

**OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE**

Direzione  
ALFREDO GAITO

Comitato di Direzione  
Alfredo Bargi – Carlo Fiorio – Sandro Fùrfaro  
Filippo Giunchedi – Mariangela Montagna – Ciro Santoriello

Comitato di Redazione  
Silvia Astarita – Benedetta Bocchini – Nadia La Rocca



## Il nostro Programma

Le cronache giudiziarie e gli speciali televisivi costituiscono la cartina di tornasole di un nuovo modo di intendere i rapporti tra società e processo penale. Gli addetti ai lavori sanno per esperienza che il settore del processo penale più di ogni altro riflette i condizionamenti delle tensioni politiche e delle congiunture economiche del nostro Paese. Basterebbe questo ad imporre, da un lato, l'aggiornamento continuo di commentari, rassegne giurisprudenziali e manuali di procedura penale ed a giustificare, dall'altro lato, l'adozione di un metodo operativo più immediato e comunque diverso da quelli sperimentati negli altri settori.

L'esordio dell'*Osservatorio del processo penale* non ambisce a risonanze particolari, venate di stucchevole retorica, ma vuole essere un modesto contributo all'inizio di un moto di riconversione della vecchia editoria giuridica codicistica ai suoi peculiari attributi di aggiornamento, completezza, precisione e correttezza di informazione nonché di tempestiva razionalizzazione dei materiali non solo giurisprudenziali (che qui sono oggetto di oculata selezione da parte di un ristretto gruppo di cultori della materia integranti il nucleo redazionale centrale) mai rinunciando però all'importanza della rimeditazione accademica e applicativa che si concreta nelle ipotesi di tentata giustizia volta per volta delineate da specialisti autorevoli nella revisione dei commenti alle singole disposizioni, con progressivo approfondimento esegetico e sistematico di singoli meccanismi e di complessivi istituti.

Per ragioni che sono addirittura ovvie e sotto gli occhi di tutti, attenzione particolare è dedicata anzitutto alle nuove prospettive europee, agli insegnamenti della Corte costituzionale e alle prese di posizione delle Sezioni unite della Corte Suprema di cassazione. Dal prossimo numero, oltre all'evoluzione giurisprudenziale, troveranno spazio anche le prospettive di riforma legislativa, perché per il penalista moderno sono irrinunciabili gli approfondimenti dei nessi tra giustizia e poteri ed è essenziale scrutare il futuribile legislativo, anche e soprattutto per anticipare le successive problematiche di diritto transitorio, e non solo quelle.

Nel nostro caso, la prossima stagione si preannuncia impegnativa. Dovremo lavorare a ritmo continuo e senza soste, ma al medesimo tempo dovremo lavorare con estrema cautela per evitare di confondere i lettori, trovando una equilibrata mediazione tra le nozioni essenziali già filtrate e collaudate, i concetti fondamentali, le novità giurisprudenziali interne, le impennate della giurisprudenza costituzionale, le lezioni delle Corti sovranazionali e le nuove ricostruzioni sistematiche indotte dalle riforme legislative già varate e da quelle *in itinere*.

Alfredo Gaito



## INDICE-SOMMARIO

<i>Presentazione</i> .....	pag.	III
----------------------------	------	-----

### IL DIFENSORE di *M. Montagna*

1. Difesa d'ufficio e violazione del contraddittorio alla luce dei principi sovranazionali .....	pag.	1
2. Modalità di nomina del difensore e autenticazione di querela .....	pag.	2
3. Difensore assente per legittimo impedimento, nomina di un sostituto ed avvisi .....	pag.	2

### LA RESTITUZIONE IN TERMINI di *S. La Rocca*

1. Un filo di congiunzione con le raccomandazioni europee .....	pag.	4
2. La restituzione in termini per l'opposizione al decreto penale di condanna .....	pag.	4

### QUESTIONI CONTROVERSE IN TEMA DI PROVE di *A. Bargi e M. Scarpelli*

1. La valutazione delle dichiarazioni rese da testimoni assistiti .....	pag.	6
2. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte da informatore .....	pag.	6
3. Ancora un intervento delle Sezioni unite in tema di intercettazioni di comunicazioni .....	pag.	6

### PUNTI FERMI IN TEMA DI MISURE CAUTELARI di *C. Santoriello*

1. Le pronunce della Corte dei diritti dell'uomo in tema di durata della custodia cautelare .....	pag.	8
2. Gravi indizi di colpevolezza e chiamata di correo .....	pag.	8
3. Modalità di applicazione delle misure cautelari: il divieto di cumulo di misure cautelari .....	pag.	8
4. Contestazioni a catena e computo dei termini di durata della custodia cautelare .....	pag.	9
5. Novità in tema di impugnazioni avverso le misure cautelari personali e reali .....	pag.	10

### I NUOVI *STANDARDS* GARANTISTICI PER LE INDAGINI E L'UDIENZA PRELIMINARE di *I. Alessandrucci e G. Sambuco*

1. La partecipazione dell'imputato all'udienza preliminare .....	pag.	12
2. Avviso di conclusione delle indagini e diritto di traduzione per l'alloglotta .....	pag.	13

### UN BINOMIO DISCUSO: SENTENZA PATTEGGIATA E SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA di *B. Bocchini*

1. Il tema di interesse .....	pag.	15
-------------------------------	------	----

2. Contrasto giurisprudenziale .....	pag.	15
3. La risoluzione prospettata .....	pag.	15
4. Approfondimenti ulteriori .....	pag.	16

## IL GIUDIZIO di C. Carini

1. Le questioni sotto esame .....	pag.	17
2. a) Corte europea dei diritti dell'uomo .....	pag.	17
3. b) Corte costituzionale .....	pag.	18
4. c) Sezioni unite .....	pag.	19

## IL GIUDIZIO A CITAZIONE DIRETTA di G. Sambuco

1. Le questioni in esame .....	pag.	21
--------------------------------	------	----

## INAPPELLABILITÀ DELLE SENTENZE DI PROSCIoglimento: IL LEGISLATORE CREA, LA CONSULTA DISTRUGGE di B. Bocchini

1. La «Legge Pecorella» al vaglio della Consulta .....	pag.	22
2. I termini del problema: il principio del contraddittorio violato .....	pag.	22
3. Disciplina transitoria: l'efficacia della pronuncia nei procedimenti in corso .....	pag.	23
4. L'impugnazione della parte civile .....	pag.	24

## LE NOVITÀ IN TEMA DI ESECUZIONE di S. Furfaro

1. Sul «giudicato» .....	pag.	25
2. Sull'esecuzione delle pene detentive e sulla determinazione di esse .....	pag.	26
3. Sui poteri della magistratura di sorveglianza e i benefici penitenziari .....	pag.	27

## IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA ESTRADIZIONE E CUSTODIA CAUTELARE di N. La Rocca

1. In premessa generale .....	pag.	28
2. Sospensione dell'extradizione e custodia cautelare <i>sine titulo</i> .....	pag.	28
3. La disciplina corrispondente in tema di mandato d'arresto europeo .....	pag.	29

## IL PROCESSO PENALE CONTRO GLI ENTI COLLETTIVI di C. Santoriello

1. Premessa .....	pag.	30
2. Le misure cautelari reali .....	pag.	30
3. Le misure cautelari interdittive .....	pag.	31

## Il difensore di M. Montagna

### 1. Difesa d'ufficio e violazione del contraddittorio alla luce dei principi sovranazionali

Tra i più recenti interventi giurisprudenziali riguardanti le norme del codice di procedura penale dedicate ai «Soggetti», è significativo il fatto che tutte concernano disposizioni inerenti la figura del «**Difensore**». È il segno di una sensibilità che si va sviluppando su un tema così cruciale o, piuttosto, la testimonianza di quanto tormentato sia questo settore? Probabilmente, sono vere entrambe le ipotesi, ma per esserne certi occorre focalizzare l'attenzione su alcune delle più significative decisioni che negli ultimi tempi hanno investito queste norme.

In primo luogo, tra le pronunce che interessano questo settore di norme, spicca un intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di effettività della difesa tecnica quale presupposto per il rispetto del principio del contraddittorio.

A questo proposito, i giudici di Strasburgo hanno rilevato come la realizzazione di un contraddittorio effettivo rappresenti per gli Stati aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo una obbligazione di «risultato». Perciò, è da ritenere violato il diritto ad un processo equo ed alla effettività della difesa, garantiti dall'art. 6 C.e.d.u., qualora, a fronte della eccessiva incuria o negligenza da parte dei difensori d'ufficio susseguitisì nel corso del medesimo procedimento per l'assenza di quello di fiducia, l'autorità giudiziaria non abbia assunto provvedimenti in grado di realizzare una adeguata assistenza tecnica. Ne discende, altrimenti, a parere dei giudici europei, la presenza di una difesa puramente formale (C. eur., 27.4.2006, Sanni no c. Italia).

La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo assume una rilevanza peculiare poiché, questa volta, l'attenzione è stata concentrata sull'**effettività** del diritto al contrad-

dittorio e del diritto alla parità tra parti, diritti fondamentali ritenuti pregiudicati qualora il susseguirsi di più **difensori d'ufficio**, a causa della ingiustificata assenza del difensore di fiducia, si sostanzi in una negligente o non attenta difesa d'ufficio ed impedisca, così, all'imputato di esercitare a pieno il diritto alla prova. Va detto che il processo, poi sfociato nella condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è svolto in base alle norme antecedenti la nuova disciplina sulla difesa d'ufficio (l. 6.3.2001, n. 60). In ogni caso, la decisione merita attenzione per aver ritenuto l'inosservanza dell'equo processo se, non solo il legislatore, ma la stessa autorità giudiziaria, manchi di porre in essere misure concrete di controllo e vigilanza volte a garantire il «**risultato**», vale a dire assicurare effettività alla difesa tecnica dell'imputato che ne risulti sprovvisto. Una linea, questa ora accennata, che mira ad assicurare concretezza all'esercizio del diritto alla difesa anche nel caso in cui ci sia la presenza di un difensore d'ufficio e di cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già fatta interprete in altre occasioni, sottolineando come non sia conforme all'art. 6, 3° §, lett. c), C.e.d.u. quel processo nel cui ambito il difensore designato d'ufficio in sostituzione di quello precedente non possa usufruire di un lasso di tempo idoneo a preparare la difesa (C. eur., 21.4.1998, Daud c. Portogallo; C. eur., 24.11.1993, Imbrioscia c. Svizzera). Tra l'altro, per quel che concerne il nostro ordinamento, nella prospettiva tracciata dalla Corte europea, tenendo conto che le censure del ricorrente attecchivano al fatto di essere in corso i termini di decadenza entro i quali dovevano essere assunte delle prove a discarico, torna ad assumere rilievo una norma quale l'art. 507 c.p.p. e l'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi al riguardo circa i poteri integrativi del giudice anche a fronte di situazioni di inerzia e/o

negligenza delle parti in ordine alla prova. Un'integrazione che, pure dopo le sollecitazioni dei giudici di Strasburgo, è auspicabile sia intesa in termini di sollecito, ma prudente, controllo, affinché il tutto non si tramuti in un malinteso scambio di ruoli tra organo giudicante e parti.

## **2. Modalità di nomina del difensore e autenticazione di querela**

Tra le più recenti decisioni delle Sezioni unite, uno degli interventi ha avuto ad oggetto le **modalità di nomina** del difensore. Si trattava, in particolare, di un'autenticazione di firma del querelante da parte del difensore che non era stato formalmente nominato. A questo proposito, le Sezioni unite, hanno rilevato che è valida l'autenticazione della firma del querelante effettuata dal difensore anche quando questi non sia stato formalmente nominato, ma la volontà di nomina deve poter essere ricavata da altre dichiarazioni rese dalla parte nell'atto di querela, quale l'elezione di domicilio presso il difensore che ha autenticato la sottoscrizione (C., S.U., 11.7.2006, Scafì, in *Mass. Uff.*, 233974).

Il tema era da tempo oggetto di contrasti interpretativi. Le modalità da seguire per il conferimento dell'incarico, prescritte dall'art. 96, 2° co., c.p.p., non sono affiancate da alcuna sanzione per il caso di loro inosservanza. Dal che se ne è derivata una certa libertà di forma che potrebbe portare ad individuare la sussistenza del rapporto fiduciario tra cliente e difensore anche sulla base di fatti concludenti. Il problema è stato particolarmente avvertito con riguardo all'esigenza che la querela contenga una sottoscrizione autentica ove sia recapitata da un incaricato o spedita per posta (art. 337, 1° co., c.p.p.). Tra i difensori legittimati ad autenticare la sottoscrizione della querela vi è anche il difensore (art. 39 disp. att. c.p.p.). E, proprio a tal proposito, si è delineata, in giurisprudenza, una diversità di impostazione circa la necessità che il difensore che provvede ad autenticare la sottoscrizione della querela sia stato o meno previamente nominato. Da un

lato, si è negata alcuna rilevanza alla c.d. "nomina tacita" (tra le tante v. C., Sez. I, 31.5.1996, Chianese, in *CP*, 1998, 1135), dall'altro, si è riconosciuto valore ai c.d. "atti equipollenti" a quelli indicati dall'art. 96, 2° co., c.p.p. Tra questi, la possibilità di desumere l'esistenza di una nomina tacita proprio dalla sottoscrizione della querela autenticata dal difensore, ovvero dalla presentazione della querela presso l'autorità competente o, ancora, dall'elezione di domicilio presso quel difensore (C., Sez. V, 8.7.1999, Sgarbi, in *Mass. Uff.*, 214648; C., Sez. V, 8.4.1999, Pendinelli, in *Mass. Uff.*, 213124).

