

QUESTIONI APERTE

Misure cautelari/Impugnazioni/Persona offesa

La decisione

Delitti commessi con violenza alla persona - Richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari ai sensi dell'art. 299, comma 3 c.p.p. - Provvedimento del giudice in violazione del diritto della persona offesa al contraddittorio - Ricorso per cassazione della stessa - Inammissibilità - (Cost., art. 111; C.p.p., artt. 90, 299 co. 3, 4-bis, 310, 311, 568, 572).

Nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, la persona offesa non è legittimata ad impugnare, neanche con il ricorso per cassazione, l'ordinanza che abbia disposto la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva, diversa dal divieto di espatrio o dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, in violazione del diritto di intervento per mezzo di memorie riconosciute dall'art. 299, comma 3 c.p.p., ma può chiedere al pubblico ministero di proporre impugnazione ai sensi dell'art. 572 c.p.p.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 28 settembre 2022 (c.c. 14 luglio 2022), -CASSANO, *Presidente* - SANTALUCIA, *Relatore* - FIMIANI, *P.G.*, (*Diff.*).

I diritti partecipativi della persona offesa nel procedimento cautelare: violazioni e rimedi al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione

L'Autore focalizza l'attenzione su di una recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione concernente il rimedio a disposizione della persona offesa nel caso di violazione delle proprie garanzie partecipative nel procedimento cautelare *de libertate*. Condividendo solo in parte la soluzione della Corte, il commento, dopo una disamina critica dell'impostazione seguita dai Supremi Giudici, si interroga sulla capacità dell'attuale assetto normativo di soddisfare le istanze della vittima.

Victim's participation rights in the precautionary measures proceedings: violations and remedies under examination by the Joint Chambers of the Court of Cassation

The Author focuses on a recent ruling issued by the Joint Chambers of the Court of Cassation concerning the remedy available to the offended person in the event of violation of her participation rights in the precautionary measures proceedings. Only partially agreeing with the Court's solution, the comment, after a critical examination of the approach taken by the Supreme Judges, questions the adequacy of the legal framework currently in force to meet the needs of the victim.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La vicenda procedimentale ed il contrasto interpretativo. - 3. Un chiarimento preliminare. - 4. La soluzione adottata. - 5. Riflessioni critiche: una proposta di soluzione alternativa. - 6. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. *Premessa*. Nel rispondere negativamente al quesito sottoposto, e precisamente «se nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona sia ammissibile il ricorso per cassazione della persona offesa avverso

l'ordinanza con cui sia stata disposta la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva (diversa dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria) in violazione del diritto al contraddittorio riconosciuto alla stessa persona offesa dall'art. 299, terzo comma, cod. proc. pen.»¹, la sentenza in commento² fornisce all'interprete spunti di riflessione che travalicano la specifica questione in esame per lambire più in generale il tema dell'effettività delle prerogative processuali attribuite alla vittima nell'incidente cautelare.

E, in effetti, all'interno del sistema delineato nel Libro IV del codice di rito, il momento del controllo rappresenta, non da oggi³, una garanzia di chiusura contro l'incorretto o l'invalido esercizio del potere di limitare la libertà personale degli individui, e dunque un presidio dei delicati equilibri raggiunti *in subiecta materia*. Donde l'attenzione prestata al tema dai *conditores*, che si è tradotta nella intessitura, sull'ordito codicistico, di una fitta trama di strumenti (riesame, appello e ricorso per cassazione) funzionali alla tutela delle ragioni dei protagonisti della vicenda cautelare: *in primis* dell'imputato, soggetto che subisce le restrizioni del bene supremo di cui all'art. 13 Cost.⁴ e, su un secondo piano, del pubblico ministero nella sua veste di garante delle esigenze che l'applicazione delle cautele vuole soddisfare⁵.

¹ Il quesito risulta in tal modo formulato all'interno dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite: Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5551, consultabile in www.sistemapenale.it, 16 giugno 2022, con commento di GRASSIA, *Ricorso della persona offesa avverso la revoca o sostituzione della misura cautelare coercitiva nei reati commessi con violenza alla persona: la parola alle Sezioni Unite*.

² Per una prima analisi della sentenza delle Sezioni Unite v. SCALAS, *Le prerogative dell'offeso all'interno dell'incidente cautelare. Riflessioni margine della pronuncia delle S.U. Penali n. 36754/2022*, in *questa Rivista*, 2022, 3, 1 ss.

³ Si veda, al riguardo, la ricostruzione storica di MAGGIO, *Le impugnazioni delle misure cautelari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis - Voena, XXV, Milano, 2018, 1 ss.

⁴ Analogamente GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 22, il quale, nell'ambito di un'analisi relativa al piano costituzionale, indica fra i capisaldi su cui si fonda la tutela costituzionale della libertà personale dell'imputato la ricorribilità in cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale.

⁵ Del resto, la rilevanza costituzionale di un controllo in materia *de libertate* azionato dal pubblico ministero si potrebbe cogliere, secondo parte della dottrina, nel riferimento - contenuto nell'art. 111, comma 7 Cost. - ai provvedimenti sulla libertà personale, e non già a quelli limitativi di quest'ultima. In tal senso CHIAVARIO, *Processo penale e garanzie della persona*, Milano, 1984, 257.

Ben si comprende allora come al conferimento di diritti di partecipazione nel procedimento cautelare ad un nuovo attore, la persona offesa⁶, circostanza di per sé idonea a mutare l'assetto su cui si reggeva l'originaria disciplina codicistica delle limitazioni della libertà personale, avrebbe dovuto idealmente seguire l'approntamento di un adeguato complesso di rimedi per il caso in cui siffatte prerogative venissero, nella concretezza della prassi applicativa, calcolate.

Ciò, tuttavia, non è accaduto. È noto, infatti, che il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. L. 15 ottobre 2013, n. 119 si è limitato a introdurre un meccanismo per il coinvolgimento dell'offeso nella procedura di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p. fondato sull'onere posto in capo alla parte che durante le indagini preliminari⁷ chieda, nell'ambito di procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona⁸, la sostituzione o la revoca di una delle misure cau-

⁶ All'interno dell'ordinamento italiano per persona offesa dal reato tradizionalmente si intende il titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Sul punto, per tutti, GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 24 ss.

Dell'espressione "vittima", pur occasionalmente utilizzata dal legislatore nazionale, non veniva fornita alcuna definizione all'interno della disciplina codicistica, ma solo ad opera di fonti sovranazionali, quali la Direttiva 2012/29/UE. Vale, tuttavia, la pena rammentare che l'art. 42, comma 1, lett. b d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione della L. 27 settembre 2021, n. 134, ha definito la vittima, ai fini dell'accesso ai percorsi di giustizia riparativa, quale la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.

Come è agevole osservare le nozioni di persona offesa, da un lato, e di vittima, dall'altro, coincidono solo parzialmente. Premesso che l'esame compiuto della questione necessiterebbe di uno spazio ben superiore a quello del presente lavoro (v., in merito, da ultimo, per tutti, PASTA, *Il problema della individuazione della persona offesa nel processo penale*, in *questa Rivista*, 2022, 3, 1 ss.) sia consentito utilizzare, nelle pagine che seguono, i due termini come sinonimi, a designare comunque il titolare del bene giuridico offeso dal reato.

⁷ V. la nota n. 11.

