

# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da Adolfo Scalfati*

**1-2024**

*Comitato di direzione:*

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Teresa Bene, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni

**Il ruolo del giudice nella stagione della celerità processuale**  
*The mission of the judge and the world of values in modern society*

**La soluzione della Corte costituzionale a tutela del diritto al silenzio**  
*The Constitutional Court's solution to protect the right to silence*

**Diritto dei figli minori ad abbracciare  
durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit.**  
*The right of minor children to hug their parents or grandparents 41-bis detainees*

**Le prerogative parlamentari nell'era della virtual communication**  
*Parliamentary prerogatives in the era of virtual communication*

**Il ne bis in idem transnazionale in cerca d'identità**  
*The transnational ne bis in idem questing its identity*

**Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e i suoi presupposti**  
*The preventive seizure for confiscation and its requirements*



**G. Giappichelli Editore – Torino**



# PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

*Diretta da* Adolfo Scalfati

1-2024

*Comitato di direzione:*

Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, Teresa Bene, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni



G. Giappichelli Editore – Torino

Processo Penale e Giustizia  
Registrazione presso il Tribunale di Roma n. 456/2010 del 6 dicembre 2010  
Iscrizione al R.O.C. n. 25223  
ISSN 2039-4527  
[www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it)

© Copyright – G. GIAPPICHELLI EDITORE – 10124 TORINO  
VIA PO, 21 – TEL. 011-81.53.111  
<http://www.giappichelli.it>

Pubblicato on-line nel mese di gennaio 2024  
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

#### COMITATO DI DIREZIONE

*Ennio Amodio*, professore emerito di procedura penale, Università di Milano Statale  
*Lorena Bachmaier Winter*, professore ordinario di Diritto processuale, Università Complutense di Madrid  
*Teresa Bene*, professore ordinario di procedura penale, Università di Napoli Federico II  
*Mar Jimeno Bulnes*, professore ordinario di diritto processuale, Università di Burgos  
*Giuseppe Di Chiara*, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo  
*Paolo Ferrua*, professore di procedura penale, Università di Torino  
*Giulio Garuti*, professore ordinario di procedura penale, Università di Modena e Reggio Emilia  
*Luigi Kalb*, professore ordinario di procedura penale, Università di Salerno  
*Sergio Lorusso*, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia  
*Cristina Mauro*, professore ordinario di Scienze criminali, Università di Poitiers  
*Mariano Menna*, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli  
*Gustavo Pansini*, professore emerito di procedura penale, Università di Urbino Carlo Bo  
*Francesco Peroni*, professore ordinario di procedura penale, Università di Trieste  
† *Giorgio Santacroce*, primo presidente la Corte di cassazione  
*Stephen C. Thaman*, professore emerito di diritto processuale penale comparato, Università di Saint Louis  
*Nicola Triggiani*, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro  
*Daniela Vigoni*, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

#### NUCLEO DI COORDINAMENTO

*Elena Andolina*, professore associato di procedura penale, Università Magna Grecia di Catanzaro (*De jure condendo*)  
*Marilena Colamussi*, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro (*Rassegna bibliografica*)  
*Paola Corvi*, professore associato di procedura penale, Università Cattolica di Piacenza (*Decisioni in contrasto*)  
*Benedetta Galgani*, professore associato di procedura penale, Università di Pisa (*Novità sovranazionali*)  
*Rosa Maria Geraci*, professore associato di procedura penale, Università di Roma, Tor Vergata (*Corte costituzionale*)  
*Mitja Gialuz*, professore ordinario di procedura penale, Università di Genova (*Corte di Giustizia europea*)  
*Vania Maffeo*, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Federico II (*Novità sovranazionali*)  
*Mariangela Montagna*, professore associato di procedura penale, Università di Perugia (*Corte di cassazione - Sezioni Unite*)  
*Carla Pansini*, professore ordinario di procedura penale, Università di Napoli Parthenope (*Novità legislative interne*)  
*Alessandra Sanna*, professore associato di procedura penale, Università di Firenze (*Rassegna bibliografica*)  
*Cristiana Valentini*, professore ordinario di procedura penale, Università degli Studi G. d'Annunzio, Chieti-Pescara (*Corte europea dei diritti dell'uomo*)

#### RESPONSABILI DELLA REDAZIONE

*Giuseppe Biscardi*  
*Orietta Bruno*  
*Laura Capraro*  
*Ada Famiglietti*  
*Paolo Troisi*

#### REDAZIONE

*Teresa Alesci*, ricercatore di procedura penale, Università della Campania L. Vanvitelli – *Gastone Andrezza*, magistrato – *Fulvio Baldi*, magistrato – *Antonio Balsamo*, magistrato – *Giuseppe Biscardi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Orietta Bruno*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Lucio Camaldo*, professore associato di diritto processuale penale, Università di

Milano Statale – *Sonia Campailla*, ricercatore di diritto dell’Unione europea, Università di Roma Tor Vergata – *Laura Capraro*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Assunta Cocomello*, magistrato – *Antonio Corbo*, magistrato – *Gaetano De Amicis*, magistrato – *Eleonora Dei Cas*, assegnista di ricerca, Università di Modena e Reggio Emilia – *Jacopo Della Torre*, ricercatore di procedura penale, Università di Genova – *Francesca Delvecchio*, ricercatore di procedura penale, Università di Bari – *Federica De Simone*, ricercatrice di diritto penale, Università della Campania “Luigi Vanvitelli” – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rita Lopez*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paola Maggio*, professore associato di procedura penale, Università di Palermo – *Mena Minafra*, ricercatore di procedura penale, Università della Campania L. Vanvitelli – *Antonio Pagliano*, ricercatore di procedura penale, Seconda Università di Napoli – *Giorgio Piziali*, magistrato – *Antonino Pulvirenti*, professore associato di procedura penale, Università LUMSA di Palermo – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Raffaele Tecce*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paolo Troisi*, professore associato di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Pasquale Ventura*, docente a contratto, Università di Torino – *Mauro Violante*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

#### PEER REVIEW

La “revisione dei pari” garantisce il livello qualitativo dei contenuti della Rivista.

La valutazione viene compiuta tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e Nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata a rotazione da due professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori, i quali esprimono un giudizio sulla meritevolezza o meno della pubblicazione dei contributi. Nell’ipotesi di valutazioni contrastanti tra i revisori, detto giudizio è rimesso al Direttore della Rivista.

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

I contenuti editi nella Sezione denominata “Scenari” non sono soggetti a revisione.

#### PEER REVIEWERS

*Enrico Mario Ambrosetti*, professore ordinario di diritto penale, Università di Padova  
*Rossano Adorno*, professore ordinario di procedura penale, Università del Salento  
*Giuseppe Bellantoni*, professore f.r. di procedura penale, Università Magna Grecia di Catanzaro  
*Hervé Belluta*, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia  
*Alessandro Bernasconi*, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia  
*Fabio Cassibba*, professore ordinario di procedura penale, Università di Parma  
*Piermaria Corso*, professore f.r. di procedura penale, Università di Milano Statale  
*Agostino De Caro*, professore ordinario di procedura penale, Università del Molise  
*Mariavaleria del Tufo*, professore f.r. di diritto penale, Università di Napoli SOB  
*Filippo Dinacci*, professore ordinario di procedura penale, Università LUISS di Roma  
*Marzia Ferraioli*, professore f.r. di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata  
*Carlo Fiorio*, professore ordinario di procedura penale, Università di Perugia  
*Novella Galantini*, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale  
*Clelia Iasevoli*, professore ordinario di procedura penale, Università Federico II di Napoli  
*Barbara Lavarini*, professore ordinario di procedura penale, Università di Torino  
*Oliviero Mazza*, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Bicocca  
*Paolo Moscarini*, professore f.r. di procedura penale, Università di Roma LUISS  
*Lucia Parlato*, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo  
*Angelo Pennisi*, professore f.r. procedura penale, Università di Catania  
*Tommaso Rafaraci*, professore ordinario di procedura penale, Università di Catania  
*Antonio Scaglione*, professore f.r. di procedura penale, Università di Palermo  
*Andrea Scella*, professore ordinario di procedura penale, Università di Udine  
*Gianluca Varraso*, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Cattolica

Email per la corrispondenza: [actis@giappichelli.it](mailto:actis@giappichelli.it)

Email dell’Editore: [editoriale@giappichelli.it](mailto:editoriale@giappichelli.it)

# Sommario

pag.

## Editoriale | *Editorial*

MARIA ELENA CATALANO

**Il ruolo del giudice nella stagione della celerità processuale / *The mission of the judge and the world of values in modern society***

1

## Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ADA FAMIGLIETTI)	9
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (NICOLÒ DI PACO)	12
<i>De jure condendo</i> (MARILENA COLAMUSSI)	16
Corte europea dei diritti dell'uomo / <i>European Court of Human Rights</i> (FRANCESCO TRAPPELLA)	21
Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i> (ELISA GRISONICH, VERONICA TONDI)	26
Corte costituzionale / <i>Constitutional Court</i> (CHIARA ROSA BLEFARI)	31
Sezioni unite (LORENZO PELLI)	33
Decisioni in contrasto / <i>Contrasting decisions</i> (GIADA BOCELLARI)	40
Rassegna bibliografica / <i>Bibliographic review</i> (ERICA SANGIOVANNI, VIOLETTE SIRELLO)	43

## Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

**La Corte costituzionale riconosce il diritto al silenzio sulle qualità personali dell'imputato**

Corte costituzionale, sent. 5 giugno 2023, n. 111; Pres. Sciarra – Rel. Viganò 49

Mentire sui propri precedenti penali equivale a difendersi? La soluzione della Corte costituzionale a tutela del diritto al silenzio / *Does lying about one's criminal record amount to defending oneself? The Constitutional Court's solution to protect the right to silence* (NATALIA ROMBI)

61

**Esteso il rigoroso criterio dell'autosufficienza all'ordinanza di rinvio pregiudiziale**

Corte di cassazione, sez. II, 3 luglio 2023, n. 28561; Pres. Rosi – Rel. Ariolli 73

La Cassazione aggiunge un altro tassello al suo disegno didascalico sul rinvio pregiudiziale / *The Supreme Court of Cassation adds another piece to its didactic design on interlocutory referral* (ROBERTA RIZZUTO)

76

**Sul diritto dei figli ultradodicesenni al contatto con il genitore al 41-bis ord. penit.**

Corte costituzionale, sent. 26 maggio 2023, n. 105; Pres. Sciarra – Rel. Zanon 90

La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto dei figli minori ad abbracciare durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit. / *The Constitutional Court rules on the right of minor children to hug their parents or grandparents 41-bis detainees* (PAOLA MAGGIO)

101

**Perquisizione e sequestro di corrispondenza telematica nei confronti dei membri del Parlamento**

Corte costituzionale, sent. 27 luglio 2023, n. 170; Pres. Sciarra – Rel. Modugno 122

pag.

Le prerogative parlamentari (e non solo) nell'era della *virtual communication* / *Parliamentary prerogatives (and not only) in the era of virtual communication* (AGNESE DEL GIUDICE)

141

### **Giudizio immediato e competenza del g.i.p. nel procedimento monocratico**

Corte di cassazione, sez. I, 24 luglio 2023, n. 31927; Pres. Santalucia – Rel. Mele

159

Anche nel procedimento monocratico a citazione diretta spetta al giudice per le indagini preliminari la competenza a decidere sulla richiesta di giudizio immediato / *The judge for preliminary investigations has the power to decide on the request for immediate trial even in sole judge proceedings with direct summons* (NICOLA TRIGGIANI)

162

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

**Processo penale e testimonianza tributaria / *Criminal trial and taxation testimony*** (GIUSEPPE BISCARDI)

171

**Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e i suoi presupposti: un terreno accidentato bisognoso di manutenzione dalle sezioni unite e ristrutturazione dal legislatore / *The preventive seizure for confiscation and its requirements: an uneven land in need of maintenance by the United Sections of the Court of Cassation and restructuration by the legislator*** (ANGELO ZAPPULLA)

184

## **Analisi e prospettive | *Analysis and Perspective***

**Il *ne bis in idem* transnazionale, un diritto in cerca d'identità / *The transnational ne bis in idem, a right questing its identity*** (VIOLETTE SIRELLO)

202

**Soluzione nomofilattico-interpretativa e poteri del Giudice dell'esecuzione in caso di imprevedibilità ed inaccessibilità della legge / *Nomophylactic-interpretational solution and powers of the Judge of the execution in case of unpredictable and inaccessibility of the law*** (PASQUALE RAUCCI)

215

**Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni / *The evolutionary lines of the joint investigation teams regulation*** (VALENTINA VASTA)

226

## **Indici | *Index***

Autori / Authors

239

Provvedimenti / Measures

240

Materie / Topics

241



ELENA MARIA CATALANO

*Professoressa associata confermata di Diritto processuale penale – Università dell’Insubria*

## Il ruolo del giudice nella stagione della celerità processuale

### *The mission of the judge and the world of values in modern society*

---

Una riflessione sul ruolo del giudice al tempo del processo efficiente impone all’interprete di confrontarsi sia con la tendenza del legislatore a sagomare in senso restrittivo *in malam partem* gli ambiti della discrezionalità del giudice sia con la antitetica tendenza alla valorizzazione degli aspetti emotivi del giudizio. L’eredità morale del giudice Livatino può fornire un insegnamento quanto mai prezioso nel periodo attuale in cui la fisionomia stessa del giudizio è messa in crisi da opposte correnti di pensiero e l’affermarsi di una sorta di idea cibernetica di giustizia penale rischia di produrre ripercussioni sul ruolo del giudice

*The legacy from Rosario Livatino stands in the learning that justice should come out not only from the words of the law, but mainly from the very depth of the heart. Notwithstanding the strong appeal that arises from the cybernetic culture in modern society, the mission of the judge should be the one of opening the arms and hearing the voices of all those who stand at trial to seek lawful remedies.*

---

#### UN DILEMMA A TRE CORNI: IL RUOLO DEL GIUDICE NELL’ERA DELL’INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DELLA RIVALUTAZIONE DELLA COMPONENTE EMOTIVA DEL GIUDIZIO

Il dibattito attuale sul processo penale restituisce l’immagine di una cultura processuale profondamente divisa e incerta che si sofferma ora sulla idoneità delle scelte di politica legislativa rispetto all’obiettivo di celerità e semplificazione del processo, ora sulle ricadute di una logica efficientista rispetto ai principi informatori del sistema.

Al di là della condivisibilità o meno delle singole scelte tecniche, l’obiettivo pur meritorio di una riduzione dei tempi processuali in linea con le indicazioni europee presenta il rischio di coinvolgere una sorta di concezione cibernetica della attività legislativa, intesa come risposta immediata ai bisogni di giustizia e di sicurezza del popolo, a fronte dei quali non solo arretrano i principi della coerenza interna del sistema e addirittura della compatibilità con i principi fondamentali, ma si perde la stessa consapevolezza della necessità di un modello processuale che sia espressione di un sistema di valori. Si coglie l’eco di questa concezione, in filigrana, nello scolorimento, percepibile soprattutto nei giudizi di appello e di cassazione, di quel principio di oralità che rappresenta un grande incompreso del modello accusatorio.

L’affermarsi dell’idea cibernetica di giustizia penale presenta il rischio ulteriore di produrre ripercussioni sul ruolo del giudice e di favorire la china della “giurisprudenza difensiva”, appiattita sul conformismo, sulla soluzione più ovvia, sui precedenti giurisprudenziali consolidati<sup>1</sup>. Già Virgilio Andrioli nel 1948 dalle pagine della *Rivista di diritto processuale* metteva in guardia dal rischio che il consolidamento delle massime potesse sortire l’effetto di esonerare il magistrato dal compimento di delicate operazioni mentali e potesse rendere “meccanica l’attività di sussunzione del fatto al diritto”<sup>2</sup>. Per altro

---

<sup>1</sup> V. gli spunti presenti in V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019.

<sup>2</sup> V. Andrioli, *Massime consolidate della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 256.

verso si assiste a una sorta di ciclico ritorno, auspicato o realizzato, degli automatismi legislativi *in malam partem*, quali le presunzioni in materia di legittima difesa e di custodia cautelare o le pene accessorie fisse. Affiora una sorta di demonizzazione della discrezionalità del giudice portata avanti dalla corrente populista che cavalca l'onda emotiva della deriva vittimocentrica del processo penale.

Altrettanto pericolosa appare l'esaltazione della celerità processuale come valore misurabile "i cui record segnano la storia del progresso", secondo la memorabile definizione di Italo Calvino che ha brillantemente tessuto una apologia della rapidità come qualità indissolubile dall'altrettanto preziosa qualità di un lavoro paziente e meticoloso, in termini di impegno e di tempo<sup>3</sup>.

Come antidoto rispetto alle derive di una concezione massimalistica della celerità processuale si impone quindi una rivalutazione del lavoro paziente e meticoloso del giudice, il cui stesso ruolo è messo in crisi da opposte correnti di pensiero.

Del resto non sono sfuggite alle prime riflessioni sulla riforma Cartabia maturate in seno alla cultura giurisdizionale le potenzialità insite nella valorizzazione del ruolo del giudice ai fini di un miglioramento del sistema processuale nel suo complesso<sup>4</sup>. Così l'attribuzione al presidente di poteri di calendarizzazione del processo può essere meglio raccordata alla riscoperta di un uso autorevole della giurisdizione piuttosto che al recupero di un dirigismo illuminato. Analogamente, la introduzione di un onere delle parti di illustrare le richieste di prova assume la funzione essenziale di consentire al giudice l'effettivo esercizio di quel potere di sindacare l'ammissibilità delle prove che da sempre gli compete.

La attività di calendarizzazione, ovvero di preventiva indicazione delle udienze, non si risolve quindi in un mero adempimento burocratico, né assume solo una funzione esortativa, ma rappresenta uno sprone per il giudice e le parti affinché facciano buon governo e uso responsabile delle proprie prerogative, in un clima di leale collaborazione<sup>5</sup>. In altre parole, la nuova norma possiede un afflato etico che va al di là delle intenzioni di recuperare celerità processuale.

Allo stesso modo, l'introduzione di un controllo giurisdizionale sulla tempestività delle iscrizioni delle notizie di reato è stata concepita in un'ottica di razionalizzazione dei tempi e dell'ingranaggio processuale piuttosto che in chiave di una parziale ridefinizione dei rapporti tra giudice e pubblico ministero<sup>6</sup>. Eppure i nuovi istituti schiudono ben più promettenti orizzonti di indagine. Infatti, il potere di retrodatazione della *notitia criminis* conferito al giudice per le indagini preliminari può essere colto nella sua pienezza proprio in relazione all'esigenza di un rafforzamento delle funzioni di controllo e di garanzia che un uso autorevole della giurisdizione può esplicare in una fase –quella delle indagini preliminari– che vede come *dominus* il pubblico ministero.

Sullo sfondo si delineano complesse ma ineludibili questioni relative alla opportunità di approdare a un ridimensionamento del gigantismo della pubblica accusa e di introdurre una reale separazione delle carriere tra la magistratura requirente e quella giudicante.

In questo contesto chiaroscurale, un insegnamento quanto mai prezioso per il periodo attuale si ricava dalla eredità morale del giudice Livatino, quale emerge dalle testimonianze di chi lo ha conosciuto, dai suoi scritti e soprattutto dalla sua opera, la quale riassume in tratti essenziali e scolpisce con decisione i lineamenti fondamentali della figura del giudice.

Il senso di umanità, in una con la consapevolezza della grande responsabilità che il ruolo di giudice comporta, sono aspetti che hanno caratterizzato con mirabile coerenza l'attività e le idee del giudice Rosario Livatino, il quale rivendicava per il giudice "l'immagine di persona seria, di persona equilibrata, di persona responsabile, pure; potrebbe aggiungersi, di persona comprensiva e umana, capace di con-

<sup>3</sup>I. Calvino, *Rapidità*, in *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio* (1993), Milano, Mondadori, 2022, p. 55.

<sup>4</sup>I. Mannucci Pacini, *Il giudice del dibattimento nel tribunale in composizione collegiale*, in *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, vol. II, *Riassetto della penality, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, a cura di E.M. Catalano-R.E. Kostoris-R. Orlandi, Torino, Giappichelli, 2023, p. 403.

<sup>5</sup>Cfr. I. Mannucci Pacini, *Il giudice del dibattimento nel tribunale in composizione collegiale*, cit., p. 401. V. in materia anche E.M. Mancuso, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Padova, Cedam, 2023, p. 815.

<sup>6</sup>V. in materia, con riferimento alle previsioni degli artt. 335-ter e 335-quater c.p.p., C. Fanuele, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in questa *Rivista*, 2022, p. 33. V. anche F. Cassibba-E.M. Mancuso, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, Padova, Cedam, 2023, p. 613.

dannare, ma anche di capire”<sup>7</sup>. La lezione di umanità di Livatino salva l’interprete dal dilemma di decidere se sia più sconcertante lo scenario distopico delle *justice machines* o quello dissacrante del giudice emotivo, ovvero del giudice che è ciò che ha mangiato a colazione, secondo la definizione di Jerome Frank.

