro canto, anche il riconoscimento della capacità a testimoniare del soggetto <<archiviato>> da parte di Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, si basa proprio sulla considerazione dell'effetto preclusivo derivante dal provvedimento di archiviazione, superabile solo con il decreto di riapertura delle indagini.

Contrariamente a quanto rilevato nell'ordinanza di rimessione, non è sembrato poter contraddire tale impostazione l'osservazione (peraltro di natura sostanzialmente incidentale) contenuta nella citata sentenza della Sez. V, Gianoglio, secondo la quale l'efficacia preclusiva derivante dall'omessa riapertura delle indagini, concernendo soltanto le modalità di esercizio dell'azione penale elencate nell'art. 405 c.p.p. e operando esclusivamente nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, riguarderebbe la "notizia di reato" e non il "fatto", impedendo così la ripresa della fase procedimentale ma non il giudizio sulla imputazione: *"la notizia di reato non è altro che il veicolo con cui viene rappresentato un fatto penalmente rilevante, come si ricava dalla disciplina contenuta negli artt. 330 e seguenti c.p.p., e il provvedimento di archiviazione, riconoscendo la <<infondatezza>> della notizia di reato si riverbera inevitabilmente sul contenuto di questa"*.

Si è, pertanto ritenuto che non emergessero nuovi argomenti che inducano a rivedere criticamente le conclusioni espresse dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, e in particolare quelle delle Sezioni unite di questa Corte, in consonanza con la citata sentenza della Corte costituzionale, e si è, conclusivamente ribadito che *"la mancanza del provvedimento di riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p. determina non solo la inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione ma anche la preclusione all'esercizio dell'azione penale per quello stesso fatto-reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero"*, precisando che, *"ciò va detto anche qualora il nuovo atto di impulso processuale passi attraverso un vaglio preventivo del giudice, come nel caso della richiesta di rinvio a giudizio, che dà luogo all'udienza preliminare (art. 416 c.p.p.)".* L'esercizio dell'azione penale è espressione di una scelta che il pubblico ministero, in relazione a una determinata notizia criminis, compie al termine delle indagini preliminari in alternativa alla richiesta di archiviazione (art. 405 comma 1 c.p.p.), sicché, archiviato il procedimento, il p.m. perde il potere di adottare

ulteriori opzioni sul medesimo fatto, a meno che non chieda e ottenga il decreto di riapertura delle indagini, dal quale infatti consegue una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato (art. 414 comma 2 c.p.p.)".

Con specifico riguardo alla fattispecie sottostante, si è poi affermato che *"il provvedimento adottato ex art. 74 c.p.p. 1930 aveva una minore "stabilità" rispetto all'archiviazione disciplinata dagli artt. 409 e s. c.p.p., così da giustificare, in quello, la non necessità di un formale provvedimento di riapertura delle indagini una volta intervenuta l'archiviazione", per concludere che, "nella specie, trattandosi di un'archiviazione di "vecchio rito", non trova applicazione l'art. 414 c.p.p. e che bene è stata esercitata l'azione penale dallo stesso pubblico ministero romano sulla base di nuove valutazioni successive al provvedimento di archiviazione".*

Cap. 14

I procedimenti speciali

1. Giudizio abbreviato. La pubblicazione del dispositivo in grado d'appello.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il dispositivo della decisione che conclude il giudizio d'appello – proposto contro la sentenza di primo grado pronunciata all'esito di giudizio abbreviato – debba essere letto in udienza camerale e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli effetti della mancata lettura>>.

In precedenza, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, sia pur investite di una diversa questione (ovvero dell'individuazione dei termini previsti per l'impugnazione delle sentenza rese all'esito dell'udienza camerale), avevano già avuto modo di affermare che *"il rinvio operato dall'art. 442, comma 1, c.p.p. comprende anche gli artt. 544 – 548 c.p.p."*, e di evidenziare che non è possibile argomentare, *in subiecta materia*, l'integrale rinvio alle disposizioni in tema di udienza preliminare dal rinvio operato dall'art. 442, comma quarto, cod. proc. pen. all'art. 426, comma secondo, cod. proc. pen.: nel caso di specie, si tratta infatti di sentenza resa da organo monocratico, non collegiale, ed il rinvio è di stretta interpretazione¹³⁶.

In linea con il citato precedente delle Sezioni Unite, e valorizzando il rinvio operato dall'art. 442 cod. proc. pen. agli artt. 529 ss. cod. proc. pen., **un orientamento** riteneva che nel giudizio abbreviato il dispositivo della sentenza, anche in grado di appello, andasse letto in udienza camerale¹³⁷.

¹³⁶ Sez. Un., n. 16 del 15/12/92, dep. 30/03/93, Cicero ed altri, rv. 192806, in motivazione.

¹³⁷ Sez. VI, n. 3097 del 26/09/91, dep. 17/10/91, Ben Mohmoud Kamel Ben Maohfouch, rv. 188295; Sez. VI, n. 9984 del 23/06/93, dep. 08/11/93, Bernardi ed altri, rv. 196173; Sez. I, n. 9283 del 12/07/95, dep. 30/08/95, Fanizzi, rv. 202231; Sez. VI, n. 10288 del 29/09/95, dep. 12/10/95, Marchese, rv. 202722, con la precisazione che tra le norme cui l'art. 442, comma 1, c.p.p. rinvia per quanto attiene alla decisione nel giudizio abbreviato rientrano anche quelle concernenti la redazione e la pubblicazione della sentenza emessa a seguito di dibattimento. Il principio è stato confermato anche da Sez. VI, n. 8637 del 14/05/96, dep. 24/09/96, Merlini ed altri, rv. 205968, alla quale si sono successivamente riportate Sez. VI, n. 4298 del 4/11/97, Del Papa, non massimata, in *Cass. pen.*, 1999, 554 ss.; Sez. VI, n. 1702 del 8/01/99, dep. 11/02/99, Collevicchio ed altro, rv. 212508; Sez. I, n. 2596 del 22/11/02, dep. 20/01/03, Chivasso ed altri, rv. 223253; Sez. IV, n. 20576 del 17/03/05, dep. 01/06/05, Arenzani, rv. 231361; Sez. II, n. 38770 del 10/11/06, dep. 22/11/06, Terrano, rv. 235312. Con maggior ricchezza di argomentazioni, l'orientamento è stato più recentemente ribadito da Sez. VI, 10/05/07, n. 19049, Rinaldi C. ed altri, non massimata, nonché, da ultimo, da Sez. V, n. 39205 del 9/07/08, dep. 20/10/08, Di Pasquale ed altri, rv. 241696.

Quanto alle conseguenze della violazione, l'orientamento assolutamente dominante escludeva la configurabilità di vizi (nullità, inesistenza, nullità)¹³⁸; altro orientamento ravvisava nell'omissione una causa di nullità¹³⁹, ovvero, ancor più radicalmente di abnormità dell'atto¹⁴⁰.

L'orientamento più recente si era, peraltro, pronunciando in senso nettamente contrario alla tesi dell'esistenza di vizi processuali¹⁴¹.

Un **diverso orientamento**, a lungo dominante, riteneva che *"il giudizio di appello contro la decisione resa in primo grado con rito abbreviato si svolge in camera di consiglio (artt. 443, comma quarto, e 599, comma primo, c.p.p.), con la conseguenza che la sentenza di appello non deve necessariamente essere letta in udienza, ma può essere depositata in cancelleria entro i 5 giorni dalla deliberazione, successiva alla"*

¹³⁸ Così Sez. VI, n. 12203 del 19/06/91, dep. 29/11/91, Mauro, rv. 188998, a parere della quale "per l'inosservanza delle disposizioni concernenti la pubblicazione della sentenza la legge non prevede alcuna sanzione sicché la mancata lettura del dispositivo e della motivazione della sentenza comporta unicamente l'effetto di rendere inapplicabile la disposizione dell'art. 545, comma 3, nuovo c.p.p. e di impedire la decorrenza dei termini per l'impugnazione"; Sez. VI, n. 3097 del 26/09/91, dep. 17/10/91, Ben Mohmoud Kamel Ben Maohfouch, rv. 188295; Sez. V, n. 6508 del 3/05/93, dep. 03/07/93, Iellamo, rv. 194306; Sez. VI, n. 9984 del 23/06/93, dep. 08/11/93, Bernardi ed altri, rv. 196173; Sez. VI, n. 10288 del 29/09/95, dep. 12/10/95, Marchese, rv. 202722; Sez. VI, n. 8637 del 14/05/96, dep. 24/09/96, Merlini ed altri, rv. 205968 ("in ossequio al principio della tassatività della nullità sancito nell'art. 177 c.p.p., la mancata lettura del dispositivo in udienza, nei casi in cui la disposizione dell'art. 442, comma primo, in relazione all'art. 545, comma primo, c.p.p. sia stata inosservata per essersi uniformato il giudice alle regole previste per la pubblicazione dei provvedimenti camerale diversi dalle sentenze, non comporta alcuna nullità - né di ordine generale, né assoluta e neppure relativa - in virtù del disposto dell'art. 546, comma terzo, c.p.p. che, occupandosi proprio delle nullità dovute alla mancanza dei requisiti che la sentenza deve contenere, non vi include quella derivante dalla mancata lettura del dispositivo in udienza"); Sez. VI, 4/11/97, n. 4298, Del Papa, non massimata, in *Cass. pen.*, 1999, 554 ss.; Sez. VI, n. 1702 del 8/01/99, dep. 11/02/99, Collevicchio ed altro, rv. 212508; Sez. I, n. 2596 del 22/11/02, dep. 20/01/03, Chivasso ed altri, rv. 223253; Sez. IV, n. 20576 del 17/03/05, dep. 01/06/05, Arenzani, rv. 231361; Sez. V, n. 39205 del 9/07/08, dep. 20/10/08, Di Pasquale ed altri, rv. 241696; nel medesimo senso, si è pronunciata, più recentemente, Sez. I, n. 15551 del 22/01/09, dep. 10/04/09, Pagnozzi ed altri, rv. 243728, per la quale "non è nulla la sentenza emessa nel giudizio di appello avverso una sentenza emessa in abbreviato sia che il dispositivo sia letto in udienza sia che il giudice d'appello riservi il deposito unitamente alla motivazione".

¹³⁹ Sez. IV, n. 3219 del 28/01/93, dep. 06/04/93, Guccio ed altro, rv. 198441: "qualora la Corte di appello provveda in camera di consiglio ai sensi dell'art. 599 c.p.p. per essere stato il processo in primo grado celebrato con il rito abbreviato e, anziché dare lettura del dispositivo in udienza, si riservi la decisione e successivamente depositi la sentenza, questa è da considerarsi nulla a norma dell'art. 546, ultimo comma, c.p.p.". Peraltro, la riferibilità dell'indicata nullità alla fattispecie *de qua* non è pacifica: si è infatti ritenuto, pur con riguardo a diversa fattispecie, che la disposizione di cui all'art. 546, comma 3, c.p.p. si riferisce alla sentenza nel suo complesso, e non al solo dispositivo (così Sez. VI, n. 39541 del 15/06/05, dep. 27/10/05, Cultrera ed altri, rv. 233474).

¹⁴⁰ Sez. VI, 10/05/07, n. 19049, Rinaldi C. ed altri, non massimata: "se può convenirsi che la mancata lettura del dispositivo, depositato in cancelleria il giorno stesso della discussione, rappresenti una semplice irregolarità del procedimento, il rinvio della deliberazione a incerta data da destinarsi, ledendo i beni giuridici appena passati in rassegna, non può che inficiare irrimediabilmente la successiva pronunzia adottata in simili condizioni".

¹⁴¹ Così Sez. I, n. 15551 del 22/01/09 dep. 10/04/09, Pagnozzi ed altri, rv. 243728, cit., in motivazione.

*discussione (art. 128 stesso codice)*¹⁴²; il giudice può pertanto riservarsi di depositare il provvedimento in un momento successivo, nel rispetto del termine (comunque non previsto a pena di nullità) di cui all'art. 128, e la decisione sarà *"poi portata a conoscenza delle parti mediante avviso contenente l'indicazione del dispositivo agli effetti dell'art. 128 c.p.p. (...) in relazione all'art. 585, comma primo, lett. a), e comma secondo, lett. a)"*¹⁴³.

Era stata talora ammessa la legittimità di entrambe le forme di comunicazione, escludendo in entrambi i casi la configurabilità di vizi: *"nel caso di sentenze camerali pronunciate in primo grado o in grado di appello a seguito di giudizio abbreviato, il giudice ha due diverse possibilità qualora l'imputato ed il suo difensore siano presenti: dare lettura del dispositivo subito dopo l'udienza oppure riservare la comunicazione della decisione e depositarla insieme alla motivazione nel termine previsto. Nel primo caso gli effetti della lettura sono del tutto identici a quelli che si verificano nei procedimenti ordinari e, pertanto, se la motivazione viene depositata entro il quindicesimo giorno, opera una presunzione legale di conoscenza del suo contenuto, sicché il termine di trenta giorni previsto dall'art. 585, comma primo, lett. b), c.p.p. comincia a decorrere dalla scadenza del quindicesimo giorno dalla data predetta. Se, invece, per l'assenza delle parti o per decisione del giudice, non viene data lettura del dispositivo, resta fermo l'obbligo del deposito nei termini e della successiva notificazione dell'avviso, con la conseguenza che il termine di trenta giorni decorre dalla data della notificazione dell'avviso"*¹⁴⁴.

Con la sentenza del **21 gennaio – 2 aprile 2010, n. 12822, Marcarino**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

¹⁴² Sez. I, n. 5433 del 20/03/92, dep. 09/05/92, Contrino, rv. 190309; Sez. VI, n. 7491 del 11/05/92, dep. 26/06/92, Cacace, rv. 190903; Sez. VI, n. 10373 del 2/07/92, dep. 29/10/92, Sosic, rv. 192107; Sez. VI, n. 10596 del 24/09/92, dep. 03/11/92, Scaglioni, rv. 192139; Sez. II, n. 1223 del 23/10/92, dep. 06/02/93, Ambra ed altri, rv. 193018.

¹⁴³ Sez. VI, n. 8231 del 5/06/92, dep. 22/07/92, Galan ed altro, rv. 191424; Sez. VI, n. 7524 del 21/05/92, dep. 26/06/92, Biava ed altro, rv. 190914: "non avrebbe, infatti, alcun senso l'obbligo di immediata lettura del dispositivo, considerando che la presenza del pubblico è del tutto esclusa e che la presenza delle parti e dei loro difensori è puramente eventuale"; Sez. VI, n. 3005 del 24/11/92, dep. 26/03/93, Mladossich, rv. 193601; Sez. III, n. 1874 del 14/09/93, dep. 15/10/93, Latino, rv. 195217. L'orientamento è stato ribadito, con maggior ricchezza di argomentazioni, da Sez. VI, n. 2888 del 1/02/95, dep. 17/03/95, P.M. in proc. Bellavia ed altro, rv. 201080, in motivazione; nel medesimo senso, successivamente, Sez. IV, n. 241 del 26/01/96, dep. 13/03/96, Bellini, rv. 205201; Sez. I, n. 10162 del 21/10/97, dep. 21/10/97, Torsello, rv. 208739; Sez. II, n. 22786 del 24/04/03, dep. 22/05/03, Paone, rv. 225450; Sez. II, n. 847 del 12/12/03, dep. 14/01/04, Teano, rv. 227803.

¹⁴⁴ Sez. V, n. 5694 del 20/12/96, dep. 03/02/97, Agresti, rv. 208195; Sez. VI, n. 31754 del 27 maggio 2003, dep. 28/07/03, Wang Mai, rv. 226206. In termini "possibilisti", quanto all'alternatività delle forme di pubblicazione della decisione *de qua*, sembravano orientate anche le già citate Sez. II, 24/04/03, n. 22786, Paone, in motivazione, e Sez. II, 12/12/03, n. 847/04, Teano, in motivazione). In tal senso, da ultimo, esplicitamente, Sez. I, n. 15551 del 22/01/09, dep. 10/04/09, Pagnozzi ed altri, rv. 243728, cit.

Massima n. 246269

La sentenza pronunciata in appello all'esito di giudizio abbreviato deve essere pubblicata mediante lettura del dispositivo in udienza camerale dopo la deliberazione, e non mediante deposito in cancelleria. Tuttavia, in caso di omessa lettura, la sentenza non è abnorme o nulla, verificandosi una mera irregolarità, che produce però effetti giuridici, impedendo il decorso dei termini per l'impugnazione.

Le Sezioni unite hanno premesso che l'assetto normativo riguardante la lettura del dispositivo nel giudizio abbreviato non si caratterizza per chiarezza, non avendo il legislatore (salvo per quanto riguarda il giudizio di legittimità) ritenuto di indicare espressamente le modalità di pubblicazione della sentenza; disciplina espressa che sarebbe stata necessaria in considerazione della circostanza che il giudizio abbreviato si caratterizza per la commistione di regole applicabili al giudizio dibattimentale e regole previste per i procedimenti in camera di consiglio.

Prima di esaminare la questione controversa – se il dispositivo della sentenza di appello nel giudizio abbreviato debba essere letto in udienza –, è stato esaminato l'analogo problema nel giudizio abbreviato di primo grado. Con riguardo ad esso, si è ritenuto che una lettura coordinata degli artt. 441 e 442 cod. proc. pen. consenta di pervenire ad una soluzione difficilmente controvertibile del problema: *“mentre l'art. 441, per quanto riguarda lo svolgimento del giudizio abbreviato, rinvia espressamente alle disposizioni previste per l'udienza preliminare (e quindi all'art. 418 comma 1 che ne prevede espressamente la celebrazione in camera di consiglio), l'art. 442, che disciplina la decisione, precisa che il giudice provvede a norma degli artt. 529 e seguenti. Tra le norme richiamate vi sono dunque non solo l'art. 544 comma 1 cod. proc. pen. - che impone al presidente di redigere e sottoscrivere il dispositivo dopo la deliberazione - ma altresì l'art. 545 il cui primo comma prevede espressamente la pubblicazione della sentenza mediante lettura del dispositivo ed eventualmente (comma 2) della motivazione quando sia contestualmente redatta”*.

Con specifico riguardo alla questione controversa, riguardante il giudizio di appello, riepilogato il quadro normativo di riferimento (artt. 443, comma quarto, 599 e 127 cod. proc. pen.), è stato condiviso l'orientamento per il quale, anche nel giudizio abbreviato di appello, il dispositivo deve essere letto in udienza dopo la deliberazione della sentenza.

A fronte di un dato formale apparentemente contraddittorio (perché da un lato l'art. 442 cod. proc. pen. richiama gli artt. 529 e ss. cod. proc. pen.; dall'altro l'art. 599 cod. proc. pen. richiama l'art. 127 cod. proc. pen.) si è ritenuto necessario valorizzare le ragioni formali e logiche che convincono della correttezza della tesi in questione: *“sotto*

il primo profilo è stato osservato che l'art. 599 del codice di rito richiama <<le forme>> previste dall'art. 127 e l'uso di questa locuzione è da ritenere riferita proprio alle modalità di celebrazione del procedimento ma non alla sua decisione la cui forma resta quella richiamata dall'art. 442 e la cui applicazione nel giudizio di appello è imposta dall'art. 598 cod. proc. pen. che rende applicabili al giudizio di appello le disposizioni relative al giudizio di primo grado. È infatti da ritenere che, anche nel giudizio di appello, permanga la distinzione tra svolgimento e decisione nel giudizio abbreviato delineata negli artt. 441 e 442 cod. proc. pen.; e dunque che il termine "forme" non possa che riferirsi al solo svolgimento".

Due sono apparse le considerazioni dirimenti: "la prima riguarda la natura del giudizio abbreviato che ha applicazione generalissima e che, dopo le modifiche introdotte nel 1999, è divenuto addirittura obbligatorio se l'imputato lo richiede con limitati poteri di non ammetterlo solo nel caso di richiesta di integrazione probatoria non compatibile con le finalità di economia processuale proprie del rito. Ciò richiede che vengano valorizzate tutte le caratteristiche che, in mancanza di espressa disciplina, tendono ad uniformare questo rito a quello dibattimentale. Tra queste caratteristiche la lettura del dispositivo in udienza è non solo del tutto compatibile con la specialità del rito abbreviato ma addirittura da ritenere obbligata perché espressione del principio di immediatezza che caratterizza il processo ordinario. Si aggiunga che l'accoglimento della diversa tesi creerebbe un'inammissibile asimmetria nel sistema del giudizio abbreviato: in primo grado per le ragioni già indicate e nel giudizio di legittimità per l'espressa previsione dell'art. 611 del codice di rito il giudizio si conclude necessariamente con la lettura del dispositivo in udienza ma, per una non giustificabile anomalia, il giudizio di appello dovrebbe avere una diversa conclusione. Un sistema così congegnato sarebbe privo di razionale giustificazione e ciò conforta l'interpretazione indicata.

Con riguardo alle conseguenze della mancata lettura del dispositivo, le Sezioni unite hanno ritenuto che, ai fini della soluzione del problema, dovesse tenersi conto delle specifiche caratteristiche di tale rito camerale: "la procedura contemplata dall'art. 599 cod. proc. pen. si conforma, per espresso richiamo, al modulo dell'art. 127 del medesimo codice in cui la presenza delle parti è meramente eventuale (v. in particolare il comma 3 dell'art. 127). Ne consegue che il contenuto della decisione, espresso nel dispositivo, non comporta indefettibilmente una lettura di questo ai sensi dell'art. 445 comma 1 cod. proc. pen. dato che la pubblicazione mediante lettura implica la presenza, almeno immanente, delle parti, come avviene per la sentenza emessa all'esito del dibattimento. Dunque mentre la mancanza di un dispositivo letto in udienza invalida la sentenza dibattimentale – perché la lettura del dispositivo è l'unica forma attraverso la quale può essere espressa la decisione in un contesto caratterizzato dai congiunti principi di oralità, immediatezza e pubblicità derivandone

che non è consentito riportare nel documento-sentenza altro che il dispositivo pubblicato nelle forme dell'art. 545 cod. proc. pen. – nel caso del rito camerale del giudizio abbreviato di appello, in cui difetta la pubblicità della udienza e la presenza delle parti è meramente eventuale, la formazione di un dispositivo che sia stato redatto non, come sarebbe doveroso, subito dopo la deliberazione ma al momento del deposito del documento-sentenza costituisce una mera irregolarità; la sanzione di nullità prevista dall'art. 546 comma 3 cod. proc. pen. implica infatti la mancanza o incompletezza del dispositivo che non ricorre nel caso di un dispositivo formalizzato, sia pure non immediatamente dopo la decisione camerale, al momento del deposito del provvedimento. Si tratta peraltro di irregolarità che produce effetti giuridici perché la mancanza di lettura del dispositivo impedisce il decorso dei termini per l'impugnazione di cui al terzo comma dell'art. 545 cod. proc. pen. Da ultimo va osservato che l'unica conseguenza dell'affermazione della tesi della nullità sarebbe quella di riportare il processo, fino a quel punto regolarmente celebrato, alla fase successiva alla discussione (art. 185 comma 1 cod. proc. pen.). I giudici d'appello dovrebbero riconvocare le parti per leggere il dispositivo con tutti i problemi che potrebbero derivare sulla possibilità di emettere una decisione di diverso contenuto o dall'impossibilità di formare il collegio nella medesima precedente composizione.

E' stata anche esclusa la fondatezza della tesi dell'abnormità della sentenza, in quanto il provvedimento impugnato non può essere, nel caso di specie, ritenuto abnorme: "escluso che l'atto in esame provochi una stasi del processo non altrimenti superabile deve rilevarsi che la violazione processuale in esame non può ritenersi integrare un provvedimento avulso dall'intero ordinamento processuale posto che non fa altro che applicare, ad un procedimento che va trattato in camera di consiglio, la disciplina ordinariamente prevista, in tali procedimenti, per la decisione e la pubblicità della sentenza. Si tratta dunque di una soluzione che le Sezioni unite ritengono non condivisibile ma che non è priva di plausibilità come del resto è dimostrato dall'esistenza di un consistente orientamento di legittimità che l'ha condiviso".

2. Patteggiamento. La preclusione derivante dalla recidiva qualificata.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se sia sufficiente, perché la recidiva "qualificata" costituisca ostacolo al patteggiamento a pena superiore a due anni, la sola contestazione ovvero occorra necessariamente il suo riconoscimento da parte del giudice>>.

In ordine alla questione controversa si confrontavano due orientamenti:

(A) il primo, **prevalente**, riteneva la sola contestazione della recidiva qualificata un ostacolo insuperabile al patteggiamento, allorché sia applicata una pena superiore ai due anni di pena detentiva;

(B) l'altro, **minoritario**, propendeva per la necessità di una previa valutazione giudiziale circa la sussistenza della recidiva.

In particolare, nella prima decisione in tema¹⁴⁵, riferita a un caso nel quale era stata contestata e ritenuta solo la recidiva specifica, ma non quella reiterata, si era affermato che non potesse rilevare, come pretendeva nei motivi di ricorso il P.G., la circostanza che dal certificato penale in atti risultasse una situazione riconducibile alla recidiva *ex art. 99*, comma quarto, cod. pen., facendo riferimento l'art. 444, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., ai fini della preclusione al patteggiamento, a una declaratoria della recidiva che ne presuppone la rituale contestazione (mentre quest'ultima aveva riguardato un'ipotesi di recidiva "non ostativa"). Nello stesso senso di tale sentenza, ma in un caso diverso giacché relativo a una recidiva *ex art. 99*, comma quinto, cod. pen., si è osservato che correttamente il giudice di merito l'aveva esclusa, perché essa non era stata correttamente contestata, in quanto le precedenti sentenze di condanna non l'avevano applicata per mancanza di una formale contestazione; né questo risultato si sarebbe potuto realizzare mediante una sorta di "rilevazione" dal certificato penale, occorrendo, invece, che il giudice la ritenesse, adottando una specifica "declaratoria" di recidiva¹⁴⁶.

La prima decisione di segno contrario, resa in un caso nel quale era stata contestata la recidiva reiterata specifica infraquinquennale¹⁴⁷ e il giudice di merito aveva ritenuto che la preclusione dell'art. 444, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. riguardasse solo l'ipotesi in cui nei confronti dell'imputato fosse stata accertata la sussistenza della recidiva reiterata, e cioè, per utilizzare l'espressione della norma, quando l'imputato fosse stato dichiarato recidivo ai sensi dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., affermò che la contestazione è condizione necessaria e sufficiente per qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'esistenza e sugli effetti di tale circostanza. La formulazione letterale del comma citato non contraddirebbe questo

¹⁴⁵ Sez. VI, n. 39238 del 16/09/04, dep. 07/10/04, Bonfanti, rv. 230378. Un caso analogo è quello esaminato da Sez. III, 13 gennaio 2006 n. 17052, B.D., non massimata sul punto, in cui era stata contestata solo la recidiva semplice e quindi la Corte ha ritenuto che fosse irrilevante l'emersione, dalla lettura del certificato penale, di una condizione che avrebbe potuto dar luogo alla contestazione (e a un'eventuale dichiarazione) di recidiva reiterata. Anche Sez. II, 19 febbraio 2004 n. 11342, La Torre, non massimata, ha ritenuto che l'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p., vada interpretato nel senso che "la recidiva deve essere contestata nell'imputazione e deve quindi essere valutata nell'accordo fra le parti" (nel caso di specie la recidiva reiterata era stata contestata e aveva anche dato luogo a un aumento di pena, sicché l'accesso al rito alternativo, sfociato in una pena superiore ai due anni di reclusione, è stato ritenuto illegittimo).

¹⁴⁶ Sez. I, n. 1007 del 13/11/08, dep. 13/01/09, Manfredi, rv. 242509, *cit.*, all. 1; è interessante notare, quanto all'uso del termine "dichiarata", riferito alla recidiva reiterata, che, secondo questa decisione, per effetto della legge n. 134 del 2003, "la recidiva è stata accostata ad altre qualità del soggetto, qualificative di pericolosità sociale, come quelle di delinquente abituale, professionale o per tendenza che richiedono una vera e propria declaratoria, divenendo quindi una sorta di *status* del soggetto che deve essere dichiarato anche nei suoi passaggi intermedi".

¹⁴⁷ Sez. II, n. 1097 del 4/12/06, dep. 17/01/07, Cicchetti, rv. 235620.

principio, poiché la “dichiarazione” di recidiva in esso indicata non può essere assunta come base lessicale di una diversa interpretazione, non concepibile rispetto a una circostanza del reato che non viene “dichiarata”; “sicché la dizione *siano stati dichiarati*, mentre designa correttamente e in senso propriamente tecnico le altre situazioni richiamate dalla norma (delinquente abituale, professionale e per tendenza), non può riferirsi – quanto alla recidiva *ex art. 99, comma quarto* – a un istituto inesistente come la dichiarazione di recidiva”¹⁴⁸.

Infine, in un caso nel quale il giudice, benché avesse dichiarato equivalente alla recidiva reiterata, ritualmente contestata, le attenuanti generiche, aveva ammesso al patteggiamento allargato gli imputati, sul rilievo che la disposizione di legge ne vietasse la fruizione solo in caso di recidiva “dichiarata”, attribuendo al termine il significato di “applicata” ed escludendo che tale potesse definirsi la recidiva neutralizzata da attenuanti equivalenti, si è agevolmente ritenuta contraddittoria una motivazione che non riconosceva effetti alla recidiva, pur avendo essa impedito alle attenuanti di determinare una mitigazione del trattamento sanzionatorio¹⁴⁹.

La decisione poneva, inoltre, la necessità di una riflessione sulla nozione di “applicazione” di una circostanza aggravante che, quantunque unanimemente esclusa, sulle orme di una non recente decisione delle Sezioni unite, dalla giurisprudenza qualora venga elisa da attenuanti prevalenti, pare messa in discussione nel ricorso del P.G., ad avviso del quale, anche in caso di prevalenza delle attenuanti, le aggravanti, in esse compresa la recidiva, dovrebbero considerarsi “applicate”.

I temi oggetto di esame, di carattere squisitamente “clinico”, ad eccezione di quello relativo agli effetti della recidiva reiterata, trovava scarsa attenzione nella pur vasta letteratura fiorita dopo l’approvazione della legge 5 dicembre 2005 n. 251, che ha introdotto le (rilevanti) modificazioni al regime della recidiva delle quali qui si tratta.

Con la sentenza del **27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, P.G., Calibè ed altro**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 247838 - 40

La recidiva, operando come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, va obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio, ma può non essere ritenuta configurabile dal giudice, a meno che non si tratti dell'ipotesi di recidiva

¹⁴⁸ In senso conforme, e con identiche argomentazioni, Sez. II, 22 dicembre 2009 n. 2765/2010, Stracuzzi, non massimata sul punto, e Sez. VI, n. 48477 del 9/12/08, dep. 30/12/08, Ogana, rv. 242148.

¹⁴⁹ Così Sez. II, n. 28610 del 1/07/09, dep. 13/07/09, Giuliano, rv. 245321.

reiterata prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen., nel qual caso va anche obbligatoriamente applicata. (Nell'enunciare tale principio, la Corte ha precisato che, in presenza di contestazione della recidiva a norma di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., è compito del giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità ed al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti ed al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e ad ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali).

Una volta contestata la recidiva nel reato, anche reiterata, purché non ai sensi dell'art. 99, comma quinto, cod. pen., qualora essa sia stata esclusa dal giudice, non solo non ha luogo l'aggravamento della pena, ma non operano neanche gli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, di cui all'art. 69, comma quarto, cod. pen., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma quarto, stesso codice, dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen.; effetti che si determinano integralmente qualora, invece, la recidiva stessa non sia stata esclusa, per essere stata ritenuta sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità. (Fattispecie relativa ad istanza di cosiddetto "patteggiamento allargato").

Ai fini dell'interdizione al cosiddetto "patteggiamento allargato" nei confronti di coloro che siano stati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, cod. pen., non occorre una pregressa dichiarazione giudiziale della recidiva che, al pari di ogni altra circostanza aggravante, non viene "dichiarata", ma può solo essere ritenuta ed applicata ai reati in relazione ai quali è contestata. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la testuale disposizione dall'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen., la quale fa riferimento a "coloro che siano stati dichiarati recidivi", è tecnicamente imprecisa ed è stata utilizzata dal legislatore per motivi di uniformità lessicale, in quanto riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di specifici *status*, come quelli di delinquente abituale, professionale e per tendenza, richiedono un'apposita dichiarazione espressamente prevista e disciplinata dalla legge).

A parere del Supremo Collegio, sulla questione controversa non sussista un reale conflitto interpretativo: *"ed invero l'affermazione che sia sufficiente la mera contestazione della recidiva reiterata per l'operatività della clausola di esclusione dal patteggiamento <<allargato>> posta dall'art. 444, comma 1 bis, c.p.p., si contrappone, nelle decisioni citate nell'ordinanza di rimessione (...), non all'affermazione della necessità che l'aggravante, oltre che ritualmente contestata, debba essere effettivamente ritenuta ed applicata dal giudice, quanto a quell'altra – che peraltro non risulta essere stata mai prospettata nella giurisprudenza di legittimità – secondo cui sarebbe richiesto dalla norma che gli imputati cui è inibito l'accesso al rito semplificato siano stati già <<dichiarati>> recidivi ai sensi dell'art. 99, comma quarto, c.p. con una sentenza precedentemente emessa".*

Nei casi oggetto delle decisioni in oggetto, infatti, il giudice di merito aveva applicato ex art. 444 cod. proc. pen. una pena concordata superiore ai due anni di reclusione ad imputati, cui pure era contestata la recidiva qualificata, ritenendo che il patteggiamento fosse consentito in quanto non risultava che la recidiva medesima fosse stata già oggetto di una precedente dichiarazione giudiziale sostanzialmente attributiva di uno *status* soggettivo, e la Corte di legittimità, in entrambe le occasioni, aveva annullato i provvedimenti di merito, affermando la non necessità, perché fosse inibito l'accesso al rito speciale, di una preventiva dichiarazione formale della recidiva, ritenendo al contrario sufficiente – ma solo in contrapposizione a tale non condivisa premessa - la sua semplice contestazione: ciò, tuttavia, senza affrontare l'ulteriore e logicamente successiva questione concernente la possibilità per il giudice di escludere o meno l'aggravante, una volta che questa sia stata ritualmente contestata¹⁵⁰.

Il ricorso del pubblico ministero poneva, peraltro, ulteriori questioni a proposito degli effetti della contestazione della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., come modificato dalla legge 5.12.2005, n. 251, e precisamente quella, principale, dell'obbligatorietà o meno dell'aumento di pena ivi previsto, e l'altra, conseguente, dell'eventuale persistenza, anche qualora detto aumento sia stato escluso dal giudice, degli ulteriori effetti ricollegati dalla legge alla recidiva qualificata e consistenti nell'operatività dei limiti al giudizio di comparazione fra circostanze di segno opposto fissati dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.; dei limiti minimi all'aumento della quantità di pena a titolo di continuazione stabiliti dall'art. 81, quarto comma, cod. pen.; dei limiti all'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" (ed alla relativa riduzione premiale della sanzione) di cui all'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen., di cui si è in precedenza detto: *"il quesito interpretativo nasce intorno al testo dell'art. 99 c.p.,*

¹⁵⁰ Sez. II, 4.12.2006, P.M. in proc. Cicchetti, affermava, anzi, che la contestazione è *"condizione necessaria e sufficiente al fine di qualificare il reato e determinare la pronuncia del giudice sull'esistenza e sugli effetti di tale circostanza"*: così non escludendosi affatto, dunque, da parte della Corte di cassazione, la sussistenza di uno spazio valutativo del giudice in ordine al riconoscimento ed alla concreta applicazione della recidiva.

come introdotto dalla legge n. 251 del 2005, il quale – nella sua emendata formulazione lessicale – prima facie inclina suggestivamente l'interprete a ritenere attuato una sorta di ripristino del regime di obbligatorietà della recidiva come preesistente alla riforma del 1974 (d.l. 11.4.1974, n. 99, convertito dalla legge 7.6.1974, n. 220), nell'ambito di una novella tesa, nelle enunciate intenzioni del legislatore, ad accentuare l'incidenza sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso delle caratteristiche soggettive dell'autore del reato con relativa riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice; in particolare viene in rilievo l'utilizzo, nei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. e con riferimento al previsto aumento della pena per la recidiva pluriaggravata e per quella reiterata, dell'indicativo presente del verbo essere (<<l'aumento della pena ... è>>) in luogo della voce verbale <<può>>, che compariva nel testo precedente e figura tuttora nei primi due commi riguardanti la recidiva semplice e quella aggravata".

La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute, come si è detto, non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti commisurativi riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di riprovevolezza della condotta e pericolosità del suo autore, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento¹⁵¹, nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione¹⁵².

Le Sezioni Unite hanno condiviso tali conclusioni e le argomentazioni poste a loro sostegno: *"si deve rilevare innanzi tutto, sotto l'aspetto lessicale, come nel testo dei commi terzo e quarto dell'art. 99 c.p. il verbo <<essere>> sia utilizzato con evidente riferimento al quantum dell'aumento (<<l'aumento di pena è ...>>) della sanzione discendente dal riconoscimento della recidiva ivi contemplata (pluriaggravata e reiterata), ma non coinvolga l'an dell'aumento medesimo, che rimane affidato alla valutazione del giudice secondo la costruzione dell'ipotesi base di cui al primo comma. Le figure di recidiva de quibus non costituiscono invero autonome tipologie svincolate dagli elementi normativi e costitutivi della recidiva semplice, bensì mere specificazioni di essa dalla quale si diversificano, espressamente richiamandola, esclusivamente per le differenti conseguenze sanzionatorie che comportano, le quali sono state previste*

¹⁵¹ Sez. IV, n. 16750 del 11/04/07, dep. 03/05/07, P.M. in proc. Serra, rv 236412; Sez. IV, n. 26412 del 19/04/07, dep. 09/07/07, P.M. in proc. Meradi, rv 236835; Sez. IV, n. 39134 del 28/06/07, dep. 24/10/07, P.M. in proc. Mazzitta, rv 237271; Sez. IV, n. 29228 del 2/07/07, dep. 20/07/07, P.M. in proc. Farris, rv 236910.

¹⁵² Corte cost., sentenza 14 giugno 2007, n. 192 ed ordinanze nn. 198 e 409 del 2007; 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; 171 del 2009, dichiarative la prima dell'inammissibilità e le altre della manifesta inammissibilità delle questioni.

con la riforma, diversamente dal precedente regime, in misura fissa anziché variabile fra un minimo ed un massimo".

La necessità di una lettura omogenea dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. è peraltro confermata dalla constatazione che ove il legislatore ha inteso elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno all'inderogabilità della recidiva, ha reso palese la sua intenzione prevedendo al quinto comma un regime vincolato per una serie di delitti, evidentemente valutati di particolare gravità, in relazione ai quali l'aumento della pena per la recidiva è espressamente definito <<obbligatorio>>.

Tale soluzione interpretativa, oltre che maggiormente aderente al testo della legge, appare altresì quella più conforme ai principi costituzionali in tema di ragionevolezza, proporzione, personalizzazione e funzione rieducativa della risposta sanzionatoria: *"ed invero l'interpretazione che ritiene l'obbligatorietà della recidiva qualificata e degli effetti commisurativi della sanzione ad essa riconnessi finisce per configurare una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato ed un conseguente duplice automatismo punitivo indiscriminato - dunque foriero di possibili disequaglianze - nell'an e nel quantum (previsto in misura fissa), operante sia nei casi in cui la ricaduta nel reato si manifesti quale indice di particolare disvalore della condotta, di indifferenza del suo autore alla memoria delle precedenti condanne e in definitiva verso l'ordinamento, di specifica inclinazione a delinquere dell'agente, sia nei casi in cui, al di là del dato meramente oggettivo della ripetizione del delitto, il nuovo episodio non appaia <<concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo¹⁵³".*

Se ne è desunto che *"è compito del giudice, quando la contestazione concerne una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (rimane esclusa, come premesso, l'ipotesi <<obbligatoria>> del quinto comma), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto, secondo quanto precisato dalla indicata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali".*

¹⁵³ Corte cost., n. 192/2007.

All'esito di tale verifica, il giudice potrà negare la rilevanza aggravatrice della recidiva ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione: la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 cod. pen.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio¹⁵⁴, ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena.

Qualora la verifica effettuata dal giudice si concluda nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una <<più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo>>, la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi e dunque, nell'ipotesi di recidiva reiterata e per quanto qui rileva in relazione all'oggetto del ricorso in esame, l'aumento della pena base nella misura fissa indicata dal quarto comma dell'art. 99 cod. pen., il divieto imposto dall'art. 69, quarto comma, cod. pen., di prevalenza delle circostanze attenuanti nel giudizio di bilanciamento fra gli elementi accidentali eterogenei eventualmente presenti, il limite minimo di aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., l'inibizione dell'accesso al c.d. "patteggiamento allargato" di cui all'art. 444, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. In tale ipotesi la recidiva deve intendersi, oltre che "accertata" nei suoi presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), "ritenuta" dal giudice ed "applicata", determinando essa l'effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante¹⁵⁵.

Qualora, viceversa, la verifica si concluda nel senso della "*non significanza della ricaduta nei termini più su precisati*", ed il giudice abbia ritenuto di escludere la recidiva (ovvero la abbia ritenuta non rilevante, conseguentemente non applicandola), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante: "*la <<facoltatività>> della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o <<bifasica>>*¹⁵⁶, nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori – ripristinando in tal modo l'indiscriminato e <<sospetto>> automatismo sanzionatorio di cui si è detto – gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione".

¹⁵⁴ Sez. Un., n. 1 del 27/05/61, dep. 20/12/60, P.M. in proc. Papò, rv. 98479; Sez. Un., n. 2 del 23/01/71, dep. 17/05/71, Piano, rv 118018.

¹⁵⁵ Sez. Un., n. 17 del 18/06/91, dep. 24/07/91, Grassi, rv 187856.

¹⁵⁶ Così Sez. IV, n. 16750 del 11/04/07, dep. 03/05/07, P.M. in proc. Serra, rv 236412.

Anche sul punto la giurisprudenza di legittimità formatasi sulla nuova disciplina si è radicata nella condivisa affermazione che gli effetti commisurativi della recidiva non siano svincolati dalle determinazioni assunte dal giudice in relazione al riconoscimento dell'aggravante ma siano bensì a questo strettamente collegati, nel senso che anch'essi vengono meno quando la circostanza non concorra, sulla base della valutazione del giudice effettuata ai fini e secondo i parametri di cui si è detto, a determinare l'aumento di pena¹⁵⁷; alle medesime conclusioni è pervenuto altresì il Giudice delle leggi che, nelle pronunce di inammissibilità già citate, *"ha delineato con chiarezza l'interpretazione conforme al dettato costituzionale ponendo in evidenza l'irrazionalità di una conclusione che ammetta, da un lato, il carattere facoltativo della recidiva reiterata e dunque la possibilità che la circostanza, ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità, nell'ipotesi di reato non ulteriormente circostanziato abbia effetto neutro sulla determinazione della pena e tuttavia, da un altro, eserciti in contrario una sostanziale funzione aggravatrice inibendo un favorevole giudizio di comparazione nell'ipotesi di reato circostanziato in mitius; ovvero che, nel caso di più reati unificati ai sensi dell'art. 81 c.p., consenta che la circostanza sia discrezionalmente esclusa in relazione a ciascuno di essi, ma determini comunque, con l'imposizione dell'aumento minimo per il cumulo formale, un sostanziale aggravamento della risposta punitiva proprio in sede di applicazione di istituti volti all'opposto al fine di mitigare la pena rispetto alle regole generali sul cumulo materiale"*.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo al patteggiamento "allargato", l'accesso al quale potrebbe essere impedito, con rilevanti conseguenze sulla pena finale, dalla contestazione dell'aggravante che, attesa la sua natura facoltativa, nel giudizio ordinario potrebbe essere ritenuta priva di ogni valenza rivelatrice di disvalore della condotta.

Si è, pertanto, ribadito *"che la recidiva reiterata di cui al quarto comma dell'art. 99 c.p. opera nella disciplina codicistica, come risultante dalle interpolazioni di cui alla legge n. 251/05, quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderla e considerarla tamquam non esset ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una*

¹⁵⁷ Sez. V, n. 22871 del 15/05/09, dep. 03/06/09, Held, rv. 244209; Sez. V, n. 13658 del 30/01/09, dep. 27/03/09, P.M. in proc. Maggiani, rv. 243600; Sez. IV, n. 5488 del 29/01/09, dep. 06/02/09, P.M. in proc. Rami, rv. 243441; Sez. IV, 28/01/09, Fallarino, non massimata; Sez. V, n. 4221 del 9/12/08, dep. 29/01/09, P.M. in proc. De Rosa, rv. 242946; Sez. III, n. 45065 del 25/09/08, dep. 04/12/08, P.M. in proc. Pellegrino, rv. 241779; Sez. VI, n. 37169 del 17/09/08, dep. 30/09/08, P.M. in proc. Orlando, rv. 241192; Sez. II, n. 19557 del 19/03/08, dep. 15/05/08, Buccheri, rv. 240404; Sez. VI, n. 10405 del 7/02/08, dep. 06/03/08, P.M. in proc. Goumri, rv. 239018; Sez. II, n. 46243 del 5/05/07, dep. 11/12/07, Cavazza, rv. 238521; Sez. V, n. 40446 del 25/09/07, dep. 31/10/07, P.M. in proc. Mura, rv. 237273; Sez. II, n. 32876 del 4/07/07, dep. 13/08/07, P.M. in proc. Doro, rv. 237144; Sez. VI, n. 37549 del 3/07/07, dep. 11/10/07, P.M. in proc. Saponaro, rv. 237272, tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione ex art. 69 c.p., una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione.

pluralità di condanne. Qualora la recidiva reiterata sia esclusa, essa non è più ricompresa nell'oggetto della valutazione del giudice ai fini della determinazione della pena e dunque, non essendo stata <<ritenuta>>, neppure entra a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 c.p., di talché resta inoperante, proprio per la mancanza dell'oggetto, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti imposto dal quarto comma del medesimo articolo. Qualora, viceversa, la recidiva reiterata non sia esclusa dal giudice ma considerata concreto sintomo di maggior colpevolezza e pericolosità, essa svolge necessariamente nel suo complesso la funzione aggravatrice e determina pertanto anche l'effetto, incidente sulla sanzione, consistente nell'operatività dell'inibizione di cui si è detto, con la conseguenza che non è consentito al giudice, il quale non abbia escluso ex ante la recidiva, di apprezzarla come subvalente rispetto a eventuali circostanze attenuanti".

