

PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



www.parolaalladifesa.it

2
DUEMILADICIOTTO
marzo-aprile

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,
A. Lanzi, S. Lorusso, V. Maiello, V. Manes, A. Manna, A. Marandola,
N. Mazzacuva, G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini
Giuridica**

La rivista **Parola alla Difesa** è un periodico online gratuito e liberamente consultabile sul sito www.parolaalladifesa.it. Oltre ai fascicoli pubblicati con cadenza bimestrale, il sito ospita gli aggiornamenti, curati dalla redazione scientifica e dal comitato di redazione, riferiti alle più recenti pronunce provenienti dalle Corti, oltre alle news relative a novità legislative in materia penale. La rivista, senza scopo di lucro, nasce da una iniziativa dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nella persona del suo Presidente Avv. Beniamino Migliucci, e dei Proff.ri Giorgio Spangher e Giovanni Flora, i quali hanno coinvolto, nella stesura dei contributi e nei comitati, docenti, ricercatori ed avvocati. Si precisa che tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review. Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review* che garantisce il livello qualitativo della rivista. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori entrambi scelti dalla Direzione. Un revisore viene selezionato tra i membri del Comitato scientifico per la valutazione; l'altro, invece, tra i membri del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico. I Revisori sono scelti a rotazione, tenendo conto delle loro competenze specifiche, ed esprimono, nel rispetto dei principi di trasparenza ed autonomia, il loro parere – in forma anonima – sulla meritevolezza della pubblicazione e sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. In caso di discordanza di giudizio, è la Direzione a valutare se pubblicare il contributo. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

I contributi destinati, invece, alle rubriche web “Aggiornamenti” e “News” sono sottoposti in forma anonima alla valutazione da parte di due revisori, scelti dalla Direzione, uno tra i membri del Comitato di Redazione e uno tra i membri del Comitato Scientifico per la Valutazione i quali, in forma anonima, esprimono il loro parere sulla meritevolezza della pubblicazione. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

DIREZIONE

Beniamino Migliucci; Giorgio Spangher; Giovanni Flora

COMITATO SCIENTIFICO

Agostino De Caro; Filippo Dinacci; Oreste Dominioni; Giovanni Fiandaca; Leonardo Filippi; Alfredo Gaito; Marcello Gallo; Alberto Gargani; Giulio Garuti; Angelo Giarda; Fausto Giunta; Gaetano Insolera; Alessio Lanzi; Sergio Lorusso; Vincenzo Maiello; Vittorio Manes; Adelmo Manna; Antonella Marandola; Nicola Mazzacuva; Gaetano Pecorella; Delfino Siracusanò; Luigi Stortoni

CONSIGLIO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Lucian Chiriac; Artan Hoxha; Carlos Japiassu

CONSIGLIO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

David Brunelli; Piermaria Corso; Piero Gualtieri; Carlo Guarnieri; Roberto Guerrini; Luigi Kalb; Lucio Monaco; Gaetana Morgante; Gustavo Pansini; Costantino Visconti

COMITATO DI REDAZIONE

Fabrizio Galluzzo; Gherardo Minicucci

Valerio Aiuti; Gabriele Aronica; Davide Bianchi; Andrea Borgheresi; Ersi Bozheku; Pasquale Bronzo; Andrea Chelo; Antonella Ciraulo; Guido Colaiacovo; Irma Conti; Giuseppe Della Monica; Laura Dipaola; Federico Emiliani; Costanza Fenyes; Martina Galli; Luana Granozio; Luigi Ludovici; Edoardo Mazzantini; Ottavia Murro; Gherardo Pecchioni; Matteo Piccirillo; Gianrico Ranaldi; Fabio Stancati; Giuseppe Tabasco; Fabio Varone

Indice

Editoriale

GIORGIO SPANGHER, *La XVII Legislatura: un retrogusto amaro*.....p. 141

Opinioni

FEDERICO FEBBO, *Taricco-bis (ma non in idem): tutte le strade non portano a Roma*..... » 143

STEFANO MARTELLO, ROBERTA ZARPELLON, *Le Litigation PR ai blocchi di partenza: verso la costruzione di un modello italiano*..... » 149

Dalle Corti

Corte Cost., 24 gennaio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 43, con nota di ANTONELLA CI-RAULO, *Doppio binario sanzionatorio: la pronuncia della Consulta dopo la sentenza A. E B. c. Norvegia*..... » 155

Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 3 aprile 2018), n. 14800, con nota di VALERIO AIUTI, *note in tema di ribaltamento della condanna in appello*..... » 163

Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep.16 marzo 2018), n. 12213, con nota di GIUSEPPE COLLAZZO, *Costituzione di parte civile a mezzo sostituto processuale: la decisione delle Sezioni Unite*..... » 173

Cass. Pen., S.U., 21 dicembre 2017 (dep. 23 febbraio 2018), n. 8914, con nota di GIUSEPPE ROSSINI, *Ricorso per Cassazione dopo la “Riforma Orlando”, le SS.UU. precisano i presupposti della rappresentanza tecnica*..... » 181

Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 2017 (dep. 24 gennaio 2018), n. 3271, con nota di MARGHERITA PALA, *La sussistenza del delitto di atti persecutori nel caso di pluralità di persone offese: la necessaria “individualizzazione” dell’accertamento*..... » 187

Focus / Dibattiti

A trent’anni il Codice di procedura penale necessita di una profonda opera di restyling, a cura di ALESSANDRO DIDI

La giustizia penale nella nuova legislatura tra garantismo e deriva populista, di ENNIO AMODIO – *Le modifiche ai procedimenti speciali e alle misure cautelari personali*, di VALERIO DE GIOIA – *Il processo di prevenzione: quali garanzie individuali?!*, di PIERGERARDO SANTORO..... » 197

Stanza di Gaetano..... » 209
di GAETANO PECORELLA

La XVII Legislatura: un retrogusto amaro

Editoriale

GIORGIO SPANGHER

La legislatura che si è ormai chiusa – la XVII – presenta – in materia di giustizia – lo stesso panorama a chiaro-scuro che ha caratterizzato anche altri settori dell'attività del Governo e del Parlamento.

Il cambio della compagine di governo e delle relative maggioranze, sempre oggetto di convergenza tra partiti diversamente orientati, alla ricerca di maggioranze – non omogenee – ha inciso non poco sugli esiti della produzione normativa.

Si può dire, pertanto, che la legislazione in materia di giustizia abbia evidenziato le posizioni diverse che le differenti sollecitazioni – interne al Parlamento e proveniente da settori esterni (la Magistratura) – sono riuscite a determinare nei lavori d'Aula.

Non sono mancate, in tal senso, iniziative che approvate da un ramo del Parlamento sono poi rimaste imbrigliate nei lavori delle Commissioni Giustizia dell'altro ramo del Parlamento, stante le diverse sensibilità che nelle diverse sedi prevalevano.

Si è così assistito accanto a riforme di più ampio respiro – condizionate da evidenti compromessi – a normative più circoscritte motivate dalla contingenza, ancora supportate da più largo consenso.

Cercando di delineare qualche filo rosso in questo panorama, non uniforme, si segnalano sicuramente, in termini prevalenti, le opzioni di carattere sicuratorio. In questo senso si segnalano la riforma del codice antimafia, cioè, della disciplina del procedimento di prevenzione, soprattutto patrimoniale e della gestione dei beni confiscati, nonché delle misure sostanziali e processuali tese a contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale.

Ancorché obbligata va segnalata la alluvionale disciplina di adeguamento della disciplina interna a quella comunitaria attraverso il recepimento delle direttive europee nei più svariati campi della legislazione. Con riferimento alla giustizia penale si segnalano soprattutto i provvedimenti in tema di cautele, l'ordine di protezione, l'istituzione del pubblico ministero europeo e la disciplina della cooperazione internazionale, al cui riguardo va segnalata la modifica del libro XI del Codice di procedura penale.

Con maggiore attinenza al processo penale, oltre alle ricadute processuali dei numerosi interventi in relazione ad ipotesi delittuose vecchie e nuove (omicidio stradale; negazionismo; tortura; cyberbullismo; whistleblowing; caporalato).

Va segnalata la previsione della particolare tenuità del fatto e quella della sospensione del processo con messa alla prova, al fine di deflazionare il carico giudiziario, nonché la riforma delle misure cautelari attuata con la l. n. 47 del 2015, tesa a rafforzare le garanzie nell'applicazione della restrizione della libertà personale.

Il “piatto forte” della legislatura è stato costituito, tuttavia, dalla c.d. riforma Orlando (l. n. 103 del 2017) di cui molto si è scritto, sotto variegati profili (politici, contenutistici, di sistema) che non possono essere neppure particolarmente riassunti.

Al di là dei profili di diritto sostanziali (riserve di codice; reati predatori; perseguibilità a querela; casellario) in relazione al processo non possono non segnalarsi gli interventi in tema di condotte riparatorie, prescrizione, archiviazione, riti speciali, dibattimento a distanza, con entrata a regime variamente prevista.

Il nocciolo duro della riforma è costituito dalle modifiche alla disciplina delle impugnazioni e delle intercettazioni (soprattutto in relazione all'uso del captatore informatico ed alla tutela della riservatezza).

Appartengono al riferito campo delle iniziative legislative che non hanno ottenuto il consenso del Parlamento, la legge sulla legittima difesa e la riforma del rito abbreviato, approvate da un ramo della Camera, ma alle quali è mancato un consenso consolidato. Se ne parlerà nella XVIII legislatura, come emerge dal “contratto” di Governo.

Appartiene a quest'ultimo anche la mancata riforma dell'ordinamento penitenziario, naufragata per timidezza politica e contrasti di contesto.

Nonostante la mobilitazione dell'accademia, del momento dell'associazionismo dei diritti dei detenuti, la riforma – già ammorbidita nei vari passaggi elaborativi, non ha potuto vedere la luce consegnata alle contrapposizioni politico-elettorali.

In sintesi, un panorama sfaccettato, contrassegnato da segnali diversi, più di stampo autoritario che garantista, votato alla sicurezza sul piano sanzionatorio e all'efficientismo su quello processuale.

Manca un disegno organico. Si continua a navigare a vista, verso lidi non rassicuranti.

Taricco-bis (*ma non in idem*): tutte le strade non portano a Roma

Opinioni

FEDERICO FEBBO

SOMMARIO: 1. Il dialogo tra corti: falso e cortese. – 2. L'ultima parola alla Corte costituzionale? – 3. Rilievi conclusivi.

1. Il dialogo tra corti: falso... e cortese

La Corte di Giustizia si arresta di fronte ai bastioni della “Fabbrica della Sagra Consulta”¹, tuttavia ‘chiede’ il permesso di entrarvi.

I giudici euro unitari scrivono una nuova puntata della ‘saga Taricco’, diversa dalla precedente.

Si assiste ad un cambio sostanziale di prospettiva: dalla radicale primazia del diritto UE alla ‘tolleranza’ degli Ordinamenti costituzionali degli Stati membri, dal fondamentalismo eurofilo, che carezza l’apice nella pronuncia *Melloni* e caratterizza sia la prima sentenza Taricco che l’opinione dell’Avvocato Generale Bot nell’odierno procedimento, al (potenziale) riconoscimento della dottrina dei contro limiti, che innerva la seconda sentenza Taricco.

La Corte di Giustizia accetta l’anomalia dell’ordinamento italiano il quale, “diversamente abile” rispetto al diritto dell’Unione ed alla CEDU, colloca la disciplina della prescrizione dei reati nel diritto sostanziale, con estensione del principio di legalità, in ossequio al granitico diritto vivente costituzionale.

¹ L’art. 1 della legge 18 marzo 1958, n. 265, stabilisce: “Il palazzo della Consulta in Roma, delimitato da piazza del Quirinale, vicolo del Mazzarino e via della Consulta, compresi gli accessori, le pertinenze e gli arredi, è destinato a sede permanente della Corte costituzionale”.

Non si tratta, tuttavia, di una resa: la Grande Sezione afferma contestualmente che comunque “spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall’art. 325 TFUE”, come da essa medesima è autenticamente interpretato.

La Corte (ci) rammenta perentoriamente che l’impossibilità di disapplicare le norme sulla prescrizione lascerebbe “in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell’Unione o in violazione del principio di assimilazione e, in particolare, per avere compresso temporalmente l’effetto degli atti interruttivi della prescrizione”.

Il monito è ancorato al diritto positivo e, in specie, alla recente Direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale (§ 44 della sentenza) la quale, entrata in vigore il 17 agosto 2017, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il prossimo 6 luglio 2019.

La Direttiva ha determinato una parziale armonizzazione del regime della prescrizione applicabile nell’Unione ai reati in materia di IVA: rilevante è la considerazione, contenuta nel paragrafo 1 dell’art. 12, del termine di prescrizione come tempo “che consenta di condurre le indagini, esercitare l’azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati”, configurando la prescrizione come istituto di natura processuale piuttosto che causa estintiva del reato.

Il recepimento della direttiva europea imporrà quindi agli Ordinamenti ribelli la previsione della prescrizione come istituto di natura processuale quanto meno (ma tale ermeneusi non potrebbe che avere portata generale) con riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione.

Ecco allora che la pronuncia della Corte di Giustizia è improntata, da una parte, alla diplomazia, con una virtuosa apertura al principio di “*Constitutional Tolerance*”², dall’altra ribadisce il primato euro centrico, seppur in forma meno radicale che le statuizioni della prima sentenza Taricco, con prognosi di sub valenza in un eventuale conflitto con i principi fondamentali degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

Sullo sfondo la nuova Direttiva UE, per effetto della quale l’apertura diplomatica della Corte di Giustizia, quanto alla prescrizione, “è a termine”.

Più specificatamente, sotto il primo profilo la Corte di Giustizia accoglie l’invito della Consulta di disinnescare potenziali contrapposizioni frontali tra corti, invito galante nella misura in cui il Giudice delle Leggi non ha attivato i contro limiti nell’incidente di legittimi-

² L’espressione è di BASSINI, POLLICINO *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, 5 dic. 2017, in *VERFASSUNGSBLOG on matters constitutional*.

tà costituzionale originato dalla prima sentenza Taricco, ma si è limitato ad evocarli nella successiva ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Invito recepito nella misura in cui la Corte sterilizza i potenziali effetti negativi della precedente decisione sul *case law* Taricco, riconoscendo il principio di legalità in materia penale quale pilastro del nostro ordinamento costituzionale e patrimonio comune anche alle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Sotto il secondo profilo i giudici euro unitari non esitano a confermare la precedente interpretazione dell'art. 325 TFUE, evidenziando il “nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde” (§ 31), con la conseguente attribuzione agli Stati membri del compito di “garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione” (§ 32) anche attraverso la previsione di sanzioni penali (§ 34), dotate di carattere effettivo e dissuasivo (§ 36) nei casi di gravi frodi, che ledano appunto gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, atteso che gli Stati membri devono assicurare “che le norme sulla prescrizione previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati legati a frodi siffatte” (§ 36).

D'altronde, in base all'art. 325, primo periodo “L'unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione” ed in base al successivo periodo “gli Stati membri devono adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare in materia di IVA, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”, dotandosi di una normativa compatibile con gli obblighi di risultato che pone l'art. 325 TFUE, spettando ai “giudici nazionali competenti” di darvi piena efficacia, eventualmente disapplicando “disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione che, nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione” (§ 39).

La Grande Sezione ribadisce che è compito precipuo del legislatore nazionale “stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE”, garantendo che “il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” (§ 41). Con l'ulteriore precisazione “che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (§ 42).

Ecco che la seconda sentenza Taricco rivela una doppia anima: una *cortese* che fa concludere alla Grande Sezione, alla luce di queste premesse e considerato, in specie,

che “alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell’Unione”, che l’Italia era “libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 45); l’altra ‘fittizia’, non essendo revocabile in dubbio che, a seguito dell’adozione della Direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017 contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale (§ 44), l’apertura della Corte di Giustizia ha un termine di decadenza che coincide con la *deadline* di recepimento della nuova direttiva da parte degli Stati membri.

2. L’ultima parola alla Corte costituzionale?

La seconda sentenza Taricco, aldilà del caso concreto, lascia comunque un’eredità (potenzialmente) importante, laddove afferma che “i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di avere commesso un reato siano rispettati” (§ 46).

Diritti che secondo la Corte costituzionale, in caso di disapplicazione non sarebbero rispettati, sia perché “gli interessati non potevano ragionevolmente prevedere, prima della pronuncia della sentenza Taricco, che l’articolo 325 TFUE avrebbe imposto al giudice nazionale, alle condizioni stabilite in detta sentenza, di disapplicare le suddette disposizioni” (§ 49); sia perché “il giudice nazionale non può definire il contenuto concreto dei presupposti in presenza dei quali esso dovrebbe disapplicare tali disposizioni – ossia nell’ipotesi in cui esse impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave – senza violare i limiti imposti alla sua discrezionalità dal principio di legalità dei reati e delle pene” (§ 50).

I giudici euro unitari prendono atto della natura sostanziale della prescrizione, laddove affermano che “La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene» (§ 45) e operano un’apertura importante alle Corti Supreme degli Stati membri, riconoscendone il ruolo di presidio di ultima istanza dei principi fondamentali degli Ordinamenti domestici, ancorché il formante costituzionale degli Stati membri dovrà adeguarsi alle evoluzioni introdotte dal formante normativo delle Istituzioni UE.

In tal senso la Corte lascia in eredità un altro passaggio importante, laddove valorizza – anche in chiave sovranazionale – il peso del principio di legalità ricondotto nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile (§ 51), agli artt. 49 e 51 della Carta, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e all’art. 7, § 1 CEDU.

Per l'effetto si compendia quanto ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte EDU:

-che “le disposizioni penali devono rispettare determinati requisiti di accessibilità e di prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena” (§ 55);

-che “il requisito della determinatezza della legge applicabile (...) implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono”, potendosi ritenere soddisfatta tale condizione “quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale” (§ 56);

che “il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una norma nazionale adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto” (§ 57)³.

Per l'effetto, l'interpretazione dell'art. 325 TFUE che viene prospettata è che “esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato” (§ 62).

3. Rilievi conclusivi.

In conclusione, la decisione della Grande Sezione è improntata ad una “ragionevolezza temporale” che risponde all'esigenza di evitare un'abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della prescrizione, “allargata” anche a frodi IVA commesse anteriormente al primo pronunciamento Taricco, il cui assolvimento sarebbe stato particolarmente problematico (*rectius* impraticabile) nel nostro ordinamento alla luce della natura sostanziale riconosciuta all'istituto.

³ Così, testualmente, CUPELLI, *Ecce Taricco. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della corte di giustizia* in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 11 dicembre 2017

In futuro, il diritto positivo sovranazionale, già coniato, obbligherà gli Stati membri ad adeguare la relativa disciplina.

L'eredità più significativa della seconda sentenza Taricco è la “possibilità di rilevare un contrasto tra il diritto eurounitario e un principio di diritto interno, sottratto a quella cessione di quote di sovranità su cui si fonda la partecipazione all’Unione europea” che, “lungi dal configurarsi quale atto eversivo, rappresenta lo stesso presupposto logico della teoria dei contro limiti: se non si ammettesse che una norma possa risultare conforme al diritto dell’Unione e, al tempo stesso, non conforme ai principi e ai diritti di un singolo ordinamento nazionale, i contro limiti risulterebbero privati del necessario substrato logico⁴.

⁴ BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, XVIII.

Le Litigation PR ai blocchi di partenza: verso la costruzione di un modello italiano

Opinioni

STEFANO MARTELLO*, ROBERTA ZARPELLON**

SOMMARIO: 1. Lo scenario d'azione. – 2. Un possibile percorso attuativo per le Litigation PR italiane. – 2.1. Stabilizzare il livello di fiducia tra Giuristi e Comunicatori. 2.2. Definire il valore reputazionale. – 2.3. Litigation PR: dentro o fuori lo Studio legale? – 2.4. Litigation PR e il futuro dello studio legale.

1. Lo scenario d'azione

Un atleta ai blocchi di partenza è un atleta che ha già fatto molto. Si è allenato, concentrando i propri sforzi su quella gara; presumibilmente ha studiato i propri avversari, valutandone stile, prestazioni pregresse, tenuta fisica e psichica. I blocchi di partenza rappresentano, così, un ideale perfezionamento delle tante ore di allenamento ma, anche, un possibile fallimento indotto dalle tante variabili che potrebbero intervenire *durante* la competizione minandone il risultato atteso. Anche per le Litigation PR – come strumento e, ancora di più, come metodo – sembra essere questo il momento.

Luci accecanti ed ombre cupe polarizzano lo scenario di sfondo.

Da una parte, l'obiettivo primario e ben identificato (sia pure mutuato dall'esperienza anglosassone) delle Litigation PR che interessa la reputazione di un singolo o di una organizzazione nel momento in cui la stessa viene minacciata dal coinvolgimento degli attori in una controversia giudiziaria. Dall'altra, una visione ancora adolescenziale del sentimento

* Curatore di *Litigation PR*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017 e componente del Gruppo *Comunicare le professioni intellettuali* di Ferpi – Federazione Relazioni Pubbliche Italiana.

** Curatrice di *Litigation PR*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017 e coordinatrice del Gruppo *Comunicare le professioni intellettuali* di Ferpi – Federazione Relazioni Pubbliche Italiana.

reputazionale che si dibatte tra il dato teorico, perfetto e sicuro, ed una applicazione quanto meno parziale e miope, romanticamente *accucciata* sul vecchio adagio di un tempo galantuomo in cui la parola migliore è quella che non viene pronunciata mai.

Il contesto d'azione, del resto, appare piuttosto complesso ma ancora troppo poco investigato. Se, da un lato, si può parlare di assodata certezza di una copertura mediatica in grado di influenzare il grado della pena e l'andamento stesso del procedimento civile/penale¹, dall'altro, si assiste (ove presenti) a strategie comunicative di risposta troppo spesso casuali e improvvisate, poco adatte ad una funzione di *governance* strutturata e costante e più votate al tamponamento della criticità nel breve termine.

Pesa, su questo scenario frastagliato e dai contorni poco definiti, un vizio d'origine ri-assumibile in un mancato accreditamento della scienza comunicativa negli studi professionali, vuoi perché troppo spesso ingiustamente assimilata al marketing ed alla pubblicità, vuoi perché non adeguatamente spiegata nel corso degli anni dagli stessi addetti ai lavori in termini di obiettivi, responsabilità e mansioni².

Fin qui la lettura di uno scenario che, aldilà dall'essere mera dolorosa cronaca del presente, può trasformarsi, oggi, in una notazione strategica per orientare un cambio di passo. Un cambiamento sempre più considerato necessario e che contempra un metodo decisionale, prima che operativo, nuovo e inclusivo. Non più, dunque, come troppo spesso è accaduto in passato su temi affini, l'affermazione/imposizione di un singolo punto di vista, bensì l'incontro dei due punti di vista necessari: quello del Giurista e quello del Comunicatore.

Un cambio di paradigma, dunque, foriero di nuove sfide. Rispetto al tono di questa (ri)partenza, occorre notare innanzitutto due aspetti; il primo riguarda lo stesso cambiamento auspicato, non più assimilabile ad un orizzonte lontano, verso il quale – con diverse sensibilità – ci stiamo avvicinando, ma piuttosto terreno e tempo stesso nel quale le nostre azioni e le nostre progressive condotte si animano, crescono, vengono testate, muoiono o, se valide, si consolidano. Un tempo, dunque, presente, dove agire, con tutte le implicazioni ch'esso porta con sé. Il secondo aspetto rilevato esige una minima premessa. Le Litigation PR sono nate negli Stati Uniti e sono molto utilizzate nel mondo anglosassone. Nel momento in cui le stesse sono approdate nel panorama italiano³, sono stati in molti

¹ Lo studioso della Johannes Gutenberg Universität di Mainz Mathias Kepplinger ha pubblicato nel 2009 i risultati di uno studio realizzato nel 2006 su di un campione di oltre 700 tra giudici, pubblici ministeri e giornalisti facendo emergere come effettivamente la copertura mediatica possa influenzare il grado di pena e, più in generale, l'andamento stesso del procedimento legale. I risultati dello studio sono stati pubblicati nel volume *Litigation PR: Alles was Recht ist. Zum systematischen Stand der strategischen Rechtskommunikation*, a cura di Rademacher e Schmitt-Geiger, Springer, 2012. Per un approfondimento sui temi del volume si veda anche la recensione di ROELLECKE, *Litigation PR in Germania: un bilancio*, in www.ferpi.it, 7.05.2015.

² Secondo il Delegato Ferpi per l'Emilia Romagna, Biagio Oppi, l'errore è stato quello di utilizzare un *tono muscolare* per *affermare*, prima ancora che per *spiegare*, l'importanza strategica di un corretto processo comunicativo, senza preoccuparsi minimamente delle regole e delle consuetudini con le quali quel pubblico aveva convissuto per decenni.

³ La prima definizione delle Litigation PR nel sistema giuridico italiano emerge dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione – sentenza n. 6827 del 24 marzo 2014 – nella quale le stesse sono definite come *attività di relazione e gestione dei media in ordine alla difesa della reputazione degli imputati e/o di quanti coinvolti in una vicenda legale o procedimento giudiziario*.

a ritenere che proprio la pregressa esperienza potesse essere adattata al contesto nazionale, anche solo per recuperare un già sostanziale ritardo, di riflessione quanto di azione, rispetto a tali tematiche.

Il nostro orientamento – già peraltro esplicitato nel titolo di questo testo – esprime, al contrario, l'idea di un modello proprio del contesto italiano, che di tale contesto ne tenga in debita considerazione tutte le sfaccettature, le contraddizioni nonché le opportunità offerte.