Le Sezioni unite sembrano essersi attestate su quest'ultima linea interpretativa. Prestando attenzione ai profili "sostanziali" piuttosto che a quelli formalistici, hanno concluso nel senso di ritenere valida l'autenticazione della firma del querelante compiuta dal difensore anche se questo non risulta "formalmente" nominato. A tale mancanza "formale" le Sezioni unite hanno ritenuto che si possa ovviare nel caso in cui la volontà del querelante di nominare quale difensore quel determinato soggetto emerga da altri elementi e/o dichiarazioni sempre contenuti nell'atto di querela, come, ad esempio, l'elezione di domicilio presso quel difensore. In sintesi, la dichiarazione di nomina prescritta dall'art. 96, 2° co., c.p.p. non è indispensabile, potendo la volontà dell'assistito essere desunta da altri elementi. Quanto alla querela, però, la sola autenticazione della firma del querelante non basta; è necessario che la volontà di nominare quel difensore emerga da altri elementi.

## **3. Difensore assente per legittimo impedimento, nomina di un sostituto ed avvisi**

Sempre in tema di diritti della difesa, vi è da segnalare un'ulteriore decisione delle Sezioni unite soffermatesi sull'esigenza di procedere ad avvisi e notificazioni da comunicare al **difensore** legittimamente impedito e **sostituito** da difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 97, 4° co., c.p.p., nonché sulle modalità da seguire prima di dichiarare la contumacia nel caso in cui alla prima udienza del



dibattimento sia assente l'imputato ed anche il difensore di fiducia per legittimo impedimento a comparire. Vi è da dire che la questione sulla quale la Sez. VI della S.C. ha rilevato la sussistenza di un contrasto interpretativo, tale da richiedere l'intervento delle Sezioni unite, concerneva l'art. 420 *ter* c.p.p., vale a dire se, in caso di contestuale assenza dell'imputato e del difensore di fiducia, dovesse dapprima dichiararsi la contumacia dell'imputato e provvedere, poi, al rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore di fiducia (C., Sez. III, 5.10.2001, Roatta, in *Mass. Uff.*, 220600), oppure, considerare illegittima la declaratoria di contumacia effettuata prima del rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore (C., Sez. V, 11.1.2000, Fiorillo, in *Mass. Uff.*, 215751). Le Sezioni unite, dopo aver affrontato e risolto questo interrogativo, si sono soffermate anche sugli avvisi da notificare al difensore assente per legittimo impedimento.

Con riguardo al primo profilo, la S.C. ha sottolineato come né la decisione sull'eventuale richiesta di rinvio del dibattimento per legittimo impedimento né la declaratoria di contumacia possano essere effettuate senza che sia stato previamente designato un sostituto del difensore, posto che entrambe presuppongono una verifica tramite contraddittorio. Tra le due decisioni, poi, dovendo fissare un ordine di precedenza, la Corte di Cassazione ha individuato come preliminare quella relativa al vaglio circa l'impedimento a comparire dell'imputato e l'eventuale dichiarazione di contumacia (C., S.U., 28.2.2006, Grassia, in *Mass. Uff.*, 232905).

Quanto alla comunicazione dell'eventuale rinvio dell'udienza, una volta accertato il legittimo impedimento del difensore, le Sezioni unite hanno fissato un ulteriore principio di diritto secondo cui il difensore di fiducia assente che ha ottenuto il rinvio del dibattimento ha diritto ad essere avvisato della nuo-

va data d'udienza soltanto nell'ipotesi in cui all'atto del rinvio non sia ancora stata fissata la data, ma si tratti di un rinvio a tempo indeterminato. Al contrario, ove già nell'ordinanza che dispone il rinvio sia **fissata la data d'udienza**, il difensore sostituito **non** deve ricevere specifica **notifica**, poiché il difensore d'ufficio, presente in udienza e dinanzi al quale si dà lettura dell'ordinanza di rinvio, lo rappresenta (C., S.U., 28.2.2006, Grassia, in *Mass. Uff.*, 232906).

Al riguardo, occorre ricordare come l'art. 97, 4° co., c.p.p. prevede l'eventualità che l'autorità giudiziaria provveda alla nomina di un sostituto del difensore (sia esso di fiducia o d'ufficio) non reperito, non comparso o che abbia abbandonato la difesa. Si tratta, di una norma che tende a colmare un eventuale vuoto difensivo che può dipendere da svariate ragioni. Ma è pur sempre previsione che opera soltanto per una fase temporanea e che non può comportare la sostituzione in via definitiva del difensore inizialmente nominato. Sembrerebbe, dunque, che non sia possibile estromettere il difensore sostituito, il quale resta il solo legittimo destinatario degli avvisi e delle notificazioni per il principio di immutabilità della difesa (così, in passato, C., S.U., 11.11.1994, Nicoletti, in *GP*, 1995, III, 257). Un "precedente" significativo di cui le Sezioni unite, in questa più recente decisione, sembrano volersi far carico, ma riguardo al quale si limitano a ribaltare, in un certo senso, il punto di osservazione. Come, infatti, è dato leggere nella motivazione della sentenza, non si guarda al titolare dell'ufficio di difesa che resta destinatario «delle sole notificazioni che siano effettivamente necessarie», ma alla funzione del "sostituto", il quale assume diritti e doveri del difensore di fiducia e, partecipando all'udienza, diviene destinatario dell'avviso orale della data della nuova udienza cui il dibattimento sia stato rinviato.

# La restituzione in termini

di S. La Rocca

## 1. Un filo di congiunzione con le raccomandazioni europee

Le significative novità giurisprudenziali relative al Libro II, risentono indubbiamente degli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente all'istituto della contumacia (C. eur., 18.5.2004, Somogyi c. Italia; C. eur., 10.11.2004, Sejdic c. Italia) e al conseguente intervento del legislatore (l. 22.4.2005, n. 60) che ha interessato gli artt. 157, 161 e 175 c.p.p.

In particolare, la rivisitata procedura di restituzione in termini, è quella che ha comportato maggiori problematiche ermeneutiche. Sotto la lente di ingrandimento, quindi, v'è un intervento delle Sezioni unite volto a determinare il giudice competente a pronunciarsi sulla restituzione in termini per l'opposizione a decreto di condanna.

## 2. La restituzione in termini per l'opposizione al decreto penale di condanna

### a) La questione al vaglio delle Sezioni unite

Le Sezioni unite (C., S.U., 17.1.2006, confl. comp. in proc. Sciacca, in *GI*, 2007, 719), individuando nella figura del G.i.p. l'organo competente a pronunciarsi in ordine alla restituzione nel termine per proporre opposizione al decreto penale, risolvono puntualmente una *vexata quaestio*, fonte di numerosi contrasti ermeneutici ed interamente centralizzata sull'interpretazione dell'art. 175, 4° co., c.p.p., che attribuisce espressamente la competenza *de qua* al giudice legittimato a decidere sull'opposizione.

### b) Gli indirizzi interpretativi contrastanti

La pronuncia in commento si pone all'epilogo di una *querelle* interpretativa sintetizzata da due principali orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo indirizzo, la decisione sulla richiesta di cui all'art. 175 c.p.p. spetterebbe al giudice del dibattimento, in qualità di

organo preposto a trattare il giudizio conseguente all'opposizione che, in presenza dell'impossibilità di scelta tra i vari riti alternativi da parte del soggetto interessato alla restituzione in termine, assume *ex lege* le forme del giudizio immediato. Per di più, il potere attribuito al G.i.p. *ex art.* 461, 5° co., c.p.p. si limiterebbe alla verifica formale dell'opposizione, esulando dalla sua autorità profili riguardanti il merito e, per l'effetto, la *restitutio* in termini. (C., Sez. III, 10.6.1999, Barbieri, in *Mass. Uff.*, 214941). Al riguardo, la S.C. ha chiarito come il merito dell'imputazione – rientrando nell'ambito della cognizione del giudice deputato a decidere il giudizio conseguente all'opposizione – integra una *quaestio* estranea sia alla richiesta di remissione in termine sia alla propedeutica deliberazione riguardante l'ammissibilità dell'istanza oppositiva. Non è quindi alle cadenze forma-merito che deve essere parametrata la competenza di cui si discute, che per giunta si riferisce solo al procedimento "sull'opposizione" e non a quello successivo a quest'ultimo.

Un'ulteriore impostazione, risultante dal combinato disposto degli artt. 175 e 461 c.p.p., attribuisce invece la competenza in esame al giudice del dibattimento solo dopo che il G.i.p. si è spogliato del procedimento (*rectius*: ha ordinato l'esecuzione del decreto penale di condanna) a seguito della constatazione dell'*absentia* o dell'inammissibilità di una proposta oppositiva (C., Sez. I, 16.4.2004, confl. comp. in proc. Chiarolanza, in *Mass. Uff.*, 228910; C., Sez. I, 2.11.2004, confl. comp. in proc. Aversa, in *Mass. Uff.*, 229888; C., Sez. IV, 6.11.2002, Zanon, in *Mass. Uff.*, 223445). Di contro, il giudice nomofilattico ha osservato come la scelta di ancorare la competenza in parola al momento in cui il G.i.p. si "spoglia" del procedimento, si risolve, di fatto, in un criterio meramente empirico, non desumibile

da nessuna disposizione normativa. Semmai, in materia di *restitutio in integrum*, un riparto di competenza potrebbe delinearsi solo con riferimento al giudice dell'esecuzione (organo procedente nella fase di esecuzione del decreto penale) ma, in realtà, una concorrenza vera e propria non si pone, dal momento che la sua competenza in rapporto ad una istanza di restituzione nel termine sussiste solo qualora venga contestata la esecutività del titolo: mentre, in via generale, competente a giudicare *ex art. 175 c.p.p.* è il giudice incaricato di decidere sull'impugnazione o sull'opposizione.

Questi i termini della questione e le divergenti visioni sul punto.

**c) La soluzione offerta dalle Sezioni unite**

*Rebus sic stantibus*, le Sezioni unite (C., S.U., 17.1.2006, confl. comp. in proc. Sciacca, cit.) hanno optato per la soluzione che incardina in capo al G.i.p. la competenza relativa alla richiesta di remissione in termine, intravedendo in questa figura processuale l'organo investito del potere di pronunciarsi sull'opposizione al decreto penale di condanna. (C.,

Sez. I, 22.11.1996, confl. comp. in proc. Ginobi, in *Mass. Uff.*, 206606). Invero, la locuzione adoperata nel 3° co. dell'art. 461 c.p.p. («con l'atto di opposizione l'imputato può chiedere al giudice che ha emesso il decreto di condanna» uno dei riti alternativi speciali), sta inequivocabilmente a significare, innanzitutto, che tale atto deve essere rivolto al «giudice che ha emesso il decreto penale di condanna», vale a dire al giudice per le indagini preliminari. La scelta a favore della competenza di quest'ultimo si ricollega proprio alla struttura che l'opposizione ha nell'ambito del procedimento monitorio e nella funzione, attribuita a questo giudice, di vagliare l'ammissibilità dell'istanza oppositiva che, pur inquadrandosi nella categoria dei mezzi di impugnazione, non comporta la *traslatio iudicii* ad un organo di grado superiore. Sicché il potere conferito al G.i.p. dai co. 4° e 5° dell'art. 461 c.p.p., relativo alla declaratoria dell'inammissibilità dell'opposizione, appare del tutto coerente con la sua qualità di giudice competente sulla opposizione, pur se intesa quale mezzo di impugnazione.

## Questioni controverse in tema di prove

di A. Bargi e M. Scarpelli

### 1. La valutazione delle dichiarazioni rese da testimoni assistiti

Se è condivisibile il presupposto da cui muove la pronuncia della Corte costituzionale (C. Cost., 21.11.2006, n. 381), secondo cui «sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 3 Cost., i co. 3° e 6° dell'art. 197 *bis* c.p.p., nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l'assistenza di un difensore e l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, 3° co., del medesimo codice di rito anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al 1° co. del medesimo art. 197 *bis* c.p.p., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto” divenuta irrevocabile», pur tuttavia non pare convincente l'esclusione anche della regola di valutazione di cui all'art. 192, 3° co., c.p.p.

Infatti se è indubbia la *restitutio in integrum* della persona dichiarata innocente, con conseguente diversificazione dalle altre figure di testimoni assistiti, non risulta convincente il preteso venir meno dello “stato di relazione con la vicenda processuale” della persona assolta, che aveva determinato l'opposto orientamento della Corte (ord. 265 del 2004), anche se in relazione all'ipotesi di persona nei cui confronti era stata pronunciata sentenza definitiva di patteggiamento.

In altri termini il pregresso coinvolgimento nella medesima vicenda processuale non può non influire sulla genuinità della successiva testimonianza, quanto meno, in ipotesi, nei confronti dell'originario coimputato nel procedimento connesso chiamato in correità. Sarebbe stato, perciò, opportuno e più aderente ai principi che governano la valutazione della prova conservare la regola dell'art. 192, 3° co., c.p.p., per motivi di prudenza ed in ragione della ovvia distinzione tra testimone e persona comunque sottoposta a processo e poi assolta con la formula ampia in discussione.