Analoghe conseguenze si verificano in relazione agli altri effetti commisurativi della sanzione ricollegati dalla legge alla recidiva reiterata: se ne è desunto¹⁵⁸ *"che il limite all'aumento ex art. 81 c.p. <<non ... inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave>>, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti <<ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma>>, è pure inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, ed in relazione ad essi l'abbia pertanto esclusa così non "applicandola", secondo l'accezione del termine già accolta da queste Sezioni Unite nella sentenza del 28.6.1991 in proc. Grassi, più su citata".*

Analogamente, *"l'esclusione ex ante della recidiva reiterata ad opera del giudice del "patteggiamento allargato" consente l'accesso al rito speciale dell'imputato al quale la circostanza aggravante sia stata contestata, poiché dalla ritenuta inidoneità della ricaduta nel delitto a determinare, di per sé, un aumento di pena per il fatto per cui si procede discende, altresì, l'inoperatività della clausola di esclusione contenuta nel comma 1 bis dell'art. 444 c.p.p. che inibisce, ove efficace, non solo il percorso processuale semplificato ma, per quanto qui interessa, la fruizione di una rilevante riduzione premiale della sanzione".*

In proposito, si è, peraltro, precisato che *"la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (<<coloro che siano stati dichiarati ... recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, del codice penale>>) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa "dichiarazione" giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere "ritenuta" ed "applicata" per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre*

¹⁵⁸ Sez. III, n. 46449 del 7/10/09, dep. 02/12/09, P.M. in proc. Serafi, rv. 245609.

situazioni soggettive che, attributive di uno specifico status (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108, 109 c.p."¹⁵⁹.

E' stato conclusivamente affermato il seguente principio di diritto: *"la recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo; e che, dall'esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, quarto comma, c.p., dall'inibizione all'accesso al <<patteggiamento allargato>> ed alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1-bis, c.p.p."*.

3. Procedimento per decreto. L'impugnazione delle sentenza di proscioglimento resa a seguito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna: rinvio.

Il tema sarà trattato nel cap. 15, § 1.

¹⁵⁹ Sez. II, n. 1097 del 4/12/06, dep. 17/01/07, Cicchetti, rv 235620; Sez. V, n. 41288 del 25/09/08, dep. 05/11/08, Moccia, rv. 241598; Sez. II, n. 2765 del 22/12/09, dep. 21/01/10, Stracuzzi, rv 246378.

Cap. 15

Le impugnazioni

1. L'impugnazione delle sentenza di proscioglimento resa a seguito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari a seguito di una richiesta di decreto penale di condanna, sia appellabile o ricorribile per cassazione>>

Con la sentenza n. 580 del 1990 la Corte costituzionale aveva ritenuto esperibile il rimedio dell'appello.

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, la questione controversa si era profilata con riferimento esclusivo ad impugnazioni del P.M. ed era stata già risolta in passato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 6203 del 11/5/1993 - 23/6/1993, P.M. in proc. Amato, Rv. 193744, nel senso che il rimedio esperibile dovesse essere individuato nel ricorso per cassazione.

Il Supremo Collegio aveva fondato la sua decisione su vari argomenti:

(a) il dato letterale (l'art. 594 cod. proc. pen. – allora vigente – limitava l'appello del P.M. <<nei casi consentiti>>, e tale non poteva essere considerato il caso in esame, mancando per la previsione di cui all'art. 459, comma terzo, cod. proc. pen. una disciplina specifica delle impugnazione, invece prevista per ciascuno dei riti speciali);

(b) l'impossibilità sul piano sistematico di prevedere un giudizio d'appello, limitato - in caso di fondatezza del gravame - al solo annullamento della decisione del G.i.p., al di fuori dei tassativi casi di declaratoria di nullità di cui all'art. 604 del codice di rito;

(c) l'inapplicabilità del peculiare regime di impugnazione previsto dall'art. 428 cod. proc. pen. allora vigente (manca la stessa udienza e non vi è alcun contraddittorio tra le parti; vi sarebbero inoltre le stesse difficoltà esposte circa l'esito del giudizio di secondo grado), ostandovi anche il principio di tassatività dei mezzi di gravame, sancito dal primo comma dell'art. 568 cod. proc. pen.

Questo orientamento era stato seguito largamente dalla giurisprudenza successiva, ed implicitamente anche da Sez. un. n. 18, 9/6/1995 - 25/10/1995, P.G. in proc. Cardoni, Rv. 202374.

La riforma dell'istituto dell'appello (a seguito della c.d. Legge Pecorella del 2006) ha originato un **nuovo filone interpretativo**, che, in consapevole contrasto con la

giurisprudenza sino ad allora dominante, aveva ritenuto appellabile la sentenza di proscioglimento pronunciata dal G.i.p., a seguito di richiesta di emissione di decreto penale di condanna¹⁶⁰: preliminarmente, si era rilevato che non poteva più essere attuale l'interpretazione delle Sezioni unite Amato, basata sul dato letterale, vista l'abrogazione dell'art. 594 cod. proc. pen., ad opera del D. Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, art. 228: piuttosto, le modifiche apportate all'art. 593 cod. proc. pen., prima dalla L. n. 46 del 2006, art. 1 e, successivamente, per effetto dall'intervento demolitorio della Corte Costituzionale (sentenza 6 febbraio 2007 n. 26), avevano fatto venir meno qualsiasi ostacolo a ritenere l'appellabilità da parte del P.M. del provvedimento emesso dal g.i.p.

Peraltro, questo nuovo indirizzo, seguito da due pronunce della Quinta Sezione, nulla argomentava in ordine ai poteri decisori del giudice di appello, lasciando aperta la *querelle* che aveva caratterizzato le pronunce dei giudici di legittimità, prima dell'intervento delle Sezioni Unite Amato, ed era stato nuovamente superato da un *revirement* della giurisprudenza inaugurato da una decisione della Sesta Sezione¹⁶¹, che aveva ritenuto il mutato quadro giuridico circa il regime dell'appello non dirimente per superare le argomentazioni sviluppate dalla sentenza Amato, che dovevano al contrario ritenersi ancora valide (in particolare, si riteneva d'ostacolo alla tesi dell'appellabilità la competenza funzionale del giudice d'appello); la Corte aveva, inoltre, rilevato che l'art. 593, comma secondo, cod. proc. pen. non evoca le norme relative ai riti speciali e va "senza dubbio" riferito alle sentenze di proscioglimento rese all'esito del dibattimento, tra le quali non è annoverabile quella pronunciata ex art. 459, comma terzo, cod. proc. pen.: pertanto, non restava che la soluzione di ritenere applicabile l'art. 568, comma secondo, cod. proc. pen., a norma del quale le sentenze, quando non siano altrimenti impugnabili, sono soggette a ricorso per cassazione.

La **dottrina** non aveva dedicato particolare attenzione al tema.

Con la sentenza del **30 settembre – 3 dicembre 2010, n. 43055, Dalla Serra**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, ribadendo la tesi – già in precedenza fatta propria - , della ricorribilità per cassazione, ed affermando il principio così massimato:

Massima n. 248378

La sentenza di proscioglimento emessa dal giudice per le indagini

¹⁶⁰ Sez. III, n. 46646 del 17/10/2007, dep. 14/12/2007, P.G. in proc. Di Donna, rv. 238443.

¹⁶¹ Sentenza n. 31815 del 6/6/2008, dep. 29/7/2008, PG in proc. Fantini, Rv. 240926; nel medesimo senso, tra le varie decisioni "adesive", va segnalata Sez. V, n. 4341 del 9/12/2008, dep. 30/1/2009, P.G. in proc. Mazzotti, non massimata, che ha valorizzato la disparità di trattamento che si verrebbe a determinare ritenendo ammissibile il mezzo dell'appello (si potrebbero avere pronunce di condanna con la perdita per l'imputato di un grado di giudizio e dei benefici connessi), oltre alla necessità che l'appellabilità sia espressamente prevista, come si desumerebbe dall'intera previsione dell'art. 593 c.p.p.

preliminari investito della richiesta di decreto penale di condanna, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione.

Le Sezioni Unite hanno immediatamente evidenziato di avere già in passato risolto la questione controversa, con riferimento ad impugnazione del p.m., con la sentenza del 1993, P.M. in proc. Amato, affermando che il rimedio esperibile avverso la decisione con la quale il Giudice per le indagini preliminari, richiesto dell'emissione di decreto penale di condanna, abbia proscioltto l'imputato è il ricorso per cassazione; l'orientamento era stato seguito implicitamente da una successiva sentenza delle stesse Sezioni Unite¹⁶², che aveva ribadito l'impugnabilità con ricorso per cassazione della sentenza di proscioglimento nel merito, *ex art. 129, comma secondo, cod. proc. pen.* pronunciata dal Giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 459, comma terzo, cod. proc. pen.; l'orientamento era stato seguito in modo conforme per diversi anni da numerose pronunce¹⁶³.

Dopo il *revirement* intervenuto in virtù di una decisione della III sezione (la sentenza Di Donna, del 2007), che aveva ritenuto l'appellabilità della sentenza *ex art. 459, comma 3*, le Sezioni semplici della Corte di Cassazione avevano ripreso consapevolmente l'indirizzo inteso ad affermare la sola ricorribilità per cassazione della sentenza di proscioglimento¹⁶⁴.

Ed il Supremo collegio ha ritenuto che la tesi esposta dall'orientamento maggioritario, consolidatosi con il tempo, fosse condivisibile e dovesse essere confermata: *"invero, non è compatibile con il sistema delle impugnazioni, che è ispirato al criterio di tassatività dei mezzi relativi (art. 568, comma 1, cod. proc. pen.), l'impugnabilità della sentenza di proscioglimento, ex art. 459, comma 3, con il mezzo dell'appello. Infatti, l'appello, salvo le ipotesi stabilite dall'art. 604 cod. proc. pen. in cui il giudice di secondo grado può dichiarare la nullità della sentenza o del provvedimento del giudice di primo grado, non ha effetti rescindenti della decisione impugnata con la conseguente prosecuzione del giudizio in sede rescissoria; in principio, il giudice di appello può concludere il giudizio di impugnazione unicamente con pronuncia di conferma o riforma della sentenza di primo grado (art. 605 cod. proc. pen.)"*.

La non esperibilità dell'appello, nella ipotesi in esame, *"si palesa appunto giustificata in relazione all'incompetenza funzionale del giudice di appello ad emettere*

¹⁶² Sentenza n. 18 del 9/6/1995, dep. 25/10/1995, P.G. in proc. Cardoni, rv. 202374.

¹⁶³ V. tra le altre, Sez. 3, n. 1318 del 24/03/2000, dep. 25/05/2000, P.G. in proc. Jovanovic, rv. 217526; Sez. 5, n. 3874 del 25/09/2001, dep. 30/10/2001, P.G. in proc. Adulai, rv. 220051; Sez. 3, n. 14487 del 30/01/2003, dep. 31/03/2003, P.M. in proc. Colella, rv. 224455; Sez. 6, n. 47313 del 19/12/2005, dep. 29/12/2005, P.G. in proc. Boscani, non massimata.

¹⁶⁴ In tal senso, si è pronunciata, innanzitutto, la sentenza della sesta sezione del 2008, P.G. in proc. Fantini, e successivamente Sez. 6, n. 45679 del 12/11/2008, dep. 10/12/2008, P.G. in proc. Politano, rv. 241662; Sez. 5, n. 4387 del 09/12/2008, dep. 02/02/2009, P.G. in proc. Anello, rv. 242608; Sez. 5, n. 4341 del 09/12/2008, dep. 30/01/2009, P.G. in proc. Mazzotti, non massimata; Sez. 5, n. 14178 del 26/11/2009, dep. 13/4/2010, Bettega, rv. 246880.

decisione di annullamento della sentenza del Giudice per le indagini preliminari e contemporaneamente all'incompetenza ad emettere, nel caso di impugnazione del p.m., sentenza di condanna dell'imputato. Infatti, il giudice di appello non può incidere sulla regiudicanda con poteri di cognizione più ampi rispetto a quelli di cui è titolare il giudice di primo grado, il quale, ai sensi dell'art. 459 cod. proc. pen., ricevuta la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, può non accogliere la richiesta e restituire gli atti al p.m. ovvero pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129".

Se ne è desunto che, ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile, si debba fare riferimento necessariamente all'art. 568, comma 2, cod. proc. pen., il quale dispone che sono sempre soggette a ricorso per cassazione le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo a conflitto di giurisdizione o competenza a norma dell'art. 28 dello stesso codice: *"per contro, deve osservarsi, in riferimento al diverso avviso manifestato dalla sentenza della Sezione Terza Di Donna, che, comunque, il tenore dell'attuale art. 593, comma 2, cod. proc. pen. appare fare implicito richiamo alle sentenze di proscioglimento rese all'esito del dibattimento, tra le quali non è annoverabile quella pronunciata ex art. 459, comma 3".*

E' stato, pertanto, affermato il seguente principio di diritto: *"la sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di decreto penale di condanna, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione".*

Cap. 16

L'esecuzione delle pene

1. Il procedimento: principio della preclusione processuale e sopravvenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il mutamento di giurisprudenza intervenuto medio tempore con decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>.

Il contrasto era stato in fatto originato da una decisione delle Sezioni Unite¹⁶⁵ che, superando l'orientamento in precedenza dominante, aveva riconosciuto che *"l'indulto si applica anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate"*.

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, sulla questione rimessa alle Sezioni Unite - relativa alla possibilità di qualificare il mutamento di giurisprudenza come nuovo elemento di diritto idoneo a rendere ammissibile la riproposizione dell'istanza già respinta dal giudice dell'esecuzione – erano enucleabili due diversi orientamenti, peraltro entrambi specificamente formati in relazione a materie diverse da quella dell'applicazione dell'indulto.

L'**orientamento prevalente** affermava che il mutamento di giurisprudenza non rappresenta un elemento nuovo che consenta di riproporre la questione già respinta in un precedente procedimento di esecuzione, rimuovendo la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo"¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Sez. Un., n. 36527 del 10/07/07, dep. 23/09/08, Napoletano, rv. 240399.

¹⁶⁶ In questo senso si erano espresse Sez. I, n. 23817 del 11/03/09, dep. 09/06/09, Cat Berro, rv. 243810 (che in motivazione aveva precisato quanto segue: *"se è vero infatti che in sede esecutiva il principio della immodificabilità, valendo esso rebus sic stantibus, appare attenuato rispetto alla irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali, i limiti del riesame dei provvedimenti adottati in sede esecutiva (nonché di quelli cautelari e di sorveglianza) devono tuttavia ritenersi rigorosi e comunque subordinati di fatti nuovi o non considerati che incidano sulla situazione esecutiva in atto, fra i quali non possono certo essere annoverate prospettazioni diverse dei medesimi fatti ovvero evoluzioni giurisprudenziali di norme giuridiche già diversamente interpretate o applicate>>"; Sez. V, n. 25079 del 27/04/04, dep. 03/06/04, Giovannini, rv. 229868, per la quale *"il mutamento di giurisprudenza e, quindi, di interpretazione di una norma, non può essere considerato assimilabile al mutamento del dato normativo che darebbe, invece, origine ad una nuova questione di diritto"*; Sez. I, n. 1876 del 28/03/95, dep. 02/05/94, Marchesi, rv. 201624, per la quale *"i limiti del riesame di tali provvedimenti devono ritenersi rigorosi e subordinati alla sopravvenienza di fatti nuovi ovvero non considerati che incidono sulla situazione cautelare o esecutiva in atto: né può considerarsi fatto nuovo ma evoluzione giurisprudenziale di norma giuridica già diversamente applicata o una prospettazione diversa dei medesimi fatti, costituendo entrambe le ipotesi censure giuridiche, ormai precluse, ad una decisione definitiva"*.*

L'**opposto orientamento** riteneva che il mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale – e, segnatamente, quello concretatosi in una pronuncia delle Sezioni Unite – può integrare una nuova motivazione giuridica che rende ammissibile la riproposizione al giudice dell'esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata¹⁶⁷.

Con riguardo ai limiti della preclusione processuale nel procedimento di esecuzione, soffermandosi sulle caratteristiche di fondo del procedimento di esecuzione, la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito che anche in esso è operante il principio della preclusione processuale derivante dal divieto di *bis in idem*, nel quale si inquadra la regola dettata dall'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen.; tale preclusione processuale si applica qualora la successiva istanza "*sia fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto di quella precedente*", e quindi quando "*le questioni reiterate siano del tutto identiche a quelle già disattese*".

Nel definire il contenuto degli <<elementi nuovi>>, che consentono la reiterazione della richiesta, sono state utilizzate espressioni connotate da una notevole ampiezza semantica e da una vistosa elasticità applicativa, che non sembravano escludere, di per sé, l'ipotesi del mutamento giurisprudenziale: ad esempio, si era parlato di "*questioni che non hanno formato oggetto della precedente decisione*"¹⁶⁸, di "*motivi di diritto prima non dedotti*"¹⁶⁹, di "*nuove eccezioni ovvero medesime questioni fondate su presupposti di fatto e motivi di diritto diversi da quelli già presi in considerazione*"¹⁷⁰.

Significative indicazioni sulla *ratio* dell'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen. potevano essere tratte dalla relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, nella quale si rileva che "*l'assenza di preclusioni di sorta alla proposizione delle richieste, specie per quanto concerne il procedimento di sorveglianza, rende indispensabile, per ragioni di economia processuale, la previsione di un filtro. Ad evitare peraltro giudizi sommari, che pregiudichino i diritti del condannato, i presupposti della inammissibilità sono rigorosamente delimitati, in analogia a quanto previsto dall'art. 71-sexies della l. 354/75, al difetto delle condizioni di legge per la proposizione della richiesta e alla identità con altra richiesta già rigettata. A quest'ultimo riguardo va sottolineato che anche il decorso del tempo, ove assuma rilevanza (ad esempio, ai fini della valutazione del comportamento del*

¹⁶⁷ Sez. V, n. 15099 del 24/02/2004, dep. 30/03/04, Aragno, rv. 228764, per la quale, "*in tema di procedimento di esecuzione, l'inammissibilità prevista dall'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen. - nell'ipotesi in cui l'istanza dell'interessato si risolva in una mera riproposizione di una richiesta, fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto, già rigettata dal giudice dell'esecuzione - deve essere ictu oculi evidente. Ne deriva che è illegittima la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza proposta, ex art. 673 cod. proc. pen. (revoca della sentenza per abolizione del reato), che richiami un precedente delle Sezioni Unite, successivo alla pregressa declaratoria del giudice dell'esecuzione, in quanto, in tale ipotesi, non ricorrono i presupposti dell'identità dei motivi che legittimano l'inammissibilità de plano, trattandosi di questioni nuove, in quanto tali, necessariamente suscettibili di essere valutate prima della relativa declaratoria*".

¹⁶⁸ Sez. III, n. 5195 del 5/12/03, dep. 10/02/04, Prestianni, rv. 227329.

¹⁶⁹ Sez. V, n. 770 del 15/02/00, dep. 21/03/00, Sinibaldi G., rv. 215997.

¹⁷⁰ Sez. V, n. 3264 del 20/10/93, dep. 03/11/93, Colecchia, rv. 196033.

condannato per la concessione di misure alternative), consente la riproposizione della richiesta, essendo questa inammissibile solo ove sia, oltre che identica alla precedente, basata sui medesimi elementi. Contro la dichiarazione di inammissibilità è esperibile il ricorso per cassazione, che appare nella specie offrire piena garanzia, essendo i presupposti della decisione agevolmente controllabili in punto di diritto".

In **dottrina**, sulla questione relativa alla qualificazione giuridica della preclusione processuale operante nel procedimento di esecuzione si erano formati tre orientamenti:

(a) un orientamento riteneva che in relazione ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione fosse configurabile un <<giudicato allo stato degli atti>>, costituente espressione del principio del *ne bis in idem*;

(b) altro orientamento riteneva che non potesse farsi ricorso al concetto di <<giudicato>>, sia pure <<allo stato degli atti>> con riferimento ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione;

(c) un terzo orientamento riteneva che nel procedimento di esecuzione, pur non potendosi parlare di formazione del giudicato (poiché si tratta di decisioni formulate allo stato degli atti), si realizzasse comunque un effetto preclusivo operante *rebus sic stantibus*.

Quanto all'applicabilità o meno delle regole in materia di successione di norme penali (sostanziali e processuali) in presenza di un mutamento di giurisprudenza, appariva consolidato l'orientamento per il quale, in tal caso, non possono trovare applicazione né le regole dettate dall'art. 2 cod. pen. in materia di successione di norme penali sostanziali, né il principio *tempus regit actum*, che disciplina la successione nel tempo di norme processuali penali¹⁷¹.

Con la sentenza del **21 gennaio – 13 maggio 2010, n. 18288, P.G. in proc. Beschi**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 246651

Il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di

¹⁷¹ Sez. I, n. 27121 del 11/07/06, dep. 01/08/09, Aliseo, rv. 235265; Sez. I, n. 27858 del 13/07/06, dep. 03/08/06, La Cara, rv. 234978; Sez. I, n. 43239 del 14/10/09, dep. 12/11/09, Ferraro, non massimata; Sez. VI, n. 29684 del 26/05/08, dep. 16/07/08, Sorce ed altri, rv. 240455.

applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. (La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente osservato che *"è fuori discussione che, nel procedimento di esecuzione come in quello di sorveglianza (per il richiamo fatto dall'art. 678 c.p.p. alla stessa disciplina), opera il principio della preclusione processuale derivante dal divieto del bis in idem, nel quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, s'inquadra la regola dettata dal secondo comma dell'art. 666 c.p.p., che impone al giudice dell'esecuzione di dichiarare inammissibile la richiesta che sia mera riproposizione, in quanto basata sui <<medesimi elementi>>, di altra già rigettata"*.

Il problema di fondo che si pone, quindi, al di là del rilevato conflitto giurisprudenziale, *"peraltro molto circoscritto"*, è individuare l'esatta portata e i limiti di operatività della detta preclusione.

Al riguardo, si è premesso che il concetto di giudicato, così come elaborato con riferimento al processo di cognizione, viene impropriamente evocato in relazione ai provvedimenti adottati dal giudice dell'esecuzione, poiché nessuna norma del codice di rito (*"salva la precisazione di cui si dirà in seguito"*) consente *"di desumere l'efficacia preclusiva delle decisioni adottate dal giudice dell'esecuzione, le quali sono revocabili e, come tali, insuscettibili di passare in giudicato, posto che la competenza cognitiva di detto giudice ha carattere provvisorio"*, il che trova una convincente giustificazione sistematica nel divario strutturale esistente tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, tenuto conto delle peculiarità *"di accertamento giudiziale a contenuto limitato"* di quest'ultimo, *"le quali ostano ad una trasposizione tout court di concetti ed istituti propri del processo penale di cognizione, contraddistinto dall'accertamento del fatto oggettivo e della sua riferibilità all'imputato. La circostanza che nel procedimento di esecuzione non si ha mai un giudizio di merito sul fatto comporta necessariamente una diversa regolamentazione dell'efficacia preclusiva della decisione, nel senso che le richieste del soggetto interessato sono – di norma – suscettibili di essere riproposte in qualsiasi momento, con il solo limite, previsto dall'art. 666/2° c.p.p., che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui <<medesimi elementi>>".*

In tal modo si è inteso creare, per arginare richieste meramente dilatorie, un filtro processuale, necessario in un'ottica di economia ed efficienza processuale; la Relazione al Progetto preliminare del vigente codice di procedura penale precisa, peraltro, che i presupposti di operatività della preclusione sono rigorosamente delimitati, al fine di evitare valutazioni sommarie che possano pregiudicare i diritti dell'interessato.

L'art. 666, comma 2, c.p.p. "*inibisce, quindi, soltanto la reiterazione in executivis di una richiesta basata sui <<medesimi elementi>> di altra già rigettata*".

Naturalmente, la verifica del *repetita in idem* "non può prescindere da una comparazione tra le due richieste, per stabilire se la seconda, pur avendo ad oggetto lo stesso *petitum*, faccia leva o no su presupposti di fatto e/o su motivi di diritto diversi da quelli in precedenza apprezzati e, nell'affermativa, ritenerla conseguentemente ammissibile e non paralizzata dall'operatività della preclusione": e, nel caso oggetto del contrasto rimesso alle Sezioni Unite, la situazione di fatto è rimasta certamente immutata e non assume, pertanto, rilievo.

Con riguardo alla questione controversa, che impone di stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del Supremo Collegio di nomofilachia possa costituire quell'elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. <<giudicato esecutivo>>, a parere delle Sezioni Unite la soluzione positiva "*è imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*"¹⁷².

Si è, in proposito, ricordato che l'art. 7 della Convenzione EDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*: "*la richiamata norma, apparentemente <<debole>> e scarsamente <<incisiva>> rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem*¹⁷³, *il principio implicito della retroattività della legge meno severa*¹⁷⁴, *ed ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di <<legalità materiale>>, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione*".

Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, "*una relazione di tipo concorrenziale*" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa.

¹⁷² Corte cost., sentenze n. 349 del 2007, e n. 239 del 2009.

¹⁷³ Corte EDU, sentenza n. 32492 del 1996, Coeme ed altri c/ Belgio.

¹⁷⁴ Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c/ Italia.

E la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza: *"in definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma <<vivente>>, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici"*.

Le posizioni della Corte EDU sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. "diritto vivente" risultano in armonia con la giurisprudenza costituzionale¹⁷⁵.

Le considerazioni sin qui svolte *"legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo <<elemento di diritto>>, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il <<diritto vivente>>. Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che – come si è detto – ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva"*.

In realtà, *"l'intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo e offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata"*.

¹⁷⁵ Il sintagma *"diritto vivente"* era apparso per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974, per focalizzare la figura - già elaborata in precedenti decisioni - della *"norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici"* (sentenza n. 3 del 1956), e *"come vive nella realtà concreta"* (sentenza n. 198 del 1972); è al *"diritto vivente"*, infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari. La nozione di *"diritto vivente"* è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario: tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire *"quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini"*. Per le decisioni di legittimità predomina sul *"criterio quantitativo"* quello *"qualitativo del grado"* e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente *"anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite"*, posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (Corte cost., sentenze n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977).

La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena e alla risocializzazione del condannato (si pensi all'accesso alle misure alternative alla detenzione), con l'effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s'impone, alla luce del novum interpretativo, diventato <<diritto vivente>>, la rivalutazione della posizione del condannato.

L'opposta conclusione violerebbe il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., perché comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell'indulto.

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, *"non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata quaestio iuris, legittima, (...), il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p. Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole)".*

2. Misure alternative alla detenzione: le formalità necessarie per la dichiarazione o elezione di domicilio del condannato.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di misura alternativa alla detenzione o di altro provvedimento attribuito alla competenza della magistratura di sorveglianza, la dichiarazione o elezione di domicilio possano essere validamente effettuate, oltre che personalmente dallo stesso condannato, anche dal difensore>>.

La giurisprudenza aveva ravvisato la *ratio* dell'art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen. principalmente *"nella necessità di assicurare ab origine il rapporto tra condannato ed organi giurisdizionali del procedimento di sorveglianza, che per la sua peculiare natura e funzione propone specifiche esigenze di interconnessione ai fini di una*

*costante verifica dell'andamento e dell'esito delle misure alternative*¹⁷⁶, ovvero *"nell'esigenza di evitare lungaggini e ricerche nella fase di fissazione dell'udienza camerale"*¹⁷⁷ e di rendere pertanto *"più spedito il procedimento davanti alla magistratura di sorveglianza"*¹⁷⁸ - procedimento caratterizzato dall'urgenza¹⁷⁹ - e comunque di *"agevolare la trattazione della domanda"*¹⁸⁰.

Si riteneva pacificamente che si trattasse di un *"un obbligo assoluto"*, il cui adempimento prescindeva dal fatto che agli atti ed in precedenti fasi processuali risultasse il domicilio del condannato; conseguentemente, veniva ritenuta irrilevante ogni precedente dichiarazione o elezione di domicilio¹⁸¹.

L'**orientamento dominante** riteneva inidonea la mera <<indicazione>> dell'indirizzo anagrafico, in quanto, pure senza il ricorso a formule sacramentali, si riteneva essenziale, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, che il condannato esprimesse con chiarezza - così richiesto dall'art. 161 c.p.p. - la propria volontà che il luogo da lui indicato venisse considerato come quello nel quale egli desiderava che venissero effettuate le comunicazioni o notificazioni a lui destinate¹⁸²; si considerava, inoltre, univocamente necessaria la dichiarazione od elezione di domicilio *ex art. 677, comma 2 bis* c.p.p. anche nell'ipotesi di istanza presentata dal difensore¹⁸³.

Ugualmente dominante era l'orientamento per il quale l'obbligo *de quo* ineriva ad un atto personale, non delegabile al difensore, e comunque non surrogabile dalla mera indicazione di un domicilio nell'istanza sottoscritta e presentata dal difensore¹⁸⁴; in senso contrario, ma in difetto di specifiche argomentazioni, un isolato precedente aveva ritenuto validamente presentata l'istanza proposta dal difensore del ricorrente, contenente l'indicazione del domicilio di quest'ultimo, in quanto tale indicazione poteva *"essere ritenuta equipollente alla dichiarazione di domicilio richiesta dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p."*¹⁸⁵.

¹⁷⁶ Sez. I, n. 23907 del 10/03/04, dep. 25/05/04, Cisterna, rv. 229251; Sez. I, n. 8834 del 10 gennaio 2006, Amoruso, non massimata.

¹⁷⁷ Sez. I, n. 37377 del 25/09/07, dep. 11/10/2007, Avdiaj, non massimata; Sez. I, n. 15425 del 16/03/04, dep. 31/03/04, Larocca, rv. 227758; Sez. I, n. 23510 del 22/04/04, dep. 19/05/04, Scardino, rv. 228135.

¹⁷⁸ Sez. I, n. 34345 del 11/05/05, dep. 26/09/05, Elkhinni, rv. 232411; Sez. I, n. 9678 del 19/02/04, dep. 02/03/04, Ronga, rv. 227233.

¹⁷⁹ Sez. I, n. 21359 del 21/04/04, dep. 5/05/2004, Sanzo, non massimata; Sez. I, n. 21351 del 18/05/05, dep. 7/06/2005, Piscopo, non massimata.

¹⁸⁰ Sez. I, n. 14934 del 25/02/04, dep. 26/03/2004, Sollo, non massimata; Sez. I, n. 14935 del 25/02/04, Izzo, non massimata.

¹⁸¹ Sez. I, n. 8739 del 28/01/04, dep. 26/02/04, Improta, non massimata; Sez. I, n. 15958 del 12/03/04, Savarese, non massimata.

¹⁸² Sez. I, n. 42290 del 19/10/04, dep. 31/03/2004, Curci, non massimata; Sez. I, n. 15429 del 16/03/04, dep. 31/03/04, Marrella, rv. 227760.

¹⁸³ Sez. I, n. 15425 del 16/03/04, cit.; Sez. I, n. 18492 del 26/04/06, dep. 25/05/2006, Gliori, non massimata.

¹⁸⁴ Sez. I, n. 25666 del 13/02/04, dep. 8/06/2004, Guarino, non massimata; Sez. I, n. 18492 del 26/04/06, cit.

¹⁸⁵ Sez. I, n. 15330 del 12 marzo 2004, dep. 30/03/2004, Poggi, non massimata.

La questione oggetto del contrasto presentava molti **punti di convergenza** con quella decisa dalle Sezioni Unite all'udienza del 29 ottobre 2009¹⁸⁶, avente ad oggetto la validità della richiesta di oblazione – pur ritenuta atto personalissimo dell'imputato – presentata dal difensore non munito di procura speciale: in quella occasione, le Sezioni Unite avevano desunto argomenti in favore della tesi affermativa dal principio generale sancito dall'art. 99 c.p.p. e dalla tassatività delle deroghe ivi previste, nonché dalla contraddittorietà di un sistema che attribuisse al difensore la possibilità di presentare l'atto di opposizione e (contestualmente) la domanda di oblazione, richiedendo al contempo – per una <<parte>> di quello stesso atto – il rilascio di una procura speciale.

La **dottrina** dominante riteneva che l'obbligo derivante dall'art. 677, comma 2-*bis*, c.p.p. fosse riferito alle sole istanze presentate dall'interessato e, stante il tenore letterale della disposizione, non potesse essere esteso *in malam partem* al caso in cui l'istanza fosse avanzata dal difensore, negandosi in tal modo quel ruolo attivo del difensore che gli consente – in mancanza di una riserva espressa a favore dell'assistito – di sopperire con la propria attività alle inerzie dell'interessato, riducendolo a mero tramite della volontà della parte.

Con la sentenza del **17 dicembre 2009 – 19 maggio 2010, n. 18775, Mammoliti**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 246720

La richiesta di misura alternativa alla detenzione, ai sensi dell'art. 656, comma sesto, cod. proc. pen., deve essere corredata, a pena di inammissibilità, anche se presentata dal difensore, dalla dichiarazione o dalla elezione di domicilio effettuata dal condannato non detenuto. (In motivazione la Corte ha chiarito che il principio non trova applicazione per il condannato latitante o irreperibile).

Le Sezioni Unite hanno premesso che la risoluzione della questione comportava necessariamente un'analisi del procedimento di sorveglianza e della normativa che lo regola, non limitata alla norma più direttamente investita dal contrasto interpretativo segnalato nell'ordinanza di rimessione.

Si è, in proposito osservato che il procedimento di sorveglianza è regolato, atteso l'espresso richiamo contenuto nell'art. 678 cod. proc. pen., dagli artt. 666 e 667 cod. proc. pen., dettati per il procedimento di esecuzione, salvo alcune previsioni particolari

¹⁸⁶ Sez. Un., n. 47923 del 29/10/09, dep. 15/12/09, D'Agostino, rv. 244819–20.

(artt. 677, comma 2-bis, e 678, commi secondo e terzo, cod. proc. pen.), derivanti dall'oggetto della materia e dalla competenza distrettuale del Tribunale.

Anche nell'ambito del procedimento di sorveglianza trova dunque applicazione l'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen., secondo il quale il giudice competente dichiara inammissibile la richiesta che *<<appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi>>*.

Questa situazione si verifica, quanto al primo profilo (l'unico rilevante ai fini della risoluzione del contrasto), quando difettino quei presupposti o requisiti che discendono direttamente dalla legge e la cui mancanza – in negativo o in positivo – è di immediata percezione, e non implica alcuna valutazione discrezionale da parte del giudice, così da rendere superfluo il contraddittorio sul punto.

Tra le *"condizioni di legge"* rientra certamente l'obbligo, posto a carico del condannato non detenuto dall'art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen. e sancito a pena di inammissibilità *<<di fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio con la domanda con la quale chiede una misura alternativa alla detenzione o altro provvedimento attribuito dalla legge alla magistratura di sorveglianza>>*: e ciò anche nelle ipotesi di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., come risulta dalla lettera del suddetto comma che richiede, senza distinguere tra domanda presentata direttamente dal condannato ovvero dal suo difensore, che l'istanza volta ad ottenere la concessione di una misura alternativa sia *<<corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie>>*, dovendosi ricomprendere tra le *<<indicazioni>>* che la domanda deve contenere, in mancanza di espressa deroga, quella di cui al citato art. 677, comma 2-bis, c.p.p., richiesta in generale per tutte le istanze concernenti il procedimento di sorveglianza; deve altresì tenersi presente che siffatta indicazione non è suscettibile di integrazione successiva, prevedendosi al comma 6 dell'art. 656 c.p.p. soltanto la possibilità di integrare la *<<documentazione>>* mancante, ma non anche le *<<indicazioni>>*.

La *ratio* della disposizione prevista dall'art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen. va individuata, a parere delle Sezioni Unite, nella finalità *"di rendere più spedito il procedimento davanti alla magistratura di sorveglianza, disponendo di un domicilio certo presso il quale procedere alle notifiche, e di evitare, conseguentemente, la possibilità di improprie sottrazioni del condannato alla corretta esecuzione, nelle forme e modalità di legge, delle sentenze di condanna a pena detentiva"*.

Conseguentemente, si è ritenuto che la previsione di cui al più volte richiamato art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen. sia tassativa (come, peraltro, si evince dal dettato legislativo che prescrive l'indicazione *<<a pena di inammissibilità>>*): è stato, quindi, escluso che l'obbligo incombente sul condannato non detenuto possa essere assolto attraverso il *<<recupero>>* di indicazioni equipollenti pur desumibili dagli atti processuali (quali le mere indicazioni circa il domicilio o la residenza dell'istante), o che

possano considerarsi valide precedenti dichiarazioni o elezioni di domicilio. Esse, valide, ai sensi dell'art. 164 cod. proc. pen., per ogni stato e grado del giudizio di cognizione, perdono efficacia in relazione al procedimento di esecuzione e di sorveglianza: *"questi procedimenti, non costituiscono, infatti, una fase od un grado del procedimento di cognizione, ma sono del tutto autonomi, con la conseguenza che la dichiarazione o la elezione di domicilio effettuata nel giudizio di cognizione non è suscettibile di <<trasmigrazione>> nel procedimento esecutivo ed in quello di sorveglianza"*.

L'unica eccezione a tale principio è quella prevista dall'art. 656, comma quinto, cod. proc. pen. per la notificazione al condannato ed al difensore dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione della esecuzione della pena emessa dal P.M.: *"ma tale eccezione trova la sua logica giustificazione proprio nella necessità di pervenire in tempi brevi all'esecuzione della condanna, sia disponendo la carcerazione, momentanea sospesa, sia rendendo possibile l'applicazione di una delle misure alternative, per cui si presume, proprio per la quasi contemporaneità dell'irrevocabilità della sentenza con la sua esecuzione, che la notificazione presso i luoghi indicati nel procedimento di cognizione possa accelerare la complessa procedura di esecuzione delle pene <<brevi>>"*.

Ciò premesso, e tenuto altresì conto del richiamo operato dalla norma in esame alle disposizioni dell'art. 161 cod. proc. pen. *<<in quanto compatibili>>*, le Sezioni Unite hanno affermato che, *"ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di cui si discute, non è richiesta l'adozione di formule sacramentali e che (...) sia solo necessario che l'indicazione esprima con chiarezza la volontà del condannato in ordine al luogo ove egli intende ricevere la notificazione degli avvisi"*.

Quello che maggiormente rileva, a parere delle Sezioni Unite, è, tuttavia, *"la riconducibilità all'imputato della relativa manifestazione di volontà, riconducibilità assicurata dalla dichiarazione <<raccolta a verbale>> ovvero dalle altre modalità indicate dall'art. 162, comma 1, c.p.p., che convergono nel riconoscere la natura strettamente personale dell'atto di elezione o dichiarazione di domicilio"*.

Le precedenti riflessioni, svolte alla stregua dell'analisi letterale e logico-sistematica della normativa di riferimento, conducono dunque ad affermare *"che la richiesta di misura alternativa proposta ai sensi dell'art. 656, comma 6, c.p.p. deve essere corredata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione o dalla elezione di domicilio del condannato prevista dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p.; che tale obbligo non può essere assolto con modalità diverse da quelle previste; che l'obbligo in questione sussiste pur quando l'istanza sia presentata dal difensore, a meno che il condannato risulti in atti irreperibile o latitante"*.

SEZIONE III

LE MISURE DI PREVENZIONE

Cap. 17

Il procedimento di prevenzione

1. Utilizzabilità di intercettazioni dichiarate inutilizzabili in sede di cognizione: rinvio.

Si rinvia in proposito al cap. 11, § 2.

2. Omessa sottoscrizione del provvedimento per impedimento del Presidente.

Le Sezioni Unite erano state chiamate a decidere, nel corso dell'anno 2009,

<<se la mancata sottoscrizione del provvedimento di prevenzione da parte del Presidente del Collegio, erroneamente considerato impedito, ne determini la nullità, estesa anche all'intero giudizio, ovvero compori solo la restituzione degli atti al giudice per l'integrazione del provvedimento e per il suo deposito".

La sentenza **29 ottobre 2009 – 8 gennaio 2010, n. 600, Galdieri** non ha esaminato la questione, avendo rilevato la mancanza del presupposto dell'erronea considerazione dell'impedimento; le motivazioni sono divenute note nel corso dell'anno 2010.

La questione era stata rimessa dalla Prima sezione penale, sul rilievo dell'esistenza di contrasto giurisprudenziale in ordine alla configurabilità del trasferimento ad altra sede del presidente del collegio giudicante come impedimento legittimante, a norma dell'art. 546, comma secondo, cod. proc. pen., la sottoscrizione del decreto di prevenzione da parte del solo componente più anziano. In caso di risposta negativa, e cioè di impedimento erroneamente ritenuto, si sarebbe dovuta vagliare, a giudizio della sezione rimettente, l'eventuale invalidità del provvedimento per mancanza di sottoscrizione e, in caso affermativo, l'estensione di tale nullità all'intero giudizio o, in alternativa, l'obbligo di restituzione degli atti al giudice per l'integrazione del provvedimento e per il suo deposito.

Ciò premesso, le Sezioni unite hanno osservato che, data la natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione, il decreto con cui questo si conclude ha natura di

sentenza¹⁸⁷, con la conseguenza che ad esso si applicano le disposizioni relative ai requisiti indicati dall'art. 546 cod. proc. pen., tra cui quello della sottoscrizione del giudice (comma 1, lett. g), derivandone la nullità (comma 3) in caso di omissione, giacché le regole dettate da tale norma sono espressione di un principio generale valido per ogni atto giurisdizionale collegiale.

Il principio è stato così massimato¹⁸⁸:

Massima n. 245174

Il decreto che conclude il procedimento di prevenzione ha natura di sentenza e, pertanto, ad esso si applicano le disposizioni relative ai requisiti indicati, per quest'ultima, nell'art. 546 cod. proc. pen., tra cui quello della sottoscrizione del giudice, la cui mancanza ne determina la nullità.

Dopo questa premessa, le Sezioni unite hanno ritenuto che l'impedimento del presidente di un organo collegiale, al quale si riferisce l'art. 546, comma secondo, cod. proc. pen., in quanto alternativo alla morte – fatto impeditivo in assoluto –, per poter legittimare la sottoscrizione del provvedimento da parte del giudice più anziano, deve essere connotato da effettività, serietà, gravità e durata. Così definito il concetto, non ancorato a casi empirici, come nell'elaborazione giurisprudenziale sin qui memorizzata, quello occorso nel caso di specie, consistito nel fatto che il presidente non aveva potuto sottoscrivere il decreto per trasferimento ad altra sede, non si potrebbe ritenere tale di per sé, non interdiciendo *de iure* la sottoscrizione in questione, ma in concreto può costituire un impedimento di fatto da accertare nel singolo caso.

Con riferimento al ricorso oggetto del loro esame, le Sezioni unite hanno ritenuto che il membro più anziano del collegio, dopo avere valutato il tipo e l'entità dell'impedimento e avere verificato che il trasferimento in altra sede del presidente integrava, in concreto, un impedimento che non gli aveva consentito di apporre la sottoscrizione, avesse compiuto un apprezzamento della situazione di fatto tale da rendere necessaria la sua sottoscrizione per il presidente: apprezzamento sottratto al sindacato di legittimità, non rientrando nei poteri della Corte il controllo sulla funzione

¹⁸⁷ Sez. VI, n. 11662 del 02/02/2006, dep. 04/04/06, Castelluccia, rv. 233828; Sez. V, n. 40995 del 30/10/2002, dep. 05/12/2002, Ferrara, rv. 223218. Sul presupposto dell'assimilabilità del decreto di prevenzione alla sentenza, queste decisioni avevano ritenuto che, in caso di annullamento con rinvio del decreto emesso dalla Corte d'appello, gli atti andassero trasmessi ad altra sezione della stessa Corte. Peraltro, non erano mancate, in epoca più risalente, decisioni di segno diverso, essendosi ritenuto che la regola fissata dall'art. 623, comma 1, lett. c), c.p.p. operasse solo per le sentenze (Sez. VI, n. 2226 del 3 giugno 1997, dep. 24/07/1997, Magliulo, rv. 209114; Sez. VI, n. 1106, del 13 marzo 1996, dep. 04/06/2006, Manfredini, rv. 205654).