2. Un possibile percorso attuativo per le Litigation PR italiane.

Quale strada, oggi, Giurista e Comunicatore possono percorrere insieme per costruire un percorso condiviso verso un'efficace applicazione delle Litigation PR in Italia? Un punto di partenza possono essere i tanti dati emersi nel corso di una strada iniziata formalmente nel 2015 alla Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna⁴, attraverso la quale oggi si possono formulare una serie di *step* logici e consequenziali. Nello specifico:

2.1. Stabilizzare il livello di fiducia tra Giuristi e Comunicatori.

Rappresenta il primo ineludibile passaggio, soprattutto rispetto ad una metodologia che riunisce (e riunirà sempre più) i due profili non solo sotto lo stesso tetto – come accade, per esempio, con il processo comunicativo generale - ma addirittura nella stessa stanza e nell'economia stessa del procedimento giudiziario, sia pure con competenze specialistiche differenziate e distinte. Un percorso che supera quel sentimento di diffidenza culturale che molto ha influito e ancor oggi influisce su un equilibrato accreditamento della materia comunicativa. Si badi bene. Questa è una scelta *organizzativa e gestionale* che origina da un principio basilare non più prescindibile, ovvero la consapevolezza per cui *nulla può avere successo all'esterno se la struttura interna non è adeguata a sostenere/governare ciò che si vuole veicolare e promuovere*⁵.

Incide, su questa valutazione generale, anche la sostanziale differenza tra un processo istituzionale di relazioni pubbliche – generalmente pianificato su livelli differenziati per non generare sovrapposizioni e con l'ausilio di più strumenti per rispondere ad istanze diversificate – e un percorso di Litigation PR, che si concentra sul contenzioso e sulla controversia giudiziaria, *in strettissimo e quasi deferente contatto con la strategia legale*

Per un approfondimento, COLAGROSSI, *Introdurre le Litigation PR nello Studio Professionale*, in Martello, Zarpellon (a cura di) *Litigation PR. Organizzazione del team legale, rapporti con clienti e media, danni reputazionali e deontologia* forense, Pisa, 2017, 64-66.

⁴ *Litigation PR. Linee guida comuni per l'accreditamento e l'operatività*, a cura di Scuola Superiore di Studi Giuridici – Scuola di Giurisprudenza Università di Bologna, Delegazione FERPI Emilia Romagna, Gruppo di lavoro *Comunicare le professioni intellettuali*, Bologna, 9 giugno 2015. Gli Atti del Convegno possono essere scaricabili gratuitamente al seguente indirizzo: <http://www.giurisprudenza.unibo.it/it/bacheca/atti-del-convegno-litigation-pr-linee-guida-comuni-per-laccreditamento-e-loperativita>

⁵ CALCIOLARI, *Il processo relazionale interno*, in *Litigation PR*, cit., 45.

*adottata (che non può essere messa in discussione o, peggio, in difficoltà)*⁶. In questo senso e in questa direzione, dunque, appare chiara la necessità di un processo di conoscenza reciproca che alimenti il vincolo di fiducia tra le parti chiarendo i contorni di un perimetro d'azione legittimamente e deontologicamente normato e, nel contempo, favorendo una più attenta conoscenza della *procedura comunicativa*, per obiettivi e per complessità. L'obiettivo, in questo caso, è duplice: verificare la concreta possibilità di un modello italiano di Litigation PR testandone la possibile compatibilità nelle diverse fasi e di fronte ai diversi momenti processuali.

2.2. Definire il valore reputazionale.

Ci vogliono vent'anni per farsi una reputazione e cinque minuti per rovinarla. Il celebre finanziere Warren Buffet ha sintetizzato in maniera mirabile la complessità del sentimento reputazionale, definito come *la considerazione altrui sentita come misura della qualità e della moralità delle azioni*⁷. Vediamo un esempio che ben evidenzia la complessità di un processo di costruzione e gestione della reputazione. Ipotizziamo di voler avviare un processo di costruzione dell'immagine (propria o della propria organizzazione); possiamo immaginare di poterlo pianificare a tavolino, tenendo conto delle tante variabili, partendo da un ascolto strutturato di tutti i propri interlocutori e, una volta definito, di declinarlo all'esterno. Il discorso è diametralmente diverso per la costruzione del valore reputazionale, che dipende esclusivamente dal sentire altrui e che, dunque, non può essere in nessun modo "governato". Ma ciò, come in parte già anticipato, rappresenta la teoria. Mentre la pratica racconta, in tal senso, un approccio più disinvolto, con il ricorso abituale (e dilettesco, dati i risultati) ad un *ascolto passivo* che molto assomiglia ad un discente che ascolta le parole del docente mentre pensa a come trascorrere il week end. Basterà, a questo punto, formulare una domanda a bruciapelo, improvvisa ed inaspettata, per svelare tutta l'inconsistenza di quella attenzione che, ad un occhio distratto, sembrava convinta e solida. È importante, in tal senso, sottolineare che i ritorni di una corretta gestione della reputazione sono corposi e per nulla aleatori, come taluni sostengono. In particolare, una corretta gestione comporta una vera e costante legittimazione del proprio ruolo nell'ambito di riferimento alla quale si accompagna la costruzione ed il progressivo consolidamento di un sentimento di lealtà e fiducia reciproca con i pubblici di riferimento, siano questi personali o professionali.

Soprattutto quest'ultimo punto diviene strategico rispetto al percorso di accreditamento delle Litigation PR: più saremo stati efficaci nel costruire/monitorare/gestire in maniera costante e coerente nel tempo la reputazione, nostra o della nostra organizzazione, più difficile sarà scalfirla in caso di un coinvolgimento in una controversia. Ma questo obiettivo

⁶ MARTELLO - ZARPELLON, *Conclusioni intermedie. Per continuare a parlarne*, in *Litigation PR*, cit., 128.

⁷ Definizione del Dizionario della lingua italiana *Devoto Oli*.

– solo apparentemente banale e, in realtà, estremamente ambizioso – può essere perseguito attraverso la definizione certa ed inequivocabile del valore reputazionale nell'economia della vita di un individuo o di una organizzazione. Spiegando che non basta una *fuga* (sia questa fisica o verbale) per tutelare le ragioni del nostro assistito e che, anzi, quella stessa fuga potrebbe diventare il punto d'inizio di una *crisi nella crisi*. In questo senso, dunque, sarebbe da rifuggire la consolidata e diffusa “tecnica” del silenzio ad oltranza, troppo spesso praticato con indubbi risultati negativi per la reputazione del Cliente, alla quale sarebbe da preferire una comunicazione, seppure parziale e contingente, capace di mantenere viva ad aperta la relazione, soprattutto se questa è rivolta ai media. Il punto in esame, inoltre, risponde indirettamente ad un altro interrogativo circa la caratterizzazione di un ipotetico approccio alle Litigation PR nello studio legale, da intendersi come servizio in qualche modo elitario, legato alla natura pubblica del personaggio coinvolto o, al contrario, vero e proprio servizio integrato nel mandato difensivo. In parole più semplici, c'è differenza tra un atleta famoso in tutto il mondo accusato di aver evaso le tasse e un piccolo imprenditore che opera all'interno di una comunità territoriale e finanziaria delimitata, accusato dello stesso reato?

Secondo coloro che scrivono, non c'è alcuna differenza, se non nella risonanza del possibile danno reputazionale. Di fatto, anche quel piccolo imprenditore – al pari dell'atleta – ha dei pubblici di riferimento che nel tempo lo hanno coadiuvato nella costruzione della propria reputazione e che potrebbero contribuire a distruggerla: i suoi possibili soci/azionisti, dipendenti, fornitori, la stessa comunità in cui quell'imprenditore ha sempre vissuto e lavorato. Questo esempio ci spinge a ritenere che le stesse Litigation PR non debbano essere concepite come uno strumento adatto ad una clientela “selezionata” o *high profile*, quanto, al contrario, debbano essere interpretate – sia pure con tutte le cautele e le distinzioni del caso – come elemento integrante e proprio di un'attività di difesa e tutela. Non si tratta solo di un possibile ed eventuale *indirizzo di metodo* bensì di una scelta che comporta naturalmente un'alta dose di consapevolezza nel delimitare confini e punti di contatto tra le strategie processuali e comunicative e la complessità nell'organizzare le due strategie in maniera equilibrata e funzionale.

2.3. Litigation PR: dentro o fuori lo Studio legale?

Sulla possibile collocazione delle Litigation PR – *dentro* o *fuori* lo Studio legale – esistono due tesi contrapposte. La prima affida al difensore legale la possibilità di avvalersi di un professionista esterno allo studio per gestire la comunicazione relativa al caso che ha preso in carico.

La seconda tesi prevede, al contrario, la costituzione di un pool di professionisti della comunicazione interno allo studio. Entrambe le possibilità prevedono vantaggi e svantaggi. La prima tesi privilegia il vantaggio di poter scegliere, di volta in volta, il professionista ritenuto più adatto o più capace nonché la possibilità di evitare contrasti interni allo studio in merito alla possibile strategia generale da adottare. Tra gli svantaggi di questa tesi, proprio il fatto che il Comunicatore entri in contatto con la vicenda a crisi già conclamata, senza conoscere il *pregresso comunicativo e reputazionale* del Cliente, in un clima ansioso

che potrebbe comportare risposte affrettate e poco efficaci. A questi svantaggi risponde idealmente la seconda tesi in cui proprio lo stretto rapporto tra lo staff legale e quello comunicativo potrebbe favorire una relazione interna più strutturata ed organica, capace non solo di rispondere ad una possibile crisi della reputazione ma, in qualche modo, di anticiparne gli effetti, all'interno di un monitoraggio continuo e costante nel tempo. Qualunque sia la strada prescelta non potrà che essere il frutto di un'attenta e ponderata riflessione che può nascere solo supportata da un positivo percorso di conoscenza reciproca tra i due profili professionali interessati e di accreditamento del valore e ruolo della comunicazione nel contesto legale.

2.4. Litigation PR e il futuro dello studio legale.

Il futuro dello studio legale passa da molte strade. Una di queste, innegabilmente, vede il team legale in costante dialogo con il proprio Cliente ma, oggi più di ieri, lo pone in ascolto e comprensione di tutte quelle *dimensioni relazionali che influiscono su quella capacità di approccio collaborativo fra tutti i soggetti e i contesti (organizzativi, professionali ed istituzionali) chiamati a dare, in tempi e modi coerenti con l'evoluzione della modernità, un esito riconosciuto alla contrapposizione*, come afferma Raffaele Paciello⁸. Per questo motivo, le Litigation PR sono una straordinaria opportunità di crescita e qualificazione professionale in un approccio che vede nel dialogo interno, prima, ed esterno, poi, una componente determinante. Proprio sul dialogo e sull'incontro si gioca oggi la partita più importante per un tema così delicato per il futuro della professione e della stessa giustizia in Italia. Un futuro che Comunicatori e Giuristi italiani hanno la straordinaria possibilità di costruire insieme, incontrandosi e confrontandosi sui principi, vincoli e opportunità che la via italiana alle Litigation PR vuole imboccare. Un percorso inclusivo, positivo e collaborativo.

Corte Cost., 24 gennaio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 43, Pres.e Rel. Lattanzi

Reati tributari – Omessa dichiarazione *ne bis in idem* – Rapporti tra illecito penale e amministrativo

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli, il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della Grande camera della Corte di Strasburgo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice a quo ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un bis in idem convenzionale, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Doppio binario sanzionatorio: la pronuncia della Consulta dopo la sentenza A. e B. c. Norvegia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza del Tribunale di Monza. – 3. La decisione della Consulta. – 4. Quali possibili sviluppi?

1. Premessa.

Con la sentenza che qui si annota, la Corte Costituzionale ha restituito gli atti al giudice rimettente del Tribunale di Monza ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.¹, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito

¹ 1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.

di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli.

La decisione della Consulta scaturisce non da un mutamento normativo interno, bensì dal mutato significato della normativa interposta, sopravvenuto all'ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della Grande camera della Corte di Strasburgo (sentenza A. e B. c. Norvegia)².

2. L'ordinanza del Tribunale di Monza.

Il caso che il Tribunale di Monza in composizione monocratica era chiamato a giudicare riguardava il titolare di una ditta individuale, imputato in ordine al reato di omessa dichiarazione di cui all'art. 5 d.lgs. 74/2000³ per il periodo di imposta 2008.

Come emergeva dall'avviso di accertamento del 2013, nei confronti dell'imputato erano state irrogate sanzioni amministrative pari al 120% dell'imposta evasa, per gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 1, co. 1⁴, e 5, co. 1, d. lgs. 471/1997⁵.

Al riguardo, il giudice *a quo*, rilevata la definitività del provvedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni nonché, secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza

² Corte EDU (grande Camera), sent. 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016, con commento di VIGANÒ, *La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*.

³ 1. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-bis. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate è superiore ad euro cinquantamila. 2. Ai fini della disposizione prevista dai commi 1 e 1-bis non si considera omessa la dichiarazione presentata entro novanta giorni dalla scadenza del termine o non sottoscritta o non redatta su uno stampato conforme al modello prescritto.

⁴ “Nei casi di omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive, si applica la sanzione amministrativa dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell'ammontare delle imposte dovute, con un minimo di euro 250. Se non sono dovute imposte, si applica la sanzione da euro 250 a euro 1.000. Se la dichiarazione omessa è presentata dal contribuente entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo e, comunque, prima dell'inizio di qualunque attività amministrativa di accertamento di cui abbia avuto formale conoscenza, si applica la sanzione amministrativa dal sessanta al centoventi per cento dell'ammontare delle imposte dovute, con un minimo di euro 200. Se non sono dovute imposte, si applica la sanzione da euro 150 a euro 500. Le sanzioni applicabili quando non sono dovute imposte possono essere aumentate fino al doppio nei confronti dei soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili”.

⁵ “Nel caso di omessa presentazione della dichiarazione annuale dell'imposta sul valore aggiunto si applica la sanzione amministrativa dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell'ammontare del tributo dovuto per il periodo d'imposta o per le operazioni che avrebbero dovuto formare oggetto di dichiarazione. Per determinare l'imposta dovuta sono computati in detrazione tutti i versamenti effettuati relativi al periodo, il credito dell'anno precedente del quale non è stato chiesto il rimborso, nonché le imposte detraibili risultanti dalle liquidazioni regolarmente eseguite. Nel caso di omessa o tardiva presentazione della dichiarazione cui sono tenuti i soggetti che applicano i regimi speciali di cui agli articoli 74-quinquies e 74-septies del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, la sanzione è commisurata all'ammontare dell'imposta dovuta nel territorio dello Stato che avrebbe dovuto formare oggetto di dichiarazione. La sanzione non può essere comunque inferiore a euro 250. Se la dichiarazione omessa è presentata entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo e, comunque, prima dell'inizio di qualunque attività amministrativa di accertamento di cui il soggetto passivo abbia avuto formale conoscenza, si applica la sanzione amministrativa dal sessanta al centoventi per cento dell'ammontare del tributo dovuto per il periodo d'imposta o per le operazioni che avrebbero dovuto formare oggetto di dichiarazione, con un minimo di euro 200”.

della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, il carattere afflittivo delle stesse che, quindi, avevano carattere sostanzialmente "penale", rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, per gli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale⁶.

Ed invero, sulla scorta dell'insegnamento dell'ormai celebre decisione della Corte EDU Engel e altri c. Paesi Bassi⁷, la giurisprudenza convenzionale ha riconosciuto in numerose pronunce il carattere penale delle sovrattasse tributarie, irrogate dalle amministrazioni finanziarie, in quanto il pagamento, oltre che della somma evasa, anche di un *quid pluris*, attribuisce alla sanzione una finalità deterrente, retributiva ed afflittiva al pari della pena⁸.

Ne deriva che, ove nei confronti di un soggetto sia divenuta definitiva la sanzione formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale irrogatagli, si avrà violazione dell'art. 4, prot. 7 CEDU qualora il medesimo soggetto per gli stessi fatti sia stato sottoposto ad un ulteriore processo penale e all'applicazione di una pena aggiuntiva⁹.

Con riguardo alla nozione di stesso fatto¹⁰, al momento della rimessione della questione di legittimità costituzionale, l'orientamento della Corte EDU era nel senso di va-

⁶ Per un commento, cfr. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 dicembre 2016.

⁷ Sentenza CEDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in *www.duitbase.it*. In tale pronuncia, i giudici di Strasburgo hanno enucleato i criteri (alternativi) per individuare se una sanzione, al di là dell'etichetta formale attribuitale, possa definirsi sostanzialmente penale: qualificazione giuridica offerta dall'ordinamento interno; effettiva natura della sanzione; grado di severità dalla stessa veicolato.

⁸ Tali principi, rileva il rimettente, sono peraltro stati affermati e ribaditi dalla Corte EDU tanto in materia tributaria (*ex multis*, Lucky Dev c. Svezia, Corte Eur., Sez. V, Lucky Dev. C. Svezia, 7356/10, 27.11.2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014), quanto in relazione al settore del *market abuse* (Grande Stevens c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Causa Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, consultabile in *www.echr.coe.int*).

⁹ Com'è noto, il *ne bis in idem* sostanziale – sul versante interno – vieta, nelle ipotesi di concorso di norme, di addebitare più volte lo stesso fatto al medesimo autore, a garanzia di equità e certezza giuridica. Strettamente correlato al *ne bis in idem* sostanziale è il divieto di *bis in idem* processuale che, invece, preclude l'inizio o la prosecuzione di un procedimento penale per fatti già giudicati, salvaguardando la finalità di giustizia sostanziale che il primo vuole perseguire. Per un approfondimento sul principio del *ne bis in idem* processuale, cfr. ASTARITA, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2010, 773-743; ID., *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 145; ZUMBO, *Duplicazione di procedimento e ne bis in idem*, in *Giust. pen.*, 2007, 194. Nella manualistica, TRANCHINA, *L'esecuzione*, in *Diritto processuale penale*, II, a cura di Siracusano – Galati – Tranchina – Zappalà, Milano, 2004, 577; TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2014, 520 ss.; sul concorso di norme, invece, cfr. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1996; PAGLIARO, *Concorso di norme (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino, 1997; ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza.*, Milano, 1996; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961.

¹⁰ Sul punto, cfr. CEDU, Serguei Zolotoukhine c. Russia, 14939/2003, consultabile in *www.echr.coe.int*; Corte di Giustizia, Von Esbroeck, C-436-04, in *Cass. pen.*, 2006, 2295 ss. Circa la nozione di identità del fatto nel diritto nazionale, cfr. Cass. pen., Sez. un., 34655 del 28 giugno 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 8 ss. In dottrina, cfr. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930; FIANDACA, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, 152 ss.; PAGLIARO, *Fatto*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 951 ss.; ID., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960; G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi in memoria di Delitala*, III, Milano, 1984, 1643 ss.

lorizzare la coincidenza o meno del fatto nella sua dimensione storico-naturalistica, a prescindere dalla diversa qualificazione dello stesso sul terreno giuridico. In virtù di ciò, il giudice nazionale che avesse ravvisato un contrasto delle disposizioni interne con il diritto convenzionale, nell'interpretazione consolidata ad esso offerta dal suo Giudice, avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.¹¹.

Giova ricordare che la C.G.U.E., investita di questione pregiudiziale inerente l'applicazione del *ne bis in idem* di cui agli artt. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE, nella celebre sentenza Fransson¹² ha affermato che non è fatto divieto agli Stati di irrogare per uno stesso fatto sanzioni penali e sanzioni amministrative, purché queste ultime non abbiano natura sostanzialmente penale.

Ciò premesso, il giudice *a quo* rilevava che le sanzioni amministrative di cui dagli artt. 1 co. 1 e 5 co. 1 d. lgs. 471/1997 fossero sostanzialmente penali, poiché le sovrattasse che accedono alla riscossione delle imposte e degli interessi sulle stesse maturati costituiscono sanzioni gravi, con funzione deterrente ed afflittiva, non meramente restitutoria¹³.

Peraltro, relativamente all'*idem factum*, comune è il presupposto, ovvero l'omissione dichiarativa concernente le medesime imposte. Ed ancora, il rimettente affermava che le fattispecie si porrebbero in rapporto di specialità unilaterale, nella misura in cui l'art. 5 d. lgs. 74/2000 annovera gli elementi costitutivi degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 1 co. 1 e 5 co. 1 d. lgs. 471/1997, con l'aggiunta, però, del dolo specifico e delle soglie di punibilità.

Tuttavia, è doveroso precisare che il principio di specialità di cui all'art. 19 d.lgs. 74/2000¹⁴, in combinazione con il meccanismo di cui all'art. 21, co. 2¹⁵, stesso decreto, previene sul versante sostanziale la duplicazione delle sanzioni, ma su quello processuale non impedisce l'avvio del procedimento penale ove la sanzione amministrativa sia diventata definitiva, prevedendo che per il medesimo fatto debbano svolgersi due procedimenti

¹¹ Al riguardo, cfr. C. Cost., n. 49 del 2015, consultabile in www.cortecostituzionale.it, in cui si afferma che "è solo un diritto consolidato generato dalla giurisprudenza europea che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo".

¹² Cfr. CGUE, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, in www.eur-lex.europa.eu. A commento, cfr. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013.

¹³ Cedu, Nykenen c. Finlandia, 20 maggio 2014, n. 11828, in www.archiviopenale.it; Corte Eur., Sez. V, Lucky Dev. C. Svezia, cit.

¹⁴ 1. Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale. 2. Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato.

¹⁵ 1. L'ufficio competente irroga comunque le sanzioni amministrative relative alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato. 2. Tali sanzioni non sono eseguibili nei confronti dei soggetti diversi da quelli indicati dall'articolo 19, comma 2, salvo che il procedimento penale sia definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto. In quest'ultimo caso, i termini per la riscossione decorrono dalla data in cui il provvedimento di archiviazione o la sentenza sono comunicati all'ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice che li ha emessi.

distinti – penale e tributario – e non escludendo che uno di essi possa essere avviato o proseguito anche dopo che l'altro si è definitivamente concluso¹⁶.

Ad avviso del Tribunale di Monza, dunque, il meccanismo del cd. doppio binario non garantisce il divieto di *bis in idem* nei casi in cui all'imputato sia già stata inflitta una sanzione sostanzialmente penale e l'unica norma idonea a scongiurare la violazione del predetto divieto è l'art. 649 c.p.p., che preclude la possibilità di un secondo procedimento penale nei confronti dell'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili in relazione al medesimo fatto.

Sennonché, il dettato dell'art. 649 c.p.p. non favorisce una interpretazione convenzionalmente orientata della norma, stante l'indubbio ed esclusivo riferimento al giudizio penale, che non consente di ampliarne la portata applicativa ai procedimenti amministrativi.

Pertanto, secondo il giudice *a quo*, la soluzione per impedire la sottoposizione a procedimento penale di un soggetto che, per il medesimo fatto, ha già riportato in via definitiva una sanzione (solo formalmente) amministrativa, risiederebbe in una pronuncia additiva sul disposto dell'art. 649 c.p.p. da parte della Corte costituzionale, precludendo la celebrazione di un processo penale in presenza di una “condanna” in via “amministrativa” per quegli stessi fatti e con ciò ripristinando la legalità costituzionale e convenzionale.

3. La decisione della Consulta.

La questione di legittimità costituzionale rimessa alla Consulta si inserisce nel complesso mosaico di pronunce che negli ultimi anni sta interessando la giurisprudenza e la dottrina nazionale ed europea¹⁷.

In particolare, la Corte Costituzionale, pur ritenendo ammissibile e non manifestamente irrilevante la questione di legittimità costituzionale ed apprezzando la puntuale ricostruzione del quadro giurisprudenziale sovranazionale contenuta nell'ordinanza di rimessione e le conclusioni cui il giudice *a quo* è pervenuto, ha rilevato che queste ultime sono superate in seguito alla pronuncia A. e B. c. Norvegia, rinviando al rimettente per nuove valutazioni.

Il *ne bis in idem* convenzionale aveva, quando la questione è stata sollevata, carattere tendenzialmente inderogabile, nel senso che la sua efficacia non era mediata da apprezzamenti discrezionali del giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori, ma si riconnetteva esclusivamente alla constatazione che un

¹⁶ In altri termini, la sanzione tributaria viene disposta e acquisisce natura definitiva, ma, in virtù del principio di specialità, può essere messa in esecuzione solo se per il medesimo fatto non è stata inflitta una pena. A questo fine è necessario avviare il procedimento penale, quand'anche, come nel giudizio *a quo*, esso sia posteriore alla definizione del procedimento e del contenzioso tributario.

¹⁷ Per una sintetica ricostruzione, sia consentito il rinvio a CIRAUOLO, *Omesso versamento iva e divieto di bis in idem: la Cassazione esclude la diretta applicazione della Cedu*, in questa rivista, 2/2016, p. 291 ss.

fatto, colto nella sua componente naturalistica (*idem factum*), era già stato giudicato in via definitiva, con ciò impedendo l'avvio di un nuovo procedimento¹⁸.

Con la citata sentenza A. e B. c. Norvegia si è registrato, invece, un rilevante mutamento. Ed invero, la rigidità del divieto convenzionale di *bis in idem*, nella parte in cui trova applicazione anche per sanzioni che gli ordinamenti nazionali qualificano come amministrative, aveva ingenerato gravi difficoltà presso gli Stati che hanno ratificato il prot. 7 CEDU, perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di *bis in idem*.

Al fine di superare tale inconveniente, la Corte EDU ha enunciato il principio di diritto secondo cui il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, connotando tale requisito di tratti nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente (e consolidata) giurisprudenza.

In particolare, quanto al legame temporale, esso non implica la contestualità dei procedimenti ma almeno la consecutività; circa il legame materiale, invece, esso deriva dal conseguimento di finalità complementari pur connesse ad aspetti differenti, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e, soprattutto, dalla circostanza che nel determinare la seconda sanzione si possa tenere conto della prima, sì da evitare un'eccessiva risposta sanzionatoria per il medesimo fatto illecito.

Ad avviso della Corte Costituzionale, con la sentenza A. e B. c. Norvegia, entrambi i presupposti su cui si fonda la questione di legittimità costituzionale sono venuti meno.

Nello specifico, il *ne bis in idem* convenzionale non è più una regola inderogabile conseguente alla definitività del primo procedimento, ma viene subordinato alla discrezionalità del giudice in ordine al nesso che lega i procedimenti, poiché "in presenza di una «close connection» è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro"¹⁹.