⁸ Per delitti commessi con violenza alla persona si intendono - secondo una recente sentenza delle Sezioni unite, intervenuta ad appianare un contrasto giurisprudenziale sul punto - i reati in cui la violenza fisica, morale o psicologica, figuri quale elemento strutturale della fattispecie, ovvero come circostanza aggravante. Così Cass., Sez. un., 3 maggio 2022, n. 17156, Gallo, Rv. 283042. In argomento, BELVINI, *L'intervento della persona offesa nell'incidente de libertate: gli equilibri imperfetti*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 6, 1441 ss.; CABIALE, *Le Sezioni Unite sull'obbligo di notifica alla persona offesa delle richieste in materia cautelare: una sentenza di compromesso fra esigenze contrastanti*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2022, 5, 445 ss.; MAGGIO, *Rapporti familiari e tutela processuale penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 6, 1615 ss.; SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare tra protezione e partecipazione*, in *Cass. pen.*, 2022, 12, 4444 ss.; TUCCIARONE - VALENTI, *Le Sezioni Unite sull'obbligo di notifica dell'istanza de libertate alla persona offesa*, in *www.ilPenalista.it*, 6 luglio 2022; nonché, volendo, MARCHETTI, *Quale futuro per i diritti partecipativi della vittima nel procedimento cautelare? Alcune considerazioni a margine di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3428 ss.

telari coercitive di cui agli artt. 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285, 286 c.p.p.⁹ di notificare, a pena di inammissibilità, la relativa istanza al difensore della vittima o, in mancanza di quest'ultimo, alla persona offesa¹⁰, in modo tale da consentire a questi ultimi, nei due giorni successivi alla notifica, di presentare memorie al giudice, il quale deve attendere, prima di poter decidere, il decorso del termine poc'anzi indicato¹¹. Mentre nessuna disposizione si fa carico di chiarire quale rimedio possa attivare la persona offesa nel caso in cui venga indebitamente omessa la notificazione dell'istanza prevista in suo favore, ovvero il giudicante non attenda lo spirare del termine dilatorio prima di adottare il provvedimento di immutazione del regime cautelare.

⁹ L'articolo in commento esclude l'obbligo di notifica qualora l'istanza sia formulata nel contesto dell'interrogatorio di garanzia. La *ratio* dell'eccezione *de qua* deve essere rinvenuta, secondo la tesi prevalente presso la dottrina, nella volontà del legislatore di mantenere intatte la celerità e la funzione eminentemente difensiva dell'istituto di cui all'art. 294 c.p.p. In questi termini, BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Padova, 2018, 383; CARACENI, *La vittima nel procedimento di libertà: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato*, in *Rev. bras. de dir. proc. pen.*, 2021, 3, 1783 ss.; E. VALENTINI, *Il ruolo della persona offesa nella procedura di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, a cura di Curi, Bologna, 2016, 232.

¹⁰ Per espressa previsione legislativa, la notificazione in parola non è dovuta allorché la persona offesa non abbia manifestato il proprio interesse a partecipazione all'incidente *de libertate* attraverso l'adempimento formale della nomina di un difensore, ovvero, in alternativa, della dichiarazione o elezione di domicilio. Al riguardo, si veda, da ultimo, Cass., Sez. un., 3 maggio 2022, n. 17156, Gallo, cit.

¹¹ Nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale il coinvolgimento della persona offesa nel procedimento di sostituzione o revoca di una misura cautelare coercitiva trova realizzazione, ex art. 299, comma 4-*bis* c.p.p., attraverso un meccanismo che ricalca, con qualche minima variazione, quello delineato nel testo. L'articolo da ultimo citato, infatti, non allude al diritto della vittima di presentare memorie, né al termine dilatorio per la decisione del giudice. Quanto al primo profilo, l'assenza di una previsione esplicita in merito alle prerogative assegnate all'offeso una volta esercitata l'azione penale è stata colmata in via interpretativa dalla dottrina facendo ricorso all'art. 90, comma 1 c.p.p., che - per l'intero arco del procedimento - espressamente riconosce alla persona offesa il diritto alla presentazione di memorie. In relazione alla seconda questione, invece, si sostiene che, *de iure condito*, non sussisterebbe alcun obbligo, per il giudice, di attendere, prima di poter decidere sulla domanda cautelare, il decorso del termine di due giorni. Si veda in tal senso BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, 86; POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 3, 985; SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare*, cit., 4454. In argomento, volendo, MARCHETTI, *L'intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione di una misura cautelare personale nuovamente sotto la lente della Suprema Corte*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 124.

La soluzione cui perviene la sentenza in commento riguarda unicamente la violazione dei diritti partecipativi della vittima ex art. 299, comma 3 c.p.p. Tuttavia, le riflessioni che si svilupperanno al riguardo valgono, *mutatis mutandis*, anche in relazione alla pretermissione delle prerogative dell'offeso ai sensi dell'art. 299, comma 4-*bis* c.p.p. Per ulteriori approfondimenti si veda *infra*, nota n. 48.

In questa cornice si iscrive la vicenda procedimentale approdata al vaglio del massimo consesso nomofilattico, le cui peculiarità meritano di essere qui di seguito sintetizzate, insieme con gli argomenti cui si rifanno le opposte tesi formulate intorno al tema che ci impegna, per una migliore comprensione degli snodi interpretativi più rilevanti per la decisione adottata.

2. *La vicenda procedimentale ed il contrasto interpretativo.* Questa, in breve, la vicenda procedimentale nella quale intervengono poi le Sezioni Unite. Nell'ambito di un procedimento per maltrattamenti in famiglia (572 c.p.) e lesioni personali (artt. 582 e 583 c.p.), il giudice per le indagini preliminari competente sostitutiva, su richiesta del pubblico ministero, la misura degli arresti domiciliari inizialmente applicata nei confronti dell'indagato con quelle dell'obbligo di dimora presso il Comune di dimora abituale e del divieto di avvicinamento alla persona offesa, cumulativamente disposte. Nel far ciò, il giudicante non attendeva il termine di due giorni a disposizione dell'offeso per presentare memorie, decorrente dal momento della notificazione a quest'ultimo della richiesta di modifica della cautela – peraltro, ritualmente effettuata via PEC nel caso di specie¹². A tal punto, il difensore della vittima proponeva, contro l'ordinanza di sostituzione, ricorso per cassazione.

La VI Sezione della Corte di cassazione, inizialmente investita, rilevata l'esistenza, intorno al tema della legittimazione della vittima a ricorrere per cassazione avverso i provvedimenti di cui all'art. 299 c.p.p. adottati in violazione delle prerogative dell'offeso, di un panorama giurisprudenziale alquanto frastagliato, decide di rimettere il ricorso alle Sezioni Unite.

Secondo i Giudici della VI Sezione ben tre sarebbero le differenti linee interpretative individuabili sul punto.

Secondo il primo orientamento rilevato, la vittima del reato potrebbe far valere le proprie ragioni attraverso l'appello cautelare¹³. In questa prospettiva, sul presupposto che l'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione della misura sia «rilevabile pure se dedotta da quest'ultima mediante impugnazione, poiché trattasi di sanzione che ha la funzione di garantire anche dopo la

¹² Come indicato nell'ordinanza di rimessione, il termine di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p., spirando in giorno festivo, doveva intendersi prorogato, ai sensi dell'art. 172, comma 3 c.p.p., al successivo giorno non festivo. In quella stessa data, il giudice pronunciava l'ordinanza richiesta, senza tener conto della memoria poco prima depositata dal difensore della persona offesa.

¹³ A favore di tale interpretazione Cass., Sez. V, 26 agosto 2015, n. 35735, P.O. in proc. S., Rv. 265866; nonché, implicitamente, anche da Cass., Sez. VI, 25 agosto 2015, n. 35613, P.O. in proc. T., Rv. 264342.

chiusura delle indagini preliminari, l'adeguata informazione della vittima del reato circa l'evoluzione del regime cautelare in atto»¹⁴, si sostiene che l'offeso potrebbe giovare dello strumento che il legislatore ha predisposto per la critica, fra l'altro, dei provvedimenti che abbiano disposto un'immutazione della cautela originariamente applicata *ex art. 299 c.p.p.*, ovvero, come detto, dell'appello di cui all'*art. 310 c.p.p.*¹⁵.