¹⁸⁸ In tal senso, in precedenza, v. anche Sez. VI, n. 11662 del 02/02/2006, dep. 04/04/06, Castelluccia, rv. 233828; Sez. V, n. 40995 del 30/10/2002, dep. 05/12/2002, Ferrara. In senso difforme, Sez. VI, n. 2226 del 3 giugno 1997, dep. 24/07/1997, Magliulo, rv. 209114, e Sez. VI, n. 1106 del 13 marzo 1996, dep. 04/06/1996, Laudani, rv. 205654.

certificatrice del giudice anziano esercitata dopo una verifica congrua e plausibile della ricorrenza oggettiva dell'impedimento.

Il relativo principio è stato così massimato¹⁸⁹:

Massima n. 245175

Ai fini della legittimazione alla sottoscrizione del provvedimento collegiale da parte del giudice più anziano del collegio, l'impedimento, diverso dalla morte, di cui fa menzione l'art. 546, comma 2, cod. proc. pen., deve essere effettivo, serio, grave e duraturo. (Nella specie il trasferimento ad altra sede del presidente del collegio non è stato ritenuto, di per sé, ostacolo giuridico alla sottoscrizione, pur non potendosi escludere che possa esserlo di fatto, sulla base di accertamento da condurre nel singolo caso; in applicazione di tale principio la Corte, preso atto dell'intervenuta valutazione, in concreto, della sussistenza dell'impedimento da parte del componente più anziano del collegio, ha ritenuto inammissibile la censura proposta).

¹⁸⁹ Va considerato che anche la giurisprudenza civile di legittimità ha evidenziato come non possa non attribuirsi rilievo alla valutazione concreta dell'impedimento da parte del giudice che ne ha attestato la sussistenza (Sez. III, 16 giugno 2003, n. 9616, rv. 564276; Sez. lav., 4 febbraio 1997, n. 1028, rv. 502174).

PARTE II

LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 18 Le circostanze

1. Concorso di circostanze. I limiti del sindacato di legittimità sul giudizio di comparazione.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 18 marzo 2010, n. 10713, Contaldo**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 245931

Le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale tipica del giudizio di merito, sfuggono al sindacato di legittimità qualora non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico e siano sorrette da sufficiente motivazione, tale dovendo ritenersi quella che per giustificare la soluzione dell'equivalenza si sia limitata a ritenerla la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto¹⁹⁰.

Nella specie, è stato ritenuto sufficiente a giustificare la soluzione della equivalenza, l'implicito riferimento ad una valutazione complessiva dell'episodio criminoso e della personalità dell'imputato, che si traduce in sostanza in un giudizio di non meritevolezza di un trattamento sanzionatorio ancor più mite (la Corte territoriale, una volta riconosciute le circostanze attenuanti generiche e la loro equivalenza, aveva determinato la pena detentiva nel minimo edittale previsto per l'ipotesi non aggravata di estorsione, operando, poi, la diminuzione, quasi nel massimo, per l'attenuante della dissociazione), tanto più che i motivi di appello non avevano dedicato argomentazioni specifiche alla richiesta di prevalenza, concentrando le doglianze sul fatto che il primo giudice non avesse compreso, negando il riconoscimento delle circostanze attenuanti

¹⁹⁰ In precedenza, era già consolidato l'orientamento secondo il quale le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale tipica del giudizio di cognizione, sfuggono al sindacato di legittimità qualora non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico (Sez. III, n. 26908 del 22 aprile 2004, dep. 16/04/2004, Ronzoni, rv. 229298) e siano sorrette da sufficiente motivazione (Sez. I, n. 5697 del 28 gennaio 2003, dep. 06/02/2003, Di Giulio, rv. 223442), tale dovendo considerarsi l'aver ritenuto la soluzione della equivalenza come la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto (Sez. IV, n. 25532 del 23 maggio 2007, dep. 04/07/2007, Montanino, rv. 236992).

generiche, che esse avevano funzione del tutto diversa da quella riservata all'attenuante della dissociazione.

Cap. 19 La punibilità

1. Cause di estinzione del reato e della pena. La rinuncia alla prescrizione.

Le Sezioni unite (**sentenza 30 settembre – 3 dicembre 2010, n. 43055, Dalla Serra**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 245931

La rinuncia alla prescrizione richiede una dichiarazione di volontà espressa e specifica che non ammette equipollenti, e che, pertanto, non si può desumere implicitamente dalla mera proposizione del ricorso per cassazione. (Fattispecie nella quale l'imputato, senza espressa rinuncia alla prescrizione, aveva proposto ricorso per cassazione contro la declaratoria di estinzione del reato pronunciata dal G.i.p. cui era stato richiesto decreto penale di condanna)¹⁹¹.

1.1. Segue. La sospensione della prescrizione in caso di differimento dell'udienza per legittimo impedimento delle parti o dei difensori.

Sempre in tema di prescrizione, le Sezioni unite (**sentenza 30 settembre – 7 dicembre 2010, n. 43428, Corsini**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 248383

Ai fini del calcolo dei termini di prescrizione del reato, deve tenersi conto della disposizione per cui, in caso di sospensione del processo per impedimento dell'imputato o del suo difensore, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, soltanto con riguardo ai rinvii disposti dopo la sua

¹⁹¹ Nel medesimo senso già Sez. 1, n. 18391 del 13/03/2007, dep. 15/05/2007, Cariglia, rv. 236576; Sez. 5, n. 3548 del 26/11/2009, dep. 27/01/2010, Collura, rv. 245841; Sez. 3, n. 14331 del 04/03/2010, dep. 15/04/2010, Cardinali, rv. 246608.

introduzione, avvenuta con l. 5 dicembre 2005, n. 251.

Tale conclusione è imposta *“dalla sua natura di norma rivolta al giudice, cui è inibito di differire l'udienza, per impedimento delle parti o dei difensori, «oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento», limite al cui rispetto non poteva evidentemente essere chiamato né tenuto prima che la disposizione esistesse”*¹⁹².

Si è anche osservato che *“il novellato disposto dell'art. 159, comma primo, n. 3, cod. pen. non può applicarsi al di fuori delle ipotesi ivi espressamente previste («impedimento delle parti o dei difensori») e, quindi, in particolare, per quanto rileva ai fini in discorso, ai rinvii disposti per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali o per concomitante impegno professionale del difensore”*¹⁹³.

¹⁹² Non si fa carico di tale decisivo rilievo e non può quindi essere condivisa l'opposta conclusione seguita da Sez. 5, n. 12766 del 16/02/2010, dep. 01/04/2010, rv. 246877.

¹⁹³ In tal senso, specifico riferimento alla prima ipotesi, Sez. 5, n. 18071 del 08/02/2010, dep. 12/05/2010, Piacentino, rv. 247142; Sez. 5, n. 44924, del 14/11/2007, dep. 03/12/2007, Marras, rv. 237914; Sez. 3, n. 4071 del 17/10/2007, dep. 28/01/2008, Regine, Rv. 238544; Sez. 2, n. 20574 del 12/02/2008, dep. 22/05/2008, Rosano, Rv. 239890; Sez. I, n. 25714 del 17/06/2008, dep. 25/06/2008, Arena, Rv. 240460; Sez. 5, n. 33335 del 23/04/2008, dep. 11/08/2008, Inserra, Rv. 241387; con specifico riferimento alla seconda ipotesi, Sez. 1, n. 44609 del 14/10/2008, dep. 01/12/2008, Errante, Rv. 242042.

Cap. 20

Le conseguenze civili del reato

1. La legittimazione attiva.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246589

È configurabile in capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri, con riferimento al reato di corruzione in atti giudiziari, il danno, di natura non patrimoniale, derivante dalla lesione degli interessi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione della giustizia. (Fattispecie di falsa deposizione resa nell'ambito di un processo penale).

Si è premesso che, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza civile¹⁹⁴, la risarcibilità del danno non patrimoniale è ammessa, oltre che nelle ipotesi espressamente previste da una norma di legge, nei casi in cui il fatto illecito vulneri diritti inviolabili costituzionalmente protetti, purché l'offesa arrecata al diritto sia grave e il pregiudizio sia serio, e che il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato (a tal fine il giudice può fare ricorso a presunzioni, ma il danneggiato dovrà comunque allegare tutti gli elementi dai quali sia possibile desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio subito).

Con specifico riferimento al caso di specie, si è poi ritenuto che l'imputato (cui era stato addebitato il reato di corruzione in atti giudiziari, per aver reso falsa testimonianza dinanzi all'Autorità Giudiziaria), con il suo comportamento configurante reato, avesse cagionato alla Pubblica Amministrazione un danno di natura non patrimoniale, riconoscibile anche per le persone giuridiche¹⁹⁵, derivante dalla lesione degli interessi di imparzialità e di buon andamento dell'Amministrazione della giustizia

¹⁹⁴ Sezioni Unite civili, sentenze 11 novembre 2008, nn. 26972-975, e 16 febbraio 2009, n. 3677.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, a parere della quale la lesione del diritto della persona giuridica all'integrità della propria immagine è causa di danno non patrimoniale risarcibile, sia sotto il profilo della sua considerazione presso i consociati in genere o presso quei settori con i quali l'ente interagisce, sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che la sminuita considerazione cagiona nell'agire delle persone fisiche dei suoi organi.

(rappresentata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri), risultando seriamente leso un diritto inviolabile riconosciuto dalla Costituzione.

Cap. 21

I delitti contro la pubblica amministrazione

1. Corruzione. Il momento consumativo.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246583

Il delitto di corruzione si perfeziona alternativamente con l'accettazione della promessa ovvero con la dazione - ricezione dell'utilità, e tuttavia, ove alla promessa faccia seguito la dazione-ricezione, è solo in tale ultimo momento che, approfondendosi l'offesa tipica, il reato viene a consumazione.

(Nella specie, relativa a promessa e successiva dazione di somma di denaro mediante il versamento della stessa in un conto societario non intestato all'imputato, il momento consumativo è stato individuato in quello di utilizzazione di fatto della somma quale comportamento da lui tenuto "*uti dominus*")¹⁹⁶.

Il Supremo collegio ha condiviso e ribadito l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale il tema della consumazione del reato di corruzione, ivi compresa la fattispecie di corruzione in atti giudiziari, è stato affrontato e risolto attraverso la categoria del duplice schema (utilizzata anche nei delitti contro il patrimonio per i quali assume parimenti rilievo il profilo dell'approfondimento dell'offesa tipica per mezzo dell'effettiva realizzazione dell'arricchimento: "*deve rifiutarsi, pertanto, la tesi secondo cui la consumazione si collocherebbe al momento di perfezionamento dell'accordo, relegando la dazione effettiva, rateizzata o meno, nell'area del post factum non punibile. Va osservato, invece, che le norme sulla corruzione, incriminando anche la semplice promessa di denaro al pubblico ufficiale che l'accetta, anticipano la soglia della punibilità per una tutela rafforzata del bene protetto. Tanto, però, non può significare che l'effettiva ricezione di quanto ha formato oggetto della promessa e*

¹⁹⁶ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. VI, n. 5312 del 7/02/1996, Sportelli, rv. 205073; Sez. VI, n. 7555 del 26 marzo 1996, dep. 26/07/1996, Gerbato ed altri, rv. 205881; Sez. VI, n. 10851 del 8/11/1996, dep. 17/12/1996, Malossini ed altri, rv. 206224; Sez. VI, n. 4300 del 19/03/1997, dep. 09/05/1997, Carabba, rv. 208886; Sez. VI, n. 2894 del 5/02/1998, dep. 06/03/1998, Lombardi, rv. 210382; Sez. VI, n. 1167/99 del 21 ottobre 1998, dep. 28/01/1999, Maraffi ed altri, rv. 213331; Sez. VI, n. 23248 del 7/02/2003, dep. 05/10/2006, Zanotti ed altri, rv. 225669; Sez. VI, n. 334354 del 4/5/2006, dep. 05/10/2006, Battistella ed altri, rv. 234360; Sez. VI, n. 351189 del 9/7/2007, dep. 20/09/2007, Fezia, rv. 237288. In senso contrario, Sez. VI, n. 26071 del 26/4/2004, dep. 09/06/2004, P.M. in proc. Medici, rv. 229780.

dell'accettazione sia elemento estraneo alla fattispecie, non potendosi minimizzare un aspetto centrale della condotta antiggiuridica".

Il reato di corruzione, nelle varie forme in cui è disciplinato, può attuarsi attraverso due distinte autonome ipotesi fattuali, quella della dazione e quella della promessa accettata, con le quali rispettivamente coincide, se rimangono alternative, il momento consumativo del reato: *"la sola promessa accettata, però, assume una propria autonomia ed è idonea a fissare il momento consumativo nelle sole ipotesi in cui non è seguita dalla dazione-ricezione, perché, ove quest'ultima segua alla promessa, si verificano l'approfondimento dell'offesa tipica e lo spostamento in avanti del momento consumativo".*

Il delitto di corruzione può pertanto realizzarsi:

(a) ordinariamente, con lo schema "promessa seguita dalla dazione";

(b) ovvero in forma contratta o sussidiaria, con lo schema "promessa non seguita dalla dazione".

Secondo lo schema principale, il reato si realizza attraverso due essenziali attività, legate tra loro e l'una funzionale all'altra: l'accettazione della promessa e il successivo ricevimento dell'utilità: *"quest'ultimo tratto di condotta cristallizza nel tempo la consumazione del reato, che assume caratteristiche assimilabili a quelle del reato progressivo, verificandosi una sorta di passaggio necessario da un minus (la promessa) ad un maius (la dazione), e risultando offeso con gravità crescente un medesimo bene giuridico. La promessa accettata, quando è seguita dalla dazione-ricezione, resta assorbita in questa e perde la sua autonomia. È pur vero che la dazione non presuppone necessariamente la promessa, ma è altrettanto vero che, se le parti scelgono di percorrere l'iter promessa-dazione, la prima diventa un atto prodromico della seconda e ad essa si salda e con essa si confonde, concorrendo sostanzialmente entrambe, in progressione, al completamento della fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti".*

Si è, quindi, conclusivamente affermato che *"il legislatore ha inteso punire, in primo luogo, il fatto della dazione o effettiva prestazione, come momento di maggiore concretezza dell'attività corruttiva nel quale rimane assorbita e si confonde l'eventuale promessa preventiva, e soltanto in via sussidiaria, ove l'anzidetto aspetto fattuale non si verifichi, la promessa accettata".*

2. Millantato credito. La natura giuridica e l'elemento oggettivo dell'ipotesi di cui all'art. 346, comma 2, c.p.

Le Sezioni unite (**sentenza 21 gennaio – 2 aprile 2010, n. 12822, Marcarino**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246270

In tema di millantato credito, ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen. (che costituisce autonomo titolo di reato e non circostanza aggravante del reato previsto dal comma primo dello stesso articolo), è irrilevante che l'iniziativa parta dalla persona cui è richiesto di corrispondere il denaro o l'utilità, né occorre che l'agente indichi nominativamente i funzionari o impiegati i cui favori devono essere comprati o remunerati¹⁹⁷.

Il Supremo collegio ha premesso il bene interesse tutelato dal reato *de quo* va individuato nel retto ed imparziale funzionamento della Pubblica Amministrazione, ed ha successivamente ritenuto che, *"per integrare la fattispecie tipica, ed in particolare l'ipotesi – ravvisata nei casi di specie nella forma tentata – prevista dal secondo comma dell'art. 346 (che costituisce ipotesi autonoma di reato e non aggravante) – è irrilevante che l'iniziativa parta dalla persona cui è richiesto di corrispondere il denaro o l'utilità, e neppure è richiesto che l'agente indichi nominativamente i funzionari o impiegati che devono essere comprati o remunerati"*.

3. Sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o sequestro.

Le Sezioni unite (**sentenza 30 settembre – 7 dicembre 2010, n. 43428, Corsini**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

¹⁹⁷ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. VI, n. 9425 del 17/06/1999, dep. 22707/1999, Fatone, rv. 214125; Sez. VI, n. 2645 del 27/01/2000, dep. 01/03/2000, P.G. in proc. Agrusti ed altri, rv. 215651; Sez. VI, n. 11441 del 22/02/2005, dep. 22/03/2005, Sammartano, rv. 231042; Sez. VI, n. 22248 del 20/02/2006, dep. 23/06/2006, Ippaso ed altri, rv. 234719.

Massima n. 248382

Integra il reato di sottrazione di cose sottoposte a sequestro in un procedimento penale (art. 334 cod. pen.) la stipulazione di negozi dispositivi dei diritti sulle quote di una società di cui è stato disposto il sequestro preventivo, se diretta ad eludere tale vincolo ed idonea a rendere anche solo più difficoltoso il conseguimento delle finalità cui lo stesso è funzionale.

In proposito, si è osservato che la condotta di <<sottrazione>> costituisce *"una delle condotte alternative mediante le quali può realizzarsi il delitto di cui all'art. 334 cod. pen. e assume anche, rispetto alle altre, un valore di chiusura improntato all'esigenza di sanzionare ogni comportamento contrassegnato dalla direzione e dall'attitudine a ledere l'interesse tutelato, che è quello pubblico alla conservazione del vincolo apposto su determinati beni in funzione del corretto conseguimento delle finalità cui per effetto di esso sono deputati. Sotto tale profilo si ritiene rilevante ogni attività idonea a rendere non solo impossibile ma anche semplicemente più difficoltoso il detto conseguimento"*¹⁹⁸.

Si è aggiunto che la condotta di sottrazione non può che definirsi in ragione della natura e del regime giuridico dei beni coinvolti, assumendo corrispondentemente estrinsecazioni diverse¹⁹⁹: *"è evidente ad es. che, in caso di immobili, la sottrazione non può concretarsi nello spostamento materiale della cosa, che è il modo tipico di realizzazione della condotta per i beni mobili. La stessa cosa vale per la quota di società, non suscettibile di amotio in senso materiale. In tali casi possono venire in rilievo condotte diverse e, tra queste, merita naturalmente qui particolare attenzione quella consistente in negozi dispositivi di diritti"*.

Ciò premesso, si è evidenziato che *"l'assunto difensivo, secondo cui l'alienazione del bene, incidendo solo sul diritto di proprietà, non può per sé concretare il delitto in esame, si scontra con quanto già rilevato in ordine all'interesse, tutelato dalla norma, alla conservazione del vincolo in vista delle finalità ad esso sottese, suscettibili di radicale frustrazione in presenza della dominante posizione giuridica vantata dal terzo"*

¹⁹⁸ Sez. 6, n. 179 del 02/10/1984, dep. 10/01/1985, Tagliapietra, Rv. 167317; Sez. 6, n. 4312 del 07/02/1985, dep. 07/05/1985, Scioscia; Sez. 6, n. 49895 del 03/12/2009, dep. 30/12/2009 P.M. in proc. Rocco, Rv. 245543.

¹⁹⁹ Sez. 6, n. 31979 del 08/04/2003, dep. 29/07/2003, D'Angelo, Rv. 226220; Sez. 6, n. 42582 del 22/09/2009, dep. 06/11/2009, P.M. in proc. Mazzone, Rv. 244853.

acquirente di buona fede, come dimostra la previsione di cui all'art. 240, comma terzo, cod. pen."²⁰⁰.

²⁰⁰ Cfr. in argomento, Sez. 6, n. 2182 del 24/11/1981, dep. 03/03/1982, Terzi, Rv. 152570 e, con specifico riferimento alle quote sociali, Sez. 6, n. 3345 del 11/07/1994, dep. 09/11/1994, P.M. in proc. Molino, rv. 200064.

Cap. 22 La legislazione speciale

1. Reati fallimentari. La bancarotta fraudolenta.

Le Sezioni unite (**sentenza 15 luglio – 13 ottobre 2010, n. 36551, Carelli**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 248050

Integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione l'acquisto da parte dell'amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali. (In motivazione, la S.C. ha escluso che la condotta di depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori potesse essere ravvisata nell'alienazione dei titoli azionari nominativi, dovendo essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della società amministrata della somma utilizzata per l'acquisto a titolo personale dei titoli stessi).

Si è, infatti, osservato che *"è quest'ultima condotta che, in quanto orientata a procurare un utile economico all'agente, ontologicamente integra la "distrazione" ed esprime la diminuzione fittizia del patrimonio aziendale, attuata mediante il distacco di risorse finanziarie, destinato a impedirne o a ostacolarne l'apprensione da parte degli organi del fallimento, a nulla rilevando che delle risorse distratte sia stata lasciata traccia, con la possibilità quindi – almeno in astratto – per i creditori di recuperarle per il tramite degli organi fallimentari"*.

Si è anche precisato che *"nei casi di diminuzione fittizia, individuabili nella distrazione, nell'occultamento e nella dissimulazione di beni, a differenza della diminuzione effettiva del patrimonio (distruzione e dissipazione di beni), il legislatore ha inteso sanzionare chi riesce a sottrarre alcuni beni alla procedura concorsuale o semplicemente tenta di fare ciò, il che porta a concludere che il reato, con riferimento alle manovre dirette a tale scopo, si perfeziona con la dichiarazione di fallimento, elemento costitutivo del reato stesso, con la conseguenza che le successive e ulteriori iniziative non esercitano alcuna influenza sull'illecito, ormai realizzato in tutti i suoi elementi strutturali, e non determinano una sorta di progressione criminosa, che ne sposta temporalmente in avanti la consumazione"*.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 23 I soggetti

1. Le garanzie di libertà del difensore. Il sequestro.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246586

I limiti imposti dall'art. 103 cod. proc. pen. quali "garanzie di libertà del difensore", con specifico riferimento al sequestro, non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni del difensore. (Fattispecie di sequestro, ritenuto legittimo, di documenti in bozza rinvenuti in luoghi in uso all'imputato e non già "presso il difensore")²⁰¹.

Era stata eccepita l'inutilizzabilità di *files* asseritamente integranti parte della corrispondenza tra l'imputato ed il difensore (con prospettata violazione degli artt. 191 e 103, comma secondo e sesto, cod. proc. pen.), ma il Supremo collegio ha evidenziato, anzitutto, che tali documenti non erano stati acquisiti in seguito a perquisizioni e sequestri eseguiti "presso il difensore", bensì rinvenuti in luoghi in uso all'imputato e non facenti parte della corrispondenza fra difensore ed imputato come definita dal combinato disposto degli artt. 103, comma sesto, cod. proc. pen. e 35 disp. att. cod. proc. pen.²⁰²

Trattavasi, in particolare, di bozze, o frammenti, privi dei necessari requisiti che ne consentissero una sicura classificazione, riportando, alcuni, l'indicazione di un

²⁰¹ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. VI, n. 2588 del 27/06/1995, dep. 13/09/1995, Lorè, rv. 203200, e Sez. II, n. 3513 del 22/05/1997, dep. 12/06/2007, Acampora, rv. 208073.

²⁰² Sez. Un., n. 24/94 del 12/11/1993, dep. 14/01/1994, De Gasperini, rv. 195626: "Il divieto di sequestrare presso i difensori "carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato", previsto dall'art. 103, comma 2, c.p.p., non è limitato all'ipotesi in cui il sequestro è disposto nell'ambito dello stesso procedimento in cui si svolge l'attività difensiva o all'ipotesi in cui questa sia ancora in corso, ed opera, quindi, anche nel caso in cui tale attività concerne un procedimento diverso. Inoltre, mentre per le ispezioni e per le perquisizioni la "garanzia" prevista dal citato articolo è collegata ai locali dell'ufficio, per i sequestri (così come avviene anche per le intercettazioni e per il controllo della corrispondenza) la lettera del secondo comma, con le parole iniziali ("presso i difensori"), mostra che la garanzia è collegata direttamente alle persone difensori e consulenti tecnici), sicché il divieto opera anche quando l'attività diretta al sequestro si svolge in luogo diverso dall'ufficio.

destinatario diverso dal difensore e, altri, neppure tale indicazione, e non ritenuti classificabili neanche come corrispondenza di posta elettronica.

Si è poi ritenuto che correttamente la Corte territoriale avesse escluso la rilevanza, nella specie, della sentenza n. 229 del 1998 della Corte costituzionale, poiché nulla, ad eccezione di un documento denominato SPC 10, peraltro non prodotto, atteneva a corrispondenza tra l'imputato ed il proprio difensore: *"ciò non ha trovato specifica confutazione in relazione ai singoli documenti concretamente utilizzati per la decisione e questa Corte ha affermato che i limiti imposti dall'art. 103 c.p.p. quali garanzie di libertà per il difensore, con riguardo specifico al sequestro, non possono riguardare documenti nella sfera di pertinenza esclusiva dell'imputato, privi di una finalizzazione attuale all'espletamento delle funzioni del difensore"*.

Cap. 24
La prove

1. Diritto alla prova. L'ambito del potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue od irrilevanti.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246585

Il diritto alla prova riconosciuto alle parti implica la corrispondente attribuzione del potere di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti, secondo una verifica di esclusiva competenza del giudice di merito che sfugge al sindacato di legittimità ove abbia formato oggetto di apposita motivazione immune da vizi logici e giuridici²⁰³.

La difesa dell'imputato aveva lamentato che una ordinanza dibattimentale (di rigetto delle richieste difensive di ammissione di testimoni indicati nella lista ritualmente depositata) avrebbe violato gli artt. 191, comma primo, e 495 cod. proc. pen., in quanto – a fronte di un potere di riduzione della lista testimoniale che, se esercitato prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale, dovrebbe ritenersi "drasticamente compresso" – avrebbe utilizzato le nozioni di "inconferenza" e "sovrabbondanza" per eludere la portata e lo spirito delle disposizioni anzidette.

Il Supremo collegio ha osservato che l'eccezione era priva di pregio, *"perché il diritto alla prova riconosciuto alle parti dall'art. 190, comma 1, c.p.p., implica la corrispondente attribuzione del potere di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti, secondo una verifica di esclusiva competenza del giudice di merito, che sfugge al sindacato di legittimità quando abbia formato oggetto di apposita motivazione che abbia dato conto del provvedimento adottato attraverso una spiegazione immune da vizi logici o giuridici"*.

Nella specie, si è ritenuto che il Tribunale avesse puntualmente riferito le valutazioni di superfluità e di sovrabbondanza:

(a) alla disposta ammissione di altri testi (specificamente indicati) che avrebbero dovuto deporre in relazione ai medesimi fatti;

²⁰³ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. I, n. 8045 del 9/04/1992, dep. 16/07/1992, Pirisi, rv. 191304, e Sez. VI, n. 6422 del 18/02/1994, dep. 01/06/1994, Goddi ed altri, rv. 197868.

(b) a documentazione già prodotta;

(c) a circostanze dedotte genericamente e comunque oggetto di prova documentale.

Si è, infine, precisato che tale valutazione non precludeva il successivo esperimento, nel corso del dibattimento, della prova già esclusa, allorquando essa fosse invece risultata necessaria o comunque conducente (ma in ricorso non risultavano prospettate al riguardo violazioni dell'art. 507 cod. proc. pen. e le richieste di rinnovazione del dibattimento erano state sottoposte dalla Corte territoriale a specifico esame, sugli esiti del quale non risultavano espressi motivi di gravame).

2. Prove dichiarative. La qualifica da attribuire al dichiarante da esaminare.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246584

In tema di prova dichiarativa, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, spetta al giudice il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali, come l'eventuale già intervenuta iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato, l'attribuibilità allo stesso della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese, e il relativo accertamento si sottrae, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità²⁰⁴.

Si è premesso che *"la ricerca dell'esatta individuazione dei confini assegnati al potere del giudice in ordine alla qualifica soggettiva da attribuire al dichiarante chiama in causa i presupposti applicativi non solo dell'art. 210 c.p.p., ma anche dell'art. 63, comma 2, c.p.p., ad essa collegata sul piano sistematico; come chiarito infatti, da ultimo, nella ordinanza n. 280 del 2009 della Corte Costituzionale "l'art. 63, comma*

²⁰⁴ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. VI, n. 7181 del 20/05/1998, dep. 15/06/1998, Villani, rv. 211130; Sez. VI, n. 6605 del 11/05/2000, dep. 02/06/2000, Valianos, rv. 217556; Sez. IV, n. 4867/04, del 10/12/2003, dep. 06/02/2004, Falzetti, rv. 229377; Sez. II, n. 26258 del 24/04/2007, dep. 06/07/2007, Pavan, rv. 237264; Sez. VI, n. 23776 del 9 giugno 2009, dep. 09/06/2009, Pagano ed altri, rv. 244360. In senso contrario, Sez. VI, n. 1332 del 25 marzo 1994, dep. 11/06/1994, Palumbo, rv. 198532; Sez. II, n. 47088 del 14/10/2003, dep. 09/12/2003, Di Capua, rv. 227730; Sez. IV, n. 32907 del 4/05/2004, dep. 29/07/2004, Bragantini, rv. 229026; Sez. II, n. 38858 del 21/09/2007, dep. 19/10/2007, Boscolo ed altri, rv. 238218; Sez. VI, n. 40512 del 20/06/2007, dep. 05/11/2007, Amodeo ed altro, rv. 237988; Sez. V, n. 43232 del 4/11/2008, dep. 19/11/2008, Biagini, rv. 241942.

secondo, c.p.p. attua una tutela anticipata delle incompatibilità con l'ufficio di testimone previste dall'art. 197, comma primo, lettere a) e b), c.p.p. nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato: incompatibilità che, a loro volta, impongono che l'esame del soggetto avvenga nelle forme dell'art. 210^o.

Le Sezioni Unite hanno, in proposito, ritenuto che spetti al giudice il potere di verificare nella sostanza – al di là del riscontro di indici formali, quali la già intervenuta o meno iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato – l'attribuibilità, al dichiarante, della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese: *"ove si subordinasse, infatti, l'applicazione della disposizione di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. alla iniziativa del pubblico ministero di iscrizione del dichiarante nel registro ex art. 335 c.p.p., si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest'ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità"*.

Quanto al tipo e alla consistenza degli elementi apprezzabili dal giudice al fine di verificare l'effettivo *status* del dichiarante, è stata ritenuta la rilevanza dei soli indizi non equivoci di reità, sussistenti già prima dell'escussione del soggetto e conosciuti dall'autorità procedente: *"il giudice, infatti, per potere applicare la norma di cui all'art. 210 c.p.p., deve essere messo in condizione di conoscere la situazione di incapacità a testimoniare o di incompatibilità, le quali, quindi, se non risultano dagli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, devono essere dedotte dalla parte esaminata o comunque da colui che chiede l'audizione della persona imputata o indagata in un procedimento connesso o collegato"*²⁰⁵.

L'originaria esistenza di gravi indizi di reità, inoltre, non può automaticamente farsi derivare dal solo fatto che i dichiaranti risultino essere stati in qualche modo coinvolti in vicende potenzialmente suscettibili di dar luogo alla formulazione di addebiti penali a loro carico, occorrendo invece che tali vicende, per come percepite dall'autorità inquirente, presentino connotazioni tali da non poter formare oggetto di ulteriori indagini se non postulando necessariamente l'esistenza di responsabilità penali a carico di tutti i soggetti coinvolti o di taluni di essi²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. Sez. III, n. 40196 del 20/02/2007, dep. 30/10/2007, Torcasio, rv. 238013: "Le situazioni di incompatibilità od incapacità ad assumere l'ufficio di testimone (art. 210 c.p.p.), ove non risultanti al giudice dagli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento, devono essere dedotte solo dalla parte esaminata (o da colui che chiede l'audizione della persona imputata o indagata in un procedimento connesso o collegato), ma non dall'imputato, in quanto la norma è dettata nell'interesse dell'esaminato e non di quest'ultimo. (In applicazione di tale principio, la Corte ha precisato che l'imputato non può nemmeno dolersi dell'eventuale mancata assistenza del difensore del dichiarante).

²⁰⁶ Sez. I, n. 8099 del 29/01/2002, dep. 27/02/2002, Pascali, rv. 221327; Sez. I, n. 4060/08 del 8/11/2007, dep. 25/01/2008, Sommer ed altri, rv. 239195.

Peraltro, la questione relativa alla sussistenza *ab initio* di indizi di reità a carico dell'interessato costituisce accertamento in punto di fatto che, in caso di congrua motivazione da parte del giudice di merito, è sottratto al sindacato di legittimità²⁰⁷.

²⁰⁷ Sez. III, n. 43135 del 30/09/2003, dep. 28/04/2004, Marciante e altri, rv. 228431.

Cap. 25

Le misure precautelari e cautelari

1. Riparazione per l'ingiusta detenzione. La rilevanza delle condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura ai fini della sussistenza del dolo o della colpa grave dell'istante.

Le Sezioni Unite (**sentenza 27 maggio – 30 agosto 2010, n. 32383, D'Ambrosio**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cap. 12, § 3), hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 247664

Il giudice, nell'accertare la sussistenza o meno della condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, consistente nell'incidenza causale del dolo o della colpa grave dell'interessato rispetto all'applicazione del provvedimento di custodia cautelare, deve valutare la condotta tenuta dal predetto sia anteriormente che successivamente alla sottoposizione alla misura e, più in generale, al momento della legale conoscenza della pendenza di un procedimento a suo carico.

Richiamando la propria giurisprudenza²⁰⁸, le Sezioni Unite hanno confermato che *"la condotta colposa a cui consegue l'emissione del provvedimento restrittivo della libertà può essere posta in essere, al pari della condotta dolosa, anche prima dell'inizio del procedimento penale, e il giudice, nell'accertare la sussistenza o meno della condizione ostativa all'indennizzo data dall'incidenza causale del dolo o della colpa grave dell'interessato nella produzione dell'evento costitutivo del diritto (applicazione del provvedimento coercitivo), deve valutare la condotta da questi tenuta sia anteriormente che successivamente al momento restrittivo della libertà e, più in generale, a quello della legale conoscenza della pendenza di un procedimento a suo carico"*.

Quanto alla gravità della colpa ed alla sua incidenza causale, si è ribadito che:

- il giudice di merito deve, in modo autonomo e completo, apprezzare tutti gli elementi probatori a sua disposizione, con particolare riferimento alla sussistenza di comportamenti, anteriori e successivi alla perdita della libertà personale, connotati da

²⁰⁸ Sez. Un., n. 43/1996 del 13/12/1995, dep. 9/02/1996, Sarnataro, rv. 203636.

eclatante o macroscopica negligenza, imprudenza o violazione di leggi o regolamenti, fondando la deliberazione conclusiva non su mere supposizioni ma su fatti concreti e precisi, che consentano di stabilire, con valutazione *ex ante*, se la condotta tenuta dal richiedente abbia ingenerato o contribuito ad ingenerare, nell'autorità procedente, la falsa apparenza della configurabilità della stessa come illecito penale, dando luogo alla detenzione con rapporto di causa ad effetto²⁰⁹;

- per escludere il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è sufficiente che l'indagato abbia tenuto comportamenti dolosi o gravemente colposi che abbiano esplicato efficacia sinergica nell'instaurazione o nel mantenimento della custodia cautelare, anche se essi coincidano con quelli esaminati in sede penale, poiché, nel procedimento di riparazione, essi vengono apprezzati ad effetti diversi²¹⁰;

- la sussistenza della colpa grave, quale fattore di esclusione del diritto alla riparazione, deve risultare o desumersi dal provvedimento restrittivo della libertà o dagli eventuali provvedimenti successivi di riesame o di appello²¹¹;

--- il giudice, per escludere o ritenere che sussista la diretta efficacia del comportamento gravemente colposo dell'interessato sull'adozione della misura cautelare, deve raffrontare specificamente la condotta dell'indagato e le ragioni che la motivazione dell'ordinanza ha posto a fondamento della misura stessa²¹², tenendo conto, quando rilevi, anche dell'eventuale carattere concorsuale del reato ascritto²¹³.

²⁰⁹ Sez. Un., n. 34599 del 26/06/2002, dep. 15/10/2002, De Benedictis, rv. 222263.

²¹⁰ Sez. IV, n. 2083 del 24/06/1998, dep. 08/09/1998, Nemala, rv. 212114.

²¹¹ Sez. IV, n. 19253/03 del 3/12/2002, dep. 24/04/2003, Plaikner ed altro, rv. 224501.

²¹² Sez. IV, n. 27965 del 7/06/2001, dep. 11/08/2001, Rosini ed altro, rv. 219686.

²¹³ Sez. IV, n. 37528 del 24/06/2008, Grigoli, dep. 02/10/2008, rv. 241218.

Cap. 26
I procedimenti speciali

1. Patteggiamento. Il giudizio a seguito di annullamento della sentenza di patteggiamento.

Le Sezioni Unite (**sentenza 27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, P.G., Calibè ed altro**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche affermato che

Massima n. 247841

Nel giudizio che segue ad annullamento senza rinvio della sentenza di patteggiamento determinato dall'illegalità della pena (nella specie conseguente ad erronea valutazione di prevalenza di circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, pur ritenuta sussistente), le parti sono rimesse dinanzi al giudice nelle medesime condizioni in cui si trovavano prima dell'accordo annullato e pertanto non è loro preclusa la possibilità di riproporlo, sia pure in termini diversi. (Fattispecie in tema di cosiddetto "patteggiamento allargato", con riferimento alla quale la Corte ha ritenuto che non potesse comunque desumersi dall'erronea valutazione del giudice in ordine alla dichiarata subvalenza della recidiva qualificata la sua intenzione di escluderne in radice la rilevanza).

2. Procedimento per decreto. L'abnormità della sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione a decreto penale di condanna.

Le Sezioni Unite (**sentenza 25 marzo – 4 giugno 2010, n. 21243, P.G. in proc. Zedda**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cfr. cap. 10, § 1), hanno affermato che

Massima n. 246910

È affetta da abnormità genetica o strutturale la sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. successivamente all'opposizione a decreto penale di condanna, poiché il giudice è vincolato in tale fase all'adozione degli

atti di impulso previsti dall'art. 464 cod. proc. pen., e non può pronunciarsi nuovamente sullo stesso fatto-reato dopo l'emissione del decreto né revocare quest'ultimo fuori dei casi tassativamente previsti.

Pregiudiziale alla risoluzione della questione di diritto in ordine alla quale il ricorso era stato devoluto alle Sezioni Unite è risultato l'esame di quella relativa all'abnormità della sentenza impugnata, in quanto emessa *de plano* dopo l'opposizione a decreto penale: nel caso di specie, infatti, il G.i.p. aveva emesso una sentenza che nell'ultimo passaggio del "Rilevato" formalmente richiamava l'art. 129 cod. proc. pen., mentre nel dispositivo erano contenuti il riferimento all'art. 425 cod. proc. pen. e la statuizione di "non doversi procedere" non accompagnata da alcuna specifica formula liberatoria (pur potendosi ricavare dal contenuto del provvedimento che, stante la ravvisata nullità dell'alcooltest, il G.i.p. avesse ritenuto l'insussistenza del fatto-reato, per insanabile carenza probatoria).

Dopo avere accertato che, con la sentenza impugnata, il G.i.p. aveva inteso emettere una sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., le Sezioni Unite hanno dovuto verificare se egli ne avesse il potere; in tema, erano enucleabili, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, due orientamenti discordanti:

(a) un orientamento riteneva che costituisse legittimo esercizio dei poteri previsti dalla legge la sentenza con la quale il G.i.p., investito di richiesta di giudizio immediato da parte dell'opponente a decreto penale, avesse pronunciato sentenza di proscioglimento *ex art. 129 cod. proc. pen.*²¹⁴;

(b) altro orientamento riteneva che, nella situazione anzidetta, il G.i.p. non potesse adottare *de plano* una sentenza di proscioglimento *ex art. 129 cod. proc. pen.*, dovendo piuttosto emettere il decreto di giudizio immediato, in quanto l'esigenza di immediatezza nella declaratoria di una causa di non punibilità doveva pur sempre trovare attuazione nelle forme ordinarie e nel rispetto del contraddittorio e dei diritti delle parti²¹⁵, si precisava che una simile sentenza doveva ritenersi abnorme, dato che il G.i.p. ha il potere di pronunciare sentenza *ex art. 129 cod. proc. pen.* allorché debba deliberare la richiesta del P.M. di emissione di decreto penale, ma non quando, emesso tale decreto, sia investito dell'opposizione con richiesta di giudizio immediato²¹⁶.

²¹⁴ Sez. III, n. 8838/09 del 20/11/2008, dep. 27/02/2009, Budel ed altri, rv. 242983 (nella specie, la sentenza impugnata aveva dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione maturata antecedentemente alla data di emissione del decreto penale); in senso conforme, sempre in presenza di cause di estinzione del reato, Sez. III, n. 444 del 10/03/1992, dep. 07/05/1992, P.M. in proc. Calza, rv. 189976.

²¹⁵ Sez. III, n. 20115 del 16/03/2004, dep. 29/04/2004, P.M. in proc. Prevedello, rv. 228967.

²¹⁶ Sez. V, n. 15085 del 27/01/2003, dep. 31/03/2003, P.M. in proc. Grisotto, rv. 224749.

Le Sezioni Unite hanno osservato che, nell'ambito del procedimento monitorio, la facoltà del G.i.p., che ritenga di non aderire alla richiesta di decreto penale del P.M., di <<*pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129*>>, prevista dall'art. 459, comma terzo, cod. proc. pen., consentendo al giudice di emettere una simile sentenza con procedura *de plano*, rappresenta una "eccezione al sistema, giustificata dalla particolare tipologia del rito che governa il procedimento per decreto, contrassegnato dall'assenza di contraddittorio"²¹⁷.

Peraltro, una volta che il giudice abbia emesso il decreto di condanna, in accoglimento della richiesta del p.m., *"le successive fasi sono rigidamente scandite dalla procedura dettata dal codice in relazione alle scelte fatte dal condannato: in caso di opposizione, a seconda delle opzioni formulate dall'opponente, il giudice emette decreto di giudizio immediato ovvero provvede agli adempimenti connessi alla richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p. o di oblazione (art. 464 c.p.p.); in caso di inerzia, o di opposizione inammissibile, il giudice ordina l'esecuzione del decreto di condanna (art. 461, comma 5, c.p.p.)"*.

Di conseguenza, a seguito dell'emissione del decreto di condanna, il G.i.p. *"è spogliato di poteri decisori sul merito dell'azione penale, incombendo sullo stesso, ove sia proposta opposizione, esclusivamente poteri-doveri di propulsione processuale, obbligati nell'an e nel quomodo, con la sola eccezione rappresentata dalla decisione sulla eventuale domanda di oblazione (v. art. 464, comma 2, c.p.p.)"*.

Si è, pertanto, conclusivamente ritenuto che la sentenza oggetto del ricorso, *"pur rientrando nominalisticamente nel novero dei provvedimenti adottabili dal giudice per le indagini preliminari investito del decreto di condanna, è stata emessa nel caso in esame al di là delle ipotesi previste e, quindi, in carenza di potere, ponendosi fuori del sistema normativo"*.

Ciò ha impedito l'esame della questione controversa, che è risultata assorbita.

²¹⁷ Così Sez. Un., n. 12283 del 25/01/2005, dep. 30/03/2005, P.G. in proc. De Rosa, rv. 230529 – 31.

Cap. 27
La sentenza

1. La correlazione tra accusa e sentenza.

Le Sezioni Unite (**sentenza 15 luglio – 13 ottobre 2010, n. 36551, Carelli**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno affermato che

Massima n. 248051

In tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione. (Fattispecie relativa a contestazione del delitto di bancarotta post-fallimentare qualificato dalla S.C. come bancarotta pre-fallimentare).

Le Sezioni Unite avevano già avuto modo di precisare che, *"per aversi mutamento del fatto, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, si da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione"*²¹⁸.

²¹⁸ Sez. Unite, n. 16 del 19/6/1996, dep. 22/10/1996, Di Francesco.

Nel caso specifico, non è stata riscontrata alcuna violazione del diritto di difesa, *"considerato che l'imputato è stato posto nella condizione di interloquire su ogni aspetto della vicenda e, anzi, ha egli stesso, attraverso la sua difesa tecnica, insistito per la diversa prospettazione del fatto nel senso esattamente coincidente con l'addebito come innanzi delineato"*.

Cap. 28
Le impugnazioni

1. Appello. Il diritto dell'imputato detenuto o soggetto ad altre misure limitative della libertà personale a presenziare all'udienza camerale.

Le Sezioni Unite (sentenza 24 giugno – 1° ottobre 2010, n. 35399, F.), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cfr. cap. 2, § 1), hanno affermato che

Massime nn. 247835 - 7

L'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza, ha diritto di presenziare al giudizio camerale d'appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato, anche se ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice procedente. (In motivazione la Corte, nell'escludere che la richiesta debba rispettare il termine di cinque giorni indicato dall'art. 127, comma secondo, cod. proc. pen., ha precisato che detto principio è conforme ai principi enucleabili dall'art. 111 Cost., dall'art. 6, comma terzo, lett. c), d) ed e), della Convenzione EDU, dall'art. 14, comma terzo, lett. d), e) ed f) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ed a quanto affermato da Corte cost., sent. n. 45 del 1991).

La mancata traduzione all'udienza camerale d'appello, perché non disposta o non eseguita, dell'imputato che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire e che si trovi detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, determina la nullità assoluta ed insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza.