### 2. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte da informatore

Il giudice delle leggi (C. Cost., 11.5.2006, n. 193) – in linea con il pregresso orientamento *in subiecta materia* (C. Cost., 18.7.2003, n. 258 e C. Cost., 26.11.2002, n. 489) – ha ribadito l'inutilizzabilità assoluta delle dichiarazioni assunte da informatore che non sia stato assunto testimone e che sia deceduto prima della verbalizzazione di dette dichiarazioni. Conclusione condivisibile e fondata sul presupposto che la situazione delineata dal remittente «lungi dal ricadere nell'ambito di efficacia dell'art. 203 c.p.p. – non mostra apprezzabili diversità rispetto a quella che trova disciplina normativa nell'art. 195 c.p.p. e, segnatamente, nelle regole di rito che attengono alla testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, e il medesimo remittente non ha quindi svolto alcuno sforzo ricostruttivo, idoneo a rendere praticabili diverse e più congrue opzioni ermeneutiche».

### 3. Ancora un intervento delle Sezioni unite in tema di intercettazioni di comunicazioni

Sulla legittimità delle videoriprese è intervenuta la Corte costituzionale (sent. 24.4.2002, n. 135) dubitando della legittimità costituzionale degli artt. 189 e 266-271 c.p.p., ed in particolare dell'art. 266, 2° co., «nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni e delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi»; tanto, in particolare quando si tratti di videoriprese che concernono comportamenti di tipo comunicativo. Viceversa, altre ipotesi di intercettazioni si risolverebbero nell'indebita invasione della libertà domiciliare.

In linea con tale orientamento le Sezioni unite (C., S.U., 28.3.2006, Prisco, in *GDir*, 2006, 33, 51) hanno affermato, quindi, che

«a differenza delle riprese visive in luoghi pubblici, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare, siccome acquisite in violazione dell'art. 14 Cost., sono illegittime e processualmente inutilizzabili, né esse possono essere a tal fine qualificate come prova atipica ex art. 189 c.p.p., perché tale categoria presuppone comunque la formazione lecita della prova come necessaria condizione della sua ammissibilità. Le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in luoghi (nella specie, i **“privés” di un locale pubblico**) che, pur non costituendo domicilio, sono utilizzati per attività che si vogliono mantenere riservate, rientrano nella categoria delle prove atipiche e sono suscettibili di utilizzazione probatoria sempre che siano eseguite sulla base di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria».

La decisione, in continuità con il pregresso orientamento (*ex plurimis*, C., S.U., 23.2.2000, D'Amuri, in *ANPP*, 2000, 251), hanno ribadito che la categoria delle prove incostituzionali deve combinarsi con quella della inutilizzabilità, atteso che i divieti cui fa riferimento l'art. 191 non sono solo quelli stabiliti dalle norme processuali ma anche quelli rinvenibili in altri settori dell'ordinamento e, in primo luogo, nella Carta fondamentale, e, quindi, anche quello sancito dall'art. 14 Cost.

In tale ottica, quindi, viene coerentemente attribuito valore dirimente alla definizione della nozione di domicilio o di privata dimora, oggetto della tutela costituzionale.

Ebbene, secondo un primo orientamento (C., Sez. VI, 19.11.2005, n. 11654, in *Mass. Uff.*, 233689; C., Sez. VI, 10.1.2003, Mostra, in *Mass. Uff.*, 224743) si è in presenza di

privata dimora quando sussiste un rapporto di una certa stabilità del rapporto tra il luogo e la persona che se ne serve.

Altro indirizzo (C., Sez. IV, 16.3.2000, Viskovic, in *Mass. Uff.*, 217688) ritiene, invece, che la nozione di domicilio è più ampia di quella di domicilio accolta dall'art. 14 Cost., per cui rientrano in detta nozione anche i luoghi nei quali è temporaneamente garantita un'area di intimità e di riservatezza.

La soluzione adottata dalle Sezioni unite – che ha trovato successiva conferma anche nell'indirizzo delle sezioni semplici (*ex plurimis*, C., Sez. I, 25.10.2006, in *Mass. Uff.*, 235027) – ha optato per la prima interpretazione ed ha escluso che i locali adibiti a *toilettes* o i privati camerini rientrano nella categoria di domicilio, per l'assenza del requisito della stabilità del rapporto con la persona che ne usufruisce. Ha riconosciuto, tuttavia l'inderogabilità della tutela del diritto alla riservatezza, riconducibile all'art. 2 Cost. ed all'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e non già all'art. 14 Cost. Di conseguenza le riprese visive in detti locali, quali **mezzi atipici di ricerca della prova di cui all'art. 189 c.p.p.**, potranno essere effettuate, ma sulla base di un provvedimento giustificativo motivato dell'autorità giudiziaria.

Da detto inquadramento dei mezzi di ricerca in parola deriva che la loro utilizzabilità probatoria e la determinazione dello strumento (perizia o mera riproduzione) da utilizzare per conoscere o visionare le immagini, sono subordinate al preventivo vaglio di ammissibilità da parte del giudice ed alla previa audizione delle parti a norma dell'art. 189 c.p.p.

## Punti fermi in tema di misure cautelari

di C. Santoriello

### 1. Le pronunce della Corte dei diritti dell'uomo in tema di durata della custodia cautelare

La Corte dei diritti dell'uomo è intervenuta più volte per precisare le condizioni in presenza delle quali può considerarsi giustificata l'adozione di un provvedimento limitativo della libertà personale nei confronti di un soggetto non ancora giudicato in via definitiva colpevole del reato contestatogli.

In particolare, la Corte dei diritti dell'uomo ha evidenziato come **requisito essenziale** per ritenere legittima e giustificabile questa cautelare limitazione della libertà personale è che **tale condizione sia temporalmente limitata** (C. eur., 8.8.2006, Huseyn Esen c. Turchia), con la conseguenza che i ritardi nei provvedimenti di scarcerazione integrano violazione dell'art. 5, 1° §, C.e.d.u. (C. eur., 18.1.2007, Rashid c. Bulgaria).

Nel solco di tale impostazione si inserisce anche l'affermazione che affianca – quali titoli legittimanti la custodia cautelare –, accanto alla sussistenza di indizi di colpevolezza a carico del detenuto, anche la ragionevole durata della detenzione (C. eur., 23.5.2006, Ceylan c. Turchia).

### 2. Gravi indizi di colpevolezza e chiamata di correo

Di particolare rilievo è la decisione delle Sezioni unite con cui viene ribadito che «ai fini dell'adozione di misure cautelari personali, le dichiarazioni rese dal coindagato o coimputato del medesimo reato o da persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato possono costituire grave indizio di colpevolezza, ex art. 273, co. 1° bis, c.p.p., solo se, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, siano sorrette da riscontri interni individualizzanti, così da assumere idoneità dimostrativa in relazione all'attribuzione del fatto di reato al soggetto destinatario della misura, fermo restando che la relativa valutazione, avvenendo nel contesto inciden-

tale del procedimento *de libertate*, e, quindi, allo stato degli atti, cioè sulla base di materiale conoscitivo ancora *in itinere*, deve essere orientata ad acquisire non la certezza, ma l'elevata probabilità di colpevolezza del chiamato» (C., S.U., 30.5.2006, Spennato, in *GDir*, 2006, 44, 50).

Nonostante l'apparente chiarezza dell'attuale formulazione del citato art. 273 c.p.p. – come modificato dalla l. 1.3.2001, n. 63 – che dovrebbe escludere ogni incertezza circa la consistenza, il grado di specificità e l'oggetto dei riscontri esterni necessari per attribuire rilevanza alla chiamata in correità in sede cautelare, numerose pronunce (cfr., C., Sez. V, 24.9.2004, Mignacca, in *Mass. Uff.*, 231111; C., Sez. V, 11.5.2004, Zini, in *Mass. Uff.*, 229552; C., Sez. V, 21.1.2003, Formigli, in *CP*, 2003, 3484) erano attestata sulla tesi contraria a quella fatta propria dalla Cassazione.

La decisione “Spennato” fa decisamente giustizia delle precedenti incertezze della Cassazione, fornendo da un lato una logica e condivisibile interpretazione della nuova formulazione (invero inequivocabile) dell'art. 273 c.p.p., e dall'altro – anche mediante una ricostruzione “storica” delle vicende che sono intercorse dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito fino alla riforma dell'art. 273 c.p.p. risalente al 2001 – evidenziando la ormai sempre più significativa omologazione dei criteri di valutazione dei dati cognitivi che il giudice deve assumere in sede cautelare ed in sede di definizione del regiudicanda.

### 3. Modalità di applicazione delle misure cautelari: il divieto di cumulo di misure cautelari

Le Sezioni unite hanno escluso la possibilità di disporre una contestuale applicazione nei confronti di un medesimo soggetto di diverse misure cautelari personali, ad eccezione delle ipotesi tassative previste dagli artt. 276, 1° co., e 307, co. 1° bis, c.p.p. (C.,

S.U., 30.5.2006, La Stella, in *CP*, 2006, 3971).

La decisione delle Sezioni unite si fonda su un'espressa valorizzazione, nella materia cautelare, del principio di legalità dettato dall'art. 272 c.p.p. Da tale disposizione – che rappresenta la trasposizione a livello di legge ordinaria del dettato di cui all'art. 13 Cost. –, la Suprema Corte fa derivare l'affermazione secondo cui il codice di rito conosce (e consente l'applicazione di) un numero chiuso di misure limitative della libertà personale, di modo che l'emissione di un provvedimento coercitivo che faccia riferimento a più tipologie di restrizione della libertà dell'indagato rappresenterebbe un *unicum* nel sistema normativo, dando luogo ad una nuova forma di coercizione personale. Va peraltro considerato come nel caso di specie la Cassazione correttamente ritenga strettamente connesso all'osservanza del principio di legalità il rispetto del carattere tipico delle misure cautelari coercitive applicabili nel processo penale. Infatti, solo laddove il provvedimento cautelare disponga una limitazione della libertà specificatamente regolata dal codice di rito negli artt. 281 e ss. c.p.p. è possibile far luogo ai meccanismi di controllo nei confronti del provvedimento coercitivo adottato, mentre il ricorso a modalità composite di limitazione dell'altrui libertà «cagionerebbe un grave *vulnus* alla stessa riserva di giurisdizione, abilitando il giudice ad operazioni combinatorie e manipolative potenzialmente elusive del rigoroso meccanismo del codice di rito, poiché fondate su apprezzamenti discrezionali privi di parametri [di raffronto e controllo] certi».

#### **4. Contestazioni a catena e computo dei termini di durata della custodia cautelare**

Le Sezioni unite sono tornate a pronunciarsi sulla problematica delle contestazioni a catena e sui relativi riflessi in tema di durata della custodia cautelare.

Il recente arresto giurisprudenziale stabilisce che «nel caso di emissione nello stesso procedimento di più ordinanze che dispongono nei confronti di un imputato la medesima

misura cautelare per lo stesso fatto, diversamente circostanziato o qualificato, o per fatti diversi, legati da concorso formale, da continuazione o da connessione teleologica, commessi anteriormente all'emissione della prima ordinanza, la retrodatazione della decorrenza dei termini delle misure disposte con le ordinanze successive opera automaticamente, ovvero senza dipendere dalla possibilità di desumere dagli atti, al momento dell'emissione della prima ordinanza, l'esistenza degli elementi idonei a giustificare le successive misure (art. 297, 3° co., prima parte, c.p.p.). Nel caso in cui le ordinanze cautelari adottate nello stesso procedimento riguardino invece fatti tra i quali non sussiste la connessione prevista dall'art. 297, 3° co., c.p.p., la retrodatazione opera solo se al momento dell'emissione della prima esistevano elementi idonei a giustificare le misure applicate con le ordinanze successive» (C., S.U., 19.12.2006, Librato, in *Mass. Uff.*, 235911). Sempre nella medesima decisione le Sezioni unite hanno escluso che in tema di cosiddetto divieto di contestazioni a catena, la retrodatazione dei termini di custodia cautelare operi in procedimenti diversi non collegati da una delle ipotesi di connessione qualificata prevista dall'art. 297, 3° co.

Questa decisione ricostruisce i rapporti fra la decisione delle Sezioni unite (C., S.U., 22.3.2005, Rahulia, in *CP*, 2005, 2885), secondo cui l'istituto della retrodatazione di cui all'art. 297, 3° co., c.p.p. opera con riferimento ai fatti oggetto di un "diverso" procedimento se e solo se questi erano desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio per il fatto o i fatti oggetto della prima ordinanza, e la successiva pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 297, 3° co., c.p.p. nella parte in cui non ne era prevista l'applicazione anche a fatti diversi non connessi, quando risultasse che gli elementi per emettere la nuova ordinanza fossero già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente (C. Cost., 3.11.2005, n. 408), che ha sostenuto che «l'esclusione della retrodatazione dei termini di durata in relazione a reati di-



versi non avvinti da una connessione cosiddetta “qualificata”, risulta del tutto ingiustificata nelle ipotesi in cui, al momento dell’emissione della prima ordinanza, erano già desumibili dagli atti gli elementi che hanno legittimato l’emissione delle ordinanze successive [posto che] ... nessuno spazio può residuare in capo agli organi titolari del “potere cautelare” di scegliere il momento a partire dal quale possono essere fatti decorrere i termini custodiali in caso di pluralità di titoli e di fatti reato cui essi si riferiscono», con la conseguente necessità che la durata della custodia sia connaturata ad «un fatto obiettivo (rispettoso, dunque, del canone dell’uguaglianza e della ragionevolezza), quale quello dell’acquisizione di elementi idonei e sufficienti per adottare i diversi provvedimenti cautelari».