Ciò comporta, in seguito al sopravvenuto mutamento del significato della normativa interposta, la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

Infatti, se il giudice *a quo* ritenesse che il procedimento penale è legato temporalmente e materialmente a quello tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenziona-

¹⁸ Preme rilevare che in alcune sporadiche pronunce, la Corte EDU aveva ritenuto conforme alla CEDU e all'art. 4 del prot. 7 la conclusione di un secondo procedimento, nonostante il primo fosse già stato definito, a condizione che esistesse tra i due un legame materiale e temporale sufficientemente stretto. Trattasi, per lo più, di casi in cui la seconda sanzione costituiva una conseguenza, in sostanza automatica e necessitata, della condanna con cui era stata inflitta la prima pena.

¹⁹ Si legge in sentenza, "si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata".

le, non vi sarebbe necessità ai fini del giudizio principale di introdurre nell'ordinamento, incidendo sull'art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto.

4. Quali possibili sviluppi?

In conclusione, la Corte costituzionale, con la pronuncia in esame, ravvisa un vero e proprio *revirement* della Corte EDU, che ha mutato profondamente la natura del principio di *ne bis in idem* convenzionale. Tuttavia, rileva la Corte che “la nuova regola della sentenza A e B contro Norvegia renda meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali”²⁰.

Ciò significa che il panorama giurisprudenziale in materia di *ne bis in idem* continua ad essere poco nitido, così come manifestatosi già all'indomani della sentenza A. e B. c. Norvegia.

Basti rilevare la permanenza di un disallineamento fra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, poiché successivamente alla sentenza A. e B. c. Norvegia, la C.G.U.E. ha riconosciuto la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU in un caso di doppio binario sanzionatorio, penale e tributario²¹, aggiustando il tiro solo nelle ultimissime pronunce²². Difatti, la CGUE ha affermato che il principio del *ne bis in idem* può essere limitato con l'obiettivo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e i mercati finanziari della stessa, purché tale limitazione non vada oltre quanto strettamente necessario per il raggiungimento di tali obiettivi.

In tal senso, quindi, non è stato riconosciuto l'automatico divieto di secondo giudizio per lo stesso fatto, ma sono stati individuati i criteri che giustificano o meno le limitazioni alle garanzie convenzionali, ovvero il perseguimento di un obiettivo di interesse generale, la previsione del doppio binario sanzionatorio attraverso regole chiare e precise, nonché il coordinamento fra i due procedimenti relativi all'*idem factum* e il rispetto del principio di proporzionalità della pena, che non deve eccedere quanto strettamente

²⁰ I giudici costituzionali affermano, in primo luogo, il carattere di 'diritto consolidato' (sulla base dell'insegnamento della sentenza C. Cost., n. 49 del 2015, consultabile in www.cortecostituzionale.it) della Grande camera A. e B. c. Norvegia, sottolineando come dall'interpretazione ivi fornita il giudice nazionale non possa discostarsi.

²¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, Johannesson e A. c. Islanda, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*.

²² Corte di Giustizia UE, 20 marzo 2018, C-524/15, C-537/16, cause riunite C-596/16 C-597/16, consultabili in www.parolaalladifesa.it. Sia consentito il rinvio ad un breve commento, A. CIRAUOLO, *Il punto dell'UE sul divieto di bis in idem nella tutela degli interessi finanziari e dei mercati finanziari*.

necessario. La valutazione di tali indici è rimessa alla discrezionalità del giudice nel caso concreto.

Pertanto, in aderenza alle ultime pronunce della Corte EDU e della CGUE e all'auspicio della Consulta²³, parrebbe opportuno un intervento del legislatore che adegui la normativa interna ai parametri finora dettati dalla giurisprudenza, sì da circoscrivere i sindacati di legittimità costituzionale e garantire l'ampia tutela dei diritti fondamentali.

ANTONELLA CIRAULO

²³ Il riferimento è alla sentenza C. Cost., n. 102 del 2016, consultabile in www.cortecostituzionale.it, che contiene l'invito al legislatore al fine di «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cosiddetto doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU».

Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 3 aprile 2018), n. 14800, Pres. Canzio – Rel. De Amicis - Ric. P.g. in proc. Troise

Rinnovazione del dibattimento – Appello della condanna – Presunzione d’innocenza

Nell’ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l’obbligo di rinnovare l’istruzione dibattimentale mediante l’esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell’art. 603 cod. proc. pen.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione rispetto a quella del giudice di primo grado.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Note in tema di ribaltamento della condanna in appello

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Immediatezza, presunzione d’innocenza, e anticipazione del convincimento. – 3. Rigetto dell’appello *vs.* rinnovazione istruttoria. – 4. Appello *demolitivo* *vs.* appello *cognitivo*.

1. Introduzione.

Com’è noto, le Sezioni Unite “Dasgupta”, interpretando l’art. 603, comma 3, c.p.p. in conformità alla giurisprudenza europea, hanno stabilito che quando il pubblico ministero impugna una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione del dibattimento è «assolutamente necessaria»¹. E com’è altrettanto noto, le Sezioni Unite “Patalano” hanno chiarito che, anche nel caso in cui ad essere impugnata è una sentenza di proscioglimento emessa in seguito a rito abbreviato non condizionato, il dibattimento deve essere riaperto².

¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *questa rivista*, 2016, f. 1, 91 ss. con nota adesiva di M.M. MONACO, *Appello della sentenza di assoluzione e divieto di reformatio in peius. In attesa dell’entrata in vigore del nuovo comma 4-bis dell’art. 603 c.p.p. le Sezioni Unite delineano i principi di riferimento*. Cfr. altresì CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust. pen.*, 2016, 46 ss.; TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 79 ss.; APRATI, *L’effettività della tutela dei diritti dell’uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *Arch. pen.*, 2016, f. 3, 1 ss.; AIUTI, *Poteri d’ufficio della Cassazione e diritto all’equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3214 ss.

² Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *questa rivista*, 2017, f. 3, 323 ss., con nota critica di AIUTI, *Brevi note in tema di abbreviato d’appello*. Cfr. altresì LUPÀRIA - BELLUTA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, f. 3, 1 ss.; BELLUTA - LUPÀRIA, *La parabola ascendente dell’istruttoria in appello nell’esegesi “formante” delle*

Il legislatore, volendo consolidare questi insegnamenti in una disposizione *ad hoc*, ha quindi reso obbligatoria la rinnovazione dell'istruttoria ogni volta che il pubblico ministero impugna una sentenza di proscioglimento criticando il giudizio di attendibilità formulato dal giudice di primo grado sulle prove dichiarative poste alla base della decisione (art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.)³.

Le Sezioni Unite "Troise", incalzate sul problema inverso, hanno invece deciso che quando è l'imputato ad impugnare una sentenza di condanna, criticando l'attendibilità delle prove dichiarative a carico riconosciuta dal giudice di primo grado, la rinnovazione è certo possibile, ma non «assolutamente necessaria»: in linea di principio, se il giudice d'appello intende ribaltare la decisione, deve solo motivare analiticamente il proprio diverso convincimento⁴.

I principi invocati a sostegno delle tre decisioni, pur conducendo a conseguenze teoricamente convergenti, sono molto diversi tra loro⁵: *a*) quando viene impugnata una sentenza di proscioglimento emessa nel rito ordinario, il giudice deve riaprire l'istruttoria per ripristinare l'*immediatezza* nella valutazione della prova, e consentire così alla condanna in appello di superare "ogni ragionevole dubbio" sulla valutazione delle prove dichiarative; *b*) quando viene impugnata una sentenza di proscioglimento emessa nel rito abbreviato, invece, la riapertura dell'istruttoria serve perché il proscioglimento in primo grado, implicando quanto meno un dubbio sulla valutazione delle prove dichiarative a carico, può essere ribaltato *oltre ogni ragionevole dubbio* solo dopo una nuova istruzione orale; *c*) quando viene impugnata una sentenza di condanna, poiché la soglia del dubbio «processualmente plausibile», in grado di condurre al proscioglimento, è cognitivamente più

Sezioni Unite, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2017, f. 3, 151 ss.; LUPARIA - BELLUTA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2017; APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, 2666; TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, 3668 ss.; AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1438 ss.

³ Sulla nuova disposizione, v. SURACI, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 262 ss. Cfr. altresì CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis - Belluta, Torino, 2018, 51 ss.; MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 novembre 2017; BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale*, A cura di Baccari - Bonzano - La Regina - Mancuso, Padova, 2017, 415 ss.; APRATI, *Dal diritto alla effettività delle impugnazioni alla garanzia del doppio giudizio di merito sulle prove a carico*, in *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di A. Testaguzza, Padova, 2018, 342 ss.; AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in *La riforma della giustizia penale*, A cura di Marandola - Bene, Padova, 2017, 243 ss.; CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 216 ss.

⁴ Ovvero, è tenuto a soddisfare il c.d. "onere di motivazione rafforzata", espressione con cui la giurisprudenza impone al giudice d'appello di confutare la sentenza di primo grado e giustificare analiticamente il diverso convincimento, nel caso di riforma integrale. Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169; Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, *ivi*, n. 251066, e, su tutte, Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Corr. Merito*, 2006, 116 s. con nota di LEO, *Il giudizio di appello contro le sentenze assolutorie di primo grado*; FALLONE, *Appello dell'assoluzione, motivazione rafforzata, principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, rinnovazione dibattimentale: la giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2015, 820 ss.

⁵ Rilevano lo iato tra le diverse *rationes decidendi*, BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 ottobre 2017, 296; TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., 3671-3672; CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., 79-80

bassa (art. 27 Cost.), la rinnovazione non serve, e il giudice può rivalutare l'attendibilità delle prove dichiarative a carico anche solo sulle carte.

Qual è, quindi, lo statuto cognitivo del giudizio d'appello che emerge dal pensiero delle Sezioni Unite, soprattutto dopo la c.d. "riforma Orlando"? Dal punto di vista della difesa, si tratta di decisioni che fanno buon governo delle regole della tecnica processuale, o la strada imboccata dalla Cassazione – animata senz'altro da lodevoli intenti garantistici – rischia di tornare a svantaggio dell'imputato?

2. Immediatezza, presunzione d'innocenza, e anticipazione del convincimento.

Partiamo dal classico dilemma di Ulpiano⁶: in base a quale criterio dovremmo istituzionalmente ritenere che la sentenza d'appello sia migliore di quella di primo grado?

Secondo le Sezioni Unite "Dasgupta", quando occorre ribaltare un proscioglimento, il criterio è l'*immediatezza*: se due giudici, con gli stessi strumenti conoscitivi, eseguono lo stesso percorso di ricerca, il secondo, raffinando il suo punto di vista in base alle critiche esposte dalle parti sui risultati del primo, produce una decisione migliore. Anche secondo le Sezioni Unite "Patalano", quando il proscioglimento viene conseguito mediante rito abbreviato, il criterio è l'*immediatezza*, vista però nell'ottica del *dubbio ragionevole*: se un primo giudice, sfruttando materiali scadenti (i verbali di sommarie informazioni), non è riuscito ad ottenere nessun risultato, il secondo giudice, per ottenere qualche risultato, deve prima di tutto migliorare quei materiali (tramite l'acquisizione orale della prova dichiarativa).

Le Sezioni Unite "Troise", quando occorre ribaltare una condanna, hanno risposto alla domanda di Ulpiano con un criterio lievemente controintuitivo: benché il primo giudice, sfruttando i migliori strumenti conoscitivi a disposizione (l'oralità e l'immediatezza), abbia raggiunto certi risultati "oltre ogni ragionevole dubbio", il secondo giudice può facilmente mandarli al macero, limitandosi a rileggerne criticamente gli esiti, con strumenti conoscitivi di certo meno raffinati (la riletture cartolare).

Seguendo la prospettiva indicata da un noto passo di Paolo Ferrua, la Cassazione ritiene in pratica che – a differenza della conversione di un'assoluzione in condanna, in cui si richiede «un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova» – «la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva»⁷, per la quale il contatto diretto è certo utile ma nient'affatto necessario. L'innocenza non richiede in effetti l'elevatissima soglia del dubbio ragionevole per essere provata (art. 27 Cost.); basta illustrare un dubbio anche

⁶ «[...] licet nonnuquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est» (D. 49, I, 1, 6).

⁷ FERRUA, *La prova nel processo penale. Vol. I – Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 283-284; TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., 92 ss.

solo «processualmente plausibile [sulla ricostruzione accusatoria] la cui plausibilità nella fattispecie concreta risulti ancorata alle risultanze processuali, assunte nella loro oggettiva consistenza»⁸.

A prima vista, la decisione non dovrebbe preoccupare l'imputato condannato in primo grado, al quale viene oggi concessa la possibilità di un proscioglimento in appello senza neanche la preoccupazione di dover sostenere un difficile controesame. Guardata con la lente del processualista, però, l'idea patrocinata dalla Cassazione si espone a più di un'obiezione critica⁹.

In primo luogo, l'idea per cui l'acquisizione orale, costituendo il metodo migliore per valutare l'attendibilità di un testimone, vada disposta solo quando la posta in gioco è la più alta (la condanna, l'oltre ogni ragionevole dubbio), mentre, a soddisfare una posta in gioco più bassa (il proscioglimento, la presunzione d'innocenza), basterebbe un metodo cognitivo inferiore, tramuta pericolosamente i canoni *decisori* del processo penale in direttive *istruttorie*.

Il contraddittorio orale, prima che il metodo migliore per valutare l'attendibilità di un testimone è infatti, più semplicemente, la *regola*. La lettura dei verbali di una deposizione, agli stessi fini, è solo un'*eccezione*, alla quale – in linea di principio, per evitare di violare il principio d'immediatezza – dovremmo ricorrere quando il tipo di critica lo consente.

Se, per un verso, com'è stato giustamente evidenziato in dottrina, esistono critiche che possono essere facilmente esaminate *ex actis* anche nella prospettiva della condanna (come i fraintendimenti sul tenore letterale delle dichiarazioni, o l'uso di massime d'esperienza palesemente screditate¹⁰) per altro verso, valutare la “ragionevolezza” di altri tipi di critica nella prospettiva del proscioglimento (come quelle legate al nucleo alogico della valutazione di attendibilità compiuta in primo grado) resta «un compito complesso, che di solito non può essere soddisfatto in base ad una semplice rilettura delle dichiarazioni scritte»¹¹.

⁸ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.g. in proc. Troise, 8.

⁹ Parte della dottrina, in linea con la sentenza della Seconda Sezione che ha generato il contrasto risolto dalle Sezioni Unite “Troise” (v. Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, in *C.E.D. Cass.*, n. 270750, sulla quale cfr. adesivamente BELLUTA, *op. cit.*; PASTA, *I principi generali, la CEDU e le responsabilità dei giuristi. Sulla rinnovazione del dibattimento in appello come condizione per un'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2017, f. 3, 1 ss.; ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, 93 ss.), ha per lo più sostenuto che – a tutela dell'immediatezza – la rinnovazione debba essere disposta a prescindere dagli esiti decisori del giudizio di secondo grado (cfr. SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*, in *Giur.it.*, 2014, 2590; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello*, cit., 167-168; GAITO - LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen.*, 2017, f. 3, 20 ss.; NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 324-325). Altra parte ha invece ritenuto che – nella prospettiva del proscioglimento – si possa ribaltare la sentenza anche con la mera rilettura dei verbali delle dichiarazioni testimoniali assunte in primo grado (cfr. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma della sentenza di condanna?*, in *Arch. pen.*, 2015, f. 1, 327 ss.; FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 866 ss.).

¹⁰ V. CAPONE, *Appello del pubblico ministero*, cit., 64. Nella stessa prospettiva, pur rivolgendo una critica più generale all'impostazione delle Sezioni Unite, v. MACCHIA, *Le novità*, cit., 8-9.

¹¹ Cfr., riletta strumentalmente, la celebre C. Edu, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, ric. n. 8999/07, § 33 ss., in *www.archiviope-nale.it*, 5 luglio 2011, con nota di A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle*

Più in generale, poi, un secondo e grave problema è che le regole di acquisizione della prova e le regole di decisione non sono *direttamente* connesse: l'acquisizione orale di una prova, di per sé, non determina automaticamente il soddisfacimento di alcuno *standard* decisorio¹²; e le regole decisorie che governano il processo penale (ragionevole dubbio, presunzione d'innocenza) intervengono solo *dopo* che le prove sono state singolarmente acquisite e valutate, poiché servono ad indicare al giudice come trasformare l'insieme di valutazioni compiute sui singoli mezzi di prova in una decisione¹³.

A dimostrarlo basta una considerazione piuttosto banale: come esistono sentenze pronunciate oltre ogni ragionevole dubbio a partire da un compendio tutto cartolare, esistono anche dibattimenti integralmente basati su prove orali, che però si concludono con un proscioglimento.

Pertanto, ritenere che, quando occorre provare l'innocenza, non dovremmo seguire la regola con cui predispose la normale valutazione delle prove dichiarative (l'oralità, l'immediatezza), ma potremmo riposare sull'eccezione (la rivisitazione critica, la rilettura cartolare), elegge il risultato futuro e incerto di una decisione di merito a criterio di (ri) ammissione della prova in appello: a rigore, un imputato viene prosciolto perché la valutazione della prova condotta in dibattimento fornisce un risultato negativo; non si valuta una prova solo cartolarmente perché, dopotutto, occorre prosciogliere l'imputato.

Da questo punto di vista, è evidente come le Sezioni Unite abbiano offerto al quesito una soluzione comprensibile solo nell'ottica dei giudici di legittimità, che intervengono *dopo* che la sentenza d'appello è stata emessa. Il giudice d'appello, e con lui l'imputato che vorrebbe ottenere la rinnovazione del dibattimento per dimostrare la fondatezza della propria critica, non dispongono invece di alcun criterio per capire *in anticipo* in quali casi l'appello della condanna è «indecidibile allo stato degli atti», o è «assolutamente necessario» risentire un testimone¹⁴.

Le stesse Sezioni Unite, anziché tipizzare la generica clausola dell'«assoluta necessità» come aveva fatto la sentenza “Dasgupta”, si sono limitate a lasciare la soluzione del quesito al prudente apprezzamento del giudice d'appello: occorrerebbe insomma un «prudente bilanciamento che tenga conto sia del complessivo grado di equità del procedimento, sia del diverso quadro di esigenze di ordine giuridico-costituzionale ed epistemologico che vengono in rilievo [...] valutando in tal senso, senza alcun automatismo probatorio, tutte

prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione.

¹² GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, Agg. VIII, Treccani, 2001, 4.

¹³ UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 331; FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, 35-37; TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 282.

¹⁴ Poiché “indecidibilità” e “assoluta necessità” sono nozioni ad alto tasso valoriale, la Corte di Cassazione – come quando occorre esplicitare la nozione di “comune senso del pudore” che consente di incriminare gli “atti osceni” – avrebbe dovuto quanto meno esplicitare un criterio, o una serie di criteri, che aiutassero a capire che cosa significa “indecidibile”, quando ad essere appellata è una sentenza di condanna. L'avevano fatto le Sezioni Unite “Dasgupta”, ritenendo “indecidibile allo stato degli atti” la critica all'attendibilità del testimone proposta dal pubblico ministero in caso di appello della sentenza di proscioglimento, cfr. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione*, cit., 246 ss.

le circostanze rilevanti nel caso concreto: dalla decisività della fonte di prova al tasso di vulnerabilità del soggetto debole, sino al contesto di riferimento ed alla vicinanza o meno della sua audizione rispetto al precedente apporto dichiarativo»¹⁵.

Pertanto, ad oggi, l'unica cosa che siamo autorizzati a ritenere è che, quando viene impugnata una sentenza di condanna per motivi attinenti alla valutazione delle prove dichiarative a carico, se il giudice d'appello non decide di riaprire il dibattimento è perché ha già deciso di prosciogliere l'imputato, anticipando il proprio convincimento, e compromettendo così la sua strutturale terzietà¹⁶.

In casi del genere, a parte un pubblico ministero smalzato che potrebbe addirittura formulare un'istanza di ricusazione, il vero problema è la frammentazione interpretativa: a seconda della Corte d'Appello, avremo giudici scrupolosi, che rinnovano «quando occorre», lasciandosi aperta ogni prospettiva decisoria, e giudici meno scrupolosi, che, convinti dalle critiche dell'imputato, si limiteranno a prosciogliere sulle carte.

3. Rigetto dell'appello vs. rinnovazione istruttoria

Si potrà obiettare che, dopotutto, all'imputato interessa essere prosciolto, e che quando il proscioglimento arriva velocemente, tanto meglio.

Purtroppo, però, le cose non stanno così.

Esaminata con tutto il buon senso che merita, la decisione delle Sezioni Unite tenta di rispondere economicamente al dilemma tra la riapertura di un lungo dibattimento o un veloce proscioglimento sulle carte, ma ne solleva fatalmente un altro: quello tra il rigetto dell'appello (e la conferma della condanna) e la riapertura del dibattimento.

Se è lecito semplificare, le Sezioni Unite ritengono che il dubbio in grado di convincere il giudice a prosciogliere l'imputato debba rispondere «non solo a criteri dotati di intrinseca razionalità, ma sia suscettibile di essere argomentato con ragioni verificabili alla stregua del materiale probatorio acquisito al processo»¹⁷: cosicché, insomma, finché è facile ragionare sulle carte, ed evidenziare contraddizioni percepibili *per tabulas*, l'imputato può star certo che il suo appello verrà accolto, e che non sarà necessaria la rinnovazione del dibattimento per proscioglierlo.

Il fatto è che i casi in cui le contraddizioni tra dichiarazioni del testimone e altri atti sono facilmente percepibili, o i casi in cui il giudice di primo grado ha valutato una prova sfruttando una massima d'esperienza esclusa dall'*id quod plærumque accidit*, sono pochissimi. Molto spesso un testimone va risentito su circostanze parzialmente diverse, o

¹⁵ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.g. in proc. Troise, cit., 13, 16.

¹⁶ Cfr., nella prospettiva opposta, del ribaltamento del proscioglimento, AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3971; CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1010.

¹⁷ *Ivi*, cit., 8.

emerse nel corso del dibattimento, che solo dopo la sua deposizione hanno assunto un peso decisivo per raggiungere la condanna. Altrettanto spesso il giudice di primo grado riporta in sentenza la valutazione di attendibilità operata sul testimone senza dilungarsi troppo sulle impressioni a caldo, e nonostante la *performance* dibattimentale abbia in realtà lasciato molto a desiderare.

In queste situazioni, quando la critica è meno percepibile *ex actis*, il dilemma che si para dinanzi al giudice d'appello è il seguente: posso rigettare l'appello dell'imputato, e confermare la condanna, o sono tenuto a riaprire il dibattimento, per esaminarne meglio la fondatezza?

Le Sezioni Unite non hanno risposto al quesito, che va pertanto risolto secondo i vecchi principi: a rigore, poiché l'alternativa sarebbe la conferma della condanna, dovrebbe riprendere vigore la *ratio* della sentenza "Dasgupta", che chiede il ripristino dell'immediatezza per (ri)valutare l'attendibilità della prova dichiarativa a carico. Anche la Corte europea nel caso "Ekbatani", stranamente dimenticata dalla Cassazione, esaminando un caso di appello della condanna, non aveva esitato a ritenere che la rinnovazione del dibattimento fosse comunque necessaria¹⁸.

Ciò, in concreto, significa che se l'appello dell'imputato riesce a dimostrare che l'errore di valutazione del giudice di primo grado è "evidente", il dibattimento d'appello non verrà riaperto, favorendo il proscioglimento immediato; ma se l'appello dell'imputato intende dimostrare un errore di valutazione appena più discutibile, il dibattimento dovrà essere necessariamente riaperto, e senza che sia possibile preconizzare, in base all'avvenuta rinnovazione, l'esito della decisione.

A questo punto, allora, si potrebbe obiettare che, anche portato alle sue conseguenze più estreme, l'assetto generale dell'appello dopo la sentenza "Troise" cambia poco rispetto al passato.

Il problema, però, è che il legislatore ha inserito una disposizione, l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. che, per il caso in cui il pubblico ministero impugna la sentenza di proscioglimento, non pone gli stessi problemi: se l'appello è specifico e ammissibile, la rinnovazione è automatica, perché la causa è "per legge" «indecidibile allo stato degli atti». L'imputato, invece, deve ancora argomentare sulle vecchie norme, l'art. 603, comma 1, o comma 3, c.p.p., e sperare che una critica non visibile *ex actis*, che non conduce automaticamente al proscioglimento, non venga magari ritenuta aspecifica, conducendo al rigetto per inammissibilità, o anche solo al rigetto dell'impugnazione con conferma della condanna¹⁹.

La Cassazione ritiene che questo tipo di disparità sia tollerabile perché, quando l'i-

¹⁸ C. Edu, Plen., 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*, ric. n. 10563/83, § 31 ss.

¹⁹ Lamentano la disparità di trattamento, tra gli altri, CAPONE, *Prova in appello*, cit., 57; Id., *Appello del pubblico ministero*, cit., 75; CAPRARO, *Novità per l'appello*, cit., 218; CERESA-GASTALDO, *La riforma*, cit., 168; AIUTI, *Obbligo di rinnovazione*, cit., 257 ss.; NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria*, cit., 327-331. Non nega la disparità, pur emendabile con una differente scansione della procedura di acquisizione-valutazione delle prove in appello, TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., 94-96.

struttoria viene riaperta dopo il proscioglimento, l'imputato ha sempre la possibilità «di contrastare i rilievi critici dell'ufficio appellante sulla portata probatoria delle fonti dichiarative, dimostrandone eventualmente la infondatezza proprio attraverso la viva voce dei soggetti le cui dichiarazioni, secondo l'assunto della parte pubblica, sarebbero state male interpretate»²⁰. La dottrina, però, ha correttamente rilevato che dire all'imputato, nell'istruttoria rinnovata, che può sempre confutare l'appello del p.m. «non ha molto senso giuridico. Se è stato assolto in primo grado, l'imputato, a rigore, non ha niente da confutare, né un particolare interesse alla rinnovazione istruttoria»²¹.

Dal punto di vista oggi assunto dalla sentenza "Troise", si potrebbe quindi chiosare così i rilievi della dottrina sopra menzionata: affermare che l'imputato non ha interesse a riascoltare i testimoni a carico ha senso solo se si è già deciso di proscioglierlo; in qualsiasi altro caso, l'imputato ha tutto il diritto di ottenere che il testimone erroneamente ritenuto attendibile in primo grado venga risentito in pubblico dibattimento, e la partita sull'affermazione della responsabilità deve restare aperta.