Nel giudizio camerale d'appello l'imputato, detenuto o comunque soggetto a misure limitative della libertà personale, ha diritto di richiedere al giudice competente l'autorizzazione a recarsi in udienza o di essere ivi accompagnato o tradotto ed, in difetto di quest'ultima od in caso di rigetto della medesima da parte del giudice competente, a fronte della tempestiva richiesta dell'imputato di presenziarvi, v'è l'obbligo del giudice d'appello procedente, a pena di nullità assoluta, di disporre la traduzione, essendo inibita la celebrazione del giudizio in sua assenza.

Sull'ambito del diritto dell'imputato detenuto (o sottoposto agli arresti domiciliari o ad altra misura limitativa della libertà personale) di partecipare al giudizio camerale d'appello avverso una sentenza pronunciata col rito abbreviato, vi erano state in passato alcune incertezze nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un **orientamento risalente e più restrittivo**, poiché il giudizio di appello avverso sentenza pronunciata nel giudizio abbreviato ex art. 442 cod. proc. pen., si svolge in camera di consiglio in virtù del richiamo operato dall'art. 443, ult. comma, all'art. 599 cod. proc. pen., e poiché l'art. 599 richiama a sua volta «le forme previste dall'art. 127» per la procedura camerale, avrebbero dovuto applicarsi nella procedura in esame anche le norme dell'art. 127 relative alla partecipazione all'udienza del soggetto detenuto ed ai termini per fare la richiesta di comparire. Secondo questo più remoto orientamento, quindi, il diritto dell'imputato appellante detenuto (o sottoposto ad altra limitazione della libertà personale) di partecipare al giudizio camerale di appello era subordinato ad una duplice condizione: a) che egli sia ristretto nel medesimo distretto della corte d'appello, mentre se sia ristretto altrove avrebbe unicamente il diritto di essere sentito prima dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo; b) che, in ogni caso, l'imputato abbia fatto alla corte d'appello richiesta di essere sentito osservando il termine stabilito dall'art. 127, comma secondo, cod. proc. pen., ossia fino a cinque giorni prima dell'udienza²¹⁹.

Questo orientamento – più recentemente ribadito da una isolata decisione²²⁰ – era stato però da circa un decennio superato da un **diverso indirizzo**, secondo il quale, invece, l'imputato detenuto, sempre che lo richieda, ha il diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato, anche se non ricorrono le due condizioni dianzi indicate.

Le Sezioni Unite, in difetto di specifiche ed inequivoche disposizioni legislative in senso contrario, hanno preferito questa seconda opzione interpretativa, *“in quanto il diritto fondamentale dell'imputato di essere presente nel giudizio camerale in cui si decide sulla sua responsabilità, è maggiormente assicurato se si esclude che esso sia strettamente subordinato alla presenza delle due suddette condizioni (detenzione nella stessa circoscrizione e presentazione della richiesta almeno cinque giorni prima dell'udienza). Questa conclusione comunque si basa, innanzitutto, su una più rigorosa interpretazione letterale e sistematica della disposizione, specifica per il giudizio camerale in grado di appello, di cui all'art. 599, comma 2, cod. proc. pen. - secondo cui «l'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato che ha*

²¹⁹ Sez. II, n. 9563 del 5/7/1999, dep. 24/07/1999, Pedrini, rv. 214262; Sez. IV, n. 4366 del 31/3/1998, dep. 10/04/1998, Lari, rv. 210356; Sez. I, n. 11894 del 13/11/1995, dep. 04/12/1995, Giurintano, rv. 203235; Sez. VI, n. 7987 del 31/5/1993, dep. 24/08/1993, Di Franco, rv. 194915; Sez. VI, n. 176/92 del 30/10/1991, dep. 10/01/1992, Saja, Rv. 189414.

²²⁰ Sez. VI, n. 39675 del 17/9/2009, dep. 12/10/2009, Oshodi, Rv. 244777, ma con esclusivo richiamo alle tesi e massime più remote.

manifestato la volontà di comparire» - , *disposizione che non ripete l'inciso «e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice», contenuto nell'art. 127, comma 4, cod. proc. pen. e che, in quanto norma speciale, deroga alla norma generale di cui all'art. 127 ed è quindi sulla stessa prevalente»²²¹.*

Questa interpretazione, inoltre, *"proprio perché garantisce maggiormente la partecipazione al giudizio di merito dell'imputato appellante, che abbia manifestato una volontà in tal senso, è più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio, sanciti dall'art. 111 Cost., il quale riconosce la piena espansione del diritto di autodifesa e l'esercizio di facoltà, che solo la presenza dell'imputato nel processo è in grado di assicurare", e trova, inoltre, conferma, "sia nelle norme e principi posti dall'art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali, nel prevedere il diritto di ogni accusato di difendersi personalmente, di esaminare o far esaminare i testimoni e di farsi assistere gratuitamente da un interprete, implicano necessariamente la presenza dell'imputato; sia nell'art. 14, comma 3, lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a Nuova York il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, che riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato di essere presente al processo, oltre che di difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta, di interrogare e fare interrogare testimoni, di farsi assistere gratuitamente da un interprete".*

La giurisprudenza costituzionale, con la sentenza n. 45 del 1991, con riferimento al procedimento di riesame, *"ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli. D'altra parte, il diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo, rientrano nei principi generali d'immediatezza e di oralità cui s'informa l'attuale sistema processuale".*

D'altro canto, le stesse Sezioni Unite, già con la sentenza 25.11.1995, n. 40, Carlutti, *"hanno sanzionato con la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e della pronuncia la mancata traduzione all'udienza di riesame della misura cautelare dell'indagato che ne abbia fatto richiesta, quand'anche detenuto in un'altra circoscrizione, sicché sarebbe manifestamente irrazionale ritenere che una tale rigorosa tutela del diritto al contraddittorio non si applichi anche nel giudizio camerale di appello*

²²¹ Sez. I, n. 26276 del 23.6.2006, dep. 27/07/2006, Serena, Rv. 234419; Sez. V, n. 28867 del 6.6.2002, Rosmini, dep. 29/07/2002, Rv. 223100; Sez. II, n. 209/02 del 07/12/2001, dep. 08/01/2002, Liuzzo, Rv. 220444; Sez. VI, n. 6384 del 9/3/1998, dep. 01/06/1998, Ohaeme, Rv. 210906.

dove è messa in discussione proprio la responsabilità dell'imputato, tanto più che la norma speciale per tale giudizio non contiene alcun riferimento al luogo di detenzione e a un termine di presentazione della domanda".

Il Supremo Collegio ha, pertanto, ribadito che, non occorre che 'imputato sia ristretto nella stessa circoscrizione del giudice, poiché *"l'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà, che manifesti in qualsiasi modo e tempestivamente la volontà di comparire, ha diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato anche qualora sia ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice procedente"*²²². Per le medesime ragioni si è ritenuto non necessario che la richiesta di essere presente in udienza debba necessariamente essere fatta entro il termine, rigido e prefissato, di cinque giorni prima dell'udienza stessa previsto dall'art. 127, comma 2, cod. proc. pen. (fermo restando che, se compiuta entro questo termine, la stessa non può in nessun caso considerarsi tardiva): *"non vi è invero alcun motivo per cui anche a questo proposito non debba prevalere la norma speciale dell'art. 599 cod. proc. pen. relativa al giudizio di appello, la quale non fissa alcun termine rigido per la manifestazione della volontà di comparire. Una interpretazione che esclude l'applicabilità di tale rigido e prefissato termine, del resto, garantisce maggiormente il soddisfacimento della volontà dell'imputato di partecipare all'udienza ed appare pertanto più conforme ai ricordati principi costituzionali e di diritto internazionale pattizio"*.

Si è, inoltre, ribadito che la mancata traduzione all'udienza camerale dell'imputato detenuto, che abbia richiesto di partecipare, determina, ai sensi degli artt. 178, lett. c), e 179 cod. proc. pen., una nullità assoluta e insanabile, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento: *"tale conclusione si fonda sul principio"*²²³ *secondo cui nell'ipotesi di indagato o imputato detenuto, la cui partecipazione all'udienza camerale è subordinata ad una positiva manifestazione di volontà in tal senso, l'ordine di traduzione e la sua esecuzione costituiscono, insieme con l'avviso dell'udienza camerale e la sua notificazione, atti indefettibili della procedura diretta alla regolare costituzione del contraddittorio. Senza di essi, infatti, l'avviso non può svolgere in*

²²² Sez. VI, n. 48557 del 2/12/2009, dep. 18/12/2009, Staffa, Rv. 245657; Sez. I, n. 15137 del 18/3/2009, dep. 8/4/2009, Basso, Rv. 243732; Sez. I, n. 26276 del 23/6/2006, dep. 27/07/2006, Serena, Rv. 234419; Sez. I, n. 6970 del 8/2/2006, dep. 23/02/2006, Marchetti, Rv. 233440; Sez. II, n. 11756 del 9/1/2003, dep. 12/3/2003, Bertolaja, Rv. 224905; Sez. V, n. 28867 del 6/6/2002, dep. 29/7/2002, Rosmini, Rv. 223100; Sez. VI, n. 21561 del 29/1/2002, dep. 4/6/2002, Buraglia, Rv. 222742; Sez. II, n. 209/02 del 7/12/2001, dep. 8/1/2002, Liuzzo, Rv. 220444; Sez. VI, n. 7373 del 29/1/1991, dep. 11/7/91, Mazzupappa, Rv. 187838.

²²³ Enunciato, in riferimento al procedimento di riesame ma applicabile in via generale, dalle Sezioni Unite con la ricordata sent. n. 40 del 22/11/1995 dep. 7/3/96, Carlutti, Rv. 203771, e poi quasi costantemente seguito: Sez. II, n. 11 del 8/1/1997, dep. 7/4/1997, Notarianni, Rv. 207547; Sez. VI, n. 1041 del 16/2/1998, dep. 1/4/1998, Caggia, Rv. 210645; Sez. II, n. 42158 del 6/11/2002, dep. 16/12/2002, Bello, Rv. 223357; Sez. I, n. 21015 del 16/4/2004, dep. 4/5/2004, Assinnata, Rv. 228909; Sez. F., n. 36630 del 30/8/2005, dep. 11/10/2005, Gentile, Rv. 232224; Sez. V, n. 37034 del 27/9/2006, dep. 9/11/2006, Sciascia, Rv. 235284; Sez. II, n. 32666 del 20/9/2006, dep. 2/10/2006, Travascia, Rv. 235315; Sez. VI, n. 10319 del 22/1/2008, dep. 6/3/2008, Di Benedetto, Rv. 239084.

concreto l'unica funzione che gli è propria, quella della vocatio in iudicium, che può definirsi tale solo in quanto rivolta a chi ad essa sia in grado di rispondere. Di conseguenza, la citazione dell'imputato detenuto realizza un'unica fattispecie complessa, costituita dall'avviso, dalla dichiarazione di volontà dell'interessato detenuto di comparire e dalla sua successiva traduzione, atti tutti da guardarsi, per il rapporto di stretta consequenzialità che li caratterizza, in una visione unitaria in funzione dello scopo loro proprio, la vocatio in iudicium per la valida instaurazione del contraddittorio, con la conseguenza che la mancata traduzione, perché non disposta o non eseguita, determina la nullità assoluta e insanabile della udienza e della successiva pronunzia, ai sensi degli artt. 178, lett. c) e 179 cod. proc. pen."

Il Supremo Collegio ha poi ritenuto opportuno precisare che i principi affermati si applicano non solo nel caso in cui l'imputato sia detenuto in un istituto penitenziario, ma anche quando si trovi agli arresti domiciliari o sia comunque soggetto ad altra misura restrittiva della libertà personale che non gli permette di presentarsi liberamente all'udienza.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale – relativo soprattutto al giudizio ordinario - anche di recente ribadito da alcune decisioni, l'imputato sottoposto ad arresti domiciliari per altra causa, qualora intenda comparire in udienza, avrebbe l'onere di chiedere tempestivamente al giudice competente l'autorizzazione ad allontanarsi dal domicilio per il tempo necessario, non essendo, in tal caso, configurabile un obbligo dell'autorità giudiziaria procedente di disporre la traduzione²²⁴. A sostegno di questa tesi si afferma che gli arresti domiciliari (o altre limitazioni della libertà) non costituirebbero una situazione di «assoluta impossibilità di comparire» perché l'imputato potrebbe chiedere al giudice competente la rimozione dell'impedimento ed avrebbe quindi l'onere di rivolgersi a tale giudice; che l'imputato avrebbe anche l'onere di manifestare al giudice che procede una espressa volontà di partecipare; che, ai sensi dell'art. 22, comma 1, disp. att. cod. proc. pen., è il giudice della cautela o il magistrato di sorveglianza ad avere il potere di autorizzare l'allontanamento o disporre l'accompagnamento o la traduzione, mentre il giudice che procede non ha la disponibilità dello stato di libertà del soggetto.

Questo indirizzo non può, però, a parere delle Sezioni Unite, essere condiviso: *"innanzitutto, esso è stato ormai chiaramente superato dalla citata sentenza Arena di queste Sezioni Unite, che ha affermato che la detenzione per altra causa costituisce*

²²⁴ Sez. II, n. 21529 del 24/4/2008, dep. 28/5/2008, Rosato, Rv. 240107; Sez. V, n. 44922 del 14/11/2007, dep. 3/12/2007, Gentile, Rv. 238505; Sez. IV, n. 28558 del 13/5/2005, dep. 29/7/2005, Bruschi, Rv. 232436; Sez. V, n. 7369/03 del 15/11/2002, dep. 14/3/2003, Giannone, Rv. 224859; Sez. V, n. 13184 del 2/2/2001, dep. 3/4/2001, Piemonte, Rv. 218391; Sez. VI, n. 7319 del 30/4/1997, dep. 25/7/1997, Prinno, Rv. 209739; Sez. I, n. 5606 del 22/5/1996, dep. 4/6/1996, Mannino, Rv. 204859.

legittimo impedimento anche quando l'imputato avrebbe potuto avvisare il giudice della sua condizione in tempo utile per consentire la traduzione ed ha escluso che l'imputato detenuto abbia un onere di chiedere al giudice competente la rimozione dell'impedimento o di comunicare al giudice che procede la sua volontà di essere presente, avendo rilievo soltanto il fatto che il giudice abbia comunque conoscenza di una obiettiva situazione di impedimento e la mancanza di una esplicita rinuncia a comparire. In ogni caso, non appare possibile subordinare l'esercizio di un diritto fondamentale, come quello di partecipare al processo, ad oneri che non siano espressamente previsti da una disposizione legislativa. Non può poi dubitarsi che nei casi di restrizione della libertà personale diversi dalla detenzione in carcere sussista ugualmente un legittimo impedimento, giuridico se non materiale, che non si differenzia, agli effetti che qui interessano, dall'impedimento costituito dalla detenzione in carcere. Né può ritenersi che in tal caso l'impedimento non sarebbe più legittimo ed assoluto solo perché l'imputato potrebbe chiedere l'autorizzazione o l'accompagnamento o la traduzione al giudice competente. Riesce infatti difficile comprendere quale differenza vi sarebbe, a questi fini, tra imputato detenuto in carcere ed imputato agli arresti domiciliari, dato che anche il primo potrebbe rimuovere l'impedimento chiedendo al giudice competente la traduzione dinanzi al giudice che procede, onere questo che invece è stato assolutamente escluso dalla citata sentenza Arena. Si dovrebbe quindi giungere alla conclusione – certamente non accettabile – che lo stato di detenzione per altra causa non costituirebbe mai un impedimento legittimo ed assoluto perché l'imputato potrebbe sempre rivolgersi per rimuoverlo al giudice competente sulla sua libertà. D'altra parte, è già stato esattamente rilevato che un diverso trattamento nelle due ipotesi non avrebbe ragione, perché un allontanamento abusivo produrrebbe in entrambi i casi gli stessi effetti e perché non potrebbe essere nemmeno giustificato dalle diverse condizioni di restrizione, «in quanto, anzi, sotto il profilo della comunicazione con il giudice competente il detenuto è facilitato, potendo utilizzare per ogni comunicazione con l'autorità giudiziaria la direzione del carcere (con il relativo ufficio matricola), mentre non necessariamente il detenuto agli arresti domiciliari può avere a propria disposizione un telefono, o persone in grado di agire al suo posto e, quindi, trovarsi in grado di comunicare altrettanto facilmente con il proprio giudice»²²⁵.

E' poi irrilevante il richiamo all'art. 22 disp. att. cod. proc. pen., perché il secondo comma di questo articolo prevede espressamente che la traduzione può essere disposta dalla autorità giudiziaria dinanzi alla quale la persona deve comparire.

E' stato, pertanto, ribadito, conclusivamente il principio che «*colui il quale viene ammesso al regime degli arresti domiciliari si trova, pur sempre, in stato di detenzione,*

²²⁵ Sez. I, n. 13593 del 13/2/2001, dep. 04/04/2001, Mormone, rv. 218806.

cioè di privazione della libertà personale e può lasciare il luogo di arresto domiciliare solo previa autorizzazione del magistrato competente o per disposizione dello stesso che deve, in tal caso, ordinarne la traduzione. Pertanto se il giudice ha tempestiva conoscenza del fatto che l'imputato trovasi - per altro procedimento penale - in stato di arresti domiciliari, non può dichiararne la contumacia, ma deve disporre la traduzione in aula», e che «l'imputato che si trovi agli arresti domiciliari per altra causa e nei cui confronti, essendo nota al giudice precedente tale sua situazione, non sia stata disposta la traduzione, è da considerare legittimamente impedito a comparire e non può, quindi, essere dichiarato contumace». Si è, peraltro, aggiunto che nulla lascia ritenere che questo principio non debba valere anche nel giudizio camerale di appello ex art. 599 cod. proc. pen.: "in questo giudizio, infatti, l'onere imposto all'imputato soggetto a misure restrittive della libertà personale (anche diverse dalla detenzione in carcere) perché sorga il suo diritto di essere presente in udienza è sempre e soltanto quello di far pervenire, in qualunque modo ma per tempo, al giudice di appello la manifestazione della sua volontà di partecipare. Non sono normativamente previsti altri oneri, ivi compreso quello di rivolgersi previamente al giudice della cautela o al magistrato di sorveglianza, mentre una interpretazione estensiva o una applicazione analogica che portasse a configurare un onere del genere non sarebbe giustificata da dati normativi o da decisive ragioni pratiche e sarebbe comunque non conforme ai ricordati principi costituzionali e pattizi. Deve dunque ribadirsi che, anche nel giudizio camerale d'appello, l'imputato soggetto a misure restrittive ben potrà rivolgersi al giudice competente per chiedere l'autorizzazione a recarsi in udienza o l'accompagnamento o la traduzione, ma se ciò non abbia fatto o se il giudice competente non abbia accolto la richiesta, il giudice d'appello che procede – sempre che gli sia comunque pervenuta a tempo la manifestazione di volontà dell'imputato di essere presente – non può comunque celebrare l'udienza ma deve disporre la traduzione"²²⁶.

2. Cassazione. Non necessità dell'autentica della sottoscrizione apposta dalla parte privata in calce all'atto di impugnazione presentato a mezzo di incaricato.

Le Sezioni unite (**sentenza 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

²²⁶ Sez. II, n. 11756 del 9/1/2003, dep. 12/03/2003, Bertolaja, Rv. 224905, in relazione ad imputato agli arresti domiciliari; Sez. VI, n. 21561 del 29/1/2002, dep. 04/06/2002, Buraglia, Rv. 222742, e Sez. VI, n. 6384 del 9/3/1998, dep. 01/06/1998, Ohaeme, Rv. 210906, in relazione ad imputato soggetto all'obbligo di dimora in un comune diverso.

Massima n. 246905

Qualora l'atto di impugnazione di una parte privata sia presentato in cancelleria da un incaricato non occorre l'autentica della sua sottoscrizione, poichè l'art. 582 cod. proc. pen., che le attribuisce la facoltà di avvalersi per la presentazione del relativo atto di un incaricato, non richiede siffatta formalità.

(Nella specie, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione proposto a norma dell'art. 311 cod. proc. pen., sottoscritto personalmente dall'indagato in stato di detenzione e presentato dal difensore di fiducia, non iscritto all'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori, in quanto il rapporto difensivo fiduciario faceva ragionevolmente presumere l'incarico a presentarlo).

Nella specie, il ricorso (tempestivamente proposto) era stato sottoscritto personalmente dall'indagato, con firma autenticata dal difensore, avvocata non iscritto all'albo speciale di cui all'art. 613 c.p.p., e da quest'ultima depositato presso il Tribunale del riesame (il ricorrente era a quel momento detenuto).

Le Sezioni Unite, richiamando la propria giurisprudenza²²⁷, hanno ribadito che, *"nel caso in cui l'atto di impugnazione di una parte privata sia presentato in cancelleria da un incaricato, non occorre l'autentica della sottoscrizione dell'impugnante, giacché l'art. 582 c.p.p., che gli attribuisce la facoltà di avvalersi di un incaricato per la presentazione del relativo atto, non richiede siffatta formalità"*; sulla scorta e nell'ambito di tale principio, la giurisprudenza è unanimemente orientata anche nel senso di ritenere che l'incarico alla presentazione del gravame non deve necessariamente sostanziarsi in un formale atto di delega, potendo esso essere anche orale: l'esistenza dell'incarico può in sostanza, ritenersi e presumersi ogni qualvolta, in ragione del rapporto dell'incaricato con il titolare del potere di impugnazione, si abbia la piena garanzia circa l'autenticità della sottoscrizione²²⁸.

2.1. Segue. Non necessità della notifica dell'avviso per l'udienza camerale anche al difensore nominato successivamente.

La stessa decisione (**sentenza 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala**) ha inoltre avuto occasione di affermare, sempre ai fini della decisione del ricorso, che

²²⁷ Sez. Un., n. 8141 del 29/05/1992, dep. 21/7/1992, Caselli, rv. 191180; nel medesimo senso, più recentemente, Sez. VI, n. 7514 del 12/2/2009, dep. 20/2/2002, Berisha, rv. 242924.

²²⁸ *Ex plurimis*, Sez. V, n. 12162 del 4/2/2002, dep. 28/3/2002, P.G. in proc. Sommese, rv. 221141; Sez. II, n. 35345 del 12/6/2002, dep. 21/10/2002, P.M. in proc. Cordella, rv. 222920; Sez. VI, n. 8/2004 del 29/10/2003, dep. 7/1/2004, Lula Ilir, rv. 228369; Sez. II, n. 29608 del 7/7/2006, dep. 4/9/2006, Sicuranza ed altri, rv. 234972; Sez. V, n. 506/2007 del 25/9/2006, dep. 12/1/2007, Genovese ed altri, rv. 235805; Sez. V, n. 8096 del 11/1/2007, dep. 27/2/2007, Lussana ed altri, rv. 235735.

Massima n. 246905

L'avviso per l'udienza camerale (nella specie, quella davanti alla Corte di cassazione di cui all'art. 611 cod. proc. pen.), ritualmente e tempestivamente notificato al difensore non deve essere rinnovato in favore del difensore successivamente nominato. (Nella specie, il ricorrente aveva nominato altro difensore di fiducia, "revocando tutte le precedenti nomine", quando già erano stati espletati tutti gli incombeni di cui all'art. 610, quinto comma, cod. proc. pen.).

Nella specie, l'avviso per l'udienza camerale dinanzi alle Sezioni Unite era stato ritualmente e tempestivamente notificato al difensore di fiducia nominato, unico a risultare, in quel momento, investito del mandato difensivo; tre giorni prima dell'udienza, il ricorrente aveva nominato altro difensore di fiducia (*"revocando tutte le precedenti nomine"*) ma, risultando già espletati tutti gli incombeni di cui all'art. 610, comma quinto, cod. proc. pen., il Supremo Collegio ha ritenuto che fosse onere del sopravvenuto difensore (che doverosamente avrebbe dovuto essere informato dalla parte) di comparire in udienza senza alcun avviso.

2.2. Segue. Le spese e la sanzione pecuniaria in caso di rigetto o inammissibilità del ricorso.

Le Sezioni Unite (**sentenza 30 settembre – 3 dicembre 2010, n. 43055, dalla Serra**), investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno affermato che

Massima n. 248380

Alla dichiarazione d'inammissibilità del ricorso per cassazione non segue la condanna al pagamento di una somma in favore della cassa per le ammende qualora la questione con esso prospettata sia di particolare rilevanza (nella specie, perché oggetto di contrasto giurisprudenziale).

Pur in presenza della declaratoria di inammissibilità del ricorso, non è stata disposta la condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 616, comma primo, secondo periodo, cod. proc. pen., in considerazione della rilevanza della problematica comunque prospettata dal ricorrente.

Cap. 29

I rapporti giurisdizionali con le autorità straniere

1. Utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria. Le dichiarazioni rese in assenza del giudice italiano.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246588

In tema di applicazione della Convenzione europea di assistenza giudiziaria, è valida la prova testimoniale assunta nel giudizio avanti al giudice straniero senza la presenza, pur richiesta, del giudice italiano²²⁹.

Il ricorrente aveva eccepito la nullità od inutilizzabilità di atti svoltisi per rogatoria in Londra, sul presupposto della mancata partecipazione ai medesimi del Tribunale rogante.

Il Supremo collegio ha condiviso le argomentazioni dei giudici di merito (a parere dei quali, da un lato, le modalità di svolgimento della attività in rogatoria erano quelle determinate dallo Stato richiesto, senza che nessuna questione fosse stata proposta in relazione all'osservanza della legge britannica; dall'altro, lo Stato estero non aveva dato esecuzione alla rogatoria con modalità diverse da quelle indicate dall'autorità rogante, posto che la presenza del collegio non era una modalità di esecuzione ma una semplice richiesta di autorizzazione, sì che non poteva porsi alcun profilo di inutilizzabilità degli atti, né ai sensi dell'art. 727, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. né, a maggior ragione, ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen. D'altro canto, oltre a doversi rilevare come l'assunzione delle prove fosse avvenuta secondo la *lex loci*, l'eccezione non avrebbe potuto in ogni caso essere sollevata, in virtù dell'art. 182 cod. proc. pen., dalla difesa dell'imputato che, avendo invocato l'estromissione del collegio dalla partecipazione alla prova, aveva comunque dato causa all'invocata eventuale nullità), ricordando che l'art. 4, paragrafo 1, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale chiarisce, con disposizione certamente applicabile anche alle testimonianze, che "*on the express request of the requesting Party the requested Party*

²²⁹ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. VI, n. 3383/02 del 24/10/2001, dep. 30/1/2002, P.G. in proc. Modeo ed altri, rv. 220633.

shall state the date and place of execution of the letters rogatory. Officials and interested persons may be present if the requested Party consents"²³⁰.

Proprio in base a tale previsione si è sviluppato, accanto al modello, per così dire, "tradizionale", dell'assistenza interamente ed esclusivamente eseguita dalle autorità dello Stato richiesto, il modello della c.d. rogatoria "partecipata" (ovvero, appunto, eseguita con la partecipazione dell'autorità e anche delle parti private dello Stato richiedente): *"la possibilità per l'autorità richiedente di presenziare non presuppone, tuttavia, che nell'esecuzione della rogatoria non debba seguirsi comunque, in base al principio generale operante in materia, la legge dell'autorità richiesta: sicché, specie ove tale partecipazione non sia prevista secondo la lex loci, lo Stato richiesto resta libero di prestare o negare l'autorizzazione alla partecipazione, fermo restando l'obbligo di avvertire i giudici richiedenti della data e del luogo di esecuzione. Nella specie l'eccezione di nullità è stata ricondotta in ricorso alla previsione dell'art. 178, lett. a), c.p.p. sul presupposto, evidentemente, del difetto di costituzione del giudice durante l'espletamento del mezzo probatorio"*.

Nella specie, il Tribunale di Milano aveva richiesto di presenziare alla esecuzione dell'atto richiesto (ovvero l'assunzione delle prove testimoniali), senza che di fatto tale presenza fosse poi attuata per opposizione della stessa difesa del ricorrente accolta dall'autorità giudiziaria britannica.

Il Supremo collegio ha poi ribadito²³¹ che nella fattispecie non è ravvisabile alcuna nullità discendente dal precetto dell'art. 178, lett. a), cod. proc. pen., *"perché la rogatoria, anche se "concelebrata" presuppone pur sempre l'esercizio del potere giurisdizionale solo da parte del giudice straniero, il quale media l'eventuale intervento degli organi della parte richiedente, sicché deve escludersi, per questi ultimi organi, qualunque esercizio di potere giurisdizionale su territorio estero. Un problema di utilizzabilità della prova assunta all'estero potrebbe porsi concretamente solo ove sussistesse incompatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano (e ciò non è riscontrabile nella vicenda in esame), da non identificare con tutto il complesso delle regole dettate dal codice di rito, costituendo l'adesione al Trattato un implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p."*.

²³⁰ "Su espressa richiesta dello Stato richiedente, lo Stato richiesto stabilirà la data ed il luogo di esecuzione delle rogatorie. Autorità e parti private interessate possono essere presenti se lo Stato richiesto vi consente".

²³¹ Sez. VI, n. 3383 del 24/10/2001, dep. 30/1/2002, P.G. in proc. Modeo ed altri, rv. 220633, cit., relativa ad analoga fattispecie di rogatoria "partecipata", nella quale all'esame dei testimoni in territorio tedesco, condotto dal giudice di quel Paese, aveva partecipato la sola componente togata della Corte d'Assise italiana.

1.1. Segue. Le dichiarazioni rese da soggetto che avrebbe potuto avvalersi del segreto professionale.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 febbraio – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills**), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246587

In materia di assistenza giudiziaria penale, sono utilizzabili le deposizioni testimoniali rese in sede di rogatoria all'estero da soggetti che, secondo la legge italiana, avrebbero potuto avvalersi del segreto professionale ex art. 200 cod. proc. pen.

Le Sezioni Unite hanno, in particolare, ribadito l'orientamento giurisprudenziale²³² per il quale, ai fini dell'apprezzamento della validità degli atti assunti all'estero, occorre avere riguardo alla *lex loci*, sicché una questione di inutilizzabilità nel processo condotto dall'autorità giudiziaria italiana si pone nella misura in cui sia possibile ravvisare – e tale possibilità non era ravvisabile nella vicenda *de qua* - l'eventuale contrasto di quelle modalità di assunzione della prova con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume che, si è precisato, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa.

²³² Sez. I, n. 21673 del 22/01/2009, dep. 26/5/2009, Pizzata, rv. 243795; Sez. V, n. 39020 del 21/9/2007, dep 23/10/2007, Basco ed altri, rv. 238207; Sez. VI, n. 44830 del 22/9/2004, dep. 18/11/2004, Cuomo ed altro, rv. 230594.

SEZIONE III

MISURE DI PREVENZIONE

Cap. 30

Profili generali

1. Misure di sicurezza patrimoniali. L'ambito di applicazione.

Le Sezioni unite (**sentenza 25 marzo – 9 aprile 2010, n. 13426, Cagnazzo ed altri**), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246272

Il rinvio enunciato dall'art. 19, comma primo, della L. n. 152 del 1975 (disposizioni a tutela dell'ordine pubblico) non ha carattere materiale o recettizio, ma è di ordine formale nel senso che, in difetto di una espressa esclusione o limitazione, deve ritenersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto-fonte, in sostituzione, modificazione o integrazione di quelle originarie; ne consegue che, accanto alle misure di prevenzione personali, pure quelle patrimoniali del sequestro e della confisca possono essere applicate nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi perché abitualmente dediti a traffici delittuosi, o perché vivono abitualmente - anche solo in parte - con i proventi di attività delittuose, a prescindere dalla tipologia dei reati in riferimento²³³.

A parere dei ricorrenti, l'art. 14 della legge n. 55 del 1990 consentirebbe «di estendere le disposizioni di cui alla legge 575/65 sulle indagini e sull'applicazione delle misure di prevenzione a carattere patrimoniale anche ai soggetti indiziati di altri reati diversi da quello di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. (art. 75 l. 685/75 poi sostituito dall'art. 74 d.P.R. 309/90) ma non consente l'estensione a tali categorie anche delle norme sull'applicazione delle misure di prevenzione a carattere personale (come è, invece, illegittimamente avvenuto nel caso di specie)».

Il Supremo collegio ha, in senso contrario, osservato che, con riferimento alle misure di prevenzione personali, l'art. 13 della legge 3 agosto 1988, n. 327, modificando il primo comma dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152, ha stabilito che le disposizioni di cui alla legge 31 maggio 1965, n. 575, si applichino anche alle persone indicate nell'art. 1, numeri 1) e 2), della legge 27 dicembre 1956,

²³³ Nel medesimo senso, in precedenza, Sez. I, n. 36748 del 17/9/ 2008, dep. 25/9/2008, P.G. in proc. Pirozzi, rv. 241138; Sez. I, n. 8510 del 5/2/2009, dep. 25/2/2009, Guarnieri ed altri, rv. 244399; Sez. I, n. 26751 del 26/5/2009, dep. 1/7/2009, P.G. ed altro in proc. De Benedittis, rv. 244789; Sez. II, n. 33597 del 14/5/2009, dep. 1/9/2009, P.G. in proc. Monticelli ed altri, rv. 245251.

n. 1423: *"per effetto di tale norma sussiste, quindi, una completa equiparazione, in materia di misure di prevenzione personali, tra soggetti pericolosi in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad esse corrispondenti (pericolosità cosiddetta "qualificata" ai sensi della legge n. 575 del 1965) e soggetti pericolosi in quanto abitualmente dediti a traffici delittuosi ovvero ad attività delittuose da cui, almeno in parte, traggano i mezzi di vita (pericolosità cosiddetta "generica", ai sensi della legge "base" n. 1423 del 1956). Risultando quindi compresa in tale sfera applicativa anche la condotta illecita di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, ne deriva che lo scrutinio di pericolosità "generica" legittima la applicazione delle conseguenti misure di prevenzione personali".*

La materia è stata, peraltro, di recente profondamente incisa dalle modifiche introdotte dal decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, il quale, per quanto di interesse con riferimento al caso di specie, ha, da un lato, abrogato l'art. 14 della legge n. 55 del 1990, dall'altro, introdotto modifiche al primo comma dell'art. 19 della legge n.152 del 1975, ma lasciandone inalterata la portata precettiva: *"da ciò la conferma della perdurante validità del consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, secondo il quale il rinvio enunciato dall'art. 19, primo comma, della citata legge n. 152 del 1975 non ha carattere materiale o recettizio, ma è di ordine formale, nel senso che, in difetto di una espressa esclusione o limitazione, deve ritenersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto-fonte, in sostituzione, modificazione o integrazione di quelle originarie. Donde la conclusione che, accanto alle misure di prevenzione personali, già pacificamente applicabili, a seguito della novella introdotta dal d.l. n. 92 del 2008, pure le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca possono essere applicate nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi in quanto abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, a prescindere dalla tipologia dei reati in riferimento (cosiddetta pericolosità <<generica>>".*

Cap. 31**Il procedimento di prevenzione****1. Formazione del giudicato. La rilevanza del *ne bis in idem*.**

Le Sezioni unite (**sentenza 29 ottobre 2009 – 8 gennaio 2010, n. 600, Galdieri**), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza, hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 245176

Il principio del *ne bis in idem* è applicabile anche nel procedimento di prevenzione, ma la preclusione del giudicato opera *rebus sic stantibus* e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ai fini dell'applicazione di una nuova o più grave misura ove si acquisiscano ulteriori elementi, precedenti o successivi al giudicato, ma non valutati, che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate.

Il principio ribadisce l'orientamento giurisprudenziale già in precedenza consolidato sul punto²³⁴.

²³⁴ Sez. un., n. 16 del 3/7/1996, dep. 17/7/96, Simonelli, rv. 205260; più recentemente, Sez. VI, n. 25514 del 1/3/2006, dep. 21/7/2006, Zumbo, rv. 234995 e Sez. I, n. 43569 del 7/10/2004, dep. 8/11/2004, Stella, rv. 230267.

TOMO II

**LE PRINCIPALI LINEE DI TENDENZA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

GIURISPRUDENZA PENALE – ANNO 2010

SEZIONE I

I DIRITTI DELL'UOMO ED IL GIUSTO PROCESSO

Cap. 32 **I diritti dell'uomo**

1. I diritti dell'uomo: premessa.

Può ritenersi ormai generalizzata la consapevolezza che le norme della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (d'ora in poi, Convenzione EDU) – nell'interpretazione ad esse attribuita dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte EDU) – integrano, quali "norme interposte", il parametro dell'art. 117 Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, condizionando la legittimità costituzionale delle norme interne (poiché, nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna ed una norma della Convenzione EDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di interpretare la prima conformemente alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali parametri di ermeneutica giuridica, e, nel caso in cui tale opzione interpretativa risulti impraticabile, egli, nell'impossibilità di disapplicare la norma interna contrastante, deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro sopra indicato²³⁵). Resta devoluta al solo giudizio della Corte costituzionale la verifica di eventuali aspetti di conflitto delle norme convenzionali con altri principi della Costituzione.

È, conseguentemente, sempre maggiore l'attenzione dedicata alle possibili ricadute applicative dei principi sanciti dalla Convenzione EDU sull'interpretazione delle norme interne.

1.1. Il divieto della tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti.

La Convenzione EDU (resa esecutiva con L. n. 848/1955), la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (resa esecutiva con L. n. 489 del 1988) ed il Patto Internazionale sui diritti civili e politici (reso esecutivo con L. n. 881 del 1977) proibiscono la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti, e prescrivono il divieto di

²³⁵ Corte costituzionale, sentenze nn. 39 del 2008, 239, 311 e 317 del 2009, 93 del 2010; per una applicazione di tali principi, cfr. Sez. 2, ordinanza n. 22357 del 27/5/2010, dep. 11/6/2010, Micciché, che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per i processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione, in relazione all'art. 117 della Costituzione ed all'art.7 della Convenzione EDU, rilevando che, per effetto di tale ultima norma, dovrebbe, nell'interpretazione della Corte EDU, operare non solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale meno severa (in essa inclusi - stante quanto a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 393 del 2006 - i profili inerenti alla riduzione dei termini di prescrizione).

refoulement, ovvero di rimpatrio a rischio di persecuzione: il divieto di *refoulement* è assoluto e si applica ad ogni persona, senza considerazione né del suo *status* né del tipo d'imputazione o di condanna, ed indipendentemente dalla natura del trasferimento (comprese, quindi, l'estradizione o l'espulsione).

Con riguardo alla suddetta garanzia, si è ritenuto che, nei casi in cui la Corte EDU abbia stabilito che l'esecuzione di provvedimenti di espulsione o comunque di trasferimento forzoso verso un determinato Paese violi l'art. 3 della Convenzione EDU, in considerazione del rischio di attuazione di pene o trattamenti inumani o degradanti, sorge, *"per ogni articolazione istituzionale della Repubblica, la necessità di verificare il rigoroso rispetto dell'art. 3 della Convenzione e, specificamente, per ogni organo giurisdizionale competente a deliberare decisioni che comportano trasferimenti di persone verso [quel paese], il dovere di individuare ed adottare, in caso di ritenuta pericolosità della persona, un'appropriata misura di sicurezza, diversa dall'espulsione, alla luce dei principi vigenti in materia ed in considerazione della particolare situazione dei prevenuti. E ciò fino a quando non sopravvengano in [quel paese] fatti innovativi idonei a mutare la situazione d'allarme descritta nell'indicata decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, si da offrire affidabile e concreta dimostrazione di garanzia di pieno rispetto dell'art. 3 della Convenzione. Trattandosi vicende suscettibili di evoluzione e di sviluppo, tale verifica va fatta nel momento in cui deve eseguirsi l'espulsione, con eventuale sostituzione di essa con altra misura di sicurezza"*²³⁶.

In tema di estradizione per l'estero, si è anche ritenuto che, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma primo, cod. proc. pen., la Corte d'appello può fondare la propria decisione in ordine all'esistenza di violazioni dei diritti umani nel Paese richiedente anche sulla base di documenti e rapporti elaborati da organizzazioni non governative (quali, ad es., *Amnesty International* ed *Human Rights Watch*), la cui affidabilità sia generalmente riconosciuta sul piano internazionale²³⁷.

²³⁶ Sez. 6, n. 20515 del 28/4/2010, dep. 28/5/2010, Arman Ahmed, rv. 247347.

²³⁷ Sez. 6, n. 32685 dell'8/7/2010, dep. 3/9/2010, P.G. in proc. Seven, rv. 248002: la fattispecie riguardava una istanza di estradizione che la Corte distrettuale ha rigettato, desumendo il concreto pericolo di pratiche di tortura nei confronti dell'estradando anche sulla base dei più recenti rapporti di *Amnesty International*.

1.2. Il principio di irretroattività.

Le Sezioni Unite, chiamate a decidere <<se il mutamento di giurisprudenza intervenuto medio tempore con decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>, hanno ritenuto che <<il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>, precisando che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione EDU, il cui art. 7, come interpretato dalla Corte EDU, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale²³⁸.

Con specifico riferimento alla questione controversa, che imponeva di stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del Supremo Collegio di nomofilachia possa costituire quell'elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. <<giudicato esecutivo>>, a parere delle Sezioni Unite la soluzione positiva "è imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo"²³⁹. Si è, in proposito, ricordato che l'art. 7 della Convenzione EDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*: "la richiamata norma, apparentemente <<debole>> e scarsamente <<incisiva>> rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem²⁴⁰, il principio implicito della retroattività della legge meno severa²⁴¹, ed ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di <<legalità materiale>>, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione".

²³⁸ Sez. U., n. 18288 del 21/1/2010, dep. 13/5/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651.

²³⁹ Corte cost., sentenze n. 349 del 2007, e n. 239 del 2009.

²⁴⁰ Corte EDU, sentenza n. 32492 del 1996, Coeme ed altri c/ Belgio.

²⁴¹ Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c/ Italia.

Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, *"una relazione di tipo concorrenziale"* tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa.

E la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza: *"in definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma <<vivente>>, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici"*.

Le posizioni della Corte EDU sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. <<diritto vivente>> risultano in armonia con la giurisprudenza costituzionale²⁴².

Le considerazioni sin qui svolte *"legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo <<elemento di diritto>>, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità ed integra il <<diritto vivente>>. Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o*

²⁴² Il sintagma <<diritto vivente>> era apparso per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974 della Corte costituzionale, per focalizzare la figura - già elaborata in precedenti decisioni - della *"norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici"* (Corte cost., sentenza n. 3 del 1956), e *"come vive nella realtà concreta"* (Corte cost., sentenza n. 198 del 1972); è al *"diritto vivente"*, infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando ad imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari. La nozione di <<diritto vivente>> è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario: tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire *"quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini"*. Per le decisioni di legittimità predomina sul *"criterio quantitativo"* quello *"qualitativo del grado"* e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente *"anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite"*, posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (Corte cost., sentenze n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977).

sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che – come si è detto – ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva”.

In realtà, “l’intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo ed offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata. La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena ed alla risocializzazione del condannato (si pensi all’accesso alle misure alternative alla detenzione), con l’effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell’indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s’impone, alla luce del novum interpretativo, diventato <<diritto vivente>>, la rivalutazione della posizione del condannato.

L’opposta conclusione violerebbe il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., perché comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell’indulto.

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, *“non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata quaestio iuris, legittima, (...), il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell’art. 666 c.p.p. Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l’art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole)”.*

La giurisprudenza delle sezioni ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., come modificato dall’art. 2, comma primo, lett. a-bis), D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009, sollevata sul presupposto del contrasto, in punto di applicabilità alle misure già in atto, con l’art. 7 della Convenzione EDU, con conseguente violazione dell’art. 117 della Costituzione: si è, in proposito, osservato che il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli sancito dal suddetto art. 7 concerne unicamente la pena (comportando il divieto di applicare con la condanna un trattamento sanzionatorio più

grave di quello previsto al momento della commissione del reato contestato), non anche le misure cautelari²⁴³.

1.3. Gli effetti delle sentenze della Corte EDU nei confronti delle parti.

Assume rilievo sempre crescente, in difetto di una norma *ad hoc*, il tema²⁴⁴ delle possibili conseguenze delle decisioni della Corte EDU che abbiano ritenuto la <<ingiustizia>> del processo penale per violazione del diritto al contraddittorio nel giudizio di legittimità.

La V sezione²⁴⁵, con riguardo ad un caso nel quale era passata in giudicato la sentenza d'appello che aveva modificato *in peius* (su appello del P.M.) la pena di anni trenta di reclusione inflitta (a seguito di giudizio abbreviato) all'imputato, irrogando l'ergastolo, in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma secondo, D.L. n. 341 del 2000, conv. con modif. in L. n. 4 del 2001 (che aveva modificato l'art. 442, comma secondo, ultimo periodo, cod. proc. pen.), con applicazione ritenuta dalla Corte EDU non equa (in violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU) e retroattiva (in violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU), ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., preordinato ad ottenere, in esecuzione della sentenza della Corte EDU, la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella (di anni trenta di reclusione) ritenuta equa dalla Corte EDU, riconoscendo la sussistenza del diritto del ricorrente ad ottenere una modifica della pena in attuazione della Convenzione EDU, nonché del corrispondente obbligo positivo del giudice (che, investito del ricorso, abbia preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato, per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte EDU) di determinare la quantificazione della stessa in misura rispondente alla Convenzione EDU; in applicazione del principio, è stata revocata *in parte qua* la sentenza della Corte di Cassazione originariamente passata in giudicato, ed è stata annullata senza rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio, la sentenza resa dal giudice di merito in grado d'appello.