### **5. Novità in tema di impugnazioni avverso le misure cautelari personali e reali**

La recente giurisprudenza – sia delle Corti internazionali che della Cassazione – in tema di impugnazioni avverso i provvedimenti cautelari si caratterizza per una accentuazione dei profili di tutela del singolo indagato. Sono espressione di tale tendenza diverse decisioni della Corte dei diritti dell’uomo con cui si è affermato che la mancata notifica all’indagato ed al suo difensore della data di fissazione dell’udienza avanti la Corte di Cassazione a seguito di ricorso presentato dal pubblico ministero avverso l’ordinanza emessa dal Tribunale in sede di riesame, viola i principi del contraddittorio e di eguaglianza delle parti e costituisce violazione dell’art. 5, 4° §, C.e.d.u. (C. eur., 1.6.2006, Fodale c. Italia).

Chiaramente conseguenziale alla precedente affermazione è la decisione con cui si è sostenuto che il rifiuto di autorizzare la personale comparsa del detenuto avanti la Camera delle Accuse durante l’esame della richiesta di rilascio priva lo stesso dell’opportunità e del diritto di difendersi nella maniera appropriata e di contestare nello specifico la prora della propria detenzione e, quindi, co-

stituisce violazione dell’art. 5, 4° §, C.e.d.u. (C. eur., 2.11.2006, Serifis c. Grecia).

Anche la Cassazione in alcune decisioni ha ritenuto di dover ampliare le possibilità per l’indagato di esercitare il suo diritto a ricorrere avverso provvedimenti cautelari che lo riguardavano, per cui «l’interesse dell’indagato all’impugnazione permane anche nel caso in cui, nelle more del procedimento incidentale *de libertate*, la misura della custodia cautelare in carcere sia sostituita con quella del divieto di dimora, sempre che l’applicazione dell’originaria misura possa costituire per l’interessato presupposto del diritto a un’equa riparazione per la custodia cautelare subita ingiustamente, essendo stato il provvedimento coercitivo emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p.» (C., S.U., 28.3.2006, Prisco, in *Mass. Uff.*, 234268).

Proprio considerando tale orientamento della giurisprudenza internazionale e la predetta decisione della Cassazione, pare criticabile la pronuncia con cui – premesso che fra i soggetti legittimati a presentare istanza di riesame avverso l’ordinanza ed il decreto motivato che dispongono il sequestro conservativo ed il sequestro preventivo rientri anche il difensore del soggetto indagato o imputato – si è stabilito che «per l’individuazione del termine per la proposizione – da parte del difensore – della richiesta di riesame in ordine ad un provvedimento di sequestro occorre far riferimento alla data di esecuzione della misura cautelare reale o eventualmente dalla diversa data di effettiva conoscenza, senza che rilevi l’eventuale notificazione – peraltro adempimento non obbligatorio – dell’avviso di deposito del provvedimento» (C., S.U., 11.7.2006, Marseglia, in *DeG.*, 2006, 35, 52).

In conseguenza della decisione delle Sezioni unite, viene confermata l’affermazione giurisprudenziale secondo cui qualora il momento dell’effettiva conoscenza dell’esecuzione della misura cautelare reale sia diverso per l’imputato e per il suo difensore, poiché nessuna norma impone la notifica del provvedi-



mento di sequestro al difensore dell'indagato, nel caso di specie non è applicabile la disciplina di cui all'art. 585, 3° co., c.p.p. ma il termine per impugnare è necessariamente unitario e coincide con quello valido

per l'imputato, unico soggetto che deve essere portato a conoscenza formale del provvedimento (C., Sez. II, 26.6.2003, Urbini, in *CP*, 2005, 3059).

## I nuovi *standards* garantistici per le indagini e l'udienza preliminare

di I. Alessandrucci e G. Sambuco

### 1. La partecipazione dell'imputato all'udienza preliminare

#### a) *Le interpretazioni contrastanti*

C., S.U., 26.9.2006, Arena, in *GDir*, 2006, 47, 70, ha segnato un passo ulteriore nell'attuazione dei principi costituzionali imposti dall'art. 111 Cost. dopo un generale disinteresse che portò, già sotto la vigenza del codice abrogato, ad un profondo contrasto in ordine alla possibilità che la detenzione per altra causa, sopravvenuta nel corso del processo e comunicata in udienza, possa integrare un legittimo impedimento a comparire dell'imputato, preclusivo del giudizio contumaciale.

Un primo risalente orientamento riteneva legittima la dichiarazione di contumacia dell'imputato qualora quest'ultimo, ancorché agli arresti domiciliari, non si fosse attivato con sollecitudine a chiedere di essere tradotto all'udienza, ciò perché ogni motivo di impedimento a comparire (e quindi anche la detenzione sopravvenuta in corso di causa) deve essere reso noto (C., Sez. II, 11.7.1988, Caputo, in *Mass. Uff.*, 183910). Anzi, era comune l'idea che l'erronea dichiarazione di contumacia di una persona detenuta per altro motivo non costituisse causa di nullità bensì semplice irregolarità formale priva di conseguenze processuali, e che la posizione processuale del contumace ne risultasse consolidata in forza delle garanzie assicurate dal processo *in absentia* (C., Sez. I, 20.1.1983, Chartier, in *Mass. Uff.*, 158637).

Anche le più recenti sentenze di legittimità si conformavano a tale radicato orientamento (tra le tante, C., Sez. VI, 28.11.2001, Bonacorsi ed altri, in *Mass. Uff.*, 220527).

L'eventuale inosservanza di tale obbligo di diligenza esonerava il giudice, venuto a conoscenza della condizione ostativa dell'imputato a presenziare al giudizio, dall'obbligo di rinviare la sessione al fine di disporre la traduzione (C., Sez. IV, 13.7.2005, Ciotola,

in *Mass. Uff.*, 232231). Difatti, la Corte dispensava il giudicante dal compito di verificare se il prevenuto non comparso versasse in uno stato di legittimo impedimento (C., Sez. III, 28.4.2000, Tizzano, in *Mass. Uff.*, 216582).

Un secondo ed opposto orientamento giurisprudenziale prevedeva opportunamente che non poteva dedursi l'ingiustificata assenza dell'imputato solo dal fatto della sua mancata allegazione di cause giustificative. In tal caso, infatti, veniva ad imporsi un adempimento affidato, in realtà, allo zelo dell'autorità carceraria (C., Sez. I, 29.9.1987, Federico, in *Mass. Uff.*, 177310). Queste garanzie venivano traslate dalla giurisprudenza più recente, nell'ipotesi dell'imputato raggiunto da ordinanza impositiva degli arresti domiciliari, sopravvenuta alla notificazione del decreto di citazione a giudizio, tale quindi da impedirgli la partecipazione al processo a piede libero, con conseguente nullità, ai sensi dell'art. 178, 1° co., lett. c), c.p.p., della declaratoria di contumacia (C., Sez. II, 10.12.2002, Vallese, in *Mass. Uff.*, 223498). Gravava e grava, quindi, sul giudice procedente il dovere di porre l'imputato in grado di esercitare il suo diritto partecipativo (C., Sez. I, 13.2.2001, Mormone, in *Mass. Uff.*, 218806).

#### b) *La soluzione offerta*

Disancorato, finalmente, dai retaggi inquisitori, le Sezioni unite hanno posto l'*imprimatur* per l'attuazione sostanziale di un processo giusto.

C., S.U., 26.9.2006, Arena, cit., giunge a ritenere che in presenza di un accertato legittimo impedimento dell'imputato a comparire all'udienza, al giudice – in difetto di una manifestazione di volontà del prevenuto a procedere in sua assenza – è precluso emettere declaratoria di contumacia.

L'enunciazione di tale principio è fisiologica-

mente funzionale al dettato costituzionale afferente al diritto di autodifesa ed ai principi europei. Difatti il valido esercizio delle facoltà spettanti costituzionalmente all'imputato e costituenti il più ampio diritto di autodifesa possono esprimersi soltanto allorché il suo titolare sia posto in grado di parteciparvi pienamente. Diritto che può essere oggetto di volontaria rinuncia, mediante un prestato assenso al giudizio *in absentia*.

### **c) Le possibili ed auspicabili conseguenze**

Il condivisibile allineamento della Cassazione ai principi sovranazionali volti a scongiurare il processo *in absentia*, a meno che l'imputato non abbia espressamente rinunciato a parteciparvi, suscita non poche perplessità in ordine alla legittimità di un istituto all'interno di un ordinamento giuridico che pretende il contraddittorio nella formazione della prova penale. Pur riconoscendo che tale forma di giudizio può costituire una forma di esercizio del diritto di difesa, sarà opportuno prevedere per il processo *in absentia* una dichiarazione esplicita che lo configuri come atto consapevole.

Conclusivamente spetta ora al legislatore scegliere quale strada percorrere per completare il disegno riformatore, ed in particolare agire sul versante del diritto dell'imputato a non essere presente al processo a suo carico, adeguando il sistema ai canoni tradizionali del processo accusatorio o, almeno, sulla possibilità di celebrare il processo in contumacia solo in caso di accertata rinuncia a comparire dell'imputato.

## **2. Avviso di conclusione delle indagini e diritto di traduzione per l'alloggiamento**

### **a) I disorientamenti giurisprudenziali e la soluzione adottata dalle Sezioni unite**

Assodata l'indispensabilità dell'obbligo per il p.m. – nell'ipotesi in cui non intenda chiedere l'archiviazione – di far notificare all'indagato ed al difensore l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, quale indefettibile garanzia affinché l'indagato abbia in concreto l'opportunità di offrire il proprio contributo, argomentativo e conoscitivo, alla rico-

struzione oggetto dei fatti d'imputazione, la sentenza C., S.U., 26.9.2006, Cieslinsky ed altri, in *Mass. Uff.*, 234835, in parte, spazza via i retaggi di una cultura inquisitoria che, impedendo all'imputato di essere avvisato riguardo al procedimento intrapreso a suo carico e negandogli la possibilità di attivarsi per costruire in modo adeguato la sua difesa, aveva di conseguenza relegato nel buio più completo i pilastri su cui oggi poggia l'attuale sistema processuale penale.

Le Sezioni unite hanno colmato la lacuna normativa specifica di un obbligo di tradurre il predetto avviso all'indagato alloggiato, coltivando quel filone giurisprudenziale che, con un atteggiamento maggiormente garantista dei diritti dell'imputato, svolge una vera e propria opera di "concretizzazione giurisprudenziale", inaugurata dalla Corte costituzionale (C. Cost., 19.1.1993, n. 10), alla quale si sono conformate numerose pronunce della Suprema Corte. La ratio di fondo di queste pronunce è dettata dalla superfluità di previsioni specifiche per la piena estensione della garanzia cristallizzata nel 1° co. dell'art. 143 c.p.p., che impone l'obbligo indiscriminato di traduzione degli atti, sia scritti che orali, al fine della comprensione dell'accusa e dell'esercizio delle facoltà di difesa sostanziali. Per cui le ipotesi di omessa notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (C., Sez. I, 22.9.2004, Visciglia, in *ANPP*, 2005, 735; C., Sez. I, 22.5.2003, Mariottini, in *RP*, 2004, 462), di inosservanza delle prescrizioni concernenti lo stesso avviso (C., Sez. VI, 5.6.2003, Rebesch, in *ANPP*, 2004, 582), e finanche di omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari destinato all'indagato che non comprende la lingua italiana (C., Sez. VI, 3.11.2005, Piccolo, in *ANPP*, 2007, 116; C., Sez. IV, 24.11.2005, Ferrante, in *Mass. Uff.*, 233415), determinano una nullità di ordine generale idonea a riverberarsi anche sulla conseguente richiesta di rinvio a giudizio e, in quanto nullità a regime intermedio, da sollevarsi – o rilevabile d'ufficio – prima della deliberazione della sentenza di primo grado.

***b) Omessa traduzione ed effetti con l'opzione del rito abbreviato***

Ma la peculiarità della sentenza delle Sezioni unite (C., S.U., 26.9.2006, Cieslinsky ed altri, cit.) non consiste unicamente nella chiara e precisa enucleazione delle ipotesi di nullità dell'avviso di conclusione delle indagini, ma riguarda la formulazione di un importante limite che deve essere posto alla declaratoria di nullità conseguente all'omessa traduzione dell'avviso previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p.: secondo la suddetta decisione, questa nullità è sanata, a norma dell'art. 183, 1° co., lett. a), c.p.p, dall'acquiescenza prestata dall'imputato mediante la proposizione della richiesta di giudizio abbreviato. Ciò significa che l'eventuale eccezione di nullità per omessa traduzione dell'avviso e della richiesta di rinvio a

giudizio, a prescindere dalla fondatezza della suddetta eccezione, è comunque irrilevante e come tale non ha alcun effetto invalidante nella misura in cui la parte abbia formulato la richiesta di rito abbreviato. Secondo le Sezioni unite, la richiesta di giudizio abbreviato, esprime il disinteresse dell'imputato, ovvero di colui che è titolare del diritto di difesa, all'osservanza della disposizione violata e costituisce una sorta di rinuncia, per fatti concludenti, a far valere la nullità e, conseguentemente viene equiparata ad una sorta di accettazione degli effetti di un atto comunque nullo ed in contrasto con un diritto che, in quanto riconosciuto dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, deve godere di piena espansione.