Un secondo e diverso indirizzo interpretativo puntualmente riportato dalla VI Sezione, invece, individua il rimedio più adeguato nel ricorso per cassazione *ex art. 311, comma 2 c.p.p.*¹⁶. La tesi fa leva su due argomenti: uno legato ad una lettura "europeisticamente" orientata della normativa nazionale, l'altro fondato su di un ragionamento di tipo analogico.

Quanto al primo profilo, l'orientamento in esame ritiene, in modo alquanto apodittico, che l'attribuzione alla vittima della legittimazione a proporre, in via diretta, il ricorso per cassazione avverso un provvedimento *ex art. 299 c.p.p.* pronunciato in spregio dei propri diritti di partecipazione all'incidente *de libertate* sia la soluzione più in linea con il tenore delle fonti sovranazionali cui si deve un rinnovato interesse per la tutela e per il ruolo processuale del soggetto passivo del reato, quali la Convenzione di Istanbul¹⁷ e la Direttiva 2012/29/UE¹⁸.

La bontà di siffatta tesi sarebbe, inoltre, confermata - secondo questo schema di pensiero - anche dal ricorso ad un secondo argomento, facente perno sull'analogia con soluzioni interpretative escogitate dalla giurisprudenza per

¹⁴ Così Cass., Sez. VI, 25 agosto 2015, n. 35613, cit.

¹⁵ Sull'appello cautelare *ex art. 310 c.p.p.* quale strumento di controllo dei provvedimenti di sostituzione o revoca delle misure cautelari personali si vedano, in dottrina, APRILE, *Le impugnazioni delle ordinanze sulla libertà personale*, Milano, 1996, 123 ss.; CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, II, Torino, 1998, 883 ss.; SPANGHER, voce *Misure cautelari personali*, in *Dig. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 405 ss. Nonché, in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 26 gennaio 1998, Nexhi, in *Cass. pen.*, 1998, 8, 1346 ss.; Cass., Sez. un., 3 ottobre 1997, n. 8, Gibilras, *ivi*, 1998, 6, 1591 ss., con nota di VICOLI, *L'appello avverso ordinanze in materia di misure cautelari: fissati i poteri di cognizione e decisione del tribunale della libertà, resta aperto il problema dei nuovi elementi*.

¹⁶ Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2016, n. 6864, P.O. in proc. P., in *Cass. pen.*, 2016, 10, 3752 ss. con commento di CERTOSINO, *Violenza di genere e tutela della persona offesa nei procedimenti de libertate*; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2015, n. 6717, P.O. in proc. D., in *www.ilPenalista.it*, 27 luglio 2015, con nota di BENE, *L'istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare e la notifica alla persona offesa*.

¹⁷ Adottata dal Consiglio d'Europa in data 11 maggio 2011 e ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77.

¹⁸ La Direttiva 2012/29/UE, adottata in data 25 ottobre 2012, è pubblicata in G.U.U.E., 14 novembre 2012, 57 ss.

far fronte, prima dell'introduzione da parte del legislatore di un apposito strumento (*id est*: del reclamo *ex art. 410-bis c.p.p.*)¹⁹, alla pretermissione delle garanzie partecipative dell'offeso nell'ambito del procedimento di archiviazione, e in particolare alla mancata notificazione a tale soggetto della richiesta archiviativa formulata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 408 c.p.p.²⁰. Al riguardo, vale la pena rammentare come, benché l'art. 409, comma 6 c.p.p. (prima della sua abrogazione ad opera della L. 23 giugno 2017, n. 103) prevedesse la possibilità per l'offeso di proporre ricorso per cassazione esclusivamente avverso l'ordinanza di archiviazione nelle ipotesi di nullità *ex art. 127, comma 5 c.p.p.*²¹, la giurisprudenza di legittimità, sulla base di una sen-

¹⁹ A tal proposito, giova rammentare che l'art. 1, n. 33 della l. 23 giugno 2017, n. 103, per quel che qui interessa, ha introdotto l'art. 410-*bis* c.p.p., che contiene l'espressa comminatoria di nullità per il decreto di archiviazione emesso in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-*bis* dell'art. 408 c.p.p. (si veda, sul punto, *infra* la nota seguente). Viene, inoltre, forgiato un inedito strumento, denominato reclamo, a disposizione dell'interessato per far valere l'invalidità *de qua*. Al riguardo, fra gli altri, BELVISO, *Il nuovo procedimento archiviativo*, in *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 161 ss.; CASSIBBA, *Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado*, a cura di Giuliani - Orlandi, Torino, 2018, 119 ss.; GIALUZ - CABIALE - DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 20 giugno 2017; LA REGINA, *Il procedimento di archiviazione*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Bene - Marandola, Milano, 2017, 103 ss.; TRIGGIANI, *Opposizione alla richiesta di archiviazione e nuovo reclamo al Tribunale monocratico*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, 19 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 354, in *Cass. pen.*, 2022, 9, 3100 ss.

²⁰ Come è noto, l'art. 408 c.p.p., per quel che qui rileva, si occupa di regolare gli avvisi che il pubblico ministero deve effettuare a favore della persona offesa qualora intenda chiedere l'archiviazione della notizia di reato, dettando una disciplina differenziata a seconda della tipologia delittuosa per la quale si procede. Per la generalità degli illeciti, la parte pubblica è onerata della notifica all'offeso della richiesta archiviativa solo se quest'ultimo ne ha fatto richiesta nella notizia di reato ovvero successivamente (art. 408, comma 2 c.p.p.); ai sensi dell'art. 408, comma 3 c.p.p., il soggetto passivo del reato, dal momento della ricezione della notifica, ha a disposizione 20 giorni per prendere visione degli atti e presentare opposizione. Allorché si proceda, invece, per delitti commessi con violenza alla persona, nonché per il reato di cui all'art. 624-*bis* c.p.p., la comunicazione dell'istanza di archiviazione è sempre dovuta alla vittima; mentre il termine di cui all'art. 408, comma 3 c.p.p. è elevato a 30 giorni. Sul punto, nella manualistica, CASSIBBA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Sistema di procedura penale*, a cura di Ubertis, II, Milano, 2020, 535 ss.; CESARI, *Azione ed inazione*, in *Fondamenti di procedura penale*³, a cura di Camon - Cesari - Daniele - Di Bitonto - Negri - Paulesu, Milano, 2021, 469 ss.; GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*⁴, a cura di Bargis, Padova, 2020, 526 ss.; TONINI - CONTI, *Procedura penale*², Milano, 2021, 633 ss.; BERNASCONI, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in *Manuale di diritto processuale penale*⁵, a cura di Scalfati, Torino, 2018, 526 ss.

²¹ Ossia nelle ipotesi di violazione del diritto della persona offesa a essere informata della data dell'udienza camerale di cui all'art. 409, comma 2 c.p.p. e di quello di essere sentita in tale contesto, se comparsa.

tenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale²², avesse finito per ammettere il ricorso al medesimo strumento²³ anche nel diverso caso in cui il contraddittorio in sede di archiviazione fosse stato impedito in radice dalla indebita omissione della notificazione dell'istanza *ex art.* 408 c.p.p.

Orbene, l'orientamento in parola ritiene possibile applicare la medesima logica all'ipotesi della mancata notificazione alla vittima dell'istanza *de libertate*. In questo senso, l'argomento suggerito dall'elaborazione giurisprudenziale in materia di archiviazione viene calato – per ritenuta identità di *ratio* – nel contesto del procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. per affermare l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 311 c.p.p. della persona offesa avverso l'ordinanza di sostituzione o revoca della misura cautelare pronunciata in spregio delle sue prerogative.