A ben vedere il dilemma è un trilemma: il terzo corno del dilemma è rappresentato dal ritorno, auspicato o già realizzato, degli automatismi legislativi, quali le presunzioni in materia di legittima difesa e di custodia cautelare o le pene accessorie fisse. In questo ambito si inserisce l’auspicio se non dell’avvento di un giudice macchina, almeno del ritorno a un giudice “bocca della legge”, nel segno di un meccanicismo grottesco che appare irrealistico prima che anacronistico o futuristico, al pari delle *justice machines*<sup>8</sup>.

La fantascienza è già realtà negli Stati Uniti in cui la Corte Suprema del Wisconsin, il 13 luglio 2016, nel caso Loomis, ha ammesso l’impiego dell’algoritmo *Compas* (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), che, attraverso la rielaborazione di una serie di dati concernenti, tra l’altro, almeno indirettamente, le condizioni socioeconomiche dell’imputato, determina il rischio di commissione di ulteriori reati. La Corte Suprema del Wisconsin, nel consentire l’impiego dei risultati dell’applicazione del software, ha posto in luce l’esigenza di circoscrivere il valore probatorio del risultato, reputato solo uno dei diversi fattori da tenere in considerazione ai fini della decisione sulla quantificazione della pena<sup>9</sup>. Anche se la Corte Suprema ha sottolineato l’importanza del potere discrezionale del giudice di ignorare i risultati dell’algoritmo e ha cercato di circondare l’impiego della c.d. giustizia predittiva di una serie di cautele, il segnale che deriva da questi orientamenti è inquietante. Analogamente, il “principio di garanzia dell’intervento umano” previsto dalla *Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e negli ambiti connessi* rappresenta una ben inquietante garanzia<sup>10</sup>. Nel momento in cui si avverte il bisogno di statuire la necessità dell’intervento umano nella valutazione dei risultati dell’algoritmo, significa che il sistema processuale è già a rischio di deriva e che il dilemma a tre corni tra giudice macchina, giudice emotivo e giudice-bocca della legge voluto dalle tendenze populiste ha prodotto quanto meno una situazione di impasse.

Dietro il terzo corno del trilemma si annida un fraintendimento ancora più pericoloso: “la propensione a sospingere l’imputato e il condannato nel ghetto dei nemici, ben manifesta nell’orizzonte penale populista nel nuovo regime della legittima difesa che nega la dignità di essere umano a chi viola la libertà domiciliare, disconosce quella dimensione fraterna dei diritti umani che ormai da più di due secoli costituisce uno dei pilastri della nostra civiltà giuridica”<sup>11</sup>.

Questa posizione si pone agli antipodi quell’“amore per la persona giudicata” professato da Rosario Livatino che sosteneva che “il rendere giustizia è realizzazione di sé, è preghiera, è dedizione di sé a Dio. Un rapporto indiretto per il tramite dell’amore verso la persona giudicata”<sup>12</sup>. La spiritualità di Livatino può essere reinterpreta in chiave laica come lezione di umanità. Al riguardo, l’idea populista

<sup>7</sup> *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, Conferenza tenuta da Rosario Livatino il 7 aprile 1984 presso il Rotary Club di Canicatti, riportata in A. Sarto, *Rosario Livatino. Servire la giustizia*, Milano, San Paolo Edizioni, 2018, p. 78. V. anche N. Dalla Chiesa, *Il giudice ragazzino*, Torino, Einaudi, 1992.

<sup>8</sup> J. Carpentier, *Justice Machines* (1954), trad. it. a cura di G. Vitiello, Macerata, Liberilibri, 2015.

<sup>9</sup> Wisconsin S.C., *State v. Loomis*, 881, N.W. 2d 749 (2016). V. K. Freeman, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 18, 2016, p. 75. V. anche la vicenda legata al malfunzionamento del software Horizon, che ha dato luogo a un clamoroso errore giudiziario e alla revisione di numerose condanne a seguito della decisione della High Court inglese. V. S. Quattrocolo, *L’ammissione della prova alla luce della rivoluzione digitale*, in *Corderiana*, a cura di E. M. Catalano-P. Ferrua, Torino, Giappichelli, 2023, p. 172, n. 33.

<sup>10</sup> La Carta etica è stata adottata, il 3 dicembre 2018, dalla Commissione europea per l’efficienza della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d’Europa. V. C. Costanzi, *La matematica del processo: oltre le colonne d’Ercole della giustizia penale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4; G. Ubertis, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in *Sistema penale*, 16 ottobre 2023; ID, *Intelligenza artificiale, processo penale, controllo umano significativo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 4, p. 82. V. anche S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un’urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Legislaz. pen.*, 18 dicembre 2018, pp. 1-12.

<sup>11</sup> E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019, p. 134.

<sup>12</sup> R. Livatino, *Fede e diritto*, Conferenza nel salone delle suore vocazioniste di Canicatti, 30 aprile 1986, riportata in A. Sarto, *Rosario Livatino. Servire la giustizia*, Milano, San Paolo Edizioni, 2018, p. 63.

che vede nella discrezionalità del giudice un pericolo presenta rischi ulteriori rispetto alla deformazione del ruolo del giudice. Emerge una profonda indifferenza verso i principi costituzionali e verso la stessa coerenza del sistema. Il rischio di favorire l'indifferenza del burocrate nell'operato del giudice era stato colto con grande lucidità dal giudice Livatino nel momento in cui si profilava all'orizzonte la disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati. Il giovane giudice, nel sottolineare come non vi fosse atto indolore del giudice penale né del pubblico ministero, aveva puntato il dito contro soluzioni che punissero l'azione e favorissero l'inazione e l'indifferenza. Nell'evidenziare i rischi della pigrizia morale del giudice, Rosario Livatino ha messo in luce per contrasto la delicatezza della funzione giurisdizionale e il carattere irrealistico della pretesa di azzerare la discrezionalità del giudice<sup>13</sup>.

Ciò che può costituire un pericolo per i magistrati "non è la corruzione... il vero pericolo è il lento esaurimento interno delle coscienze...una pigrizia morale che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere"<sup>14</sup>. La pigrizia morale porta alla sclerosi della umana sensibilità e alla indifferenza del burocrate.

La pretesa di riduzione del giudizio a una serie di operazioni logiche ripetibili e controllabili di deduzione da premesse generali è tipica dei più triti sistemi inquisitori e viene ad esprimere la disumanità della Allegoria della Giustizia preparata da Klimt per decorare il soffitto dell'Aula Magna dell'Università di Vienna, Allegoria in cui la Giustizia era rappresentata dalla forza cieca delle Erinni e dall'immagine di una piovra mostruosa che incombeva crudelmente sul condannato.

La lucida analisi di Livatino, che evidenzia la responsabilità del decidere, consente di inquadrare nella giusta luce anche quella rivalutazione della componente emotiva nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali che caratterizza gli orientamenti della psicologia giudiziaria contemporanea e che permea il ritratto del giudice emotivo<sup>15</sup>.

Rivalutazione della componente emotiva del giudizio non significa accettazione della imprevedibilità o della irrazionalità del giudizio. L'emozione fa incorrere il giudice nella fallacia delle euristiche, ma gli consente di vedere gli strati più profondi del fatto<sup>16</sup>. Sotto un diverso profilo, appare prezioso l'apporto degli studi di psicologia che consentono l'approfondimento delle aporie del ragionamento giudiziale, con particolare riferimento proprio alle euristiche, ovvero a quegli schemi decisionali semplificati che assolvono a una funzione di economia di pensiero, ma che contribuiscono alla diffusione di errori sistematici di valutazione (*biases*)<sup>17</sup>.

#### EXPRIT DE GÉOMÉTRIE E EXPRIT DE FINESSE NELLA PENETRAZIONE DEL MISTERO DEL GIUDIZIO

Rivalutare la componente emotiva del giudizio significa prendere atto che il giudice deve essere in grado di penetrare e di comprendere le vicende e i moventi storicamente ricostruiti nel processo e che la virtù richiesta per questa comprensione è la *metis* degli antichi greci, la quale, in contrapposizione a *nous*, raffigura l'intelligenza intuitiva che può assumere molteplici forme: il colpo d'occhio del navigante, l'abilità diagnostica del medico o l'intuizione chiaroveggente del politico<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Livatino individua con il bisturi un possibile effetto perverso della responsabilità civile dei magistrati: "quello di indurre il giudice al più rigido conformismo interpretativo: per cautelarsi contro il pericolo di seccature, è più semplice prevedere che il giudice si guarderebbe bene dal tentare vie interpretative inesplorate e percorrerebbe sempre la strada maestra fornita dalla giurisprudenza maggioritaria della Cassazione... Questo è l'effetto perverso fondamentale che può annidarsi nella proposta di responsabilizzare civilmente il giudice: essa punisce l'azione e premia l'inazione, l'inerzia, l'indifferenza professionale" (R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, cit., p. 81).

<sup>14</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1959, p. 269.

<sup>15</sup> V. A. Forza-G. Menegon-R. Rumati, *Il giudice emotivo*, Bologna, Il Mulino, 2017, con prefazione di E. Amodio e postfazione di F.M. Iacoviello.

<sup>16</sup> F.M. Iacoviello, postfazione a A. Forza-G. Menegon-R. Rumati, *Il giudice emotivo*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 218.

<sup>17</sup> V. D. Kahnemann-P. Slovic-A. Tversky, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, nonché R. Rumati-N. Bonini, *Psicologia della decisione*, Bologna, Il Mulino, 2001. Con riferimento al processo civile v. C. Bona, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 176 ss.

<sup>18</sup> J.P. Detienne-M. Vernant, *Les ruses de l'intelligence. La mètis des Grecs* (1974), trad. it. di A. Giardina, *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

Quella misteriosa e chiaroveggente virtù di intuizione umana, che si chiama “senso della giustizia”, ha poco a che vedere con la tecnica del diritto e con la fredda cerebralità, anche se non autorizza una totale adesione alla teoria romantica di una *intime conviction* sganciata da ogni legame con il materiale probatorio<sup>19</sup>. Al riguardo, la logica, la matematica e ora l’informatica somministrano all’interprete modelli di analisi del ragionamento giuridico sempre più sofisticati. Al tempo stesso, emerge una tendenza uguale e opposta a una forte rivalutazione dell’*esprit de finesse*, ovvero della ragione prudenziale piuttosto che della ragione scientifica.

Come è noto, il nostro ordinamento ha recepito il canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio che evoca proprio esigenze di umanizzazione nella amministrazione della giustizia<sup>20</sup>. L’idea di ragionevolezza include tutti gli attributi della morale e tutti gli attributi della ragione. L’ingenuità semantica della formula dell’oltre ogni ragionevole dubbio approda così ad una rivalutazione della grandezza morale del ruolo del giudice. In questa prospettiva, “nel giudice non conta l’intelligenza, la quale basta che sia normale, per poter arrivare a capire, come incarnazione dell’uomo medio, *quod omnes intellegunt*: conta soprattutto la superiorità morale”<sup>21</sup>. Della dimensione etica del giudizio era ben consapevole il giudice Livatino che ravvisava nella fede una “istanza vivificatrice della attività laica di applicazione di norme”<sup>22</sup>. *Sub tutela Dei* è l’iscrizione che appariva sulle agende di Livatino e financo sulla sua tesi di laurea<sup>23</sup>.

Ancora una volta gli insegnamenti di Livatino che invocava la protezione divina sull’esercizio della funzionale giurisdizionale possono essere reinterpretati in chiave laica. Le parole del giudice Livatino, agli antipodi rispetto alla idea del giudice *bouche de la loi* e alla visione meccanicistica della motivazione, scolpiscono la responsabilità della funzione che i giudici si assumono. Al tempo stesso si delinea il nocciolo del dovere del giudice, dovere in cui già Goldschmidt individuava con precisione la situazione giuridica soggettiva configurabile in capo al giudice, il quale è tenuto, anche verso i consociati, a un corretto esercizio del *munus iudicandi*<sup>24</sup>. E il puntuale adempimento di questo dovere richiede tempestività, ma richiede anche il tempo necessario a “lasciare che i pensieri si sedimentino, maturino, si distacchino da ogni impazienza”<sup>25</sup>. Per altro verso, la prospettiva di Rosario Livatino apre scorci prospettici sulla necessità di tempra morale del giudice, il quale ha bisogno “di una forza di carattere di cui l’avvocato può anche mancare... deve avere il coraggio di esercitare la funzione del giudicare, che è quasi divina, nonostante che senta dentro di sé tutte le debolezze dell’uomo... deve essere tanto sicuro del suo dovere, da dimenticare... l’ammonimento eterno che gli viene dalla Montagna: non giudicare”<sup>26</sup>.

Uno spirito quasi sacrale deve caratterizzare il ritiro in camera di consiglio che ha la “solennità di un congedo” per il giudice che entra in camera di consiglio “come il monaco nella sua cella...Può esserci solo una parete a dividere la sala d’udienza dalla camera di consiglio; ma nel fare il passo per varcare quella soglia il giudice è come se entrasse in un altro mondo... piccolo e povero sotto il peso della sua responsabilità”<sup>27</sup>.

Il compito di decidere implica, etimologicamente, la necessità di “tagliare”, di eliminare altre soluzioni, operazione di per sé estremamente delicata, specie se comporta una decisione sulla limitazione

<sup>19</sup> V. P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1959, p. 175.

<sup>20</sup> V. F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51; D. Carponi Schittar, *Al di là del ragionevole dubbio e oltre. Un tentativo di chiarezza sui principi*, Milano, Giuffrè, 2008; E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, Giuffrè, 2016; G. Dalia, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Padova, Cedam, 2018.

<sup>21</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV ed., Firenze, Ponte alle Grazie, 1959, p. 55.

<sup>22</sup> R. Livatino, *Fede e diritto*, Conferenza nel salone delle suore vocazioniste di Canicatti, 30 aprile 1986, riportata in A. Sarto, *Rosario Livatino. Servire la giustizia*, cit., p. 63.

<sup>23</sup> V. *Sub tutela dei. Il giudice Rosario Livatino*, a cura di G. Facciolo, Castel Bolognese, Itaca, 2022.

<sup>24</sup> J. Goldschmidt, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale. Prima parte* (1925), traduzione di M. Marinelli, Torino, Giappichelli, 2019, p. 108.

<sup>25</sup> I. Calvino, *Rapidità*, in *Lezioni americane* (1993), Milano, Mondadori, 2022, p. 55.

<sup>26</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1959, p. 49.

<sup>27</sup> F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, p. 232.

della altrui libertà personale: “decidere è scegliere e, a volte, tra numerose cose o strade o soluzioni. E scegliere è una delle cose più difficili che l’uomo sia chiamato a fare”<sup>28</sup>.

È significativo come nei sistemi di *common law* la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio nasca anche per dare “conforto morale” al giudice e per alleggerirne la responsabilità morale e spirituale<sup>29</sup>. Anche nel nostro ordinamento deve ritenersi che la regola della collegialità, che si ritiene enucleata a tutela dell’imputato, sia stata escogitata anche a tutela del giudice, per dargli un po’ di compagnia nella solitudine della sua indipendenza<sup>30</sup>.

La immane responsabilità del giudice deve accompagnarsi, nella visione del giudice Livatino, alla indipendenza del giudice intesa in senso massimalistico. L’indipendenza del giudice si deve manifestare anche “nella scelta delle sue amicizie, nella sua indisponibilità a iniziative e affari tuttoché consentiti ma rischiosi, nella rinuncia a ogni desiderio di incarichi o prebende, specie in settori che ... possono produrre il germe della contaminazione e il pericolo della interferenza”<sup>31</sup>. Il giudice Livatino ha messo in atto le sue idee nella sua vita privata: pur invitato più volte a partecipare all’attività di alcuni club, egli si è sempre rifiutato<sup>32</sup>. Livatino auspicava altresì la introduzione del dovere del giudice di sottrarsi all’attività politica<sup>33</sup>.

## GIUDICE, MEDIA E GIUSTO PROCESSO

Nel corso della causa di beatificazione emerge un altro aspetto peculiare della vita del giudice Livatino: il rapporto con il mondo dell’informazione e con i giornalisti. Il giovane magistrato era categorico nella sua riservatezza. In occasione del processo “Santa Barbara”, la prima indagine antimafia dell’agrigentino, i giornalisti chiesero ai giudici di posare per una foto ricordo, ma Rosario Livatino si rifiutò, perché “non riteneva giusto mettersi in posa ...atteggiamento che avrebbe potuto essere scambiato per una autocelebrazione della magistratura”<sup>34</sup>.

Il giovane giudice aveva ben presente i rischi del circo mediatico-giudiziario con una lungimiranza che si sarebbe rivelata profetica. La celebrazione dei paralleli processi mediatici viene infatti a condizionare la conduzione del processo penale, intaccandone la credibilità. Al tempo stesso, le distorsioni del sistema processuale aggravano le degenerazioni della cronaca giudiziaria.

L’insegnamento di Livatino assume carattere quanto mai attuale alla luce del furore giustizialista suscitato dalla norma appena varata in prima lettura dalla Camera in tema di divieto di pubblicazione dell’ordinanza del giudice per le indagini preliminari che applica la misura della custodia cautelare. La norma può essere invece salutata con favore in quanto si presta a contrastare lo scenario magistralmente dipinto a tinte fosche da un noto giornalista di cronaca giudiziaria secondo cui nel circo mediatico giudiziario “nessuno si salva: qui vince comunque il più scorretto, a prescindere dal lavoro che fa. Vince il magistrato più ambizioso o più vanitoso che vuole usare i giornalisti; ma vince anche l’avvocato più aggressivo e scorretto; vince l’imputato (sia concesso l’errore) più eccellente, vince il poliziotto-carabiniere-finanziere meglio introdotto nel circuito mediatico ai fini della sua progressione in carriera o della sua logica di cordata interna; e vince il giornalista più spregiudicato”<sup>35</sup>. Il cono d’ombra nei rapporti tra giustizia e informazione si proietta sui valori fondamentali del sistema giudiziario e sull’equilibrio garantito dal giusto processo<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> R. Livatino, *Fede e diritto*, Conferenza nel salone delle suore vocazioniste di Canicatti, 30 aprile 1986, riportata in A. Sarto, *Rosario Livatino. Servire la giustizia*, cit., p. 63.

<sup>29</sup> V. J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven-London, 2008, *passim*.

<sup>30</sup> P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., p. 343.

<sup>31</sup> R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, cit., p. 78.

<sup>32</sup> R. Mistretta, *Rosario Livatino. L’uomo, il giudice, il credente*, Milano, Paoline Editoriale Libri, 2015, p. 42.

<sup>33</sup> R. Livatino, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, cit., p. 76.

<sup>34</sup> R. Mistretta, *Rosario Livatino. L’uomo, il giudice, il credente*, Milano, Paoline Editoriale Libri, 2015, p. 54.

<sup>35</sup> L. Ferrarella, *Il “giro della morte”: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, 3, p. 8.

<sup>36</sup> V. E. Amodio, *Estetica della giustizia penale. Prassi media fiction*, Milano, Giuffrè, 2016; G. Giostra, *Disinformazione giudiziaria*.

La deriva dei rapporti tra media e giustizia risente, inoltre, della sempre più capillare diffusione di quella *popular mind* che vede il “risultato della giustizia togata come espressione di un procedere astratto e artificiale che non corrisponde al sentire dell’uomo comune”<sup>37</sup>. Da questa distorta concezione si può sprigionare come esiziale sottoprodotto il riconoscimento di una sorta di diritto di invettiva contro le sentenze pronunciate in udienza in nome del popolo italiano.

Il riserbo, l’indipendenza, il senso di responsabilità e di umanità insieme fondano quella gestione autorevole della giurisdizione che può dispiegare maggior effetto dell’autoritarismo nell’innescare un circolo virtuoso che esalti la dimensione etica del processo penale.

Sotto un diverso profilo viene in gioco la professionalità del ceto giudiziario e di quello forense. L’avvocato penalista sperimenta sulla propria pelle il tramonto del modello del professionista gentiluomo che ha comportato il prezzo altissimo di una perdita in termini di riconoscimenti impliciti di autorevolezza intellettuale e morale del professionista<sup>38</sup>. Il recupero di credibilità professionale da parte degli avvocati passa anche attraverso l’esercizio del rispetto reciproco tra avvocati e magistrati, che “obbedisce alla legge dei vasi comunicanti: non si può abbassare il livello dell’uno senza che scenda il livello dell’altro”<sup>39</sup>.

La stessa prospettiva, volta al recupero della dimensione etica del giudizio e alla rivalutazione del ruolo del giudice, deve orientare l’interprete nella lettura dei congegni della riforma Cartabia concepiti quali strumenti funzionali all’incremento della celerità processuale. Come si è visto, numerose norme di nuovo conio tese al rafforzamento del ruolo del giudice in chiave di recupero dell’efficienza del processo possiedono anche un forte afflato etico che deve essere il vero motore trainante nella applicazione delle nuove disposizioni.

---

*Cause, effetti e falsi rimedi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 390; V. Manes, *Giustizia mediatica*, Bologna, Il Mulino, 2022; R. Orlandi, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell’informazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 15 novembre 2017; N. Triggiani, *Processo penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, Cedam, 2012.

<sup>37</sup> E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 147.