# Un binomio discusso: sentenza patteggiata e sospensione condizionale della pena

di B. Bocchini

## 1. Il tema di interesse

Questione controversa, su cui si sono registrati considerevoli interventi delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, è rappresentata dalla possibilità, o meno, per la sentenza di patteggiamento di costituire titolo idoneo per la revoca della sospensione condizionale della pena.

Tema vecchio, ma sempre nuovo, che ha costretto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento destinata ad influenzare l'applicazione di una lunga serie di istituti quali – per l'appunto – la sospensione condizionale della pena, le sanzioni amministrative accessorie, la revoca dell'indulto già concessa, nonché – da ultimo e prima del 2003 – la revisione.

Prima di giungere alla soluzione recentemente prospettata dalla giurisprudenza, sembra opportuno puntualizzare come l'orientamento ondavigo mantenuto da quest'ultima (nonché dalla dottrina), oscillante a tratti in soluzioni antitetiche, testimonia i notevoli risvolti pratici della tematica ad oggetto influenzata dalle peculiarità di un rito – il patteggiamento prima ed il patteggiamento allargato poi – i cui effetti complessi prodotti nell'ordinamento non possono che tradursi in una difformità di tesi interpretative.

## 2. Contrasto giurisprudenziale

Un primo indirizzo, sostenitore della sentenza di patteggiamento quale sentenza di condanna idonea a postulare un accertamento della responsabilità penale dell'imputato, aveva trovato autorevoli conferme nelle Sezioni unite (C., S.U., 27.3.1992, Di Benedetto, in CP, 1992, 2060) e nella Corte costituzionale (C. Cost., n. 313 del 1992).

Cosicché, il giudice del patteggiamento, nei casi disciplinati dall'art. 168, 1° co., c.p. (revoca di diritto), poteva, *ex officio*, revocare il

beneficio precedentemente concesso, trattandosi di un effetto promanante dalla disciplina della sospensione condizionale della pena nel campo sostanziale e quindi prescindente dall'accordo delle parti (per tutte C., Sez. IV, 9.11.1995, Pecorini, in Mass. Uff., 203575).

In altre decisioni, ancora, per l'avvenuta assimilazione tra sentenza di condanna e sentenza patteggiata, si decretava come a quest'ultima dovessero seguire gli effetti tipici della sentenza di condanna; donde la revoca del beneficio di cui all'art. 168 c.p.

Solo successivamente, dall'opposto orientamento, negante la possibilità che la sentenza patteggiata potesse essere anche solo implicitamente paragonata ad una sentenza di condanna, un nuovo intervento delle Sezioni unite riapriva i termini della questione configurando la sentenza di patteggiamento quale *tertium genus*, equiparabile alla sentenza di condanna unicamente *quoad poenam* (C., S.U., 8.5.1996, De Leo, in CP, 1996, 3579). Conseguentemente veniva escluso che la decisione *ex art. 444 c.p.p.* potesse costituire titolo idoneo a legittimare la revoca del beneficio di legge, né per ciò che concerneva la revoca di diritto, *ex art. 168, 1° c.p.*, né per quella propriamente discrezionale, *ex art. 168, 2° co., c.p.* (C., S.U., 27.2.1997, Bahrouni, in GG, 1997, 21, 53).

## 3. La risoluzione prospettata

Sempre le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, con recente decisione, sembrano chiudere definitivamente l'annoso scenario prospettato attraverso una risolutiva pronuncia con cui si decreta che la sentenza di patteggiamento, in ragione dell'equiparazione legislativa ad una sentenza di condanna, in mancanza di espresse previsioni in deroga, costituisce titolo idoneo per la revoca della sospensione condizionale della pena

precedentemente concessa (C., S.U., 29.11.2005, Diop, in *Mass. Uff.*, 233518; *conf.* C., S.U., 29.11.2005, Duduman, inedita).

#### **4. Approfondimenti ulteriori**

Non vi sono dubbi alcuni, di converso, sulla possibilità, per il sopraggiungere di una condanna successiva – ma comunque entro i termini di cui all'art. 168, 1° co., c.p. – di revocare la sospensione condizionale della pena concessa in sede di patteggiamento (per tutte, C., Sez. I, 14.1.1999, Zennaro, in *GG*, 1999, 22, 106).

Ed ancora, la sentenza emessa a norma degli artt. 444 e ss. c.p.p. è stata ritenuta ostativa al riconoscimento di una successiva sospensione condizionale della pena travalicante i limiti di cui all'art. 164 c.p. Più specificatamente, il beneficio della sospensione condizionale della pena se già concesso per pena patteggiata, non solo non può essere reiterato in relazione a successiva sentenza, anche di patteggiamento, per fatto anteriormente commesso dalla quale derivi l'applicazione di una pena detentiva che, cumulata con la precedente, superi i limiti fissati dall'art. 163 c.p., ma – nelle medesime condizioni – va

addirittura revocato, in quanto sia il divieto della sua ulteriore concessione *ex art.* 164, 2° co., c.p., sia la revoca per condanna sopravvenuta, *ex art.* 168, 1° co., c.p., prescindono dalla natura del provvedimento che vi abbia dato causa, facendo esclusivo riferimento al fatto dell'irrogazione della pena, che è contenuto nella sentenza di patteggiamento e del quale, pertanto, deve tenersi conto ai predetti fini (C., S.U., 22.11.2003, Sormani, in *CP*, 2001, 2998).

Infine, si discute – premettendo che l'indulto non potrebbe rientrare tra l'accordo delle parti in sede di patteggiamento ed un suo eventuale inserimento verrebbe considerato come non apposto – se con la sentenza emessa *ex art.* 444 c.p.p. il giudice possa revocare un indulto già precedentemente concesso. Ad un primo orientamento che nega tale potere all'organo giurisdizionale (C., Sez. V, 15.6.1999, Larini, in *Mass. Uff.*, 214296; C., Sez. I, 16.10.1995, Delli Carri, in *CP*, 1996, 3422) un secondo, più in linea con il recente intervento delle Sezioni unite, posta l'assimilazione con una sentenza di condanna, prescrive anche per la sentenza patteggiata l'idoneità a revocare l'indulto (C., Sez. IV, 9.3.1992, Avorio, in *Mass. Uff.*, 191636).

## Il giudizio di C. Carini

### 1. Le questioni sotto esame

Per l'anno 2006 e per i primi mesi del 2007 si registrano importanti prese di posizione della giurisprudenza interna e sovranazionale intorno al tema della tutela dei diritti dell'imputato nella fase del giudizio; posizioni che sono destinate a ripercuotersi sugli orientamenti prossimi venturi. Il *trend* appare quello di un'incessante e sempre più attenta ricerca di adeguate risposte all'esigenza concreta che dall'affermazione solenne dei principi del «giusto processo» si passi alla effettiva celebrazione di un processo giusto. Come testimonia, per esempio, in ambito nazionale, la decisiva spinta acceleratoria imposta al processo di adeguamento agli *standard* europei proveniente dalla decisione delle Sezioni unite Dorigo: i principi di diritto in essa enunciati coinvolgono l'intero sistema. Non fa pertanto eccezione il «microcosmo» delle disposizioni afferenti il giudizio: d'ora in avanti, anche rispetto a questa fase, l'interprete non potrà non tener conto del fatto che: i) «Deve considerarsi ormai acquisito, il principio della immediata precettività delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»; ii) «Le sentenze della Corte che dichiarano l'intervenuta violazione delle disposizioni della Convenzione sono direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti, vale a dire sia rispetto allo Stato, che è tenuto a conformarsi al *dictum* della stessa Corte e ad eliminare tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione, sia rispetto al cittadino, al quale non può negarsi il diritto alla riparazione, nella forma pecuniaria ovvero nella forma specifica della «*restitutio in integrum*» mediante la rinnovazione del giudizio diretta a ristabilire il diritto del richiedente ad un «*procès équitable*»; iii) «Il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze pronunciate dalla stessa Corte e, per conseguenza, deve riconoscere il diritto al nuovo

processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura del procedimento penale, l'intangibilità del giudicato» (C., Sez. I, 1.12.2006, P.M. in proc. Dorigo, inedita).

I temi principali hanno riguardato il problema del diritto dell'imputato a partecipare al proprio giudizio ed in particolare la compatibilità con le direttive sovranazionali e costituzionali del processo *in absentia* e il rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova, soprattutto con riferimento alla possibilità dell'imputato di controinterrogare i testimoni a carico. Per quanto riguarda la giurisprudenza delle Sezioni unite della cassazione non sono mancati anche rilevanti interventi in tema di poteri officiosi del giudice in materia di prova; in tema di derubricazione del reato ed oblazione ed infine in tema di nullità della sentenza.

### 2. a) Corte europea dei diritti dell'uomo

Continua la serie – ormai infinita – di condanne inflitte allo Stato italiano per il processo in contumacia: il principio, ribadito a più riprese (cfr. C. eur. 8.2.2007, Kollcaku c. Italia; C. eur. 28.8.2006, Hu c. Italia; C. eur. 1.3.2006, Sejdovic c. Italia), è, in massima sintesi, quello per il quale «viola la disposizione di cui all'art. 6, §§ 1° e 3°, C.e.d.u., la condanna senza avere avuto conoscenza dei procedimenti a proprio carico e, pertanto, senza aver avuto la possibilità di difendersi, nonché di fare riaprire il processo» (C. eur. 8.2.2007, Kollcaku c. Italia).

Ad esse peraltro fanno eco ulteriori pronunce (C. eur., 21.12.2006, Zunic c. Italia; C. eur., 9.6.2005, R.R. c. Italia) che, sempre sul tema della conformità alle direttive sovranazionali del nostro processo *in absentia* e della mancanza di precisi strumenti idonei a far riaprire il processo celebrato in contrasto con le prerogative fondamentali dell'individuo, stigmatizzano i marcati *deficit* di

un'adeguata disciplina transitoria delle innovazioni apportate dalla l. n. 60 del 2005 al rimedio della restituzione nel termine per impugnare (C. eur., 9.6.2005, R.R. c. Italia). Fermi i principi generali testé richiamati, se ne ammettono tuttavia diverse modulazioni in relazione alle regole della procedura e alla tutela di interessi di pari rango sia in ordine alla presenza fisica dell'imputato in udienza che rileva maggiormente se le questioni affrontate siano di fatto, anziché di diritto (C. eur., 18.10.2006, Hermi c. Italia) che all'utilizzo della videoconferenza (C. eur., 5.10.2006, Marcello Viola c. Italia). Sul fronte invece del rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova, non mancano interventi (C. eur., 9.11.2006, Kaste e Mathisen c. Norvegia; C. eur., 19.10.2006, Majadallah c. Italia; C. eur., 20.4.2006, Carta c. Italia) volti a riaffermare la regola in base alla quale la decisione di condanna non può fondarsi esclusivamente su deposizioni rese nel corso delle indagini e da chi si sottrae al controinterrogatorio dell'imputato.

### 3. b) Corte costituzionale

Il processo *in absentia* ha interessato anche il massimo organo di giustizia nazionale. Da segnalare due decisioni (C. Cost., n. 117 del 2007 e C. Cost., n. 33 del 2007), quasi speculari nella *ratio* che le anima (la prima tesa a riaffermare la legittimità del processo in contumacia nei confronti dell'imputato irreperibile mentre la seconda volta a dichiarare l'intagibilità per la Corte di un sistema, quale quello vigente, che non consente il processo in contumacia per fatti diversi ed anteriori nei confronti dell'estradata), e, sebbene si tratti di pronunce di infondatezza e di inammissibilità delle q.l.c. sollevate dai giudici *a quibus*, rendono bene l'idea di come la Consulta intenda il problema alla luce delle norme costituzionali e sovranazionali. Nella decisione più recente, nel dichiarare infondata, in riferimento agli artt. 3, 10, 1° co., 97, 1° co., e 111, co. 2°, 3° e 4°, Cost., la q.l.c. degli artt. 159, 160, 420 *quater*, 1° co., e 484 c.p.p., nella parte in cui non prevedono

la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità, la Corte sembra concludere – in termini invero non proprio convincenti – per una sostanziale compatibilità delle norme codicistiche con quelle costituzionali e sovranazionali.

Nell'altra decisione, il Giudice delle leggi affronta il problema di un'asserita incompatibilità costituzionale delle norme del codice di rito nella parte in cui non prevederebbero un'ulteriore ipotesi di giudizio in contumacia nei confronti dell'imputato estradata per fatti diversi ed anteriori alla sua consegna.

Non sono mancati interventi del massimo consesso sul tema della prova e del contraddittorio nella sua formazione. In particolare, si segnala una pronuncia (C. Cost., n. 92 del 2006), che, ancorché di inammissibilità, può essere letta in combinazione con una decisione delle Sezioni unite della cassazione (v. *infra*) che riguarda il problema – più volte dibattuto in dottrina come in giurisprudenza – della compatibilità con il quadro costituzionale del giusto processo dei poteri officiosi del giudice in materia di prova. In un passaggio la Consulta, nel respingere perché contraddittorie (ma sotto questo profilo ci sentiamo di esprimere qualche riserva) le doglianze del giudice *a quo*, lascia intendere come il problema debba essere valutato tenendo conto del fatto che già la stessa Corte si era pronunciata nel lontano 1993 sull'art. 507 c.p.p., mandandolo indenne da censure di incostituzionalità. Le conclusioni a trarne sembrano suonare come un avvertimento *pro futuro*: con la precedenza sentenza bisogna comunque fare i conti; se si decide di prescindervi occorrerà dire perché la stessa non possa dirsi più attuale; dopodiché, si potrà pure valutare la compatibilità della norma impugnata; altrimenti, non vi potrà essere spazio per alcuna pronuncia di incostituzionalità.