4. Appello demolitivo vs. appello cognitivo.

Il dilemma di fondo, quindi, rimane: l'esercizio dei poteri istruttori in appello può essere modulato diversamente, a seconda della decisione impugnata, o dell'esito decisorio da raggiungere, senza che nessuna parte ci rimetta qualche *chance* processuale?

Probabilmente no, e la Corte costituzionale è stata già chiamata ad occuparsene²².

E poi, dal punto di vista da cui eravamo partiti, siamo sicuri che lo statuto cognitivo del giudizio d'appello per come si va configurando tra Sezioni Unite e legislatore sia in effetti il più razionale possibile?

In ambito scientifico, se pure le procedure d'indagine si distinguono a seconda dell'oggetto della ricerca, il *metodo* della ricerca rimane abbastanza stabile: «il ricercatore, all'esito del percorso ricostruttivo imposto dalla specificità della materia, pubblica le proprie tesi, indicando le basi empiriche rilevanti e gli argomenti idonei a sorreggerle; così la comunità scientifica – il giudice più esperto – può verificare la genuinità delle prime e la coerenza razionale dei secondi»²³.

²⁰ Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, 12.

²¹ CAPONE, *Prova in appello*, cit., 57-58.

²² Sebbene dal diverso punto di vista della rinnovazione nel dibattimento d'appello che segue a rito abbreviato. La prima questione è stata sollevata dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Palermo, ma dichiarata infondata, v. C. App. Palermo, 8 febbraio 2018, n. 1047/17, www.penalecontemporaneo.it, 19 febbraio 2018, con osservazioni di G. LEO, *Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione "obbligatoria" dell'istruzione in appello*. L'hanno seguita C. App. Trento, 20 dicembre 2017, n. 119, in www.giurisprudenzapenale.it, 16 gennaio 2018; C. App. Milano, 20 febbraio 2018, cfr. GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 4-5; TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., 3677 ss.

²³ CAPONE, *Dopo Dan*, cit., 1027; ma già, prima, ALLORIO, *intervento*, in *Atti del XII Convegno nazionale (Associazione tra gli studiosi del processo civile – Venezia 14-15 ottobre 1977)*, Milano, 1980, 248.

Se pure volessimo ritenere che, per ragioni di *favor rei*, alla rinnovazione vada sempre preferito il proscioglimento immediato, anche se ciò volesse dire prosciogliere un imputato in base a prove valutate in modo poco affidabile, una forte obiezione, sul piano giuridico, dovrebbe scoraggiare questa alternativa: è vero che dieci colpevoli prosciolti sono meglio di un innocente condannato, ma la scelta tra colpevolezza e innocenza si affronta *al termine* dell'acquisizione delle prove, non *a prescindere* da essa.

All'appello *demolitivo* patrocinato dalle Sezioni Unite sarebbe pertanto più opportuno preferire un appello *cognitivo*, in cui ogni parte possa accedere all'acquisizione della prova richiesta dal tipo di critica proposta: se sono in gioco quegli aspetti del giudizio di attendibilità che si apprezzano solo con la percezione diretta della testimonianza, quindi, l'acquisizione orale, e se quegli aspetti non c'entrano, la rivalutazione scritta. Ma *cognitivo* soprattutto nel senso che, proprio come avviene in ambito scientifico, i metodi della ricerca non dipendano mai dagli esiti che ci aspettiamo di raggiungere.

VALERIO AIUTI

Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep.16 marzo 2018), n. 12213,
Pres. Canzio – Rel. Andreatza

Procedura penale – Soggetti

Il sostituto processuale del difensore al quale soltanto il danneggiato abbia rilasciato procura speciale al fine di esercitare azione civile nel processo penale non ha la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà sia stata espressamente conferita nella procura o che il danneggiato sia presente all'udienza di costituzione.

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Costituzione di parte civile a mezzo sostituto processuale: la decisione delle Sezioni Unite

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto del giudizio e l'Ordinanza di rimessione. – 2. Le linee portanti della disciplina: *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum*. – 3. La soluzione delle Sezioni Unite

1. La vicenda oggetto del giudizio e l'Ordinanza di rimessione.

Con la sentenza che si commenta la Suprema Corte si pronuncia, nella propria composizione più autorevole, su una delicata questione afferente la possibilità, per il sostituto del difensore del danneggiato dal reato, di costituirsi parte civile¹.

La questione, di particolare importanza pratica, ha originato diversi approcci ermeneutici da parte delle sezioni semplici di talché, la sesta Sezione penale della Suprema Corte, con Ordinanza n. 49527 del 17 ottobre 2017, preso atto dei due diversi orientamenti sulla legittimazione del sostituto processuale del difensore/procuratore speciale della persona offesa a rendere la dichiarazione di costituzione di parte civile, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite proponendo il seguente quesito di diritto: “Se sia o meno legittimato a costituirsi parte civile il sostituto processuale del difensore nominato procuratore speciale a tal fine”.

Il dato storico sul quale la decisione commentata si inserisce è rappresentato dal ricorso per Cassazione presentato dal difensore degli imputati avverso la sentenza della Corte d'Ap-

¹ In tema, innanzi tutto, tra gli altri, v. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012; CONFALONIERI, *La persona offesa dal reato*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da Spangher, Vol. 1, *Soggetti e atti*, a cura di Dean, Tomo 1, *I soggetti*, Torino, 2009; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015; DALIA - FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2018; GREVI - CONSO, *Compendio di Procedura penale*, Padova, 2016; AA. VV., *Procedura Penale*, Torino, 2017.

pello di Bologna di conferma della dichiarazione di colpevolezza, con le connesse statuizioni civili, emessa dal Tribunale di Parma in relazione al reato di cui all'art. 388, comma 1, c.p.

Le doglianze veicolate con l'atto di impugnazione investivano, da un lato, l'insussistenza degli elementi costitutivi del reato contestato, la tardività della querela e la mancata declaratoria di estinzione dell'azione civile per intervenuta transazione stragiudiziale e, dall'altro, la nullità della sentenza, per violazione degli artt. 78, 102 e 122 c.p.p., "nella parte in cui ha ritenuto legittima la costituzione di parte civile di B.M. ed P.B.E., avvenuta all'udienza del 27.03.2013 a mezzo di un sostituto processuale del procuratore speciale avv. L.", in spregio – si afferma nel ricorso – alla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo cui il sostituto processuale del procuratore speciale nominato dalla persona offesa può esercitare solo poteri di rappresentanza processuale, non essendo pertanto legittimato a costituirsi parte civile in luogo del suo dominus.

Ad avviso della sezione remittente il processo poneva una problematica, ovviamente prioritaria, relativa alla verifica della corretta instaurazione del rapporto processuale in tema di legittimazione alla costituzione in giudizio della parte civile, sulla quale evidenziava una "una netta spaccatura in seno alla giurisprudenza di questa Corte".

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'azione civile può essere esercitata esclusivamente dal procuratore speciale abilitato a costituirsi in nome e per conto del rappresentato, secondo le prescrizioni degli artt. 76, 78 e 122 c.p.p., e non dal suo sostituto processuale, che, in quanto tale, è privo di procura speciale ed opera in maniera vicaria rispetto al solo difensore e non già al procuratore speciale.

Secondo tale orientamento sono delegabili solo le attività defensionali e non i poteri di natura sostanziale, per cui la nomina, da parte del difensore della persona offesa, di un proprio sostituto *ex art. 102 c.p.p.*, non attribuisce a quest'ultimo il potere di costituirsi parte civile, rimanendo tuttavia salva la validità della costituzione ove questa avvenga in presenza della stessa persona offesa; in questo caso, infatti, la costituzione deve ritenersi effettuata direttamente dal titolare del relativo diritto.

Il sostituto processuale del difensore, anche procuratore speciale, non ha il potere di costituirsi parte civile in quanto l'attribuzione di tale potere (*legitimatio ad causam*) costituisce istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti (rappresentanza processuale): solo la rappresentanza processuale è delegabile al sostituto *ex art. 102 c.p.p.*, che esercita i diritti e assume i doveri del difensore, non la *legitimatio ad causam*. (cfr. Sez. II, 12.05.2016 n. 22473; Sez. IV, 22.04.2015, n. 24455; Sez. V, 03.02.2010, n. 19548; Sez. V, 23.10.2009, n. 6680).

Il secondo indirizzo ermeneutico, a parere della sezione remittente, pur partendo dal medesimo punto di partenza circa la diversità ontologica del potere di costituirsi parte civile rispetto al rilascio del mandato alle liti, giunge alla conclusione che "...la facoltà, prevista esplicitamente nella procura speciale in capo al difensore di fiducia, di designare sostituti al fine di presentare la costituzione di parte civile, configura la *legitimatio ad causam* anche in capo a questi ultimi, purché ritualmente e specificamente designati" (cfr. Sez. V, 07.01.2016, n. 18258).

Si assiste, pertanto, ad una sorta di traslazione della *legitimatio ad causam* dal procuratore speciale al sostituto processuale in virtù della quale quest'ultimo è legittimato alla

costituzione di parte civile a condizione che tale evenienza sia stata specificamente prevista, *ab origine*, nella procura.

Si sostiene, inoltre, che anche laddove la costituzione avvenga a mezzo del procuratore speciale che sia anche il difensore della parte civile, non è necessario che egli proceda personalmente alla presentazione in udienza della dichiarazione, potendo provvedere a tanto anche a mezzo del proprio sostituto, il quale non si costituisce in sua vece, bensì si limita, per l'appunto, al deposito dell'atto di costituzione (cfr. Sez. Feriale, 6.08.2013, n. 35486, Amato).

L'evidenziata divaricazione giurisprudenziale ha imposto, onde ridurre ad unità il dissidio interpretativo e porre fine a situazioni d'incertezza, l'intervento risolutore delle Sezioni Unite sulla questione di diritto illustrata.

2. Le linee portanti della disciplina: *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum*.

Ai fini di una compiuta disamina della decisione in commento è opportuno soffermarsi sulle coordinate normative che disciplinano la facoltà per il danneggiato di costituirsi parte civile nel processo penale e, così facendo, seguire il percorso argomentativo delle Sezioni Unite.

L'esercizio dell'azione civile nel processo penale evoca un "folto sfondo civilistico"² ed evidenzia un "ibrido [che] pone varie questioni su *legitimatio ad causam*, interesse, asserito diritto; le relative categorie civilistiche implicano una sintassi delle *obligationes ex delicto*³", e dove la stessa natura giuridica dell'azione, della "causa prima che fa sorgere un determinato istituto e che, in qualche misura, ne riassume l'essenza e lo spirito, quasi ne fosse il motore"⁴ è discussa.

Abbandonate da tempo le ricostruzioni che vedevano nell'azione civile nel processo penale uno strumento di ulteriore punizione del colpevole⁵, il fondamento dell'istituto è da rintracciare nell'art. 185 c.p., secondo il quale ogni reato obbliga il colpevole alle restituzioni e al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.⁶ La funzione istituzionale della parte civile è, quindi, di natura esclusivamente privatistica⁷ e l'azione civile conserva la sua autonomia rispetto a quella penale⁸.

² CORDERO, *Procedura Penale*, cit., 257.

³ *ibidem*

⁴ V. DELLA SALA, *Natura giuridica della azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, 3, 1079 ss.

⁵ Cfr. V. VISCO, *Il soggetto passivo del reato nel diritto sostantivo e processuale*, Roma, 1933, 145 ss., ove l'A. afferma che l'azione del privato avrebbe "lo scopo di ottenere la punizione del colpevole", perseguendo lo stesso interesse del pubblico ministero. La parte civile, quale "organo ausiliario di accusa", avrebbe una finalità politica, quasi morale, che trascende il campo del diritto privato per investire quello del diritto pubblico.

⁶ Il danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c., è risarcibile solo se previsto da norme specifiche, come, appunto, l'art. 185 c.p.

⁷ V. CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 218.

⁸ V. STRINA - BERNASCONI, *Persona offesa, parte civile. Difesa e processo*, Milano, 2001, 220.

Il Legislatore ha attribuito la facoltà di costituirsi parte civile al soggetto danneggiato dal reato, individuato in “chi deve sopportare il pregiudizio di natura patrimoniale e non”⁹, che non necessariamente è anche persona offesa dal reato, intendendosi con tale seconda qualificazione il “titolare dell’interesse protetto dalla norma penale”¹⁰: concetto “civilistico” il primo, “penalistico” il secondo.

In tale contesto l’art. 74 c.p.p. prevede che l’azione civile per il risarcimento e le restituzioni possa essere “esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali”, attraverso la costituzione di parte civile che può avvenire, *ex art. 76 c.p.p.*, in due modalità: personalmente, ovvero per il tramite di altro soggetto cui sia stata conferita procura che “...deve, a pena di inammissibilità, essere rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve contenere, oltre alle indicazioni richieste specificamente dalla legge, la determinazione dell’oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce”.

Si tratta, pertanto, di un’ipotesi di rappresentanza volontaria della parte civile che trova la propria fonte in un atto negoziale in virtù del quale il danneggiato, che non intenda agire personalmente, può conferire ad un procuratore speciale il mandato di rappresentarlo nell’esercizio dell’azione civile¹¹.

La parte civile, sia essa costituita personalmente o a mezzo di procuratore speciale, può poi stare in giudizio, come chiarito dall’art. 100 c.p.p., esclusivamente col ministero di un difensore, munito di procura speciale; si versa, dunque, in un’ipotesi di rappresentanza tecnica necessaria, con cui il legislatore ha inteso armonizzare la disciplina dell’esercizio dell’azione civile nel processo penale con quella, speculare, del processo civile.¹²

Da tale quadro normativo, coerente con la necessità di salvaguardare, pur all’interno del processo penale, e compatibilmente con la sua struttura, i tratti distintivi di un’azione squisitamente civile, si evince la necessità di tenere nettamente distinti, all’interno della costituzione di parte civile, il profilo della *legitimitatio ad causam*, ovvero la titolarità del diritto sostanziale in capo al danneggiato, quale indispensabile presupposto per la costituzione di parte civile, da una parte, e la *legitimitatio ad processum*, ovvero la rappresentanza processuale secondo la regola esemplificata dall’art. 100 c.p.p., dall’altra, in virtù della quale il danneggiato, per potere stare in giudizio, sia esso costituito personalmente o a

⁹ *ibidem*, 4.

¹⁰ AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio - Dominioni, vol. I., Milano, 1989, 546.

¹¹ Quanto alle formalità della dichiarazione di costituzione di parte civile, l’art. 78 c.p.p., in coerenza con l’evidenziato carattere civilistico dell’instaurando rapporto processuale, indica gli elementi essenziali dell’azione, tra cui le generalità del soggetto che esercita l’azione civile di danno, le generalità dell’imputato nei cui confronti si agisce, le generalità del difensore e gli estremi della procura *ad litem*, nonché l’individuazione della *causa petendi*, ovvero delle “ragioni che giustificano la domanda”.

¹² La sottolineata specularità delle due azioni è, altresì, confermata anche dal comma 4 dell’art. 100 c.p.p. che replicando il disposto dell’art. 84 c.p.c., prevede che il difensore possa compiere e ricevere, nell’interesse della parte civile, tutti gli atti del procedimento che dalla legge non siano ad essa espressamente riservati ed è negato ogni atto che disponga del diritto conteso, salvo che la parte abbia rilasciato procura speciale in tal senso.

mezzo di procuratore speciale, deve conferire ad un difensore la “procura alle liti”.

La *legitimatō ad causam* (quale rappresentanza sostanziale) si risolve, pertanto, nella capacità di disporre delle posizioni giuridico-soggettive del rappresentato, in quanto la qualità di parte processuale spetta esclusivamente al soggetto al quale il reato ha recato danno, ovvero ai suoi successori universali (come disposto dalla norma generale contenuta nell’art. 74 c.p.p.).

La *legitimatō ad processum* (quale rappresentanza processuale), attraverso la procura *ad litem*, attribuisce un mandato a stare in giudizio, ovvero a compiere e ricevere gli atti del procedimento, necessari allo svolgimento dell’azione civile: si tratta di una “capacità di schietto diritto processuale”, che risponde ad un’esigenza prevalentemente pubblicistica.

E’, pertanto, evidente come un medesimo termine (“procura speciale”) abbia ambivalente significato tecnico-giuridico e, di conseguenza, come – quantomeno teoricamente – sia necessario da parte della persona danneggiata rilasciare due procure speciali: una volta a conferire il potere di esercitare il diritto alle restituzione o al risarcimento (rappresentanza sostanziale), e l’altra diretta ad attribuire lo *ius postulandi* (rappresentanza processuale): procure che, come frequentemente accade, ben possono essere conferite al medesimo soggetto, così attribuendo al difensore nominato anche procuratore speciale sia la rappresentanza sostanziale sia quella tecnico-processuale.

L’interrogativo a cui la decisione commentata offre una risposta attiene alla delegabilità o meno, *ex art. 102 c.p.p.*, della capacità di disporre della posizione giuridica soggettiva del danneggiato dal reato.

3. La soluzione delle Sezioni Unite.

Muovendosi all’interno di questo perimetro normativo, la Corte evidenzia l’esistenza, oltre agli orientamenti evidenziati dall’ordinanza di rimessione, anche di un terzo orientamento intermedio.

Invero, a fianco all’indirizzo che esclude in via generale la facoltà di farsi sostituire da altro difensore per la costituzione di parte civile in udienza e all’indirizzo, di segno opposto, che legittima la possibilità per il difensore di nominare un sostituto¹³, ai fini del deposito dell’atto di costituzione, senza possibili delimitazioni derivanti dalla natura della procura¹⁴, le Sezioni Unite ne individuano un terzo.

¹³ In tale ipotesi, l’art. 102 cit. non esaurirebbe la sua funzione nell’ambito della mera rappresentanza processuale ma si estenderebbe al piano della titolarità del diritto a richiedere le restituzioni ed il risarcimento dei danni, conferendo, tra gli altri, il potere di nominare un sostituto ai fini del deposito dell’atto di costituzione.

¹⁴ In posizione peculiare, all’interno del medesimo filone ermeneutico, si pone la pronuncia resa da Cass. Sez. V, 16.02.2017, n. 18508, Fulco, che legittima l’esercizio della facoltà del difensore di sostituzione anche con riguardo al profilo della *legitimatō ad causam*, affermando come, in realtà, non si tratti della spendita, da parte del sostituto, del potere di costituzione di parte civile, comunque non delegabile, ma semplicemente del deposito dell’atto di costituzione. Infatti, “nel caso la costituzione avvenga a mezzo del procuratore speciale che sia anche il difensore della parte civile, non è [però] necessario che egli proceda personalmente alla presentazione della dichiarazione attraverso cui la stessa viene effettuata, potendo provvedere a tale adempimento anche a mezzo del proprio sostituto

Questo indirizzo, di carattere intermedio, riafferma il principio per il quale il sostituto processuale del procuratore speciale-difensore nominato dalla persona offesa non ha il potere di costituirsi parte civile, considerato che l'attribuzione al difensore del potere di costituzione (*legitimatío ad causam*) costituisce istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti (rappresentanza processuale), per il quale solo l'art. 102 c.p.p., prevede la possibilità della nomina di un sostituto che eserciti i diritti e assuma i doveri del difensore.

Tuttavia, precisa, che la previsione, contenuta nella "procura speciale", con cui si conferisca espressamente allo stesso procuratore la facoltà di nominare sostituti processuali e di presentare personalmente a mezzo degli stessi l'atto di costituzione di parte civile, rappresenta una esplicita manifestazione di volontà da parte della persona offesa di consentire l'esercizio dei diritti a lei facenti capo anche al sostituto processuale del difensore nominato¹⁵. In tale ipotesi il sostituto designato non è sfornito di poteri sostanziali, in quanto deriva la propria legittimazione da uno specifico incarico affidato al difensore originario che, per effetto della procura speciale rilasciatagli, è nelle condizioni di nominare altro soggetto in sua vece dotato dei medesimi poteri ed investito dei medesimi compiti. In definitiva, il potere in base al quale il procuratore speciale attribuisce la facoltà di costituzione di parte civile ad un delegato è conferito direttamente dal rappresentato¹⁶.

Innanzitutto, le Sezioni Unite ritengono non condivisibile l'indirizzo che ha affermato in via generale la facoltà del sostituto del difensore della parte civile *ex art. 102 c.p.p.* di effettuare la costituzione.

Questo perché è fuor di dubbio che, nonostante l'utilizzazione del medesimo termine, la procura speciale rilasciata al difensore dalla parte civile in conformità alla previsione dell'art. 100 c.p.p. sia esclusivamente finalizzata al conferimento dei poteri di rappresentanza in giudizio, senza conferire alcun potere di spendita del diritto sostanziale; il potere di richiedere le restituzioni e il risarcimento del danno generati dal reato può essere trasferito dal danneggiato ad un terzo solo in virtù della distinta procura speciale¹⁷, di cui al combinato disposto degli artt. 122 e 76 c.p.p.

Da tale punto di vista, essendo delegabile *ex art. 102 c.p.p.* esclusivamente il ruolo esercitato dal difensore quale patrocinatore tecnico volto a far stare in giudizio la parte rappresentata, anche la nomina di un sostituto non può che restare confinata all'interno

eventualmente nominato ai sensi dell'art. 102 c.p.p. il quale non si costituisce in sua vece, ma si limita per l'appunto al deposito dell'atto di costituzione".

¹⁵ Cfr. Cass. Sez. V, 07.01.2016, n. 18258, Lucioti, non mass.

¹⁶ Secondo tale indirizzo, la conclusione è coerente con i principi posti dalla giurisprudenza civile secondo cui qualora la procura notarile alle liti contenga un autonomo mandato *ad negotia* conferente al difensore il potere di nominare altri difensori, costui, in forza della rappresentanza sostanziale attribuitagli, può validamente rilasciare in nome del dominus altre procure speciali (Cass. Sez. V, 8.02.2005, n. 11954) e, dall'altro, come, in una tale situazione, richiedere il conferimento da parte della persona offesa di una specifica ed ulteriore procura speciale al sostituto al fine della costituzione di parte civile si risolverebbe in di puro formalismo.

¹⁷ L'ontologica e radicale differenza tra le due procure resta anche quando, unitamente alla procura di cui agli artt. 76 e 122 c.p.p. venga conferita alla stessa persona anche l'altra procura, con il medesimo atto.

di tale veste, senza alcun ulteriore potere relativo alla legittimazione ad esercitare l'azione civile: l'art 102 c.p.p. non conferisce al difensore alcun potere di investire altro difensore di costituirsi parte civile.

Da tanto consegue, pertanto, l'erroneità di quell'interpretazione secondo la quale il sostituto non svolga altro che un mero ruolo materiale di una costituzione già perfezionata, in quanto, stante il chiaro disposto dell'art. 78 c.p.p., la presentazione in udienza, lungi dall'essere mero adempimento esecutivo, è una modalità di perfezionamento stesso della costituzione (in alternativa rispetto al deposito in cancelleria).

Il discrimine non può che essere dato dalla già esaminata distinzione concettuale tra *legitimatatio ad causam* e *legitimatatio ad processum*.

Partendo dalle stesse premesse logiche e giuridiche, a parere della Cassazione, non può recepirsi nemmeno l'indirizzo elaborato dalla giurisprudenza civile laddove si afferma che "qualora la procura alle liti conferisca al difensore il potere di nominare altro difensore, deve ritenersi che essa contenga un autonomo mandato *ad negotia*, in quanto un potere di nomina di sostituto contemplato esclusivamente nella "procura speciale defensionale" non è idoneo a conferire al sostituto del difensore, nominato *ex art. 102 c.p.p.*, il potere di costituzione di parte civile.

Il delegante, in tale ipotesi, non agisce come titolare del rapporto processuale¹⁸ volto a promuovere l'istanza risarcitoria, circoscritto al solo ambito delle previsioni di cui agli artt. 76 e 122 c.p.p.

L'evidenziata mancanza di potere (sostanziale) del sostituto di spendita della pretesa civilistica al risarcimento e/o alle restituzioni, può essere sanata tramite la previsione di tale possibilità direttamente dal danneggiato in capo al difensore/procuratore speciale all'interno della procura di cui agli artt. 76 e 122 c.p.p..

Solo tale espediente formale garantisce che al sostituto venga delegato il diritto sostanziale di cui il mandante è titolare, inoltre, non può pretendersi, all'estremo opposto, che il danneggiato conferisca una ulteriore apposita procura speciale direttamente in capo al sostituto¹⁹.

E' per questa ragione, che, in mancanza di procura speciale al difensore o al sostituto designato, la giurisprudenza – correttamente – ha affermato che la presenza in udienza del danneggiato (nella sua qualità di titolare della pretesa sostanziale) va considerata come esercizio personale della facoltà di costituirsi parte civile, modalità espressamente prevista dall'art. 76 c.p.p., in tal modo sanando l'assenza di procura *ad hoc*²⁰.

¹⁸ Viepiù che, anche sul piano meramente formale, la procura defensionale difetta del requisito di cui alla procura speciale *ex art. 122 c.p.p.*, rappresentato dalla determinazione dell'oggetto per cui la procura è conferita e dei fatti ai quali la stessa si riferisce.

¹⁹ Tale assunto, già implicitamente affacciato nella giurisprudenza della Corte (Cass. Sez. III, n. 6184/2015, Dami), ad avviso delle Sezioni Unite finirebbe per risolversi nella pretesa di un adempimento meramente formale pur a fronte di una volontà chiaramente espressa dal titolare del rapporto.

²⁰ Come osserva la sentenza in commento, la giurisprudenza aveva già avuto modo di affermare che "l'assenza di legittimazione all'esercizio dell'azione civile da parte del difensore, per difetto di procura speciale, ovvero da parte del sostituto processuale, per difetto

Tale peculiare potere di sostituzione – che, come visto, esula dalla mera sostituzione *ex* art. 102 c.p.p. del difensore – nella quotidianità delle aule di giustizia sarà contenuta in unico atto con il quale siano conferite sia la procura di cui agli artt. 76 e 122, sia la procura di cui all’art. 100, essendo tale potere comunque “coperto” dal conferimento della prima.

In conclusione, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: “Il sostituto processuale del difensore al quale soltanto il danneggiato abbia rilasciato procura speciale al fine di esercitare l’azione civile nel processo penale non ha la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà sia stata espressamente conferita nella procura o che il danneggiato sia presente all’udienza di costituzione”.