<sup>38</sup> V. M. Malatesta, *Professionisti e gentiluomini. Storia delle professioni nell’Europa contemporanea*, Torino, Einaudi, 2006, p. 354.

<sup>39</sup> Così P. Borgna, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Roma-Bari, Laterza, 2014.



Processo penale e giustizia n. 1/2024

# Scenari

## *Overviews*



# NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

## NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

### DISPOSIZIONI PER IL CONTRASTO DELLA VIOLENZA SULLE DONNE E DELLA VIOLENZA DOMESTICA

Alla vigilia della giornata mondiale contro la violenza sulle donne, è stata pubblicata la l. 24 novembre 2023, n. 168 contenente le disposizioni per il contrasto della violenza di genere e domestica (G.U., Sr. Gen., 24 novembre 2023, n. 275). Il provvedimento è entrato in vigore il 9 dicembre 2023 e si compone di 19 articoli, finalizzati a potenziare gli strumenti preventivi, investigativi e processuali in materia.

Il fenomeno della violenza contro le donne ha visto un aumento esponenziale nel nostro Paese, con 120 vittime di femminicidio nel solo 2023. Si tratta di un fenomeno trasversale, che colpisce tutte le regioni italiane, senza distinzione di età, censo e cultura, con una crescente diffusione anche tra le fasce più giovani della popolazione. A tal fine, già lo scorso settembre il Codice Rosso (l. 19 luglio 2019, n. 69) era stato interessato da modifiche concernenti la riduzione dei tempi per l'ascolto delle vittime e l'acquisizione di informazioni da parte del procuratore della Repubblica, nei casi di violazione dell'art. 362, comma 1-ter, c.p.p. Tuttavia la crescente diffusione di episodi di violenza e femminicidi, e l'enorme emozione suscitata dall'assassinio di Giulia Cecchettin, uccisa a soli 22 anni dall'ex fidanzato suo coetaneo, hanno imposto la necessità di ulteriori ed urgenti modifiche con un pacchetto di misure (denominato d.d.l. Roccella), approvato sia alla Camera che al Senato all'unanimità.

L'obiettivo perseguito dal legislatore è rafforzare sia la protezione preventiva, implementando le misure contro la reiterazione dei reati a danno delle donne e inasprendo le pene nei confronti dei recidivi, sia ampliare la tutela delle vittime di violenza. In questo ambito, infatti, assume particolare importanza la prevenzione dei c.d. "reati spia", ovvero quei delitti che rappresentano indicatori di una violenza di genere che può degenerare in comportamenti più gravi. Tra gli interventi di maggior rilievo, vi è il rafforzamento della misura di prevenzione dell'ammonimento del questore e di informazione alle vittime di violenza; l'applicazione delle misure di prevenzione della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno nel Comune di residenza o di dimora, anche agli indiziati di reati di violenza di genere e domestica; l'introduzione di norme tese a velocizzare i processi per i predetti reati; l'applicazione della misura cautelare personale e la possibilità di disporre l'applicabilità del controllo tramite il braccialetto elettronico. Rivestono, inoltre, particolare interesse anche le iniziative formative in materia di contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica, nonché l'introduzione di una provvisoria, preventivamente liquidata a titolo di ristoro anticipato in favore delle vittime di violenza. La legge contiene, infine, la clausola di invarianza finanziaria per la quale dall'attuazione del provvedimento non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Nello specifico, l'art. 1 estende l'ambito di applicazione dell'ammonimento del questore, sia d'ufficio che su richiesta della persona offesa, e contestualmente degli obblighi informativi alle vittime di violenza da parte delle forze dell'ordine, dei presidi sanitari e delle istituzioni pubbliche.

Si introducono, con l'art. 2, alcune modifiche al codice antimafia e delle misure di prevenzione, estendendo l'applicabilità da parte della autorità giudiziaria delle misure di prevenzione personali – attualmente applicabili ai soggetti indiziati dei delitti di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi – anche ai soggetti indiziati di alcuni gravi reati che ricorrono nell'ambito dei fenomeni della violenza di genere e della violenza domestica. Si interviene inoltre sulla misura della sorveglianza speciale.

L'art. 3 assicura priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi relativi ai reati di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; di costrizione o induzione al matrimonio; di

lesioni personali aggravate; di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; di interruzione di gravidanza non consensuale; di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti e di stato di incapacità procurato mediante violenza, laddove ricorrano le circostanze aggravanti ad effetto speciale, e quindi il colpevole ha agito con il fine di far commettere un reato, ovvero la persona resa incapace commette, in tale stato, un fatto previsto dalla legge come delitto.

Nei processi relativi ai delitti di violenza di genere e domestica, deve essere assicurata priorità anche alla richiesta di misura cautelare personale e alla decisione sulla stessa.

A tal fine, si interviene sull'applicazione delle misure cautelari nei procedimenti relativi a delitti di violenza domestica e di genere, prevedendo, attraverso l'inserimento nel codice di rito, del nuovo art. 362-*bis*, che il pubblico ministero debba richiedere l'applicazione della misura entro trenta giorni dall'iscrizione della persona nel registro delle notizie di reato e che il giudice debba pronunciarsi sulla richiesta nei venti giorni dal deposito dell'istanza cautelare presso la cancelleria.

Si modifica, inoltre, l'art. 127 norme att. c.p.p., in materia di comunicazione delle notizie di reato, imponendo al procuratore generale presso la Corte di appello l'obbligo di acquisire, trimestralmente, dalle procure della repubblica del distretto i dati sul rispetto dei termini relativi ai procedimenti di cui al nuovo art. 362-*bis* c.p.p. e di inviare al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale.

Si aumenta la pena prevista nel caso di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e al divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, e si estende la disciplina penalistica anche alla violazione degli ordini di protezione emessi dal giudice in sede civile.

Significativa è l'introduzione del nuovo art. 382-*bis* c.p.p., che consente l'arresto in flagranza differita nei casi di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, di maltrattamenti contro familiari e conviventi, nonché di atti persecutori.

Nell'ottica del potenziamento delle misure precautelari, si aggiungono all'art. 384-*bis* c.p.p., che disciplina l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, i commi 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater*, 2-*quinquies* e 2-*sexies*. In base alla nuova disciplina, salvo quanto disposto in tema di fermo dell'indiziato di delitto, anche fuori dei casi di flagranza, il pubblico ministero dispone, con decreto motivato, l'allontanamento urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, nei confronti della persona gravemente indiziata di una serie di delitti di violenza di genere e domestica. Il presupposto è la sussistenza di fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate, ponendo in grave ed attuale pericolo la vita o l'integrità fisica della persona offesa, e non sia possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice. Entro quarantotto ore dall'esecuzione del decreto con cui è stato disposto l'allontanamento urgente il pubblico ministero ne richiede la convalida al giudice per le indagini preliminari – competente in relazione al luogo nel quale il provvedimento di allontanamento d'urgenza è stato eseguito – il quale entro le successive quarantotto ore deve fissare l'udienza di convalida dandone avviso, senza ritardo, al pubblico ministero e al difensore.

Si interviene, altresì, in materia di misure cautelari e, in particolare, di prescrizione del braccialetto elettronico, imponendo alla polizia giudiziaria il previo accertamento della fattibilità tecnica dell'utilizzo «dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici di controllo», ove il giudice ne abbia prescritto l'applicazione congiuntamente alla misura degli arresti domiciliari. Potrà essere applicata la custodia cautelare in carcere nel caso di manomissione dei mezzi elettronici e degli strumenti tecnici di controllo disposti con la misura degli arresti domiciliari, ovvero con le misure coercitive di cui agli artt. 282-*bis* (obbligo di allontanamento dalla casa familiare) o 282-*ter* c.p.p. (divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa).

Si introducono alcune deroghe alla disciplina vigente in materia di criteri di scelta e di condizioni di applicabilità delle misure cautelari coercitive, nonché modifiche alla normativa in tema di conversione dell'arresto in flagranza o del fermo in misura coercitiva. In particolare, in materia di criteri di scelta delle misure cautelari, il nuovo art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p. estende la deroga alla disciplina che esclude l'applicabilità della misura della custodia cautelare in carcere in caso di prognosi di condanna non superiore ai tre anni di reclusione anche ai reati di cui all'art. 387-*bis* c.p. (violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona

offesa) e di lesioni aggravate di cui agli artt. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e comma 2, c.p.

Ancora, nella medesima ottica, è stato introdotto all'art. 280 c.p.p. un nuovo comma 3-bis, che esclude l'applicazione dei commi 1, 2 e 3 in relazione ai reati anzidetti (artt. 387-bis e 582, nelle ipotesi aggravate di cui agli artt. 576, comma 1, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, comma, numero 1, e comma 2 c.p.) In tali ipotesi, sarà possibile applicare la custodia carceraria per fattispecie che in passato erano prive di copertura cautelare, anche non custodiale.

Si interviene anche in materia di informazioni da rendere alla persona offesa dal reato, estendendo l'obbligatorietà dell'immediata comunicazione alle vittime di violenza domestica o di genere di tutti i provvedimenti *de libertate* inerenti l'autore del reato, sia esso imputato in stato di custodia cautelare, condannato o internato.

Per quanto concerne il codice sostanziale, interessato dalle modifiche è il regime della concessione della sospensione condizionale della pena, previsto dall'art. 165, comma 5, c.p. Si dispone che: ai fini della sospensione condizionale della pena non è sufficiente la mera partecipazione, con cadenza almeno bisettimanale, ai percorsi di recupero, ma occorre che tali percorsi siano superati con esito favorevole; l'accertamento della partecipazione e del superamento del percorso, così come la valutazione del medesimo, sono demandati al giudice; il provvedimento che determina il venir meno delle misure cautelari precedentemente disposte, a seguito della sospensione condizionale della pena, deve essere immediatamente comunicato all'autorità di pubblica sicurezza, affinché valuti se richiedere l'applicazione di una misura di prevenzione.

Infine, è prevista la possibilità di corrispondere in favore della vittima di taluni reati, oppure degli aventi diritto in caso di morte della vittima, una provvisionale, ossia una somma di denaro liquidata dal giudice, come anticipo sull'importo integrale che le spetterà in via definitiva. La somma è corrisposta, su richiesta, alle vittime, o agli aventi diritto, che vengano a trovarsi in stato di bisogno in conseguenza dei reati medesimi. La disposizione fa riferimento ai delitti di omicidio, violenza sessuale o lesione personale gravissima o deformazione dell'aspetto mediante lesioni permanenti al viso, commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa.

Entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, ossia entro il 9 giugno 2024, il Ministro della giustizia e l'Autorità politica delegata per le pari opportunità dovranno adottare un decreto interministeriale che disciplini le modalità per il riconoscimento e l'accreditamento degli enti e delle associazioni abilitati ad effettuare corsi di recupero degli autori di reati di violenza sulle donne e di violenza domestica. Il Ministro della giustizia e l'Autorità politica delegata per le pari opportunità devono inoltre provvedere all'emanazione di linee guida per l'attività di tali enti ed associazioni.

Infine, l'art. 19 reca la clausola di invarianza finanziaria, in virtù della quale dall'attuazione della legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

# NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPERINTERNATIONAL NEWS

di Nicolò Di Paco

## DALL'UNIONE EUROPEA

### L'IMPLEMENTAZIONE DELLO SCAMBIO DIGITALE DI INFORMAZIONI NEI CASI DI TERRORISMO AD OPERA DEL REGOLAMENTO (UE) 2023/2131

Con il regolamento (UE) 2023/2131 del 4 ottobre 2023 di modifica del regolamento (UE) 2018/1727 (istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale "Eurojust") e della decisione 2005/671/GAI («concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici»), il Parlamento europeo e il Consiglio intendono rafforzare la condivisione digitale delle informazioni concernenti i casi di terrorismo.

In particolare, le due istituzioni muovono dall'assunto secondo cui «per individuare i collegamenti tra le indagini transfrontaliere Eurojust ha bisogno di ricevere informazioni sufficienti» (considerando n. 3); similmente, per contrastare in maniera adeguata i fenomeni terroristici, è fondamentale «l'efficace scambio di informazioni per l'indagine o l'azione penale» tra le «autorità nazionali competenti e le agenzie dell'Unione», così come è indispensabile «disporre di informazioni il più possibile complete e aggiornate» (considerando n. 7).

Purtroppo, però, a causa di «incongruenze nell'interpretazione della decisione 2005/671/GAI», in alcune ipotesi «le informazioni non sono condivise in modo tempestivo» o «non sono affatto condivise» oppure, ancora, «le informazioni condivise non sono pertinenti o non tutte le informazioni pertinenti sono condivise» (considerando n. 3).

Da qui l'idea di introdurre una normativa volta specificatamente a favorire l'inoltro a Eurojust di informazioni riguardanti le ipotesi di terrorismo. Animato da questa finalità, il reg. (UE) 2023/2131 si compone di soli tre articoli, due dei quali diretti a rivedere, rispettivamente, il reg. (UE) 2018/1727 e la decisione 2005/671/GAI, mentre il terzo si occupa dell'entrata in vigore della nuova disciplina, fissata al ventesimo giorno successivo alla pubblicazione del provvedimento in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*.

Prima di addentrarci nelle modifiche apportate, pare utile ricordare che, ai sensi dell'art. 4, § 1, lett. a) del reg. (UE) 2018/1727, Eurojust è chiamata a intervenire quando le indagini e le azioni penali di cui ha avuto conoscenza «abbiano un'incidenza su scala dell'Unione» oppure riguardino «Stati membri diversi da quelli direttamente interessati».

Tanto premesso, merita senza dubbio evidenziare come in forza del novellato art. 3, § 5, del reg. (UE) 2018/1727 non sia più necessaria la richiesta di un'autorità nazionale affinché l'Agenzia preli il proprio sostegno nei casi in cui «le indagini e le azioni penali interessino unicamente uno Stato membro e un Paese terzo o uno Stato membro e un'organizzazione internazionale»; ciò, sempreché sia stato concluso «un accordo di cooperazione o un'altra modalità di cooperazione» ex art. 52 dello stesso regolamento con detto Paese terzo od organizzazione internazionale, oppure «sussista un interesse essenziale a prestare tale sostegno».

Per garantire una continua interazione con l'Agenzia, il nuovo § 2-bis dell'art. 20 del reg. (UE) 2018/1727 dispone che ogni Stato membro debba nominare «un'autorità nazionale competente quale corrispondente [...] in materia di antiterrorismo». Tale autorità ha il compito di raccogliere e trasmettere a Eurojust le informazioni in merito a indagini penali in corso o concluse nel territorio nazionale, ad azioni penali e a procedimenti giudiziari, nonché a decisioni giudiziarie in merito a reati di terrorismo, secondo l'elencazione di cui all'art. 21-bis appena introdotto.

Nell'ottica di una celere comunicazione, la disposizione da ultimo richiamata – rubricata, per l'appunto, «Scambio di informazioni sui casi di terrorismo» – stabilisce inoltre che le autorità nazionali competenti sono tenute a rendere edotti i propri membri nazionali delle indagini di cui sopra «non appena il caso è deferito alle autorità giudiziarie conformemente al diritto» domestico, e «in particolare [al] diritto processuale penale» (§ 1, prima parte); d'altronde, simile sollecitudine si giustifica in ragione del fatto che «le informazioni sui collegamenti esistenti con altri procedimenti» risultano maggiormente funzionali «in una fase precoce» delle investigazioni (considerando n. 14). Siffatto obbligo informativo, che attiene a tutte le indagini in materia di terrorismo a prescindere dal fatto che sussista una connessione nota con un altro Stato membro o un Paese terzo, non trova applicazione quando il caso, «per le sue circostanze specifiche», «interessi chiaramente un solo Stato membro» (§ 1, seconda parte), nonché là dove la condivisione delle informazioni possa compromettere un'indagine in corso di svolgimento o la sicurezza di una persona, oppure si ponga in contrasto con gli «interessi essenziali di sicurezza dello Stato membro interessato» (§ 2).

Sul versante contenutistico, v'è da notare che, a mente dell'art. 21-bis, § 4 e dell'allegato III reg. (UE) 2018/1727, le informazioni da trasmettere concernono tanto dati personali (definiti) «operativi» (quali, a titolo esemplificativo, il nome e il cognome della persona indagata, imputata o condannata, i suoi pseudonimi, la data e il luogo di nascita, la cittadinanza, il documento di identificazione, il genere e, infine, il luogo di residenza) quanto dati «non personali» (si pensi, ad esempio, alla qualificazione giuridica del reato, allo stato del procedimento e al suo collegamento con altri «casi pertinenti»).

Appuntando l'attenzione sui primi, si osserva che Eurojust può trattare le informazioni relative a soggetti nei cui confronti sussistono «fondati motivi di ritenere che abbiano commesso o stiano per commettere un reato di competenza di Eurojust» o che siano stati raggiunti da una sentenza di condanna per un simile reato (rispettivamente, lett. a) e lett. b) dell'art. 27, § 5 reg. (UE) 2018/1727).

Per la potenziale incidenza non solo sui diritti in materia di protezione dei dati personali, ma anche e soprattutto sulla presunzione di non colpevolezza, vale la pena sottolineare come, sempre in virtù del § 5 dell'art. 27, Eurojust possa continuare, salva diversa decisione dell'autorità nazionale competente, a elaborare i dati di cui alla citata lett. a) «anche dopo la conclusione del procedimento a norma del diritto nazionale dello Stato membro interessato, persino in caso di assoluzione o di decisione definitiva di non luogo a procedere».

Sulla scia dei principi scanditi in materia di *data protection* – da questo punto di vista, il riferimento corre agli artt. 4 e 5 della dir. (UE) 2016/680 – e sulla falsariga di quanto stabilito in linea generale dall'art. 29, § 1, del reg. (UE) 2018/1727, si introducono poi limiti massimi di conservazione dei dati personali operativi trasmessi ai sensi dell'art. 21-bis. Ed invero, il nuovo § 1-bis dello stesso art. 29 preclude all'Agenzia di mantenere i dati testé menzionati: oltre la scadenza del termine di «prescrizione dell'azione penale in tutti gli Stati membri che siano interessati dall'indagine o dall'azione penale» (lett. a); oltre la data in cui l'autorità nazionale competente comunica a Eurojust l'impossibilità di proseguire nel trattamento dei dati (lett. c); passati cinque anni dal giorno in cui è divenuta definitiva la decisione giudiziaria dell'ultimo degli Stati membri interessati (lett. b). Tale termine si riduce a due anni allorché la decisione («definitiva») sia di «non luogo a procedere» o «di assoluzione» (lett. b).

Il rispetto dei suddetti limiti deve essere «costantemente» verificato da Eurojust mediante «un idoneo trattamento automatizzato» a partire dal momento in cui l'Agenzia conclude di fornire il proprio sostegno. Allo stesso modo, la norma dispone che dovrà effettuarsi un accertamento circa la necessità di conservazione dei dati ogni tre anni dal loro inserimento (art. 29, § 2, come modificato dal reg. (UE) 2023/2131).

In ogni caso, si prevede il dovere di informare il Garante europeo della protezione dei dati se il trattamento ha ad oggetto categorie particolari di dati operativi – si fa espresso rinvio all'art. 76 del regolamento (UE) 2018/1725 che sostanzialmente riproduce l'elencazione già contenuta nell'art. 9 GDPR – oppure informazioni che riguardano testimoni o vittime, allorché la conservazione si protragga per più di cinque anni.

L'interpolato § 3 dell'art. 29 estende la facoltà di Eurojust di trattenere i dati personali operativi oltre la scadenza dei termini normativamente fissati, «se e per il tempo necessario all'assolvimento dei suoi compiti», anche alle informazioni concernenti i reati di terrorismo; resta ferma, tuttavia, l'incombenza in capo all'Agenzia di chiarire e registrare i motivi sottesi alla necessità di prolungare la conservazione.

Da ultimo, è il caso di soffermarsi su quanto sancito dal considerando n. 13 del reg. 2023/2131. Ivi, il legislatore eurounitario riconosce l'importanza dei dati biometrici nell'identificazione delle persone oggetto di investigazioni o procedimenti giudiziari in materia di terrorismo («tali dati [...] sono spesso l'unico collegamento agli indagati nella fase delle indagini»), ma non per questo apre a un impiego illimitato degli stessi: infatti, preso atto della delicatezza sotto il profilo dei diritti fondamentali, a cominciare da quelli assicurati dagli artt. 7 e 8 CDFUE, il regolamento afferma in maniera perentoria che l'inoltro delle informazioni in questione deve «rigorosamente» rispondere ai principi di necessità, proporzionalità e limitazione dello scopo.

Giunti a questo punto, conviene rivolgere l'attenzione al *quomodo* della trasmissione delle informazioni, terreno – questo – sul quale si apprezzano gli ulteriori elementi di innovazione del reg. (UE) 2023/2131. Segnatamente, in forza del nuovo art. 22-*bis* del reg. (UE) 2018/1727 viene adibito a strumento di scambio transfrontaliero dei dati un istituendo sistema informatico decentrato che si basa sul collegamento del sistema automatico di gestione dei fascicoli di cui all'art. 23 dello stesso regolamento con «una rete di sistemi informatici e punti di accesso e-CODEX interoperabili che opera sotto la responsabilità e la gestione individuali di ciascun Stato membro e di Eurojust».