A sostegno della decisione si è osservato che l'art. 46 della Convenzione EDU *"stabilisce una precisa ed inequivoca <<obbligazione giuridica>> per gli Stati contraenti, di conformarsi - sotto il controllo del Comitato dei Ministri - alle sentenze definitive della Corte pronunciate nelle controversie in cui sono parti. L'indirizzo del nostro ordinamento di recepire le decisioni della Corte di Strasburgo e di uniformarsi ad esse può dirsi stabilmente confermato dal legislatore, attraverso a) il D.P.R. n. 289 del 2005, che, ad integrazione del T.u. sul casellario giudiziale, ha inserito il D.P.R. n. 313*

²⁴³ Sez. III, n. 15378 del 3/3/2010, dep. 22/4/2010, Valentino, rv. 246605.

²⁴⁴ Affrontato anche nella Rassegna dell'anno 2008 (in riferimento a Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008, dep. 11/12/2008, Drassich, rv. 241753 – 4).

²⁴⁵ Sentenza n. 16507 dell'11/2/2010, dep. 28/4/2010, Scoppola, rv. 247244.

del 2002, art. 19, commi 2-bis e 2-ter, prevedendo l'iscrizione dell' <<estratto delle decisioni adottate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano, concernenti i provvedimenti giudiziari ed amministrativi definitivi delle autorità nazionali già iscritti...>>; b) la L. n. 12 del 2006, recante <<Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo>>; l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU "è da considerare di risultato, nel senso che è riservata agli Stati la scelta dei mezzi per adeguarsi ai principi in essa formulati, come ha ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la raccomandazione R (2000) 2, secondo cui <<spetta alle competenti autorità dello Stato condannato decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una restitutio in integrum, tenendo conto dei mezzi disponibili nell'ordinamento interno>>".

Preso atto che, nella legislazione interna, manca una procedura *ad hoc*, si è evidenziato, nel valutare in qual modo fosse possibile addivenire alla sostituzione della pena, che, nel caso di specie (diversamente da quanto avvenuto negli altri casi nei quali la Corte di legittimità aveva dovuto risolvere analogo interrogativo), l'iniquità della decisione non atteneva al profilo della formazione della prova in contraddittorio, dell'accertamento della responsabilità penale o della qualificazione giuridica dei fatti (non avendo la Corte EDU sostenuto che il giudice avrebbe dovuto giudicare in maniera differente o che l'imputato avrebbe potuto difendersi diversamente, se fossero state rispettate le garanzie processuali fondamentali) bensì unicamente al trattamento sanzionatorio: "nel caso in esame, quindi, sussiste, da un lato, per [l'interessato], il diritto ad una modifica della pena, da determinare secondo la legalità della Convenzione; dall'altro, per lo Stato e, specificamente, per gli organi investiti del potere giudiziario, l'obbligo positivo di determinare una pena rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione, allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli scaturite dalla violazione accertata".

All'uopo, risultava sufficiente la mera modifica della pena; si è, quindi, ritenuto che, pur potendo essere affidato al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena dell'ergastolo, tuttavia, "in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali ed allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee". Pertanto, preso atto dell'iniquità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte EDU, che ha accertato che la sua formazione è avvenuta in violazione dei principi sanciti dagli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU, nonché della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione viziata ed all'immediata modifica della pena inflitta, è stata revocata *in parte qua* la sentenza passata in giudicato, ed è stata annullata senza rinvio la sentenza della

Corte di assise di appello limitatamente al trattamento sanzionatorio, che è stato conclusivamente rideterminato in anni trenta di reclusione.

In tema, la III sezione²⁴⁶, con riguardo al medesimo problema, in un caso nel quale il giudice dell'esecuzione, investito di richiesta di revoca della confisca disposta con sentenza irrevocabile, ritenuta dalla Corte EDU in contrasto con l'art. 7 della Convenzione EDU, ne aveva pronunciato il rigetto motivando, tra l'altro, nel senso che la sentenza della Corte EDU imponeva allo Stato unicamente il risarcimento dei danni, ha riconosciuto che le sentenze della Corte EDU che dichiarano l'intervenuta violazione della Convenzione EDU, pur non avendo effetti precettivi immediati, sono produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti del giudizio, perché, da un lato, lo Stato è tenuto a conformarsi ad esse eliminando la violazione accertata e, dall'altro, il cittadino coinvolto dalla violazione stessa ha diritto alla riparazione non soltanto nella forma pecuniaria, ma anche in quella specifica della *restitutio in integrum*.

Si è, in proposito, ricordato che l'art. 19 della Convenzione EDU prevede l'istituzione della Corte EDU <<per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla Convenzione e dai suoi protocolli>>, e che l'art. 46 (recante la rubrica <<Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze>>), già nella formulazione di cui all'undicesimo Protocollo, stabilisce una precisa obbligazione giuridica per gli Stati contraenti di conformarsi, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, alle decisioni definitive della Corte per le controversie nelle quali sono parti: tale obbligazione è stata resa ancora più vincolante dal quattordicesimo Protocollo (ratificato con L. n. 280 del 2005 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010), che introduce una revisione alla verifica sull'esecuzione delle sentenze e, tra l'altro, prevede un meccanismo di infrazione accettato senza riserve dall'Italia. La volontà dello Stato di recepire le decisioni di Strasburgo e di uniformarsi alle stesse, accettandone la <<forza>> vincolante, è desumibile anche dall'emanazione della L. n. 12 del 2006 (recante <<Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo>>) che ha introdotto una norma, inserita nella L. n. 400 del 1998 (art. 5) che individua nel Presidente del Consiglio l'organo governativo deputato agli adempimenti di competenza, e del d.P.R. n. 289 del 2005, in virtù del quale le decisioni definitive dei Giudici europei sono inserite nel casellario giudiziario.

In questo contesto, *"i precisi obblighi nascenti dalla Convenzione e la normativa interna portano necessariamente a concludere che le sentenze della Corte che dichiarano l'intervenuta violazione della Convenzione, pur non avendo effetti precettivi immediati, hanno valenza non limitata alla sfera sopranazionale, ma sono produttive di diritti e di obblighi nei confronti delle parti; ciò nel senso che lo Stato è tenuto a conformarsi al dettato della Corte, eliminando le conseguenze pregiudizievoli della*

²⁴⁶ Sentenza n. 23761 dell'11/5/2010, dep. 21/6/2010, Presidenza del Consiglio dei ministri, rv. 247280-1.

violazione, ed il cittadino ha il diritto alla riparazione nella forma pecuniaria e/o specifica della restitutio in integrum. Sul tema, la carenza di un potere di immediata disapplicazione della norma interna contrastante con la Convenzione (...) non rileva: nel caso concreto, non si tratta di disapplicare un atto legislativo o di farne valere una illegittimità costituzionale, ma di adempiere all'obbligo, indiscusso, di dare esecuzione delle condanne della Corte di Strasburgo dopo avere individuato il più idoneo strumento giuridico".

Nel caso di specie, si è anche ritenuto che la Presidenza del Consiglio dei Ministri, organo deputato per legge a curare l'esecuzione delle pronunce della Corte EDU, fosse legittimata a richiedere al giudice dell'esecuzione la revoca della confisca, già considerata dai giudici europei in contrasto con l'art. 7 della Convenzione EDU: *"nella prospettiva della Corte europea, la responsabilità dello Stato-soggetto di fonte alla Convenzione si pone in termini indifferenziati rispetto all'articolazione interna dell'ordinamento e, quindi, dell'organo che, in concreto, ha causato la violazione. In questo senso, si può sostenere che la Presidenza del Consiglio ha agito in una sorta di <<autotutela>> per rimuovere gli effetti dell'atto convenzionalmente illegittimo <<rappresentando>> lo Stato- soggetto (nonché gli originari titolari del bene confiscato a prescindere dall'interesse concreto di costoro). La titolarità ad agire in capo alla Presidenza del Consiglio è reperibile in una fonte positiva, la L. n. 400 del 1998, art. 5, comma 3, lett. a-bis (che dispone che il Presidente del Consiglio promuove gli adempimenti governativi conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano). L'art. 5 altro non è che la norma di attuazione del generale obbligo sancito, a livello intenzionale, dall'art. 46 Convenzione EDU. Ai sensi dell'art. 666 c.p.p., comma 1, non può negarsi al ricorrente la qualifica di soggetto <<interessato>>, la cui nozione, nella relativa applicazione giurisprudenziale, è molto ampia e comprende chiunque vanti una posizione giuridicamente tutelata sulla quale incide l'esecuzione della sentenza. La considerazione del Giudice sulla non partecipazione del Presidente del Consiglio nei precedenti procedimenti è superabile: questa Corte ha reiteratamente ammesso che terzi estranei al giudizio di cognizione - e, pertanto impossibilitati ad impugnare la relativa sentenza - siano facoltizzati, assumendo di essere titolari di diritto sul bene confiscato, a chiederne la restituzione proponendo ricorso ai sensi dell'art. 665 c.p.p."*

Conclusivamente, preso atto che nella procedura camerale culminata nell'emissione dell'ordinanza impugnata non era stato rispettato il principio del contraddittorio, quest'ultima è stata annullata e gli atti sono stati trasmessi al Tribunale *a quo* per una nuova decisione - da emanarsi in contraddittorio dei soggetti interessati²⁴⁷ - sulla

²⁴⁷ Non essendo in precedenza stati citati il Comune che in esito alla confisca aveva acquisito i terreni al suo patrimonio, e le tre società alle quali i beni *de quibus* avrebbero dovuti essere restituiti.

richiesta della Presidenza del Consiglio di revoca della confisca, invocata ai sensi dell'art. 4, comma 4-*ter*, D.L. n. 78 del 2009, conv. in L. n. 102 del 2009.

Appare opportuno ricordare che la direttiva 106.8. dello Schema di disegno di legge delega per la riforma del Codice di procedura penale elaborato, nel corso della precedente Legislatura, dalla <<Commissione Riccio>>, aveva proposto di colmare l'evidenziata lacuna normativa, apprestando, per il caso in cui sia accertata la violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione EDU, un apposito rimedio processuale, condivisibilmente tenuto distinto dalla revisione, ed aveva all'uopo predisposto una sorta di "filtro", volto a verificare se la violazione avesse effettivamente inciso sulla decisione, se ne avesse cioè determinato la sostanziale ingiustizia, rendendola meritevole di essere caducata attraverso il rimedio impugnatorio straordinario *ad hoc*.

Cap. 33

Il giusto processo

1. Il giusto processo: premessa.

I principi del cd. "giusto processo" (*due process of law*) risultano garantiti dall'art. 111 della Costituzione, il cui testo, modificato con L. costituzionale n. 2 del 1999, ha recepito il contenuto dell'art. 14, comma terzo, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e dell'art. 6, comma terzo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai quali peraltro l'emanando codice di procedura penale già doveva ispirarsi, in forza dell'espressa disposizione contenuta nell'art. 2, comma primo, della Legge delega n. 81 del 1987.

Le relative tematiche, ormai non più "nuove", sono state esaminate in più occasioni, anche nel corso dell'anno 2010, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che generalmente è pervenuta a soluzioni coerenti con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui in materia va riconosciuta particolare rilevanza, sia per le appena sottolineate analogie fra i testi di legge di riferimento, sia perché le sentenze definitive della Corte di Strasburgo hanno "forza vincolante" nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione.

1.1. Il diritto al contraddittorio.

Il principio del contraddittorio può essere inteso in duplice accezione:

- nella sua dimensione oggettiva, esso costituisce metodo di accertamento della verità;
- nella sua dimensione soggettiva, esso si sostanzia nel diritto a confrontarsi, in ogni fase del processo, con il proprio accusatore, e costituisce estrinsecazione del diritto di difesa.

Non vi è dubbio che il principio sia stato recepito dall'art. 111 della Costituzione principalmente nella sua dimensione oggettiva: in tal senso depone la collocazione sistematica della garanzia, concepita non quale corollario del diritto di difesa (nel qual caso la sua enunciazione avrebbe dovuto seguire la garanzia del diritto di difesa: cfr. art. 24, comma secondo, della Costituzione), bensì quale fondamentale «norma sulla giurisdizione», inserita (l'interprete deve ritenere non casualmente) nell'art. 111 della

Costituzione, che apre la sezione dedicata alle «Norme sulla giurisdizione» (Sezione II del Titolo IV).

L'attenzione dei Costituenti non si è, pertanto, incentrata sul diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore (sempre rinunciabile, senza che il giudice possa interferire, e quindi di rilievo costituzionale inferiore), bensì sul contraddittorio inteso come metodo privilegiato per l'attuazione della giurisdizione (art. 111, comma primo, della Costituzione) da parte dei magistrati (Titolo IV), perché ritenuto il più affidabile ai fini della ricerca della verità: in tale accezione, esso non è mai in assoluto disponibile dalle parti, e postula logicamente che il dichiarante abbia l'obbligo di dire la verità, poiché in caso contrario l'attuazione della giurisdizione potrebbe risultare falsata.

Il contraddittorio costituisce, pertanto, uno strumento processuale funzionale ad assicurare la genuinità della prova, garantendo la completezza e quindi la maggiore corrispondenza a verità dei dati acquisiti (per la necessaria attività della parte pubblica, non necessariamente elisa, ma, nelle intenzioni dei novelli costituenti, completata dall'intervento delle parti private).

Una conferma in tal senso giunge da quelle che impropriamente vengono definite «deroghe al principio del contraddittorio» (art. 111, comma quinto, della Costituzione), laddove, a ben vedere, ne costituiscono fulgida riaffermazione, nell'accezione oggettiva:

- per ragioni di economia processuale (onde evitare il rischio che l'opzione prioritaria per la formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale *inter partes* possa allungare a dismisura i tempi di definizione dei processi penali anche aventi ad oggetto vicende minori), si è dato rilievo al «consenso dell'imputato», che peraltro, se vincola il giudice in quanto rinuncia al diritto di confrontarsi con il proprio accusatore, non lo vincola in quanto rinuncia al contraddittorio quale metodo più affidabile di ricerca della verità: il giudice può, ad esempio, assumere d'ufficio gli elementi necessari ai fini della decisione (art. 441, comma quinto, cod. proc. pen.) nel rito abbreviato²⁴⁸, e non condividere, nel giudizio, gli accordi istruttori *inter partes* (art. 507, comma primo-*bis*, cod. proc. pen.);

- si è logicamente dovuto prendere atto che in date situazioni, per accertata impossibilità di natura oggettiva, l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio non può aver luogo (*ad impossibilia nemo tenetur*);

- è stata, infine, attribuita rilevanza alla «provata condotta illecita» che abbia alterato i possibili esiti della prova, se assunta in contraddittorio (onde evitare che la criminalità – soprattutto quella organizzata – potesse ricorrere all'intimidazione sistematica dei testimoni): ma questa non costituisce deroga, bensì estrema riaffermazione del principio del contraddittorio quale metodo privilegiato di attuazione

²⁴⁸ Le Sezioni unite (sentenza n. 16 del 21/6/2000, dep. 30/6/2000, Tammaro, rv. 216246-9) hanno precisato «deve».

della giurisdizione, alla cui tutela risulta necessario ripristinare la corretta situazione, turbata dall'indebita pressione esterna, senza la quale la formazione della prova avrebbe avuto esiti diversi.

Con riferimento al contraddittorio inteso nella sua più ampia accezione di **diritto di partecipazione al procedimento** vanno segnalati due interventi delle Sezioni unite.

Chiamate a decidere una diversa questione controversa²⁴⁹, le Sezioni unite²⁵⁰ hanno preliminarmente osservato che **l'imputato detenuto** o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza, **ha diritto di presenziare al giudizio camerale** (nella specie: d'appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato), anche se ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice procedente; nell'escludere che la predetta richiesta debba rispettare il termine di cinque giorni indicato dall'art. 127, comma secondo, cod. proc. pen., si è precisato che questa interpretazione, *"proprio perché garantisce maggiormente la partecipazione al giudizio di merito dell'imputato appellante, che abbia manifestato una volontà in tal senso, è più conforme ai principi del giusto processo e del contraddittorio, sanciti dall'art. 111 Cost., il quale riconosce la piena espansione del diritto di autodifesa e l'esercizio di facoltà, che solo la presenza dell'imputato nel processo è in grado di assicurare. La detta interpretazione trova anche conferma sia nelle norme e principi posti dall'art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali, nel prevedere il diritto di ogni accusato di difendersi personalmente, di esaminare o far esaminare i testimoni e di farsi assistere gratuitamente da un interprete, implicano necessariamente la presenza dell'imputato; sia nell'art. 14, comma 3, lett. d), e), f), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a Nuova York il 16 dicembre 1966, e reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977, n. 881, che riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato di essere presente al processo, oltre che di difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta, di interrogare e fare interrogare testimoni, di farsi assistere gratuitamente da un interprete"*²⁵¹.

²⁴⁹ <<Se l'imputato, per ottenere nel giudizio di cognizione il riconoscimento del vincolo della continuazione tra il reato in imputazione ed altro già giudicato, debba produrre copia della sentenza rilevante o possa limitarsi all'indicazione degli estremi della stessa>>.

²⁵⁰ Sentenza n. 35399 del 24/6/2010, dep. 1°/10/2010, F., rv. 247835-6.

²⁵¹ L'interpretazione accolta dalle Sezioni unite trova il conforto della giurisprudenza costituzionale, la quale (con riferimento al procedimento di riesame) ha chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che dovrà assumere la decisione, ed ha riconosciuto che l'imputato detenuto è certamente titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare, se lo voglia, le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli. D'altra parte, il diritto-dovere del giudice di sentire personalmente l'imputato, e il diritto di quest'ultimo di essere ascoltato dal giudice che dovrà giudicarlo, rientrano nei principi generali d'immediatezza e di oralità cui s'informa l'attuale sistema processuale (Corte cost., sentenza n. 45 del 1991).

La decisione ha evidenziato che, nel giudizio ordinario, va sempre assicurata la presenza dell'imputato, salvo che questi inequivocamente vi rinunci, mentre nel giudizio camerale di appello la presenza dell'imputato non è necessaria e va quindi assicurata soltanto se questi manifesti la volontà di voler comparire, potendo altrimenti presumersi la sua rinuncia ad essere presente²⁵²: ne consegue che, nel giudizio camerale, il legittimo impedimento, ivi compreso quello costituito dallo stato di detenzione, è irrilevante e non produce effetti se l'imputato non adempia l'onere legislativamente impostogli di comunicare al giudice il suo impedimento e la sua volontà di essere presente: *"il codice di rito dunque, in considerazione del particolare giudizio adottato, impone a carico dell'imputato detenuto un vero e proprio onere di comunicare la sua volontà di partecipare all'udienza camerale d'appello. Ciò però implica, per far sorgere il diritto, la regolarità e la tempestività dell'adempimento dell'onere, ossia che la comunicazione sia fatta con modalità tali da permettere la traduzione dell'imputato per l'udienza. Ed invero - tralasciando le ipotesi in cui non ricorre un inadempimento dell'onere per impossibilità di rispettarlo - se si consentisse che l'imputato, pur avendolo potuto fare in precedenza, possa validamente adempiere l'onere e comunicare l'impedimento e la volontà di comparire anche soltanto all'ultimo istante, quando ormai non vi sia più una corretta possibilità di effettuare la traduzione per l'udienza, allora l'adempimento dell'onere si potrebbe trasformare in realtà in un malizioso o doloso mezzo per rinviare, senza necessità, l'udienza stessa e prolungare indebitamente la durata del processo. Il che darebbe luogo ad una interpretazione certamente non rispettosa del buon andamento processuale e non conforme al principio costituzionale della ragionevole durata del processo"*.

Occorre, dunque, pervenire ad una interpretazione che soddisfi il bilanciamento tra il diritto fondamentale dell'imputato di essere presente e la necessità di rispettare le caratteristiche di snellezza e celerità del rito prescelto dal medesimo imputato e di assicurare che la durata del processo non sia irragionevolmente e senza necessità prolungata per effetto di condotte dell'imputato maliziose o non giustificate: *"e tale bilanciamento sembra possa essere raggiunto ritenendo che la manifestazione di volontà dell'imputato detenuto non è soggetta ad alcun limite temporale rigido e prefissato, ma debba comunque essere considerata tardiva e non efficace quando sia stata fatta in un momento tale che, nel singolo caso concreto, non vi sia più possibilità di effettuare la traduzione per l'udienza. In tal caso, invero, può ritenersi che l'onere di comunicare la volontà di comparire non sia stato validamente adempiuto e che pertanto difetti il presupposto necessario perché abbia rilievo l'impedimento dell'imputato e perché il giudice abbia l'obbligo di assicurarne la presenza (ovvero può ritenersi ... che legittimamente il giudice può ravvisare nel comportamento dell'imputato una rinuncia a comparire). Non potrebbe invece riscontrarsi un*

²⁵² In tal senso, cfr. anche Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 18.10.2006, Hermi c. Italia.

inadempimento dell'onere (con le dette conseguenze) allorché vi sia stata una oggettiva impossibilità di effettuare prima la comunicazione (come, ad esempio, quando la detenzione intervenga nell'immediata prossimità dell'udienza). In questo caso, così come in quello in cui la traduzione, pur oggettivamente possibile, non è avvenuta per disguidi o ritardi dell'amministrazione, dovrà essere disposta la traduzione per una successiva udienza. Poiché, però, si tratta pur sempre del diritto fondamentale dell'imputato detenuto di essere presente nell'udienza in cui si decide della sua responsabilità e del trattamento sanzionatorio, il principio appena enunciato deve poi essere interpretato ed applicato in modo rigido, sia nel senso che la richiesta potrà ritenersi tardiva soltanto allorché in concreto non vi sia possibilità pratica di assicurare la presenza in udienza dell'appellante, sia nel senso che il giudice, qualora ritenga intempestiva la richiesta, deve dar conto, con adeguata e congrua motivazione, delle specifiche ragioni per le quali in quel determinato caso non era possibile effettuare la traduzione dell'imputato in udienza, prendendo in considerazione tutte le specifiche circostanze del caso concreto, quali, ad esempio, il tipo di limitazione della libertà personale, il luogo in cui l'imputato si trova ristretto, e così via".

Si è anche evidenziato che i principi affermati si applicano non solo nel caso in cui l'imputato sia detenuto in un istituto penitenziario, ma anche quando si trovi agli arresti domiciliari o sia comunque soggetto ad altra misura restrittiva della libertà personale che non gli permetta di presentarsi liberamente all'udienza.

Ciò premesso, si è conclusivamente affermato che la mancata traduzione (non disposta o non eseguita) all'udienza camerale d'appello dell'imputato che abbia tempestivamente manifestato, in qualsiasi modo, la volontà di comparire, e che si trovi detenuto o comunque soggetto a misure limitative della libertà personale, determina la nullità assoluta ed insanabile del giudizio camerale e della relativa sentenza.

Successivamente, chiamate a decidere, con riguardo all'**attuazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del subprocedimento cautelare**, <<se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, con gli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice della udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3-bis, cod. proc. pen.>>, le Sezioni unite²⁵³ hanno osservato che "la possibilità di conoscere <<direttamente>> da parte del difensore, l'integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla <<mediazione illustrativa>> del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio <<effettivo>> e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare:

²⁵³ Sentenza n. 36212 del 30/9/2010, dep. 11/10/2010, G., rv. 247939.

giustificandone, per questa via, l'equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen."

Tale conclusione è, peraltro, necessitata dalla giurisprudenza della Corte EDU²⁵⁴: la Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di sottolineare che tutti i processi penali devono caratterizzarsi per l'attuazione del contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa, poiché questo "è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte>>²⁵⁵. Per di più, l'articolo 6 § 1 [della Convenzione EDU] esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico²⁵⁶. E' ben vero (...) che <<il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto>>, in quanto <<in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti – come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati – che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato²⁵⁷>>. Sicché, in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante. Tuttavia – ha soggiunto la Corte – sono legittime rispetto all'art. 6 § 1 solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie²⁵⁸. Per di più, se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie".

E' stata, pertanto, conclusivamente riconosciuta "l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, cod. proc. pen."

La giurisprudenza delle sezioni, nel solco di un orientamento già consolidato, ha ribadito l'**esclusione della facoltà dell'imputato di interrogare personalmente il proprio accusatore**, affermando che l'esame testimoniale può essere condotto solo dal difensore, in quanto l'art. 111, comma terzo, della Costituzione (secondo cui la

²⁵⁴ In particolare, Corte EDU, sentenza Previti c. Italia, 8 dicembre 2009, §§ 178 e 179.

²⁵⁵ Corte EDU, sentenza Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, §§ 66 e 67.

²⁵⁶ Corte EDU, sentenza Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, § 36.

²⁵⁷ Corte EDU, sentenza Doorson c. Olanda 26 marzo 1996, § 70.

²⁵⁸ Corte EDU, sentenza Van Mechelen ed altri c. Olanda, 23 aprile 1997, § 58.

persona accusata di un reato ha facoltà di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico), *"esprime un principio di garanzia le cui modalità concrete di attuazione sono rimesse al legislatore ordinario, che è lasciato libero di scegliere tra le due possibilità in funzione del modello di difesa previsto nei diversi procedimenti. Ne consegue che nell'attuale ordinamento, riservando l'art. 498 cod. proc. pen. al solo difensore la suddetta facoltà, l'imputato non è autorizzato a condurre personalmente l'esame testimoniale"*²⁵⁹.

In relazione al **regime delle letture** ed al tema della **valutazione della prova testimoniale conseguentemente acquisita**, va registrata la netta affermazione che la dichiarazione accusatoria della persona offesa acquisita ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen. deve trovare conforto, per sostenere l'accusa, in ulteriori elementi individuati dal giudice, con doverosa disamina critica, nelle risultanze processuali²⁶⁰.

Premesso che la previsione dell'ipotesi di formazione della prova senza contraddittorio ammessa dall'art. 111, comma quinto, della Costituzione <<per accertata impossibilità di natura oggettiva>> va intesa nel senso che essa *"deve essere ammessa, pur in presenza di volontario allontanamento del denunciante, quando poi ne risulti oggettivamente impossibile il rintraccio, il rientro o la escussione"*, poiché il criterio rilevante ai fini dell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. è quello della <<rimproverabilità>> del soggetto da escutere, in relazione all' <<essersi volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato>>, e non al semplice allontanamento volontario per altri motivi (*"come si desume dalla circostanza che tale rimproverabilità è stata esclusa quando è mancato l'atto della citazione a giudizio del teste"*), si è evidenziato che le dichiarazioni in tal modo acquisite non sfuggono *"al necessario vaglio sull'attendibilità soggettiva ed oggettiva che sempre è posto a carico del giudice del merito ma che, nel caso di specie, lo è con richiesta di massimi ocularità e rigore, in ragione della peculiare natura delle dichiarazioni stesse, non dovendosi dimenticare che esse sono state pur sempre acquisite in assenza di contraddittorio, da una sola delle parti deputate alla ricerca degli elementi utili al processo. A tale conclusione porta, del resto, anche la giurisprudenza della Corte EDU la quale, nell'interpretare l'art. 6 della Convenzione EDU, ha formulato principi nei quali il giudice nazionale, nei limiti del portato normativo delle leggi statali, deve – nella ricorrenza dei relativi presupposti – tendere ad inquadrare, ed ai quali deve uniformare, i precetti cui è chiamato a dare applicazione, altrimenti esponendo i precetti stessi al sospetto di incostituzionalità per contrasto con gli obblighi internazionali (art. 117 Cost.)"*.

²⁵⁹ Sez. 3, n. 11534 del 24/2/2010, dep. 25/3/2010, Cao, rv. 246445; nel medesimo senso, in precedenza, Sez. 6, n. 2595 del 17/12/2004, dep. 27/1/2005, Marietti, rv. 230880.

²⁶⁰ Sez. 5, n. 21877 del 26/3/2010, dep. 8/6/2010, T., rv. 247445-6.

In relazione alla corretta interpretazione della norma in oggetto, assume rilievo il principio sancito dall'art. 6, comma primo, e comma terzo, lett. d), della Convenzione EDU, secondo i quali, in particolare, ogni accusato ha diritto, tra l'altro, ad interrogare o fare interrogare i testimoni a carico: il principio che si ricava dalla giurisprudenza europea ad esso inerente, *"e che bene può integrare gli approdi interpretativi in materia di valutazione della prova ex art. 192 cod. proc. pen., è quello secondo cui la dichiarazione accusatoria della persona offesa, acquisita fuori dalla fase processuale vera e propria ed in assenza della possibilità presente o futura di contestazione del mezzo stesso in contraddittorio con la difesa, per sostenere l'impianto accusatorio deve trovare conforto in ulteriori elementi che il giudice, con la doverosa disamina critica che gli è richiesta dalle norme di rito, individui nelle emergenze di causa. Si tratta, come è evidente, di una regola di giudizio tutt'altro che estranea al sistema vigente così come già interpretato dalla giurisprudenza"*.

Alle medesime conclusioni, e per le medesime ragioni, è giunta anche altra decisione²⁶¹, per la quale *"una sentenza di condanna che si fonda sulle sole dichiarazioni rese dai testi fuori del contraddittorio con la difesa ed acquisite a norma dell'art. 512 c.p.p., è in sintonia con i principi desumibili dal nostro assetto costituzionale, ma non con quelli derivanti dalla Convenzione EDU"*.

Si è in proposito evidenziato che il sistema normativo risultante dagli artt. 526, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. (che riproduce *in parte qua* l'art. 111 Cost.) e dall'art. 111, comma quinto, Cost. *"non è stato ritenuto conforme all'art. 6 della Convenzione EDU dai Giudici di Strasburgo che hanno in più occasioni affermato che l'impossibilità di reiterare un atto compiuto nel corso delle indagini preliminari non può privare l'imputato del diritto di esaminare o fare esaminare ogni elemento di prova decisivo a suo carico; le emergenze accusatorie sorte fuori del contraddittorio non sono inutilizzabili in assoluto, ma possono essere usate a condizione che non si attribuisca ad esse un peso determinante ai fini della decisione. Secondo la Corte di Strasburgo, i diritti dell'imputato sono limitati in modo incompatibile con le garanzie della Convenzione quando una condanna si basi, unicamente o in misura preponderante, su deposizioni rese da persone che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase delle indagini né in quella dibattimentale"*²⁶². Al Giudice nazionale incombe l'obbligo di dare, se possibile, alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti della Convenzione EDU nella esegesi giudiziale istituzionalmente attribuita alla Corte di Strasburgo dall'art. 32 della Convenzione stessa. Di conseguenza, si deve rilevare che una interpretazione dell'art. 512 c.p.p. convenzionalmente orientata porta

²⁶¹ Sez. 5, n. 27582 del 15/6/2010, dep. 15/7/2010, R., rv. 248053.

²⁶² *Ex plurimis*, Corte EDU, sentenze 10 gennaio 2005, Accardi c. Italia; 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; 15 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

a concludere che al principio del contraddittorio si può derogare, in caso vi sia una oggettiva impossibilità di formazione della prova, con la precisazione che una declaratoria di condanna non può reggersi in modo esclusivo o significativo su dichiarazioni di chi si sia sottratto al confronto con l'imputato".

In tema di **riqualificazione ex officio del fatto contestato**, si è riconosciuto che la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione²⁶³: *"deve rilevarsi che la Corte EDU ha affermato che la portata dell'art. 6, par. 3, lett. a) e b) della Convenzione EDU impone un concetto ampio del principio del contraddittorio, che non si limita solo alla formazione della prova, ma che proietta i suoi effetti anche alla valutazione giuridica del fatto. In sostanza, l'imputato deve essere messo nelle condizioni di discutere in contraddittorio ogni profilo dell'accusa che gli viene mossa, compresa la qualificazione giuridica dei fatti addebitati. Il diritto ad essere informato dell'accusa e, quindi, dei fatti materiali posti a suo carico e sui quali si fonda l'accusa stessa, implica il diritto dell'imputato a preparare la sua difesa, sicché se il giudice ha la possibilità di riqualificare i fatti, deve essere assicurata all'imputato la possibilità di esercitare il proprio diritto alla difesa in maniera concreta ed effettiva: ciò presuppone che sia informato, in tempo utile, sia dell'accusa, sia della qualificazione giuridica dei fatti a carico"*²⁶⁴.

La giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di affermare che l'interpretazione dell'art. 6 cit. e del principio del <<processo equo>> accolta dalla Corte EDU, anche nella parte in cui riconosce all'imputato il diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica dei fatti, si pone in linea con il principio del <<giusto processo>> delineato dall'art. 111, comma secondo, della Costituzione, escludendo la necessità di un intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 521, comma primo, cod. proc. pen., *"per stabilire che l'imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza"*²⁶⁵.

²⁶³ Sez. 6, n. 20500 del 19/2/2010, dep. 28/5/2010, Fadda, rv. 247371, in fattispecie nella quale, a seguito della riqualificazione del fatto contestato (da abuso d'ufficio in peculato) operata dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 521, comma primo, cod. proc. pen., l'imputato aveva potuto contestare per la prima volta la nuova qualificazione, anche ai fini del diverso termine prescrizionale, solo in sede di ricorso per cassazione.

²⁶⁴ In tal senso, Corte EDU, sentenze 11/12/2007, Drassich c. Italia, e 25 marzo 1999, Pellissier e Sassi c. Francia.

²⁶⁵ Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008, dep. 11/12/2008, Drassich, rv. 241753-4.

Interpretando l'art. 521, comma primo, cod. proc. pen. in maniera conforme a quanto stabilito dalla Corte EDU, la Corte di Cassazione²⁶⁶, facendo ricorso all'art. 625-*bis* cod. proc. pen., ha revocato una sua precedente sentenza, che aveva dato una qualificazione diversa al fatto senza avere consentito alla difesa il contraddittorio sulla diversa imputazione, disponendo una nuova trattazione del ricorso: *" nel caso in esame, devono applicarsi i medesimi principi affermati nelle sentenze sopra citate, in quanto occorre garantire all'imputato di interloquire concretamente, sin dalla fase di merito, sulla diversa definizione giuridica del fatto appropriativo attribuitogli, tenuto conto dell'interesse alla contestazione della nuova qualificazione anche in relazione ai diversi termini di prescrizione dell'originario e meno grave reato di abuso d'ufficio rispetto al peculato. L'imputato ha potuto contestare per la prima volta la diversa qualificazione giuridica del fatto con il ricorso per cassazione, in questo modo perdendo una fase di merito. (...) Il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio"*.

Altra decisione ha precisato che la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice deve ritenersi assicurata in tutti i casi nei quali l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento: pertanto, in tal caso non sussiste alcuna violazione dell'art. 6, § 3, lett. a), della Convenzione EDU in relazione alla violazione del diritto di difesa per l'omessa conoscenza della qualificazione giuridica data dai giudici al fatto reato²⁶⁷.

In assoluta coerenza con i principi sin qui riepilogati, in considerazione delle connotazioni non meramente formali che devono caratterizzare il diritto al contraddittorio, si è anche precisato che il giudice di legittimità ha il potere di procedere *ex officio* alla riqualificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all'imputato di interloquire sul punto, allorquando, nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa in considerazione,

²⁶⁶ Sez. 6, n. 45807 del 12/11/2008 cit., già ricordata nella Rassegna relativa all'anno 2008.

²⁶⁷ Sez. 1, n. 9091 del 18/2/2010, dep. 8/3/2010, Di Gati, rv. 246494: nel caso di specie, di intervenuta derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, dalla fattispecie di partecipazione ad associazione di tipo mafioso in quella di favoreggiamento aggravato, quest'ultima qualificazione giuridica aveva formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate* (essendo stata prospettata dal pubblico ministero nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo); inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del Tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento; infine, la diversa qualificazione giuridica aveva costituito oggetto di ampia discussione nel giudizio di legittimità.

ancorché per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la conseguente violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero²⁶⁸.

1.2. La terzietà ed imparzialità del giudice.

I principi di terzietà ed imparzialità del giudice, sanciti dall'art. 111, comma secondo, della Costituzione, costituiscono imprescindibili corollari dei principi del «giusto processo», e operano attraverso l'istituto dell'incompatibilità, in riferimento allo svolgimento di attività valutative e decisionali nell'ambito di uno stesso procedimento penale: se il pregiudizio che si assume lesivo dell'imparzialità del giudice deriva da attività da questo compiute al di fuori del giudizio in cui egli è chiamato a decidere, possono trovare applicazione i diversi istituti dell'astensione e della riconsunzione, anch'essi preordinati alla salvaguardia della funzione giudicante, ma secondo una logica *a posteriori* ed in concreto.

In tema, merita di essere segnalata una decisione della II sezione²⁶⁹, che ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 41, comma primo, cod. proc. pen., per asserita violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU e dell'art. 111 della Costituzione, nella parte in cui consente al giudice collegiale competente di dichiarare inammissibile la richiesta di riconsunzione senza previa fissazione dell'udienza camerale: la giurisprudenza della Corte EDU limita, infatti, l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione ai soli giudizi aventi ad oggetto un'accusa penale, con esclusione dei procedimenti o sub-procedimenti incidentali e, quanto all'art. 111 della Costituzione, si è osservato che esso recepisce in sostanza i precetti dell'art. 6 della Convenzione, ed inoltre che rientra nell'insindacabile discrezionalità del legislatore la scelta di graduare forme e livelli differenti di contraddittorio, sia esso meramente cartolare o partecipato, atteso che resta sempre garantito il diritto di difesa.

²⁶⁸ Sez. 2, n. 14674 del 26/2/2010, dep. 16/4/2010, Salord, rv. 246922.

²⁶⁹ Sez. 2, n. 8808 del 16/2/2010, dep. 4/3/2010, Di Ilio, rv. 246455.

SEZIONE II

CASSAZIONE E SOCIETA'

Cap. 34

I diritti delle persone e delle formazioni sociali

1. I diritti delle persone e delle formazioni sociali: premessa.

Il divieto di analogia in materia penale (artt. 25, comma secondo, della Costituzione, 1 c.p. e 14 disp. prel. cod. civ.) non consente alla Corte di cassazione di ampliare l'ambito della tutela penale oltre i confini delimitati dalle norme penali incriminatrici; nondimeno, molto frequentemente la giurisprudenza di legittimità si trova al cospetto della necessità di adeguare le astratte previsioni normative a nuove emergenze di volta in volta profilatesi, in termini non sempre prevedibili *ex ante* dal legislatore, e di dovere, pertanto, attualizzare il *dictum* normativo.

In questo ambito si è mossa anche nel corso dell'anno 2010 la Corte di cassazione, sempre particolarmente sensibile alla tutela dei diritti delle persone e delle formazioni sociali intermedie, ed alle possibili implicazioni dei principi solidaristici accolti dall'art. 2 della Costituzione, che comportano la configurazione, a carico dei consociati, quale ideale contropartita dei diritti ad essi riconosciuti, di nuovi doveri di collaborazione per la realizzazione delle finalità dello Stato sociale, con conseguente ampliamento dell'ambito delle responsabilità penali per omissione (art. 40, comma secondo, cod. pen.), al fine di rendere sempre più incisiva la tutela di beni (si pensi, ad es., al diritto alla salute ed all'ambiente – anche lavorativo – salubre) il cui valore, in passato sottovalutato, si è progressivamente accresciuto nell'*idem sentire* fino ad ottenere un generalizzato riconoscimento di rilevanza costituzionale primaria, in quanto strumentali alla compiuta realizzazione della personalità umana.

1.1. Il diritto alla salute ed alle cure mediche.

Nella *Rassegna* delle principali linee di tendenza della giurisprudenza penale della Corte di cassazione relativa all'anno 2009 è stata ricordata una decisione delle Sezioni unite²⁷⁰, le quali, chiamate a stabilire se avesse rilevanza penale, ai fini dell'integrazione delle fattispecie di lesioni personali o di violenza privata, la condotta del medico che abbia sottoposto il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *legis artes* e conclusosi con esito fausto, avevano adottato la soluzione negativa, avevano affermato il seguente principio di diritto: *“ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il*

²⁷⁰ Sez. Un., n. 2437 del 18/12/2008, dep. 21/1/2009, Giulini, rv. 241752.

consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 c.p. (lesioni personali), che sotto quello della fattispecie di cui all'art. 610 c.p. (violenza privata)".

Nel corso dell'anno 2010, la IV sezione, intervenendo sul tema con riguardo ad una fattispecie di intervento di chirurgia correttiva della vista con esito infausto, per il quale il consenso del paziente era stato carpito, prospettandogli una metodologia esecutiva non invasiva, ha affermato che integra il reato di lesione personale dolosa la condotta del medico che sottoponga, con esito infausto, il paziente ad un trattamento chirurgico, rispetto al quale costui abbia espresso il proprio dissenso²⁷¹.

Si è, in particolare, ritenuto non discutibile che *"l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il <<consenso>> del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 cod. pen., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento: infatti, il medico, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado per le sue condizioni di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. In questa prospettiva, il consenso, per legittimare il trattamento terapeutico, deve essere <<informato>>, cioè espresso a seguito di una informazione completa, da parte del medico, dei possibili effetti negativi della terapia o dell'intervento chirurgico, con le possibili controindicazioni e l'indicazione della gravità degli effetti del trattamento. Il consenso informato, infatti, ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Tale conclusione, fondata sul rispetto del diritto del singolo alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., (per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge), sta a significare che il criterio di disciplina della relazione medico - malato è quello della libera disponibilità del bene salute da parte del paziente in possesso delle capacità intellettive e volitive, secondo una totale autonomia di scelte che può comportare il sacrificio del bene stesso della vita e che deve essere sempre rispettata dal sanitario>>*; in tal senso, del resto, si pongono le indicazioni del codice deontologico della categoria professionale.

²⁷¹ Sez. 4, n. 21799 del 20/4/2010, dep. 8/6/2010, P.M. in proc. Petretto, rv. 247341.

Qualora l'esito dell'intervento, effettuato con il dissenso del paziente anche limitatamente alle modalità esecutive, sia risultato <<infausto>>, quanto alle conseguenze penali scaturenti da detto intervento terapeutico (escluso anche che la fattispecie possa rifluire nella previsione dell'art. 610 cod. pen.), viene in rilievo il disposto dell'art. 582 cod. pen.: *"conclusivamente, se il consenso del paziente funge da indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che la mancanza di un consenso opportunamente <<informato>> del malato, o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico e la sua rilevanza penale, in ogni caso l'illiceità dell'intervento terapeutico del sanitario eseguito in difformità dal consenso prestato o in sua assenza, va posta in necessaria correlazione con l'esito infausto di esso alla stregua della pronuncia delle SS.UU. nella sentenza del 2009 sopra citata. L'inquadramento di tale condotta sotto il profilo psicologico e la conseguente integrazione della fattispecie criminosa contestabile seguirà le connotazioni circostanziali del caso concreto, ma se tale intervento è stato posto in essere nella piena coscienza dell'esplicito dissenso del paziente o peggio, come nel caso di specie, carpandone il consenso in relazione ad una modalità esecutiva dell'intervento a priori oggettivamente non attuabile, deve ravvisarsi non solo la imprescindibile volontà di incidere sulla incolumità individuale, che è il bene protetto dalla norma, attraverso la necessaria e propedeutica lesione strumentale chirurgica, ma anche quella peculiare di procurare - quanto meno sotto il profilo della preventiva accettazione del rischio della sua verifica - il consequenziale evento dannoso finale, cioè quello non apprezzabile come fausto nei termini come sopra precisati dalla sentenza n. 2437 del 18.12.2008 delle Sezioni Unite. Questo va, quindi, imputato a titolo di dolo, non di colpa (ravvisabile nel concreto espletamento dell'intervento terapeutico meramente non assentito, con esito infausto), non essendo richiesto per il reato di lesioni personali volontarie il dolo specifico e rimanendo, perciò, del tutto irrilevante che l'atto terapeutico, che ha cagionato la malattia finale, sia stato posto in essere al fine di guarirne altra o assicurare un più appagante assetto psico-fisico <<sul piano della valutazione complessiva della salute>>: determinazioni, queste, peraltro, di esclusiva competenza del paziente".*

La condotta del medico che intervenga con esito infausto su paziente che abbia espresso il dissenso nei confronti del tipo d'intervento chirurgico rappresentatogli, deve, pertanto, essere qualificata come dolosa, e non colposa.

La giurisprudenza delle Sezioni²⁷² ha anche ribadito che la condotta del medico che visita la paziente senza osservare le regole dell'arte medica (nella specie: omettendo di avvedersi della gravità della patologia che ella presentava) **non costituisce causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento**, e non è, quindi, idonea

²⁷² Sez. 4, n. 9967 del 18/1/2010, dep. 11/3/2010, P.G. in proc. Ottelli, rv. 246797.

ad escludere il rapporto di causalità tra l'evento-morte della stessa paziente ed un altrui comportamento colposo antecedente.

Con riguardo alla **responsabilità per errore medico attribuibile ad un medico specializzando**, si è ritenuto che quest'ultimo sia titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati, fermo restando che la sua responsabilità dovrà in concreto essere valutata in rapporto anche allo stadio nel quale, al momento del fatto, si trovava l'*iter* formativo; il medico specializzando deve, pertanto, rifiutare i compiti che non ritiene di essere in grado di compiere, poiché in caso contrario se ne assume la responsabilità a titolo di c.d. colpa per assunzione²⁷³.