In una pronuncia di poco successiva (C. Cost., n. 112 del 2006), la Consulta è tornata ad occuparsi (cfr. C. Cost., ord. n. 164 del 2003) di una q.l.c., sollevata in riferimento



agli artt. 3 e 111 Cost., dell'art. 512 c.p.p. nella parte in cui non consentirebbe di dare lettura, in dibattimento, delle dichiarazioni già rese al giudice per le indagini preliminari da soggetto che, successivamente, abbia assunto la veste di testimone assistito ai sensi dell'art. 197 *bis* c.p.p. e delle quali sia sopravvenuta l'impossibilità di ripetizione. La Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione.

#### **4. c) Sezioni unite**

Da segnalare è innanzitutto un intervento delle Sezioni unite (C., S.U., 17.10.2006, Greco, n. 41281) sul tema dei poteri officiosi del giudice del dibattimento in materia di prova. La pronuncia assume particolare rilevanza poiché ripropone e risolve una problematica su cui erano già intervenute le stesse Sezioni unite nel lontano 1992 (cfr. C., S.U., 6.11.1992, Martin, n. 1227) e poco dopo la Corte costituzionale (cfr. C. Cost. n. 111 del 1993; v. anche *supra*) e lo fa ora però dovendo tener conto del mutato quadro costituzionale di riferimento. La soluzione a cui perviene la massima istanza di giurisdizione non si discosta da quella propugnata a suo tempo.

A questa conclusione sono giunte sulla premessa che la disciplina processuale, seppure fortemente ispirata al modello del processo di parti, non ha accolto integralmente il principio dispositivo in materia di prove. Hanno quindi osservato che la riforma costituzionale dell'art. 111 in tema di "giusto processo" ha accentuato il principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, che connota il processo accusatorio, ma non ha in alcun modo avuto riguardo al principio dispositivo della prova. Nemmeno il carattere necessario della terzietà del giudice, sarebbe messo in gioco dal riconoscimento del potere giudiziale di colmare di propria iniziativa le lacune e le insufficienze del materiale probatorio, trattandosi di potere il cui esercizio è direttamente funzionale ad assicurare la completezza dell'accertamento, condizione necessaria di una decisione equa e aderente ai fatti. Ciò concorrerebbe a carat-

terizzare un processo veramente "giusto" e ad assicurare effettività al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, nella misura in cui consente un costante controllo sull'esercizio dei poteri di iniziativa del pubblico ministero. La tesi contraria, del limite ai poteri giudiziali, costituito dalla necessità che vi sia stata assunzione delle prove e non vi sia stata inerzia delle parti, non avrebbe peraltro fondamento nella direttiva 73 della legge delega, che, nel prevedere siffatto potere, non fa cenno al limite che ora si vorrebbe introdurre per via d'interpretazione. L'inciso normativo dell'art. 507 c.p.p., «terminata l'acquisizione delle prove...» non segnerebbe il momento di inizio per il legittimo esercizio dei poteri giudiziali di assunzione probatoria, ma più semplicemente delinea l'ordinario contesto in cui questo si colloca, senza porre un divieto per il caso in cui acquisizione di prove su iniziativa delle parti non vi sia stata. Il potere giudiziale d'iniziativa probatoria troverebbe, per contro, i presupposti di legittimità – che ne impediscono un uso troppo esteso e arbitrario – da un lato nell'assoluta necessità dell'assunzione della prova, che deve avere il carattere della decisività, e nelle prospettazioni delle parti entro le quali esso deve essere esercitato, non potendo mirare alla conferma di una diversa ricostruzione rispetto a quella che le parti hanno proposto, e dall'altro nelle norme che pongono divieti probatori. Sembrerebbe ovvio, infine, l'assunto per cui le parti conservano integro il potere di chiedere, a norma dell'art. 495, 2° co., c.p.p., l'ammissione dei nuovi mezzi di prova che si siano resi necessari a seguito dell'integrazione probatoria disposta d'ufficio.

Sempre con riferimento al tema della prova e del rispetto del contraddittorio nella sua formazione, le stesse Sezioni unite intervengono a risolvere un contrasto sull'ascrivibilità alla categoria degli atti irripetibili della relazione di servizio della polizia giudiziaria, partendo dal condivisibile presupposto che per rispondere al quesito deve aversi riguardo non alla denominazione dell'atto come "relazione di servizio", quanto piuttosto al suo contenuto

---

specifico, e cioè all'oggetto che si è inteso documentare (C., S.U., 17.10.2006, Greco, n. 41281).

L'intervento delle Sezioni unite è stato provocato anche sulla delicata problematica – in ordine alla quale hanno avuto modo di pronunciarsi tanto la Corte europea dei diritti dell'uomo che la Corte costituzionale (v. *supra*) – del diritto dell'imputato a partecipare al processo. In particolare, il tema della corretta dichiarazione di contumacia dell'imputato è stato affrontato in due decisioni (C., S.U., 26.9.2006, Arena, n. 37483; C., S.U., 28.2.2006, Grassia, n. 8285): la prima relativa alla riconducibilità nel concetto di legitti-

mo impedimento dell'imputato della sua detenzione per altra causa; la seconda relativa al procedimento da seguire per la dichiarazione di contumacia dell'imputato in presenza di un legittimo impedimento del difensore di fiducia.

Peraltro, sempre le Sezioni unite, con decisione di poco successiva (C., S.U., 27.6.2006, Passamani, n. 31461), escludono che il legittimo impedimento del difensore possa costituire causa di rinvio dell'udienza con riguardo agli altri procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare, ivi compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria.

## Il giudizio a citazione diretta

di G. Sambuco

### 1. Le questioni in esame

Il rinvio operato dal legislatore relativamente al procedimento avanti al tribunale monocratico, ai libri precedenti, rendono assai esigue le novità giurisprudenziali realmente significative.

Merita segnalazione una sentenza delle Sezioni unite che fissa il *dies* al quale fare riferimento per determinare la competenza per materia relativa al reato di guida in stato di ebbrezza, dopo il “rimballo” tribunale monocratico/giudice di pace/tribunale monocratico, definitivamente risolto con l. 1.8.2003, n. 214 (C., S.U., 17.1.2006, Timofte, in *Mass. Uff.*, 232592).

In ordine ai criteri di riapertura delle indagini nel procedimento a carico di ignoti, le Sezioni unite hanno escluso la necessità dell'intervento del G.i.p. (C., S.U., 28.3.2006, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lamezia Terme in proc. ignoti, in *Mass. Uff.*, 233198).

La Corte costituzionale, invece, ha risolto, dichiarandone la manifesta infondatezza, la delicata questione relativa all'incompatibilità a giudicare del giudice che abbia respinto *in limine litis* la richiesta di giudizio abbreviato condizionato (C. Cost., 19.12.2006, n. 433).

# Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento: il Legislatore crea, la Consulta distrugge

di B. Bocchini

## 1. La «Legge Pecorella» al vaglio della Consulta

Il sistema della impugnazioni penali, pur tra le resistenze di alcuni e il favoritismo di altri, ha ricevuto con l. 20.2.2006, n. 46, rubricata «Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento», un indubbio “scossone” legislativo; ma nulla sarebbe stato a confronto del recente intervento della Consulta volto, pur con evidenti storture formali e sostanziali, a decretare l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 111, 2° co., Cost., tanto, dell’art. 1 l. n. 46 del 2006 nella parte in cui, sostituendo l’art. 593 c.p.p., esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall’art. 603, 2° co., c.p.p. se la nuova prova è decisiva; quanto, dell’art. 10, 2° co., l. n. 46 del 2006, nella parte in cui prevede che l’appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile (C. Cost., n. 26 del 2007).

Con un percorso argomentativo analogo, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 2 l. n. 46 del 2006 nella parte in cui, modificando l’art. 443, 1° co., c.p.p., esclude che il p.m. possa appellare le sentenze di proscioglimento emesse all’esito del giudizio abbreviato (C. Cost., 10.7.2007, n. 320). Così come nel giudizio di legittimità dell’art. 593 c.p.p., anche la norma transitoria prevista dall’art. 10, 2° co., l. n. 46 del 2006 in riferimento al rito abbreviato non ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale (C. Cost., 10.7.2007, n. 320).

Combinando insieme le novità introdotte dalla sopra citata novella legislativa e le “amputazioni” operate a quest’ultima dalla pro-

nuncia del Giudice delle Leggi, il risultato ottenuto ha del paradossale: in stridente violazione dei principi cardine di un giusto processo, primo fra tutti quello della “parità delle armi” tra accusa e difesa, l’unico limite a permanere, per appellare le sentenze di proscioglimento nei termini di cui all’attuale formulazione dell’art. 593, 2° co., c.p.p., è quello che incombe sull’imputato.

Una soluzione che lascia aperti scenari nuovi e, forse, tutti da comprendere ma che nella loro dissidenza, almeno ad oggi, nulla di buono inducono a prospettare.

## 2. I termini del problema: il principio del contraddittorio violato

Tralasciando l’apodittica affermazione che si legge in sentenza, per la quale il p.m. sarebbe un «un organo pubblico che agisce nell’esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi» (C. Cost., n. 26 del 2007), in evidente e stridente contrasto con la stessa *ratio* del processo penale italiano che, oltre a non vedere – diversamente da altri ordinamenti – lo Stato (e dunque chi costituisce il portatore degli interessi collettivi) procedere ad ogni costo e con qualsiasi mezzo contro il “colpevole”, identifica *claris verbis* nella figura istituzionale del p.m. il ruolo di accertare «fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» (art. 358 c.p.p.), quello che desta maggiori perplessità è la presa d’atto di un presunto riconoscimento del «principio di parità delle parti» addirittura «già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali» ed in particolare nel dettame dell’art. 111, 2° co., Cost.

L’evidente pasticcio terminologico in cui è incorsa la Consulta, intollerabile frutto di un’ingiustificata assimilazione del principio della “parità delle parti in senso formale” (tra le tante contraddette dal nostro intero assetto codicistico) con quello (il solo e il

vero garantito in Costituzione) della “parità delle armi” (nel senso di ragionevole possibilità per imputato e p.m. di contraddire in condizioni di parità per influire sul libero convincimento di un giudice terzo ed imparziale), non sembra poter essere messo in discussione, soprattutto ove comparato con un precedente, ma sempre attuale, orientamento in cui si dava atto di come il principio di parità delle parti «non comporta una necessaria identità tra i poteri processuali del p.m. e quelli dell'imputato» (C. Cost., n. 115 del 2001; in senso conforme: C. Cost., n. 381 del 1999; C. Cost., n. 412 del 1999) e che a maggior ragione il processo penale è segnata «dall'ineliminabile squilibrio delle posizioni» della parte privata e di quella pubblica (C. Cost., n. 286 del 2003).

### **3. Disciplina transitoria: l'efficacia della pronuncia nei procedimenti in corso**

La declaratoria di incostituzionalità che ha colpito la norma di cui all'art. 10, 2° co., l. n. 46 del 2006, rischia di creare non pochi problemi di diritto transitorio. Stante l'applicabilità, o meno, della regola del *tempus regit actum*, ai fini della determinazione dell'effetto – generalmente retroattivo – della pronuncia di illegittimità costituzionale sui procedimenti oggi pendenti sembrano delinearsi due ambivalenti orientamenti (cfr. C., Sez. I, 11.4.2006, Elia, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); C., Sez. I, 9.5.2006, P.G. in proc. Proteasa, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)).

Se vero è che la disciplina transitoria della citata legge, che ne prevede l'applicazione ai procedimenti in corso, trova un limite nell'eventuale, precedente, definizione della fase processuale rilevante (in questi termini, C., Sez. IV, 14.6.2006, Gresti, in *Mass. Uff.*, 234912), secondo un primo indirizzo, stante la pedissequa applicazione della regola del *tempus regit actum*, nel tempo intercorrente tra l'entrata in vigore della Legge Pecorella e la declaratoria di incostituzionalità, il ricorso proposto dal p.m. in sostituzione dell'appello, deve essere sottoposto, a tutt'oggi, alla cognizione, e dunque deciso, dalla Corte di Cassazione senza alcuna possibilità che esso

sia ritrasmesso alla Corte territoriale che sarebbe stata competente per l'appello (C., Sez. IV, 7.2.2007, P.G. in proc. D'Erminio ed altri, inedita; C., Sez. IV, 7.2.2007, P.G. in proc. D'Erminio ed altri, inedita).

Di diverso tenore un altro filone di legittimità che nel demandarsi «quale decisione la Corte di Cassazione debba adottare, dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 10, 2° co., l. n. 46 del 2006, sul ricorso proposto dalla pubblica accusa nell'ipotesi in cui la Corte territoriale abbia dichiarato inammissibile l'appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa prima della data di entrata in vigore della legge suindicata» ha optato per l'annullamento «senza rinvio dell'ordinanza di inammissibilità con trasmissione degli atti alla Corte territoriale per il giudizio di appello» (C., Sez. I, 14.2.2007, Rasulow, inedita; in senso conforme: C., Sez. V, 13.3.2007, P.M. in proc. Vitale, inedita).