In proposito, il § 2 dell'art. 22-*bis* si premura di specificare che se la comunicazione delle informazioni non può avvenire nelle forme descritte, a causa dell'indisponibilità del sistema informatico decentrato o in ragione di altre circostanze eccezionali, le autorità nazionali competenti possono utilizzare mezzi alternativi, purché appropriati. Il compito di assicurare che tali ulteriori congegni siano affidabili e presentino un livello di protezione e sicurezza dei dati equivalente a quello del sistema *in fieri* ricade sugli Stati membri e sull'Agenzia.

Proseguendo nell'analisi, senz'altro interessante è la previsione di cui al § 3 dell'art. 22-*bis*, a mente del quale la trasmissione delle informazioni da parte delle autorità nazionali competenti deve avere luogo in forma semiautomatizzata, ossia secondo modalità in parte automatizzate e in parte soggette a controllo umano: l'auspicio è che simile procedura comunicativa aumenti «in maniera significativa la qualità e la pertinenza delle informazioni ricevute da Eurojust» (considerando n. 10 del reg. (UE) 2023/2131).

Degno di menzione è poi il ruolo di prim'ordine che viene assegnato alla Commissione, la quale non solo è «responsabile della creazione, della manutenzione e dello sviluppo del *software* di implementazione di riferimento che gli Stati membri ed Eurojust dovrebbero poter scegliere di applicare come sistema *back-end*», ma deve anche fornire, mantenere e sostenere gratuitamente tale sistema (art. 22-*bis*, §§ 4 e 5).

Le funzioni della Commissione in materia non si esauriscono con le incombenze appena tratteggiate: ai sensi del neo-introdotta art. 22-*ter* del reg. (UE) 2018/1727, essa è altresì chiamata ad adottare tutti «gli atti di esecuzione necessari per l'istituzione e l'uso del sistema decentrato per la comunicazione». Così – giusto per individuare alcuni degli elementi che dovranno essere scanditi da questi atti esecutivi – dovranno essere determinate le «specifiche tecniche per i protocolli di comunicazione» e quelle «che definiscono i metodi di comunicazione per via elettronica ai fini del sistema informatico decentrato», nonché «gli obiettivi in materia di sicurezza delle informazioni e le pertinenti misure tecniche che garantiscono le norme minime di sicurezza delle informazioni e le norme di alto livello in materia di cibersecurity per il trattamento e la comunicazione delle informazioni nell'ambito del sistema informatico decentrato».

A tal riguardo, c'è da porre l'accento anche sulle nuove previsioni, di natura intertemporale, contenute nei §§ 10 e 11 dell'art. 80 reg. (UE) 2018/1727. Ai sensi del primo, le autorità nazionali competenti così come Eurojust possono, se il sistema informatico decentrato non è ancora disponibile, continuare ad impiegare canali di comunicazioni differenti «fino al primo giorno del mese successivo al periodo di due anni dalla data di entrata in vigore dell'atto di esecuzione» di cui sopra. Similmente, nel caso in cui «i requisiti tecnici non [siano] ancora disponibili», in forza del § 11 le autorità nazionali competenti sono libere di trasferire le informazioni con modalità differenti da quelle semiautomatizzate «fino al primo giorno del mese successivo al periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del[lo stesso] atto di esecuzione».

Pare opportuno, inoltre, riservare alcune notazioni al novellato art. 24 del reg. (UE) 2018/1727, se non altro per la consistenza del *restyling* a cui è stato sottoposto. In precedenza dedicata agli «archivi di

lavoro temporanei» (ossia quegli archivi creati dai membri nazionali interessati in occasione della ricezione di informazioni rilevanti per l'attività dell'Agenzia), la disposizione è ora volta a regolare la «[g]estione delle informazioni nel sistema automatico di gestione dei fascicoli», di cui diviene responsabile il membro nazionale a cui sono trasmesse le informazioni. Ed è sempre il membro nazionale a decidere, caso per caso, se limitare l'accesso ai dati oppure se renderli fruibili, totalmente o soltanto in via parziale, anche ad altri membri nazionali, al personale autorizzato di Eurojust o a qualsiasi altra persona che lavori per conto di Eurojust e che abbia ricevuto la necessaria autorizzazione dal direttore amministrativo e, ancora, ai magistrati di collegamento di un Paese terzo. Quest'ultimi, come previsto dal nuovo art. 54-*bis* del reg. (UE) 2018/1727, sono magistrati distaccati presso l'Agenzia – in forza di un accordo di cooperazione concluso prima del 12 dicembre 2019 tra la stessa e il Paese terzo interessato «o sulla base di un accordo internazionale concluso tra l'Unione» e lo Stato non membro «ai sensi dell'articolo 218 TFUE» – ai quali, per l'appunto, è concesso accedere al sistema automatico di gestione dei fascicoli per la trasmissione sicura dei dati.

Infine, un breve cenno alle modifiche apportate dal reg. (UE) 2023/2131 alla decisione 2005/671/GAI, tra le quali, per ragioni di carattere sistematico, spicca l'interpolazione dell'art. 2, § 3. Nell'individuare i soggetti a cui lo Stato membro deve trasmettere determinate informazioni riguardanti le indagini penali per reati di terrorismo che interessano o possono interessare due o più Paesi membri, detta previsione non contempla più Eurojust. Del resto, i canali di trasmissione di tali dati all'Agenzia trovano adesso puntuale disciplina, grazie all'atto che qui si commenta, nel reg. (UE) 2018/1727.

## DE JURE CONDENDO

di Marilena Colamussi

### LA TUTELA DELL'OFFESO DAL REATO NELLA CARTA COSTITUZIONALE

Nel solco tracciato dalla direttiva 2012/29 UE del Parlamento europeo, istitutiva delle norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, attuata con il d.lgs. n. 212/2015 e rinvigorita da una serie di interventi normativi tesi a potenziare le garanzie processuali in favore della persona offesa dal reato, si fa strada l'affermazione del principio in sede costituzionale quale espressione di "giusto processo".

In tale prospettiva si inquadra il disegno di legge costituzionale n. 888, recante: *"Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato"*, promosso dai Senatori Perrini ed altri, assegnato il 2 ottobre 2023 alla prima Commissione permanente Affari costituzionali in sede referente, di cui è in corso l'esame.

Il disegno di legge consta di un solo articolo che amplia il dettato normativo dell'art. 111 Cost. con un nuovo comma, il sesto, in base al quale «la legge garantisce i diritti e le facoltà delle vittime del reato».

È evidente l'intento di riconoscere lo spazio ideale di tutela della vittima del reato cristallizzandone il ruolo nel tessuto costituzionale, come canone per garantire la celebrazione di un processo giusto. D'altronde, tale esigenza di riforma non è nuova; essa risulta prospettata sin dalla XIV legislatura (d.d.l. C. 4251) e rinnovata, in termini pressoché identici, in una serie di proposte di legge costituzionale presentate durante la XV legislatura (d.d.l. S. 742 e d.d.l. C. 1242) e XVI legislatura (p.d.l. C. 1039; d.d.l. S. 450; p.d.l. C. 199); può dunque evincersi un chiaro interesse del legislatore a recuperare la centralità della vittima. Univoca è anche la scelta, sul terreno sistematico, di inquadrare i diritti e le facoltà delle vittime tra i valori del giusto processo, per estendere al titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice l'apparato di garanzie che attualmente investe solo il giudice e le parti essenziali del processo.

Nella gerarchia delle fonti, la centralità della vittima del reato è rivisitata lentamente muovendo dal basso, vale a dire dalla necessità di favorire un coinvolgimento più attivo, immediato e partecipativo alla soluzione del conflitto generato dal reato, per rispondere alla crisi del sistema giustizia fondato sul modello retributivo. Senza dire dell'esigenza parallela di "modernizzare" il sistema sanzionatorio, nel quale la persona offesa rivendica un ruolo più diretto nell'individuazione delle finalità, dei contenuti e delle modalità ristorative, muovendo dalla rappresentazione del reato innanzitutto come offesa arrecata alla vittima e, di riflesso, alla collettività. Si spiega così l'emersione del paradigma riparativo che idealmente pone al centro la vittima e la investe di un ruolo propulsivo, di co-protagonista della definizione alternativa del rito penale.

Non è più il tempo di affidare a delle semplici "memorie" la tutela processuale della persona offesa dal reato, ma occorre implementare il sistema di «diritti e facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge» (art. 90, comma 1, c.p.p.). Il legislatore ha ben compreso tale necessità mettendola in atto tiepidamente con una serie di riforme e contro-riforme (d.lgs. n. 212/2015; d.lgs. n. 9/2015; l. n. 103/2017; l. n. 69/2019; l. n. 134/2021; d.lgs. n. 150/2022; l. n. 122/2023), che possono essere perfezionate solo attraverso il riconoscimento di rango costituzionale del ruolo della vittima.

Ben venga dunque il disegno di legge costituzionale n. 888, che considera espressione del processo giusto anche la tutela delle vittime, valorizzandone un'accezione più ampia rispetto a quella di "persona offesa dal reato", comunemente adottata dal codice di rito, non solo perché utilizzata al plurale, a indicare che il reato può colpire contemporaneamente una pluralità di vittime, sia per la struttura di talune fattispecie (basti pensare, a titolo esemplificativo, alla strage), sia per il propalarsi dell'offesa, da vittime primarie, immediatamente coinvolte, a vittime secondarie, soggetti sui quali si riverberano le conseguenze negative del reato.

Solo di recente, il legislatore, con l'introduzione della disciplina organica della giustizia ripartita, ha opportunamente definito la vittima del reato quale «persona fisica che ha subito direttamente dal reato



qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona» (art. 42, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 150/2022). Orbene, tra i principi generali della *restorative justice* è contemplata sia la partecipazione attiva della vittima in quanto tale, sia il coinvolgimento «degli altri eventuali partecipanti alla gestione degli effetti pregiudizievoli causati dall'offesa» (art. 43, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 150/2022), in una estensione del concetto di vittima che valorizza la prospettiva di riforma in esame.

La garanzia costituzionale copre tutte le vittime in senso trasversale e incorpora anche la tutela multipla, estesa cioè a tutti coloro che, oltre ad essere vittime del reato, possono diventare anche vittime del processo, secondo la nota accezione di doppia vittimizzazione.

Ove approvato, il disegno di legge costituzionale n. 888 rappresenterebbe un ulteriore passo avanti nella tutela delle vittime, a cui verrebbe riconosciuta maggiore dignità, assicurando diritti e facoltà oltre i confini delle fattispecie criminose comunemente note come "violenza di genere", perché tutte le vittime meritano di recuperare uno spazio di garanzie di rango costituzionale, al pari di quanto previsto per la persona accusata di un reato. In tale prospettiva, la riforma costituzionale, tesa ad implementare i valori del giusto processo, intercetta anche il principio di uguaglianza sostanziale e di inviolabilità del diritto di difesa (che si estende a tutte le parti del processo); essa rende peraltro effettiva la parità in armi tra accusa e difesa.

## VERSO L'AUTODIFESA DELLA PARTE CIVILE NEL PROCESSO PENALE

Tra i principali temi di discussione collegati al processo penale v'è, senza dubbio, quello – imperituro – relativo al rapporto tra autodifesa esclusiva e difesa tecnica. Anni fa, le Brigate Rosse rifiutavano il supporto (obbligatorio, com'è noto) del difensore nei procedimenti a loro carico. In taluni ordinamenti – si pensi al *common law* americano – l'approccio è differente, consentendosi di provvedere in autonomia al presidio della propria posizione processuale, anche in sede penale. Invero, oltre al differente patrimonio genetico di quel sistema, tale singolare possibilità proviene anche dalle modalità liber(al)istiche di elargizione del *legal aid*. Con ogni evidenza, allora, innesti tra famiglie giuridiche tanto eterogenee non paiono concepibili a cuor leggero.

È legittimo chiedersi, però, se la difesa tecnica debba considerarsi irrinunciabile anche in relazione alla posizione delle parti private diverse dall'imputato, qualora le medesime (ovvero, coloro i quali le assistono o rappresentano) detengano la qualifica di avvocato.

Nel rito civile, d'altro canto, tale eventualità è pacificamente contemplata dall'art. 86 c.p.c.

Così, in data 18 ottobre 2023, risulta assegnata alla II Commissione Giustizia della Camera in sede referente, la proposta di legge C. 1220, recante "*Modifiche all'art. 100 del codice di procedura penale, concernente l'ufficio del difensore delle altre parti private*", al fine di colmare quella che la Suprema Corte aveva identificato come una lacuna già nel 2007 (sentenza "Inzerillo").

Al netto della posizione dell'imputato, rispetto alla quale l'obbligatorietà dell'(etero) difesa tecnica rimarrebbe granitica, s'intende quindi appianare tale differenza tra i due riti – civile e penale – tramite l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 100 c.p.p. Deporrebbero a favore il menzionato art. 86 c.p.c., nonché la circostanza che la c.d. riforma "Cartabia" abbia recentemente integrato l'art. 78 c.p.p., prevedendovi che l'atto di costituzione di parte civile contenga l'esposizione della *causa petendi*. Ciò che, in effetti, lo accosterebbe alle domande strettamente processualcivilistiche. Peraltro – secondo quanto evidenziato dalla relazione di accompagnamento alla proposta di legge – anche gli orientamenti internazionali sarebbero in linea con la modifica prospettata: convergerebbero in tale direzione sia l'art. 6 della Cedu, sia le indicazioni del Consiglio d'Europa in materia di persone minori. E certamente appare ragionevole considerare che il curatore nominato al minorenne ai sensi dell'art. 77 c.p.p. coincida col suo difensore, così da consentire al soggetto tutelato di interfacciarsi con un unico riferimento processuale. A più forte ragione, in virtù della prassi per cui il curatore speciale dell'infradiciottene debba essere un avvocato.

D'altro canto, la Suprema Corte ha ricordato – a più riprese, e in linea con il *dictum* dei giudici di Strasburgo – come la previsione di un obbligo di difesa tecnica esprima la legittima potestà dello Stato di assicurare una buona amministrazione della giustizia. Principio, quest'ultimo, da bilanciarsi con quello dell'autodifesa, *cum grano salis*.

Pur essendo un avvocato, è ben possibile che la parte civile versi in uno stato di turbamento conse-

guente già solo al contatto col circuito penale. La circostanza di avanzare una pretesa civilistica non la rende *sic et simpliciter* sovrapponibile alla parte del rito civile. Ciò, evidentemente, potrebbe andare a detrimento della buona amministrazione della giustizia, rispetto alla quale l'obbligo della difesa tecnica, almeno in linea teorica, è strumentale.

Lungi dal voler anticipare (o peggio, eludere) la dialettica parlamentare, si tratta piuttosto di confidare nell'equilibrio delle procedure democratiche, allo scopo di deliberare su un tema così delicato, attualmente al vaglio della Commissione Giustizia.

In definitiva, se devono considerarsi i punti a favore della modifica, dovranno certo trovare spazio anche le osservazioni derivanti dall'ontologica differenza tra processo penale e processo civile, quanto ad interessi in gioco, beni in discussione, fisiologiche ripercussioni emotive delle vicende giudiziarie.

## LA STORIA INFINITA DELLA CONVIVENZA IN CARCERE TRA DETENUTE MADRI E FIGLI SENZA COLPA

La riforma della legislazione a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori è attesa da almeno un decennio. A partire dal 2013, infatti, si contano almeno diciassette proposte di legge, talune dal medesimo contenuto testuale, presentate alle Camere con diverse numerazioni, a denotare sia l'elevato indice di insoddisfazione, da parte del legislatore, per i risultati conseguiti con gli interventi precedenti, sia l'incertezza sulle soluzioni prospettate. Da ultimo, in data 23 marzo 2023, è stata ritirata la p.d.l. C. 103 recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*», promossa dagli Onorevoli Serracchiani ed altri (che ricalcava testualmente il d.d.l. S. 2635 risalente alla XVIII legislatura).

Con una proposta di legge, d'iniziativa del Consiglio regionale della Campania, si innesca nuovamente il dibattito; il testo, presentato il 4 luglio 2023, è una p.d.l., recante il numero C. 1278, titolata alle «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*». Intitolazione e contenuti manifestano l'obiettivo di introdurre, una volta per tutte, il divieto assoluto di ingresso dei bambini in carcere.

Assegnata alla II Commissione Giustizia della Camera in sede referente l'11 agosto 2023, la p.d.l. C. 1278 consta di tre articoli che incidono: (i) sul codice di rito in materia cautelare e in fase di esecuzione della pena; (ii) sul codice penale in materia di rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena; (iii) sulla legge n. 62/2011 quanto all'individuazione delle strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette.

La rimodulazione dei criteri di scelta delle misure cautelari rappresenta il più importante correttivo apportato dall'art. 1 p.d.l. C. 1278 che interviene sull'art. 275, comma 4, c.p.p. abrogando l'eccezione al divieto di disporre o mantenere la custodia cautelare in carcere ove «sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza». In questi termini, il legislatore intende rafforzare il divieto di custodia cautelare in carcere, di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p., che diventa assoluto e inderogabile, mentre restano inalterati i beneficiari, che la prima parte della norma individua nell'imputata incinta, o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, nonché nel padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a prestare assistenza alla prole.

A una prima lettura, il legislatore sembra aver perso l'occasione di innalzare, da sei a dieci anni, l'età della prole rispetto alla quale si contempla il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore, al pari di quanto previsto (con riferimento al requisito di età della prole) nella fase di esecuzione della pena per l'accesso alle misure alternative alla detenzione. Tale rilievo va rimarcato, non solo allo scopo di salvaguardare l'interesse prevalente del bambino ad essere accudito dal genitore, ma anche per uniformare categorie che meritano particolare protezione, specie durante la fase preliminare del procedimento, teoricamente più garantita in quanto meglio presidiata dal principio della presunzione di non colpevolezza.

Si può parlare anche di occasione mancata per ampliare i destinatari del divieto di custodia cautelare in carcere ed estenderlo all'«unico genitore di persona con disabilità avente connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, con esso convivente, ovvero nei casi in cui l'altro genitore sia assolutamente impossibilitato a dare assistenza al figlio e non vi siano parenti entro il quarto grado di accertata idoneità» (così come previsto dall'art. 1, comma 1, lett. b, d.d.l. S. 2635). La

considerazione per l'imputato genitore del figlio disabile ignorata dalla p.d.l. C. 1278 è, in realtà, pregna di significato, sia perché andrebbe a colmare un vuoto nella disciplina cautelare, sia perché, al tempo stesso, permetterebbe di irrobustire l'apparato di garanzie a tutela della prole affetta da disabilità. Le tutele non andrebbero ad operare nei confronti di qualsiasi disabilità, ma solo di quelle caratterizzate da un consistente livello di gravità, comprovato in termini normativi (art. 3, comma 3, l. n. 104/1992), anche per evitare la strumentalizzazione dello *status*. Inoltre, per la prole affetta da disabilità, non dovrebbe essere previsto alcun limite di età, atteso che la categoria necessita di assistenza e cure costanti. Ma tutto questo è stato letteralmente dimenticato.

La seconda significativa novità prevista dall'art. 1 p.d.l. C. 1278 riguarda l'ipotesi in cui «sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza», che attualmente legittimano l'adozione, *in extremis*, della misura custodiale in carcere, con opzione che il disegno riformatore vuole definitivamente cancellata, per preferire la scelta inderogabile di eseguire la custodia cautelare presso un Istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM). Il correttivo, pertanto, incide sull'art. 285-*bis* c.p.p. sostituendo la formulazione attuale («ove le esigenze cautelari di particolare rilevanza lo consentano») che rende l'ICAM un'alternativa al carcere, con opzione univoca nel senso che «ove sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza» la scelta diventa obbligata, in quanto la custodia cautelare può essere disposta esclusivamente in un ICAM. Tale rimedio, pertanto, non si configura più come una possibilità, bensì come lo strumento estremo riservato alle categorie protette dall'art. 275, comma 4, c.p.p.

L'obiettivo primario di evitare l'ingresso dei bambini in carcere, anche solo provvisoriamente, nonché l'eventuale trauma per la separazione dal genitore, viene garantito anche attraverso una rete di informazioni preliminari che la polizia giudiziaria è chiamata ad acquisire sul contesto familiare del genitore imputato, durante la fase degli adempimenti esecutivi del provvedimento di custodia cautelare. In tale prospettiva, l'art. 1, comma 3, p.d.l. C. 1278, prevede l'ampliamento del tessuto normativo dell'art. 293 c.p.p., con l'integrazione del comma 1-*quater*, in base al quale l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria, incaricato di eseguire l'ordinanza custodiale, qualora rilevi la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 275, comma 4, c.p.p. deve darne atto nel verbale delle operazioni compiute.

Inoltre, per rendere operativo il senso delle informazioni acquisite, la disciplina prevede che, ove ricorrano talune condizioni (gravidanza, o presenza di prole convivente di età inferiore a sei anni), il verbale delle operazioni compiute debba essere trasmesso al giudice «prima dell'ingresso dell'arrestato nell'istituto di pena». In tali casi, infatti, il giudice potrà disporre la sostituzione della misura cautelare con un'altra meno grave, ovvero l'esecuzione con modalità meno onerose «anche prima dell'ingresso dell'arrestato nell'istituto di pena» (art. 293, comma 1-*quinqüies*, c.p.p.).