Le Sezioni Unite, pertanto, aderendo a quelle che erano le considerazioni svolte dal Sostituto Procuratore Generale Baldi²¹ nella sua requisitoria, chiariscono, una volta per tutte, come la distorsione data dall’abitudine di far sottoscrivere un’unica procura speciale al danneggiato dal reato, configuri, sempre e comunque, un atto complesso che assomma in sé sia la funzione di conferire la *legitimatio ad causam* che di conferire la *legitimatio ad processum*.

GIUSEPPE COLLAZZO

dei relativi poteri sostanziali, è sanata mediante la presenza in udienza della persona offesa, che consente di ritenere la costituzione di parte civile come avvenuta personalmente” (Cass. Sez. IV, 26.10.2017, n. 49158, Sanapo)

²¹ Il quale sostiene che “il sostituto processuale del difensore, unico ad essere stato nominato procuratore speciale dalla persona offesa, non ha il potere di costituirsi parte civile, in quanto l’attribuzione al difensore di detto potere, iscrivibile alla categoria della *legitimatio ad causam*, costituisce istituto diverso dal rilascio del mandato alle liti, che è iscrivibile alla categoria della rappresentanza processuale. Ed invero solo per quest’ultimo l’art. 102 c.p.p. prevede la possibilità della nomina di un sostituto che eserciti i diritti e assuma i doveri del difensore. Sicché il sostituto processuale non è legittimato a esercitare l’azione civile nel processo penale, ferma restando l’efficacia sanante derivante dalla presenza in udienza della persona offesa”.

Cass. pen., S.U., 21 dicembre 2017 (dep. 23 febbraio 2018), n. 8914, Pres. Canzio - Rel. De Amicis (dichiara inammissibile, Trib. lib. Caltanissetta, 25/07/2017)

Procedura penale - impugnazioni

È manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 613 cod. proc. pen., come modificato dall'art.1, comma 55, legge n. 103 del 2017, per asserita violazione degli artt.24, 111, comma 7, Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui non consente più la proposizione del ricorso in cassazione all'imputato personalmente, in quanto rientra nella discrezionalità del legislatore richiedere la rappresentanza tecnica per l'esercizio delle impugnazioni in cassazione, senza che ciò determini alcuna limitazione delle facoltà difensive. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'elevato livello di qualificazione professionale richiesto dall'esercizio del diritto di difesa in cassazione rende ragionevole l'esclusione della difesa personale, tanto più in un sistema che ammette il patrocinio a spese dello Stato).

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Ricorso per Cassazione dopo la "Riforma Orlando", le SS.UU. precisano i presupposti della rappresentanza tecnica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L. 103/2017 "Riforma Orlando". – 3. L'Albo speciale dei Cassazionisti – 4. Il contrasto giurisprudenziale e l'orientamento delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Con la Sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno statuito che *"Il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento, compresi quelli in materia cautelare, non può essere proposto dalla parte personalmente, ma, a seguito della modifica apportata agli artt. 571 e 613 cod. proc. pen. dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione"*.

Nel caso di specie, il Giudice della libertà respingeva l'appello proposto dall'imputato avverso l'ordinanza del Tribunale che aveva rigettato la richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare degli arresti domiciliari.

Per la riforma di tale provvedimento l'imputato aveva proposto personalmente ricorso alla Cassazione.

La Quinta Sezione Penale della Suprema Corte, prospettando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'ammissibilità del ricorso proposto personalmente dall'imputato ai sensi dell'art. 311 c.p.p., rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite con il seguente

quesito: “*Se, a seguito delle modifiche apportate dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 agli artt. 571 e 613 c.p.p., con cui si è esclusa la facoltà dell'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione, permanga la legittimazione di questi a proporre personalmente ricorso in materia di misure cautelari personali, ai sensi dell'art. 311 c.p.p.*”.

2. L. 103/2017 “Riforma Orlando”.

La Legge n. 103/2017 ha modificato la disciplina del ricorso per Cassazione, vietando all'imputato la possibilità di provvedere personalmente alla sottoscrizione dell'atto, così da riformare – in maniera serrata – i modi e le forme dell'esercizio del diritto di difesa dinanzi alla Corte di Cassazione.

L'originaria formulazione dell'art. 613, co. 1, c.p.p. prevedeva, infatti, che il ricorso potesse essere presentato dalla parte personalmente ovvero da un difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di Cassazione.

L'art. 1 co. 63 della Legge di riforma, modificando la norma in parola, elide l'*incipit* iniziale “*Salvo che la parte non vi provveda personalmente*”, con la conseguenza che la disposizione, nella novellata formulazione, stabilisce che: “*L'atto di ricorso, le memorie e i motivi nuovi devono essere sottoscritti, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di Cassazione*”.

La modifica del primo comma della norma *de qua* determina una sostanziale limitazione alla possibilità di presentazione dei ricorsi ridisegnando, di fatto, la disciplina di “*accesso*” all'impugnazione di legittimità.

Con l'entrata in vigore della modifica, per l'appunto, il ricorso per cassazione, così come tutti gli atti successivi, non potranno essere più redatti e presentati né personalmente dall'imputato né da avvocati non abilitati per il patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, ma dovranno essere sottoscritti, a pena di inammissibilità, da un difensore iscritto nell'albo speciale. In altre parole, pur restando invariata la legittimazione dell'imputato, viene nuovamente regolata la modalità di presentazione del ricorso.

L'intervento “*necessario*” di un difensore qualificato auspica una maggiore qualità degli atti ed una semplificazione del lavoro della Corte che si pronuncerà, in tal modo, solo in merito a questioni di diritto correttamente enucleate e specificate, presupposto questo anche per una superiore qualità delle decisioni¹.

La riforma delle norme che disciplinano il giudizio di legittimità è stata concepita, tra l'altro, con il chiaro intento di “*soddisfare l'impellente bisogno di diminuire il carico di lavoro della Corte, attraverso il recupero della sua originaria funzione nomofilattica e la riduzione del rischio di impugnazioni inammissibili, meramente dilatorie o pretestuose*”².

¹ COSÌ, MONACO, *Come cambia il giudizio in cassazione*, in *La Riforma Orlando – Modifiche al Codice Penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017.

² Cfr., NACAR, *La esclusione della legittimazione dell'imputato a ricorrere personalmente per cassazione è costituzionalmente legittima?*,

In particolare, la modifica dell’art. 613 c.p.p. era stata più volte auspicata ed invocata tanto dalla dottrina maggioritaria³, al fine di evitare che il Giudice della legittimità venisse investito di questioni inammissibili in quanto prive dei requisiti di forma e contenuto previsti dalla Legge, quanto dalla Suprema Corte, al fine di “*preservare la Corte da un evidente dispendio di risorse e a rafforzarne la funzione nomofilattica*”⁴.

L’attuale quadro normativo, infatti, trova la sua giustificazione nell’esigenza, generalmente avvertita, di assicurare un alto livello di professionalità nell’impostazione e nella redazione dell’atto di impugnazione, con il quale si introduce un procedimento – il ricorso in Cassazione – connotato da un elevato tecnicismo.

La formulazione della norma in parola, infatti, sancisce una “nuova regola”: l’unico soggetto legittimato a predisporre l’atto di gravame innanzi al Supremo consesso è il difensore dotato dei requisiti previsti dalla Legge.

In parallelo la Legge n. 103/2017, con il comma 54 dell’art. 1 ha inserito, in apertura dell’art. 571, co. 1, c.p.p., la clausola “*salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall’articolo 613, comma 1*”.

La modifica dell’art. 571, co. 1, c.p.p., si coordina, quindi, con quella apportata all’art. 613, co. 1 c.p.p. e, nel complesso, entrambe accentuano il particolare rilievo che assume la figura del difensore nel giudizio di legittimità.

Il legislatore, infatti, con la novella dell’art. 613, “*ha considerato il livello elevatissimo di tecnicismo che connota il ricorso ed il giudizio in cassazione, nell’esigenza di una peculiare qualificazione tecnica in capo a professionisti iscritti ad un apposito albo speciale*”⁵.

3. L’albo speciale dei cassazionisti.

La “*Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense*” (L. n. 247/2012) stabilisce, all’art. 22⁶, due criteri di iscrizione all’albo speciale per il patrocinio davanti alle giuri-

in *Diritto penale e processo*, 2018, 4, 550 ss.

³ Si veda, per tutte, la cd. “*Carta di Napoli*” all’interno del Volume dell’Associazione tra gli studiosi del Processo Penale “*G.D. Pisapia*”, “*La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*”, Milano, 2014.

⁴ COSÌ, CANZIO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2016*, Roma, 2017.

⁵ COSÌ, SURACI, *Le disposizioni Generali sulle impugnazioni*, in *La Riforma Orlando*, cit.

⁶ Art. 22 “*Albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori*”:

1. L’iscrizione nell’albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori può essere richiesta al CNF da chi sia iscritto in un albo ordinario circondariale da almeno cinque anni e abbia superato l’esame disciplinato dalla legge 28 maggio 1936, n.1003, e dal regio decreto 9 luglio 1936, n. 1482, al quale sono ammessi gli avvocati iscritti all’albo.

2. L’iscrizione può essere richiesta anche da chi, avendo maturato una anzianità di iscrizione all’albo di otto anni, successivamente abbia lodevolmente e proficuamente frequentato la Scuola superiore dell’avvocatura, istituita e disciplinata con regolamento dal CNF. Il regolamento può prevedere specifici criteri e modalità di selezione per l’accesso e per la verifica finale di idoneità. La verifica finale di idoneità è eseguita da una commissione d’esame designata dal CNF e composta da suoi membri, avvocati, professori universitari e magistrati addetti alla Corte di cassazione.

3. Coloro che alla data di entrata in vigore della presente legge sono iscritti nell’albo dei patrocinanti davanti alle giurisdizioni superiori conservano l’iscrizione. Allo stesso modo possono chiedere l’iscrizione coloro che alla data di entrata in vigore della presente legge abbiano maturato i requisiti per detta iscrizione secondo la previgente normativa.

4. Possono altresì chiedere l’iscrizione coloro che maturino i requisiti secondo la previgente normativa entro ((*sei*)) anni dalla data

sdizioni superiori.

In particolare l'art. 22 dispone che l'iscrizione all'albo speciale possa essere richiesta al CNF:

I.da chi sia iscritto in un albo ordinario circondariale da almeno 5 anni e abbia superato l'esame ex legge n. 1003/1936 e dal R. D. n. 1482/1936;

II.da chi ha maturato una anzianità di iscrizione all'albo di otto anni e abbia lodevolmente e proficuamente frequentato la Scuola superiore dell'avvocatura, istituita e disciplinata con regolamento dal CNF.

Nel secondo caso, il regolamento può prevedere specifici criteri e modalità di selezione per l'accesso e per la verifica finale di idoneità. La verifica finale di idoneità è eseguita da una commissione d'esame designata dal CNF e composta da suoi membri, avvocati, professori universitari e magistrati addetti alla Corte di cassazione.

L'art. 22, inoltre, prevede che:

III.coloro che alla data di entrata in vigore della legge 247/2012 sono iscritti sono iscritti nell'albo dei patrocinanti davanti alle giurisdizioni superiori.

IV.Possono chiedere l'iscrizione all'albo speciale anche coloro che alla data di entrata in vigore della legge 247/2012 abbiano maturato i requisiti secondo la previgente normativa;

V.possono altresì chiedere l'iscrizione coloro che maturano i requisiti secondo la previgente normativa entro sei anni dalla data di entrata in vigore della legge 247/2012.

4. Il contrasto giurisprudenziale e l'orientamento delle Sezioni Unite.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, fatto proprio dalla Sezione remittente, *“la regola della necessaria assistenza tecnica prevista dall'art. 613 c.p.p., comma 1, deve intendersi riferita, in ragione della collocazione di tale disposizione, al ricorso per cassazione avverso le sentenze o i provvedimenti con efficacia definitiva di procedimenti principali ed autonomi”*.

In altre parole, il Collegio rimettente sosteneva che, pur in costanza della nuova disciplina, si sarebbe potuto ritenere ammissibile il ricorso personale dell'imputato avverso provvedimenti in materia di misure cautelari personali.

Corollario di tale assunto ermeneutico è quello secondo cui il ricorso proposto avverso le ordinanze emesse nell'ambito del procedimento cautelare, per sua natura incidentale e strumentale ad un successivo giudizio di merito, trova la sua specifica regolamentazione nell'art. 311 c.p.p., il cui testo è rimasto immutato, continuando così a contemplare la

di entrata in vigore della presente legge.

5. All'articolo 4 della legge 28 maggio 1936, n. 1003, il quinto comma è sostituito dal seguente:

“Sono dichiarati idonei i candidati che conseguano una media di sette decimi nelle prove scritte e in quella orale avendo riportato non meno di sei decimi in ciascuna di esse”.

facoltà per l'imputato di sottoscrivere personalmente il ricorso, in sintonia con la regola generale di cui all'art. 571, co. 1, c.p.p..

Nell'ordinanza di rimessione del 2 novembre 2017 la sezione poneva a fondamento della soluzione avallata da tale orientamento, *in primis*, il dato testuale⁷.

L'art. 571, co. 1, c.p.p., infatti, avrebbe portata generale, prevedendo come *regola generale* quella della facoltà per l'imputato di impugnare personalmente i provvedimenti.

La norma prevista nell'art. 613, co.1, c.p.p. costituirebbe, invece, una deroga specifica, applicabile al solo "ricorso ordinario per cassazione", e non varrebbe per tutte quelle ipotesi in cui il ricorso sia previsto con riferimento a subprocedimenti incidentali o del tutto autonomi rispetto a quello di merito.

Di conseguenza, la regola della necessaria assistenza tecnica prevista dall'art. 613, comma 1, cod. proc. pen. dovrebbe intendersi come riferita al solo ricorso per cassazione avverso le sentenze o i provvedimenti con efficacia definitiva di procedimenti principali ed autonomi.

Secondo un diverso orientamento interpretativo⁸, l'art. 613 cod. proc. pen. è da considerarsi come norma di esclusione, avente portata generale, della possibilità di sottoscrizione personale del ricorso per cassazione da parte dell'imputato e dei soggetti a lui equiparati.

L'intervento delle Sezioni Unite, nella sentenza in commento, adombra ogni dubbio sul punto, riconoscendo che, a seguito della riforma legislativa il rapporto tra l'art. 571 e 613 c.p.p. è integralmente mutato.

L'art. 613 c.p.p., infatti, nella versione novellata, non ha più una funzione meramente ricognitiva del potere di proporre personalmente l'impugnazione, ma viene ad integrare una norma di esclusione, espressa e generalizzata, della possibilità di sottoscrizione personale del ricorso per cassazione da parte dell'imputato.

Ciò non comporta, inoltre, alcuna lesione ai principi costituzionali in tema di effettività dei diritti della difesa e del contraddittorio, poiché la loro concreta attuazione, con la pretesa della necessaria assistenza tecnica, sarebbe modulata dal legislatore in considerazione dell'elevata complessità tecnica del giudizio di legittimità.

In altre parole, contrariamente a quanto sostenuto dalla sezione rimettente, la modifica dell'art. 613 c.p.p. e la conseguente abolizione del ricorso personale dell'imputato, non si pone in contrasto con i principi stabiliti dagli artt. 13, 24 e 111, co 4, della Carta Costituzionale o con la previsione dell'art. 6, lett. b) e c) della CEDU, nella parte in cui stabilisce che ogni accusato ha il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa, nonché di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore.

Ragion per cui, le Sezioni Unite hanno osservato che proprio la necessaria rappresentanza tecnica per l'esercizio di impugnazione in cassazione costituisce un'esigenza da

⁷ Cfr., sul punto, MONTAGNA, *Sezioni Unite: il ricorso per cassazione è possibile solo tramite Avvocato*, in *Il quotidiano giuridico*, 28/02/2018.

⁸ V. Cass. Pen, Sez. VI, n. 42062/2017, in *Foro It.*, 2017, 11, II, 637, con nota De Marzo; Cass. Pen, Sez. VI, n. 51292/2017.

tempo riconosciuta nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La Consulta ha infatti osservato che alla possibilità di autodifesa, prevista dall'art. 6, co. 3, lett. c) CEDU, non può *“attribuirsi il significato della necessarietà della difesa personale in ogni stato e grado”*.

La Corte Costituzionale, a più riprese, ha rimarcato l'orientamento della Commissione Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui *“il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato interessato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali e che nei giudizi dinanzi ai Tribunali Superiori, nulla si oppone ad una diversa disciplina purché emanata allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia”*⁹.

Il sistema processuale penale italiano, poi, prevede un modello di esercizio del diritto di difesa differenziato in relazione alle varie fasi e tipologie di processo.

A parere delle Sezioni Unite, pertanto, l'art. 613 c.p.p. assume, a seguito della novella legislativa, una portata di carattere generale divenendo, di conseguenza, applicabile ad ogni tipo di ricorso per cassazione, con la conseguente abrogazione di tutte le disposizioni che prevedono la facoltà, per il soggetto interessato, di presentare personalmente ricorso.

Nell'assetto normativo delineatosi a seguito dell'entrata in vigore della L. 103/2017, il legislatore ha definitivamente attribuito all'art. 613 c.p.p. la funzione di regolamentare le forme e le modalità soggettive del ricorso, imponendo la sottoscrizione dell'atto introduttivo, delle memorie e dei motivi nuovi da parte di un difensore iscritto nell'apposito albo speciale della Corte.

Da ciò discende, pertanto, che:

a) *“l'art. 571 c.p.p. esclude espressamente, attraverso il formale richiamo all'art. 613 c.p.p., che l'imputato possa proporre personalmente il ricorso per cassazione”*;

b) *“è quest'ultima norma a disciplinare le modalità ed i requisiti soggettivi per la redazione e la sottoscrizione del ricorso, ferma restando la legittimazione alla proposizione dell'impugnazione da parte del difensore, che continua a trovare la propria fonte nell'art. 571 c.p.p., comma 3”*.

Le Sezioni Unite, risolvendo la questione posta dall'ordinanza di rimessione, hanno enunciato il seguente principio di diritto: *“il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione”*.

GIUSEPPE ROSSINI

⁹ Così, Corte Cost, n. 188/1980 in *Foro It.*, 1981, 1, 318.

Cass. Pen., Sez. V, 6 ottobre 2017 (dep. 24 gennaio 2018), n. 3271, Pres. Pezzullo – Est. Mazzitelli

Delitti contro la persona – Atti persecutori

Integra il delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612 bis c.p., la condotta di chi compie atti molesti ai danni di più persone, costituendo per ciascuna motivo di ansia, non richiedendosi, ai fini della reiterazione della condotta prevista dalla norma incriminatrice, che gli atti molesti siano diretti necessariamente ad una sola persona, purché siano realizzati tutti elementi, di natura oggettiva e soggettiva, tipici della fattispecie criminosa in questione, nei confronti di ciascuna delle persone offese dal reato.

Il testo della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

La sussistenza del delitto di atti persecutori nel caso di pluralità di persone offese: la necessaria "individualizzazione" dell'accertamento

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. Il fatto e i motivi di ricorso. – 3. Il delitto di atti persecutori quale reato abituale d'evento ed i suoi elementi costitutivi. – 3.1. Le condotte rilevanti e la "necessaria" reiterazione. – 3.2. L'evento. – 3.3. L'elemento soggettivo. – 4. L'integrabilità del delitto di atti persecutori nel caso di pluralità di persone offese. La pronuncia della Corte di Cassazione. – 4.1. La necessaria distinzione con i "reati satellite". In particolare: il reato di molestie. – 4.2. La precedente giurisprudenza di legittimità e le conclusioni della Corte: l'esigenza di una verifica individuale dei requisiti dell'abitudine e di produzione dell'evento di danno.

1. Una breve premessa.

La sentenza in commento, emessa dalla quinta Sezione della Corte di Cassazione, si occupa di delineare i confini di applicazione e, dunque, di integrabilità del delitto di atti persecutori, previsto e punito dall'art. 612 bis c.p.¹.

¹ Sul delitto di atti persecutori, BARTOLINI, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile*, Piacenza, 2009; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, volume – tomo I, Bologna, 2017233 ss.; MACRI', *sub art. 612 bis c.p.*, in Tratt. Cadoppi, Canestrai, Manna, Papa, IX, *I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, Torino, 2011, pp. 362 ss.; MAINA, *stalking*, in *Digesto delle Discipline Penali*, VII aggiornamento, 580 ss.; MANNA, *Versione "minimalista" ed "espansiva" della fattispecie di atti persecutori*, GI, 2011, 635 ss.; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Padova, 2016, 357 ss.; MENDICINO, *Uno tra i reati più odiosi: la più recente analisi della Suprema Corte sullo stalking*, *Diritto & Giustizia*, fasc. 124, 2017, 50 ss.

Si tratta di una pronuncia che, non solo aiuta a comprendere ed a mettere a fuoco, con sempre maggior precisione, l'ambito di operatività dell'incriminazione in parola, ma che, altresì, riveste un ruolo particolarmente incisivo data la frequenza con la quale le condotte in questione si concretizzano nella realtà quotidiana.

In particolare, attraverso la pronuncia in esame, la Corte affronta la questione relativa alla ricorrenza del delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. nel caso in cui sussistano plurime persone offese. Sarà, dunque, necessario ripercorrere le connotazioni inerenti il delitto di atti persecutori, dando conto degli elementi costitutivi lo stesso e verificando, conseguentemente, se gli stessi – con particolare riferimento alla abitualità ed all'evento – ostino alla configurabilità del reato nel caso in cui via sia una pluralità di soggetti passivi; individuando, in caso contrario, le connotazioni che le condotte ed il contesto devono assumere affinché tale integrazione possa dirsi realizzata.

Nel far ciò, sarà altresì necessario tenere distinti – dunque distinguere – la fattispecie in questione dai suoi “reati satellite”, i quali, in caso di mancanza di uno o più degli elementi costitutivi il delitto di *stalking*, potranno singolarmente o cumulativamente ricorrere.

2. Il fatto e i motivi di ricorso.

Esaminando la vicenda storica che ha dato vita alla pronuncia in commento, le condotte consistevano nel minacciare e molestare gli abitanti di un quartiere, mediante l'invio, a mezzo posta, di numerose e ripetute lettere anonime, prospettanti gravi mali ingiusti ed insulti ai destinatari; nello specifico, aver inviato, con cadenza settimanale, alle varie famiglie, alcune precipuamente individuate nel capo di imputazione – ed è qui che nasce gran parte della questione –, centinaia di missive dal contenuto ingiurioso e minaccioso, con evidenti elementi di conoscenza personale, dando così vita a comportamenti persecutori tali da, non solo indurre i soggetti in questione a modificare le proprie abitudini di vita, ma altresì alterare in modo significativo i rapporti all'interno della comunità ed ingenerare timori ed ansie.

La sentenza, emessa dalla quinta Sezione, si è resa necessaria a seguito del ricorso promosso dal *reo* avverso l'ordinanza del Tribunale della Libertà di Bologna il quale, a sua volta, in parziale accoglimento dell'appello formulato dalla Pubblica Accusa, riformando la decisione emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari, aveva applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari.

Infatti, mentre il Giudice per le Indagini preliminari, per quanto ivi di interesse, inquadrava i fatti in questione nella fattispecie di cui all'art. 660 c.p. e, dunque, nel reato contravvenzionale di molestia o disturbo alle persone, diversamente l'adito Tribunale della Libertà ravvisava gravi indizi di colpevolezza del delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612 *bis* c.p., vista: a) la protrazione delle condotte – *alius* reiterazione – ricollegabile, dunque, all'abitualità – caratteristica connotante il delitto in parola; b) gli effetti che tali condotte producevano sugli abitanti del quartiere, i quali, in parte, si convincevano a svendere le proprie abitazioni per allontanarsi dalla zona residenziale interessata. Il tutto accompagnato da un fondato pericolo di reiterazione specifica del reato, che giustificava l'applicazione della misura cautelare in parola.

L'indagata, tramite il proprio difensore, avanzava ricorso dinnanzi alla Corte di Cassazione, adducendo una serie di motivi, tra i quali, per quanto ivi rileva: erronea applicazione della legge, visto che il requisito della reiterazione sarebbe compatibile anche con la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. e, dunque, lo stesso non avrebbe valore determinante; erronea applicazione della legge determinata, altresì, – continua il difensore – da inesatte considerazioni del Tribunale circa l'evento prodottosi, individuato in un *vulnus* della tranquillità delle persone e dell'ordine pubblico, quando, invece, il reato di atti persecutori non potrebbe coniugarsi con una pluralità di soggetti passivi, connotazione che invece si confarebbe al reato di molestie.

La questione, come anticipato, attiene dunque all'integrabilità del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p. nel caso di pluralità di soggetti passivi, con la conseguente necessità di verificare se le connotazioni dello stesso – tra le quali la reiterazione, l'evento ed il bene giuridico tutelato dalla norma – siano o meno compatibili ed, eventualmente, secondo quali modalità di accertamento, con la fattispecie concreta in oggetto.

3. Il delitto di atti persecutori quale reato abituale d'evento ed i suoi elementi costitutivi.

Con riferimento al reato di atti persecutori, si è soliti utilizzare il termine – di origine anglosassone – "*stalking*", facendo riferimento a quel determinato fenomeno realizzato dal cosiddetto *stalker*: il cacciatore che "fa la posta" alla sua preda; si tratta di terminologia che, come si vedrà in seguito, è capace di descrivere efficacemente la condotta prevista e punita dalla fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p.

Necessaria, come anticipato, una premessa attraverso la quale si ripercorrano le connotazioni appartenenti a tale delitto.

3.1. Le condotte rilevanti e la "necessaria" reiterazione.

La disposizione in parola individua quale penalmente rilevante e, conseguentemente, punisce la condotta di colui che "*con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*".²

² I commi successivi dell'art. 612 *bis* c.p. prevedono che "2. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici. 3. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. 4. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di

Data l'ampiezza del linguaggio, coscientemente utilizzato dal legislatore, le condotte che, ferma la necessità di individuare nel contesto di specie tutti i restanti elementi connotanti il delitto di *stalking*, sono in grado di integrare il reato in parola possono assumere le manifestazioni più svariate.