In argomento, altresì, per stabilire «quali siano gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2007 nel caso di dichiarazione di inammissibilità dell'appello proposto dal p.m. contro la sentenza di proscioglimento e di successivo ricorso per cassazione», è stato decretato che «la dichiarazione di inammissibilità deve essere annullata e il ricorso deve essere dichiarato inammissibile con trasmissione degli atti alla Corte d'Appello per il giudizio di appello. La Corte ha ritenuto che «nonostante la dichiarazione di inammissibilità dell'appello fosse per legge inoppugnabile, il rapporto non potesse considerarsi esaurito perché il giudizio di impugnazione in cassazione trovava fondamento nell'ordinanza di inammissibilità e nella conseguente notificazione ai fini della proposizione entro 45 giorni del ricorso. L'invalidazione della norma per incostituzionalità non può non comportare l'inammissibilità del ricorso per cassazione (che solo in quella poteva trovare fondamento) e la reviviscenza dell'appello» (C., Sez. VI, 16.2.2007, P.M. in proc. Berlusconi ed altri, inedita; in senso conforme: C., Sez. VI, 13.2.2007, Voltarella, inedita).

Di certo, le soluzioni da ultimo prospettate suscitano non poche perplessità, a testimonianza di una disciplina che farà ancora parlare di sé per molto tempo.

#### **4. L'impugnazione della parte civile**

Una ulteriore questione di costituzionalità, conclusasi con una declaratoria di manifesta inammissibilità è stata, infine, sollevata in merito alla norma di cui all'art. 576 c.p.p., come modificata dall'art. 6 l. n. 46 del 2006, per presunto contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui esclude che la parte civile possa proporre appello contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato. Del pari, e con medesima pronuncia, è stata dichiarata manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 l. n. 46 del 2006, nella parte in cui prevede

solo a favore dell'imputato e del pubblico ministero, e non anche della parte civile, una "restituzione in termini" per proporre ricorso per cassazione, di seguito alla declaratoria di inammissibilità dell'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento, anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost. (C. Cost., n. 32 del 2007).

Da, ciò e conformemente è stato ritenuto, in giurisprudenza, che la novella dell'art. 593 c.p.p., con la previsione della inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, non ha fatto venire meno in capo alla parte civile il potere di appello, ai soli effetti della responsabilità civile, delle sentenze di proscioglimento, secondo quanto previsto dall'art. 576 c.p.p. (per tutte C., Sez. III, 11.5.2006, in *Mass. Uff.*, 234156).

## Le novità in tema di esecuzione

di S. Furfaro

### 1. Sul «giudicato»

L'evoluzione della giurisprudenza della S.C. di cassazione propende verso la concezione del giudicato aperto, almeno laddove siano in discussione diritti e interessi primari del condannato, sulla scia delle già note decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel senso che, una volta constatata la violazione dell'art. 6 C.e.d.u., deve essere concessa all'imputato la possibilità di ottenere la rinnovazione del processo (in questo senso, v. già C., Sez. V, 15.11.2006, Cat Berro, in *Mass. Uff.*, 235446). Il Consiglio d'Europa ha più volte richiamato lo Stato italiano a riconoscere al condannato, attraverso la riapertura del processo, il diritto ad un «*procès équitable*». Di recente, la Corte di Cassazione, superando precedenti incertezze, ha stabilito che il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in accoglimento del ricorso proposto dal condannato, abbia riconosciuto il carattere non equo del processo, escludendo che l'autorità del pregresso giudicato svoltosi nel rispetto della normativa processuale interna possa essere invocata quale giustificazione per negare il diritto al nuovo processo. La Corte di Cassazione, dopo avere ritenuto «assolutamente inaccettabile» che la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante delle decisioni della Corte europea fosse posta in discussione dall'assenza nell'ordinamento interno di un rimedio, ha ribadito che l'obbligo «positivo», derivante da una sentenza della Corte europea, di ripristinare una procedura rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione allo specifico fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli verificatesi in dipendenza della violazione accertata, incombe su tutti

gli organi dello Stato, compresi quelli investiti del potere giurisdizionale: la «essenziale correlazione» esistente tra il carattere equo del processo (art. 6 C.e.d.u.) e la regolarità della condanna che può legittimare (art. 5 C.e.d.u.) la restrizione della libertà personale, impedisce di considerare «legittima e regolare» una detenzione fondata su una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale siano state concretate violazioni delle regole del giusto processo accertate dalla Corte europea, sì da rendere non «*équitable*» non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia di condanna (C., Sez. I, 1.12.2006, P.M. in proc. Dorigo, n. 2800). C., Sez. I, 12.7.2006, Somogyi, in *Mass. Uff.*, 235035, ha riconosciuto che in materia di violazione dei diritti umani (e in particolare in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa), il giudice nazionale italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato, sul presupposto che alla piena giurisdizionalizzazione, anche a livello sovranazionale dei diritti fondamentali, ha corrisposto analoga evoluzione della incisività della tutela e della individuazione dei rimedi, come si desume dalle decisioni della Corte europea, che, mentre in passato contenevano una generica condanna dello Stato soccombente al pagamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (art. 41 C.e.d.u.) attualmente richiedono una integrale «*restituito in integrum*», costituente una precisa obbligazione dello Stato inadempiente, cui può fare seguito, in caso di inadempienza, una procedura di infrazione.

Sull'importante tema dei rapporti tra la sentenza della Corte europea che ha accertato il carattere non equo del processo ed il giudicato emesso nel procedimento nazionale all'esito del suddetto processo il confronto è comunque tuttora aperto proprio in ordine all'incidenza sul titolo esecutivo (e sullo stato di carcerazione) dell'affermata effettività della decisione sovranazionale. In tema di giudizio contumaciale, infatti, pur riconoscendo all'imputato il diritto alla restituzione nel termine, C., Sez. V, 15.11.2006, n. 4395, ha ritenuto che l'esecuzione della sentenza (e quindi la detenzione della persona condannata) non possa venir meno per la sola pronuncia della Corte europea, qualora, come appunto nel caso del procedimento contumaciale, esista nel nostro ordinamento il rimedio per consentire all'interessato la rinnovazione del giudizio.

In tema di superamento del principio di intangibilità del giudicato si segnala C., S.U., 20.12.2005, Catanzaro, in *Mass. Uff.*, 232610, in tema di revoca per "*abolitio criminis*" di precedente sentenza ostativa alla concessione della sospensione condizionale della pena: qualora pronunci, per intervenuta "*abolitio criminis*", ordinanza di revoca di precedenti condanne le quali siano state a suo tempo di ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna, nell'ambito dei "provvedimenti conseguenti" alla suddetta pronuncia, il giudice dell'esecuzione può concedere il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall'art. 164, 1° co., c.p., sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche di elementi sopravvenuti. L'art. 673 c.p.p. introduce, infatti, una deroga specifica alla regola tradizionale dell'immodificabilità della *res iudicata*, dal momento che la previsione dell'adozione, ad opera del giudice dell'esecuzione, di "provvedimenti conseguenti" alla revoca della sentenza di condanna per abolizione del reato, postula necessariamente l'esercizio di attività che traggono diretto e puntuale titolo dalla medesima disposizione;

la norma in discorso implica, per necessità, l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di adottare tutte le misure occorrenti per la totale rimozione degli effetti penali della condanna, con il solo limite degli effetti divenuti nel frattempo irreversibili.

Quanto agli effetti preclusivi *ex art. 649, 2° co., c.p.p.* va segnalata C., S.U., 28.6.2005, Donati, in *Mass. Uff.*, 231799, che ha ribadito come, – ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona – non possa essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali sia già pendente un processo (anche se in fasi o gradi diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., con la conseguenza che nel procedimento eventualmente duplicato deve essere disposta l'archiviazione oppure, nel caso in cui l'azione sia stata esercitata, deve essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. In casi del genere, la non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal p.m., e riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente.

## **2. Sull'esecuzione delle pene detentive e sulla determinazione di esse**

In tema di divieti alla sospensione dell'esecuzione nel caso di condanna per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, l. 26.7.1975 n. 354, C., S.U., 30.5.2006, P.G. in proc. Aloï, in *Mass. Uff.*, 233975, ha ritenuto che il divieto previsto dall'art. 656, 9° co., lett. a),



c.p.p. non opera quando, trattandosi di delitti indicati in detta seconda disposizione soltanto come reati-fine di un'associazione per delinquere, non vi sia stata condanna per quest'ultimo reato.

In relazione all'estensione del divieto alla sospensione nei confronti dei recidivi introdotto dalla l. 5.12.2005, n. 251, C., Sez. I, 21.9.2006, n. 33075, ha stabilito che il divieto sancito dall'art. 656, 9° co., lett. c), c.p.p. (norma di natura processuale) è immediatamente applicabile ai procedimenti in corso, ma perché operi la preclusione alla sospensione dell'esecuzione della pena costituita in caso di recidiva di cui all'art. 99, 4° co., c.p., è necessario che la stessa sia stata "applicata" dal giudice della cognizione: condizione, questa, insussistente qualora risulti genericamente contestata la recidiva di cui all'art. 99 c.p., senza ulteriori specificazioni con riguardo alle situazioni fattuali previste dal 4° co., in ordine alle quali il condannato non si sia potuto difendere.

Le modifiche introdotte dalla l. n. 251 del 2005 sono state oggetto di altra pronuncia concernente la determinazione della pena in ipotesi di applicazione "*in executivis*" del vincolo della continuazione. La Corte di Cassazione (C., Sez. I, 10.1.2007, n. 3656), infatti, ha deciso che per effetto delle modifiche introdotte alla disciplina dell'art. 671, co. 2° *bis*, c.p.p. dall'art. 5 l. n. 251 del 2005, alla disciplina della continuazione in sede esecutiva, quando riguarda condanne per le quali deve ritenersi applicata la recidiva prevista dall'art. 99, 4° co., c.p., come modificata dall'art. 4 stessa legge, deve seguire il principio secondo cui l'aumento della pena non può essere inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave; conseguentemente, qualora tale calcolo porti ad individuare una pena superiore a quella inflitta dal giudice di merito per il reato meno grave, l'aumento in continuazione non potrà che essere determinato dal giudice dell'esecuzione come cumulo materiale delle pene inflitte con le due condanne.

### **3. Sui poteri della magistratura di sorveglianza e i benefici penitenziari**

Cade per decisione della Consulta (C. Cost., 16.3.2007, n. 79) l'indiscriminata retroattività delle nuove preclusioni stabilite per l'accesso ai benefici penitenziari: la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo. Le diverse valutazioni di carattere generale e preventivo, operate dal legislatore in ordine alla previsione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, secondo la Corte costituzionale, non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato. Pertanto il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei co. 1° e 7° *bis* dell'art. 58 *quater* l. 26.7.1975, n. 375, introdotti dall'art. 7, co. 6° e 7°, l. n. 251 del 2005, nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata l. n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

Sui poteri del Giudice di sorveglianza, invece, la Corte di Cassazione (C., Sez. I, 8.3.2007, n. 11273) ha stabilito che ai sensi dell'art. 679 c.p.p. è possibile per il magistrato di sorveglianza modificare una misura di sicurezza terapeutica, quale l'assegnazione ad una casa di cura, applicata dal giudice di merito, previo riconoscimento del vizio parziale di mente, con altra misura di sicurezza ordinaria, quale l'assegnazione a una casa di lavoro, qualora accerti il venir meno dell'infermità mentale del condannato e la persistenza della sua pericolosità sociale. La Corte, nel caso, ha ritenuto che la disciplina di cui all'art. 212 c.p. vada correlata con quella degli artt. 69 ord. penit. e 679 c.p.p., che consentono sempre alla magistratura di sorveglianza di disporre l'applicazione di misure di sicurezza anche quando il giudice di merito ne abbia applicate altre con la sentenza di condanna.

# Il controverso rapporto tra estradizione e custodia cautelare

di N. La Rocca

## 1. In premessa generale

Le questioni interpretative che hanno impegnato la giurisprudenza, sia interna che sovranazionale, in una materia assai ostica e non sempre uniforme nei risvolti pratici, quale quella dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, permettono di scongiurare ogni polemica in materia di custodia preventiva, e di durata della stessa, privilegiando scelte volte a tutelare i diritti e le libertà del soggetto coinvolto nella procedura estradizionale.

L'assolutezza di fondamentali garanzie incide sull'esercizio delle potestà attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento, titolari di una funzione giurisdizionale che si rivela vana e labile nel momento in cui alla lesione dei diritti e delle tutele dei singoli non corrisponde un sistema di controlli e rimedi: guidata da tale linea interpretativa, la giurisprudenza di legittimità, con l'ausilio di quella strasburghese, ha certamente posto, seppur non definitivamente – data la consistenza delle lacune legislative che attanagliano il sistema codicistico e convenzionale in materia – dei punti fermi sulla ragionevolezza ed opportunità della custodia cautelare nei confronti dell'estradando.