In questo solco l'ordinanza di rimessione dà conto anche di un'isolata pronuncia, la quale – ferma restando l'individuazione, nel ricorso per cassazione, dello strumento adeguato al caso che ci occupa – segue un diverso percorso ermeneutico²⁴. Nel silenzio del legislatore circa il rimedio a disposizione della persona offesa, spetterebbe all'interprete ritrovare all'interno dell'ordinamento lo strumento più appropriato, tenendo in considerazione i principi su cui si fonda la disciplina delle impugnazioni. Giacché fra questi ultimi si rinviene il principio di tassatività – inteso tanto in senso oggettivo, quanto in senso soggettivo, giusta la disposizione di cui all'art. 568, commi 1 e 3 c.p.p. – l'unica via praticabile sarebbe quella che passa per il riconoscimen-

²² Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., n. 353 del 1991. Per un commento alla pronuncia si veda GIULIANI, *Sul ricorso della persona offesa dal reato contro il decreto di archiviazione*, in *Giur. cost.*, 1992, 2295 ss.

²³ In tal senso, fra le altre, Cass., Sez. II, 9 luglio 1992, n. 2832, Ghini, in *Giur. it.*, 1993, 5, II, 356. Non potendo in questa sede soffermarsi in modo analitico sul tema, e sulle fondate critiche mosse a tale orientamento da parte della dottrina nella parte in cui sembra postulare una violazione del principio di tassatività tanto delle impugnazioni (art. 568 c.p.p.), quanto delle nullità (art. 177 c.p.p.), sia consentito rinviare agli approfondimenti di CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 428 ss.; FONTI, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 5 ss.; GIARDA, *Praxis criminalis. Cronache di anni inquieti*, Milano, 1994, 336; GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*², Torino, 1994, 59 ss.; RIGO, *Archiviazione, principio del contraddittorio e poteri del g.i.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, 6, 1560; SPANGHER, *La pratica del processo penale*, II, Padova, 2012, 246; VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 190.

²⁴ Cass., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 7404, Orsi, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4428 con commento di ROMANELLI, *Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare coercitiva: problemi definitivi e rimedi in sede di impugnazione*.

to in capo alla vittima della legittimazione a proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 568, comma 2 c.p.p.²⁵. Tale, ultimo strumento, infatti, costituendo il *pendant* codicistico dell'art. 111, comma 7 Cost. - a mente del quale è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale - potrebbe essere legittimamente invocato anche dalla persona offesa, pure in assenza di una esplicita previsione in tal senso.

I giudici della VI Sezione ricordano, infine, come sussista un terzo ed ultimo indirizzo interpretativo che nega recisamente la legittimazione della vittima ad avvalersi in via diretta delle impugnazioni cautelari. Decisivo, in tal senso, risulta il necessario rispetto del principio di tassatività delle impugnazioni, che non ammetterebbe alcuna eccezione²⁶. Donde, a mo' di corollario logico, il riconoscimento in capo al soggetto passivo del reato della sola possibilità di ricorrere al congegno di cui all'art. 572, comma 1 c.p.p. che, come è noto, consente alla persona offesa, alla parte civile, e a gli enti e alle associazioni di cui agli artt. 93 e 94 c.p.p., di presentare una richiesta motivata al pubblico ministero affinché questi proponga impugnazione ad ogni effetto penale²⁷.

3. *Un chiarimento preliminare.* Prima di passare all'analisi del percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, occorre segnalare una peculiarità della vicenda in esame, che risulta funzionale ad una migliore comprensione dei rilievi critici che si muoveranno al *dictum* della Corte²⁸. Va sottolineato come la contrapposizione interpretativa poc'anzi tratteggiata riguardasse, in realtà, la violazione delle prerogative dell'offeso legata alla pretermissione della notifica a tale soggetto dell'istanza di cui all'art. 299 c.p.p. Mentre a essere sottoposta allo scrutinio della Corte nel caso concreto era un'altra fattispecie, ovvero sia il mancato rispetto, da parte del giudice, del termine a disposizione

²⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 7404, Orsi, cit., 4426.

²⁶ In tal senso Cass., Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 5820, P.O. in proc. B., in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, 244 ss., con commento di RACO, *Omesso avviso all'offeso della revisione della misura cautelare: "molto rumore per nulla"*; Cass., Sez. V, 1° dicembre 2017, n. 54319, P.O. in proc. B. e altri, in *www.ilPenalista.it*, 5 febbraio 2018, con nota di MARANDOLA, *Sui possibili rimedi in caso di revoca o sostituzione della misura cautelare e mancato avviso alla persona offesa*.

²⁷ La medesima disposizione chiarisce, poi, che laddove il pubblico ministero non raccolga la sollecitazione *ad impugnandum* deve indicarne le ragioni in un decreto motivato da notificare al richiedente. In argomento, fra gli altri, SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale*, Pisa, 2020, 37 ss.; C. VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in *Le impugnazioni penali*, I, cit., 219 ss.

²⁸ Si veda *infra*, § 4.

della vittima per la presentazione di memorie; ipotesi, quest'ultima, su cui non era dato registrare - in giurisprudenza - alcun contrasto ermeneutico.

Benché, dunque, la soluzione del caso concreto non comportasse la risoluzione di alcun conflitto interpretativo, la VI Sezione, nondimeno, ha ritenuto comunque opportuno rimettere la questione alle Sezioni Unite, sul presupposto che ambedue le situazioni - sia quella direttamente gravata dal motivo dedotto con il ricorso sia quella oggetto del rilevato contrasto interpretativo - pongano problemi analoghi quantomeno sotto il profilo dell'effettività delle prerogative assegnate all'offeso nell'incidente *de libertate*. In proposito, si sostiene che il meccanismo di cui all'art 299, commi 3 e 4-*bis* c.p.p. si sostanzia in «uno strumento caratterizzato non solo, e non tanto, dal formale riconoscimento in capo all'imputato o al pubblico ministero di un obbligo di informazione della persona offesa, [...] quanto in un vero e proprio diritto della persona offesa di offrire al giudice procedente ulteriori elementi di conoscenza pertinenti alla sua decisione», cui deve seguire - sempre nell'ottica fatta propria nell'ordinanza di rimessione - l'effettiva presa in considerazione del contributo fornito dalla vittima. In questa prospettiva, «la soluzione del rilevato contrasto nella giurisprudenza di legittimità si rivela, al tempo stesso, dirimente per la decisione del ricorso in esame e per la determinazione della reale portata e della effettività delle prerogative processuali riconosciute in sede cautelare alla vittima di delitti commessi con violenza alla persona»²⁹.

Occorre, sul punto, aggiungere come le Sezioni Unite, dal canto loro, parrebbero, in un primo momento, voler restringere la portata della questione loro sottoposta, riformulando il quesito sollevato dalla VI Sezione³⁰ nei seguenti termini: «se, nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, sia impugnabile con ricorso per cassazione, da parte della persona offesa, l'ordinanza con cui il giudice abbia disposto la revoca o la sostituzione della misura cautelare coercitiva, diversa da quelle del divieto di espatrio o dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, senza attendere il decorso del termine di due giorni previsto per l'eventuale memoria della stessa persona offesa»³¹. In un secondo momento, però, il Collegio esteso decide di prendere posizione in merito ad entrambe le ipotesi di violazione dei diritti

²⁹ La citazione, insieme a quella immediatamente precedente nel testo, è tratta dall'ordinanza di rimessione, *Considerato in diritto* § 4.

³⁰ Si veda la nota n. 1.

³¹ Così, la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 1.

partecipativi dell'offeso sopra ricordate, dando ad esse la medesima soluzione. Ciò che – è opportuno rimarcarlo – non solo genera non pochi problemi di fruibilità del testo, a tratti sospeso fra i due piani, ma – come si vedrà – impedisce di formulare un giudizio di piena condivisibilità del *dictum*.