A titolo esemplificativo: l'invio di sms, lettere o e-mail non volute; l'effettuare telefonate e/o mantenere con la persona offesa contatti indesiderati; realizzare condotte minacciose, pedinamenti; presentare reiterate denunce ecc.³.

Ciò premesso, la lettera dell'art. 612 *bis* c.p., ancor prima di "individuare" quali siano le condotte penalmente rilevanti, impone che si tratti di "*condotte reiterate*". Dunque, è lo stesso tenore letterale della norma che permette di inquadrare, sin da subito, tale reato quale abituale, ovvero fattispecie per la cui esistenza si richiede la reiterazione di più condotte identiche od omogenee⁴.

Merita, peraltro, fare cenno alla riconducibilità, del delitto di atti persecutori, alla categoria del reato abituale cosiddetto proprio, cosicchè la reiterazione può riguardare condotte che non necessariamente costituiscono di per sé reato; nonché, alla categoria del reato necessariamente abituale, essendo indispensabile – ed al contempo sufficiente – la realizzazione di almeno due condotte⁵.

Ciò premesso, risulta evidente che, individuate quali sussistenti le condotte richieste, dovrà poi trattarsi di azioni od omissioni reiterate; come anticato, è infatti la protrazione ad assumere rilevanza, essendo l'essenza dell'incriminazione in parola, non tanto da individuarsi nei singoli atti considerati tipici, bensì nella loro reiterazione.

È quest'ultimo l'elemento che li cementa, identificando un comportamento criminale complessivo, quale fatto diverso da quelli che concorrono a definirlo sul piano oggettivo. Un'unificazione normativa di condotte, costituenti o meno di per sé reato, che il legislatore ha voluto complessivamente considerare nel loro disvalore.

3.2. L'evento.

Proseguendo nella disamina delle connotazioni che deve assumere il fatto storico affinché possa ritenersi sussistente il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p., ruolo centrale ai fini della risoluzione della questione sottesa alla pronuncia in commento, è ricoperto dall'evento che le condotte devono produrre nella sfera della persona offesa.

un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

³ Per un'analisi più approfondita della fenomenologia dello *stalking*, ARIMINI, *Lo stalking. Aspetti psicologici e fenomenologici*, in GULLOTTA - PEZZATI, *Sessualità, diritto e processo*, Milano, 2002, 595 ss.; MAINA, *Stalking*, cit., 582.

⁴ Sul reato abituale vedi, per tutti, GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, X edizione, 2014, Roma, 1156 ss.

⁵ Da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588; ed in tal senso, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 46331; la quale ha sottolineato che ai fini della sussistenza della fattispecie "*non sia necessaria la 'serialità' delle condotte offensive, essendo sufficienti ad integrare l'elemento oggettivo del reato anche due soli episodi che abbiano le caratteristiche e siano idonei a produrre gli effetti previsti dalla norma*".

Il reato di *stalking*, infatti, è individuabile quale reato abituale d'evento, a struttura causale e non di mera condotta, caratterizzandosi, dunque, per la produzione: a) di un evento di danno il quale deve consistere, secondo il disposto dell'art. 612 *bis* c.p., nell'alterazione delle abitudini di vita o nel perdurante stato di ansia o di paura, ovvero, alternativamente b) di un evento di pericolo, consistente nel fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva. Per la sussistenza del delitto, sarà, dunque, sufficiente il verificarsi di uno degli eventi appena citati.

Infatti, nonostante la potenziale ambiguità della lettera della norma – la quale, utilizzando proposizioni quali "cagionare", "costringere", "ingenerare", potrebbe intendere evocare una idoneità della sola condotta a creare il pericolo di verificazione dell'evento – la giurisprudenza⁶ ed, ancora prima, gli stessi lavori parlamentari⁷ inducono a ritenere che dalle condotte debba necessariamente derivare uno dei tre eventi descritti dalla fattispecie, alternativamente o cumulativamente⁸.

Ciò detto, ai nostri fini, nonché a fronte dell'esigenza di evitare che si crei una vera e propria ipertrofia nelle incriminazioni, dovuta ad un'ampia discrezionalità che la lettera della norma concede all'interprete, la stessa dovrà essere attentamente e minuziosamente esercitata nel pieno rispetto del principio di offensività, accompagnato – come si vedrà in seguito – da un'accurata valutazione e valorizzazione dell'elemento soggettivo.

In particolare, con riferimento all'evento inerente il cambiamento delle abitudini di vita, sarà necessario prendere in considerazione le sole abitudini qualificate e qualificanti, escludendo, diversamente, una qualsiasi rilevanza penale di situazioni meramente fastidiose o bagatellari; ancora, con riferimento allo stato d'ansia o di paura, nonostante la giurisprudenza di legittimità escluda la necessità di accertamento di uno stato patologico in senso stretto – visto che lo stesso è tipico del diverso reato di lesioni, il quale potrà eventualmente concorrere con quello di *stalking* –, vi sarà comunque l'esigenza di riscontrare una serie di condotte persecutorie che abbiano determinato una decisiva alterazione dell'equilibrio emotivo della persona offesa⁹.

Proseguendo nella disamina degli eventi che, alternativamente o congiuntamente, dovranno prodursi sulla vittima, affinché il delitto di *stalking* possa ritenersi integrato, meno problematiche paiono porsi con riferimento al fondato timore per l'incolumità propria o di un soggetto terzo, per così dire, qualificato. La dizione "*fondato*" sembra dover essere intesa quale necessità di acquisire la prova del reale timore subito dalla vittima in conseguenza della condotta dell'agente, cosicché, particolare attenzione dovrà essere dedicata ad aspetti quali la vulnerabilità della vittima – della singola vittima – che dovrà, peraltro, essere abbracciata dall'elemento soggettivo.

⁶ La giurisprudenza sul punto è ormai unanime; vedasi, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588.

⁷ In proposito si rinvia a VALSECCHI, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1377 ss.

⁸ In tal senso MAINA, *Stalking*, cit., 583.

⁹ *Ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2011, n. 8832; negli stessi termini, Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 2012, n. 24135.

Si tratta, pertanto, di valutazioni ed accertamenti da effettuarsi con estrema attenzione ed i quali – è ciò che rileva ai nostri precipui fini – dovranno essere rivolti alle singole situazioni soggettive e personali delle vittime.

Peraltro, tali valutazioni ed accertamenti, come si evince dalla terminologia utilizzata nella formulazione dell'art. 612 *bis* c.p., dovranno, altresì, tenere in debita considerazione la necessità che gli stessi eventi di danno o di pericolo siano connotati da gravità e, soprattutto, da rilevante durata dello stato indotto. Dovrà infatti sussistere un progressivo accumulo di disagio che, solo al termine della sequenza, sia degenerato in uno stato di prostrazione psicologica, manifestatosi successivamente in una delle forme previste dalla norma incriminatrice¹⁰.

Dunque, se la prima caratteristica fondamentale, connotante il delitto di atti persecutori, deve essere individuata nell'abitudine del reato, il secondo elemento che connota lo stesso è proprio quello della cosiddetta “*effettività dell'evento di danno*”¹¹.

3.3. L'elemento soggettivo.

Così individuate le due peculiarità oggettive inerenti il delitto di atti persecutori, le stesse, come anticipato, devono necessariamente – lo si ribadisce perché utile nel proseguo, tramite un'analisi individualistica – essere affiancate da un'attenta valutazione circa l'elemento soggettivo del reato, il quale si delinea proprio sulle sopra esaminate connotazioni oggettive.

L'art. 612 *bis* c.p., ai fini dell'integrazione del reato, richiede il solo dolo generico, per il quale, dunque, non è prevista una particolare finalità o intenzionalità in capo all'agente.

Lo stesso si sostanzia, dunque, nella volontà di porre in essere più condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitudine del proprio agire; peraltro, secondo ormai unanime giurisprudenza, il delitto in questione non postula, invece, la necessaria preordinazione delle condotte, cosicché le stesse potranno essere, in tutto o in parte, meramente causali e realizzate qualora se ne presenti l'occasione¹².

Per quanto detto nei paragrafi che precedono, ponendo in relazione la suddetta coscienza e volontà con gli eventi che alternativamente o congiuntamente devono prodursi ai fini della sussistenza del delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p., gli stessi dovranno essere rappresentati e voluti dall'agente, specie quelli di natura psicologica; e, dunque, a titolo esemplificativo, con riferimento al fondato timore per l'incolumità propria o di un soggetto terzo, come anticipato, le eventuali condizioni soggettive di particolare vulnerabilità della vittima, qualora incidano sulla valutazione circa la sussistenza dell'evento di pericolo, dovranno necessariamente essere conosciute e considerate dall'agente; nonché ed allo stesso

¹⁰ In tal senso, Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2014, n. 51718.

¹¹ Utilizza tale terminologia la sentenza della Corte di Cassazione in commento.

¹² Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588; nonché, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 27 maggio 2016, n. 48268.

modo, con riferimento all'evento dell'insorgere di un perdurante stato di ansia o di paura, sarà necessaria un'indagine che si incentri sul soggetto passivo e sulla sua specifica personalità; cosicché, con riguardo al profilo della riconoscibilità di stati di particolare vulnerabilità della vittima, dai quali possa conseguire una soglia di stress o ansia maggiore rispetto alla norma, l'evento potrà essere attribuito all'autore solo a seguito di un'attenta analisi e valutazione, la quale dimostri che tale condizione è entrata nella sfera di conoscibilità dello stesso e che, dunque, gli fosse nota – quantomeno in termini di dolo eventuale¹³.

In conclusione, anche riguardo all'elemento soggettivo, la valutazione e l'analisi in ordine alla sussistenza delle peculiarità richieste dalla norma dovrà sostanziarsi in un'indagine avente ad oggetto le condotte e gli eventi prodottisi, posti in stretta correlazione con le "singolarità" della persona offesa.¹⁴

4. L'integrabilità del delitto di atti persecutori nel caso di pluralità di persone offese. La pronuncia della Corte di Cassazione.

Come anticipato in premessa, la recente sentenza emessa e depositata lo scorso gennaio dalla V Sezione, costituisce il punto di arrivo relativamente alla questione dell'integrabilità del delitto di atti persecutori nel caso in cui sussistano una pluralità di persone offese.

La disamina sin ora svolta, come anticipato, si è resa necessaria al fine di poter valutare se tale circostanza possa considerarsi compatibile con gli elementi che l'art. 612 *bis* c.p. individua quali necessari per la sussistenza del reato ed, in particolare, l'abitualità e l'effettività dell'evento, con un attento sguardo, peraltro, al bene giuridico tutelato¹⁵.

Ciò detto, è necessario dar conto di quanto sottolineato dalla Suprema Corte, rispondendo al quesito posto. Nel farlo, quale modalità peraltro utilizzata dalla Corte, sarà indispensabile distinguere la fattispecie di cui all'art. 612 *bis* c.p. da altri reati – anche cosiddetti "satellite" – visto che, in caso di incompatibilità, o altrimenti insussistenza, di uno degli elementi richiesti per il delitto di *stalking*, sono proprio queste che potranno eventualmente trovare applicazione.

4.1. La necessaria distinzione con i "reati satellite". In particolare: il reato di molestie.

Come si è potuto riscontrare nei paragrafi precedenti, la condotta, al fine di rilevare *ex art. 612 bis* c.p., deve sostanziarsi, alternativamente, in minacce ovvero molestie; ove, se del primo si ha una nozione ben precisa fornita dall'art. 610 c.p., maggiori problematiche

¹³ In tal senso e per un'analisi più approfondita, MAINA, *Stalking*, cit. 584; PITTARO, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 659 ss.

¹⁴ Per una valorizzazione della specificità delle singole situazioni personali, si veda, Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2010, n. 17698.

¹⁵ Vedi sopra, par. 3.1. e 3.2.

invece si pongono circa la versione molesta dello *stalking*, a fronte di una totale assenza di definizioni qualificanti e dinnanzi ad una manifestazione fenomenologica decisamente ampia, alla quale si affianca il necessario richiamo – perlomeno intellettuale – alla fattispecie contravvenzionale di cui all’art. 660 c.p.

A tal proposito, utile sottolineare che, la previsione incriminatrice di cui all’art. 612 *bis* c.p. viene introdotta a fronte della difficoltà di sussumere le condotte, che ad oggi lo connotano, in altre fattispecie previste nel nostro ordinamento. Infatti, l’essenza degli atti persecutori – per così dire – “*puri*”¹⁶ è costituita dalla mancanza di violenza esercitata sulla vittima, cosicché, prima della novella¹⁷, salve acrobazie ermeneutiche, risultava spesso impossibile perseguire penalmente le condotte in questione.

La fattispecie alla quale, in tal senso, si ricorreva più frequentemente era quella di cui all’art. 660 c.p., la quale prevede e punisce – individuandolo quale meramente contravvenzionale e, dunque, con un’efficacia deterrente decisamente minore – il reato di molestia o disturbo alle persone, il quale punisce la condotta di chi, “*in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo*”.

Ora, nonostante la giurisprudenza di legittimità fosse riuscita in qualche modo ad espandere l’ambito applicativo della fattispecie in parola¹⁸, vi erano comunque delle peculiarità che connotavano – e connotano tutt’ora – il reato di molestie e che impedivano – ed impediscono – la perseguibilità e punibilità delle condotte sulla base dello stesso.

In *primis*, questione peraltro posta alla base del ricorso che ha dato vita alla pronuncia in esame – quella concernente il bene giuridico tutelato dal reato di cui all’art. 660 c.p., ovvero l’ordine e la tranquillità pubblica, la quale è tutt’altro rispetto alla *ratio* di tutela degli atti persecutori, rinvenibile, invece, nella tutela della singola persona – in tutte le sue manifestazioni, dalla sua libertà morale al suo benessere psicofisico.

La stessa V Sezione si sofferma a sottolineare i singoli elementi che distinguono la fattispecie di molestia o violenza privata (*alius* minaccia) e quella di atti persecutori. In particolare, concentrandosi su l’abitudine, che connota il reato di cui all’art. 612 *bis* c.p., e sulla produzione di un evento di danno o di pericolo, elementi del tutto assenti nella fattispecie contravvenzionale di cui all’art. 660 c.p.

In sostanza, il bene giuridico, l’abitudine e l’effettività dell’evento sono gli elementi che permettono di distinguere le incriminazioni in parola: quella contravvenzionale, caratterizzata da generalità ed indeterminatezza di tali elementi; quella delittuosa, invece, connotata da una “individualizzazione” del bene giuridico che influenza inevitabilmente la verifica

¹⁶ Così, MAINA, *Stalking*, cit., 582.

¹⁷ Il reato di atti persecutori è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”, convertito, con modificazioni, nella L. 23 aprile 2009, n. 38.

¹⁸ In tal senso, *ex multis*, Cass. pen. Sez. I, 26 marzo 2004, n. 28680.

in ordine alla abitualità ed alla produzione dell’evento di danno e/o pericolo in capo alla singola persona.

4.2. La precedente giurisprudenza di legittimità e le conclusioni della Corte: l’esigenza di una verifica individuale dei requisiti dell’abitualità e di produzione dell’evento di danno.

Ciò detto, è proprio dalla distinzione con altre fattispecie minori e “satelitari”, che si percepisce la peculiarità sulla base della quale dirigere la valutazione relativa alla compatibilità della fattispecie di cui all’art. 612 *bis* c.p. con la sussistenza di una pluralità di soggetti passivi.

Se, a prima vista, l’ “individualità” del delitto in questione porterebbe ad escludere a priori tale prospettazione, vi è in realtà un appunto da effettuare e sul quale si incentra l’indagine e la soluzione alla quale perviene la Suprema Corte.

Ed infatti, tale connotazione – che distingue precipuamente il reato in parola da quello di molestie che tutela la pubblica tranquillità – non ha la capacità di escludere il delitto di *stalking* in presenza di una moltitudine di vittime. Ciò che impone, secondo la Corte, è invece una verifica da effettuarsi sul piano individuale, la quale inerisca e si rivolga precipuamente a ciascuna delle posizioni della pluralità dei soggetti passivi; dovendosi diversamente escludere una possibile generalizzazione.

In precedenza, la giurisprudenza di legittimità si era già pronunciata in tal senso, ritenendo che il reato fosse configurabile anche se gli atti persecutori fossero commessi a danno di più soggetti passivi (ad esempio più persone abitanti nello stesso condominio) ed anche quando fossero diretti singolarmente a persone diverse, ma sempre che provocassero uno o più degli eventi descritti nella norma a tutte le altre.¹⁹

In sostanza ed in concreto, al fine di ritenere sussistente l’ipotesi di cui all’art. 612 *bis* c.p., nonostante la pluralità di vittime – componenti peraltro un intero quartiere – il riferimento non può essere a quest’ultimo, ma, diversamente, occorre che vi sia un’individuazione precisa dei soggetti passivi del reato²⁰ ed una verifica delle condizioni di sussistenza del delitto di *stalking* per ciascuno di tali soggetti.

Dunque: a) sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi del reato; b) individuazione dei singoli soggetti passivi del reato; c) verifica della esistenza degli elementi riscontrati non generica, ma, al contrario, individualistica e, dunque, da effettuarsi nei confronti di ciascun soggetto indicato.

Pertanto – conclude la Corte – nonostante non si possa escludere la sussistenza di un qualche effetto indiretto (in tal caso presumibilmente esteso a tutta la popolazione del

¹⁹ In tal senso, per tutti, Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2011, n. 20895, la quale ha in particolare affermato che: “*Integra la condotta tipica del delitto di atti persecutori il compimento di più atti di minaccia o molestia, ciascuno rivolto a diverse persone, non richiedendosi, ai fini della sussistenza del requisito della reiterazione, che gli atti siano diretti verso la stessa persona offesa, quando questi ultimi, arrecando offesa ad una pluralità di vittime di genere femminile abitanti nello stesso edificio, provocano turbamento a tutte le altre*”.

²⁰ In tal senso si era già espressa la giurisprudenza di legittimità. Si veda, per tutti, Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 2017, n. 35588.

quartiere), il delitto di atti persecutori potrà ritenersi integrato con esclusivo riferimento ai soggetti specificamente individuati nel capo di imputazione, visto che, solo per costoro, è possibile verificare la sussistenza dell'abitudine e la produzione dell'evento di danno o di pericolo.

Conseguentemente, per i soggetti non specificamente individuati, stante proprio l'impossibilità di effettuare l'attenta verifica appena menzionata, potrà ritenersi eventualmente integrata la fattispecie contravvenzionale di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p. e che – appunto – tutela un bene giuridico non individuale ma collettivistico, ovvero quello dell'ordine e della tranquillità pubblica.

MARGHERITA PALA

A trent'anni il Codice di procedura penale necessita di una profonda opera di *restyling*

DI ALESSANDRO DIDDI

(AVVOCATO. PROFESSORE DI PROCEDURA PENALE PRESSO L'UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA)

Quest'anno ricorre il trentennale del (nuovo) codice di procedura penale e nonostante per un codice trent'anni non dovrebbero essere molti, gli innumerevoli rimaneggiamenti al quale lo stesso è stato sottoposto nella sua breve vita, fanno avvertire come un'esigenza non più rinviabile il ricorso ad azioni strutturali che, senza tradire lo spirito della riforma, persegua obiettivi precisi.

Il Parlamento che ha ceduto il testimone a quello appena eletto, sul finire della legislatura, è intervenuto con riforme ambiziose ma insoddisfacenti sul piano dei risultati.

L'importante rimaneggiamento delle intercettazioni telefoniche ha determinato una compressione dei diritti di difesa e l'inedito meccanismo di controllo della Procura generale sui tempi di definizione delle indagini, ha sostanzialmente eluso il nodo problematico della gestione delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e deluso le aspettative di chi pensava ad un controllo più efficace sui tempi delle indagini.

Il tempo, come sempre, saprà dire se la riforma Orlando, nei settori in cui è intervenuto, ha saputo perseguire con equilibrio gli obiettivi che si era prefissato oppure, come sembra emergere dai primi commenti, esso si risolverà semplicemente in un ennesimo taglio delle garanzie che alimenta la deriva inquisitoria alla quale sembrano essersi ispirati i *conditores* negli ultimi anni.

Certo è che le grandi riforme, quelle che da anni sono sul tappeto e sulle quali da tanti anni si spende l'avvocatura, sono ben lontano dall'essere affrontate.

L'annosa questione della separazione delle carriere – misura indispensabile per dare finalmente attuazione al principio di parità delle parti – sembra ormai essere caduta nel dimenticatoio. La coesistenza di una molteplicità di modelli di accertamento generatisi, senza un disegno coerente e preciso, per effetto delle stratificazioni normative succedutesi nel tempo, è un tema sul quale, pure, occorre fare una profonda riflessione. Lo spostamento sempre più marcato e vistoso della funzione repressiva dal processo penale al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, assunto ormai a vero meccanismo di controllo sociale delle persone e dei patrimoni, poi, rende davvero non procrastinabile una rimeditazione dell'intero sistema che appare ormai eccessivamente sbilanciato verso procedure ad alto tasso di inquisitorialità senza alcuna soddisfacente attuazione delle garanzie previste dal giusto processo.

Non si può negare, ancora, come, nonostante le riforme degli ultimi anni restino ancora irrisolti due problemi atavici: i tempi dei processi e il sovraffollamento delle carceri.

Sul primo la legge Orlando non ha escogitato alcuna soluzione concreta. L'innalzamento dei termini di prescrizione dei reati, alla quale si è messo mano, oltre a manifestare i propri effetti a scoppio ritardato (le nuove disposizioni, infatti, si applicano a partire dai reati commessi dopo il 3 agosto 2017), non intacca le vere cause del fenomeno.

Anche in tema di libertà personale, nonostante la recente riforma della custodia cautelare promulgata con la manifesta finalità di svuotare le carceri soprattutto dai detenuti in attesa di giudizio, l'intervento del legislatore sembra aver fallito nel suo obiettivo, visto che i livelli di affollamento delle prigioni italiane, nel quasi totale silenzio dei mezzi di informazione, hanno nuovamente raggiunto quelli *ante* riforma.

Di fronte alla sensazione di desolazione e di smarrimento che si trae nel guardare a trent'anni trascorsi e nell'auspicio che il nuovo legislatore sia ispirato da idee più illuminate, alcuni contributi, di chi quotidianamente si confronta sul campo, costituiscono lo stimolo affinché le politiche in tema di Giustizia non si lascino trasportare dal populismo e dal giustizialismo.

La giustizia penale nella nuova legislatura tra garantismo e deriva populista

DI ENNIO AMODIO

(AVVOCATO. PROFESSORE EMERITO DI PROCEDURA PENALE PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO)

Si rischierebbe davvero di cadere nella sindrome delle *palabras al viento* – per dirla alla maniera sudamericana – se si pretendesse di tracciare i contorni della giustizia penale nella nuova legislatura senza un briciolo di sano realismo. Ci sono infatti almeno due imperativi di stampo pragmatico cui occorre prestare ossequio. Il primo impone di *guardare avanti* per capire qual è l'*humus* politico-culturale che alimenta il sentire dei nuovi governanti con cui si dovrà interloquire. Il secondo sollecita a *guardare indietro* per cogliere tutti gli spunti desumibili dalle riforme appena varate, al fine di recuperarne i profili meritevoli di conferma o sviluppo.

È certamente il primo obiettivo a suscitare le maggiori difficoltà. E non solo perché, allo stato, non si può prevedere quali forze politiche prenderanno le redini del nuovo governo. Ancor più problematico è annodare i fili del dialogo con gli esponenti dei partiti che sono usciti vittoriosi dal voto del 4 marzo. Sia la Lega che i 5 Stelle esibiscono infatti un credo riformista in materia penale caratterizzato da una marcata autonomia rispetto ai pur altalenanti orientamenti espressi, dal laboratorio legislativo della Seconda Repubblica.

Basta sfogliare il programma elettorale dei Pentastellati per avvertire un brivido di fronte a scelte decisamente in rotta di collisione con i valori della giustizia penale sanciti dalla nostra Costituzione. È persino improprio e riduttivo parlare di giustizialismo. Non c'è negli orizzonti esibiti dai grillini una ideologia ispiratrice che fa da collante alle diverse proposte. C'è solo il precipitato delle paure e delle reazioni viscerali che si rinnovano nell'animo degli italiani nell'assistere allo spettacolo delle varie forme di criminalità rappresentate dai media.

Probabilmente è proprio sul terreno della questione penale che si manifesta con maggior evidenza la portata degenerativa insita nel populismo. La politica della giustizia penale diventa il luogo in cui si addensano, senza alcun filtro razionale o culturale, le risposte emotive scaturite dalla collettività turbata dal delitto. Così si torna a proporre che il cittadino possa impunemente reagire con la pistola in mano quando percepisce un qualsiasi pericolo nel suo domicilio. Si pensa ad un sistema processuale con «eterni giudicabili» sterilizzando l'operare della prescrizione del reato a partire dall'inizio del processo. Si auspica un ampliamento nell'uso delle intercettazioni, come se non bastasse il dilagare di questa risorsa investigativa nella prassi vigente. Si propone infine di abolire il divieto della *reformatio in peius* nel giudizio di appello che, forse, viene ripudiato

come *favor* di cui l'imputato non è meritevole perché la presunzione della sua innocenza è già stata sconfessata dalla condanna in primo grado.

Rispetto al programma dei 5 Stelle, quello della Lega sembra segnare un ritorno all'inquisitorio. Lo si comprende dalla avversione nei confronti degli sconti di pena garantiti dal giudizio abbreviato. E lo si avverte ancor più dall'orientamento propenso ad elevare la polizia a esclusivo titolare delle indagini, affrancata dalle restrizioni derivanti dalla presenza del pubblico ministero. Altrettanto emblematici sono l'auspicio di un giro di vite in materia di libertà personale dell'indagato e l'ambizione di costruire ulteriori istituti carcerari capaci di ospitare un sempre maggior numero di detenuti.

È dunque evidente che se gli interlocutori saranno proprio quelli i cui programmi sono stati fin qui commentati, non si potrà far altro che ripiegare su un impegno di tipo conservativo. Si dovrà insomma cercare di difendere il sistema vigente per salvarlo dalla bufera oscurantista che mira a travolgerlo.