Il meccanismo delle informazioni da acquisire allo scopo di inibire l'accesso, anche solo temporaneo, della prole nel penitenziario viene mutuato anche nella fase di esecuzione delle pene detentive disciplinata dall'art. 656 c.p.p. In particolare, l'art. 1, comma 4, p.d.l. C. 1278 prevede l'introduzione del comma 4-*quinqüies* all'art. 656 c.p.p., in base al quale, qualora, durante l'applicazione dell'ordine di carcerazione emergano circostanze fattuali tali da determinare il differimento obbligatorio della pena *ex* art. 146 c.p., il pubblico ministero è tenuto a informare immediatamente il magistrato di sorveglianza. Quest'ultimo, a sua volta, previa verifica della sussistenza dei presupposti, potrà ordinare il differimento dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 684, comma 2, c.p.p.

Anche l'ultimo correttivo proposto sembra in linea con l'intento di armonizzare il sistema nel prevalente interesse dei figli minori di genitori detenuti, con una particolare attenzione focalizzata sul contesto individuale, senza trascurare l'opportunità di allineare la normativa processuale con quella sostanziale.

Spostando l'attenzione sul versante del diritto sostanziale, l'art. 2 della p.d.l. C. 1278 introduce alcuni ritocchi all'elenco dei casi di rinvio "obbligatorio" dell'esecuzione della pena (non pecuniaria), che ai sensi dell'art. 146, comma 1, n. 2, c.p. è attualmente riferita alla «madre di infante di età inferiore ad anni uno» e che si intende estendere alla genitrice del bambino di età inferiore ai tre anni, così da ampliare lo spazio di tutela.

Con il rinvio dell'esecuzione della pena l'interesse punitivo dello Stato recede dinanzi alla tutela delle relazioni familiari, della maternità e dell'infanzia (art. 31 Cost.), nonché della salute della donna in gravidanza (art. 32 Cost.). Tuttavia, all'ampliamento delle maglie di tutela corrisponde anche l'introduzione di una deroga prevista dall'inedito ultimo comma dell'art. 146 c.p., in base al quale per la donna incinta o madre di prole di età inferiore ai tre anni, ove si configuri il «concreto pericolo della com-

missione di delitti», dunque il rischio di recidiva, il tribunale di sorveglianza può stabilire che la pena venga eseguita in una casa famiglia protetta oppure, come estrema *ratio*, in un ICAM «qualora sussista un pericolo rilevante».

Su binari paralleli a quelli appena illustrati corrono le modifiche riguardanti la disciplina del «rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena», di cui all'art. 147, comma 1, n. 3, c.p., attualmente riferita alla «madre di prole di età inferiore a tre anni», che, nel disegno di legge risulta estesa alla genitrice di prole «di età compresa tra tre e sei anni» (art. 2, comma 2, lett. a, p.d.l. C. 1278). Appare opportuno l'innalzamento del limite di età, portato al compimento dei sei anni del bambino, così da lasciare più spazio ad una logica di personalizzazione del trattamento (artt. 3 e 27, comma 3, Cost.) e di maggiore coerenza con la normativa in materia cautelare. Anche con riferimento alle ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva, il legislatore intende introdurre la deroga che consente al tribunale di sorveglianza di disporre che la pena venga eseguita presso una casa famiglia protetta, ove sussista il pericolo concreto di recidiva, oppure presso un ICAM, nei casi in cui detto pericolo sia di un certo rilievo (art. 2, comma 2, lett. b, p.d.l. C. 1278).

L'art. 3 della p.d.l. C. 1278, riguardante le modifiche da apportare alla l. 21 aprile 2011, n. 62, muove dalla presa d'atto che gli strumenti normativi per salvaguardare il legame tra detenute madri e figli minori attualmente esistenti non sono affatto obsoleti; nondimeno, essi necessitano di essere rivitalizzati, resi fruibili o, più semplicemente, messi in opera. Tale considerazione vale sia per gli ICAM sia per le case famiglia protette, secondo quanto denunciato, tra l'altro, anche dagli *Stati generali dell'esecuzione penale*.

In particolare, l'intervento di riforma sulla l. n. 62/2011 si focalizza sull'individuazione delle case famiglia protette, che costituiscono una risposta ideale sul piano dell'edilizia para-penitenziaria. Come si intuisce dalla «suggestiva» denominazione, la «casa famiglia protetta» intende riprodurre una micro-comunità, tesa a ripristinare la rete di rapporti familiari operanti nella vita quotidiana, per favorire lo sviluppo sano dei bambini; la struttura è destinata ad accogliere donne incinta, imputate madri di prole in tenera età e padri, in caso di decesso della madre o assoluta impossibilità della stessa di occuparsi della figliolanza, che siano sprovvisti di riferimenti materiali e abitativi, per i quali non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, tali da richiedere la custodia cautelare in ICAM.

Ad oggi, l'istituzione delle case-famiglia protette è stata quanto mai trascurata, anche perché rimessa alla stipula di apposite convenzioni che «il Ministro della Giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, può stipulare con gli enti locali» (art. 4, comma 2, l. n. 62/2011). Le iniziative fino a questo momento promosse sono risultate sporadiche, e destinate a breve vita, proprio a causa dell'assenza di seri investimenti pubblici. Tra l'altro, lo stesso legislatore del 2011 è intervenuto nella chiara consapevolezza di non poter garantire la fase attuativa della normativa, tanto che l'art. 284, comma 1, c.p.p. prevede la possibilità di eseguire gli arresti domiciliari presso una casa-famiglia protetta solo «ove istituita».

La novella, che sostituisce l'art. 4, comma 2, l. n. 62/2011, pone a carico del Ministro della Giustizia, in termini perentori (non più come una facoltà), l'onere (il dovere) di stipulare con gli enti locali apposite convenzioni, per individuare strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette. Agli oneri derivanti dalla realizzazione di dette strutture para-penitenziarie si provvede attingendo alle disponibilità della cassa delle ammende (art. 3, commi 1 e 2, p.d.l. C. 1278).

Il coinvolgimento degli enti locali risulta ancora più attivo e propositivo, in quanto «i comuni ove sono presenti case famiglia protette adottano i necessari interventi per consentire il reinserimento sociale delle donne una volta espia la pena detentiva, avvalendosi a tal fine dei propri servizi sociali» (art. 3, comma 1, p.d.l. C. 1278).

In definitiva, l'attenzione è rivolta al *post* espiazione pena, con il coinvolgimento dei servizi sociali territoriali e con un particolare impegno per la reintegrazione nel tessuto sociale della madre con un passato da detenuta e un presente nel quale le istituzioni, o il privato-sociale si fanno carico di progettare concretamente un percorso di respiscenza, offrendo alla donna un'alternativa concreta, un lavoro, uno spazio in cui vivere. Queste innovazioni sono indubbiamente veicolo di cambiamento per il futuro della *ex* detenuta e della prole; esse sono le basi da cui partire per attribuire una nuova identità al sistema detentivo, in una rinnovata visione della detenzione femminile, da vivere in una dimensione di inclusione sociale piuttosto che di segregazione e discriminazione.

# CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

## EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

di Francesco Trapella

### INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA ED IMPARZIALITÀ DEGLI ORGANI DI DISCIPLINA

(Corte e.d.u., 10 ottobre 2023, *Pengezov c. Bulgaria*)

Il ricorrente era un giudice, presidente di corte d'appello, che veniva sospeso dalle sue funzioni, essendo stato indagato per reati connessi al suo ufficio. A suo dire il procedimento disciplinare si svolgeva in un ambiente estraneo alle indicazioni dell'art. 6 Cedu: il Consiglio Superiore della Magistratura e il Consiglio di Stato non sarebbero stati soggetti indipendenti ed imparziali, né avrebbero motivato adeguatamente le loro decisioni; il Consiglio di Stato non avrebbe, poi, espletato un controllo sufficientemente efficace sulla pronuncia del Consiglio Superiore della Magistratura. Da ultimo, la sanzione si sarebbe riverberata negativamente sulla vita privata dell'interessato, colpito da una sospensione a tempo indeterminato, senza retribuzione e senza potersi impiegare in altra attività.

Il primo aspetto di interesse è il controllo del Consiglio di Stato sul Consiglio Superiore della Magistratura.

Due sono le esigenze da contemperare: la legalità delle decisioni rese dall'organo di autogoverno del potere giudiziario e l'indipendenza delle corti. Per tale ragione i margini di apprezzamento sono ampi: qualora, come nel caso di specie, si tratti della sospensione di un giudice per il suo coinvolgimento in un fatto di rilievo penale, il Consiglio Superiore della Magistratura non esamina la fondatezza o la regolarità delle accuse rivolte all'interessato, ma si limita ad un vaglio formale, apprezzando se le ragioni della sanzione siano tra quelle previste per legge e se il provvedimento disciplinare sia motivato e dia conto delle ragioni di chi lo ha proposto e/o di quelle di chi lo subisce.

La normativa interna sul potere giudiziario è già stata esaminata dalla Corte (Corte e.d.u., 26 ottobre 2021, *Donev c. Bulgaria*); inoltre, nel sistema bulgaro una persona che sia stata condannata per gravi reati è incompatibile con le funzioni di magistrato.

Sul piano sovranazionale, la Corte richiama l'avviso n. 855/2016 (6-7 ottobre 2017) della Commissione europea per la democrazia e il diritto (c.d. Commissione di Venezia) che, rispetto alla normativa interna in analisi, ha rilevato l'eccessiva importanza conferita alle procure nei procedimenti disciplinari contro i magistrati giudicanti (§44); nondimeno, ha segnalato che il Consiglio Superiore della Magistratura ha un ruolo di mera forma di fronte alla decisione della procura di aprire un procedimento disciplinare (§46). Da qui, un pericolo reale per l'indipendenza delle corti.

Ferme queste premesse e ritenuto il ricorso ricevibile, la Corte esamina le doglianze.

Quanto al controllo giurisdizionale, per valutarne l'efficacia occorre considerare:

- l'oggetto della decisione e, più in particolare, se si tratti di questione che impone cognizioni specialistiche o che comporta l'esercizio di apprezzamenti discrezionali;
- il metodo seguito per addivenire alla decisione e, in particolare, se gli interessati siano stati assistiti da adeguate garanzie di partecipazione;
- il contenuto della controversia e i mezzi di ricorso: effettivi ed invocati dal soccombente.

Questi criteri vanno applicati caso per caso, senza la possibilità di ulteriori generalizzazioni (cfr. Corte e.d.u., 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, §§179-181).

Nelle precedenti occasioni in cui la Corte si è interessata dei poteri del Consiglio di Stato sulle decisioni disciplinari del Consiglio Superiore della Magistratura, ne ha rilevato la compatibilità rispetto ai parametri convenzionali (Corte e.d.u., 19 ottobre 2021, *Miroslava Todorova c. Bulgaria*; Corte e.d.u., 15 settembre 2015, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*).

Il ricorrente pretendeva un controllo inconciliabile con l'assetto interno: al Consiglio di Stato è, infatti, rimesso un vaglio di legalità e non sul merito. Ciò premesso, però, la Corte ritiene di aderire alle preoccupazioni della Commissione di Venezia: in particolare, nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha approfondito la doglianza del ricorrente che lamentava come il fatto di cui era accusato si fosse verificato molto tempo prima della sua sospensione e come la procura avesse avviato il procedimento disciplinare poco prima della sua rielezione a capo della corte d'appello, con la ferma volontà di evitarla.

L'esigenza di proteggere l'indipendenza della magistratura, in uno con quella di evitare eccessi da parte delle procure avrebbero imposto un più approfondito esame degli argomenti dell'interessato; essendo mancato, ne è derivata la violazione dell'art. 6, §1 Cedu.

Tale parametro non era, invece, infranto quanto alla denunciata carenza di imparzialità dei giudici del Consiglio di Stato: in particolare, la Corte non accoglie la tesi delle interferenze tra i due organi di giudizio; il ricorrente, infatti, non muoveva censure circa l'imparzialità di quello preposto al primo grado, di talché non può affermarsi che lo stesso abbia influenzato la decisione del soggetto sovraordinato.

Sussiste, infine, una violazione dell'art. 8 Cedu: da sola, la sospensione dello stipendio non si pone contro la Convenzione; se prolungata, com'è nel caso di specie, è in grado di influenzare negativamente la vita privata dell'interessato; ancora, durante il procedimento disciplinare costui non perdeva il titolo di magistrato e, quindi, non aveva la possibilità di reimpiegarsi in altro modo (*mutatis mutandis*, v. *Corte e.d.u.*, 11 febbraio 2020, *Platini c. Svizzera*; *Corte e.d.u.*, 24 luglio 2012, *D.K.I. c. Bulgaria*).

La pronuncia annotata appare, quindi, di interesse e pone alcuni elementi per leggere le garanzie di indipendenza ed imparzialità del potere giudiziario alla luce del dettato convenzionale; non mancano riferimenti ai rapporti tra la magistratura inquirente e quella giudicante: in questo, le note della Commissione di Venezia si rivelano particolarmente utili anche per lo studio di ordinamenti, come l'italiano, che distinguono le due funzioni all'interno di un unico ordine.

#### ESTRADIZIONE. PERICOLO DI MORTE E DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI PER L'ESTRADANDO

(*Corte e.d.u.*, 9 novembre 2023, *Lang c. Ucraina*)

Un cittadino statunitense combatteva nelle forze armate ucraine attive nella parte orientale del Paese europeo. Il governo americano ne chiedeva l'estradizione per reati federali puniti con la reclusione, con l'ergastolo o con la pena di morte. Il dipartimento di giustizia statunitense forniva all'Ucraina ampie rassicurazioni che non sarebbe stata applicata la sanzione capitale; l'Ucraina dava riscontro favorevole alla domanda di consegna: riteneva, infatti, che sussistessero i presupposti di legge e le bastava l'impegno dello Stato richiedente di non mandare a morte l'estradando. Questi ricorreva a Strasburgo, lamentando la violazione dell'art. 3 Cedu: l'ingresso nel territorio statunitense avrebbe cagionato un pericolo per la sua vita o per la sua integrità fisiopsichica (per alcuni precedenti in materia, *Corte e.d.u.*, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*; *Corte e.d.u.*, 18 settembre 2006, *Saoudi c. Spagna*; *Corte e.d.u.*, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ma pure, benché il ricorso sia stato dichiarato irricevibile per la sua manifesta infondatezza sul punto, *Corte e.d.u.*, 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia*).

La sentenza è interessante per il richiamo a *Corte e.d.u.*, 21 settembre 2022, *Sanchez-Sanchez c. Regno Unito*.

Infatti, la pronuncia fornisce agli Stati indicazioni per evitare che la pena, eseguita nello Stato che domanda la consegna dell'imputato o del condannato, si traduca in una tortura o in un trattamento inumano o degradante (v. anche *Corte e.d.u.*, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*); si dà, poi, al ricorrente la possibilità di rivolgersi alla Corte per la denuncia di una consegna potenzialmente pregiudizievole, con l'onere, però, di spiegare in che termini avrebbe luogo l'infrazione dei suoi diritti, una volta giunto sul suolo straniero.

Nel caso di specie, la doglianza viene rigettata: non era, infatti, supportata da prove capaci di dimostrare che, in caso di estradizione e di successiva condanna, vi fosse il rischio dell'inflizione di una condanna all'ergastolo o alla pena di morte.

In altra occasione (*Corte e.d.u.*, 3 novembre 2022, *McCallum c. Italia*), poi, la Corte aveva escluso che gli

obblighi procedurali enucleati nella sentenza *Sanchez-Sanchez* valessero anche nei rapporti con Stati extraeuropei: si sarebbe ampliata in modo indebito l'efficacia della Convenzione. Nel caso *Lang*, però, rileva l'incapacità del ricorrente di articolare la doglianza e di provarne il fondamento, donde l'impossibilità di apprezzarla sotto il profilo dei referenti convenzionali invocati e sul piano del rispetto, da parte dello Stato convenuto, degli obblighi enunciati dalla giurisprudenza in materia.

#### RIMPATRI. PERICOLO DI MORTE E DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI PER IL MIGRANTE

(Corte e.d.u., 16 novembre 2023, *W.A. e altri c. Italia*)

*Mutatis mutandis* la situazione lamentata dal ricorrente era simile a quella esaminata Corte e.d.u., 9 novembre 2023, *Lang c. Ucraina*.

L'istante era un cittadino sudanese, colpito da provvedimento di respingimento emesso dall'autorità amministrativa italiana e convalidato dal giudice nazionale. Secondo l'interessato tale decisione lo avrebbe messo in pericolo: appartenendo alla componente non araba del Darfur, tornato in patria, sarebbe stato esposto a violenze.

La Corte europea rigetta il ricorso; la convalida del respingimento era, infatti, adottata in costanza delle garanzie previste dalla normativa domestica; peraltro, lo stesso ricorrente aveva deciso di non presentare domanda di assistenza internazionale, né di chiedere l'asilo o il permesso di soggiorno in Italia.

Da ciò deriva la mancata violazione dei parametri convenzionali di riferimento: lo Stato ha profuso ogni sforzo per coinvolgere l'uomo nella valutazione del rischio legato ad un suo ritorno in Sudan; questi, poi, ha rifiutato consapevolmente ogni forma di protezione prevista dal diritto interno od internazionale.

La questione di fondo è simile a quella affrontata nel caso *Lang* e, pertanto, le due sentenze possono essere analizzate congiuntamente.

È vero che gli artt. 2 e 3 Cedu impediscono l'espulsione (Corte e.d.u., 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*), l'estradizione (Corte e.d.u., 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*) o il rimpatrio (anche per la questione della permanenza negli *hotspot* prima del rimpatrio, Corte e.d.u., 31 marzo 2023, *J.A. e altri c. Italia*) – più in generale: la consegna – verso Paesi nei quali il ricorrente sia esposto rischi per la vita o per l'integrità fisiopsichica; lo è del pari che l'interessato deve fornire ai giudici alsaziani la prova del potenziale nocimento: non si esigono formule particolari, né si preferisce un certo tipo di evidenza ad un'altra: l'importante è che il decidente continentale sia edotto dei termini della questione e possa, perciò, apprezzare l'entità del danno temuto dalla parte.

#### NE BIS IN IDEM

(Corte e.d.u., 14 novembre 2023, *Y. c. Belgio*)

(Corte e.d.u., 3 ottobre 2023, *Vasile Sorin Marin c. Romania*)

In Corte e.d.u., 14 novembre 2023, *Y. c. Belgio*, la Corte europea applica i criteri *Engel* (Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*) al caso di un soggetto assolto in sede penale dal reato di falsa fatturazione per mancato accertamento dell'elemento soggettivo; il procedimento amministrativo che verteva sulle stesse circostanze, però, si concludeva con l'irrogazione di un'ammenda.

L'identità dei fatti, tuttavia, non induceva i giudici europei ad affermare la violazione del *ne bis in idem*.

Tra il giudizio penale e la procedura amministrativa c'era, infatti, una connessione materiale, dettata dalla diversa finalità degli accertamenti e dalla loro vicinanza materiale e temporale. Se di fronte al giudice penale si trattava di apprezzare la volontaria violazione delle norme fiscali in addebito, l'autorità amministrativa intendeva censurare la negligenza della ricorrente, evitando perdite all'erario.

Così, non si può parlare di una ripetizione della domanda penale, posto che la finalità del procedimento amministrativo era altra e prescindeva dal dolo, invece, richiesto per la condanna criminale. Più

correttamente, è opportuno riferirsi ad un sistema misto, che rimette anche alle sanzioni extrapenali la reazione dell'ordinamento a comportamenti antiggiuridici: si prende atto, insomma, che non è reato tutto ciò che è illecito e, quindi, si articola la risposta afflittiva a vari livelli, alcuni dei quali estranei allo strumentario della procedura penale.

Di recente la Corte ha applicato lo stesso criterio per giungere all'epilogo opposto, sancendo l'infrazione del *ne bis in idem*. Era il caso di un uomo sanzionato sia in sede penale, sia in ambito amministrativo per la medesima condotta violenta in luogo pubblico: il presupposto fattuale era, infatti, il medesimo, così come identici erano gli obiettivi perseguiti dal legislatore che, da una parte, prevedeva la condotta come criminosa e, dall'altra, applicava un'ulteriore sanzione extrapenale per censurare la lesione dell'ordine pubblico e limitare la pericolosità dell'interessato (*Corte e.d.u.*, 3 ottobre 2023, *Vasile Sorin Marin c. Romania*).

## MIGRANTI. CONDIZIONI DI PERMANENZA NEGLI HOTSPOT; RAPPORTI CON LA POLIZIA

(*Corte e.d.u.*, 16 novembre 2023, *A.E. e altri c. Italia*)

Si segnala questa sentenza sui diritti dei migranti (per un precedente, per la parte che riguarda la permanenza negli *hotspot*, v. *Corte e.d.u.*, 31 marzo 2023, *J.A. e altri c. Italia*). Il controllo che lo Stato esercita su di essi è legato alla necessità di garantire e di mantenere l'ordine pubblico; nondimeno, la polizia è abilitata a compiere accertamenti e a mantenere condotte *lato sensu* limitative della loro libertà personale al fine di limitare eventuali fonti di pericolosità.