4. *La soluzione adottata.* Orbene, il Collegio esteso, nel prendere posizione in merito alla questione sottopostagli, ritiene necessario iniziare il proprio percorso ermeneutico da alcune considerazioni in merito ai profili di invalidità dell'ordinanza pronunciata dal giudice senza che la vittima sia stata messa nelle condizioni di esercitare le sue garanzie partecipative nell'incidente cautelare.

In ordine al caso in cui la violazione riguardi l'onere di notificazione dell'istanza *de libertate* all'offeso, le Sezioni Unite, allineandosi alla giurisprudenza prevalente³², sostengono che l'inammissibilità riconnessa all'omesso avviso alla vittima, espressamente comminata per l'istanza cautelare indebitamente non notificata ex art. 299 c.p.p., si trasmetta da quest'ultima all'ordinanza del giudice, con conseguente possibilità che la stessa sia rilevata, anche d'ufficio e in deroga al principio devolutivo, dal giudice dell'impugnazione cautelare fino alla conclusione della vicenda *de libertate*³³.

In relazione alla diversa ipotesi in cui il giudice non attenda, prima di decidere, il termine di due giorni di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p., i giudici di legittimità affermano, invece, che il provvedimento decisorio debba considerarsi – nonostante tutto – validamente pronunciato, o tuttalpiù colpito da mera irregolarità. Decisivo in tal senso risulta essere, in questa prospettiva, il principio di tassatività delle invalidità processuali: la mancata previsione di sanzioni di natura processuale per la decisione assunta in violazione delle scadenze temporali indicate nell'art. 299, comma 3 c.p.p. – letta attraverso la lente del principio poc'anzi rammentato – induce a negare al rispetto del termine *de quo* la natura di elemento indefettibile della fattispecie complessa che prende

³² Va comunque ricordato che, secondo una tesi minoritaria, l'ordinanza di sostituzione o revoca di una misura cautelare pronunciata in violazione del diritto al contraddittorio dell'offeso dovrebbe considerarsi nulla ex art. 178, lett. c c.p.p. Si veda, in tal senso, Cass., Sez. VI, 20 giugno 2019, n. 27601, Pascale, Rv. 276077; Cass., Sez. V, 20 settembre 2017, n. 43103, Urso, Rv. 271009. Cfr. in dottrina RACO, *Omesso avviso all'offeso della revisione della misura cautelare*, cit., 249.

³³ Così anche Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2018, n. 8691, Rv. 272215; Cass., Sez. II, 1° agosto 2016, n. 33576, Fassih, Rv. 267500; Cass., Sez. VI, 25 agosto 2015, n. 35613, cit.; Cass., Sez. II, 4 luglio 2014, n. 29045, P.G. in proc. Isoldi, Rv. 259984. La tesi è fatta propria anche da una parte minoritaria della dottrina. Si veda, in tal senso, CASCINI, *Le prerogative della persona offesa nell'incidente cautelare*, in *Dir. e giust. min.*, 2019, 1-2, 118.

avvio con la presentazione di una richiesta di sostituzione o revoca della misura applicata, e che si conclude con la decisione del giudice³⁴.

Risolto in tal senso l'interrogativo relativo ai profili di invalidità dell'ordinanza del giudice conseguenti al mancato rispetto delle prerogative dell'offeso, l'attenzione delle Sezioni Unite si sposta sulla questione specificamente sottoposta al loro scrutinio da parte della Sezione VI. Nel far proprio l'orientamento incline a negare l'azionabilità diretta da parte della vittima di alcuna impugnazione cautelare, il Supremo Consesso nomofilattico si muove entro il perimetro concettuale tracciato dal principio di tassatività delle impugnazioni con conseguente impossibilità di fare proprie interpretazioni estensive o analogiche della disciplina *in subiecta materia*.

In questo senso, appare, innanzitutto, dirimente l'assunto per cui in nessuna disposizione è esplicitamente contemplato il diritto della persona offesa ad impugnare i provvedimenti in materia *de libertate*: non nell'art. 310 c.p.p. relativo all'appello cautelare, poiché esso *expressis verbis* attribuisce la legittimazione al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore; né nell'art. 311, comma 2 c.p.p., in relazione al ricorso *omisso medio* in cassazione, giacché, parimenti, i legittimati vengono individuati negli ultimi due soggetti citati³⁵.

³⁴ Così la sentenza in commento, *Considerato in diritto* § 5.1, secondo cui, nell'ipotesi in esame, non potrebbe nemmeno invocarsi l'art. 178, lett. c c.p.p., che sanziona con la nullità di ordine generale l'indebita omessa citazione in giudizio della persona offesa, in quanto la norma da ultimo richiamata disciplinerebbe una fattispecie affatto diversa da quella della pretermissione della notificazione dell'istanza *de libertate* ex art. 299, comma 3 c.p.p. In argomento, BELVINI, *L'intervento della persona offesa*, cit., 1448; BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di Diddi e Geraci, Torino, 2015, 160; CUNEO, *Il pregiudizio alle ragioni della libertà dovuto al coinvolgimento della persona offesa nelle vicende modificative delle misure cautelari personali*, in *questa Rivista*, 2016, 2, 13; PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in *Misure cautelari ad personam*, cit., 100; ZACCHE, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima di reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 676; nonché, volendo, MARCHETTI, *Il diritto di difesa della vittima nel procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari durante la fase delle indagini preliminari*, in *Rev. bras. de dir. proc. pen.*, 2021, 3, 1847 ss.

³⁵ Le Sezioni Unite ricordano, inoltre, come un argomento a favore dell'ammissibilità della legittimazione della vittima a impugnare le ordinanze cautelari potrebbe astrattamente trarsi dall'art. 568, comma 3, secondo periodo c.p.p., laddove specifica che se la legge non dispone diversamente tra le diverse parti, il diritto di impugnazione spetta a ciascuna di esse. Lo stesso Collegio esteso precisa, tuttavia, che un simile ragionamento non potrebbe, comunque, essere condiviso con riguardo alla fattispecie sottoposta al proprio scrutinio, per due ragioni. La prima consiste nella mancata attribuzione all'offeso della qualità di parte all'interno del procedimento penale, in generale, e nel segmento cautelare, in particolare. La seconda ruota attorno al fatto che gli artt. 310 e 311 c.p.p. individuano espressamente i legittimati

Secondo le Sezioni Unite nessuno degli argomenti utilizzati da quella parte della giurisprudenza incline ad affermare l'ammissibilità del ricorso della persona offesa nel caso *de quo* risulta tale da giustificare una diversa soluzione. Al riguardo, si sostiene che non potrebbe invocarsi il disposto di cui all'art. 111, comma 7 Cost., giacché «la previsione costituzionale assicura la garanzia oggettiva del controllo di legittimità su ogni provvedimento in materia di libertà personale, ma non in favore di qualsivoglia soggetto: essa non si occupa in alcun modo del tema dei legittimati al ricorso e non può dunque essere utilizzata per ampliarne, in difformità alle previsioni di legge, la platea»³⁶.

La disamina condotta dal Supremo Collegio si appunta, poi, sull'argomento facente perno sul parallelismo instaurato con la disciplina relativa alle prerogative processuali assegnate all'offeso nel procedimento di archiviazione, e in particolare con la facoltà di proporre reclamo ai sensi dell'art. 410-*bis* c.p.p. Anche in questo caso, secondo lo schema di pensiero fatto proprio dalla sentenza in commento, il principio di tassatività impedirebbe interpretazioni analogiche, atteso che spetterebbe alla legge disciplinare tanto i diritti partecipativi della vittima nei diversi contesti procedurali, tanto gli specifici rimedi a sua disposizione per far valere eventuali violazioni.