2. Anche in un quadro politico difficile come quello più sopra tratteggiato, nel differente scenario di un governo di transizione proteso a creare un ponte verso un nuovo confronto elettorale, potrebbe apparire praticabile un approccio del tipo di quello che si è più sopra etichettato con la metafora del *guardare indietro*.

Il pensiero va ovviamente, alla riforma Orlando che, pur esibendo un esito asfittico come quello delle intercettazioni - una materia nella quale il legislatore mostra di aver perso la bussola del giusto processo - ha però saputo muoversi con un apprezzabile equilibrio tra efficienza e garantismo nel settore delle impugnazioni. L'appello e il giudizio di cassazione sono stati rivisitati certo non così in profondità da aver cambiato fisionomia, ma nemmeno in modo così superficiale da far pensar ad una operazione di pura facciata.

È anzitutto la nuova disciplina dell'appello ad offrire un panorama suggestivo, meritevole di essere coltivato con ulteriori interventi nella nuova legislatura. Il primo è definibile in termini di accrescimento dei poteri dell'imputato ed è rispecchiato dalla obbligatoria riassunzione delle prove dichiarative *contra reum* dopo l'assoluzione pronunciata in primo grado (art. 603 c. 3 *bis* c.p.p.), dal ripristino del concordato sui motivi di appello (art. 599 *bis* c.p.p.) e dall'attribuzione al solo imputato del potere di proporre l'appello incidentale (art. 595 c.p.p.). Il secondo invece si risolve in una restrizione dei poteri del pubblico ministero ed è ben esemplificato dalla abolizione della facoltà di proporre appello nell'interesse dell'imputato (art. 568 c. 4 *bis* c.p.p.), dalle limitazioni del diritto di appellare la sentenza di condanna limitatamente ai casi di diversa qualificazione del fatto, negazione di una aggravante ad effetto speciale e applicazione di una pena illegale (art. 593 c. 1 c.p.p.).

L'innovazione più rimarchevole è certo quella che configura la pubblica accusa come controparte dell'imputato la quale, proprio perché lontana dalla fisionomia dell'organo di giustizia, può subire restrizioni nell'esercizio dei suoi poteri nella prospettiva di rendere il suo peso congruamente rapportabile a quello dell'indagato.

Questa feconda apertura può essere ripresa per proporre una migliore redistribuzione dei poteri nelle impugnazioni cautelari. Oggi al pubblico ministero è consentito di proporre appello contro la reiezione della sua richiesta di un provvedimento cautelare e contro l'ordinanza del gip con la quale viene revocata o sostituita una misura (art. 299 e 310 c.p.p.).

Una abolizione del potere di appello si giustificerebbe in questi casi perché l'ordinanza *pro reo* conferma, reintegra o riespande in modo parziale lo *status libertatis* che, anche sul piano costituzionale, deve prevalere sull'interesse dell'inquirente alla applicazione del provvedimento restrittivo. Quando è intervenuto il controllo giurisdizionale con esito favorevole all'indagato e non emergono ulteriori elementi indiziari o esigenze diverse da quelle già scrutinate, non è concepibile un nuovo esame per la *reformatio* del provvedimento *pro libertate*.

Analoga restrizione si dovrebbe, *a fortiori*, introdurre con riguardo al ricorso per cassazione del pubblico ministero contro l'ordinanza del tribunale che, in sede di riesame, revoca o sostituisca la misura applicata dal gip.

Dopo la riforma Orlando, i tempi sono dunque maturi per circoscrivere i rimedi impugnativi della pubblica accusa anche in sede cautelare, tenuto conto che l'inviolabilità sancita dall'art. 13 Cost. in tema di libertà

personale impone di anteporre la tutela dello *status libertatis* all'interesse del pubblico ministero che sia già stato ritenuto in concreto dal giudice immeritevole di protezione.

Per quanto attiene infine al ricorso per cassazione, pur essendo doveroso prendere atto della situazione disastrosa in cui versa la Corte a fronte della enorme massa dei ricorsi che rende a dir poco «tumultuoso» il suo lavoro, occorre dar vita ad un regime di più intensa razionalità nel controllo sulla **[manca testo?]** dei ricorsi.

Nella nuova disciplina il vaglio sulla forma e sui requisiti per il passaggio all'esame del merito del ricorso si articola in un duplice filtro. Al tradizionale scrutinio che dà luogo al procedimento camerale, ora più garantito dall'obbligo di avvisare il ricorrente della causa di inammissibilità che va ora raccordata agli specifici motivi adottati dal ricorrente (art. 610 c. 1 c.p.p.), si giustappone la nuova procedura *de plano* che consente di dichiarare inammissibile i ricorsi; senza contraddittorio, per i vizi di più facile rilevazione (art. 615 c. 5 *bis* c.p.p.).

Appare perciò insostenibile e francamente penalizzante per il ricorrente, nonché poco dignitoso per il prestigio della stessa udienza camerale partecipata e di quella pubblica, che l'inammissibilità possa essere dichiarata in udienza. È bensì vero che si tratta di una specie di invalidità tradizionalmente caratterizzata dalla rilevabilità d'ufficio in ogni stato del procedimento, ma è manifestamente contrario al principio di ragionevolezza che il vizio possa essere dichiarato nonostante sia stato escluso nel controllo preliminare a due livelli, *de plano* o con rito camerale, che ha consentito al ricorso di pervenire all'udienza.

Basterebbe eliminare dal disposto dell'art. 615 c. 2 c.p.p. il riferimento alla «sentenza di ammissibilità». Sarebbe un modo per dare piena credibilità alla selezione fatta in via preliminare con il duplice filtro e, al tempo stesso, per dare dignità al giudizio in esito all'udienza che non può risolversi nella evasione dai motivi di merito per ripescare un vizio ormai escluso da tutto l'imponente apparato selettivo messo in atto in via preliminare.

3. Se il quadro politico conseguente alla formazione del nuovo governo consentisse di poter ragionare in un clima sereno, si potrebbe pensare a mettere in cantiere anche qualche innovazione più impegnativa di quelle fin qui abbozzate nel solco della riforma Orlando.

La materia da privilegiare è quella delle indagini preliminari. La «malattia» del processo penale – come si usava dire negli anni Sessanta – che perdura nonostante la cura dell'accusatorio praticata nel 1989, è ancora quella che investe la fase anteriore al dibattimento. Tutti hanno ben presto compreso che, nella prassi, un pubblico ministero forte, che non trova nel gip un organo capace di esercitare l'istituzionale funzione di contrappeso, finisce per consolidare di fatto il suo predominio assoluto che lo eleva a vero arbitro della fase investigativa.

Gli antidoti da sempre – come insegna l'esperienza di *common law* – sono quelli della autorevolezza e della imparzialità del giudice dibattimentale e del giudice delle indagini preliminari.

Sul modo di quest'ultimo organo – vero punto cruciale per il recupero degli equilibri – varrebbe la pena di riflettere a fondo per vagliare se sia praticabile una riforma ordinamentale che preveda l'assunzione di questa funzione da parte di magistrati con qualificata esperienza maturata nei collegi di tribunale o di corte d'appello. Certo, la separazione delle carriere, obiettivo primario delle Camere penali, potrebbe contribuire a risolvere il problema, ma è ben noto come questa meta sia difficile da raggiungere per l'ostilità che essa trova nella magistratura.

Anche sul piano processuale può giovare abbandonare la riduttiva configurazione del giudice *ad acta*, di regola inerme spettatore dell'operato dell'inquirente, per passare invece a concepirlo come magistrato presente dall'inizio alla fine della fase, punto di riferimento costante per la difesa che dovrebbe poterne sollecitare l'intervento in ogni momento in cui l'azione del pubblico ministero deragli dai binari della legalità.

Un giudice *delle* indagini autorevole e anziano, con uno *status* processuale simile a quello del vecchio giudice istruttore. Senza funzioni investigative, ma con il potere di monitorare le investigazioni in ogni momento, d'ufficio o a richiesta di parte, per vagliare il rispetto dei tempi e del dovere di completezza dell'accertamento, un organo di garanzia con il potere di ordinare alla pubblica accusa di compiere gli atti integrativi in analogia

a quanto previsto dall'art. 421 *bis* c.p.p.: questo il contenuto del nuovo art. 328 c.p.p. che dovrebbe ritagliare la figura del nuovo organo giurisdizionale.

La ricerca di più giusti equilibri nella fase delle indagini deve trovare uno sbocco anche su un diverso piano. L'azione delle Procure trae oggi sostegno e amplificazione nell'opera dei media che alimentano lo spettacolo della colpevolezza dal quale l'opinione pubblica trae spunto per recepire, nel suo immaginario, la fase investigativa come marcia vittoriosa dei pubblici ministeri contro la delinquenza.

È tempo ormai di mettere mano ad una efficace riscrittura delle norme sui rapporti tra media e segreto investigativo. Occorre individuare puntualmente gli atti non pubblicabili fino alla chiusura delle indagini e tra questi inserire l'ordinanza cautelare che nei processi di maggiore risonanza costituisce oggi una vera e propria anticipazione del giudizio di colpevolezza rispetto al dibattimento.

La normativa di tutela della presunzione di innocenza dell'indagato e della autorevolezza della magistratura può essere plasmata sul modello del *contempt of court* inglese, così abilitando le persone offese dalla divulgazione degli atti processuali ad agire mediante una inibitoria che sappia stroncare il persistere della informazione lesiva e consenta di ottenere il ristoro del danno subito dalla circolazione abusiva delle notizie giudiziarie.

Il tema più importante, che richiede una rivisitazione profonda, è però quello della libertà personale dell'imputato. Qui bisogna impegnarsi al massimo per rimuovere lo scandalo del quotidiano aggiramento dei limiti normativi dettati per evitare che la coercizione processuale diventi un congegno rimesso al libero arbitrio degli inquirenti e del gip. Di riforma in riforma, dal 1995 al 2013, sono stati moltiplicati gli aggettivi che definiscono le esigenze cautelari nell'art. 274 c.p.p. («specifiche e inderogabili»; «pericolo concreto ed attuale») senza alcun accrescimento delle garanzie. La retorica praticata nella motivazione dei provvedimenti coercitivi recita il suo formale ossequio ai *verba legis*, continuando però a gestire la restrizione della libertà dell'indagato in base a motivi che non sono palesati e sono comunque difforni da quelli consentiti dalla legge.

Si potrebbe fare un sostanziale passo in avanti prendendo spunto dalla esperienza di *common law*, nella quale la custodia cautelare dell'indagato è di regola assai breve e raggiunge tempi lunghi solo per i reati di elevata gravità. L'obiettivo è quello di enucleare un elenco di delitti per i quali la misura coercitiva è destinata per legge ad avere una durata limitata, non superiore a quindici giorni. In questa nuova disciplina, fermo rimanendo il regime vigente per i reati veramente gravi, il *favor libertatis* e la presunzione di innocenza dovrebbero imporre l'operatività di una caducazione della misura per il solo decorso del termine, in ossequio al principio di proporzionalità.

Sembra appropriato denominare il nuovo istituto *arresto breve*, in qualche modo apparentato sia all'arresto in flagranza e al fermo, sia alla misura cautelare. L'architrave di questo modello è l'eliminazione della discrezionalità del pubblico ministero e del gip, con tutto il suo corredo di pseudocontrolli sulle esigenze ex art. 274 c.p.p., che finisce di fatto per innestare congegni privi di qualsiasi effettività.

Certo, sono intuibili le riserve nei confronti di una proposta che deve essere ancora sottoposta al filtro di una adeguata elaborazione prima di raggiungere lo stadio di una ragionevole concretezza. È ormai tempo però di pensare ad un assetto veramente nuovo in materia di libertà personale per superare l'ormai radicata tendenza a privilegiare sempre l'interesse dell'inquirente che gestisce la coercizione processuale come potente leva per conseguire i massimi risultati nel suo lavoro investigativo. Proprio come se nella Costituzione ci fosse una clausola che subordina l'inviolabilità della libertà personale alle esigenze del pubblico ministero. Un capovolgimento di valori che non può più a lungo essere tollerato.

Le modifiche ai procedimenti speciali e alle misure cautelari personali

DI VALERIO DE GIOIA

(GIUDICE PRESSO LA PRIMA SEZIONE PENALE DEL TRIBUNALE DI ROMA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il c.d. patteggiamento. – 3. *De iure condendo*: maggiore riduzione di pena. – 4. Il giudizio abbreviato. – 4.1. *De iure condendo*: rito abbreviato “concordato” (a forma parzialmente contratta). – 5. Le misure cautelari. – 5.1. *De iure condendo*: ordinanza applicativa della misura cautelare con indicazione di un termine di efficacia.

1. Premessa

Il processo penale può essere migliorato, così da renderlo maggiormente funzionale e conforme ai precetti costituzionali (artt. 13, 24 e 111 Cost.), modificando la disciplina dei principali procedimenti speciali – c.d. patteggiamento e rito abbreviato – e delle misure cautelari personali.

Le deviazioni che nei procedimenti speciali si riscontrano rispetto al modello del procedimento ordinario tendono tutte a semplificare i meccanismi processuali o ad abbreviare la durata del processo mediante forme di definizione anticipata rispetto alle forme del giudizio dibattimentale.

Il rito abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti costituiscono i più importanti procedimenti speciali deflativi del dibattimento (nei quali, cioè, manca sempre la fase dibattimentale) che presentano, oltre al carattere acceleratorio, anche aspetti di premialità: con il consenso dell'imputato non viene celebrata la fase dibattimentale, con evidenti benefici in termini di economia processuale, in cambio di uno sconto finale di pena o di altri benefici collegati alla sola scelta del rito.

2. Il c.d. patteggiamento

Il c.d. “patteggiamento” è un procedimento speciale – con il quale si perviene alla sentenza conclusiva di primo grado senza la previa celebrazione della fase dibattimentale e dell'udienza preliminare – che presuppone che la pena applicata dal giudice venga richiesta e concordata dallo stesso imputato con il pubblico ministero.

Visto il reale effetto deflativo che si consegue con l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il legislatore ha previsto una serie di incentivi alla richiesta:

1) la pena di cui si chiede l'applicazione è quella che le parti ritengono verrebbe inflitta all'esito del dibattimento, ma “diminuita fino a un terzo”, ferma restando la possibilità per il giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 cod. proc. pen.;

2) l'imputato non può essere condannato al pagamento delle spese processuali;

3) la sentenza emessa ex art. 444 cod. proc. pen. non comporta l'applicazione all'imputato delle pene accessorie (salvo quanto si dirà con riguardo al patteggiamento c.d. “allargato”);

4) all'imputato non possono essere applicate misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'art. 240 cod. pen.;

5) la sentenza prevista dall'art. 444 cod. proc. pen. non ha efficacia nei giudizi civili o amministrativi;

6) il reato e ogni effetto penale si estinguono se l'imputato non commette un altro reato della stessa indole entro un determinato termine temporale dal momento in cui la sentenza è divenuta irrevocabile.

3. *De iure condendo*: maggiore riduzione di pena

Lo scarso ricorso a tale forma di procedimento – a differenza di quanto avviene nei Paesi di *Common Law*, in cui il *Plea Bargaining* rappresenta un pilastro fondamentale della giustizia nordamericana, considerato che circa il 90% dei giudizi penali non viene discusso in dibattimento ma si conclude con un accordo tra il *prosecutor* (organo dell'accusa) e il *defendant* (l'accusato) –, suggerisce un intervento legislativo che lo renda maggiormente appetibile rispetto al diretto *competitor* (il rito abbreviato), tramite, ad esempio, una più consistente riduzione di pena (fino alla metà) rispetto all'attuale riduzione di pena fino a un terzo (non si vede la ragione per cui, potendo beneficiare, in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato, di una riduzione di un terzo secco, che diviene della metà se si procede per una contravvenzione, l'imputato debba scegliere un giudizio che, oltre ad una minore riduzione di pena, gli preclude la possibilità di proporre appello).

4. Il giudizio abbreviato

Il giudizio abbreviato costituisce un procedimento “a prova contratta”, alla cui base vi è un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale l'imputato chiede che il procedimento sia definito alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinuncia a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge, invece, nelle forme ordinarie del “dibattimento”.

Come anticipato, in caso di condanna, la pena che il giudice determina, tenendo conto di tutte le circostanze, è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione (novità apportata dalla L. 23 giugno 2017, n. 103) e di un terzo se si procede per un delitto; alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta, mentre alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita dall'ergastolo.

A differenza di quanto accade nel rito speciale della applicazione della pena su richiesta delle parti, nel quale la sanzione finale viene determinata grazie a una diminuzione “*fino a un terzo*”, nel giudizio abbreviato l'attenuazione di pena connessa alla scelta del rito non è discrezionale, bensì prefissata per legge sia nell'*anche* nel *quantum*.

Ebbene, ferma restando la utilizzabilità ai fini di prova degli atti compiuti nelle indagini preliminari ovvero espletati dopo la richiesta di rinvio a giudizio e, ancora, degli elementi assunti nel corso dell'udienza preliminare, l'imputato può subordinare la richiesta di giudizio abbreviato a una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione (art. 438, quinto comma, cod. proc. pen.).

Il giudice, in tal caso, può disporre il giudizio abbreviato se ricorrono due presupposti:

- 1) se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione;
- 2) se essa risulta compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti e utilizzabili.

In tal modo, il legislatore, mediante il meccanismo delle ulteriori acquisizioni probatorie, necessarie per completare una piattaforma investigativa inadeguata, ha inteso superare lo scoglio della impossibilità di addvenire, allo stato degli atti, a una decisione in conseguenza della insufficienza o incompletezza delle indagini preliminari.

4.1. *De iure condendo*: rito abbreviato “concordato” (a forma parzialmente contratta)

Il giudizio abbreviato dovrebbe consentire alle parti di raggiungere un accordo sui singoli atti di indagine da acquisire al fascicolo del giudice – situazione oggi assicurata, senza alcun vantaggio per l'imputato, dal consenso che le parti, talvolta, danno alla loro acquisizione nel corso del giudizio ordinario – calibrando, sempre su accordo delle parti, la riduzione di pena che, da questo “risparmio” di attività processuale, debba ottenere l'imputato in caso di eventuale condanna.

Un rito abbreviato “concordato” eviterebbe i ricorrenti provvedimenti di rigetto di accesso al rito abbreviato condizionato ad attività istruttoria considerata fondamentale nell'ottica difensiva ma incompatibile con le esigenze di economia processuale sottesa al rito.

L'introduzione di un rito a forma “parzialmente contratta” consentirebbe di raggiungere un buon equilibrio tra i valori, parimenti garantiti a livello costituzionale, dall'art. 24 Cost. (diritto di difesa) e l'art. 111 Cost. (ragionevole durata del processo).

5. Le misure cautelari

Il codice di procedura penale consente di adottare provvedimenti interinali e immediatamente esecutivi, di natura sia personale che reale, in grado di far fronte a esigenze contingenti senza dover necessariamente attendere la conclusione dell'*iter* procedimentale.

Le misure cautelari personali comportano la limitazione della libertà personale o della determinazione nei rapporti familiari e sociali; quelle reali, invece, impongono dei vincoli alla libertà di disporre di beni mobili e immobili.

La possibilità di incidere provvisoriamente su libertà fondamentali relative alla persona e al patrimonio, tuttavia, si deve armonizzare con il sistema delle garanzie previste in materia dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali.

Viene al riguardo in considerazione, in primo luogo, l'art. 27, secondo comma, Cost. a tenore del quale l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva: si tratta del principio di non colpevolezza, così come del resto espressamente previsto dall'art. 6, secondo comma, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dall'art. 14, secondo comma, del Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici.

L'art. 13 Cost., inoltre, oltre a stabilire il principio dell'inviolabilità della libertà personale e una fondamentale riserva di legge in materia di termini massimi di custodia cautelare, consente, al secondo comma, la limitazione della libertà personale soltanto nei “casi e modi previsti dalla legge”.

Il codice di rito precisa tali casi e modi all'art. 272 cod. proc. pen. a mente del quale le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni previste dal codice stesso.

5.1. *De iure condendo*: indicazione di un termine di efficacia nell'ordinanza applicativa della misura cautelare

Le ordinanze applicative delle misure cautelari personali dovrebbero indicare sempre (a prescindere dalla esigenza cautelare che mira a contenere) l'indicazione di un termine di efficacia (es.: ... applica la misura cautelare della custodia cautelare in carcere per giorni 40 o fino all'udienza successiva o sino al giorno __/__/__) facendo salva la possibilità per il pubblico ministero di avanzare richiesta di proroga della stessa, a ridosso della scadenza, indicando le ragioni che ne imporrebbero il permanere o la sostituzione con altra meno gravosa, da valutare nel contraddittorio tra le parti.

Tale soluzione scongiura il rischio, tutt'altro che remoto, che il soggetto rimanga sottoposto alla misura coercitiva per la sua durata massima o, addirittura, anche oltre detto termine (in assenza del provvedimento del giudice che la dichiari cessata per decorso del termine massimo) o, all'opposto, di scelte difensive volte a far maturare l'intero periodo di “presofferto” agli arresti domiciliari.

Il processo di prevenzione: quali garanzie individuali?!

DI PIER GERARDO SANTORO
(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

La disciplina normativa in materia di misure di prevenzione è stata condizionata nel suo percorso evolutivo – come già sottolineato da autorevole dottrina (cfr. Fiandaca, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*; Balsamo, voce *Codice Antimafia*, in *Digesto delle discipline penali*, VIII, Torino, 2014) – da provvedimenti emergenziali attraverso i quali, di volta in volta, si è dovuta contemperare, da una parte, l'esigenza di reprimere varie forme di criminalità operante sul territorio nazionale e, dall'altra, il rispetto delle garanzie individuali, sostanziali e procedurali, che devono essere riconosciute al soggetto preposto.

Indubbiamente tale necessità – cioè quella di avvalersi di uno efficace strumento di contrasto all'accumulo illecito di patrimoni da parte della criminalità organizzata garantendo, al contempo, il rispetto dei fondamentali principi costituzionali previsti agli articoli 3, 24 e 111 Cost. – ha prodotto importanti riflessioni su quali equilibri, in concreto, sono stati riscontrarsi sul fronte del garantismo individuale.

Tenuto conto che la dottrina in origine – con riferimento alle indubbe differenze tra il procedimento di prevenzione e quello penale – aveva sottolineato che mentre nell'applicazione della pena «*i presupposti sono dati dall'accertamento del fatto-reato, dalla sua attribuibilità al soggetto, dal nesso psichico tra il soggetto e il fatto, dalla personalità del soggetto come strumento di valutazione dell'azione criminale*» diversamente «*alorché si tratta di applicare una misura di prevenzione (...) i fatti da accertare sono i sintomi di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può non essere, se non in via di discutibili presunzioni, proprio del Legislatore*» (cfr. Nuvolone, in voce *Misure di Prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1976, pp. 633 ss.).

Ebbene senza voler ripercorrere in questa sede l'evoluzione dell'analisi dottrinale e giurisprudenziale sul tema della natura delle misure di prevenzione, si osserva come anche la Corte costituzionale sia stata chiamata, più volte, a dirimere dubbi di legittimità costituzionale in riferimento alla citata specificità che caratterizza il giudizio di prevenzione e quindi sulla conformità al dettato costituzionale di alcune limitazioni procedurali imposte alle parti del procedimento.

In particolare la Corte costituzionale è stata interrogata sulla legittimità di alcune limitazioni dei diritti procedurali del preposto, diversamente non previste nel processo penale, come ad esempio la disciplina prevista dagli articoli 10, comma 3 e 27, comma 2, del Dlgs nr. 159 del 2011, in relazione agli articoli 3 e 24 Cost., che stabilisce come avverso il provvedimento che applica la misura della confisca all'esito del procedimento di prevenzione possa essere dedotto il solo vizio di legge e non anche quelli ulteriori che vengono elencati all'art. 606 c.p.p., tra i quali il vizio di motivazione. Tuttavia, sul punto, richiamando il proprio orientamento (cfr. Corte Cost., sentenza nr 21/2012 e ordinanza nr 216/2012), la stessa Corte ha ribadito la legittimità del “processo” di prevenzione invocando quelle “presunte” «*profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra l'accertamento penale e di prevenzione: il primo ricollegato ad un determinato fatto reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell'esercizio dell'azione penale; il secondo riferito ad una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato*» (cfr. Corte Cost.

15 aprile 2015, sentenza nr. 106, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, con la quale è stata dichiarata la conformità costituzionale degli articoli 10, comma 3 e 27, comma 2, del Dlgs nr. 159 del 2011).

Orientamento che, appunto, trova il proprio fondamento nel presupposto che il procedimento di prevenzione non possa essere equiparato al processo penale, bensì è un complesso di disposizioni che presentano una «una divaricazione rispetto al modello di legalità penale disegnato dalla Costituzione [...], in sintesi, una assunzione dell'emergenza come giustificazione politica della rottura delle "regole del gioco" che nello Stato di diritto disciplinano la funzione penale» (cfr., Balsamo, voce Codice Antimafia, in Digesto delle discipline penali, VIII, Torino, 2014, pp. 41 ss.).

Ne consegue che il tema della collocazione delle misure di prevenzione nell'ordinamento giuridico interno risulta particolarmente complesso, oggetto di un controverso dibattito nel diritto penale contemporaneo e destinatario di particolare attenzione anche da parte degli organi giurisdizionali sovranazionali che, in un primo momento, avevano negato che il processo di prevenzione si "caratterizzasse" per una particolare restrizione delle garanzie individuali riconosciute al soggetto preposto (Cfr. C.e.d.u., sentenza 1 marzo - 6 aprile 2000, Labita c. Italia, che ha ritenuto la non contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo la misura di prevenzione patrimoniale della confisca, non potendo operare l'equiparazione tra confisca di prevenzione e pena e tra procedimento penale e procedimento di prevenzione) e solo in alcuni casi isolati era stata ravvisata una patologia della disciplina delle misure di prevenzione italiana con quella europea (cfr. C.e.d.u., sentenza 13 novembre 2007, Boccellari e Rizza c. Italia e sentenza 8 luglio 2008, Pierre ed altri c. Italia, nelle quali era stato riconosciuto il contrasto con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia delle libertà fondamentali delle procedure in materia di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali; in particolare era stato osservato che «le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello»).