Queste funzioni, però, debbono sempre coniugarsi al rispetto delle prerogative individuali sancite dalla Convenzione.

Così, viola l'art. 3 Cedu l'autorità che costringa i migranti collocati nel centro di accoglienza ad operazioni di svestizione od altrimenti umilianti senza uno scopo preciso né di prevenzione dei reati, né di controllo sul piano sanitario; sussiste la medesima infrazione se la polizia costringa taluno a lunghi trasferimenti in condizioni di precarietà e/o senza somministrare cibo ed acqua in quantità sufficiente.

Per queste ragioni l'Italia viene condannata dalla Corte: nell'*hotspot* di Taranto la polizia aveva costretto alcuni ospiti a svestirsi senza ragione apparente; alcuni migranti erano stati, poi, sottoposti ad un lungo percorso (da Ventimiglia a Taranto e, poi, di nuovo a Ventimiglia) senza mangiare, né bere; infine, la polizia aveva assoggettato gli interessati ad un clima di violenza e di minacce e non aveva spiegato loro le ragioni del trattenimento.

Ora, se l'art. 3 Cedu è leso ogni volta in cui il carcere esorbita la severità naturalmente insita nell'esperienza detentiva (tra le tante, *Corte e.d.u.*, 14 gennaio 2021, *Kargakis c. Grecia*), ancora di più viene infranto quando la limitazione della libertà non sia legata a condotte penalmente rilevanti e la polizia agisca come autorità amministrativa, preposta al mantenimento dell'ordine e alla prevenzione di comportamenti illeciti. Occorre, quindi, un rapporto di proporzionalità tra lo scopo del trattenimento e le restrizioni patite dagli interessati: ogni ulteriore manifestazione di potere è gratuita e, quindi, ingiustificata sul piano della Convenzione.

## GIUSTO PROCESSO. PROVA DECISIVA

(*Corte e.d.u.*, Grande Camera, 26 settembre 2023, *Yuksel Yalcinkaya c. Turchia*)

La Grande Camera censura l'autorità turca per la violazione dell'art. 6 Cedu nel caso di una persona condannata per reati connessi al terrorismo sulla base di prove che la difesa non aveva potuto esaminare.

In particolare, i giudici alsaziani rilevano come le evidenze ritenute dalla corte domestica decisive per avallare la tesi accusatoria non fossero note alla difesa: si trattava di dati acquisiti dagli inquirenti dal sistema criptato di messaggistica *ByLock*; una volta raccolte queste informazioni, l'*intelligence* le aveva segretate e, da lì, aveva condotto una vera e propria indagine occulta per arrivare ad acquisire altre notizie sul ricorrente e cederle all'attenzione del solo giudicante interno.



Un tale contegno non è necessario, né proporzionato alle esigenze di sicurezza collettiva; è stato, però, idoneo a nullificare le prerogative della difesa, impedendo all'accusato di accedere ad un processo giusto. La *sole or decisive evidence* era, infatti, preclusa all'imputato e al suo rappresentante, con il risultato che costoro non hanno potuto interloquire su quelle risultanze e, di conseguenza, difendersi.

La sentenza pone nuovamente all'attenzione della Corte il giusto processo, inteso come uno nel quale sia assicurato il contraddittorio: le parti hanno diritto di esprimere le proprie tesi e la prova su di esse si forma in un contesto partecipato.

# CORTE DI GIUSTIZIA UE

## COURT OF JUSTICE EU

di *Elisa Grisonich* e *Veronica Tondi*

### SULLA REVOCA DA PARTE DI UN GIUDICE DI UNO STATO MEMBRO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA DISPOSTA CON UNA DECISIONE DEFINITIVA DI CONDANNA PRONUNCIATA IN UN ALTRO PAESE UE

(*Corte di giustizia UE, Quarta Sezione, 5 ottobre 2023, causa C-219/22*)

di *Elisa Grisonich*

Nella sentenza in commento la Corte di giustizia si è pronunciata sull'interpretazione da attribuire all'art. 3, § 3, decisione quadro 2008/675/GAI riguardante la considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale.

Nella fattispecie concreta, un cittadino di nazionalità romena era stato condannato nel 2019 in Romania a una pena detentiva di un anno e sei mesi, con sospensione condizionale della pena. Nel 2020, nel corso del periodo di sospensione condizionale della pena, il medesimo soggetto aveva commesso un nuovo reato in Bulgaria, con conseguente emanazione di una seconda condanna nei suoi confronti. A fronte di tale assetto, il pubblico ministero bulgaro, in linea con la normativa nazionale, aveva chiesto al giudice competente l'esecuzione in Bulgaria della prima condanna intervenuta in Romania, posto che il secondo reato era stato commesso durante il periodo di sospensione condizionale previsto da siffatta pronuncia. Sennonché, il giudice bulgaro aveva nutrito dubbi sulla possibilità di dare seguito a tale domanda, alla luce della compatibilità di questa scelta rispetto alla decisione quadro 2008/675/GAI. Il procedimento veniva dunque sospeso, con la sottoposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, finalizzata a chiarire se l'art. 3, § 3, decisione quadro 2008/675/GAI permetta a un giudice di un Paese membro di revocare la sospensione condizionale di una pena irrogata con una decisione definitiva di condanna pronunciata in un altro Stato membro per fatti diversi e di, conseguentemente, ordinarne l'esecuzione.

In proposito, i Giudici di Lussemburgo si sono anzitutto interrogati sull'ambito di applicazione dell'atto dell'ex Terzo Pilastro e hanno ribadito che siffatto strumento non rileva solo in relazione ai procedimenti relativi alla determinazione e all'accertamento dell'eventuale colpevolezza dell'imputato, ma anche con riferimento a quelli concernenti l'esecuzione della pena «per i quali deve essere presa in considerazione la pena inflitta con una decisione di condanna resa precedentemente in un altro Stato membro e divenuta definitiva» (C. giust. UE, 21 settembre 2017, C-171/16, Beshkov, punto 28). Pertanto, la Corte ha osservato che la fattispecie concreta si inserisce in quest'ultima ipotesi, con conseguente piena operatività della decisione quadro.

Ciò posto, l'attenzione della pronuncia si è concentrata sulla finalità dell'atto, il quale non mira a far eseguire in un Paese membro decisioni adottate in altri Stati membri (considerando n. 6), ma è volto a fare in modo che ogni ordinamento assicuri che a condanne emesse in altri Paesi UE siano attribuiti effetti giuridici equivalenti a quelli conferiti alle decisioni di condanna pronunciate dai propri giudici conformemente alla normativa nazionale (considerando nn. 2 e 5-7). Il tutto al fine di vagliare i precedenti penali dell'interessato, di tenere conto della recidiva, di determinare la natura delle pene e le modalità della loro esecuzione (C. giust. UE, 15 aprile 2021, C-221/19, AV, punti 47-49). Su queste basi, peso centrale è stato attribuito all'art. 3, § 1 della decisione quadro, il quale impone agli ordinamenti nazionali di prendere in considerazione, nel corso di un procedimento penale a carico di un soggetto, le sue eventuali condanne pronunciate per fatti diversi in altri Paesi membri, rispetto a cui «sono state ottenute informazioni in virtù degli strumenti applicabili all'assistenza giudiziaria reciproca o allo scam-

bio di informazioni estratte dai casellari giudiziari». Questo nel rispetto di un dovere minimo di equiparazione: la decisione quadro obbliga di far derivare dalle condanne straniere effetti giuridici equivalenti a quelli prodotti dalle condanne nazionali in conformità alla normativa interna.

A questo punto del discorso, la Corte di giustizia si è, tuttavia, concentrata su un fondamentale limite posto a queste regole generali. Il riferimento va all'art. 3, § 3 dello strumento, il quale prevede che, in ogni caso, la presa in considerazione delle precedenti condanne adottate in altri Stati UE «non comporta né interferenza con tali decisioni di condanna precedenti, né con qualsiasi altra decisione relativa alla loro esecuzione da parte dello Stato membro che avvia il nuovo procedimento, né di revocarle o di riesaminarle». Tale disposizione si accompagna al § 4 dell'art. 3 della medesima fonte, a tenore del quale siffatto dovere minimo di equiparazione viene meno ove esso determini questi ultimi effetti.

I Giudici di Lussemburgo hanno quindi ripercorso le proprie decisioni già intervenute su tale ultimo profilo.

Si è, in prima battuta, ricordata la sentenza *Beshkov*, la quale ha chiarito che l'art. 3, § 3, decisione quadro 2008/675/GAI, letto alla luce del considerando n. 6 della stessa fonte, è d'ostacolo a una disciplina nazionale che consente a un giudice, adito nel contesto di un nuovo procedimento penale, di revocare la sospensione condizionale di una pena detentiva irrogata con una condanna in un altro Paese membro e a cui è già stata data integrale esecuzione, così da trasformare tale pena in una da scontare effettivamente. Invero, tale situazione integra un riesame delle modalità di esecuzione di siffatta condanna (C. giust. UE, 21 settembre 2017, C-171/16, *Beshkov*, punti 44-47).

In secondo luogo, è stata ripresa un'altra sentenza intervenuta nel 2021, la quale ha precisato che la considerazione in un nuovo procedimento penale, da parte di un giudice di un Paese UE, di una condanna pronunciata nei confronti della stessa persona in un altro Stato UE e non interamente eseguita, al fine dell'irrogazione di una pena cumulativa che tenga conto di quella inflitta nella precedente condanna, non contrasta con l'art. 3, § 3, decisione quadro 2008/675/GAI letto alla luce del considerando n. 14, a patto che sia rispettata una condizione. Siffatta condanna deve, in particolare, essere stata trasmessa e riconosciuta allo scopo di essere eseguita nel Paese membro in cui si svolge il nuovo procedimento penale sulla scorta della decisione quadro 2008/947/GAI in materia di principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle pene sostitutive (C. giust. UE, 15 aprile 2021, C-221/19, AV, punti 55-56).

Ebbene, alla luce di quanto emerso, la Corte di giustizia è tornata ad analizzare la situazione concreta sottoposta al suo vaglio e ha adottato una soluzione che poggia su una lettura integrata delle decisioni quadro 2008/675/GAI e 2008/947/GAI. I Giudici UE hanno affermato che, in presenza di una condanna definitiva a una pena condizionalmente sospesa e non integralmente eseguita, adottata in uno Stato UE, l'art. 3, § 3, decisione quadro 2008/675/GAI non osta a una disciplina che consente a un giudice di un Paese membro differente di tenere conto di siffatta pronuncia e di attribuirvi effetti equivalenti a quelli conferiti alle condanne nazionali e, in particolare, di provvedere alla revoca della sospensione condizionale e all'effettiva esecuzione della pena. Ciò, tuttavia, purché tale condanna sia stata trasmessa e riconosciuta nell'ordinamento in cui si svolge il nuovo procedimento penale ai sensi della decisione quadro 2008/947/GAI.

## L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE DIRETTIVE SUL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI E SUL DIRITTO AD AVVALERSI DI UN DIFENSORE, TRA LUCI E OMBRE

di *Veronica Tondi*

(Corte di giustizia UE, Quarta Sezione, 7 settembre 2023, causa C-209/22)

Con la sentenza in esame, la Corte di giustizia ha avuto modo di fornire alcune precisazioni sull'ambito di applicazione delle direttive 2012/13 e 2013/48, nonché sui caratteri del controllo giurisdizionale relativo all'eventuale lesione dei diritti ivi garantiti.

Il rinvio pregiudiziale, sollevato da un tribunale distrettuale bulgaro, traeva origine da una richiesta di convalida di atti di perquisizione personale e di confisca della sostanza stupefacente rinvenuta, che

erano stati eseguiti dalla polizia in occasione di una verifica stradale. In particolare, le persone presenti nel veicolo fermato e sottoposto a controllo avevano dichiarato di essere in possesso di sostanza stupefacente, fornendo così alla polizia – unitamente al risultato positivo del test antidroga – gli elementi indiziari sufficienti a giustificare la perquisizione senza previa autorizzazione del giudice, secondo quanto previsto dal diritto nazionale. Le informazioni rese dalle persone sottoposte a verifica erano state qualificate come trasmissione orale di una notizia di reato. Comunicazione delle attività compiute era quindi data alla procura distrettuale del luogo, la quale rivolgeva al giudice del rinvio una richiesta di approvazione *ex post* della perquisizione e della confisca da quest'ultima derivata.

Il Tribunale si interrogava, quindi, sull'effettivo rispetto delle garanzie concernenti il diritto all'informazione sui procedimenti penali e il diritto di avvalersi di un difensore, rispettivamente tutelati, a livello eurounitario, dalle citate direttive 2012/13 e 2013/48, per una pluralità di ragioni. Veniva in considerazione, in primo luogo, il momento iniziale di operatività dei diritti ivi contemplati, in ragione della mancata previsione, nell'ordinamento bulgaro, della nozione di indagato, e della possibilità che la formulazione dell'imputazione a carico del soggetto sottoposto a procedimento sia ritardata sulla base di scelte discrezionali dell'autorità pubblica. In particolare, solo in via eventuale l'imputazione stessa, nell'ordinamento interno, può essere formulata in sede di redazione del primo atto investigativo compiuto dagli inquirenti; e il giudice del rinvio faceva riferimento a una prassi, adottata dalle procure e dalla polizia, consistente nel ritardare il momento dell'assunzione della qualità di imputato, con la conseguente posticipazione dell'operare delle garanzie difensive. Altra questione di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione europea era individuata nei limiti del sindacato del giudice sulla legittimità degli atti degli organi inquirenti, oggetto della menzionata approvazione *ex post*: alla luce di una giurisprudenza nazionale orientata verso la limitazione dello stesso ai profili di regolarità formale dell'atto, l'eventuale lesione dei diritti all'informazione e all'assistenza difensiva si riteneva tale da non poter essere verificata in maniera effettiva in tale sede.

Le prime due questioni pregiudiziali sulle quali, pertanto, la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi riguardavano la possibilità di interpretare l'art. 2, § 1 tanto della direttiva 2012/13, quanto della direttiva 2013/48, come tali da estendere l'applicazione di tali atti normativi alla situazione in cui un soggetto sia sottoposto ad atti di perquisizione e successiva confisca senza essere stato informato ufficialmente del fatto di rivestire la qualità di imputato, quando vi siano a suo carico elementi indicativi della detenzione di sostanza stupefacente e al contempo il diritto nazionale non contempli la nozione di indagato.

La Corte di giustizia fornisce risposta positiva al quesito, accogliendo una concezione sostanziale del presupposto a cui è subordinata l'operatività delle citate direttive, e che consiste – secondo gli articoli appena richiamati – nel fatto che un soggetto sia stato informato della sua qualità di indagato o imputato in un procedimento penale. Infatti, come rilevato dalla sentenza in esame, le disposizioni che definiscono l'ambito di applicazione degli atti normativi eurounitari sono pressoché identiche, sebbene unicamente l'art. 2, § 1 della direttiva 2013/48 stabilisca in modo esplicito che tale informativa può essere data non solo mediante notifica ufficiale, ma anche «in altro modo». Quest'ultima previsione, tuttavia, rileva la sentenza, può ritenersi una differenza meramente apparente, in quanto essa – già valorizzata dal giudice europeo per sostenere l'irrelevanza delle modalità di comunicazione ai fini dell'applicabilità della direttiva 2013/48 (C. giust. UE, 12 marzo 2020, C-659/18, VW) – deve considerarsi operante, altresì, con riguardo all'atto normativo sul diritto all'informazione, anche in ragione della finalizzazione di entrambe le direttive alla tutela effettiva dei diritti ivi sanciti.

Si tratta di un orientamento non dissimile da quello sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito alla nozione sostanziale e autonoma di accusa penale, quale presupposto per l'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione (v., tra le altre, Corte e.d.u., 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda), e che prescinde da un atto formale di contestazione dell'accusa stessa.

Peraltro, la Corte di giustizia osserva come una diversa impostazione rischi di minare la tutela omogenea delle situazioni soggettive di cui si tratta nel territorio dell'Unione, in ragione della variabile configurazione delle qualifiche di indagato e imputato negli ordinamenti nazionali.

Così, il giudice europeo giunge alla conclusione secondo cui, nel caso di specie, a seguito delle dichiarazioni autoindizianti rese dalle persone presenti nel veicolo, queste avrebbero dovuto ritenersi so-

spettate della commissione di un reato, come confermato dall'esecuzione dei successivi atti di perquisizione e confisca. Inoltre, proprio il compimento di questi ultimi può ritenersi un'informativa sulla sussistenza di tale sospetto, sufficiente a soddisfare le condizioni di applicazione delle direttive.

Come si è anticipato, un'ulteriore questione riguardava la possibilità di ritenere che il diritto eurounitario osti a una giurisprudenza nazionale tale da non consentire al giudice, al quale sia richiesta l'approvazione *ex post* di una perquisizione e della successiva confisca, di sindacare l'effettivo rispetto dei diritti protetti dalle direttive più volte citate. In particolare, vengono in considerazione gli artt. 8, § 2, della direttiva 2012/13 e 12, § 1, della direttiva 2013/48, che sanciscono il diritto all'esperibilità di mezzi di impugnazione nelle ipotesi di lesione delle situazioni soggettive tutelate dalle norme europee. Pur godendo gli Stati membri di un margine di discrezionalità nell'individuazione delle procedure applicabili a tal fine, la sentenza ribadisce come sia essenziale che il mezzo di ricorso garantito sia effettivo, secondo i dettami dell'art. 47, § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e così da assicurare il rispetto dei canoni dell'equo processo e dei diritti della difesa, anche a norma dell'art. 48 della Carta. Pertanto, non è necessario che la verifica sull'osservanza delle garanzie in esame avvenga già in sede di approvazione *a posteriori* della misura, o che siano predisposti mezzi di impugnazione *ad hoc*, purché, nel corso del processo penale, il giudice del merito disponga del potere di compiere tale sindacato ed eventualmente di trarne le dovute conseguenze in punto di ammissione o di valutazione delle prove.

Sul punto, rilevante è il fatto che la Corte di giustizia riconosca alle citate norme di cui agli artt. 8, § 2 della direttiva 2012/13 e 12, § 1 della direttiva 2013/48 la produzione di effetti diretti, con quanto ne consegue in punto di eventuale disapplicazione delle disposizioni interne in contrasto, nell'ipotesi in cui non sia possibile un'interpretazione conforme. Il carattere chiaro, preciso e incondizionato della disposizione contenuta nel richiamato art. 8 era stato già riconosciuto dal giudice europeo, il quale aveva enunciato con chiarezza come essa precluda «qualsiasi misura nazionale che ostacoli l'esercizio di mezzi di ricorso effettivi in caso di violazione dei diritti tutelati da tale direttiva» (C. giust. UE, 19 settembre 2019, C-467/18, Rayonna prokuratura Lom).

Infine, pur essendosi definito nei termini già illustrati l'ambito di operatività degli atti normativi europei, una maggiore chiusura rispetto alla concreta attuazione delle garanzie emerge dalla risposta a un ulteriore quesito, concernente, essenzialmente, la coerenza con l'art. 3 della direttiva 2013/48 di una normativa nazionale che consenta di lasciare priva di assistenza difensiva la persona sottoposta ad atti di perquisizione e conseguente confisca, compiuti nella fase istruttoria del procedimento penale. Secondo la disposizione appena citata, come è noto, il diritto di avvalersi di un difensore deve essere assicurato secondo modalità e in tempi tali da garantirne l'esercizio effettivo, e comunque non più tardi del primo tra i momenti elencati al § 2 dello stesso art. 3. Inoltre, a norma dell'art. 3, § 3, lett. c), l'assistenza difensiva deve operare in occasione del compimento di alcuni atti probatori ivi specificati, qualora il diritto nazionale imponga o consenta la partecipazione agli stessi della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato.

Secondo la Corte, in una situazione come quella che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, non potrebbe ritenersi configurabile alcuna delle ipotesi a cui i citati § 2 e 3 ricollegano il necessario momento iniziale di applicazione della garanzia. Difatti, in linea con quanto indicato nel considerando n. 20, il giudice europeo ha escluso che le domande di natura preliminare poste dalla polizia proprio al fine di verificare se le indagini possano essere aperte siano equiparabili a un interrogatorio, prima del cui svolgimento deve essere assicurato il diritto di cui si tratta (art. 3, § 2, lett. a della direttiva). Inoltre, la sentenza conferma un orientamento già sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui lo svolgimento da parte della polizia di un controllo stradale, nel corso del quale siano rese dichiarazioni autoincriminanti, non implica un grado di limitazione della libertà personale tale da determinare la tempestiva operatività della garanzia (Corte e.d.u., 18 febbraio 2010, Zaichenko c. Russia), come imposto anche dal diritto dell'Unione all'art. 3, § 2, lett. c) della direttiva 2013/48. Pertanto, residua la previsione secondo cui i tempi entro cui il diritto di avvalersi di un difensore è assicurato dagli Stati membri non devono compromettere l'esercizio effettivo e concreto del diritto stesso. Si tratta di una valutazione che la sentenza rimette all'accorta valutazione del giudice del rinvio, sebbene si escluda – almeno *prima facie* – che nel caso concreto sia ravvisabile una lesione della situazione soggettiva in considerazione.