Nessun maggior pregio va, inoltre, riconosciuto alla tesi fondata sul richiamo alla Direttiva 2012/29/UE e alla Convenzione di Istanbul. Al riguardo, la Corte esclude che dal mancato conferimento all'offeso della legittimazione ad impugnare in via autonoma l'ordinanza di cui all'art. 299 c.p.p. possano generarsi frizioni con le due fonti poc'anzi citate giacché da entrambe non potrebbero ricavarsi espliciti obblighi in tal senso³⁷.

all'accesso ai controlli *de libertate*, integrando, in questo modo, la clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 568, comma 3, secondo periodo c.p.p. appena ricordato. Si veda, sul punto, la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, §§ 6-7.

Sulla nozione di parte processuale si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, allo studio di DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 11 ss.

³⁶ Così la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 6.

³⁷ Un riferimento esplicito alla facoltà della vittima di impugnare i provvedimenti di scarcerazione dell'imputato si rinviene, in realtà, nell'art. 33 del Considerando della Direttiva 2012/29/UE, in base al quale «le vittime dovrebbero essere informate in merito all'eventuale diritto di presentare ricorso avverso una decisione di scarcerazione dell'autore del reato, se tale diritto esiste nell'ordinamento nazionale». Come correttamente rilevato dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento, la disposizione *de qua* non impone alcun obbligo di adeguamento, ma rimette alla discrezionalità dei legislatori nazionali la scelta di assegnare o meno alla vittima il diritto di impugnare i provvedimenti in materia di libertà personale.

Alla luce di siffatte considerazioni, le Sezioni Unite affermano che lo strumento processuale per garantire alla persona offesa un controllo dell'ordinanza cautelare pronunciata in spregio dei propri diritti partecipativi in seno all'incidente *de libertate* sia la sollecitazione *ex art. 572 c.p.p.* al pubblico ministero affinché questi proponga appello avverso il provvedimento e, a seconda dei casi, faccia valere «ora, l'inammissibilità della richiesta se non previamente notificata alla persona offesa, ora, eventuali carenze del merito decisorio rilevabili alla luce delle prospettazioni della memoria pretermessa»³⁸.

5. *Riflessioni critiche: una proposta di soluzione alternativa.* La soluzione fornita dalle Sezioni Unite al quesito loro sottoposto si presta a letture critiche che si collocano su livelli diversi.

Imanzitutto, non risulta condivisibile – da un punto di vista metodologico – la premessa da cui muove la sentenza, ovvero sia che le due fattispecie analizzate dalla Corte, omessa notifica alla vittima dell'istanza *de libertate*, da un lato, e mancato rispetto da parte del giudice del termine dilatorio, dall'altro, ricevano dall'ordinamento processuale un trattamento comune. A ben guardare, infatti, le due ipotesi risultano *expressis verbis* diversificate, giacché con riferimento alla prima si rinviene l'esplicita comminatoria di inammissibilità in capo all'istanza indebitamente non notificata all'offeso, mentre – in relazione alla seconda – il legislatore non ha previsto alcuna sanzione processuale espressa per il comportamento scorretto del giudice³⁹. Una differenza, questa, nient'affatto trascurabile tanto che l'assimilazione *in parte qua* effettuata dai Supremi Giudici non solo risulta metodologicamente scorretta, ma impedisce di intravedere una possibile diversa soluzione, quantomeno con riferimento ad una delle due ipotesi di cui ci si occupa. Donde la necessità – diversamente da quanto fatto dal Supremo Collegio – di affrontarle partitamente.

Procedendo con ordine, va osservato, con riferimento all'eventualità legata all'omessa notificazione dell'istanza all'offeso, come l'esplicita comminatoria di inammissibilità, insieme con alcune riflessioni contenute nella stessa sentenza che si annota, fornisca la chiave di lettura per giungere ad una conclu-

³⁸ Così la sentenza in commento, *Considerato in diritto*, § 9.

³⁹ Analogamente SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare*, cit. 4454, la quale ritiene che la «violazione del potere di interlocuzione determina l'invalidità del provvedimento solo nel caso di omessa notifica dell'istanza».

sione alternativa rispetto a quella accolta dalle Sezioni Unite⁴⁰. Ci si intende riferire a quella parte della motivazione della stessa decisione in esame ove ci si sofferma sugli elementi che assumono la qualifica di antecedenti logico-giuridici rispetto alla decisione *ex art.* 299 c.p.p. Al riguardo correttamente il Supremo Collegio osserva come, ai fini della invalidità del provvedimento decisorio, rilevi la circostanza che esso sia stato adottato in assenza di un presupposto al medesimo legato da un nesso funzionale, di talché la sua mancanza determini in capo al giudice un difetto di potere in concreto.

Ora, argomentando a partire dalla natura tassativa dell'elencazione dei casi di revoca o sostituzione *ex officio* delle misure di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p.⁴¹, si potrebbe sostenere che, in ogni altra ipotesi, la domanda di immu-

⁴⁰ Come si è visto, la tesi fatta propria dalle Sezioni Unite sul punto (v. *supra*, § 4) fa perno sulla categoria della c.d. inammissibilità derivata, che potrebbe essere rilevata dal giudice dell'appello cautelare azionato da parte del pubblico ministero, eventualmente sollecitato dalla persona offesa *ex art.* 572 c.p.p. Tale tesi, tuttavia, non riesce a convincere appieno. In effetti, v'è più di un dubbio sul fatto che l'inammissibilità, vizio tipico degli atti di parte, possa trasmettersi ad un provvedimento di natura decisoria: come sottolineato in dottrina, in simili evenienze, l'atto può considerarsi invalido, ma non può dirsi affetto da inammissibilità, sia pure in via derivata. In tal senso, in generale CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*. Tra teoria e dogmatica, Padova, 2012, 119. Analogamente LUDOVICI, *La dinamica delle invalidità nel giudizio cautelare*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 458.

Più in generale, la nozione stessa di inammissibilità derivata viene contestata da parte della dottrina maggioritaria. Così CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, 332-333; CONSO, *Il concetto e la specie d'invalidità*, Milano, 1972, 80; DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938, 53. Non è, tuttavia, mancato chi abbia sostenuto la posizione contraria: in questo senso GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, 220; PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Fano, 2012, 137.

Né, d'altra parte, ad esiti maggiormente soddisfacenti parrebbe condurre il ricorso alla nullità *ex art.* 178, lett. c c.p.p., che, per quanto riguarda la persona offesa, commina, come è noto, l'invalidità *de qua* solo con riferimento alla sua mancata citazione in giudizio. Il principio di tassatività impedisce, infatti, di estendere il campo di applicazione della disposizione da ultimo richiamata a fattispecie diverse da quella ivi espressamente considerata; e dunque questa via non sembra praticabile con riferimento all'ipotesi legata alla mancata notificazione della richiesta cautelare *ex art.* 299 c.p.p.

⁴¹ Ai sensi dell'articolo citato nel testo, il giudice può procedere alla revoca o alla sostituzione *in melius* delle misure cautelari quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine delle indagini preliminari o dell'assunzione dell'incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o a giudizio.

Non si ignora come, per una parte minoritaria della dottrina (E. VALENTINI, *Il ruolo della persona offesa*, cit., 238), le ipotesi poc'anzi indicate non dovrebbero considerarsi tassative, richiamando, a sostegno della propria tesi, argomenti spesi da una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale: si allude a Corte cost., 1° aprile 1998, n. 89, in *Cass. pen.*, 1998, 10, 2574 ss. con commento di POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*. Tuttavia, nell'insegnamento dei giudici di Palazzo della Consulta non sembra, in alcun modo, potersi leggere

tazione del regime cautelare in atto debba essere considerata un elemento imprescindibile della fattispecie processuale. Pertanto, nel caso in cui l'istanza sia inammissibile perché indebitamente non notificata alla vittima, e dunque debba essere considerata *tamquam non esset*, se ne potrebbe, a cascata, ricavare la sua inidoneità a costituire in capo al giudice il potere/dovere di pronunciarsi sul merito della questione dedotta⁴²; ovvero, per usare le parole delle Sezioni Unite, ciò finirebbe per determinare, sempre in capo al giudicante, un difetto di potere in concreto.