## 2. Sospensione dell'estradizione e custodia cautelare *sine titulo*

La materia dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere, regolata da valutazioni soggettive non sempre uniformi, nella diversità di momenti storico-politici, costituisce spesso banco di prova di legalità e legittimità relativamente ai provvedimenti che decidono la sorte del soggetto sottoposto ad estradizione. Spesso in materia di rapporti tra Stati si assiste al sovrapporsi di tutta una serie di problematiche inerenti l'ortodosso bilanciamento della solidarietà internazionale con i disparati principi (tutti fondamentali ed inviolabili) della presunzione di non colpevo-

lezza o della inviolabilità della libertà personale, e ad ogni lesione eventuale a tali principi-diritti, dovrebbe inevitabilmente corrispondere un rimedio, ma non sempre tale rimedio esiste.

Può accadere, infatti, che il decreto ministeriale di estradizione non corrisponda ai canoni di legalità che dovrebbero caratterizzarlo ed un giudice superiore, sindacandolo, può annullarlo e sospendere la procedura estradizionale.

*Quid iuris* nel caso di sospensione dell'estradizione per annullamento del decreto ministeriale illegittimo e quale la sorte della libertà personale del soggetto coinvolto, sottoposto a custodia cautelare?

### a) La lacuna normativa

Nessun rimedio è offerto al soggetto in stato di custodia preventiva *sine titulo*, né dalle norme codicistiche, né da quelle convenzionali. Allo stato attuale, una volta che sia sospesa l'esecuzione dell'estradizione dal giudice amministrativo, manca una regola che fissi sorte e, quindi, durata della custodia estradizionale e risulta evidente come una durata della coercizione personale che possa protrarsi senza limiti temporali legalmente definiti in relazione all'andamento di altre procedure (quale può essere la decisione sulla consegna), delle quali non è prevedibile in modo assolutamente certo il tempo di definizione, risulti incompatibile con l'art. 13 Cost., posto a presidio del regime di custodia cautelare anche relativamente all'estradizione.

### b) La soluzione giurisprudenziale offerta

Con C., S.U., 28.11.2006, Stosic, in *Mass. Uff.*, 234917, il giudice di legittimità ha apportato un intervento garantista e riparatore, evidenziando la lacuna normativa che sminuisce l'apparato codicistico estradizionale, mancante di una soluzione alla lesione del

diritto tutelato dall'art. 13 Cost. Si è, pertanto, stabilito che, qualora vi sia una sospensione, a norma dell'art. 709 c.p.p., l'esecuzione dell'extradizione "a soddisfatta giustizia italiana", non sono applicabili alle misure coercitive in corso di esecuzione all'atto della sospensione i termini di durata massima previsti dagli artt. 303, 4° co., e 308 c.p.p. Tali misure devono, di conseguenza, essere revocate per l'assenza di una previsione normativa che ne legittimi il permanere anche durante il periodo in cui l'esecuzione dell'extradizione resti sospesa. Il tutto in ragione di una visione della custodia cautelare – o carcerazione preventiva – formatasi nel diritto vivente soprattutto a partire dai fondamentali interventi della Corte costituzionale che hanno specificato la natura servente della carcerazione preventiva intesa quale temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva (C. Cost., 23.4.1970, n. 64).

A preludio della pronuncia in commento se ne pone una ulteriore che ha, in maniera ancora più specifica, arginato le incertezze operative sul da farsi in ipotesi di sospensione della procedura estradizionale e regime di custodia cautelare *sine titulo*. Ad oggi, infatti, se l'efficacia del decreto di estradizione viene sospesa da un'ordinanza del giudice amministrativo emessa mentre è già iniziata la fase della consegna, e alla consegna non si fa luogo proprio in ragione di tale pronuncia, l'extradando, se detenuto, deve essere rimesso in libertà, perché la legge non prevede l'intervento del giudice amministrativo come causa di sospensione o di proroga dei termini della misura restrittiva applicata, che non possono in alcun caso superare quelli inderogabili previsti per la consegna (C., Sez. VI, 20.3.2007, Cipriani, in *Mass. Uff.*, 233738).

### **3. La disciplina corrispondente in tema di mandato d'arresto europeo**

L'esigenza di contenere in tempi esigui e limitati la durata della custodia cautelare ante-consegna nei rapporti giurisdizionali penali tra Stati, ha caratterizzato, oltre a quelli già illustrati, altri interventi della giurisprudenza di legittimità, inerenti la procedura di cooperazione tra Stati UE del mandato d'arresto europeo.

C., S.U., 30.1.2007, Ramoci, in *Mass. Uff.* 235351, oltre a stabilire che non costituisce presupposto per l'ammissibilità di una pronuncia positiva alla consegna l'acquisizione in copia autentica del provvedimento cautelare (o di ogni altro atto proveniente dall'autorità estera), essendo sufficiente a garantire la conformità all'originale che la copia sia stata trasmessa in via ufficiale dall'autorità giudiziaria emittente al Ministero della giustizia, organo deputato alla ricezione amministrativa dei mandati d'arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa, con riguardo alla previsione dell'art. 18, lett. e), l. 22 aprile 2005, n. 69, che stabilisce il rifiuto della consegna «se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva», ha imposto all'autorità giudiziaria italiana di verificare se nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della misura cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia in ogni caso desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia o, in alternativa, alla estinzione della stessa.

# Il processo penale contro gli enti collettivi

di C. Santoriello

## 1. Premessa

Gli interventi della Cassazione in ordine alla normativa in tema di processo avverso le persone giuridiche, *ex* d.l.g. n. 231 del 2001, hanno avuto ad oggetto in maniera pressoché esclusiva la **disciplina delle misure cautelari**, sia con riferimento a quelle di natura interdittiva, che in ordine a provvedimenti cautelari reali.

Unica eccezione, una decisione con cui la Cassazione ha precisato le nozioni di **interesse e vantaggio della società** coinvolta nel procedimento penale (C., Sez. II, 20.12.2005, D'Azzo).

## 2. Le misure cautelari reali

Relativamente alle misure cautelari reali, diverse decisioni hanno avuto ad oggetto l'istituto della **confisca** e la sua applicabilità nel processo avverso gli enti collettivi.

In proposito, la Cassazione ha in primo luogo precisato la non applicabilità dell'istituto della confisca per equivalente al processo a carico degli enti (C., Sez. II, 21.12.2006, Spera; C., Sez. II, 12.12.2006, Idea Standard Italia S.r.l.).

Quanto ai **presupposti per l'adozione del sequestro preventivo dei beni di cui è obbligatoria la confisca**, laddove il provvedimento coercitivo faccia riferimento, secondo il disposto dall'art. 19 d.l.g. n. 231 del 2001, dei beni che costituiscono prezzo e profitto del reato, «non occorre la prova della sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità, né il *“periculum”* richiesto per il sequestro preventivo di cui all'art. 321, 1° co., c.p.p., essendo sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato» (C., Sez. II, 16.12.2006, Miritello). Tale conclusione si giustifica in quanto l'istituto della confisca, nel sistema della responsabilità parapenale delle società, non ha solo un carattere punitivo. Posto infatti che tale

misura, ai sensi dell'art. 6, 5° co., d.l.g. n. 231 del 2001, può essere adottata anche nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto collocato in posizione apicale ma l'ente non debba rispondere dell'illecito posto in essere nel suo interesse o a suo vantaggio, è evidente che in tale ipotesi la confisca perde il suo carattere afflittivo-punitivo, per acquisire la fisionomia di uno strumento di compensazione dell'equilibrio economico violato.

Va inoltre sottolineata la estrema valenza deterrente della misura in parola, e ciò in dipendenza di due ulteriori profili particolari che differenziano la disciplina della confisca dettata nel decreto legislativo del 2001 rispetto alla normativa generale. Innanzitutto, in base a quanto dispone l'art. 19 d.l.g. n. 231 del 2001, la confisca in parola è sempre obbligatoria, non solo quando ha ad oggetto il prezzo del reato, ma anche quando ha ad oggetto il profitto del reato, intendendosi per profitto l'utilità economica immediata ricavata dal reato stesso: è evidente come il carattere obbligatorio della sanzione ne valorizzi la capacità di deterrenza. Sempre poi nell'ottica di consentire un maggior ricorso a tale modalità sanzionatoria dei comportamenti illeciti, il citato art. 19 dispone che laddove non sia possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto del reato, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato: è la cosiddetta confisca per equivalente, tesa a rafforzare l'azione di contrasto nei confronti della criminalità che affonda le proprie radici nel profitto, disciplinata dal citato art. 19, 2° co., d.l.g. n. 231 del 2001.

In relazione alla possibilità di procedere a sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme rappresentanti il profitto di reato commesso nell'interesse della persona giuridica, la Cassazione ha sostenuto che tale

provvedimento ablatorio può essere assunto anche nei confronti di singole **persone fisiche** (C., Sez. II, 20.12.2006, Galasso).

### **3. Le misure cautelari interdittive**

Con riferimento alle sanzioni interdittive, la Cassazione ha in primo luogo ribadito che anche nel processo contro gli enti vige il **principio di legalità** in tema di misure cautelari applicabili (C., Sez. II, 12.3.2007, D'Alessio).

Quanto ai **presupposti** per l'applicazione delle misure cautelari interdittive, ed in particolare in ordine alla valutazione dei **gravi indizi**, la Cassazione ha precisato che «la valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi deve essere riferita alla fattispecie complessa che integra l'illecito stesso. Pertanto l'ambito di valutazione del giudice deve comprendere non soltanto il fatto reato, cioè il primo presupposto dell'illecito amministrativo, ma estendersi ad accertare la sussistenza dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente e il ruolo ricoperto dai soggetti indicati dall'art. 5, 1° co., lett. a) e b), d.l.g. n. 231, verificando se tali soggetti abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi; inoltre, è necessario accertare la sussistenza delle condizioni indicate nell'art. 13 d.l.g. n. 231, che subordina l'applicabilità delle sanzioni interdittive alla circostanza che l'ente abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità ovvero, in alternativa, che l'ente abbia reiterato nel tempo gli illeciti; infine, anche nella fase cautelare il giudice deve fondare la sua valutazione in rapporto ad uno dei due modelli di imputazione individuati negli artt. 6 e 7 d.l.g. cit., l'uno riferito ai soggetti in posizione apicale, l'altro ai dipendenti, modelli che presuppongono un differente onere probatorio a carico dell'accusa» (C., Sez. VI, 23.6.2006, La Fiorita Soc. coop. a r.l.).

In ordine invece alla nozione di **profitto di rilevante entità**, nella medesima decisione si sostiene che in tale concetto rientrano anche vantaggi non immediati, comunque conseguiti attraverso la realizzazione dell'illecito (C., Sez. VI, 23.6.2006, La Fiorita Soc. coop. a r.l.) e che il giudizio circa la sussistenza di

un profitto “di rilevante entità” non discende automaticamente dalla considerazione del valore del contratto o del fatturato ottenuto a seguito del reato, seppure tali importi ne siano, ove rilevanti, importante indizio almeno con riferimento ad alcuni dei reati indicati negli artt. 24 e 25 d.l.g. n. 231 del 2001.

In ogni caso, «la disposizione di cui all'art. 13 d.l.g. n. 231 del 2001 richiede, ai fini della configurabilità della violazione, la certezza e la rilevanza del profitto, ma non l'esatta quantificazione di esso, per cui la rilevante entità può essere legittimamente dedotta dalla natura e dal volume dell'attività di impresa, non occorrendo che i singoli introiti che l'ente ha conseguito dall'attività illecita posta in essere siano specificamente individuati, né che se ne conoscano gli importi liquidati. Può pertanto essere ritenuto di rilevante entità il profitto della società per il fatto della sua partecipazione a numerose gare con assegnazione di appalti pubblici avuto riguardo alle caratteristiche e alle dimensioni dell'azienda» (C., Sez. VI, 7.12.2005, Piccolo). Relativamente alla valutazione delle **esigenze cautelari**, invece, la Cassazione ha precisato che tale giudizio «implica l'esame di due tipologie di elementi: la prima, di carattere oggettivo ed attinente alle specifiche modalità e circostanze del fatto, può essere evidenziata dalla gravità dell'illecito e dalla entità del profitto; l'altra ha natura soggettiva ed attiene alla personalità dell'ente, e per il suo accertamento devono considerarsi la politica di impresa attuata negli anni, gli eventuali illeciti commessi in precedenza e soprattutto lo stato di organizzazione dell'ente» (C., Sez. VI, 2.10.2006, Duemila S.p.A.).

La peculiarità di tale esame richiesto al giudice in sede cautelare nel processo avverso gli enti collettivi, preclude dunque il ricorso alla motivazione *per relationem* (C., Sez. VI, 2.10.2006, La Fiorita Soc. coop. a r.l.).

Quanto ai provvedimenti che il giudice può assumere, in caso di **revoca delle misure cautelari interdittive**, la Cassazione – dopo aver precisato che «nell'ipotesi di responsabilità derivante da condotte poste in essere dai dirigenti dell'ente, la sostituzione o l'estromis-

sione degli amministratori coinvolti possono portare a escludere la sussistenza del “*periculum*”, purché ciò rappresenti il sintomo del fatto che l’ente inizia a muoversi verso un diverso tipo di organizzazione, orientata nel senso della prevenzione dei reati» (C., Sez.

VI, 2.10.2006, Duemila S.p.A.) – ha ritenuto «non consentito, per il giudice, nel revocare la misura cautelare interdittiva, imporre all’ente l’adozione coattiva di modelli organizzativi» (C., Sez. VI, 23.6.2006, La Fiorita Soc. coop. a r.l.).