In definitiva, la pronuncia in esame estende l'applicazione di entrambe le direttive a ipotesi nelle quali la mancata contestazione ufficiale dell'addebito o le qualificazioni giuridiche formali attribuite dagli ordinamenti nazionali rischiano di pregiudicare radicalmente l'effettività delle garanzie eurounitarie. Nondimeno – come traspare dall'orientamento sostenuto dalla Corte con riguardo all'ultima questione pregiudiziale esaminata – permangono alcune incertezze e possibili criticità rispetto alla tutela del diritto all'assistenza difensiva in occasione del compimento di atti d'indagine collocati nella primissima fase del procedimento, immediatamente dopo l'emersione di elementi indizianti a carico del soggetto, quando gli stessi non siano considerati riconducibili ad alcuna delle ipotesi elencate dall'art. 3, § 2 e 3, e residui l'applicabilità del solo § 1 della medesima disposizione.

# CORTE COSTITUZIONALE CONSTITUTIONAL COURT

di Chiara Rosa Blefari

**CASO REGENI: COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIMO L'ART. 420-BIS, COMMA 3 C.P.P., LADDOVE NON PREVEDE CHE IL GIUDICE POSSA PROCEDERE IN ASSENZA, PER REATI COMMESSI CON TORTURA, QUANDO, PER MANCATA ASSISTENZA DELLO STATO DI APPARTENENZA, È IMPOSSIBILE AVERE LA PROVA CHE L'IMPUTATO SIA A CONOSCENZA DEL PROCESSO**

(Corte Cost., sent. 26 ottobre 2023, n. 192)

Con la pronuncia in esame la Corte costituzionale ha affrontato la questione relativa alla incostituzionalità dell'art. 420-bis, comma 3, c.p.p., in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, nella parte in cui non prevede che il giudice possa procedere in assenza, per i reati commessi mediante tortura, quando a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza manchi la prova che l'imputato, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo.

Nello specifico, il giudice per le indagini preliminari di Roma ha in primo luogo censurato la violazione degli artt. 2, 3 e 24 Cost. Ciò in quanto l'art. 420-bis, comma 3, c.p.p., nell'impedire l'instaurazione del processo per l'accertamento dei fatti di reato commessi in danno di Giulio Regeni – cittadino italiano trovato senza vita nel febbraio 2016 in Egitto, dopo essere stato sottoposto a torture –, consentirebbe allo Stato di istituire una inammissibile “zona franca” di impunità per i cittadini funzionari.

Ad avviso del giudice rimettente sarebbe, altresì, violato l'art. 111 Cost., in quanto non si darebbe luogo al (giusto) processo per volontà di una Autorità di Governo; sarebbe compromesso, dunque, anche il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito dall'art. 112 Cost., poiché la pretesa punitiva risulterebbe subordinata al potere esecutivo dello Stato straniero.

Rileva, infine, il giudice *a quo* che la norma sottoposta a censura violerebbe anche l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, perché non si darebbe seguito al dovere di reciproca assistenza degli Stati parte per la persecuzione degli atti vietati.

Chiamata a pronunciarsi, la Corte costituzionale ha ritenuto rilevanti le questioni sollevate dal giudice rimettente. Dopo aver ripercorso le vicende alterne della disciplina relativa all'assenza dell'imputato, il Giudice delle leggi ha richiamato l'art. 9 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, che impone agli Stati membri di assicurare un nuovo processo (o, comunque, un mezzo di ricorso giurisdizionale), a quegli imputati che non siano stati presenti al processo, anche nel rispetto dell'art. 8, par. 2 della medesima direttiva. In tale sede, infatti, gli imputati, partecipando in prima persona, potranno far valere il diritto alla difesa.

La Consulta ha ripercorso, quindi, i più importanti approdi giurisprudenziali in tema di “assenza” e ha, infine, stabilito che il *vulnus* costituzionale deve essere sanato mediante un riassetto delle garanzie partecipative dell'imputato esclusivamente temporale (dunque non quantitativo o qualitativo), sempre all'interno del binario tracciato dalla disciplina dell'assenza e mai tale da determinare una intollerabile paralisi processuale. Si tratta, in sostanza, di definire una fattispecie addizionale di assenza non impeditiva, che deve essere tale da tenere in debita considerazione tanto l'esigenza di evitare un “blocco” del procedimento penale quanto quella di garantire il giusto processo.

Il Giudice delle leggi ha, poi, evidenziato che l'ordinamento italiano ha registrato uno spostamento del fuoco degli accertamenti di assenza dalla conoscenza del procedimento alla conoscenza del processo; dalla trama normativa emerge infatti che, in casi eccezionali, si può procedere in assenza di un imputato pur se non è provata la conoscenza da parte sua della pendenza del processo, quando sia certo

che egli abbia conoscenza del procedimento (senza, tuttavia, trascurare le previsioni europee di cui alla direttiva 2016/343).

Ad avviso della Corte costituzionale, tra questi casi deve necessariamente essere ricompresa l'ipotesi portata alla sua attenzione dal giudice *a quo*, perpetrandosi, in caso contrario, non solo una preoccupante lacuna normativa ma anche la violazione di importanti principi costituzionali e sovranazionali. La Corte ha argomentato, quindi, ulteriormente che l'ipotesi in esame atterrebbe specificamente al reato di tortura, condotta gravissima, proibita sia dal diritto internazionale penale, sia dalle norme internazionali sui diritti umani, con tale costanza e univocità da attribuire al divieto carattere inderogabile.

Di qui la ritenuta illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis*, comma 3, c.p.p., per violazione degli artt. 2, 3 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione medesima, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa.



## SEZIONI UNITE

di Lorenzo Pelli

### L'OBBLIGATORIETÀ DELLA CONFISCA DEL PROFITTO NEI REATI TRIBUTARI COMPORTA LA PREVALENZA DEL SEQUESTRO PREVENTIVO RISPETTO ALLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

(Cass., sez. un., 6 ottobre 2023, n. 40797)

La questione controversa sottoposta all'attenzione delle sezioni unite concerne il rapporto tra due tipi di vincoli che possono incidere, al contempo, sui medesimi beni e cioè il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per reati tributari ed il fallimento (o meglio, la liquidazione giudiziale a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

Le sezioni unite sono state chiamate a deliberare sul seguente quesito: «Se, in caso di dichiarazione di fallimento intervenuta anteriormente alla adozione di provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per reati tributari e riguardante beni attratti alla massa fallimentare, l'avvenuto spossessamento del debitore erariale per effetto dell'apertura della procedura concorsuale osti al sequestro stesso, ovvero se, invece, il sequestro debba comunque prevalere attesa la obbligatorietà della confisca cui la misura cautelare è diretta».

Il tema è stato oggetto di contrastanti orientamenti interpretativi. Secondo un primo indirizzo, deve essere riconosciuta una posizione di prevalenza funzionale alla misura ablatoria penale su quella fallimentare (Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170, Uniland, in *CED Cass.*, n. 263685; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, *ivi*, n. 228165). Il menzionato filone giurisprudenziale poggia sul fatto che i beni attratti alla massa fallimentare non rientrano tra quelli che appartengono «a persona estranea al reato» ai sensi dell'art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (Cass., sez. IV, 3 dicembre 2021, n. 864, Donato, in *CED Cass.*, n. 282567-01; Cass., sez. III, 1° marzo 2016, n. 23907, Taurino, *ivi*, n. 266940-01). Invero, lo spossessamento dei beni subito dal fallito, a garanzia dei creditori, non implica la privazione della titolarità sugli stessi, sino al momento della vendita fallimentare (Cass., sez. III, 3 novembre 2022, n. 5255, Di Fant, in *CED Cass.*, n. 284068-01; Cass., sez. V, 30 ottobre 2019, n. 52060, *ivi*, n. 277753-01; Cass., sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 7550, Sansone, *ivi*, n. 275129-01). In considerazione della non coincidenza tra il concetto di appartenenza di cui all'art. 240, comma 3, c.p. e quello di proprietà (avendo il primo una portata ben più ampia del secondo), il terzo estraneo al reato può essere individuato unicamente in colui che non partecipi in alcun modo alla commissione dello stesso o all'utilizzazione dei profitti derivati (Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, cit.).

Inoltre, vengono richiamati a sostegno il carattere obbligatorio e la finalità sanzionatoria della misura, da cui deriva la preminenza accordata alla confisca (Cass., sez. III, 9 febbraio 2017, n. 28077, Marcantoni ed altro, in *CED Cass.*, n. 270333-01).

Per contro, una seconda opzione ermeneutica individua il criterio per dirimere la coesistenza dei vincoli nella priorità temporale. In altri termini, qualora il sequestro sia intervenuto successivamente alla declaratoria di liquidazione giudiziale, prevale la procedura concorsuale (Cass., sez. III, 16 novembre 2021, n. 47299, Fallimento Bellelli Engineering S.r.l., in *CED Cass.*, n. 282618-01; Cass., sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936, Fallimento Mantova Petroli S.r.l. in liquidazione, *ivi*, n. 277257; Cass., sez. III, 29 maggio 2018, n. 45574, E., *ivi*, n. 273951-01). A conferma di questo assunto, è stato evidenziato che il fallito viene spossessato di ogni bene che entra a far parte della massa attiva e, perciò, il curatore ha la legittimazione a richiedere la restituzione di quanto caduto in sequestro.

Infatti, la dichiarazione di liquidazione giudiziale fa sì che il fallito perda il potere di disporre del proprio patrimonio con la correlativa attribuzione al curatore, terzo estraneo al reato, del compito di gestire i cespiti aziendali al fine di evitare la dispersione delle garanzie patrimoniali dei creditori (Cass., sez. III, 16 novembre 2021, n. 47299, cit.; Cass., sez. III, 29 maggio 2018, n. 45574, cit.).

A confutazione dell'opposta opinione, i sostenitori del criterio temporale affermano che l'obbliga-

torietà della confisca in materia tributaria non è assoluta, posto che vi è la deroga del terzo estraneo alla condotta delittuosa (Cass., sez. III, 28 settembre 2021, n. 11068, Rellecke Nasi, in *CED Cass.*, n. 283763-01). Diversamente opinando, si finirebbe con il ledere gli interessi dei creditori del fallito, i quali sono estranei al reato: interessi che, invece, l'ordinamento mira a tutelare attraverso la nomina di un curatore mediante le sue funzioni di rappresentanza e gestione del patrimonio aziendale (Cass., sez. III, 26 febbraio 2020, n. 14766, Sangermano, in *CED Cass.*, n. 279382-01; Cass., sez. III, 29 maggio 2018, n. 45574, cit.). Conferire una indiscriminata prevalenza alle pretese dello Stato, non differenti sul piano ontologico da quelle di ogni altro creditore insinuato nel fallimento, significherebbe compromettere la *par condicio creditorum* (Cass., sez. III, 16 novembre 2021, n. 47299, cit.)

In questa prospettiva, i compiti del curatore, detentore dei beni del fallimento, assumono una valenza pubblicistica di protezione della pretesa creditoria (Cass., sez. un., 26 settembre 2019, n. 45936, cit.; Cass., sez. II, 11 agosto 2005, n. 16853, in *CED Cass.*, n. 585055; Cass., sez. I, 6 marzo 1995, n. 2570, *ivi*, n. 490929).

Le sezioni unite in commento aderiscono alla prima ricostruzione prospettata.

La pronuncia annotata richiama, innanzitutto, l'introduzione, per mezzo dell'art. 317 d.lgs. n. 14/2019, del criterio di prevalenza delle misure cautelari reali, tra cui anche l'istituto contemplato dall'art. 321, comma 2, c.p.p., rispetto alle determinazioni assunte in sede concorsuale.

Questa nuova disciplina si inserisce in una più ampia visione adottata dal legislatore di cui si rinviene traccia nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia). Nel dettaglio, la disciplina ricavabile dagli artt. 63 ss. d.lgs. n. 159/2011, come modificati dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, assieme alle modifiche apportate ad opera del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 all'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 e all'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., ci restituiscono un sistema in cui è evidente il primato dell'interesse pubblico alla prevenzione e repressione di fenomeni criminali di particolare disvalore sociale rispetto alle questioni legate alla liquidazione giudiziale.

La S.C., nella decisione a sezioni unite in commento, ribadisce che la declaratoria di fallimento non comporta un mutamento nella titolarità dei beni i quali rimangono, fintantoché non vengano ceduti all'esito della procedura concorsuale, nell'appartenenza del fallito.

In altre parole, il vincolo impresso alla società per mezzo della dichiarazione di fallimento comporta soltanto un'impossibilità di disposizione delle *res* che la compongono, ma non anche l'estinzione dell'ente il quale vede la permanenza delle funzioni dei suoi organi, seppur nei limiti delle dinamiche concorsuali (Cass., sez. I, 3 novembre 2020, n. 24326, in *CED Cass.*, n. 659654-01).

Per quanto attiene la figura del curatore fallimentare, questi non è annoverabile nella «persona estranea al reato» ex art. 12-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000: pur ricevendo egli in carico la detenzione dei beni dell'azienda, la titolarità sui medesimi rimane in capo al fallito e non viene trasferita *ope legis* al curatore (Cass., sez. II, 4 settembre 2015, n. 17605, in *CED Cass.*, n. 636403-01; Cass., sez. II, 11 agosto 2005, n. 16853, cit.; Cass., sez. V, 30 marzo 2000, n. 1926, Vasaturo, in *CED Cass.*, n. 216540-01).

A maggiore conferma del principio sopraesposto, è stato richiamato l'intervento chiarificatore fornito dalla Consulta con riguardo alla vecchia legge fallimentare, a mente del quale non è rintracciabile nell'ordinamento una norma giuridica secondo cui il fallito viene privato della capacità di agire (Corte cost., ord. n. 267/2002; C. cost., sent. n. 549/2000). Del medesimo avviso è la giurisprudenza amministrativa ove si è ritenuto il curatore fallimentare essere in rapporto di mera detenzione in riferimento al patrimonio della cui gestione è stato incaricato (Cons. Stato, ad. plen., sent. n. 3/2021).

In conclusione, le sezioni unite annotate risolvono la questione posta dall'ordinanza di rimessione enunciando il seguente principio di diritto: «L'avvio della procedura fallimentare non preclude il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni attratti alla massa fallimentare per i reati tributari».

Ad ulteriore giustificazione della soluzione adottata la pronuncia in commento si sofferma su di un'altra questione. In particolare, il conferimento al curatore della legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti con cui vengono disposte misure cautelari reali non postula che gli interessi dei creditori concorsuali debbano prevalere su quelli del sequestro.

Alla confisca per reati tributari, in quanto istituto dall'applicazione obbligatoria, deve essere riconosciuta una posizione di prevalenza sui diritti di credito emersi nella procedura fallimentare, anche a prescindere dal momento in cui ha avuto avvio la procedura stessa.

Questo assunto risulta evidente dallo stesso dettato letterale di cui all'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000, il

quale chiarisce che il sequestro opera “sempre”: e, quindi, anche in caso di apertura delle procedure concorsuali, a prescindere dall’ anteriorità o meno nei confronti del sequestro. Alla lesione degli interessi erariali dello Stato non può essere assegnata una posizione recessiva in relazione ai creditori concorsuali.

Diversamente opinando, si rischierebbe di vanificare il meccanismo *ex art. 12-bis* d.lgs. n. 74/2000, che, imponendo un automatico assoggettamento alla misura ablatoria, mira ad impedire che avvenga la circolazione di beni che costituiscono il profitto dei reati tributari.

In definitiva, le sezioni unite in commento ritengono che il carattere obbligatorio della confisca del profitto dei reati tributari comporta la prevalenza del vincolo penalistico rispetto alle posizioni creditorie emerse in sede di liquidazione giudiziale.

Pertanto, la figura del curatore non è qualificabile come “terzo estraneo” di cui all’ art. 12-bis d.lgs. n. 74/2000, atteso che, assolvendo ad un compito esclusivamente gestionale e mirato al soddisfacimento dei creditori, non rileva ai fini della deroga contemplata.

#### LA NOTIFICA AL DIFENSORE D’UFFICIO CHE NON HA ACCETTATO L’ELEZIONE DI DOMICILIO E L’ABNORMITÀ DELLA TRASMISSIONE DEGLI ATTI AL PUBBLICO MINISTERO

(Cass., sez. un., 18 ottobre 2023, n. 42603)

Le sezioni unite sono state chiamate a deliberare sui seguenti quesiti: «se, nella vigenza della normativa antecedente il d.lgs. n. 150/2022, qualora l’imputato elegga domicilio presso il difensore di ufficio e quest’ultimo non accetti la elezione, possa ugualmente effettuarsi la notificazione dell’atto di citazione a giudizio al medesimo difensore a norma dell’art. 161 c.p.p., comma 4, ovvero la stessa sia nulla, dovendo procedersi alla notificazione con le modalità di cui all’art. 157 ed eventualmente art. 159 c.p.p.»; nonché, «se il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell’atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero sia abnorme, perché avulso dal sistema processuale e, comunque, idoneo a determinare la stasi del procedimento ovvero costituisca invece espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall’ordinamento processuale»; e, infine, «se sia abnorme il provvedimento con il quale il giudice di pace, ritenuta la nullità della notificazione della citazione a giudizio nelle forme della presentazione immediata a norma dell’art. 20-bis d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero per la rinnovazione della notificazione stessa».

In riferimento alla prima delle questioni sottoposte alla sua attenzione, la sentenza in commento, ripercorrendo le evoluzioni normative succedutesi in materia, afferma che l’art. 162, comma 4-bis, c.p.p., introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, corrisponde all’esigenza di garantire un’effettiva conoscenza, in ossequio alle garanzie difensive, della citazione a giudizio. In un quadro normativo che, a partire dalla riforma effettuata con la l. 28 aprile 2014, n. 67, privilegia un processo celebrato in assenza, in luogo di quello contumaciale, l’art. 420-bis c.p.p. (nella formulazione precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. “riforma Cartabia”) consentiva il giudizio *in absentia* qualora vi fosse stata la dichiarazione o elezione del domicilio. Ne deriva che il dettato normativo non distingueva le due differenti ipotesi di nomina di un difensore di fiducia, da un lato, e di assegnazione di un difensore *ex officio*, dall’altro.

Alla luce della descritta disciplina normativa, un filone giurisprudenziale rinveniva nell’elezione di domicilio anche presso il difensore d’ufficio una “presunzione di conoscenza del processo”, consentendo, così, di dare corso al giudizio in assenza dell’imputato (Cass., sez. V, 7 luglio 2016, n. 36855, Baron, in *CED Cass.*, n. 268322; Cass., sez. V, 13 novembre 2015, n. 12445, Degasperi, *ivi*, n. 266368). La rigidità di tale impostazione è stata stemperata da un diverso indirizzo interpretativo in base al quale si è ritenuta non sufficiente ai fini di una conoscenza reale del processo a proprio carico l’elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata in sede di redazione del verbale di identificazione da parte della polizia giudiziaria (Cass., sez. II, 24 gennaio 2017, n. 9441, Seli, in *CED Cass.*, n. 269221). Più precisamente, è stato evidenziato che la consapevolezza, affinché possa dirsi rispettosa dei precetti costituzionali e sovranazionali sulla partecipazione al procedimento, deve essere desunta da un atto compiuto in una fase sufficientemente avanzata del procedimento. Di conseguenza, va esclusa rilevanza in tal senso

ad atti posti in essere in un momento talmente prodromico della sequenza procedimentale da precedere l'iscrizione del nome della persona sottoposta alle indagini nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (cfr. Cass., sez. II, 4 marzo 2015, n. 12630, Prroj, in *CED Cass.*, n. 262929; Cass., sez. I, 20 ottobre 2010, n. 39818, Mammì, *ivi*, n. 249015).

A fronte dell'incertezza giurisprudenziale che si era venuta a creare, il legislatore del 2017 ha rimesso al difensore d'ufficio domiciliatario la facoltà di prestare il suo assenso o meno all'elezione ricevuta, al fine di garantire un'elezione di domicilio maggiormente accorta ed efficace (Cass., sez. un., 26 novembre 2020, n. 15498, Lovric, in *CED Cass.*, n. 280931; Cass., sez. un., 28 novembre 2019, n. 23948, Ismail, *ivi*, n. 279420; Cass., sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28912, Innaro, *ivi*, n. 275716).

Nella medesima ottica si inserisce una pronuncia della Consulta ove, in tema di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 c.p.p., si è ribadito che dal mero fatto della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio al momento dell'identificazione da parte della polizia giudiziaria non è possibile desumere se vi è stata o meno l'instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato, con la conseguenza sussistenza di un rapporto di informazione tra i due (Corte cost. n. 31/2017).

Tuttavia, l'art. 162, comma 4-bis, c.p.p. non ha specificato quali sono le conseguenze derivanti dal mancato assenso del difensore alla domiciliazione.