Quanto, poi, all'individuazione della «opportuna risposta sanzionatoria da “mettere in campo” nei confronti di atti compiuti dal giudice nell'esercizio di un potere ormai precluso»⁴³, un'opzione praticabile potrebbe essere quella di fare ricorso all'abnormità che, nel suo profilo funzionale⁴⁴, affonda le radici proprio nella mancanza di potere in concreto⁴⁵.

un'indicazione in merito alla legittimazione di un intervento officioso oltre i casi espressamente previsti. In realtà, la decisione in parola non fa altro che ribadire che il giudicante, qualunque sia il *petitum* cautelare formulato dalla parte istante, può adottare un provvedimento più favorevole di quello richiesto, a patto, però, che egli sia stato «investito in via diretta della competenza funzionale in materia cautelare da una richiesta di parte»: così Corte cost., 1° aprile 1998, n. 89, cit., *Considerato in diritto*, § 4.

⁴² In questi termini, in generale, FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 218; RICCIO, *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988, 174.

⁴³ DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, Torino, 2020, 147-148, che si riferisce sia al caso in cui il potere sia precluso per effetto di un precedente esercizio del medesimo, sia all'eventualità in cui la preclusione derivi da una mancanza *ab origine* dei relativi presupposti.

⁴⁴ Come è noto, l'abnormità è una categoria di origine pretoria, elaborata al fine di consentire il ricorso per cassazione avverso provvedimenti dal contenuto anomalo che - proprio perché non previsti, né prevedibili dal legislatore - sfuggissero ad ogni previsione di sindacato in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. Al riguardo, l'affinamento dell'istituto in parola è avvenuto attraverso numerose pronunce delle Sezioni Unite nel corso degli anni, che hanno chiarito come si possa parlare di abnormità con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale di natura decisoria che, per singolarità o stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero che, pur essendo in astratto manifestazione di un legittimo potere, si espliciti fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite. Secondo una categorizzazione tutt'ora invalsa fra gli interpreti si distingue, dunque, il profilo strutturale in cui l'atto, per la singolarità della sua parte dispositiva, si pone fuori dal sistema della legge processuale, da quello funzionale, in cui il provvedimento, pur non estraneo al complesso organico delle norme processuali, determina una stasi irrimediabile del procedimento ovvero una sua indebita regressione. Al riguardo si vedano, *ex multis*, Cass., Sez. un., 24 marzo 2022, n. 10728, P.M. in proc. Fenucci, in *questa Rivista*, 2022, con nota di PERONI, *Il sindacato del giudice in sede di archiviazione: tra abnormità e prerogative del pubblico ministero*, Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 40984, Gianforte, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 116 ss., con nota di VARONE, *Richiesta di archiviazione imputazione coatta e diritto al contraddittorio dell'indagato: le Sezioni Unite aggiungono un altro mattone nel muro delle garanzie difensive*, Cass., Sez. un., 9 maggio 2018, n. 20569, P.M. in proc. Ksouri, *ivi*, 104 ss.

Attraverso questa via, si potrebbe - *de iure condito* - recuperare effettività alle prerogative partecipative dell'offeso nell'incidente *de libertate*, benché solo nella circoscritta ipotesi di omessa notifica dell'istanza cautelare, giacché in questo caso la vittima potrebbe azionare direttamente il rimedio costituito dal ricorso immediato in cassazione⁴⁶.

Passando, ora, a considerare la diversa fattispecie in cui il giudicante decida senza attendere il termine di due giorni a disposizione della persona offesa per la presentazione di memorie, va detto che l'individuazione del rimedio di cui all'art. 572 c.p.p. da parte delle Sezioni Unite⁴⁷ risulta, in prospettiva *de lege lata*, ineccepibile alla luce del principio di tassatività delle impugnazioni. Sul punto preme inoltre rimarcare che, sempre nell'ipotesi in esame, il provvedimento adottato - come riconosce anche il Collegio esteso - debba intendersi legittimo, non rinvenendosi all'interno dell'ordito codicistico disposizioni che sanzionino il rispetto di detto termine con un'invalidità processuale: in simili evenienze, l'appello proposto dal pubblico ministero sollecitato *ex art.*

In dottrina, fra gli altri, BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2011, *passim*; CAPO-NE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 68 ss.; CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1, 304; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, *passim*.

⁴⁵ Sul punto si vedano BELLOCCHI, *L'atto abnorme*, cit., 155 ss. e SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 113 ss.

⁴⁶ Al riguardo va, infatti ricordato come dallo sviluppo argomentativo di una recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 40984, Gianforte, cit., 116 s.) possa ricavarsi che il criterio attributivo della legittimazione al ricorso per cassazione nei casi di abnormità vada ravvisato nell'interesse alla rimozione dell'atto viziato. Tenendo presente ciò, si potrebbe ipotizzare che nel caso in esame dovrebbe consentirsi anche alla persona offesa di ricorrere al rimedio *de quo* sulla premessa che in capo ad essa si possa senz'altro riconoscere un interesse a che l'ordinanza cautelare pronunciata in violazione delle proprie prerogative partecipative sia rimossa.

⁴⁷ Alla soluzione delle Sezioni Unite perviene anche la maggior parte della dottrina. Si veda, in tal senso, CAMPOLI, *La tutela della persona offesa nella violenza di genere: brevi riflessioni sulle novelle processuali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 3, 222; DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 2, 100; SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare*, cit., 4455; ZACCHE, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 14.

In diversa prospettiva LOMBARDI, *Tutela della vittima nella vicenda cautelare e obbligo di notificare l'istanza di revoca (o modifica) della misura*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 6, 1529, per il quale, sul presupposto che la violazione del contraddittorio cautelare con l'offeso determini la nullità *ex art.* 178, lett. c c.p.p. dell'ordinanza conclusiva della procedura di cui all'art. 299 c.p.p., la persona offesa potrebbe eccepire il vizio in parola, per tramite di una memoria rivolta al giudice procedente, il quale, poi, dovrebbe dichiarare nulla l'ordinanza «con conseguente reviviscenza della misura cautelare originaria».

572 c.p.p. potrebbe, pertanto, far valere solo eventuali vizi attinenti al merito, e non già alla validità dell'ordinanza del giudice⁴⁸.

Le riserve si assestano, piuttosto, su di un diverso piano, legato all'adeguatezza dello strumento in discorso a svolgere la funzione assegnatagli dalla Corte. Al riguardo è noto come l'istituto di cui all'art. 572 c.p.p., codificazione di una prassi sorta vigente il codice Rocco⁴⁹, sia, non da oggi, al centro di critiche. In questo senso si è, in particolare, sostenuto che esso appresti un'insufficiente tutela delle ragioni della persona offesa dal reato e degli altri soggetti indicati nell'art. 572, comma 1 c.p.p., giacché il suo buon funzionamento è rimesso alla discrezionalità del pubblico ministero sollecitato all'impugnazione, che, in ipotesi, potrebbe limitarsi a motivare il proprio diniego attraverso clausole di stile senza che gli interessati possano in alcun modo contestare il merito del provvedimento⁵⁰.

Per quanto riguarda più specificamente la materia *de libertate*, si è, poi, messo in luce che assai difficilmente la vittima potrebbe riuscire a convincere il magistrato inquirente della bontà dei propri argomenti, quantomeno nelle ipotesi in cui l'iniziativa per la sostituzione *in melius* o la revoca della misura sia stata presa proprio dalla parte pubblica, come avvenuto nel caso di specie, ovvero quest'ultima abbia espresso parere favorevole all'istanza proposta dall'imputato⁵¹.