1.2. Il diritto all'istruzione.

Una significativa decisione²⁷⁴ ha evidenziato che l'inosservanza dell'obbligo di frequentare la scuola media superiore non configura la contravvenzione di cui all'art. 731 cod. pen., in quanto all'estensione dell'obbligo scolastico oltre la scuola media [ex art. 2, lett. c), L. 28 marzo 2003, n. 53] non è seguita l'introduzione di una sanzione penale in caso di sua violazione: l'estensione dell'ambito della norma incriminatrice di cui all'art. 731 cod. pen. all'ipotesi *de qua* si risolverebbe in un'inammissibile interpretazione analogica *in malam partem*.

1.3. La tutela della famiglia e degli anziani.

La tutela della famiglia ha ricevuto dalla giurisprudenza di legittimità una particolare attenzione anche nel corso dell'anno 2010.

In particolare, in tema di **violazione degli obblighi di assistenza familiare**, si è incisivamente ribadito²⁷⁵ che nella nozione penalistica di <<mezzi di sussistenza>> di cui all'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, - diversa dalla più ampia nozione civilistica di <<mantenimento>> - debbono ritenersi compresi accanto ai mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto, l'alloggio e il vestiario), anche gli strumenti che consentano, in rapporto alle reali capacità economiche e al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana, quali, l'abbigliamento, i libri di istruzione, i mezzi di trasporto, i mezzi di comunicazione, precisando, peraltro, che tale secondaria

²⁷³ Sez. 4, n. 6215 del 10/12/2009, dep. 16/2/2010, Pappadà, rv. 246419.

²⁷⁴ Sez. 3, n. 22037 del 14/4/2010, dep. 10/6/2010, I., rv. 247630.

²⁷⁵ Sez. 6, n. 8998 dell'11/2/2010, dep. 5/3/2010, B., rv. 246414.

componente della nozione di mezzi di sussistenza viene in considerazione soltanto laddove siano preventivamente adeguatamente soddisfatti gli anzidetti bisogni essenziali: *"il limitato <<soddisfacimento delle altre complementari esigenze della vita quotidiana>> ed il loro ordine fisiologico (primum vivere) non può infatti essere <<rovesciato>>, come avvenuto nella specie, dalla unilaterale iniziativa dell'obbligato, con prestazioni surrogatorie, pacificamente smodate, avuto riguardo al valore dei due computers ed agli altri capi di vestiario".*

Si è concluso che "in tale quadro di <<adempimenti dovuti>>, quand'anche si potessero ritenere ammissibili forme sostitutive dell'obbligo di versamento in danaro, quale contributo stabilito dal giudice, e consistenti nella dazione di <<altre utilità>> o nel procacciamento di <<altri vantaggi>> al minore - come avvenuto nella specie, sia pure in valore complessivo non corrispondente all'obbligo determinato dal giudice civile - tali mezzi sostitutivi non solo dovrebbero operare, direttamente ed immediatamente nella sfera della disponibilità giuridica e di fatto del beneficiario, ma dovrebbero soprattutto realizzarsi senza detrimento o rischio di compromissione delle ragioni di sussistenza <<altre e diverse>> da quelle secondarie, pretesamente soddisfatte con la scelta arbitraria di quello specifico adempimento alternativo da parte dell'obbligato.

Il corretto adempimento dell'obbligazione che consiste nella dazione (messa a disposizione del minore) dei mezzi di sussistenza, nella qualità e nel valore fissato dal giudice, comporta, di necessità ed agli effetti dell'applicazione dei disposti normativi dell'art. 570 cpv. c.p., n. 2, l'apprestamento solo ed esclusivamente di quel bene o di quel valore che il giudice della separazione o del divorzio ha ritenuto di determinare, nel dialettico confronto delle parti e nel superiore interesse del soggetto debole, oggetto di tutela privilegiata: *"né è in facoltà dell'obbligato sostituire (nella specie per quasi due anni) la somma di denaro, mensilmente dovuta a tale titolo, con "cose" o "beni" che, a suo avviso, meglio corrispondono alle esigenze del minore beneficiario: l'utilizzo in concreto della somma versata compete infatti al coniuge affidatario il quale, proprio per tale sua qualità, gode in proposito di una limitata discrezionalità il cui mancato rispetto, in danno del minore figlio, può trovare sanzione - ricorrendone le condizioni - nella stessa norma, in relazione all'art. 570 cpv. c.p., n. 2".*

La decisione ha ribadito anche che il soggetto obbligato non può liberarsi dagli obblighi di assistenza questi ultimi adducendo che il minore cui si fanno mancare i mezzi di sussistenza non sia il proprio figlio, dovendosi ritenere necessario al riguardo il passaggio in giudicato della sentenza civile che accolga la relativa domanda di disconoscimento della paternità.

Altra decisione ha ritenuto la configurabilità del **delitto di cui all'art. 572 c.p.** in danno delle operatrici di un istituto pubblico di assistenza, responsabili di maltrattamenti fisici e continue ingiurie in danno di persone anziane ivi ricoverate nel

reparto di lunga degenza, osservando che il necessario stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi, i quali ne siano tutti siano consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi²⁷⁶.

1.4. Gli atti persecutori (c.d. *stalking*).

Nel corso dell'anno 2010, la giurisprudenza delle sezioni ha avuto modo di occuparsi, per la prima volta, di questioni inerenti al nuovo reato di atti persecutori (o *stalking*), previsto e punito dall'art. 612-*bis* cod. pen., introdotto dall'art. 7 D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009.

Si è, innanzi tutto, chiarito che il delitto rientra tra i reati ad evento di danno (e si distingue, sotto tale profilo, dal delitto di minacce, che è reato di pericolo)²⁷⁷, ed è integrato anche da due sole condotte di minaccia o molestia, come tali idonee a costituire la **reiterazione** richiesta dalla norma incriminatrice: *"le condotte di minaccia o molestia devono essere <<reiterate>>, sì da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima ovvero un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone vicine o, infine, costringere la parte lesa a modificare le sue abitudini di vita. Il termine <<reiterare>> denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza. Se ne deve evincere, dunque che anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto"*²⁷⁸.

Le molestie che caratterizzano la condotta tipica dello *stalking* possono essere integrate anche dal reiterato invio alla persona offesa di sms e di messaggi di posta elettronica o postati su un *social network* (ad es., *Facebook*), nonché dalla divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali avuti dall'imputato con la parte lesa²⁷⁹.

La **reciprocità dei comportamenti molesti** non esclude la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombando, in tale ipotesi, sul giudice un più accurato onere

²⁷⁶ Sez. 6, n. 8592 del 21/12/2009, dep. 3/3/2010, Z., rv. 246028.

²⁷⁷ Sez. 5, n. 17698 del 5/2/2010, dep. 7/5/2010, Marchino Camillo, rv. 247225-6.

²⁷⁸ Sez. 5, n. 6417 del 21/1/2010, dep. 17/2/2010, Oliviero, rv. 245881.

²⁷⁹ Sez. 6, n. 32404 del 16/7/2010, dep. 30/8/2010, D., rv. 248285.

di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita²⁸⁰.

Il perdurante e **grave stato di ansia o di paura**, costituente uno dei tre possibili eventi del delitto è configurabile in presenza del destabilizzante turbamento psicologico di una minore determinato da reiterate condotte dell'indagato, consistite nel rivolgere apprezzamenti mandandole dei baci, nell'invitarla a salire a bordo del proprio veicolo e nell'indirizzarle sguardi insistenti e minacciosi²⁸¹.

1.5. Molestie "tecnologiche" e diffamazione "on line".

Gli orizzonti giuridici del terzo millennio non possono ignorare la rilevanza - in continua ed inarrestabile crescita - dei reati posti in essere con l'ausilio dei nuovi mezzi tecnologici di comunicazione di massa.

La giurisprudenza delle sezioni, sempre attenta nel relazionarsi con i nuovi fenomeni criminosi, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento penale, ha, ad esempio, evidenziato che la norma incriminatrice di cui all'art. 660 cod. pen. (che punisce la molestia ed il disturbo arrecati con il mezzo del telefono od altri analoghi mezzi di comunicazione) non può essere ampliata fino a ricomprendere l'invio di un messaggio di posta elettronica che provochi turbamento o fastidio nel destinatario: detta condotta (quando non integri gli elementi costitutivi del più grave delitto di *stalking*) è, pertanto, allo stato, penalmente irrilevante: *"la avvertita esigenza di espandere la tutela del bene protetto (della tranquillità della persona) incontra il limite coesistenziale della legge penale costituito dal principio di stretta legalità e di tipizzazione delle condotte illecite, sanciti dall'art. 25, comma secondo, della Costituzione e dall'art. 1 cod. pen."*²⁸².

Con riguardo alle (sempre più frequenti) ipotesi di diffamazione *on line*, la V sezione **ha escluso la punibilità**, a norma dell'art. 57 cod. pen., **del direttore di un giornale on line**, sottolineando come tale disposizione si riferisca esplicitamente (ed esclusivamente) all'informazione diffusa attraverso la carta stampata: *"la lettera della legge è inequivoca ed a tale conclusione porta anche l'interpretazione <<storica>> della norma"*. Internet (*rectius*, il suo prodotto) non è assimilabile al concetto di stampato,

²⁸⁰ Sez. 5, n. 17698 del 5/2/2010 cit.

²⁸¹ Sez. 5, ordinanza n. 11945 del 12/1/2010, dep. 26/3/2010, G., rv. 246545

²⁸² Sez. 1, n. 24510 del 17/6/2010, dep. 30/6/2010, D'Alessandro, rv. 247558.

stante la diversità strutturale tra i due differenti mezzi di comunicazione, e la vigenza nel diritto penale del principio di tassatività: *"qualsiasi tipo di coinvolgimento poi va escluso (tranne, ovviamente, anche in questo caso, per l'ipotesi di concorso) per i coordinatori dei blog e dei forum. Non diversa è la figura del direttore del giornale diffuso sul web"*. Si è concluso che, allo stato, *"il <<sistema>> non prevede la punibilità ai sensi dell'art. 57 cod. pen. (o di un analogo meccanismo incriminatorio) del direttore di un giornale on line"* ²⁸³.

1.6. Il divieto di discriminazioni razziali.

La giurisprudenza delle sezioni ha ritenuto che integra gli estremi dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso prevista dall'art. 3 D.L. n. 122 del 1993, conv. in legge n. 205 del 1993, l'espressione <<sporco negro>>, in quanto idonea ad evidenziare un giudizio di disvalore sulla razza della persona offesa²⁸⁴.

Una interessante decisione, sintomatica dei tempi, ha anche osservato che la circostanza aggravante della <<finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso>> è integrata quando - anche in base alla Convenzione di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la legge n. 654 del 1975 - l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto anche riguardo al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sulla razza, l'origine etnica o il colore, e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità. In applicazione del principio, è stata esclusa la sussistenza dell'aggravante nei confronti dell'imputato - il quale aveva proferito l'espressione <<italiano di m ...>> - per il rilievo che il riferimento alla nazionalità italiana, nel comune sentire, non possa essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata e dare, quindi, luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità, riguardando piuttosto la persona singola verso la quale si abbia disistima²⁸⁵.

²⁸³ Sez. 5, n. 35511 del 16/7/2010, dep. 1°/10/2010, Brambilla.

²⁸⁴ Sez. 5, n. 22570 del 28/1/2010, dep. 11/6/2010, P.G. in proc. Scocozza, rv. 247495.

²⁸⁵ Sez. 5, n. 11590 del 28/1/2010, dep. 25/3/2010, P.G. in proc. Singh, rv. 246892.

1.7. La riduzione in schiavitù.

Con frequente in preoccupante crescita la giurisprudenza è chiamata a valutare la rilevanza di condotte concretizzatesi nell'asservimento di esseri umani, generalmente propiziate dalle condizioni di debolezza nelle quali possono trovarsi i molti immigrati clandestini giunti in Italia inseguendo la speranza di un domani migliore.

Una decisione²⁸⁶ ha affermato che *"qualora oggetto del delitto di cui all'art. 600 cod. pen. (...) sia un minore sottratto all'autorità di un genitore, in particolare la madre già posta in stato di schiavitù, il reato (...) si ravvisa a carico di chiunque, in ipotesi anche del padre che abusi della propria autorità, disponendo del minore come cosa propria o costringendolo a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento o autorizzi altri a costringerlo"*, e, con riguardo a questi ultimi soggetti, che *"si rende autore del reato di cui all'art. 600 cod. pen. chi mantiene lo stato di soggezione continuativa della persona ridotta in schiavitù o in condizione analoga. Qualora ne sia consegnatario provvisorio, concorre ai sensi dell'art. 110 cod. pen. con chi abbia ridotto la persona nello stato di cui si tratta, senza che la sua mozione culturale o di costume escluda l'elemento psicologico del reato"*.

Si è anche chiarito che la situazione di necessità, il cui approfittamento costituisce condotta integrante il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, coincide con la <<posizione di vulnerabilità>> indicata nella decisione quadro dell'Unione Europea del 19 luglio 2002 alla lotta alla tratta degli essere umani, deve essere intesa come <<qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale atta a condizionare la volontà della vittima>>, e non va confusa con lo <<stato di necessità>> di cui all'art. 54 cod. pen.²⁸⁷.

La V sezione²⁸⁸ ha osservato che il reato di prostituzione minorile (art. 600-bis cod. pen.) non può ritenersi assorbito in quello di riduzione in schiavitù, in quanto essi sono destinati a concorrere, *"in ragione del diverso atteggiarsi delle condotte materiali, integrate, nel secondo caso, dal fatto che lo sfruttamento, che deve connotare la riduzione od il mantenimento di una persona in stato di soggezione continuativa, si presenta come mera finalità della condotta, mentre, nel primo caso, dalla circostanza che l'induzione o lo sfruttamento della prostituzione minorile assumono i connotati della concretezza ed effettività"*.

²⁸⁶ Sez. 5, n. 18072 del 15/4/2010, dep. 12/5/2010, S., rv. 247149.

²⁸⁷ Sez. 5, n. 21630 del 6/5/2010, dep. 8/6/2010, E., rv. 247641.

²⁸⁸ Sez. 5, n. 35479 del 7/6/2010, dep. 1°/10/2010, P., rv. 248172.

Cap. 35

I diritti sociali

1. I diritti sociali: premessa.

L'esigenza di rafforzare, in ogni settore, la tutela dei beni–interessi collettivi (sicurezza pubblica, dell'ambiente e del territorio, nonché degli ambienti di lavoro) è stata, anche nel corso dell'anno 2010, alla base di numerose decisioni della Corte di cassazione.

1.1. La tutela della sicurezza pubblica.

(A) Misure antimafia.

Va, in proposito, segnalata una decisione della I sezione²⁸⁹, a parere della quale il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) è configurabile anche con riferimento a sodalizi criminali a matrice straniera costituiti prima dell'entrata in vigore della L. 12 luglio 2008 n. 125, di conversione in legge del D.L. 23 maggio 2008 n. 92 (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), che ha introdotto l'inciso <<anche straniera>> nell'ultimo comma dell'art. 416-*bis* cod. pen., in quanto essa non ha inserito un elemento di novità nel tessuto legislativo preesistente, ma ha solo adeguato la normativa ad un dato già chiaro e conseguito per via di interpretazione.

La giurisprudenza delle Sezioni è, tra l'altro, intervenuta anche per chiarire che la declaratoria di estinzione del reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) per morte del reo, non comporta la restituzione, in favore degli eredi, dei proventi delle attività illecite dell'associazione dei quali sia stata disposta la confisca nel corso del giudizio di merito, difettando lo *jus possidendi* sia nel *de cuius*, sia nei suoi successori²⁹⁰.

(B) La diffusione delle sostanze stupefacenti.

L'esigenza di ridurre la diffusione dei traffici e del consumo di sostanze stupefacenti è particolarmente sentita in ambito sovranazionale²⁹¹.

²⁸⁹ Sez. 1, n. 24803 del 5/5/2010, dep. 1°/7/2010, Claire, rv. 247803.

²⁹⁰ Sez. 1, n. 24843 del 16/6/2010, dep. 1°/7/2010, Umina, rv. 248048.

²⁹¹ Stando ai dati più recenti, il consumo di eroina, *cannabis* e droghe sintetiche si è stabilizzato o è diminuito mentre aumenta negli Stati membri il consumo di cocaina. Nell'UE, si stima che il numero totale dei consumatori regolari o occasionali di droghe ammonti a 70 milioni per la *cannabis*, ad

Il Consiglio dell'Unione europea ha predisposto una nuova strategia in materia di droga, per il periodo 2005 – 2012, a tutela del benessere della società e dell'individuo, e a salvaguardia della salute pubblica, onde ridurre sia l'offerta che la domanda di droga: preso atto che i dati disponibili non testimoniano alcuna significativa riduzione né dell'una che dell'altra, con specifico riguardo alla riduzione dell'offerta, è stata evidenziata la necessità di *“uno sforzo globale che comprenda azione di contrasto, eliminazione delle coltivazioni illegali, riduzione della domanda ...”*.

La nuova strategia dell'UE si concentra sui due aspetti principali della politica antidroga, ossia la riduzione della domanda e dell'offerta di stupefacenti, ed affronta anche i temi trasversali del miglioramento delle politiche nazionali e comunitarie, del potenziamento della cooperazione internazionale e dell'incremento delle attività di informazione, ricerca e valutazione.

La Commissione ha, conseguentemente, adottato, in data 19 settembre 2008, un nuovo Piano quadriennale d'azione dell'UE in materia di lotta contro la droga 2009–2012, che prevede misure di ampio respiro intese a potenziare la cooperazione europea in materia di lotta alla narcocriminalità e ridurre le ripercussioni del consumo di stupefacenti; le misure contemplano anche un'alleanza europea contro la droga attraverso la quale si intende ridurre i danni causati dal fenomeno nella società.

Il piano d'azione 2009–2012 persegue cinque priorità:

- ridurre la domanda di stupefacenti e sensibilizzare l'opinione pubblica;
- mobilitare i cittadini europei;
- ridurre la domanda di stupefacenti;
- migliorare la cooperazione internazionale;
- facilitare una maggiore comprensione del fenomeno droga.

Nel solco di un orientamento ormai consolidato, le Sezioni unite²⁹², chiamate a decidere <<se l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età sia o meno compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità", hanno ribadito che, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-*bis*, L. n. 49 del 2006, l'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 configura una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma è correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidono sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuiscono ad esse una minore valenza offensiva, e che detta circostanza

almeno 12 milioni per la cocaina, a 9,5 milioni per l'*ecstasy* e ad 11 milioni per le anfetamine, mentre sono almeno mezzo milione coloro che ricevono ufficialmente un trattamento sostitutivo al consumo di droghe quali l'eroina; in totale, si contano due milioni di persone con seri problemi di tossicodipendenza e circa 7.500 morti per *overdose* l'anno. Tra i risultati raggiunti negli scorsi anni, va evidenziata una riduzione dei decessi per droga e la minore diffusione dell'HIV per assunzione endovenosa.

²⁹² Sez. Un., n. 35737 del 24/6/2010, dep. 5/10/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247910-12.

attenuante speciale può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio.

In merito alla questione controversa, si è ritenuto che l'aggravante della cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è astrattamente compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità; ne consegue che il giudice deve valutarne la compatibilità caso per caso, tenendo conto di tutte le specifiche e concrete circostanze nelle quali la cessione a minore si realizza.

La giurisprudenza delle Sezioni ha ritenuto che la circostanza attenuante della <<lieve entità>> è compatibile anche con le ipotesi di coltivazione non autorizzata di piante, dalle quali sia ricavabile sostanza stupefacente: in tal caso, la lieve entità del fatto dovrà essere determinata in base agli stessi criteri valevoli per le ipotesi di produzione o traffico illecito di stupefacente, con la specificazione che, oltre alle caratteristiche qualitative e quantitative, il giudice deve prendere in considerazione anche i mezzi, le circostanze e le modalità del fatto²⁹³.

La I sezione ha chiarito che il fatto del promotore dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti costituisce figura autonoma di reato e non circostanza aggravante della partecipazione all'associazione medesima: "lo si deduce dalla ricostruzione logico-sistematica della norma e in particolare dei commi successivi al primo, rispetto al quale le altre disposizioni prevedono aumenti (comma terzo, quarto, quinto) o diminuzioni (comma secondo, settimo). La qualità di organizzatore è inoltre un elemento essenziale e non circostanziale del reato attenendo alla condizione dell'autore proprio"²⁹⁴.

(C) La sicurezza della circolazione stradale.

Il reato di **guida in stato di ebbrezza** (art. 186 c.s.), spesso propedeutico rispetto agli eccidi che troppo frequentemente si verificano nel corso della circolazione stradale (efficacemente definiti, nel linguaggio mass–mediale, come vere e proprie «stragi») ha costituito anche nel corso dell'anno 2010 oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza delle Sezioni, anche in conseguenza delle reiterate novelle normative che lo hanno interessato (da ultimo, L. n. 120 del 2010).

²⁹³ Sez. 3, n. 12381 del 2/3/2010, dep. 29/3/2010, P.G. in proc. Gianfranceschi, rv. 246463.

²⁹⁴ Sez. 1, n. 6312 del 27/1/2010, dep. 16/2/2010, Mento, rv. 246118.

Si è, innanzitutto, chiarito che, ai fini del superamento delle soglie di punibilità stabilite dall'art. 186, comma secondo, lett. a), b) e c), cod. strada, assumono rilievo anche i valori centesimali²⁹⁵.

Si è, successivamente, preso atto che la fattispecie di cui all'art. 186, comma primo, lett. a) (guida in stato di ebbrezza con tasso alcoolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8) è stata depenalizzata dall'art. 33, comma quarto, l. n. 120 del 2010: in proposito, si è anche ritenuto di non disporre la trasmissione degli atti alla competente autorità amministrativa, in considerazione del principio di legalità, ed in particolare del principio di irretroattività, sancito per gli illeciti amministrativi unicamente con legge ordinaria (art. 1 l. n. 689 del 1981, richiamato dall'art. 194 cod. strada), peraltro nella specie non derogata da alcuna previsione della l. n. 120 del 2010 che imponga la trasmissione²⁹⁶.

Si è, infine, ritenuto che, per effetto delle modifiche apportate all'art. 186 cod. strada dalla legge n. 120 del 2010, la confisca del veicolo, che consegue alla guida in stato di ebbrezza, abbia assunto natura di **sanzione amministrativa accessoria** (in precedenza le Sezioni unite, con la sentenza n. 23428 del 2010, avevano ritenuto che si trattasse di una pena accessoria), precisando che la citata novella non ha abrogato l'istituto del sequestro prodromico alla confisca, ma si è limitata a modificarne la qualificazione giuridica, trattandosi ora di un sequestro amministrativo; tuttavia, nei casi in cui il sequestro venne legittimamente eseguito secondo le regole all'epoca vigenti, in applicazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* il giudice penale, che è sempre competente ad infliggere le sanzioni amministrative conseguenti alla commissione di un reato, non deve investire della questione l'autorità amministrativa, ma deve valutare se l'atto già compiuto fosse conforme ai requisiti sostanziali di natura amministrativa attualmente necessari per l'adozione della misura²⁹⁷.

(D) I fenomeni di violenza collegati a manifestazioni sportive.

In tema, si è affermato che integra il reato di devastazione e saccheggio previsto dall'art. 419 cod. pen., in quanto lede l'ordine pubblico inteso come forma di civile e corretta convivenza, la condotta tenuta da un gruppo di tifosi che, prima dell'inizio di una partita di calcio, realizzi plurime e gratuite aggressioni nei confronti delle forze di polizia, facendo uso di ogni genere di oggetti contundenti: *"a prescindere dai danni,*

²⁹⁵ Sez. 4, n. 32055 del 7/7/2010, dep. 18/8/2010, Fioretto, rv. 248200: nella specie, in presenza del rilievo di un tasso alcoolemico pari ad 1,56, la Corte ha ritenuto che ricorresse la fattispecie di cui alla lettera c) della suddetta norma).

²⁹⁶ Sez. 4, n. 38692 del 28/9/2010, dep. 3/11/2010, La Mantia, rv. 248407.

²⁹⁷ Sez. 4, n. 40523 del 4/11/2010, dep. 16/11/2010, Gibellini.

*peraltro in concreto provocati dagli odierni ricorrenti e puntualmente descritti in rubrica, sarebbero sufficienti per integrare il reato in esame solo le gratuite e plurime aggressioni programmate ed effettuate nei confronti delle forze di polizia in più punti della città con ogni specie di oggetti contundenti, non per reagire a comportamenti provocatori tenuti da dette forze di polizia, ma allo scopo di dare sfogo al loro istinto vandalico; e trattasi di comportamenti certamente idonei a mettere in serio e grave pericolo l'incolumità dei cittadini che si fossero trovati a passare nei pressi, si che è pienamente ravvisabile nella specie la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale in esame*²⁹⁸.

(E) I reati sessuali.

Particolare attenzione ha ricevuto il tema degli atti sessuali con soggetto minorenni.

In proposito, si è ribadito che il genitore esercente la potestà sul figlio minore vittima di abusi sessuali commessi dal coniuge risponde del reato se, venuto a conoscenza di detti abusi, omette un intervento diretto ad impedire l'evento²⁹⁹.

Si è poi evidenziato che il delitto di atti sessuali con minorenni si configura a prescindere o meno dal consenso della vittima, non soltanto perché la violenza è presunta dalla legge, ma anche perché la persona offesa è considerata immatura ed incapace di disporre consapevolmente del proprio corpo a fini sessuali³⁰⁰, e che il bene giuridico di detto reato non è la libertà di autodeterminazione dello stesso, non potendo egli esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità³⁰¹.

La giurisprudenza delle sezioni, in relazione ad una fattispecie nella quale la persona offesa era stata condotta con un pretesto dagli imputati in un luogo isolato senza conseguente possibilità di opporre una valida resistenza, ha evidenziato, più in generale, che la nozione di violenza nel delitto di violenza sessuale non è limitata all'esplicazione di energia fisica direttamente posta in essere verso la persona offesa, ma comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, così costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà³⁰².

²⁹⁸ Sez. 1, n. 20313 del 29/4/2010, dep. 28/5/2010, Vischia, rv. 247451.

²⁹⁹ Sez. 3, n. 11243 del 4/2/2010, dep. 24/3/2010, R., rv. 246592: nella specie, relativa ad abusi sessuali commessi dal padre ai danni della figlia minore e personalmente constatati dalla madre, la Corte ha affermato che l'obbligo di intervento imponeva a quest'ultima di denunciare il marito.

³⁰⁰ Sez. 3, n. 27588 del 15/6/2010, dep. 15/7/2010, I., rv. 248107.

³⁰¹ Sez. 3, n. 24258 del 27/5/2010, dep. 24/6/2010, V., rv. 247289.

³⁰² Sez. 3, n. 6643 del 12/1/2010, dep. 18/2/2010, C., rv. 246186.

Con riguardo ad una fattispecie tristemente frequente, consistita nella partecipazione a violenza sessuale di gruppo fotografando, con telefono cellulare, parte degli atti sessuali posti in essere, sulla persona offesa, dal coimputato, si è affermato che ricorre la fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* cod. pen.) pur quando non tutti i componenti del gruppo compiano atti di violenza sessuale, essendo sufficiente che dal compartecipe sia comunque fornito un contributo causale alla commissione del reato, anche nel senso del rafforzamento della volontà criminosa dell'autore dei comportamenti tipici di cui all'art. 609-*bis* cod. pen.³⁰³.

1.2. La tutela penale del lavoro.

La giurisprudenza delle sezioni ha ribadito che non sono riconducibili a caso fortuito gli incidenti sul lavoro determinati da colpa del lavoratore, poiché le prescrizioni poste a tutela dei lavoratori mirano a garantire l'incolumità degli stessi anche nell'ipotesi in cui, per stanchezza, imprudenza, inosservanza di istruzioni, malore od altro, essi si siano venuti a trovare in situazione di particolare pericolo³⁰⁴.

La IV sezione³⁰⁵, chiamata ad esaminare una complessa serie di questioni in tema di causalità e colpa, con riguardo alla **morte**, dovuta a mesotelioma pleurico, **di un lavoratore reiteratamente esposto**, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), **ad** una sostanza oggettivamente nociva come l'**amianto**, ha affermato che, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro imputati e l'evento predetto, il giudice di merito deve accertare:

(a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico;

(b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico;

(c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali;

(d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e

³⁰³ Sez. 3, n. 11560 dell'11/3/2010, dep. 25/3/2010, M., rv. 246448.

³⁰⁴ Sez. 4, n. 4917 del 1°/12/2009, dep. 4/2/2010, Filiasi, rv. 246643.

³⁰⁵ Sez. 4, n. 43786 del 17/9/2010, dep. 13/12/2010, Cozzini.

l'iniziazione della stessa, si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescò del processo carcinogenetico.

Con riguardo all'elemento psicologico, si è evidenziato che la pericolosità dell'esposizione all'amianto per il rischio di mesotelioma risale – con riferimento al settore ferroviario - almeno agli anni sessanta, e che gli imputati avrebbero potuto acquisire tali conoscenze sia direttamente, sia tramite i soggetti eventualmente delegati in materia di igiene e sicurezza, e si è conseguentemente ritenuto che si è in presenza di un comportamento soggettivamente rimproverabile a titolo di colpa quando l'attuazione delle cautele possibili all'epoca dei fatti avrebbe significativamente abbattuto le probabilità di contrarre la malattia.

Esaminando il problema dell'**individuazione del «datore di lavoro»**, ovvero del soggetto sul quale incombono gli obblighi di prevenzione infortuni e sicurezza dei luoghi di lavoro nell'ambito degli Istituti di prevenzione e pena, premesso che il rispetto della normativa antinfortunistica deve pretendersi anche e soprattutto all'interno di una struttura carceraria, a tutela di lavoratori che, a cagione della propria concomitante condizione di detenuti, si trovano in particolare condizione di subalternità e soggezione, si è ritenuto che il direttore di un istituto di pena è titolare di una posizione di garanzia che gli impone di assicurare la sicurezza del lavoro che ivi si svolge, sia in luoghi interni che esterni, con riguardo a chiunque vi svolga attività lavorativa, poiché egli assume, ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia 18 aprile 1996, la qualifica di datore di lavoro³⁰⁶.

1.3. La tutela dell'ambiente e del territorio.

Nel corso dell'anno 2010, la IV sezione ha avuto modo di occuparsi di due vicende di grande rilievo, il **crollo della scuola elementare di S. Giuliano di Puglia a seguito di un 'evento sismico**, ed il **disastro di Sarno**.

Con riguardo al **primo**³⁰⁷, premesso che il D.M. 18 dicembre 1975, modificato con D.M. 13 settembre 1977, recante norme cautelari di natura tecnica, che mirano a garantire la sicurezza statica di tutte le costruzioni scolastiche (con previsione dell'obbligo di predisporre ogni condizione di difesa dagli agenti atmosferici esterni, dagli incendi e dai terremoti), si applica a tutti gli edifici scolastici, e non soltanto a

³⁰⁶ Sez. 4, n. 6694 del 25/11/2009, dep. 18/2/2010, P.C. in proc. D'Andria, rv. 246642.

³⁰⁷ Sez. 4, n. 24732 del 27/1/2010, dep. 1/7/2010, La Serra ed altri, rv. 248115 – 6.

quelli che sorgono in zone sismiche già regolate dalla legge speciale, si è affermato che un sisma non costituisce di per sé causa sopravvenuta da sola sufficiente ex art. 41 c.p. a determinare l'evento (nella specie consistito nel crollo totale di tre sole costruzioni di un centro abitato), in assenza del crollo totale di tutte le altre costruzioni dello stesso centro abitato, precisando che i terremoti di massima intensità sono eventi rientranti tra le normali vicende del suolo, e non possono essere considerati come eventi eccezionali ed imprevedibili quando si verificano in zone già qualificate ad elevato rischio sismico, o comunque formalmente qualificate come sismiche.

Con riguardo al **secondo** (nel quale imponenti colate di fango, dovute ad intensissime precipitazioni di pioggia, provocarono nel comune di Sarno 137 morti nella popolazione)³⁰⁸, si è ritenuto che, nel caso di eventi o calamità naturali che si sviluppino progressivamente, il giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso - necessario perché possa ritenersi integrato l'elemento soggettivo del reato sia nel caso di colpa generica che in quello di colpa specifica - va compiuto non solo tenendo conto della natura e delle dimensioni di eventi analoghi storicamente già verificatisi, ma valutando, anche sulla base di leggi scientifiche, la possibilità che questi eventi si presentino in futuro con dimensioni e caratteristiche più gravi o addirittura catastrofiche. In mancanza di leggi scientifiche che consentano di conoscere preventivamente lo sviluppo di eventi naturali calamitosi, l'accertamento della prevedibilità dell'evento va compiuto in relazione alla verifica della concreta possibilità che un evento dannoso possa verificarsi, e non secondo criteri di elevata credibilità razionale (che riguardano esclusivamente l'accertamento della causalità). Si è anche precisato che, nel sistema delineato dalla l. 24 febbraio 1992 n. 225 (istituzione del servizio nazionale della protezione civile) al Sindaco, quale autorità locale di protezione civile e nell'ambito del territorio comunale, compete la gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo, di calamità naturali o catastrofici; se questi eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del Comune, il Sindaco è tenuto a chiedere l'intervento di altri mezzi e strutture al Prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza coordinandoli con quelli del Sindaco le cui attribuzioni hanno natura concorrente (e non residuale) con quelle del Prefetto che ne ha la direzione. Ne consegue che, in tale ultima evenienza, fino a quando il Prefetto non abbia concretamente e di fatto assunto la direzione dei servizi di emergenza, il Sindaco mantiene integri i suoi poteri e gli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione delle popolazioni

³⁰⁸ Sez. 4, n. 16761 dell'11/3/2010, dep. 3/5/2010, P.G. in proc. Catalano ed altri, rv. 247015 - 6.

che si trovino nelle zone a rischio, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di urgenza.

Va segnalata, per la sua rilevanza, una decisione della III sezione³⁰⁹ in tema di **infrastrutture di comunicazione elettronica**, secondo la quale, ai fini della installazione di ripetitori telefonici è insufficiente la presentazione di d.i.a., essendo invece necessario il rilascio delle autorizzazioni previste al termine della specifica procedura disciplinata dagli artt. 87 e ss. del d. lgs. n. 259 del 2003, il cui mancato rispetto rende le opere abusive e suscettibili delle sanzioni di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Particolare attenzione è stata dedicata, nella materia ambientale, ai temi della **legittimazione all'esercizio dei diritti della persona offesa ed alla legittimazione alla costituzione di parte civile di enti pubblici, ed enti ed associazioni rappresentativi**. In proposito, si è chiarito che:

- la legittimazione a costituirsi parte civile nei processi per reati ambientali spetta non soltanto al Ministro dell'Ambiente (ai sensi dell'art. 311, comma primo, D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ma anche all'Ente pubblico territoriale (nella specie, la Provincia) che, per effetto della condotta illecita, abbia subito un danno patrimoniale risarcibile³¹⁰;

- anche a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Testo Unico ambientale), che ha attribuito in via esclusiva la richiesta risarcitoria per danno ambientale al Ministero dell'Ambiente, le associazioni ecologiste sono legittimate a costituirsi parte civile al solo fine di ottenere il risarcimento dei danni patiti dal sodalizio a causa del degrado ambientale, mentre non possono agire in giudizio per il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica³¹¹;

- il Codacons³¹², in quanto individuato dal D.M. Ambiente 17 ottobre 1995 tra le associazioni di protezione ambientale, è legittimato ad esercitare, in ogni stato e grado del processo, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa nei reati ambientali³¹³.

³⁰⁹ Sez. 3, n. 32527 del 28/4/2010, dep. 1°/9/2010, P.M. in proc. Brini, rv. 248218.

³¹⁰ Sez. 3, n. 755 del 28/10/2009, dep. 11/1/2010, Ciaroni, rv. 246015: in motivazione, la Corte ha precisato che la disciplina dettata dall'art. 311 cit. non esclude e non è incompatibile con quella generale prevista dall'art. 2043 cod. civ.

³¹¹ Sez. 3, n. 14828 dell'11/2/2010, dep. 16/4/2010, De Flammoneis, rv. 246812: nella specie, detta legittimazione è stata riconosciuta al Circolo Legambiente ed al WWF Italia.

³¹² Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori

³¹³ Sez. 3, n. 34220 del 24/6/2010, dep. 22/9/2010, P.O. in proc. Capecchi, rv. 248224: in applicazione del principio, la Corte ha riconosciuto il diritto dell'ente *de quo*, in tal senso richiedente, alla notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione.

Cap. 36

Impresa e mercato

1. Impresa e mercato: premessa.

Anche nel corso dell'anno 2010 la giurisprudenza della Corte di cassazione ha dedicato particolare attenzione alla tutela della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 della Costituzione) e dei coesistenti beni di rilievo costituzionale, ispirandosi al principio secondo cui l'iniziativa economica non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale ed in modo da arrecare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana.

1.1. La responsabilità degli enti giuridici.

La I sezione³¹⁴ ha esaminato il tema del criterio di imputazione della responsabilità (amministrativa) da reato degli enti collettivi (d.lgs. n. 231 del 2001), ritenendo la manifesta infondatezza di due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 5 d. lgs. cit., sollevate con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Si è evidenziato, in particolare, evidenziato, quanto al criterio di imputazione della predetta responsabilità, che l'ente non è chiamato a rispondere di un fatto altrui, bensì proprio, atteso che il reato commesso nel suo interesse od a suo vantaggio da soggetti inseriti nella compagine della persona giuridica deve considerarsi tale in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega i primi alla seconda: *"il fatto - reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della società, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come <<proprio>> anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda: la persona fisica che opera nell'ambito delle sue competenze societarie, nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto; né la degenerazione di tale attività funzionale in illecito penale è di ostacolo all'immedesimazione. Il D.Lgs. n. 231 del 2001 ha introdotto un tertium genus di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di uno dei reati espressamente elencati nella sezione 3[^] da parte un soggetto che riveste una posizione apicale, sul presupposto che il fatto-reato <<è fatto della società, di cui essa deve rispondere>>. Conclusivamente, in forza del citato rapporto di immedesimazione organica con il suo dirigente apicale, l'ente risponde per*

³¹⁴ Sez. 1, n. 27735 del 18/2/2010, dep. 16/7/2010, Scarafia, rv. 247665 – 6.

fatto proprio, senza coinvolgere il principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.)".

Né la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio integra una forma di responsabilità oggettiva, essendo previsto necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta <<colpa di organizzazione>> della persona giuridica, *"il non avere cioè predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello realizzato; il riscontro di un tale deficit organizzativo consente una piana e agevole imputazione all'ente dell'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo. Grava sull'Accusa l'onere di dimostrare l'esistenza e l'accertamento dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società e che abbia agito nell'interesse di questa; tale accertata responsabilità si estende <<per rimbalzo>> dall'individuo all'ente collettivo, nel senso che vanno individuati precisi canali che colleghino teleologicamente l'azione dell'uno all'interesse dell'altro e, quindi, gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente, che rendono autonoma la responsabilità del medesimo".*

La giurisprudenza delle Sezioni ha affermato che, ai fini dell'esonero dalla responsabilità da reato ex d. lgs. n. 231 del 2001, la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, dovendo altresì concorrere la condizione che lo stesso ente non svolga attività economica; ne è stata, conseguentemente, desunta la configurabilità della responsabilità suddetta nei confronti di un ente ospedaliero (che svolge indubbiamente un servizio pubblico) costituito come società a capitale <<misto>>, pubblico e privato³¹⁵.

Si è anche ritenuto che il giudice, quando dispone una misura cautelare interdittiva o procede alla nomina del commissario giudiziale, deve limitare, ove possibile, l'efficacia del provvedimento alla specifica attività della persona giuridica alla quale si riferisce l'illecito: il principio resta valido anche nel caso in cui l'ente svolga una sola attività, ma la misura possa essere limitata ad un settore della stessa³¹⁶.

Si è, infine, precisato che, nel caso in cui alla persona giuridica siano applicate le previste misure cautelari in relazione al reato presupposto di corruzione internazionale (art. 322-*bis* cod. pen.), il giudice dovrà preliminarmente verificare l'effettiva possibilità di applicare dette misure senza che ciò comporti (sia pure limitatamente alla fase esecutiva), il coinvolgimento di organismi di uno Stato estero, sul quale il giudice italiano è privo di giurisdizione³¹⁷.

³¹⁵ Sez. 2, n. 28699 del 9/7/2010, dep. 21/7/2010, P.M. in proc. Vielmi, rv. 247669.

³¹⁶ Sez. 6, n. 20560 del 25/1/2010, dep. 31/5/2010, Impresa Ferrara s.n.c., rv. 247043.

³¹⁷ Sez. 6, n. 42701 del 30/9/2010, dep. 1°/12/2010, E.N.I. s.p.a.

1.2. I reati fallimentari e la tutela del credito.

Chiamate a decidere una diversa questione controversa³¹⁸, le Sezioni unite³¹⁹ hanno ritenuto assorbente evidenziare che *"integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione l'acquisto da parte dell'amministratore, con denaro della società amministrata, di titoli azionari a lui nominativamente intestati e, quindi, mai entrati nella disponibilità giuridica e di fatto della società stessa, pur essendo stati iscritti nelle scritture contabili sociali"*; la decisione ha anche escluso che la condotta di depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori potesse essere ravvisata nell'alienazione dei titoli azionari nominativi, dovendo essere individuata nel pregresso prelievo dal conto bancario della società amministrata della somma utilizzata per l'acquisto a titolo personale dei titoli stessi.

Sempre in tema di **bancarotta fraudolenta**, la giurisprudenza delle sezioni³²⁰ ha osservato che, con riguardo alla bancarotta documentale per sottrazione o per omessa tenuta in frode ai creditori delle scritture contabili, ben può ritenersi la responsabilità del soggetto investito solo formalmente dell'amministrazione dell'impresa fallita (la c.d. <<testa di legno>>), atteso il diretto e personale obbligo dell'amministratore di diritto di tenere e conservare le suddette scritture; diversamente, nell'ipotesi della bancarotta per distrazione, non può, nei confronti dell'amministratore apparente, trovare automatica applicazione il principio secondo il quale, una volta accertata la presenza di determinati beni nella disponibilità dell'imprenditore fallito, il loro mancato reperimento, in assenza di adeguata giustificazione della destinazione ad essi data, legittima la presunzione della dolosa sottrazione, dal momento che la pur consapevole accettazione del ruolo di amministratore apparente non necessariamente implica la consapevolezza di disegni criminosi nutriti dall'amministratore di fatto³²¹.

Si è anche evidenziato che integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale postfallimentare la condotta di colui che, dopo essere stato dichiarato fallito, intraprenda una nuova attività dalla quale tragga ricavi consistenti e, comunque, eccedenti i redditi necessari per il mantenimento proprio e della propria famiglia,

³¹⁸ <<Se il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, sia un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se, invece, la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati con conseguente esclusione del divieto del *bis in idem* per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte>>.

³¹⁹ Sez. Un., n. 36551 del 15/7/2010, dep. 13/10/2010, Carelli, rv. 248050.

³²⁰ Sez. 5, sentenza n. 19049 del 19/2/2010, dep. 19/5/2010, Succi, rv. 247251.

³²¹ In applicazione del principio, è stata censurata la decisione con la quale il giudice di appello aveva, tra l'altro, confermato la responsabilità a titolo di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione nei confronti di un amministratore legale della società, pur non essendogli riconosciuto il ruolo di consapevole ed attivo amministratore di diritto, essendo anzi egli accreditato come <<testa di legno>>.

omettendo di conferirli a favore della procedura concorsuale in corso, in violazione dell'art. 46 L.F.³²².

Con riguardo alla **bancarotta societaria** (art. 223, comma secondo, n. 1, l. fall.), si è ritenuto che, ai fini della responsabilità penale, rilevano anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente dispiegata dall'art. 41 cod. pen. (che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento), sia la circostanza per la quale il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo (tanto da risultare suscettibile di misurazione), assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato. La stessa decisione ha anche precisato che, in presenza di diffusa alterazione del dato non percepita dal sistema bancario e dal ceto creditorio, ai fini dell'esclusione della falsa comunicazione sociale non è sufficiente un limitato segnale contenuto nella nota integrativa per redimere da mendacio il prospetto contabile, poiché la nota integrativa, per sua natura, non può svolgere compiti sostitutivi rispetto al veicolo principale della comunicazione³²³.

In tema di **bancarotta fraudolenta conseguente a fallimento di una società cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose** (art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall.), si è chiarito che le operazioni dolose che hanno cagionato il fallimento devono sempre comportare un'indebita diminuzione dell'attivo, ossia un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa, mentre la valutazione degli abusi di gestione o dell'infedeltà ai doveri imposti dalla legge all'organo amministrativo concretizzanti tali operazioni non può essere assunta in via generale ed astratta, ma dipende dal rilievo dei peculiari doveri statutari, dalla tipologia dell'organismo societario e dalla situazione economico/patrimoniale in cui la condotta si compie; il nesso di causalità tra l'operazione dolosa e l'evento fallimentare non è interrotto né dalla preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto (dovendo trovare applicazione la disciplina del concorso causale di cui all'art. 41 cod. pen.), né l'aggravamento di un dissesto già in atto. La fattispecie di fallimento determinato da operazioni dolose si distingue dalle ipotesi generali di bancarotta fraudolenta patrimoniale [artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1), l. fall.], in quanto la nozione di <<operazione>> postula una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall'azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all'esito divisato³²⁴.