Fatto tale breve excursus bisogna domandarsi entro quali limiti, oggi, l'invocata "specialità" del processo di prevenzione possa ancora derogare a garanzie individuali riconosciute dall'ordinamento giudiziario ed in particolare alla natura dialettica dell'esercizio del potere di giurisdizione che caratterizza il confronto tra le parti (e quindi il preposto) e il giudice; tenendo sempre a mente che l'art. 111 della Costituzione "impone" che il processo penale sia regolato dal contraddittorio nella formazione della prova e tale diritto costituzionale (il contraddittorio) deve essere garantito nel modo più ampio possibile anche nell'esercizio del potere giurisdizionale nelle sezioni specializzate dei Tribunali competenti sulla materia di cui si tratta.

Ed ancora chiedersi, sempre in termini problematici, quali sono le criticità che hanno portato in rilievo un ritenuto deficit da contraddittorio lì dove la difesa non è stata posta nella condizione di potersi esprimere compiutamente (anche attraverso lo svolgimento di indagini difensive) prima che sia stata assunta la decisione?

Ebbene nel procedimento di prevenzione non pare sia attribuito al principio del contraddittorio quel rispetto costituzionale che gli è dovuto, soprattutto quando, in un tempo non troppo lontano (cfr. Corte Cassazione, Sez. VI, 7 giugno 2012, Umetto, in Mass. Uff. n.253116), è stato riconosciuto al giudice il potere di disporre l'aggravamento della misura di prevenzione in virtù di un autonomo potere di qualificazione giuridica della domanda che gli è proprio ogni volta in cui è chiamato a deliberare; facoltà che secondo la citata sentenza non integrerebbe di per sé la violazione del principio del contraddittorio, ben avendo potuto il preposto rappresentarsi tale evenienza.

In sostanza, in nome della sopravvivenza della specialità e tipicità del processo di prevenzione e quindi delle ritenute limitazioni alle garanzie individuali nella fase procedurale, la giurisprudenza ha invocato un principio generale che caratterizza, esclusivamente, la valutazione del giudice del processo penale e che non dovrebbe (considerate le differenze) essere trasmigrato analogicamente nel settore specifico del procedimento di prevenzione: regolato da fasi processuali che si caratterizzano per diverse forme e modalità dell'eserci-

zio del diritto di difesa e nel quale il giudice, come sopra sottolineato, non è chiamato a “sopportare”, anche emotivamente, il peso della sanzione penale.

In realtà solo nel caso in cui sia garantita la corretta applicazione del principio del contraddittorio su tutti gli elementi di fatto che hanno indotto il giudice (*ex officio*) ha riqualificare diversamente la domanda di applicazione della misura, sarà possibile ritenere che non vi sia alcuna compromissione dei diritti difensivi: le parti processuali devono essere messe nella condizione di poter avviare qualsiasi attività difensiva e svolgere ogni possibile deduzione su questioni già dedotte o deducibili dal contenuto della richiesta di applicazione della misura di prevenzione presentata al giudice (cfr. Corte Cass. Sez. I, 14.03.2014. Mancuso). Anche se con riferimento alle prove dichiarative l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha ribadito che non è necessaria la loro assunzione in contraddittorio tra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre (cfr. Cass., Sez. 6, Sentenza n. 40552 del 19/07/2017 Cc. (dep. 06/09/2017) Rv. 271055, fattispecie in cui la misura di prevenzione patrimoniale era stata adottata anche sulla base di sommarie informazioni, oltre che su prove dichiarative assunte nel corso del parallelo giudizio penale).

Altrettanto problematico, sempre nell'ambito del processo di prevenzione, risulta il richiamo al precetto normativo dell'art. 521 comma 1, c.p.p. che appunto riconosce al giudice, in sede di decisione, di rideterminare il fatto contestato in una diversa fattispecie rispetto a quella per la quale il soggetto era incriminato; potere di riqualificazione che se chiaramente nel processo penale rappresenta quell'autonomia essenziale del potere giurisdizionale che non viola il diritto di difesa dell'imputato purché il fatto – rispetto al quale è stato garantito il contraddittorio – è conosciuto dallo stesso, nel processo di prevenzione potrà ritenersi una scelta discrezionale legittima solo nel caso in cui sia stato garantito a tutte le parti il contraddittorio sulla totalità degli elementi fattuali che hanno consentito una valutazione complessiva del vissuto del soggetto e quindi, per quanto rileva in questa sede, l'inquadramento del preposto in una categoria normativa di pericolosità sociale diversa da quella originariamente prospettata nella domanda.

È quindi essenziale l'effettività del contraddittorio affinché possa ritenersi legittimo il provvedimento di applicazione della misura di prevenzione personale allorquando la proposta iniziale sia fondata su un presupposto (pericolosità qualificata: appartenenza ad associazioni di tipo mafioso) diverso da quello sulla base del quale la misura è stata effettivamente emessa (pericolosità generica); ovvero risulti avvenuta una riqualificazione da parte del giudice di fatti che non erano stati espressamente ricompresi nella proposta di applicazione (cfr. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 43446 del 15/06/2017 Cc. (dep. 21/09/2017) Rv. 271220, nella quale è stato affermato che, nel procedimento di prevenzione, l'autorità giudiziaria può operare una diversa qualificazione giuridica della pericolosità del proposto, trattandosi di un potere generale che spetta ad ogni giudice precedente che, se esercitato previa interlocuzione delle parti sulle questioni dedotte o deducibili collegate alla proposta, non comporta alcuna violazione del contraddittorio).

Elementi di fatto rispetto ai quali, dunque, solo attraverso l'integrale contraddittorio delle parti, il giudice potrà accertare se la pericolosità qualificata avrà investito l'intero percorso esistenziale del preposto o se sarà individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato; pericolosità sociale intesa non solo come presupposto ineludibile delle confisca di prevenzione ma, anche, come misura temporale del suo ambito di applicazione (cfr. Sezioni Unite, 26.6.2014, Spinelli).

Il giudice corporativo

SOMMARIO: 1. Il peso delle correnti nella magistratura e gli effetti nella serenità di giudizio dei magistrati. – 2. L'organo di autogoverno della magistratura: il CSM, com'è e come avrebbe dovuto essere. – 3. Il CSM, organo politico. – 4. Le appartenenze politiche come "merito".

1. Il peso delle correnti nella magistratura e gli effetti nella serenità di giudizio dei magistrati.

I giudici – che per Costituzione sono (o dovrebbero essere) liberi ed indipendenti – rispondono solo alla legge. Ed è l'applicazione della legge che dovrebbe allora assicurare tale garanzia.

Com'è noto, però, le norme lasciano ampio spazio al giudice, nell'applicazione della legge, il quale, attraverso l'interpretazione gode di ampia discrezionalità. È, allora, in questo ambito di discrezionalità che la serenità di giudizio del magistrato può subire influenze esterne, anche indirette, ovvero originate dal sistema, che possono condizionare le decisioni.

Il giudice si muove entro un perimetro nel quale necessariamente interagisce con l'intero organo giudiziario, e con gli indirizzi (anche politici) presenti all'interno dello stesso. La magistratura italiana, difatti, è sì organo autonomo dal potere politico, ma al suo interno ne riflette la composizione attraverso le "correnti": Magistratura Indipendente (destra), Unità per la Costituzione (centro), Magistratura Democratica e Movimento per la Giustizia, oggi riunite in Area (sinistra), sono, difatti, correnti che esercitano, all'interno della magistratura, funzioni di indirizzo politico, e riflettono le posizioni delle principali forze politiche presenti nel Paese. Costituita da poco, è una ulteriore corrente, Autonomia e indipendenza, ritenuta in posizione più radicale.

Tali correnti concorrono all'elezione dei membri dell'organo di autogoverno della magistratura, il Consiglio Superiore, controllando di fatto la carriera dei singoli magistrati, poiché, come si vedrà, è il Consiglio a decidere, fra gli altri, anche in ordine alle promozioni ed ai provvedimenti disciplinari.

Le correnti hanno una lunga storia.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1948), la magistratura si trovò ad essere un organo indipendente sia dal Re (l'Italia era divenuta una Repubblica), che dal potere del Fascismo cui aveva dovuto sottostare durante il Ventennio.

I giudici cominciarono (o meglio, tornarono) ad interrogarsi sul compito di "pronunciare giustizia". Fu così che nacque l'Associazione Nazionale Magistrati (ANM), ricollegandosi alla tradizione dell'Associazione Generale dei Magistrati, sciolta dal regime fascista nel 1924.

La comparsa delle correnti avvenne in questo contesto, negli anni '60, quando, all'interno dell'ANM, all'alta magistratura (per lo più giudici di Cassazione) si contrappose la bassa magistratura (giudici di merito, riuniti sotto la corrente denominata "Terzo Potere"), la quale rivendicava pari dignità tra tutte le funzioni giudiziarie, e dunque rifiutava l'idea di subalternità rispetto alle Magistrature Superiori.

L'ascesa della bassa magistratura, numericamente preponderante, che nel 1959 riuscì a conquistare gli organi di vertice dell'ANM, provocò la fuoriuscita dell'alta magistratura dall'Associazione e la nascita dell'Unione Magistrati Italiani. La separazione dei magistrati in due diverse associazioni (1961) rientrerà solo nel

1979, quando i giudici delle Magistrature Superiori, numericamente inferiori, a seguito della modifica della legge elettorale, non riuscirono ad eleggere neppure un componente del Consiglio Superiore.

La fuoriuscita dell'alta magistratura rafforzò l'Associazione Nazionale Magistrati e contribuì allo sviluppo del dibattito interno fra orientamenti progressisti e conservatori. Nacquero così: Magistratura Indipendente (1962) di orientamento conservatore e tradizionalista, e Magistratura Democratica (1964) di indirizzo progressista. La prima, in particolare, restò a lungo la forza maggioritaria all'interno dell'ANM, fino a quando nel 1981 fu sorpassata da Unità per la Costituzione (Unicost), formatasi nel 1980, a seguito della scissione interna a Magistratura Democratica, e dall'unione fra l'ala più moderata di quest'ultima (Impegno Costituzionale) e la parte residua di "Terzo Potere", ossia quella parte della bassa magistratura che, negli anni '60, non aveva aderito alle altre correnti.

Una ulteriore corrente nacque nel 1990, dalla fuoriuscita dell'ala sinistra da Unicost. Si tratta del Movimento per la Giustizia che dal 2003 risulta federato con l'altra corrente di sinistra, Magistratura Democratica, in un unico cartello denominato, come si diceva, Area.

L'ANM, dunque, è attualmente divisa in quattro correnti: una di orientamento conservatore, di destra, ossia Magistratura Indipendente; una più moderata, di centro, Unicost; ed una più progressista, di sinistra, formata da Magistratura Democratica e Movimento per la Giustizia, appunto, Area; una, infine, più radicale, Autonomia e indipendenza, il cui *leader*, Piercamillo Davigo, uno dei magistrati di mani pulite, è attualmente il Presidente dell'ANM.

Tali correnti concorrono, come si diceva, all'elezione degli organi direttivi dell'ANM¹ e, cosa ancor più importante, controllano l'elezione dei componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM).

Storicamente è Magistratura Democratica che assume una indubbia colorazione politica collegandosi con le forze politiche, prima con il PCI, e da ultimo con il PD, che è, com'è noto, l'attuale partito di governo. Dopo l'uscita dei moderati, che hanno costituito Impegno Costituzionale, nel 1969, nel pieno della conflittualità sociale, i programmi di MD mettono sempre di più l'accento sul ruolo politico del giudice. Obiettivo primario dell'azione della corrente diviene il suo collegamento con forze sociali e politiche esterne alla magistratura, per condurre assieme a queste la "*lotta per la trasformazione sociale del Paese*". Si sviluppa così il c.d. collaterale².

Per le altre correnti i rapporti con i partiti sono meno evidenti, e non vengono dichiarati: tuttavia esistono, come dimostra la provenienza dei magistrati eletti in Parlamento da questo o da quel gruppo politico.

In questo contesto, per il magistrato sottoposto al giudizio di un CSM la cui composizione risponde a logiche politiche può porsi un problema nell'esercizio delle sue funzioni, poiché il suo operato verrà giudicato non da un organismo effettivamente indipendente, bensì da un Consiglio "politizzato".

¹ Il Comitato Direttivo Centrale, organo di vertice dell'ANM, è composto da 36 membri: 12 eletti tra le fila di Unità per la Costituzione; 12 eletti da Area; 11 Eletti da Magistratura Indipendente; 1 eletto da Proposta B, un movimento nato di recente e che si pone in contrapposizione alle altre correnti, denunciando la politica di spartizione delle poltrone del CSM operata dalle correnti tradizionali.

² C. GUARNERI, *Giustizia e politica*. I nodi della Seconda Repubblica, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 111)

2. L'organo di autogoverno della magistratura: il CSM, com'è e come avrebbe dovuto essere.

L'art. 104 della Costituzione italiana afferma: “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”. Per preservare autonomia ed indipendenza della magistratura, il legislatore costituente scelse di sottrarre al Ministero della Giustizia, ed a qualsiasi altro organo estraneo alla magistratura, tutti i poteri inerenti alla carriera dei magistrati (ai trasferimenti, alle promozioni, alle sanzioni disciplinari), il cui esercizio, di fatto, avrebbe potuto influire sulla loro autonomia di giudizio³.

Tali poteri furono invece attribuiti al Consiglio Superiore, spesso definito quale organo di “autogoverno” della magistratura. Non si tratta, però, di un autogoverno integrale, poiché al suo interno – com'è noto – non vi sono unicamente componenti eletti dai giudici. Il CSM è, in verità, un organo a composizione mista. Ne fanno parte, di diritto, il Primo Presidente ed il Procuratore generale della Corte di cassazione, e il Presidente della Repubblica da cui il Consiglio è presieduto; il resto dei componenti è eletto per 2/3 dagli stessi magistrati, tenuto conto delle funzioni giurisdizionali esercitate, e per 1/3 dal Parlamento in seduta comune, come dispone l'art. 104 Cost. Tale composizione mista fu scelta dal legislatore costituente con la finalità di contemperare il principio di indipendenza della magistratura con l'esigenza di evitare che la stessa diventasse una corporazione totalmente separata dal resto dei poteri rappresentativi. Sennonché, la presenza di membri scelti dai partiti fa sì che questi ultimi si schierino abitualmente con gli appartenenti alle correnti a cui i partiti di provenienza sono più vicini. È così che si formano maggioranze e minoranze, con evidenti coloriture partitiche, a cui i singoli giudici difficilmente saranno indifferenti nella loro attività giudiziaria, posto che da quelle correnti dipendono incarichi, carriera e sanzioni disciplinari.

La struttura ed il funzionamento del CSM sono regolati, oltre che dalla Costituzione, dalla legge 24 marzo 1958, n. 195 che ne fissa, anzitutto, il numero dei componenti: sedici eletti dai magistrati ordinari e otto dal Parlamento, oltre ai membri di diritto di cui si è detto; ed, allo stesso tempo, regola le modalità di selezione. L'elezione dei componenti togati avviene sulla base delle candidature presentate, e tenuto conto delle funzioni giudiziarie svolte dai singoli magistrati (due giudici di Cassazione, quattro Pubblici Ministri, dieci giudici di merito). Per candidarsi occorre presentare anche una lista di magistrati presentatori, secondo quanto disposto dall'art. 25 della l. 24 marzo 1958, n.195, analogamente a quanto avviene per le elezioni degli organi rappresentativi, nelle quali è appunto prevista la presentazione di liste a sostegno delle candidature da parte dei vari partiti. Dunque, il processo di selezione delle candidature non avviene sulla base di requisiti di professionalità, bensì sulla base della “rappresentatività” dei candidati. Il problema dell'indipendenza e della serenità di giudizio del magistrato si pone allora quando tale rappresentatività si collega all'appartenenza ad una corrente, la quale è a sua volta ispirata e collegata ad una ideologia politica, e ad un'area politica.

Nel disegno del legislatore, lo strumento delle liste doveva servire per selezionare i singoli candidati che già in partenza potevano contare su un discreto seguito da parte dei colleghi. Nella realtà, però, le liste sono invece presentate dalle stesse correnti che si comportano come vere e proprie coalizioni politiche. A fare la selezione dei candidati sono, dunque, le correnti, nelle quali la magistratura è divisa al proprio interno⁴, sono queste a contendersi e spartirsi i membri del CSM.

³ M. D'AMICO, *Compendio di Diritto Costituzionale*, a cura di V. Onida - M. Pedrazza Gorlero, III ed., Milano, 360.

⁴ I. PROIETTI, *Risiko delle poltrone al Csm, esplose lo scontro tra correnti: imperversa l'ostruzionismo, plenum paralizzato*, in *Ilfattoquotidiano.it*, 2016. (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/10/08/risiko-delle-poltrone-al-csm-esplose-lo-scontro-tra-correnti-imperversa->

3. Il CSM, organo politico.

Il tracciato parallelismo fra politica e magistratura, nella selezione dei componenti dell'organo di autogoverno, ha suscitato nel tempo non poche preoccupazioni. Conseguentemente a ciò, non sono mancate iniziative e proposte, anche recenti, di modifica della disciplina in vigore, allo scopo di eliminare il peso delle correnti nella scelta dei membri del CSM e, dunque, di restituirgli l'autorevolezza e l'indipendenza necessaria allo svolgimento della funzione di autogoverno della magistratura⁵. Ma quella descritta è la situazione attuale, che è stata ben sintetizzata da Bruno Tinti, già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino, uno dei fondatori del *Fatto Quotidiano*, giornale di riferimento della magistratura più radicale, che ha scritto: "Le elezioni sono gestite dalle correnti. Sono le correnti che decidono chi deve andare a far parte dei Consigli giudiziari e del CSM; sono le correnti che compongono la lista dei giudici che dovranno essere eletti in questi organismi; sono le correnti che fanno propaganda per questo o per quell'altro e che, in pratica, garantiscono che nessuno, ma proprio nessuno (se non un altro aderente a un'altra corrente) possa fargli concorrenza"⁶.

Se, da un lato, il processo di selezione degli eletti, da e fra i magistrati, è in mano alle dinamiche politiche delle correnti, dall'altro, l'elezione dei membri di nomina parlamentare è in mano alle dinamiche politiche dei partiti. L'art. 22 della l. 24 marzo 1958, n.195 prevede che l'elezione avvenga con la maggioranza qualificata dei tre quinti dell'assemblea, per il primo e per il secondo scrutinio, ovvero con i tre quinti dei votanti, a partire dal terzo scrutinio. La legge prevede che i componenti siano scelti tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e tra avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale, dunque individua dei requisiti di professionalità. Tuttavia, questo non impedisce ai parlamentari di effettuare delle valutazioni di natura politica nella scelta dei candidati da eleggere, occorrendo peraltro raggiungere degli accordi politici che garantiscano la maggioranza parlamentare richiesta per la nomina⁷.

Dunque, 2/3 dei membri del CSM vengono spartiti fra le correnti "politicizzate", 1/3 fra i partiti politici in Parlamento. E ciò, nonostante il disegno costituzionale avesse previsto questa composizione per garantire l'indipendenza della magistratura dal potere politico.

Anche la Presidenza del CSM è di derivazione politica: l'art. 104, comma 2, Cost. dispone che a presiederlo sia il Presidente della Repubblica, organo teoricamente *super partes*, ma comunque eletto dalle Camere, a norma dell'art. 83 Cost., e dunque individuato dalla maggioranza parlamentare. L'attuale Presidente, Sergio Mattarella, è stato a lungo in Parlamento, ed ha ricoperto incarichi ministeriali in governi di centro-sinistra.

lostruzionismo-plenum-paralizzato/2107157/#disqus_thread);

Csm, vincono Area e M.I. Eletti 2 togati sponsorizzati da Ferri, in *Repubblica.it*, 2016. (http://www.repubblica.it/politica/2014/07/10/news/csm_vincono_area_e_magistratura_indipendente_eletti_i_due_togati_sponsorizzati_da_ferri-91220523/).

⁵ G. BIANCONI, *Csm senza correnti (e con più donne). L'elezione dei togati a doppio turno.*, in *Corriere.it*, 2016. (http://www.corriere.it/politica/16_marzo_21/csm-senza-correnti-piu-donne-l-elezione-togati-doppio-turno-riforma-a1f2ecd6-eeed-11e5-a851-4eb96ea5fe45.shtml#)

⁶ B. TINTI, *Le toghe rotte. La giustizia raccontata da chi la fa*, Milano, 2007, 170.

⁷ *Elezioni Consulta e Csm, immotivate preclusioni candidati*, in *Italiaoggi.it*, 2016. (http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201409171359141359&chkAgenzie=TMFI&titolo=ElezioniConsultraeCsm,immotivatepreclusionicandidati);

Zaccaria al Csm è il primo risultato politico del M5S, che ora punta alla legge elettorale, in *Europaquotidiano.it*, 2016. (<http://www.europaquotidiano.it/2014/11/06/zaccaria-al-csm-e-il-primo-risultato-politico-del-m5s-che-ora-punta-alla-legge-elettorale/>);

Consulta e Csm, eletti Sciarra e Zaccaria con voti Pd e M5s. Non ce la fa Bariatti, in *Fattoquotidiano.it*, 2016. (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2014/11/06/consulta-csm-eletti-sciarra-zaccaria-voti-pd-m5s-non-ce-fa-bariatti/1195323/>);

Eletti tutti i laici, giovedì si insedia il nuovo CSM, in *Rainews.it*, 2016 (<http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/Eletti-tutti-i-laici-giovedi-si-insedia-nuovo-Csm-075e6a99-6a1c-45a3-aa44-f3695603af60.html>);

Prima di diventare giudice costituzionale e poi Presidente della Repubblica, Mattarella era un deputato del Partito Democratico, il partito dell'attuale Presidente del Consiglio, Matteo Renzi. Per cui è legato alla stessa area politica di cui è espressione l'attuale governo.

Anche il vicepresidente è di derivazione politica: l'art. 104, comma 5, Cost. dispone difatti che il Consiglio elegga un vicepresidente fra i componenti designati dal Parlamento. Si tratta, dunque, di un membro di nomina politica. Oltretutto, la figura del vicepresidente è cruciale per il funzionamento del Consiglio, poiché a questi è affidato il compito di presiedere il Comitato di presidenza, che promuove e dà attuazione alle deliberazioni del Consiglio, e la Sezione disciplinare, competente in materia di provvedimenti disciplinari a carico dei magistrati, a norma degli artt. 2 e 4 della l. 24 marzo 1958, n.195. Per cui, il Consiglio è effettivamente a trazione politica. L'attuale Vicepresidente è di area PD, Giovanni Legnini.

4. Le appartenenze politiche come "merito".

Il Consiglio Superiore è, dunque, un organo misto, composto, in parte, da membri di nomina politica, fra i quali viene scelto il vicepresidente, e presieduto dal Presidente della Repubblica, anch'esso nominato dalle Camere, ed in parte da magistrati eletti sulla base delle correnti politiche presenti all'interno della magistratura stessa. È noto, infatti, che dal 1972 le correnti interne all'ANM eleggono la totalità dei membri togati del CSM. E, difatti, ad oggi, esistono due sole eccezioni, avvenute una nel 1976 e una nel 1986.

Se per essere eletti è necessario appartenere ad una delle correnti, ne consegue che per ottenere una promozione bisogna avere il favore delle correnti, e se si viene sottoposti ad un procedimento disciplinare è bene essere visti di buon occhio dalle medesime correnti. Per cui, non può escludersi che, in alcuni casi, la funzione e la serenità di giudizio del magistrato siano influenzate da tali elementi che incidono così profondamente sulla sua carriera.

Oggi, per la parte di nomina che compete ai magistrati, il CSM risulta così composto: 7 esponenti di Area (corrente di sinistra); 5 esponenti di Unicost (corrente di centro); 4 esponenti di Magistratura Indipendente (corrente di destra).

Anche i membri laici di nomina parlamentare risultano polarizzati in maniera analoga: 3 sono di sinistra: Giovanni Legnini – eletto vicepresidente – e Giuseppe Fanfani (del *Partito Democratico*, il partito di maggioranza relativa in parlamento che esprime anche il Presidente del Consiglio, Matteo Renzi), nonché Paola Balducci (proposta da *Sinistra Ecologia e Libertà*, un movimento di sinistra radicale); 2 di centro: Renato Balduzzi (di *Scelta Civica*, il movimento fondato dall'ex Presidente del Consiglio, Mario Monti) e Antonio Leone (di *Nuovo Centro Destra*, il movimento politico dell'attuale Ministro dell'interno, Angelino Alfano, che fa parte della maggioranza parlamentare che sostiene il governo in carica); 2 di destra: Maria Elisabetta Alberti Casellati e Pierantonio Zanettin (di *Forza Italia*, il partito dell'ex presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi); 1 indipendente: Alessio Zaccaria (proposto dal *Movimento 5 Stelle*, il giovane movimento politico fondato dal comico genovese Beppe Grillo, nato in forte contrapposizione ai partiti tradizionali).

Il CSM, dunque, immaginato per preservare l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri dello Stato, risulta invece caratterizzarsi in maniera affatto diversa, poiché risulta politicizzato nella sua composizione, nella sua attività e, da ultimo, nelle sue deliberazioni. Ernesto Galli della Loggia, nell'articolo già citato, dà un quadro preciso della politicizzazione del CSM: "Quale separazione può mai esserci tra la giustizia e la politica quando l'associazione che riunisce i magistrati è divisa al proprio interno in varie correnti, ognuna con un esplicito orientamento politico che ricalca la classica distinzione Destra/Centro/Sinistra? Quando tali correnti si affrontano a scadenza fissa in competizioni elettorali su rigide basi proporzionalistiche per designare i membri del Csm? Quando sempre all'interno del Csm la loro attività più qualificante è — analogamente a

quanto potrebbe fare un qualunque partito — quella di procacciare ai propri affiliati-elettori di rango questo o quel posto ritenuto utile o importante?”.

Tale condizione non depone a favore della serenità di giudizio dei magistrati, specie se chiamati a decidere su questioni o casi che abbiano dei riflessi politici, ovvero che riguardino interessi economici tali da interessare il panorama politico cui le correnti, e gli stessi membri laici del CSM, fanno riferimento.

GAETANO PECORELLA