⁴⁸ Al riguardo si può aggiungere che la medesima soluzione individuata dalla Suprema Corte deve predicarsi anche con riferimento al coinvolgimento della vittima nel procedimento di sostituzione e revoca delle misure cautelari attivato dopo l'esercizio dell'azione penale, tanto più che in questa seconda eventualità l'art. 299, comma 4-*bis* c.p.p. non concede alla vittima lo spazio di riflessione di due giorni previsto invece nel comma 3 della medesima disposizione. V. *supra*, nota n. 11.

⁴⁹ In argomento si vedano PISANI, *Nuove prospettive per il regime delle impugnazioni penali*, in *Ind. pen.*, 1989, 480; SALIDU, *Commento all'art. 572 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, VI, Torino, 1991, 48; SPANGHER, voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, 223.

⁵⁰ In tal senso TRANCHINA, voce *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 399; C. VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, cit., 220. Inoltre, a riprova della scarsa efficacia dell'istituto si ricorda come la natura amministrativa del decreto di cui all'art. 572, comma 2 c.p.p. impedisca, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, di ritenere il medesimo impugnabile da parte dei soggetti indicati al comma 1 della stessa disposizione. Così Cass., Sez. VI, 28 maggio 1995, n. 889, Broda, Rv. 204798.

⁵¹ In questi termini CAMPOLI, *La tutela della persona offesa nella violenza di genere*, cit., 222, il quale sostiene che il principio generale di cui all'art. 572 c.p.p. «appare non solo del tutto blando, ma anche, in alcuni casi, potenzialmente in “conflitto di interessi” con le posizioni che l'organo dell'accusa può aver assunto in quello specifico procedimento». Analogamente MAGGIO, *Rapporti familiari e tutela*

Più in generale, si è sottolineato come il mezzo in esame paia rispondere non tanto alla logica di soddisfazione delle ragioni del soggetto richiedente - e in particolare dell'offeso -, quanto a quella della valorizzazione del contributo che questi può recare alle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'impugnazione⁵². Ciò che, se poteva considerarsi in linea con il ruolo di mero «volano del contraddittorio [...] ove la contrapposizione dialettica delle parti rischi[asse] di calare di tono»⁵³ assegnato alla vittima nell'originario ordinamento codicistico, appare oggi non più adeguato a rispondere al nuovo, ampliato assetto delle prerogative procedurali di tale soggetto in generale, e nel contesto del procedimento cautelare, in particolare.

6. *Considerazioni conclusive e prospettive de iure condendo.* Avviandosi alla conclusione, pare giunto il momento per qualche ulteriore riflessione. Come si è detto, la pronuncia che si annota giunge ad una soluzione solo parzialmente condivisibile a causa di un errore di metodo nell'impostazione della questione da parte della Corte. Un diverso percorso esegetico risulta, invece, praticabile, e conduce al riconoscimento in capo alla persona offesa della legittimazione a ricorrere per cassazione, facendo valere l'abnormità del provvedimento del giudice, nella sola ipotesi di violazione dell'onere di notifica di cui all'art. 299, comma 3 c.p.p. nel senso sopra precisato.

Sia come sia, i riferiti limiti della disciplina suscitano la sensazione che debba essere il legislatore a tornare ad occuparsi in maniera compiuta del tema. Si può, infatti, ragionevolmente dubitare della bontà di un meccanismo per l'instaurazione del contraddittorio cautelare con la persona offesa destinato ad arrestarsi sulla soglia delle impugnazioni *de libertate*. Per superare l'attuale situazione, la soluzione che - in prospettiva *de lege ferenda* - parrebbe preferibile ruota attorno alla rivisitazione *ab imis* dell'intero procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. in chiave di udienza camerale partecipata, sulla falsariga del modulo decisionale previsto dall'art. 127 c.p.p. - opportunamente adeguato -

processuale penale, cit., 1616; MARANDOLA, *Sui possibili rimedi in caso di revoca o sostituzione della misura cautelare e mancato avviso alla persona offesa*, cit.

Secondo SCALAS, *Le prerogative dell'offeso all'interno dell'incidente cautelare*, cit., 28, in simili evenienze, il ricorso proposto dal pubblico ministero potrebbe essere considerato privo di un «interesse effettivo».

⁵² Così SALIDU, *Commento all'art. 572 c.p.p.*, cit., 51. Cfr. GIALUZ, *Commento all'art. 572 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda - Spangher, II, Milano, 2017, 2992.

⁵³ DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 546.

, in modo da meglio tutelare i diritti dell'offeso - ma anche dell'accusato - alla partecipazione personale alla procedura, ad avere conoscenza dell'oggetto del dibattito, a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria difesa e, infine, a impugnare il provvedimento conclusivo⁵⁴. Quanto all'individuazione del mezzo di impugnazione più adeguato, la scelta dovrebbe ricadere sull'appello cautelare di cui all'art. 310 c.p.p. per diverse ragioni, non ultima la necessità di allineare le facoltà di impugnazione dell'offeso a quelle degli altri protagonisti del procedimento cautelare⁵⁵.

Non ci si nasconde come una proposta di siffatta portata, se attuata, rischi di risultare di non facile gestione sul piano della prassi applicativa, e in particolare di rallentare lo svolgimento del procedimento. Meno ambiziosamente, si potrebbe, allora, pensare - sempre in un'ottica *de iure condendo* - di attribuire all'offeso quantomeno la facoltà di impugnare, con lo strumento dell'appello *ex art. 310 c.p.p.*, l'ordinanza conclusiva della procedura di cui all'art. 299 c.p.p. per far valere la pretermissione delle proprie facoltà partecipative⁵⁶.

FILIPPO MARCHETTI

⁵⁴ Al riguardo, SPAGNOLO, *Vittima e vicenda cautelare*, cit., 4457, per la quale all'offeso andrebbero concessi «poteri di impulso processuale, di presentazione di elementi probatori, di audizione, di partecipazione e di impugnazione». Nonché, volendo, MARCHETTI, *Quale futuro per i diritti partecipativi della vittima nel procedimento cautelare?*, cit., 3442.

Diversa è la proposta di CARACENI, *La vittima nel procedimento de libertate*, cit., 1817, per la quale il modello cui ispirarsi nella ristrutturazione della disciplina dell'intervento dell'offeso nel procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. sarebbe fornito dalle soluzioni normative escogitate dal legislatore per la raccolta del parere del pubblico ministero sull'istanza di sostituzione e revoca delle misure cautelari formulata dall'imputato. Analogamente CABIALE, *Le Sezioni Unite sull'obbligo di notifica alla persona offesa delle richieste in materia cautelare*, cit., 452, il quale, tuttavia, riconosce come ciò potrebbe condurre ad una dilatazione dei tempi.

In generale, sulle proposte di modifica delle scadenze del procedimento cautelare, si veda GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, 215 ss.

⁵⁵ Ancora recentemente la Corte di cassazione ha, infatti, riconosciuto che avverso i provvedimenti pronunciati *ex art. 299 c.p.p.* è esperibile il solo appello cautelare di cui all'art. 310 c.p.p. Così Cass., Sez. II, 23 giugno 2022, n. 24349, Mirenda, Rv. 283178.

In questa prospettiva appare quantomeno distonica la proposta, formulata in dottrina, di introdurre, per far valere l'indebita mancata notifica dell'istanza cautelare alla persona offesa, uno strumento modellato sulla falsariga del reclamo avverso il provvedimento di archiviazione *ex art. 410-bis c.p.p.*: in tal senso, RACO, *Omesso avviso all'offeso*, cit., 251.

⁵⁶ E. VALENTINI, *Il ruolo della persona offesa*, cit., 234, per la quale si dovrebbe prevedere altresì la legittimazione della persona offesa ad impugnare «i provvedimenti con i quali il tribunale della libertà dovesse eventualmente disporre l'annullamento o la riforma *in melius* dell'ordinanza applicativa della misura».