³²² Sez. 5, n. 16606 del 9/3/2010, dep. 30/4/2010, Quero, rv. 247256.

³²³ Sez. 5, n. 16259 del 4/3/2010, dep. 26/4/2010, Chini, rv. 247254-5.

³²⁴ Sez. 5, n. 17690 del 18/2/2010, dep. 7/5/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247313-6.

1.3. La tutela del sistema finanziario.

In tema di **abuso di informazioni privilegiate** (c.d. *insider trading*) e **manipolazione del mercato** (art. 184 ss. d.lgs. n. 58 del 1998, come successivamente modificato), la V sezione³²⁵, premesso, quanto ai profili di diritto intertemporale, che sussiste continuità normativa tra la fattispecie prevista dal previgente art. 180 D. Lgs. n. 58 del 1998 e quella prevista dall'art. 184 D. Lgs. n. 58 del 1998, novellato dalla L. n. 62 del 2005, in quanto il nucleo di disvalore del fatto di reato è rimasto immutato, ha chiarito che il possesso dell'informazione è un presupposto della condotta, con riferimento al quale l'agente deve essere consapevole della sua connotazione privilegiata e della sua potenzialità modificativa, in termini sensibili, del prezzo dello strumento finanziario, e che la nozione di <<pubblicità dell'informazione>>, che ne esclude la qualificazione come privilegiata, riguarda quel complesso di soggetti che l'art. 181, comma quarto, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 raggruppa nella categoria dell' <<investitore ragionevole>>, e va valutata in riferimento non necessariamente all'universalità dei soggetti, bensì anche soltanto ad un numero indeterminabile di persone, ovvero ad un ambito caratterizzato dalla potenziale estensione diffusiva dell'informazione stessa.

La stessa decisione ha osservato che per quanto riguarda la legittimazione della Consob a costituirsi parte civile, la previsione di cui all'art. 187-*undecies*, D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, non ha carattere innovativo, e che la Consob può chiedere la riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato soltanto con riferimento ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore dell'art. 9, L. 18 aprile 2005 n. 62, che ha introdotto la citata disposizione.

1.4. Diritto d'autore, marchi e brevetti.

La giurisprudenza delle sezioni, in tema di **violazione della tutela dei brevetti**, ha osservato che il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 127 del D. Lgs. n. 30 del 2005, posta in linea di continuità normativa con la previgente di cui all'art. 88 del R.D. n. 1127 del 1939, non è solo il diritto di monopolio dell'invenzione da parte del titolare del brevetto, ma anche quello di sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno: se ne è desunto che il diritto di proporre querela spetta anche al soggetto licenziatario in via esclusiva di un brevetto europeo, il quale assume la qualifica di persona offesa dal reato³²⁶. La stessa decisione ha anche ritenuto che il cosiddetto <<esaurimento>> del diritto di esclusiva, cui consegue la liceità della

³²⁵ Sez. 5, n. 8588 del 20/1/2010, dep. 373/2010, Capotosti, rv. 246242-5.

³²⁶ Sez. 3, n. 6280 del 10/12/2009, dep. 16/2/2010, Giannone, rv. 246049-50.

commercializzazione del prodotto, si verifica allorché il titolare del diritto consenta alla messa in commercio, non già del generico tipo o modello o categoria di prodotti, bensì della specifica partita degli stessi.

In tema di **diritto d'autore sulle opere dell'ingegno** si è ritenuto che rientrano nella fattispecie prevista dall'art. 171-*ter*, comma primo, lett. f-*bis*), L. 22 aprile 1941, n. 633, tutti i congegni principalmente finalizzati a rendere possibile l'elusione delle misure tecnologiche di protezione apposte su materiali od opere protette dal diritto d'autore, non richiedendo la norma incriminatrice la loro diretta apposizione sulle opere o sui materiali tutelati: è stata, pertanto, ammessa l'assoggettabilità a sequestro di dispositivi che consentivano l'utilizzazione, su *console* videoludiche di differenti marche, di videogiochi illecitamente duplicati o scaricati abusivamente da *internet*³²⁷.

Integra il delitto previsto dall'art. 171-*octies* della L. 22 aprile 1941, n. 633, la messa in vendita e la promozione per la vendita dell'apparato denominato *splitter* o *splitty*, in quanto lo stesso costituisce parte di un apparato atto alla decodificazione delle trasmissioni audiovisive via satellite ad accesso condizionato, idoneo a replicare illegalmente le credenziali contenute all'interno della *smart card* inserita nell'unità principale e, di conseguenza, a consentire illegalmente a più *decoder*, privi di autonoma *smart card*, di ottenere le credenziali di accesso per la decodifica del segnale satellitare³²⁸.

1.5. Produzione, commercio e consumo.

La III sezione ha chiarito che l'importatore di un **prodotto alimentare confezionato all'estero**, sia esso un commerciante all'ingrosso o al dettaglio, risponde del reato di immissione in commercio di prodotto alimentare non conforme alla normativa di settore se non adempie l'obbligo di verificarne la conformità mediante controlli tali da garantire la qualità del prodotto, anche se importato in confezioni originali. Nella specie, è stata, pertanto, esclusa l'applicabilità dell'esimente speciale di cui all'art. 19 della L. 30 aprile 1962, n. 283 invocata da un importatore italiano di tonno decongelato contenente monossido di carbonio, additivo chimico non consentito, acquistato confezionato sotto vuoto da società spagnola che, a sua volta, l'aveva importato dal Vietnam: *"la L. n. 283 del 1962, n. 283, art. 19, stabilisce che le sanzioni previste da essa previste <<non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni*

³²⁷ Sez. 3, n. 23765 dell' 11/5/2010, dep. 21/6/2010, P.M. in proc. Campa, rv. 247793.

³²⁸ Sez. 3, n. 25385 dell' 11/5/2010, dep. 5/7/2010, P.G. in proc. Stedile, rv. 247802.

originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione, o la confezione originale non presenti segni di alterazione>>. Ha però affermato questa Corte che tale esimente speciale non opera quando il prodotto alimentare sia stato confezionato all'estero, provenga cioè da un produttore straniero il quale non sia obbligato a osservare tutte le prescrizioni imposte dalla legge italiana per prevenire il pericolo di frode o di danno alla salute del consumatore: in tale ipotesi, infatti, colui che commercia il prodotto sul territorio nazionale non può ritenersi legittimato a presumere l'adempimento di obblighi giuridicamente inesistenti a carico del produttore³²⁹. L'importatore, commerciante all'ingrosso o al dettaglio, che opera sul territorio nazionale è tenuto a verificare, pertanto, la conformità del prodotto o dei componenti di esso alla normativa sanitaria con controlli tali da garantire la qualità del prodotto anche se importato in confezioni originali. Nella specie, tale obbligo incombeva sulla ricorrente sia perché l'alimento era stato prodotto in Vietnam sia perché erano chiaramente percepibili gli effetti dell'additivo per l'innaturale colorazione rosso ciliegia del tonno"³³⁰.

In tema di **frode nell'esercizio del commercio e vendita di prodotti industriali con segni mendaci**, si è affermato che l'imprenditore che apponga su un prodotto, oltre al proprio marchio o all'indicazione della località in cui ha la sede, anche una fallace o falsa dicitura con cui attesti che lo stesso è stato fabbricato in Italia o in un Paese diverso da quello di effettiva fabbricazione risponde, nel primo caso, del delitto di cui all'art. 4, comma 49, della L. 24 dicembre 2003, n. 350 e, nel secondo, del delitto di cui all'art. 517 cod. pen.; si è, peraltro, precisato che l'omessa indicazione del luogo di fabbricazione degli oggetti prodotti all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane, prevista come delitto dall'art. 4, comma 49, L. 24 dicembre 2003, n. 350, come modificato dall'art. 17, comma quarto, lett. a) L. 23 luglio 2009, n. 99, non è più prevista dalla legge come reato, ma configura l'illecito amministrativo di cui all'art. 4, comma 49-bis, L. n. 350 del 2003³³¹.

³²⁹ Da ultimo, Sez. 3, n. 2205 del 04/10/2005, dep. 19/1/2006, Moine, rv. 233006.

³³⁰ Sez. 3, n. 17547 del 25/3/2010, dep. 7/5/2010, Fourrier, rv. 247487.

³³¹ Sez. 3, n. 19746 del 9/2/2010, dep. 25/5/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484-6, in fattispecie relativa al sequestro di camicie prodotte in Serbia, prive di indicazioni sul luogo di produzione, ma recanti la marca <<omissis>> e la dicitura <<prodotto e distribuito>> da società italiana, con riguardo alla quale si è precisato che il giudice, ove il fatto non sia riconducibile alle residuali ipotesi di rilevanza penale ancora previste dal comma 49, deve procedere alla revoca del sequestro probatorio o preventivo a seguito dell'intervenuta depenalizzazione, e che la regolarizzazione amministrativa dei prodotti che, in quanto commercializzati con false o fallaci indicazioni di provenienza, siano oggetto di sequestro probatorio, non impone la revoca del sequestro, dovendo comunque il giudice accertare che non permangano ancora quelle specifiche esigenze probatorie che avevano giustificato l'apposizione ed il mantenimento del vincolo cautelare: tale regolarizzazione - attuata con l'asportazione dei segni o delle figure o di quant'altro induca a ritenere che si tratti di prodotto di

1.6. Finanze e tributi.

La giurisprudenza delle sezioni ha ritenuto che sussiste il reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini Irpef (art. 4 D. Lgs. n. 74 del 2000), qualora l'evasione di imposta riguardi **redditi provenienti da illecito penale** (nella specie, attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie di una società fallita), in quanto, secondo l'interpretazione autentica fornita dall'art. 14, comma quarto, legge n. 537 del 1993, con riguardo al Testo unico sulle imposte dei redditi n. 917 del 1986, tra le categorie di redditi tassabili, classificate nell'art. 6, comma primo, devono intendersi ricompresi anche i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo; né i redditi provento di attività illecita rientrano nella categoria dei redditi diversi di cui all'art. 6, comma primo, lett. f) del suddetto Testo unico n. 917 del 1986, come attesta l'art. 14, comma quarto, della legge n. 537 del 1993, oggetto di interpretazione autentica da parte dell'art. 36, comma quarto-*bis*, del D.L. n. 223 del 2006, convertito con modificazioni nella L. n. 248 del 2006³³².

Si è anche chiarito che l'**obbligo di presentazione della dichiarazione annuale IVA** da parte di società avente residenza fiscale all'estero sussiste se questa ha stabile organizzazione in Italia, che ricorre anche quando la società straniera abbia affidato, anche di fatto, la cura dei propri affari in territorio italiano ad altra struttura munita o meno di personalità giuridica, prescindendosi dalla fittizietà o meno dell'attività svolta all'estero dalla società medesima³³³.

Infine, si è affermato che integra il reato di **contrabbando** l'importazione, in evasione dei diritti di confine, di merce con marchi contraffatti³³⁴, e che il reato di **evasione dell'Iva all'importazione** (artt. 67 e 70 d.P.R. n. 633 del 1972) è configurabile non soltanto a carico dei soggetti che hanno importato la merce assoggettata al tributo, ma anche a carico di chi semplicemente la detiene dopo l'importazione³³⁵.

origine italiana, oppure attraverso l'esatta indicazione dell'origine o l'asportazione della stampigliatura <<*made in Italy*>> - non comporta l'estinzione del reato.

³³² Sez. 5, n. 7411 del 19/11/2009, dep. 24/2/2010, Di Lorenzo, rv. 246095.

³³³ Sez. 3, n. 29724 del 26/5/2010, dep. 28/7/2010, P.M. in proc. Castagnara, rv. 248109: fattispecie in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni facenti capo a società avente residenza fiscale localizzata in territorio diverso dall'Italia, cosiddetta <<estero vestizione>> della residenza fiscale.

³³⁴ Sez. 2, n. 32450 del 6/7/2010, dep. 30/8/2010, Lisi, rv. 248139.

³³⁵ Sez. 3, n. 40161 del 7/10/2010, dep. 29/11/2010, Ancona.



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO
(SERVIZIO PENALE)

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

LE PRINCIPALI LINEE DI TENDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

GIURISPRUDENZA PENALE

ANNO 2010

INDICI

AVVERTENZE

Gli indici sono stati concepiti per favorire il reperimento, secondo varie modalità, dei riferimenti che le sentenze prese in considerazione hanno fatto a singoli argomenti.

L'**indice – sommario** si trova in apertura, con l'indicazione della pagina di inizio di ogni capitolo e paragrafo.

Nell'**indice analitico**, redatto secondo un criterio di descrizione del contenuto della sentenza, sono indicate le pagine della relazione ove sono contenuti riferimenti al provvedimento stesso.

Nell'**indice delle disposizioni di legge** ogni norma rinvia alla voce corrispondente dell'indice analitico.

INDICE ANALITICO - ALFABETICO

APPELLO vedi IMPUGNAZIONI

ARCHIVIAZIONE vedi INDAGINI PRELIMINARI

ARRESTO E FERMO

Udienza di convalida - Accesso agli atti relativi - Diritto - Configurabilità - Preclusione – Conseguenze (30/9/2010, G., rv. 247939) **86, 225**

ATTI ABNORMI

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormalità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

BREVETTI (PROPRIETA' INDUSTRIALE)

Reato ex art. 127 D.Lgs. n. 30 del 2005 - Diritto di querela - Licenziatario esclusivo di brevetto europeo - Spettanza – Ragioni (10/12/2009, Giannone, rv. 246049) **255**

Reato ex art. 127 D.Lgs. n. 30 del 2005 - Esaurimento del diritto di esclusiva – Presupposti (10/12/2009, Giannone, rv. 246050) **255**

CASSAZIONE vedi IMPUGNAZIONI

CIRCOLAZIONE STRADALE

Guida in stato d'ebbrezza – Confisca del veicolo - Art. 186 cod. strada – Modifiche introdotte con l. n. 120 del 2010 – Natura giuridica – Successione di leggi nel tempo - Conseguenze (4/11/2010, Gibellini) **245**

Guida in stato d'ebbrezza - Rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici - Confisca del veicolo - Natura - Misura di sicurezza patrimoniale - Esclusione - Sanzione penale accessoria – Sussistenza (25/2/2010, P.G. in proc. Caligo, rv. 247042) **44**

Guida in stato d'ebbrezza – Tasso alcoolemico – Art. 186, comma 1, lett. A), cod. strada – Depenalizzazione – Conseguenze (28/9/2010, La Mantia, rv. 248407) **245**

Guida in stato d'ebbrezza - Tasso alcoolemico - Superamento delle soglie di punibilità – Valori centesimali - Rilevanza – Fattispecie (7/7/2010, Fioretto, rv. 248200) **245**

DIFESA E DIFENSORI

Sequestro di carte e documenti - Divieti imposti dalla legge - Documenti nella esclusiva disponibilità dell'indagato - Privi di finalizzazione all'espletamento delle funzioni del difensore - Operatività dei divieti - Esclusione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246586) **180**

DIRITTI DI AUTORE SULLE OPERE DELL'INGEGNO (PROPRIETA' INTELLETTUALE)

Elusione delle misure tecnologiche di protezione apposte su materiali od opere protette dal diritto d'autore - Reato di cui all'art. 171 ter, comma primo, lett. f bis), L. n. 633 del 1941 - Necessita' che dette misure siano direttamente apposte sulle opere o materiali – Esclusione (11/5/2010, P.M. in proc. Campa, rv. 247793) **256**

Vendita e promozione di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato via satellite - Reato di cui all'art. 171 octies L. n. 633 del 1941 - Configurabilita' - Fattispecie: cosiddetti "splitter" o "splitty" (11/5/2010, P.G. in proc. Stedile, rv. 247802) **256**

DIRITTO INTERNAZIONALE

Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo - Effetti sulle parti - Individuazione – Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

EDILIZIA

Infrastrutture di comunicazione elettronica - Installazione - Presentazione di d.i.a. - Sufficienza - Esclusione – Previa autorizzazione ex artt. 87 e ss. del D.Lgs. n. 259 del 2003 - Necessità (28/4/2010, P.M. in proc. Brini, rv. 248218) **250**

ESECUZIONE

Misure alternative alla detenzione - Istanza presentata dal difensore - Dichiarazione o l'elezione di domicilio effettuata dal condannato – Necessità (17/12/2009, Mammoliti, rv. 246720) **156**

Procedimento - Interessato - Nozione – Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite – Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

ESTRADIZIONE vedi RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

FINANZE E TRIBUTI

Omessa dichiarazione annuale a fini IVA - Esterovestizione della residenza fiscale - Società italiana svolgente il ruolo di stabile organizzazione di società straniera - Nozione (26/5/2010, P.M. in proc. Castagnara, rv. 248109) **258**

Reati doganali - Contrabbando - Merce con marchi contraffatti - Importazione in evasione dei diritti doganali - Reato di contrabbando - Configurabilità (6/7/2010, Lisi, rv. 248139) **258**

Redditi provenienti da illecito penale (nella specie: attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie della società fallita) - Reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini Irpef - Sussistenza (19/11/2009, Di Lorenzo, rv. 246095) **258**

GIUDICE

Ricusazione - decisione - Dichiarazione di inammissibilità - Udienza camerale - Assenza - Violazione dell'art. 6 CEDU - Violazione dell'art. 111 Cost. - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (16/2/2010, Di Ilio, rv. 246455) **231**

GIUDICE DELL'ESECUZIONE vedi ESECUZIONE

GIUDIZIO

Istruzione dibattimentale - Esame testimoniale - Conduzione diretta da parte dell'imputato - Esclusione (24/2/2010, Cao, rv. 246445) **227**

Istruzione dibattimentale - Letture consentite - Lettura di atti ex art. 512 cod. proc. pen. - Sopravvenuta irreperibilità del dichiarante - Attribuzione presuntiva del significato della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale - Esclusione - Fattispecie (26/3/2010, T., rv. 247445) **227**

Istruzione dibattimentale - Letture consentite - Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione - Prove utilizzabili ai fini della deliberazione - Sentenza di condanna fondata esclusivamente su atti acquisiti per lettura ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen - Esclusione (15/6/2010, R., rv. 248053) **228**

IMPUGNAZIONI

Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Appello - Decisioni in camera di consiglio - Udienza - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Cassazione – Ricorso - Ricorso straordinario ex art. 625 bis cod. proc. pen. preordinato ad ottenere la modifica del trattamento sanzionatorio, inflitto con sentenza definitiva di condanna, ritenuto iniquo dalla Corte Europea - Ammissibilità - Ragioni – Fattispecie (11/2/2010, Scoppola, rv. 247244) **216**

Cassazione – Spese e sanzione pecuniaria per rigetto o inammissibilità del ricorso - Inammissibilità - Rilevanza della questione prospettata - Condanna alla sanzione pecuniaria – Esclusione (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248380) **201**

Presentazione - A mezzo di incaricato - Autentica della sottoscrizione dell'impugnante - Necessità - Esclusione – Fattispecie (22/4/2010, Lasala, rv. 246905) **200**

Procedimento per decreto - Richiesta di decreto - Sentenza di proscioglimento deliberata dal G.i.p. - Impugnazione esperibile (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248378) **146**

INDAGINI PRELIMINARI

Riapertura - Autorizzazione - Mancanza - Conseguenze - Inutilizzabilità atti indagine - Improcedibilità dell'azione - Archiviazione codice di rito del 1930 - Effetto preclusivo – Assenza (24/6/2010, Giuliani ed altro, rv. 247834) **123**

Archiviazione – Udienda – Necessità di ulteriori indagini - Reiterazione della richiesta di archiviazione - Opposizione della persona offesa - Potere del giudice di provvedere *de plano* - Sussistenza – Condizioni (27/5/2010, P.O. in proc. Simoni, rv. 247124) **117**

LAVORO

Prevenzione infortuni - Destinatari delle norme - Datore di lavoro - Istituti di prevenzione e pena - Direttore - Posizione di garanzia (25/11/2009, P.C. in proc. D'Andria, rv. 246642) **248**

MISURE CAUTELARI

Personalità – Giudice competente - Misura disposta dal giudice della convalida del fermo o dell'arresto, in luogo diverso da quello di commissione del reato - Perdita di efficacia in caso di omessa rinnovazione da parte del giudice competente - Formale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice che ha adottato la misura cautelare – Necessità (25/3/2010, Mones, rv. 246273) **95**

Personalità – Scelta delle misure - Presunzione di adeguatezza esclusiva della misura – Applicabilità alle misure già in atto - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza (3/3/2010, Valentino, rv. 246605) **215**

Personalità – Riparazione per l'ingiusta detenzione – Presupposti - Condizioni ostative - Dolo o colpa grave dell'istante - Fattispecie di cui all'art. 314, comma secondo, cod. proc. pen. – Rilevanza (27/5/2010, D'Ambrosio, rv. 247663) **112**

Personalì – Riparazione per l'ingiusta detenzione - Dolo o colpa grave dell'istante - Condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura - Valutazione – Necessità (27/5/2010, D'Ambrosio, rv. 247664) **186**

Personalì - Espulsione dal territorio dello Stato - Decisione della Corte europea che ha ritenuto violare l'art. 3 Cedu l'espulsione verso un determinato Paese – Conseguenze (28/4/2010, Arman Ahmed, rv. 247347) **213**

NOTIFICAZIONI

Al difensore - Avviso per l'udienza camerale ritualmente notificato - Notifica anche al difensore nominato successivamente - Necessità – Esclusione (22/4/2010, Lasala, rv. 246909) **200**

PARTE CIVILE

Enti ed associazioni rappresentativi - Associazioni ecologiste - Costituzione di parte civile - Ammissibilità – Condizioni (11/2/2010, De Flammeneis, rv. 246812) **250**

PENA

Sanzioni sostitutive di pene detentive brevi - Pena pecuniaria - Diniego di sostituzione a seguito di prognosi di inadempimento dell'obbligo di pagamento - Ammissibilità – Esclusione (22/4/2010, Gagliardi, rv. 247274) **16**

PERSONE GIURIDICHE Vedi RESPONSABILITA' DA REATO DEGLI ENTI e REATI SOCIETARI

PREVENZIONE INFORTUNI vedi LAVORO

PROCEDIMENTI SPECIALI

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza – Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Patteggiamento - Cosiddetto "patteggiamento allargato" - Preclusione per i recidivi reiterati - Operatività - Pregressa dichiarazione di recidiva - Necessità – Esclusione (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247840) **135**

Patteggiamento - Sentenza - In genere - Pena illegale - Giudizio successivo ad annullamento della Corte di cassazione - Definizione mediante nuovo accordo - Possibilità – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247841) **135**

Procedimento per decreto - Richiesta di decreto - Sentenza di proscioglimento deliberata dal G.i.p. - Impugnazione esperibile (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248378) **146**

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

PRODUZIONE, COMMERCIO E CONSUMO

Prodotti alimentari confezionati all'estero - Importazione da produttore straniero - Non rispondenza del prodotto alla normativa sanitaria nazionale - Responsabilita' dell'importatore - Sussistenza (25/3/2010, Fourrier, rv. 247487) **257**

PROVE

Diritto alla prova - Potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti - Ambito di operatività – Indicazione (25/2/2010, Mills, rv. 246585) **182**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Autorità giudiziaria competente a provvedere (22/4/2010, Lasala, rv. 246906) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Violazione - Conseguenze – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246907) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008 - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Obblighi del P.M. – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246908) **101**

Rogatorie all'estero - Atti assunti per rogatoria all'estero - Deposizione testimoniale - Segreto professionale secondo la legge italiana – Utilizzabilità (25/2/2010, Mills, rv. 246587) **204**

Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

Testimonianza - Dichiarante - Veste di testimone ovvero di imputato di reato connesso - Attribuitività - Verifica del giudice – Criteri (25/2/2010, Mills, rv. 246584) **183**

Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso ex art. 12, comma primo lett. c) o collegato ex art. 371, comma secondo lett. b), cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso ex art. 12, comma primo lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Testimonianza – Oggetto e limiti – Persona offesa - Dichiarazione acquisita ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen. - Valutazione - Ulteriori elementi di conforto - Necessità (26/3/2010, T., rv. 247446) **227**

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

Estradizione per l'estero - Procedimento - Decisione - Condizioni ostative - Pericolo di trattamenti crudeli, disumani o degradanti - Criteri di accertamento - Rapporti di organizzazioni non governative - Utilizzabilità – Fattispecie (8/7/2010, P.G. in proc. Seven, rv. 248002) **212**

Rogatorie all'estero - Atti assunti per rogatoria all'estero - Deposizione testimoniale - Segreto professionale secondo la legge italiana – Utilizzabilità (25/2/2010, Mills, rv. 246587) **204**

Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

REATI CONTRO IL PATRIMONIO

Contravvenzioni - Acquisto di cose di sospetta provenienza (Incauto acquisto) - Configurabilità – Condizioni (26/11/2009, Nocera, rv. 246325) **38**

Delitti – Ricettazione – Elemento psicologico – Dolo eventuale - Configurabilità – Condizioni (26/11/2009, Nocera, rv. 246324) **38**

REATI CONTRO LA FAMIGLIA

Maltrattamenti in famiglia – Circostanze aggravanti - Abbandono della vittima priva di cure ed assistenza per lungo periodo - Aggravamento delle condizioni di salute di quest'ultima fino a causarne la morte - Integrazione dell'aggravante di cui all'art. 572, comma secondo, cod. pen. (13/4/2010, D.S., rv. 247885) **237**

Maltrattamenti in famiglia - Elemento materiale - Specifici atti vessatori nei confronti di un determinato soggetto passivo - Necessità - Esclusione - Clima di sopraffazione e umiliazione generalmente instaurato all'interno di una comunità - Configurabilità del reato - Presupposti – Fattispecie (21/12/2009, Z., rv. 246028) **238**

Violazione degli obblighi di assistenza familiare - Affermazione dell'obbligato di non essere padre del minore cui si facciano mancare i mezzi di sostentamento - Irrilevanza - Necessità del passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della domanda di disconoscimento della paternità – Sussistenza (11/2/2010, B., rv. 246414) **236**

REATI CONTRO LA PERSONA

Atti persecutori - Evento del reato - Perdurante e grave stato di ansia o di paura (12/1/2010, G., rv. 246545) **239**

Atti persecutori – Natura giuridica – Reato ad evento di danno – Distinzione dal reato di minacce (5/2/2010, Marchino Camillo, rv. 247225) **238**

Atti persecutori - Reciprocità dei comportamenti molesti - Configurabilità del reato - Provvedimento "de libertate" – Motivazione (5/2/2010, Marchino Camillo, rv. 247226) **239**

Atti persecutori - Reiterazione delle condotte – Nozione (21/1/2010, Oliviero, rv. 245881) **238**

Omicidio e lesioni colpose – Malattie professionali – Esposizione ad amianto in ambito ferroviario – Conseguenze – Fattispecie (17/9/2010, Cozzini) **237**

Riduzione in schiavitù - Consegnatario provvisorio di soggetto ridotto in schiavitù o in condizione analoga - Concorso, ex art. 110 cod. pen., con l'autore della riduzione in schiavitù - Mozione culturale o di costume - Rilevanza ai fini dell'esclusione dell'elemento psicologico del reato – Esclusione (15/4/2010, S., rv. 247149) **241**

Riduzione in schiavitù - Prostituzione minorile - Concorso - Possibilità – Sussistenza (7/6/2010, P., rv. 248172) **241**

Riduzione in schiavitù - Situazione di necessità - Nozione - Riferibilità allo "stato di necessità" – Esclusione (6/5/2010, E., rv. 247641) **241**

Trattamento chirurgico - Intervento eseguito sulla base di dissenso del paziente - Esito infausto - Lesioni personali dolose (20/4/2010, P.M. in proc., Petretto, rv. 247341) **234**

Violenza sessuale - Atti sessuali con minorenni - Bene giuridico protetto – Individuazione (27/5/2010, V., rv. 247289) **246**

Violenza sessuale - Atti sessuali con minorenni - Consenso della vittima - Rilevanza – Esclusione (15/6/2010, I., rv. 248107) **246**

Violenza sessuale - Violenza - Nozione - Atto o fatto limitativo della libertà - Fattispecie (12/1/2010, C., rv. 246186) **246**

Violenza sessuale - Violenza di gruppo - Compimento da parte di ciascuno degli atti tipici - Necessità - Esclusione - Ragioni – Fattispecie (11/3/2010, M., rv. 246448) **247**

REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Contravvenzioni – Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori - Scuola media superiore - Reato - Configurabilità – Esclusione (14/4/2010, I. rv. 247630) **236**

Delitti – Dei privati – Millantato credito - Ipotesi prevista dall'art. 346, comma secondo, cod. pen. - Natura giuridica - Elemento oggettivo (21/1/2010, Marcarino, rv. 246270) **175**

Delitti – Dei privati – Violazione dei sigilli - Sigilli apposti al fine di impedire l'uso di un bene in mancanza di autorizzazione amministrativa e non per assicurarne la conservazione o l'identità - Condotta integrante l'art. 349 cod. pen. - Reato – Configurabilità (26/11/2009, D'Agostino, rv. 245584) **134**

Delitti - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Corruzione in atti giudiziari susseguente - Configurabilità – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246581) **29**

Delitti - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Corruzione in atti giudiziari - Nozione di atto giudiziario (25/2/2010, Mills, rv. 246582) **34**

Delitti - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Momento consumativo del reato - Reato a duplice schema - Momento consumativo - Promessa o dazione - Ipotesi di promessa seguita da dazione - Momento consumativo - Dazione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246583) **173**

Delitti - Dei pubblici ufficiali - Sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o a sequestro - Quote sociali sottoposte a sequestro preventivo - Atti dispositivi - Sottrazione - Sussistenza – Condizioni (30/9/2010, Corsini, rv. 248382) **175**

REATI CONTRO L'ECONOMIA PUBBLICA, L'INDUSTRIA E IL COMMERCIO

Frode nell'esercizio del commercio - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Regularizzazione amministrativa - Revoca del sequestro – Condizioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484) **257**

Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Omessa indicazione del paese di fabbricazione - Reato - Configurabilità' - Esclusione – Ragioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247486) **257**

Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Differenze rispetto al reato previsto dall'art. 4, comma 49, L. 350 del 2003 – Individuazione (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247485) **257**

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

Contravvenzioni - Molestia o disturbo alle persone - Utilizzazione di messaggi di posta elettronica - Insussistenza del reato (17/6/2010, D'Alessandro, rv. 247558) **239**

Delitti – Associazione per delinquere - Associazione di tipo mafioso - Riferibilità anche a organizzazione criminali straniere – Sussistenza (5/5/2010, Claire, rv. 247803) **242**

Delitti – Devastazione e saccheggi - Devastazione commessa da gruppi di tifosi in occasione di manifestazione sportiva - Configurabilità' del delitto - Fattispecie (29/4/2010, Vischia, rv. 247451) **246**

Misure di sicurezza patrimoniali - Confisca dei proventi di attività illecite di associazione di tipo mafioso - Estinzione del delitto per morte del reo – Restituzione dei beni in favore degli eredi – Esclusione (16/6/2010, Umina, rv. 248048) **242**

REATI FALLIMENTARI

Bancarotta fraudolenta - Acquisto con fondi sociali di azioni intestate nominativamente l'amministratore - Iscrizione nelle scritture contabili della società - Irrilevanza - Configurabilità della bancarotta fraudolenta per distrazione – Sussistenza (15/7/2010, Carelli, rv. 248050) **178, 253**

Bancarotta fraudolenta - Fatti commessi in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento - Nuova attività - Ricavi eccedenti il mantenimento del fallito - Distrazione – Sussistenza (9/3/2010, Quero, rv. 247256) **253**

Bancarotta fraudolenta documentale societaria - Segnale contenuto in nota integrativa - Irrilevanza – Fattispecie (4/3/2010, Chini, rv. 247255) **254**

Bancarotta fraudolenta societaria - Condotte successive alla irreversibilità del dissesto - Rilevanza ai fini della responsabilità penale - Sussistenza – Ragioni (4/3/2010, Chini, rv. 247254) **254**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Bancarotta per distrazione - Responsabilità dell'amministratore di diritto investito solo formalmente (cosiddetta <<testa di legno>>) – Condizioni (19/2/2010, Succi, rv. 247251) **253**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Concordato preventivo - Soggetti attivi - Liquidatore di società - Nozione - Estensione ai liquidatori nominati nel concordato preventivo con cessione di beni – Esclusione (30/9/2010, Corsini, rv. 248381) **54**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Bancarotta fraudolenta patrimoniale "ex" artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1) l. fall. - Profili distintivi (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247314) **254**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Concausa efficiente - Aggravamento di un dissesto già in atto - Configurabilità del reato – Sussistenza (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247316) **254**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Elemento soggettivo (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247315) **254**

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento (di società) determinato da operazioni dolose - Operazioni dolose – Nozione (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247313) **254**

REATI SOCIETARI

Abuso informazioni privilegiate ("insider trading") - Manipolazione del mercato - Facoltà della Consob nel procedimento penale - Riparazione dei danni cagionati all'integrità del mercato - Esclusiva riferibilità ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della L. n. 62 del 2005 – Sussistenza (20/1/2010, Capotosti, rv. 246245) **255**

Abuso di informazione privilegiata ("insider trading") - Nozione di informazione che "non è stata resa pubblica" (20/1/2010, Capotosti, rv. 246244) **255**

Abuso di informazioni privilegiate ("insider trading") - Nuova formulazione dell'art. 184 D.Lgs. n. 58 del 1998 introdotta dalla L. n. 62 del 2005 - Continuità

normativa con le previgenti disposizioni di cui all'art. 180 D.Lgs. n. 58 del 1998 – Sussistenza - Ragioni (20/1/2010, Capotosti, rv. 246242) **255**

Abuso di informazioni privilegiate ("insider trading") – Possesso dell'informazione - Natura di presupposto - Elemento soggettivo (20/1/2010, Capotosti, rv. 246243) **255**

REATO

Causalita' (rapporto di) - Concorso di cause – Cause sopravvenute - Autonomia dalle cause preesistenti – Esclusione - Evoluzione anomala e imprevedibile del percorso causale - Necessita' - Fattispecie: colpa medica (18/1/2010, P.G. in proc. Ottelli, rv. 246797) **235**

Causalita' (rapporto di) - Concorso di cause – Fattispecie: evento sismico (27/1/2010, La Serra ed altri, rv. 248115) **248**

Causalita' (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attivita' dell'uomo - Protezione civile - Titolarita' della posizione di garanzia verso la collettivita' - Sindaco – Condizioni (11/3/2010, P.G. in proc. Catalano ed altri, rv. 247015) **249**

Causalita' (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento – Violenza sessuale - Genitore esercente la potesta' sul figlio minore - Consapevolezza degli abusi perpetrati dall'altro coniuge - Esclusione della responsabilita' per omesso impedimento dell'evento - Condizioni (4/2/2010, R., rv. 246592) **246**

Cause di esclusione del dolo e della colpa – Caso fortuito - Incidenti sul lavoro determinati da colpa del lavoratore - Esclusione – Ragioni (1°/12/2009, Filiasi, rv. 246643) **247**

Circostanze - Concorso di circostanze eterogenee – Concorso di circostanze eterogenee con la circostanza ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Modalità di applicazione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245930) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Assoggettamento – Esclusione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245929) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Sindacato di legittimità – Limiti (25/2/2010, Contaldo, rv. 245931) **167**

Circostanze aggravanti - Finalita' di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso - Presupposti e ambito di operativita' – Fattispecie (28/1/2010, P.G. in proc. Singh, rv. 247149) **241**

Circostanze aggravanti - Ingiuria indirizzata alla persona offesa con l'espressione "sporco negro" - Integrazione dell'aggravante della finalita' di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (28/1/2010, P.G. in proc. Scocozza, rv. 246892) **240**

Elemento psicologico – Colpa - Errore medico - Responsabilita' del medico specializzando - Condizioni (10/12/2009, Pappadà, rv. 246419) **236**

Elemento psicologico – Colpa - Colpa specifica – Fattispecie (27/1/2010, La Serra ed altri, rv. 248116) **248**

Elemento psicologico – Colpa - Prevedibilita' dell'evento dannoso - Eventi o calamita' naturali - Indicazione - Fattispecie in tema di disastro naturale in zona qualificata ad "alto rischio" di frane e valanghe (11/3/2010, P.G. in proc. Catalano ed altri, rv. 247016) **249**

Elemento psicologico – Dolo - Ricettazione - Dolo eventuale - Riferimento al presupposto della condotta – Configurabilità (26/11/2009, Nocera, rv. 246323) **39**

Estinzione (cause di) - Concorso di cause estintive - Sospensione condizionale della pena - Indulto - Applicabilità di entrambi i benefici - Esclusione - Prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto – Sussistenza (15/7/2010, P.G. in proc. Bracco, rv. 247940) **24**

Estinzione (cause di) - Prescrizione - Reato - Estinzione (cause di) - Prescrizione - Rinuncia - Atto formale - Equipollenti - Possibilità – Esclusione (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248379) **169**

Estinzione (cause di) - Prescrizione - Termini - Sospensione - Differimento dell'udienza per legittimo impedimento delle parti o dei difensori - Disciplina introdotta dalla legge n. 251 del 2005 - Applicazione ai rinvii disposti prima dell'entrata in vigore della legge – Esclusione (30/9/2010, Corsini, rv. 248383) **169**

RECIDIVA

Contestazione - Obbligatorietà - Applicazione da parte del giudice - Necessità – Esclusione (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247838) **135**

Esclusione o riconoscimento da parte del giudice - Effetti – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247839) **135**

RESPONSABILITA' DA REATO DEGLI ENTI

Disciplina – Violazione del principio di colpevolezza – Illegittimità costituzionale – Manifesta infondatezza (18/2/2010, Scarafia, rv. 247665 - 6) **251**

Misure cautelari interdittive o nomina del commissario giudiziale - Principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive - Applicabilità (25/1/2010, Impresa Ferrara s.n.c., rv. 247043) **252**

Reato presupposto – Corruzione internazionale – Misure cautelari interdittive – applicabilità (30/9/2010, E.N.I. s.p.a.) **252**

Soggetti - Società a partecipazione mista pubblica e privata - Applicabilità (9/7/2010, P.M. in proc. Vielmi, rv. 247669) **252**

ROGATORIE vedi RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

SANITA' PUBBLICA

Danno ambientale - Costituzione di parte civile – Legittimazione dell'Amministrazione Provinciale – Sussistenza (28/10/2009, Ciarono, rv. 246015) **250**

SANZIONI CIVILI IN MATERIA PENALE

Risarcimento del danno - Corruzione in atti giudiziari - Danno non patrimoniale – Configurabilità (25/2/2010, Mills, rv. 246589) **171**

SENTENZA

Correlazione tra accusa e sentenza - Attribuzione al fatto contestato all'imputato di una diversa qualificazione giuridica - Contraddittorio - Modalità - Indicazione - Fattispecie (18/2/2010, Di Gati, rv. 246494) **230**

Correlazione tra accusa e sentenza - Attribuzione di una diversa qualificazione giuridica al fatto contestato all'imputato - Contraddittorio - Modalità - Indicazione - Fattispecie (19/2/2010, Fadda, rv. 247371) **229**

Correlazione tra accusa e sentenza - Giudizio di legittimità - Diversa qualificazione giuridica del fatto operata d'ufficio - Diritto dell'imputato di interloquire - Condizioni (26/2/2010, Salord, rv. 246922) **231**

Requisiti – Sottoscrizione - Impedimento del Presidente del collegio legittimante la sottoscrizione del giudice anziano - Connotati – Fattispecie (29/10/2009, Galdieri, rv. 245175) **164**

SICUREZZA PUBBLICA

Misure di prevenzione patrimoniali - Ambito di applicazione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246272) **206**

Misure di prevenzione - Procedimento - Decreto conclusivo del procedimento - Natura di sentenza – Conseguenze (29/10/2009, Galdieri, rv. 245174) **163**

Misure di prevenzione - Procedimento - Formazione del giudicato - Configurabilità - Limiti – Conseguenze (29/10/2009, Galdieri, rv. 245176) **208**

Misure di prevenzione - Procedimento - Intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio penale - Utilizzabilità nel procedimento di prevenzione – Esclusione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246271) **83**

STUPEFACENTI

Associazione finalizzata al narcotraffico - Reato commesso dal promotore - Figura autonoma – Sussistenza (27/1/2010, Mento, rv. 246118) **244**

Attenuante del fatto di lieve entità - Aggravante della cessione a minore - Concorso di circostanze - Configurabilità - Compatibilità - Sussistenza. – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247912) **158**

Attenuante del fatto di lieve entità - Condizioni per la sua configurabilità – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247911) **158**

Attenuante del fatto di lieve entità – Condotte di coltivazione illecita - Ammissibilità (2/3/2010, P.G. in proc. Gianfranceschi, rv. 246463) **244**

Attenuante del fatto di lieve entità - Modifiche introdotte dalla novella legislativa n. 49 del 2006 - Natura giuridica - Circostanza attenuante (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247910) **158, 243**

TERMINI PROCESSUALI

Sospensione nel periodo feriale - Procedimenti per reati di criminalità organizzata - Nozione - Posizione del singolo indagato – Caratteri (15/7/2010, Donadio, rv. 247994) **67**

Sospensione nel periodo feriale - Reati di criminalità organizzata - Misure cautelari reali - Impugnazione - Operatività della sospensione – Esclusione (15/7/2010, Donadio, rv. 247993) **67**

INDICE DELLE DISPOSIZIONI DI LEGGE

COSTITUZIONE

Art. 15

Misure di prevenzione - Procedimento - Intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio penale - Utilizzabilità nel procedimento di prevenzione – Esclusione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246271) **83**

Art. 27

Reati contro la famiglia - Maltrattamenti in famiglia – Circostanze aggravanti - Abbandono della vittima priva di cure ed assistenza per lungo periodo - Aggravamento delle condizioni di salute di quest'ultima fino a causarne la morte - Integrazione dell'aggravante di cui all'art. 572, comma secondo, cod. pen. (18/2/2010, Scarafia, rv. 247885) **251**

Art. 32

Reati contro la persona - Trattamento chirurgico - Intervento eseguito sulla base di dissenso del paziente - Esito infausto - Lesioni personali dolose (20/4/2010, P.M. in proc., Petretto, rv. 247341) **234**

Art. 111

Giudice - Ricusazione – decisione - Dichiarazione di inammissibilità - Udienda camerale - Assenza - Violazione dell'art. 6 CEDU - Violazione dell'art. 111 Cost. - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (16/2/2010, Di Ilio, rv. 246455) **231**

Giudizio - Istruzione dibattimentale – Letture consentite - Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione - Prove utilizzabili ai fini della deliberazione - Sentenza di condanna fondata esclusivamente su atti acquisiti per lettura ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen – Esclusione (15/6/2010, R., rv. 248053) **228**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udienda - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193**

Giudizio - Istruzione dibattimentale - Esame testimoniale - Conduzione diretta da parte dell'imputato - Esclusione (24/2/2010, Cao, rv. 246445) **227**

Giudizio - Istruzione dibattimentale – Letture consentite - Lettura di atti ex art. 512 cod. proc. pen. – Sopravvenuta irreperibilità del dichiarante - Attribuzione

presuntiva del significato della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale - Esclusione – Fattispecie (26/3/2010, T., rv. 247445) **227**

Giudizio - Testimonianza – Oggetto e limiti – Persona offesa - Dichiarazione acquisita ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen. - Valutazione - Ulteriori elementi di conforto - Necessita' (26/3/2010, T., rv. 247446) **227**

CONVENZIONE EUROPEA PER I DIRITTI DELL'UOMO

Art. 3

Estradizione per l'estero - Procedimento - Decisione - Condizioni ostative - Pericolo di trattamenti crudeli, disumani o degradanti - Criteri di accertamento - Rapporti di organizzazioni non governative - Utilizzabilità – Fattispecie (8/7/2010, P.G. in proc. Seven, rv. 248002) **212**

Misure cautelari personali - Espulsione dal territorio dello Stato - Decisione della Corte europea che ha ritenuto violare l'art. 3 Cedu l'espulsione verso un determinato Paese – Conseguenze (28/4/2010, Arman Ahmed, rv. 247347) **213**

Art. 6

Arresto e fermo - Udienda di convalida - Accesso agli atti relativi - Diritto - Configurabilità - Preclusione – Conseguenze (30/9/2010, G., rv. 247939) **86**

Giudice - Ricusazione – decisione - Dichiarazione di inammissibilità - Udienda camerale - Assenza - Violazione dell'art. 6 CEDU - Violazione dell'art. 111 Cost. - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (16/2/2010, Di Ilio, rv. 246455) **231**

Giudizio - Istruzione dibattimentale – Letture consentite - Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione - Prove utilizzabili ai fini della deliberazione - Sentenza di condanna fondata esclusivamente su atti acquisiti per lettura ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen – Esclusione (15/6/2010, R., rv. 248053) **228**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udienda - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Impugnazione - Cassazione – Ricorso - Ricorso straordinario ex art. 625 bis cod. proc. pen. preordinato ad ottenere la modifica del trattamento sanzionatorio, inflitto con sentenza definitiva di condanna, ritenuto iniquo dalla Corte Europea - Ammissibilità - Ragioni – Fattispecie (11/2/2010, Scoppola, rv. 247244) **216**

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Attribuzione di una diversa qualificazione giuridica al fatto contestato all'imputato - Contraddittorio - Modalita' - Indicazione - Fattispecie (19/2/2010, Fadda, rv. 247371) **229**

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Attribuzione di una diversa qualificazione giuridica al fatto contestato all'imputato - Contraddittorio - Modalita' - Indicazione - Fattispecie (18/2/2010, Di Gati, rv. 246494) **230**

Art. 7

Esecuzione - Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite - Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

Impugnazione - Cassazione - Ricorso - Ricorso straordinario ex art. 625 bis cod. proc. pen. preordinato ad ottenere la modifica del trattamento sanzionatorio, inflitto con sentenza definitiva di condanna, ritenuto iniquo dalla Corte Europea - Ammissibilita' - Ragioni - Fattispecie (11/2/2010, Scoppola, rv. 247244) **216**

Misure cautelari personali - Scelta delle misure - Presunzione di adeguatezza esclusiva della misura - Applicabilità alle misure già in atto - Questione di legittimita' costituzionale - Manifesta infondatezza (3/3/2010, Valentino, rv. 246605) **215**

Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo - Effetti sulle parti - Individuazione - Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

Art. 46

Esecuzione - Procedimento - Interessato - Nozione - Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

CODICE PENALE

Art. 40

Reati contro la persona - Omicidio e lesioni colpose - Malattie professionali - Esposizione ad amianto in ambito ferroviario - Conseguenze - Fattispecie (17/9/2010, Cozzini) **237**

Reato - Causalita' (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attivita' dell'uomo - Protezione civile - Titolarita' della posizione di garanzia verso la collettivita' - Sindaco - Condizioni (11/3/2010, P.G. in proc. Catalano ed altri, rv. 247015) **249**

Reato - Causalita' (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Violenza sessuale - Genitore esercente la potesta' sul figlio minore - Consapevolezza degli abusi perpetrati dall'altro coniuge - Esclusione della responsabilita' per omesso impedimento dell'evento - Condizioni (4/2/2010, R., rv. 246592) **246**

Reato - Elemento psicologico - Colpa - Errore medico - Responsabilita' del medico specializzando - Condizioni (10/12/2009, Pappadà, rv. 246419) **236**

Reato omissivo improprio - Prevenzione infortuni - Destinatari delle norme - Datore di lavoro - Istituti di prevenzione e pena - Direttore - Posizione di garanzia (25/11/2009, P.c. in proc. D'Andria, rv. 246642) **248**

Art. 41

Causalita' (rapporto di) - Concorso di cause – Cause sopravvenute - Autonomia dalle cause preesistenti – Esclusione - Evoluzione anomala e imprevedibile del percorso causale - Necessita' - Fattispecie: colpa medica (18/1/2010, P.G. in proc. Ottelli, rv. 246797) **235**

Causalita' (rapporto di) - Concorso di cause – Fattispecie: evento sismico (27/1/2010, La Serra ed altri, rv. 248115) **248**

Art. 43

Reati contro la persona - Omicidio e lesioni colpose – Malattie professionali – Esposizione ad amianto in ambito ferroviario – Conseguenze – Fattispecie (17/9/2010, Cozzini) **237**

Reato - Elemento psicologico – Colpa - Colpa specifica – Fattispecie (27/1/2010, La Serra ed altri, rv. 248116) **248**

Reato - Elemento psicologico – Colpa - Errore medico - Responsabilita' del medico specializzando - Condizioni (10/12/2009, Pappadà, rv. 246419) **236**

Reato - Elemento psicologico – Colpa - Prevedibilita' dell'evento dannoso - Eventi o calamita' naturali - Indicazione - Fattispecie in tema di disastro naturale in zona qualificata ad "alto rischio" di frane e valanghe (11/3/2010, P.G. in proc. Catalano ed altri, rv. 247016) **249**

Reati contro il patrimonio - Delitti – Ricettazione – Elemento psicologico – Dolo eventuale - Configurabilità – Condizioni (26/11/2009, Nocera, rv. 246324) **38**

Reato - Elemento psicologico – Dolo - Ricettazione - Dolo eventuale - Riferimento al presupposto della condotta – Configurabilità (26/11/2009, Nocera, rv. 246323) **39**

Art. 50

Reati contro la persona - Trattamento chirurgico - Intervento eseguito sulla base di dissenso del paziente - Esito infausto - Lesioni personali dolose (20/4/2010, P.M. in proc., Petretto, rv. 247341) **234**

Art. 69

Circostanze - Concorso di circostanze eterogenee – Concorso di circostanze eterogenee con la circostanza ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Modalità di applicazione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245930) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Assoggettamento – Esclusione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245929) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Sindacato di legittimità – Limiti (25/2/2010, Contaldo, rv. 245931) **167**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Aggravante della cessione a minore - Concorso di circostanze - Configurabilità - Compatibilità - Sussistenza. – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247912) **158**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Modifiche introdotte dalla novella legislativa n. 49 del 2006 - Natura giuridica - Circostanza attenuante (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247910) **158, 243**

Art. 99

Patteggiamento - Cosiddetto "patteggiamento allargato" - Preclusione per i recidivi reiterati - Operatività - Pregressa dichiarazione di recidiva - Necessità – Esclusione (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247840) **135**

Recidiva - Contestazione - Obbligatorietà - Applicazione da parte del giudice - Necessità – Esclusione (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247838) **135**

Recidiva - Esclusione o riconoscimento da parte del giudice - Effetti – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247839) **135**

Art. 157

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Sindacato di legittimità – Limiti (25/2/2010, Contaldo, rv. 245931) **167**

Misure di sicurezza patrimoniali - Confisca dei proventi di attività illecite di associazione di tipo mafioso - Estinzione del delitto per morte del reo – Restituzione dei beni in favore degli eredi – Esclusione (16/6/2010, Umina, rv. 248048) **242**

Art. 159

Reato - Estinzione (cause di) - Prescrizione - Termini - Sospensione - Differimento dell'udienza per legittimo impedimento delle parti o dei difensori - Disciplina introdotta dalla legge n. 251 del 2005 - Applicazione ai rinvii disposti prima dell'entrata in vigore della legge – Esclusione (30/9/2010, Corsini, rv. 248383) **169**

Art. 163

Reato - Estinzione (cause di) - Concorso di cause estintive - Sospensione condizionale della pena - Indulto - Applicabilità di entrambi i benefici - Esclusione - Prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto – Sussistenza (15/7/2010, P.G. in proc. Bracco, rv. 247940) **24**

Art. 174

Esecuzione - Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite – Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

Reato - Estinzione (cause di) - Concorso di cause estintive - Sospensione condizionale della pena - Indulto - Applicabilità di entrambi i benefici - Esclusione - Prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto – Sussistenza (15/7/2010, P.G. in proc. Bracco, rv. 247940) **24**

Art. 183

Reato - Estinzione (cause di) - Concorso di cause estintive - Sospensione condizionale della pena - Indulto - Applicabilità di entrambi i benefici - Esclusione - Prevalenza della sospensione condizionale della pena sull'indulto - Sussistenza (15/7/2010, P.G. in proc. Bracco, rv. 247940) **24**

Art. 185

Sanzioni civili in materia penale - Risarcimento del danno - Corruzione in atti giudiziari - Danno non patrimoniale - Configurabilità (25/2/2010, Mills, rv. 246589) **171**

Art. 240

Confisca - Guida in stato d'ebbrezza - Rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici - Confisca del veicolo - Natura - Misura di sicurezza patrimoniale - Esclusione - Sanzione penale accessoria - Sussistenza (25/2/2010, P.G. in proc. Caligo, rv. 247042) **44**

Misure di sicurezza patrimoniali - Confisca dei proventi di attività illecite di associazione di tipo mafioso - Estinzione del delitto per morte del reo - Restituzione dei beni in favore degli eredi - Esclusione (16/6/2010, Umina, rv. 248048) **242**

Art. 318

Delitti contro la P.A.- Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Momento consumativo del reato - Reato a duplice schema - Momento consumativo - Promessa o dazione - Ipotesi di promessa seguita da dazione - Momento consumativo - Dazione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246583) **173**

Art. 319

Delitti contro la P.A.- Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Momento consumativo del reato - Reato a duplice schema - Momento consumativo - Promessa o dazione - Ipotesi di promessa seguita da dazione - Momento consumativo - Dazione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246583) **173**

Art. 319-ter

Delitti contro la P.A. - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Corruzione in atti giudiziari susseguente - Configurabilità - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246581) **29**

Delitti contro la P.A. - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Corruzione in atti giudiziari - Nozione di atto giudiziario (25/2/2010, Mills, rv. 246582) **34**

Delitti contro la P.A.- Dei pubblici ufficiali - Corruzione - Momento consumativo del reato - Reato a duplice schema - Momento consumativo - Promessa o dazione - Ipotesi di promessa seguita da dazione - Momento consumativo - Dazione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246583) **173**

Art. 322-bis

Responsabilità da reato degli enti - Reato presupposto - Corruzione internazionale - Misure cautelari interdittive - applicabilità (30/9/2010, E.N.I. s.p.a.) **252**

Art. 334

Delitti contro la P.A. - Dei pubblici ufficiali - sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o a sequestro - Quote sociali sottoposte a sequestro preventivo - Atti dispositivi - sottrazione - sussistenza – Condizioni (30/9/2010, Corsini, rv. 248382) **175**

Art. 346

Delitti contro la P.A. – Dei privati – Millantato credito - Ipotesi prevista dall'art. 346, comma secondo, cod. pen. - Natura giuridica - Elemento oggettivo (21/1/2010, Marcarino, rv. 246270) **175**

Art. 349

Delitti contro la P.A. – Dei privati – Violazione dei sigilli - Sigilli apposti al fine di impedire l'uso di un bene in mancanza di autorizzazione amministrativa e non per assicurarne la conservazione o l'identità - Condotta integrante l'art. 349 cod. pen. - Reato – Configurabilità (26/11/2009, D'Agostino, rv. 245584) **134**

Art. 416-bis

Misure di sicurezza patrimoniali - Confisca dei proventi di attività illecite di associazione di tipo mafioso - Estinzione del delitto per morte del reo – Restituzione dei beni in favore degli eredi – Esclusione (16/6/2010, Umina, rv. 248048) **242**

Reati contro l'ordine pubblico - Associazione per delinquere - Associazione di tipo mafioso - Riferibilità anche a organizzazione criminali straniere – sussistenza (5/5/2010, Claire, rv. 247803) **242**

Art. 419

Delitti contro l'ordine pubblico – Devastazione e saccheggi - Devastazione commessa da gruppi di tifosi in occasione di manifestazione sportiva - Configurabilità del delitto - Fattispecie (29/4/2010, Vischia, rv. 247451) **246**

Art. 517

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Frode nell'esercizio del commercio - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Regolarizzazione amministrativa - Revoca del sequestro – Condizioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Omessa indicazione del paese di fabbricazione - Reato - Configurabilità - Esclusione – Ragioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247486) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Differenze rispetto al reato previsto dall'art. 4, comma 49, L. 350 del 2003 – Individuazione (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247485) **257**

Art. 582

Reati contro la persona - Trattamento chirurgico - Intervento eseguito sulla base di dissenso del paziente - Esito infausto - Lesioni personali dolose (20/4/2010, P.M. in proc. Petretto, rv. 247341) **234**

Art. 600

Reati contro la persona - Riduzione in schiavitù - Consegnatario provvisorio di soggetto ridotto in schiavitù o in condizione analoga - Concorso, ex art. 110 cod. pen., con l'autore della riduzione in schiavitù - Mozione culturale o di costume - Rilevanza ai fini dell'esclusione dell'elemento psicologico del reato - Esclusione (15/4/2010, S., rv. 247149) **241**

Reati contro la persona - Riduzione in schiavitù - Prostituzione minorile - Concorso - Possibilità - Sussistenza (7/6/2010, P., rv. 248172) **241**

Reati contro la persona - Riduzione in schiavitù - Situazione di necessità - Nozione - Riferibilità allo "stato di necessità" - Esclusione (6/5/2010, E., rv. 247641) **241**

Art. 609-bis

Reati contro la persona - Violenza sessuale - Violenza - Nozione - Atto o fatto limitativo della libertà - Fattispecie (12/1/2010, C., rv. 246186) **246**

Reato - Causalità (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Violenza sessuale - Genitore esercente la potestà sul figlio minore - Consapevolezza degli abusi perpetrati dall'altro coniuge - Esclusione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento - Condizioni (4/2/2010, R., rv. 246592) **246**

Art. 609-ter

Reati contro la persona - Violenza sessuale - Atti sessuali con minorenni - Bene giuridico protetto - Individuazione (27/5/2010, V., rv. 247289) **246**

Reati contro la persona - Violenza sessuale - Atti sessuali con minorenni - Consenso della vittima - Rilevanza - Esclusione (15/6/2010, I., rv. 248107) **246**

Reato - Causalità (rapporto di) - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Violenza sessuale - Genitore esercente la potestà sul figlio minore - Consapevolezza degli abusi perpetrati dall'altro coniuge - Esclusione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento - Condizioni (4/2/2010, R., rv. 246592) **246**

Art. 609-octies

Reati contro la persona - Violenza sessuale - Violenza di gruppo - Compimento da parte di ciascuno degli atti tipici - Necessità - Esclusione - Ragioni - Fattispecie (11/3/2010, M., rv. 246448) **247**

Art. 610

Reati contro la persona - Trattamento chirurgico - Intervento eseguito sulla base di dissenso del paziente - Esito infausto - Lesioni personali dolose (20/4/2010, P.M. in proc., Petretto, rv. 247341) **234**

Art. 648

Reati contro il patrimonio - Delitti - Ricettazione - Elemento psicologico - Dolo eventuale - Configurabilità - Condizioni (26/11/2009, Nocera, rv. 246324) **38**

Reato - Elemento psicologico – Dolo - Ricettazione - Dolo eventuale - Riferimento al presupposto della condotta – Configurabilità (26/11/2009, Nocera, rv. 246323) **39**

Art. 712

Reati contro il patrimonio - Contravvenzioni - Acquisto di cose di sospetta provenienza (Incauto acquisto) - Configurabilità – Condizioni (26/11/2009, Nocera, rv. 246325) **38**

Art. 731

Reati contro la P.A. - Contravvenzioni – Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori - Scuola media superiore - Reato - Configurabilità – Esclusione (14/4/2010, I. rv. 247630) **236**

CODICE DI PROCEDURA PENALE

Art. 12

Prove - Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso *ex art. 12*, comma primo lett. c) o collegato *ex art. 371*, comma secondo lett. b), cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Prove - Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso *ex art. 12*, comma primo lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Art. 27

Misure cautelari personali – Giudice competente - Misura disposta dal giudice della convalida del fermo o dell'arresto, in luogo diverso da quello di commissione del reato - Perdita di efficacia in caso di omessa rinnovazione da parte del giudice competente - Formale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice che ha adottato la misura cautelare – Necessità (25/3/2010, Mones, rv. 246273) **95**

Art. 41

Giudice - Ricusazione – decisione - Dichiarazione di inammissibilità - Udienza camerale - Assenza - Violazione dell'art. 6 CEDU - Violazione dell'art. 111 Cost. - Questione di costituzionalità - Manifesta infondatezza (16/2/2010, Di Ilio, rv. 246455) **231**

Art. 63

Prove - Testimonianza - Dichiarante - Veste di testimone ovvero di imputato di reato connesso - Attribuibilità - Verifica del giudice – Criteri (25/2/2010, Mills, rv. 246584) **183**

Art. 103

Difesa e difensori - Sequestro di carte e documenti - Divieti imposti dalla legge - Documenti nella esclusiva disponibilità dell'indagato - Privi di finalizzazione

all'espletamento delle funzioni del difensore - Operatività dei divieti - Esclusione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246586) **180**

Art. 127

Archiviazione - Udienda - Necessità di ulteriori indagini - Reiterazione della richiesta di archiviazione - Opposizione della persona offesa - Potere del giudice di provvedere *de plano* - Sussistenza - Condizioni (27/5/2010, P.o. in proc. Simoni, rv. 247124) **117**

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Udienda - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Art. 129

Impugnazioni - Giudizio abbreviato - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza - Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Impugnazioni - Procedimento per decreto - Richiesta di decreto - Sentenza di proscioglimento deliberata dal G.i.p. - Impugnazione esperibile (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248378) **146**

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità - Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

Art. 161

Misure alternative alla detenzione - Istanza presentata dal difensore - Dichiarazione o l'elezione di domicilio effettuata dal condannato - Necessità (17/12/2009, Mammoliti, rv. 246720) **156**

Art. 178

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Udienda - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia

tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Prove - Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

Art. 179

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udiienza - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Art. 191

Prove - Diritto alla prova - Potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti - Ambito di operatività – Indicazione (25/2/2010, Mills, rv. 246585) **182**

Prove - Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione – Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

Art. 197

Prove - Testimonianza - Dichiarante - Veste di testimone ovvero di imputato di reato connesso - Attribuitività - Verifica del giudice – Criteri (25/2/2010, Mills, rv. 246584) **183**

Prove - Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso *ex art. 12, comma primo lett. c)* o collegato *ex art. 371, comma secondo lett. b)*, cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Prove - Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso *ex art. 12, comma primo lett. c)*, cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Art. 197-bis

Prove - Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso *ex art. 12, comma primo lett. c)* o collegato *ex art. 371, comma secondo lett. b)*, cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Prove - Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso ex art. 12, comma primo lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Art. 200

Prove - Rogatorie all'estero - Atti assunti per rogatoria all'estero - Deposizione testimoniale - Segreto professionale secondo la legge italiana – Utilizzabilità (25/2/2010, Mills, rv. 246587) **204**

Art. 210

Prove - Testimonianza - Dichiarante - Veste di testimone ovvero di imputato di reato connesso - Attribuitività - Verifica del giudice – Criteri (25/2/2010, Mills, rv. 246584) **183**

Prove - Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso ex art. 12, comma primo lett. c) o collegato ex art. 371, comma secondo lett. b), cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Prove - Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso ex art. 12, comma primo lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Art. 268

Misure di prevenzione - Procedimento - Intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio penale - Utilizzabilità nel procedimento di prevenzione – Esclusione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246271) **83**

Art. 271

Misure di prevenzione - Procedimento - Intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio penale - Utilizzabilità nel procedimento di prevenzione – Esclusione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246271) **83**

Art. 294

Arresto e fermo - Udienza di convalida - Accesso agli atti relativi - Diritto - Configurabilità - Preclusione – Conseguenze (30/9/2010, G., rv. 247939) **86, 225**

Art. 309

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Autorità giudiziaria competente a provvedere (22/4/2010, Lasala, rv. 246906) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Violazione - Conseguenze – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246907) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008 - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Obblighi del P.M. – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246908) **101**

Art. 310

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Autorità giudiziaria competente a provvedere (22/4/2010, Lasala, rv. 246906) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Violazione - Conseguenze – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246907) **101**

Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Utilizzazione a fini cautelari - Sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008 - Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate - Richiesta - Obblighi del P.M. – Indicazione (22/4/2010, Lasala, rv. 246908) **101**

Art. 311

Impugnazioni - Presentazione - A mezzo di incaricato - Autentica della sottoscrizione dell'impugnante - Necessità - Esclusione – Fattispecie (22/4/2010, Lasala, rv. 246905) **200**

Art. 314

Misure cautelari personali – Riparazione per l'ingiusta detenzione - Dolo o colpa grave dell'istante - Condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura - Valutazione – Necessità (27/5/2010, D'Ambrosio, rv. 247664) **186**

Misure cautelari personali – Riparazione per l'ingiusta detenzione – Presupposti - Condizioni ostative - Dolo o colpa grave dell'istante - Fattispecie di cui all'art. 314, comma secondo, cod. proc. pen. – Rilevanza (27/5/2010, D'Ambrosio, rv. 247663) **112**

Art. 371

Prove - Testimonianza – Incompatibilità - Soggetto imputato o indagato in procedimento connesso *ex art. 12*, comma primo lett. c) o collegato *ex art. 371*, comma secondo lett. b), cod. proc. pen. - Testimonianza assistita – Sussistenza (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246375) **72**

Prove - Testimonianza - Incompatibilità - Persona già indagata in procedimento connesso *ex art. 12*, comma primo lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato - Provvedimento di archiviazione - Incompatibilità a testimoniare – Inconfigurabilità (17/12/2009, De Simone ed altro, rv. 246376) **72**

Art. 391

Arresto e fermo - Udienda di convalida - Accesso agli atti relativi - Diritto - Configurabilità - Preclusione – Conseguenze (30/9/2010, G., rv. 247939) **86, 225**

Misure cautelari personali – Giudice competente - Misura disposta dal giudice della convalida del fermo o dell'arresto, in luogo diverso da quello di commissione del reato - Perdita di efficacia in caso di omessa rinnovazione da parte del giudice competente - Formale dichiarazione di incompetenza da parte del giudice che ha adottato la misura cautelare – Necessità (25/3/2010, Mones, rv. 246273) **95**

Art. 409

Archiviazione – Udienza – Necessità di ulteriori indagini - Reiterazione della richiesta di archiviazione - Opposizione della persona offesa - Potere del giudice di provvedere *de plano* - Sussistenza – Condizioni (27/5/2010, P.o. in proc. Simoni, rv. 247124) **117**

Art. 414

Riapertura - Autorizzazione - Mancanza - Conseguenze - Inutilizzabilità atti indagine - Improcedibilità dell'azione - Archiviazione codice di rito del 1930 - Effetto preclusivo – Assenza (24/6/2010, Giuliani ed altro, rv. 247834) **123**

Art. 438

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza – Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Art. 441

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udienza - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Art. 442

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udienza - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di

comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza – Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Art. 443

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello – Decisioni in camera di consiglio - Udienza - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta – Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza – Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Art. 444

Patteggiamento - Cosiddetto "patteggiamento allargato" - Preclusione per i recidivi reiterati - Operatività - Progredita dichiarazione di recidiva - Necessità – Esclusione (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247840) **135**

Patteggiamento - Sentenza - In genere - Pena illegale - Giudizio successivo ad annullamento della Corte di cassazione - Definizione mediante nuovo accordo - Possibilità – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247841) **135**

Art. 445

Patteggiamento - Sentenza - In genere - Pena illegale - Giudizio successivo ad annullamento della Corte di cassazione - Definizione mediante nuovo accordo - Possibilità – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247841) **135**

Art. 459

Impugnazioni - Procedimento per decreto - Richiesta di decreto - Sentenza di proscioglimento deliberata dal G.i.p. - Impugnazione esperibile (30/9/2010, Dalla Serra, rv. 248378) **146**

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

Art. 460

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

Art. 464

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

Art. 469

Procedimento per decreto - Sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione - Abnormità – Sussistenza (25/3/2010, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910) **188**

Art. 495

Diritto alla prova - Potere del giudice di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti - Ambito di operatività – Indicazione (25/2/2010, Mills, rv. 246585) **182**

Art. 512

Giudizio - Istruzione dibattimentale – Letture consentite - Lettura di atti ex art. 512 cod. proc. pen. – Sopravvenuta irreperibilità del dichiarante - Attribuzione presuntiva del significato della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale - Esclusione – Fattispecie (26/3/2010, T., rv. 247445) **227**

Giudizio - Istruzione dibattimentale – Letture consentite - Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione - Prove utilizzabili ai fini della deliberazione - Sentenza di condanna fondata esclusivamente su atti acquisiti per lettura ai sensi dell'art. 512 cod. proc. pen – Esclusione (15/6/2010, R., rv. 248053) **228**

Art. 521

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Attribuzione di una diversa qualificazione giuridica al fatto contestato all'imputato - Contraddittorio - Modalità - Indicazione - Fattispecie (19/2/2010, Fadda, rv. 247371) **229**

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Giudizio di legittimità - Diversa qualificazione giuridica del fatto operata d'ufficio - Diritto dell'imputato di interloquire - Condizioni (26/2/2010, Salord, rv. 246922) **231**

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Mutamento del fatto - Nozione - Violazione del principio di correlazione - Ambito dell'accertamento del giudice - Contenuto - Indicazione – Fattispecie (15/7/2010, Donadio, rv. 247994) **67**

Sentenza - Correlazione tra accusa e sentenza - Mutamento del fatto - Nozione - Violazione del principio di correlazione - Ambito dell'accertamento del giudice - Contenuto - Indicazione – Fattispecie (15/7/2010, Carelli, rv. 248051) **191**

Art. 546

Misure di prevenzione - Procedimento - Decreto conclusivo del procedimento - Natura di sentenza – Conseguenze (29/10/2009, Galdieri, rv. 245174) **163**

Sentenza - Requisiti – Sottoscrizione - Impedimento del Presidente del collegio legittimante la sottoscrizione del giudice anziano - Connotati – Fattispecie (29/10/2009, Galdieri, rv. 245175) **164**

Art. 570

Reati contro la famiglia - Violazione degli obblighi di assistenza familiare - Affermazione dell'obbligato di non essere padre del minore cui si facciano mancare i mezzi di sostentamento - Irrilevanza - Necessita' del passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della domanda di disconoscimento della paternita' – Sussistenza (11/2/2010, B., rv. 246414) **236**

Art. 572

Reati contro la famiglia - Maltrattamenti in famiglia – Circostanze aggravanti - Abbandono della vittima priva di cure ed assistenza per lungo periodo - Aggravamento delle condizioni di salute di quest'ultima fino a causarne la morte - Integrazione dell'aggravante di cui all'art. 572, comma secondo, cod. pen. (13/4/2010, D.S., rv. 247885) **237**

Reati contro la famiglia - Maltrattamenti in famiglia - Elemento materiale - Specifici atti vessatori nei confronti di un determinato soggetto passivo - Necessita' - Esclusione - Clima di sopraffazione e umiliazione generalmente instaurato all'interno di una comunita' - Configurabilita' del reato - Presupposti – Fattispecie (21/12/2009, Z., rv. 246028) **238**

Art. 582

Impugnazioni - Presentazione - A mezzo di incaricato - Autentica della sottoscrizione dell'impugnante - Necessità - Esclusione – Fattispecie (22/4/2010, Lasala, rv. 246905) **200**

Art. 599

Giudizio abbreviato - Impugnazioni - Appello - Sentenza - Pubblicazione - Lettura del dispositivo in udienza - Necessità - Omissione - Conseguenze - Abnormità o nullità della sentenza – Esclusione (21/1/2010, Marcarino, rv. 246269) **130**

Art. 611

Impugnazioni - Presentazione - A mezzo di incaricato - Autentica della sottoscrizione dell'impugnante - Necessità - Esclusione – Fattispecie (22/4/2010, Lasala, rv. 246905) **200**

Art. 612-bis

Reati contro la persona - Atti persecutori – Elemento materiale – Fattispecie (16/7/2010, Distefano, rv. 248285) **238**

Reati contro la persona - Atti persecutori - Evento del reato - Perdurante e gravato stato di ansia o di paura (12/1/2010, G., rv. 246545) **239**

Reati contro la persona - Atti persecutori – Natura giuridica – Reato ad evento di danno – Distinzione dal reato di minacce (5/2/2010, Marchino Camillo, rv. 247225) **238**

Reati contro la persona - Atti persecutori - Reciprocità dei comportamenti molesti - Configurabilità del reato - Provvedimento "de libertate" – Motivazione (5/2/2010, Marchino Camillo, rv. 247226) **239**

Reati contro la persona - Atti persecutori - Reiterazione delle condotte – Nozione (21/1/2010, Oliviero, rv. 245881) **238**

Art. 616

Cassazione – Spese e sanzione pecuniaria per rigetto o inammissibilità del ricorso - Inammissibilità - Rilevanza della questione prospettata – Condanna

Art. 620

Patteggiamento - Sentenza - In genere - Pena illegale - Giudizio successivo ad annullamento della Corte di cassazione - Definizione mediante nuovo accordo - Possibilità – Fattispecie (27/5/2010, P.G., Calibè ed altro, rv. 247841) **135**

Art. 625-bis

Impugnazioni - Cassazione – Ricorso - Ricorso straordinario ex art. 625 bis cod. proc. pen. preordinato ad ottenere la modifica del trattamento sanzionatorio, inflitto con sentenza definitiva di condanna, ritenuto iniquo dalla Corte Europea - Ammissibilità - Ragioni – Fattispecie (11/2/2010, Scoppola, rv. 247244) **216**

Art. 649

Misure di prevenzione - Procedimento - Formazione del giudicato - Configurabilità - Limiti – Conseguenze (29/10/2009, Galdieri, rv. 245176) **208**

Art. 666

Esecuzione - Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite – Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

Misure alternative alla detenzione - Istanza presentata dal difensore - Dichiarazione o l'elezione di domicilio effettuata dal condannato – Necessità (17/12/2009, Mammoliti, rv. 246720) **156**

Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo - Effetti sulle parti - Individuazione – Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

Art. 673

Esecuzione - Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite – Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

Art. 698

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera - Estradizione per l'estero - Procedimento - Decisione - Condizioni ostative - Pericolo di trattamenti crudeli, disumani o degradanti - Criteri di accertamento - Rapporti di organizzazioni non governative - Utilizzabilità - Fattispecie (8/7/2010, P.G. in proc. Seven, rv. 248002) **212**

Art. 727

Prove - Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

Art. 729

Prove - Rogatorie all'estero - Convenzione europea di assistenza giudiziaria - Prova testimoniale avanti al giudice straniero - Mancata presenza del giudice italiano - Potere giurisdizionale del giudice italiano - Esclusione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246588) **202**

DISPOSIZIONI DI ATTUAZIONE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE

Art. 22

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247835) **193, 223**

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale - Diritto di presenziare all'udienza - Sussistenza - Tempestività della richiesta - Doveri del giudice (24/6/2010, F., rv. 247837) **193, 223**

Giudizio abbreviato Impugnazioni - Appello - Decisioni in camera di consiglio - Udienda - Traduzione dell'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà personale, che abbia tempestivamente manifestato in qualsiasi modo la volontà di comparire all'udienza - Omissione - Nullità assoluta - Sussistenza (24/6/2010, F., rv. 247836) **193, 223**

Art. 35

Difesa e difensori - Sequestro di carte e documenti - Divieti imposti dalla legge - Documenti nella esclusiva disponibilità dell'indagato - Privi di finalizzazione all'espletamento delle funzioni del difensore - Operatività dei divieti - Esclusione - Fattispecie (25/2/2010, Mills, rv. 246586) **180**

Art. 240-bis

Sospensione nel periodo feriale - Procedimenti per reati di criminalità organizzata - Nozione - Posizione del singolo indagato - Caratteri (15/7/2010, Donadio, rv. 247994) **67**

Sospensione nel periodo feriale - Reati di criminalità organizzata - Misure cautelari reali - Impugnazione - Operatività della sospensione – Esclusione (15/7/2010, Donadio, rv. 247993) **67**

CODICE DELLA STRADA

Art. 186

Guida in stato d'ebbrezza – Confisca del veicolo - Art. 186 cod. strada – Modifiche introdotte con l. n. 120 del 2010 – Natura giuridica – Successione di leggi nel tempo - Conseguenze (4/11/2010, Gibellini) **245**

Guida in stato d'ebbrezza - Rifiuto di sottoporsi ai test alcolimetrici - Confisca del veicolo - Natura - Misura di sicurezza patrimoniale - Esclusione - Sanzione penale accessoria – Sussistenza (25/2/2010, P.G. in proc. Caligo, rv. 247042) **44**

Guida in stato d'ebbrezza – Tasso alcoolemico – Art. 186, comma 1, lett. A), cod. strada – Depenalizzazione – Conseguenze (28/9/2010, La Mantia) **245**

Guida in stato d'ebbrezza - Tasso alcoolemico - Superamento delle soglie di punibilità' – Valori centesimali - Rilevanza – Fattispecie (7/7/2010, Fioretto, rv. 248200) **245**

L. n. 633 del 1941

Art. 171-ter

Diritti di autore sulle opere dell'ingegno (proprietà intellettuale) - Elusione delle misure tecnologiche di protezione apposte su materiali od opere protette dal diritto d'autore - Reato di cui all'art. 171 ter, comma primo, lett. f bis), L. n. 633 del 1941 - Necessità che dette misure siano direttamente apposte sulle opere o materiali – Esclusione (11/5/2010, P.M. in proc. Campa, rv. 247793) **256**

Art. 171-octies

Diritti di autore sulle opere dell'ingegno (proprietà intellettuale) - Vendita e promozione di apparati o parti di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato via satellite - Reato di cui all'art. 171 octies L. n. 633 del 1941 - Configurabilità - Fattispecie: cosiddetti "splitter" o "splitty" (11/5/2010, P.G. in proc. Stedile, rv. 247802) **256**

R.D. n. 267 del 1942

Art. 46

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta - Fatti commessi in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento - Nuova attività' - Ricavi eccedenti il mantenimento del fallito - Distrazione – Sussistenza (9/3/2010, Quero, rv. 247256) **253**

Art. 216

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta - Acquisto con fondi sociali di azioni intestate nominativamente l'amministratore - Iscrizione nelle scritture contabili della società - Irrilevanza - Configurabilità della bancarotta fraudolenta per distrazione - Sussistenza (15/7/2010, Carelli, rv. 248050) **178, 253**

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta documentale societaria - Segnale contenuto in nota integrativa - Irrilevanza - Fattispecie (4/3/2010, Chini, rv. 247255) **254**

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta - Fatti commessi in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento - Nuova attività - Ricavi eccedenti il mantenimento del fallito - Distrazione - Sussistenza (9/3/2010, Quero, rv. 247256) **253**

Reati fallimentari - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Bancarotta per distrazione - Responsabilità dell'amministratore di diritto investito solo formalmente (cosiddetta <<testa di legno>>) - Condizioni (19/2/2010, Succi, rv. 247251) **253**

Art. 223

Reati fallimentari - Bancarotta fraudolenta societaria - Condotte successive alla irreversibilità del dissesto - Rilevanza ai fini della responsabilità penale - Sussistenza - Ragioni (4/3/2010, Chini, rv. 247254) **254**

Reati fallimentari - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Bancarotta fraudolenta patrimoniale "ex" artt. 223, comma primo, e 216, comma primo, n. 1) l. fall. - Profili distintivi (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247314) **254**

Reati fallimentari - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Concausa efficiente - Aggravamento di un dissesto già in atto - Configurabilità del reato - Sussistenza (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247316) **254**

Reati fallimentari - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento determinato da operazioni dolose - Elemento soggettivo (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247315) **254**

Reati fallimentari - Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Fallimento (di società) determinato da operazioni dolose - Operazioni dolose - Nozione (18/2/2010, Ca.ri.ri. s.p.a., rv. 247313) **254**

Art. 236

Reati di persone diverse dal fallito - Fatti di bancarotta - Concordato preventivo - Soggetti attivi - Liquidatore di società - Nozione - Estensione ai liquidatori nominati nel concordato preventivo con cessione di beni - Esclusione (30/9/2010, Corsini, rv. 248381) **54**

L. n. 283 del 1963

Produzione, commercio e consumo - Prodotti alimentari confezionati all'estero - Importazione da produttore straniero - Non rispondenza del prodotto alla normativa sanitaria nazionale - Responsabilità dell'importatore - Sussistenza (25/3/2010, Fourier, rv. 247487) **257**

L. n. 742 del 1969 (art. 2)

Sospensione nel periodo feriale - Procedimenti per reati di criminalità organizzata - Nozione - Posizione del singolo indagato – Caratteri (15/7/2010, Donadio, rv. 247994) **67**

Sospensione nel periodo feriale - Reati di criminalità organizzata - Misure cautelari reali - Impugnazione - Operatività della sospensione – Esclusione (15/7/2010, Donadio, rv. 247993) **67**

D.P.R. n. 633 del 1972

Finanze e tributi - Omessa dichiarazione annuale a fini IVA - Esterovestizione della residenza fiscale - Società italiana svolgente il ruolo di stabile organizzazione di società straniera – Nozione (26/5/2010, P.M. in proc. Castagnara, rv. 248109) **258**

L. n. 152 del 1975 (art. 19)

Misure di prevenzione patrimoniali - Ambito di applicazione (25/3/2010, Cagnazzo ed altri, rv. 246272) **206**

L. n. 689 del 1981 (art. 58)

Pena - Sanzioni sostitutive di pene detentive brevi - Pena pecuniaria - Diniego di sostituzione a seguito di prognosi di inadempimento dell'obbligo di pagamento - Ammissibilità – Esclusione (22/4/2010, Gagliardi, rv. 247274) **16**

D.P.R. n. 309 del 1990**Art. 73**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Aggravante della cessione a minore - Concorso di circostanze - Configurabilità - Compatibilità - Sussistenza. – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247912) **158**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Condizioni per la sua configurabilità – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247911) **158**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità – Condotte di coltivazione illecita - Ammissibilità' (2/3/2010, P.G. in proc. Gianfranceschi, rv. 246463) **244**

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Modifiche introdotte dalla novella legislativa n. 49 del 2006 - Natura giuridica - Circostanza attenuante (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247910) **158, 243**

Art. 74

Associazione finalizzata al narcotraffico - Reato commesso dal promotore - Figura autonoma – Sussistenza (27/1/2010, Mento, rv. 246118) **244**

Art. 80

Stupefacenti - Attenuante del fatto di lieve entità - Aggravante della cessione a minore - Concorso di circostanze - Configurabilità - Compatibilità - Sussistenza. – Fattispecie (24/6/2010, P.G. in proc. Rico, rv. 247912) **158**

D.L. n. 152 del 1991, conv. in L. n. 203 del 1991**Art. 7**

Sospensione nel periodo feriale - Procedimenti per reati di criminalità organizzata - Nozione - Posizione del singolo indagato – Caratteri (15/7/2010, Donadio, rv. 247994) **67**

Sospensione nel periodo feriale - Reati di criminalità organizzata - Misure cautelari reali - Impugnazione - Operatività della sospensione – Esclusione (15/7/2010, Donadio, rv. 247993) **67**

Art. 8

Circostanze - Concorso di circostanze eterogenee – Concorso di circostanze eterogenee con la circostanza ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Modalità di applicazione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245930) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Circostanza attenuante ad effetto speciale prevista dall'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 - Assoggettamento – Esclusione (25/2/2010, Contaldo, rv. 245929) **11**

Circostanze – Concorso di circostanze eterogenee – Giudizio di comparazione - Sindacato di legittimità – Limiti (25/2/2010, Contaldo, rv. 245931) **167**

D.L. n. 122 del 1993 conv. in L. n. 205 del 1993

Circostanze aggravanti - Finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso - Presupposti e ambito di operatività – Fattispecie (28/1/2010, P.G. in proc. Singh, rv. 246892) **241**

Circostanze aggravanti - Ingiuria indirizzata alla persona offesa con l'espressione "sporco negro" - Integrazione dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (28/1/2010, P.G. in proc. Scocozza, rv. 247495) **240**

L. n. 537 del 1993

Finanze e tributi - Redditi provenienti da illecito penale (nella specie: attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie della società fallita) - Reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini Irpef - Sussistenza (19/11/2009, Di Lorenzo, rv. 246095) **258**

D. Lgs. n. n. 58 del 1998

Abuso informazioni privilegiate ("insider trading") - Manipolazione del mercato - Facolta' della Consob nel procedimento penale - Riparazione dei danni cagionati all'integrita' del mercato - Esclusiva riferibilita' ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della L. n. 62 del 2005 – Sussistenza (20/1/2010, Capotosti, rv. 246245) **255**

Abuso di informazione privilegiata ("insider trading") - Nozione di informazione che "non e' stata resa pubblica" (20/1/2010, Capotosti, rv. 246244) **255**

Abuso di informazioni privilegiate ("insider trading") - Nuova formulazione dell'art. 184 D.Lgs. n. 58 del 1998 introdotta dalla L. n. 62 del 2005 - Continuita' normativa con le previgenti disposizioni di cui all'art. 180 D.Lgs. n. 58 del 1998 – Sussistenza - Ragioni (20/1/2010, Capotosti, rv. 246242) **255**

Abuso di informazioni privilegiate ("insider trading") – Possesso dell'informazione - Natura di presupposto - Elemento soggettivo (20/1/2010, Capotosti, rv. 246243) **255**

L. n. 400 del 1998 (art. 5)

Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo - Effetti sulle parti - Individuazione – Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

D. Lgs. n. 74 del 2000

Finanze e tributi - Redditi provenienti da illecito penale (nella specie: attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie della società fallita) - Reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini Irpef - Sussistenza (19/11/2009, Di Lorenzo, rv. 246095) **258**

D. Lgs. n. 231 del 2001

Responsabilità da reato degli enti - Disciplina – Violazione del principio di colpevolezza – Illegittimità costituzionale – Manifesta infondatezza (18/2/2010, Scarafia, rv. 247665 - 6) **251**

Responsabilità da reato degli enti - Misure cautelari interdittive o nomina del commissario giudiziale - Principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive - Applicabilità (25/1/2010, Impresa Ferrara s.n.c., rv. 247043) **252**

Responsabilità da reato degli enti - Reato presupposto – Corruzione internazionale – Misure cautelari interdittive – applicabilità (30/9/2010, E.N.I. s.p.a.) **252**

Responsabilità da reato degli enti - Soggetti - Società a partecipazione mista pubblica e privata - Applicabilità (9/7/2010, P.M. in proc. Vielmi, rv. 247669) **252**

D.P.R. n. 380 del 2001 (art. 44)

Infrastrutture di comunicazione elettronica - Installazione - Presentazione di d.i.a. - Sufficienza - Esclusione – Previa autorizzazione *ex artt.* 87 e ss. del D.Lgs. n. 259 del 2003 - Necessità (28/4/2010, P.M. in proc. Brini, rv. 248218) **250**

L. n. 53 del 2003 (art. 2)

Reati contro la P.A. - Contravvenzioni – Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori - Scuola media superiore - Reato - Configurabilità' – Esclusione (14/4/2010, I. rv. 247630) **236**

D. Lgs. n. 259 del 2003 (art. 87)

Edilizia - Infrastrutture di comunicazione elettronica - Installazione - Presentazione di d.i.a. - Sufficienza - Esclusione – Previa autorizzazione *ex artt.* 87 e ss. del D.Lgs. n. 259 del 2003 - Necessità (28/4/2010, P.M. in proc. Brini, rv. 248218) **250**

L. n. 350 del 2003

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Frode nell'esercizio del commercio - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Regolarizzazione amministrativa - Revoca del sequestro – Condizioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Omessa indicazione del paese di fabbricazione - Reato - Configurabilità' - Esclusione – Ragioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247486) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Differenze rispetto al reato previsto dall'art. 4, comma 49, L. 350 del 2003 – Individuazione (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247485) **257**

D. Lgs. n. 30 del 2005

Brevetti (Proprietà industriale) - Reato *ex art.* 127 D.Lgs. n. 30 del 2005 - Diritto di querela - Licenziatario esclusivo di brevetto europeo - Spettanza – Ragioni (10/12/2009, Giannone, rv. 246049) **255**

Brevetti (Proprietà industriale) - Reato *ex art.* 127 D.Lgs. n. 30 del 2005 - Esaurimento del diritto di esclusiva – Presupposti (10/12/2009, Giannone, rv. 246050) **255**

L. n. 12 del 2006

Sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo - Effetti sulle parti - Individuazione – Fattispecie (11/5/2010, Ric. Pres. Cons. Min. ed altri, rv. 247280-1) **218**

D. Lgs. n. 152 del 2006

Parte civile - Enti ed associazioni rappresentativi - Associazioni ecologiste - Costituzione di parte civile - Ammissibilità – Condizioni (11/2/2010, De Flammineis, rv. 246812) **250**

Sanità pubblica - Danno ambientale - Costituzione di parte civile – Legittimazione dell'Amministrazione Provinciale – Sussistenza (28/10/2009, Ciarono, rv. 246015) **250**

D.L. n. 92 del 2008 conv. in L. n. 125 del 2008

Reati contro l'ordine pubblico - Associazione per delinquere - Associazione di tipo mafioso - Riferibilità anche a organizzazione criminali straniere – Sussistenza (5/5/2010, Claire, rv. 247803) **242**

L. n. 69 del 2009 (art. 44)

Esecuzione - Procedimento - Principio della preclusione processuale - Rigetto della richiesta di applicazione dell'indulto - Riproposizione della richiesta a seguito di mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite – Ammissibilità (21/1/2010, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651) **150, 213**

L. n. 99 del 2009

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Frode nell'esercizio del commercio - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Regularizzazione amministrativa - Revoca del sequestro – Condizioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247484) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Commercializzazione di prodotti fabbricati all'estero su cui siano apposti marchi di aziende italiane - Tutela del "made in Italy" - Omessa indicazione del paese di fabbricazione - Reato - Configurabilità - Esclusione – Ragioni (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247486) **257**

Reati contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio - Vendita di prodotti industriali con segni mendaci - Differenze rispetto al reato previsto dall'art. 4, comma 49, L. 350 del 2003 – Individuazione (9/2/2010, P.M. in proc. Follieri, rv. 247485) **257**

L. n. 120 del 2010

Guida in stato d'ebbrezza – Confisca del veicolo - Art. 186 cod. strada – Modifiche introdotte con l. n. 120 del 2010 – Natura giuridica – Successione di leggi nel tempo - Conseguenze (4/11/2010, Gibellini) **245**

Guida in stato d'ebbrezza – Tasso alcoolemico – Art. 186, comma 1, lett. A), cod. strada – Depenalizzazione – Conseguenze (28/9/2010, La Mantia, rv. 248407) **245**