Sotto questo profilo, un primo orientamento ha ritenuto che, qualora a seguito del rifiuto del difensore d'ufficio l'imputato non provveda ad effettuare una nuova e diversa elezione di domicilio, deve trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 161, comma 4, c.p.p., con consegna al medesimo difensore (Cass., sez. II, 14 gennaio 2020, n. 10358, Rcmannov, in *CED Cass.*, n. 278427; nonché, Cass., sez. II, 3 maggio 2019, n. 27935, Betancur, *ivi*, n. 276214). Per tale via, si mette in rilievo l'onere dell'imputato di mantenere dei rapporti attivi con il difensore d'ufficio-domiciliatario, visto che tra i due, pur in assenza di un rapporto fiduciario vero e proprio, si instaura comunque un certo affidamento (Cass., sez. V, 4 maggio 2017, n. 33882, Moros Vega, in *CED Cass.*, n. 271609; Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 4783, Roman, *ivi*, n. 251863; Cass., sez. IV, 20 maggio 2010, n. 31658, Rei, *ivi*, n. 248099; Cass., sez. V, 20 giugno 1997, n. 8825, Pollari, *ivi*, n. 208612).

Questa linea interpretativa tende a giungere alle medesime conclusioni anche all'indomani dell'introduzione dell'art. 162, comma 4-bis, c.p.p.

Un differente indirizzo ermeneutico respinge l'idea di far operare il meccanismo di cui all'art. 161, comma 4, c.p.p., per mancata accettazione della domiciliazione ad opera del difensore d'ufficio. A tal fine, si è messo in rilievo che, così facendo, si finisce con il tradire le finalità di garanzie sottese alla disposizione introdotta dalla novella del 2017, rendendo sostanzialmente irrilevante la facoltà del difensore d'ufficio di esprimere il consenso (Cass., sez. V, 14 giugno 2022, n. 32586, Stroe, in *CED Cass.*, n. 283566; Cass., sez. I, 9 marzo 2021, n. 17096, Austin, *ivi*, n. 281198). Non solo. La contrastante ricostruzione esegetica adotta un regime di conoscenza degli atti meramente formale, in spregio di un'attenta valutazione sulla reale contezza dell'imputato circa il processo, da cui è necessario desumere una rinuncia volontaria alla partecipazione allo stesso (sul punto, Cass., sez. un., 26 novembre 2020, n. 15498, Lovric, cit.).

Invero, la celebrazione del giudizio in assenza è subordinata tanto alla certezza della conoscenza del processo, quanto dalla inequivocità della rinuncia a comparire nel giorno fissato. Solo così è possibile mantenere l'equilibrio tra la pretesa punitiva dello Stato e l'esigenza di garantire il diritto dell'imputato alla partecipazione al suo processo (Cass., sez. un., 30 settembre 2021, n. 7635, Costantino, in *CED Cass.*, n. 282806).

Le sezioni unite in commento affermano di voler aderire alla seconda ricostruzione interpretativa. Questa soluzione è maggiormente coerente agli obiettivi di fondo della riforma del 2017, che, contrariamente opinando, verrebbero disattesi.

Da un punto di vista di qualificazione giuridica, la pronuncia annotata esclude che l'atto di rinuncia possa essere ricondotto ad un negozio giuridico processuale unilaterale non ricettizio, per la cui validità non è richiesta l'accettazione espressa da parte del domiciliatario, poiché tale linea di pensiero sarebbe inevitabilmente in contrasto con la disposizione dell'art. 162, comma 4-bis, c.p.p., che, appunto, nega effetti alla dichiarazione di elezione se non accompagnata dall'assenso del difensore domiciliatario e dalla relativa comunicazione all'autorità giudiziaria. Il dato normativo riconduce espressamente la produ-

zione di effetti, non tanto alla dichiarazione o elezione in sé, bensì ad una fattispecie più ampia e complessa che si compone anche del consenso manifestato dal difensore d'ufficio, nonché della comunicazione che ne è stata fatta all'autorità procedente.

Tra l'altro, la differente esegesi si pone in contrasto con il dato letterale di cui all'art. 161 c.p.p., non essendosi qui in presenza di uno dei presupposti indicati dalla norma richiamata e cioè l'insufficienza, l'inidoneità o la mancanza della dichiarazione o della elezione di domicilio.

Inoltre, la seconda tesi risulta maggiormente aderente alla nuova disciplina delle notificazioni che, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150/2022, sembra voler sempre più stimolare un momento di attenta verifica sull'esistenza di una conoscenza, non meramente formale, del processo da parte dell'imputato.

Ad esempio, la nuova formulazione dell'art. 157-ter c.p.p. impone che, in mancanza di dichiarazione o elezione, la *vocatio in ius* all'imputato non detenuto va effettuata con notificazione all'interessato nei luoghi e secondo le modalità di cui all'art. 157 c.p.p., e non già mediante la disciplina prevista dall'art. 161 c.p.p.

Pertanto, la consegna al difensore deve essere ricondotta alle uniche ed eccezionali ipotesi in cui vi sia il rifiuto da parte della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di dichiarare o eleggere il domicilio, o qualora sia stata omessa la comunicazione del mutamento della propria domiciliatazione.

Emerge così una netta distinzione tra, da una parte, la mancanza di un domicilio dichiarato o eletto, a cui segue la notificazione della citazione a giudizio nelle forme di cui all'art. 157 c.p.p., e, dall'altra, il rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, che comporta la consegna di copia al difensore, anche se designato d'ufficio. Ne discende che la mancanza di domicilio, lungi dal poter essere riscontrata nel rifiuto dell'imputato, deve essere individuata nel rigetto espresso del difensore di ufficio alla domiciliatazione, così come si evince anche dall'art. 162, comma 4-bis, c.p.p.

In definitiva, le sezioni unite in commento enunciano, in relazione alla prima questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, il seguente principio di diritto: «qualora l'imputato, nella vigenza della normativa antecedente il d.lgs. n. 150/2022, elegga domicilio presso il difensore d'ufficio e quest'ultimo non accetti la elezione, la notificazione dell'atto di citazione va effettuata nelle forme previste dall'art. 157 ed eventualmente dall'art. 159 c.p.p., e non mediante consegna di copia al medesimo difensore a norma dell'art. 161 c.p.p., comma 4».

In riferimento al secondo quesito sottoposto alla propria attenzione, concernente l'abnormità del provvedimento con cui il giudice del dibattimento ha dichiarato la nullità dell'atto di citazione a giudizio e disposto la trasmissione degli atti al pubblico ministero, la pronuncia oggetto di attenzione ha preliminarmente ricordato che l'ordinanza dibattimentale non è direttamente impugnabile. D'altra parte, ha messo in rilievo come l'abnormità possa operare anche in deroga al principio di tassatività che riguarda le impugnazioni.

In tema, si sono delineati due contrapposti approcci interpretativi. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, in caso di nullità della notificazione del decreto di citazione o di mancato rispetto del termine stabilito dall'art. 552, comma 3, c.p.p., è compito del giudice del dibattimento *ex art. 143 disp. att. c.p.p.* provvedere alla rinnovazione della notifica, non potendosi percorrere la via della restituzione degli atti al pubblico ministero (e, segnatamente, Cass., sez. III, 16 maggio 2018, n. 28779, Ingrassia, in *CED Cass.*, n. 273059; Cass., sez. I, 10 ottobre 2013, n. 43563, Brognara, *ivi*, n. 257415; Cass., sez. I, 13 gennaio 2010, n. 5477, Mofrh, *ivi*, n. 246056; Cass., sez. III, 25 giugno 2009, n. 35189, Di Maula, *ivi*, n. 244599; Cass., sez. V, 10 febbraio 2006, n. 12595, Spagnuolo, *ivi*, n. 234535; Cass., sez. IV, 30 novembre 2004, n. 4624, Forgione, *ivi*, n. 230932; Cass., sez. I, 6 ottobre 2004, n. 41733, Varroni, *ivi*, n. 229857; Cass., sez. I, 19 giugno 2003, n. 29191, Pushkar, *ivi*, n. 225065; Cass., sez. V, 7 aprile 2003, n. 22950, Perotti, *ivi*, n. 224545; Cass., sez. un., 29 maggio 2002, n. 28807, Manca, *ivi*, n. 221999).

Questa conclusione è giustificata dal fatto che il provvedimento con cui si prescrive la regressione del procedimento contrasterebbe con le ragioni di economia processuale.

Non rientra, quindi, tra i poteri conferiti al giudice del dibattimento, ed anzi si colloca al di fuori del sistema, quello di trasmettere gli atti al pubblico ministero per vizi attinenti alla notifica, ad eccezione del caso in cui, nei procedimenti a citazione diretta, il magistrato inquirente abbia del tutto omesso la notificazione.

L'opposta opzione ermeneutica ha, invece, escluso il carattere abnorme del provvedimento con cui il

giudice del dibattimento ordina il passaggio degli atti all'organo dell'accusa. Invero, in base a tale opinione, non si può asserire che il descritto provvedimento è avulso dal sistema processuale e dalle prerogative dell'organo giudicante, né che è destinato a generare una stasi del procedimento, in quanto il pubblico ministero può semplicemente disporre la rinnovazione della notificazione dell'avviso (Cass., sez. V, 16 gennaio 2023, n. 15779, in *CED Cass.*, n. 284543; Cass., sez. II, 17 luglio 2020, n. 24633, *ivi*, n. 279668; Cass., sez. VI, 16 ottobre 2019, n. 9571, P., *ivi*, n. 278622; Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, *ivi*, n. 243590).

D'altro canto, alla categoria dell'abnormità deve essere riconosciuta una portata eccezionale e derogatoria rispetto alla regola generale espressa dal principio di tassatività delle nullità e dei mezzi di impugnazione. La situazione in esame va più correttamente inquadrata tra i c.d. vizi innocui e cioè quelle situazioni in cui un successivo provvedimento rende irrilevante un vizio precedente: come nel caso di specie ove il pubblico ministero è chiamato a reiterare l'atto di notifica.

Le sezioni unite in commento aderiscono alla prima ricostruzione menzionata.

In primo luogo, è stato ricordato che non è abnorme la rilevazione della nullità di una notificazione da parte del giudice, sul rilievo che è un atto che rientra tra le prerogative che l'ordinamento gli assegna. Dato che rientra tra i compiti dell'organo giudicante quello di rinnovare la notificazione, l'eventuale restituzione degli atti al pubblico ministero risulterebbe abnorme, cioè avulsa dalla sequenza procedimentale (c.d. abnormità strutturale).

Tra l'altro, anche a voler procedere, come fa il secondo filone giurisprudenziale, tenendo ferma la distinzione tra i vari tipi di regresso, si giunge alle medesime conclusioni. Nel dettaglio, si differenzia tra il regresso tipico (previsto *ex lege*), regresso illegittimo (dato dal cattivo esercizio del potere) e regresso fonte di abnormità (e cioè atipico e conseguente ad un atto compiuto in carenza di potere).

In tal senso, va notato che, nel caso della restituzione degli atti al pubblico ministero per nullità della notificazione della citazione a giudizio, il regresso è disposto per carenza di potere, ben potendo il giudice ordinare la rinnovazione della notificazione.

L'approccio secondo cui alla c.d. abnormità strutturale possa sopperire la c.d. abnormità funzionale, e cioè il successivo adempimento da parte del pubblico ministero, non viene tanto in rilievo con riguardo alla carenza di potere, bensì con riguardo alle regressioni illegittime dovute ad un cattivo uso del potere.

In definitiva, la sentenza in commento ha pronunciato il seguente principio di diritto: «il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara la nullità dell'atto di citazione a giudizio per vizi relativi alla sua notificazione e disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero è abnorme, perché avulso dal sistema processuale».

Infine, le sezioni unite oggetto di attenzione si sono pronunciate sull'ultima questione sollevata afferente all'abnormità dell'ordinanza con cui il giudice di pace restituisce gli atti al pubblico ministero per la rinnovazione dell'irrituale notificazione della citazione a giudizio ai sensi dell'art. 20-*bis* d.lgs. n. 274/2002.

Innanzitutto, si è messo in rilievo che la disciplina di cui all'20-*bis* d.lgs. n. 274/2002 è stata modellata su quella del giudizio direttissimo. In particolare, nei casi di flagranza di reato o di evidenza della prova, si ha la richiesta da parte della polizia giudiziaria di presentazione immediata, cui fa seguito la conseguente autorizzazione del pubblico ministero. Entrambi gli atti indicati vanno notificati senza ritardo all'imputato e al difensore, al fine di consentire una, seppur celere, articolazione dei mezzi di prova e la richiesta di un termine a difesa non superiore a 7 giorni ai sensi dell'art. 32-*bis* d.lgs. n. 274/2002.

A ben vedere, in mancanza della notificazione all'imputato il giudizio speciale *ex art. 20-bis* d.lgs. n. 274/2002, analogamente a quanto avviene per il giudizio direttissimo se l'imputato non viene citato, non può dirsi validamente instaurato (in tema, Cass., sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, Medhi, in *CED Cass.*, 2417066).

Se, dunque, il giudizio non è stato correttamente instaurato, il provvedimento con cui il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero per la rinnovazione della notifica non è abnorme (Cass., sez. I, 1° dicembre 2010, n. 180, El Basuni, in *CED Cass.*, n. 249433; Cass., sez. I, 15 giugno 2010, n. 30504, Balozzi, *ivi*, n. 248476). In altre parole, l'organo giurisdizionale, così facendo, esercita una ordinaria attività di controllo sulla sussistenza dei presupposti per l'instaurazione del giudizio speciale.

Alla luce di queste considerazioni, le sezioni unite nella decisione in commento affermano il seguente principio di diritto: «non è abnorme il provvedimento con il quale il giudice di pace, ritenuta la nullità della notificazione della citazione a giudizio nelle forme della presentazione immediata a norma del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 20-*bis* disponga la trasmissione degli atti al pubblico ministero per la rinnovazione della notificazione stessa».

# DECISIONI IN CONTRASTO

## CONTRASTING DECISIONS

di Giada Bocellari

### INCONCILIABILITÀ TRA GIUDICATI: AMMISSIBILE LA REVISIONE DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO

(Cass., sez. V, 5 ottobre 2023, n. 43631)

La sentenza in commento ritiene ammissibile la richiesta di revisione di una sentenza di patteggiamento per inconciliabilità con l'accertamento compiuto in giudizio nei confronti di altro imputato per il quale si sia proceduto separatamente, purché l'inconciliabilità si riferisca ai fatti stabiliti a fondamento della sentenza di condanna e non già alla loro valutazione.

Tale pronuncia si pone nel solco della giurisprudenza maggioritaria (Cass., sez. I, 8 gennaio 2021, n. 15088; Cass., sez. VI, 17 aprile 2018, n. 34927; Cass., sez. VI, 14 maggio 2015, n. 23682; Cass., sez. V, 13 gennaio 2015, n. 10405), che valorizza, anzitutto, il dato letterale dell'attuale art. 629 c.p.p. in tema di revisione (modificato dall'art. 3 della l. 12 giugno 2003, n. 134), il quale contiene un espresso riferimento alla sentenza di patteggiamento e al decreto penale di condanna, senza prevedere alcuna limitazione in ordine alle ipotesi di revisione per tali provvedimenti; in secondo luogo, l'orientamento maggioritario tende a sottolineare anche la natura ontologicamente debole dell'accertamento sotteso alla sentenza di patteggiamento, che rende, invero, ancora più pregnante l'istanza di garanzia sottesa alla revisione nell'ipotesi di sopravvenuta inconciliabilità con altra sentenza irrevocabile.

Addirittura, di recente, la Suprema Corte (Cass., sez. IV, 8 febbraio 2023, n. 10423) ha statuito che, in tema di riparazione dell'errore giudiziario, nel caso di proscioglimento all'esito del giudizio di revisione conseguente alla revoca della sentenza di patteggiamento per contrasto di giudicati, la richiesta di applicazione della pena non costituisce condotta ostativa nemmeno al riconoscimento del diritto alla riparazione, non essendo causa dell'errore giudiziario.

È stato poi evidenziato che, in tema di revisione richiesta ai sensi dell'art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., valgono le regole generali anche nel caso della sentenza di patteggiamento: il giudice è, dunque, tenuto a procedere ad una rivalutazione congiunta ed unitaria del materiale probatorio che ha dato luogo alla sentenza di condanna, raffrontandola con i dati fattuali incontrovertibilmente accertati risultanti dalla sentenza che si pone in conflitto e, in caso di conferma della sentenza impugnata, a dare conto, con motivazione rafforzata, delle ragioni per le quali, pur in presenza di fatti oggettivamente inconciliabili, ha ritenuto di dover ribadire la soluzione adottata dalla sentenza attinta dalla istanza di revisione (Cass., sez. III, 19 luglio 2017, n. 48344).

Vi è, tuttavia, un orientamento giurisprudenziale contrastante (Cass., sez. I, 17 ottobre 2017, n. 4417; Cass., sez. V, 4 maggio 2015, n. 34443; Cass., sez. III, 23 aprile 2013, n. 23050; Cass., sez. III, 18 dicembre 2013, n. 13032), secondo cui, viceversa, è inammissibile la revisione ex art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p. di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, in quanto pronunciata all'esito di una procedura priva della ricostruzione probatoria del fatto e dell'accertamento della responsabilità penale dell'autore, secondo le regole valide per il dibattimento o per il giudizio abbreviato. Muovendo da tale considerazione (che si ritrova in Cass., sez. un., 27 settembre 1995, n. 10372 e Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 5777), tale orientamento esclude la proponibilità del rimedio straordinario, ritenendo che la sentenza di patteggiamento non rientri nel *genus* "altra sentenza penale irrevocabile", idoneo ad integrare l'ipotesi di revisione di cui all'art. 630, comma 1, lett. a), c.p.p., a fronte "dei ristretti spazi cognitivi" e dei "diversi canoni valutativi" di apprezzamento circa la fondatezza dell'addebito in cui si muove il giudice del patteggiamento rispetto a quanto è demandato al giudice che proceda con altro rito.

Sempre secondo tale orientamento, non sarebbe un valido argomento contrario l'inclusione, a seguito della l. n. 134/2003, della sentenza di patteggiamento emessa ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p.



nel novero delle pronunce soggette a revisione, secondo l'elencazione così integrata e contenuta nell'art. 629 c.p.p., atteso che la stessa sarebbe piuttosto riferibile agli altri casi di revisione, soprattutto a quelli contemplati nella lett. b) dell'art. 630 c.p.p. L'estensione del rimedio straordinario alla sentenza di patteggiamento risulterebbe problematico sul piano sistematico, ma comunque non sarebbe idoneo ad incidere sulla natura dell'intervento giudiziale di mero controllo in ordine al patto negoziato tra le parti e nemmeno sulla funzione della motivazione della relativa sentenza, che esprime solamente il risultato della verifica, ma non il ragionamento cognitivo sotteso ed ha comunque effetti meno ampi, poiché l'imputato, con l'espressione del proprio consenso irrevocabile al patteggiamento, ha rinunciato alla fase di accertamento dei fatti e della propria responsabilità, che, dunque, non si è svolta nel procedimento originario e non può ammettersi nemmeno in sede di revisione (Cass., sez. VI; 13 dicembre 2013, n. 10299).

La pronuncia in commento, dunque, ponendosi nel solco della giurisprudenza più recente e, ad oggi, maggioritaria, sembra restituire valore al dato normativo, che, come evidenziato, non pone limitazione alcuna alle ipotesi di revisione della sentenza di patteggiamento e, dunque, nemmeno all'applicabilità dell'art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p. Tale conclusione risulta, peraltro, conforme alla natura della scelta dell'imputato, atteso che la precedente rinuncia ad un accertamento completo dei fatti e della propria responsabilità, a differenza che in altri ordinamenti, non presuppone necessariamente un'ammissione di responsabilità, ma può essere dettata dalle più svariate motivazioni, anche personali e comunque insindacabili dello stesso, che non possono per ciò solo precludere il diritto ad un accertamento completo successivo, laddove la scelta si palesi in aperto contrasto con altra sentenza irrevocabile che renda quella resa a seguito di patteggiamento intrinsecamente ingiusta.

#### **SPECIFICO MANDATO AD IMPUGNARE CON DICHIARAZIONE O ELEZIONE DI DOMICILIO: VALE ANCHE PER IL RICORSO PER CASSAZIONE?**

(Cass., sez. VI, 29 novembre 2023, n. 47771)

La sentenza in commento affronta uno dei tanti problemi interpretativi sorti a seguito della c.d. Riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) e, segnatamente, quello relativo alla necessità o meno di specifico mandato ad impugnare con indicazione della dichiarazione o elezione di domicilio dell'imputato per il ricorso per cassazione.

L'art. 581 c.p.p., nella nuova formulazione, prevede, infatti, che con l'atto d'impugnazione delle parti private e dei difensori è depositata, a pena d'inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (comma 1-ter) e che, nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto d'impugnazione del difensore è depositato, a pena d'inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (comma 1-quater).

Secondo la pronuncia in esame, l'art. 581, commi 1-ter e 1-quater è norma non applicabile nel giudizio in cassazione. I giudici di legittimità evidenziano che all'art. 581 c.p.p. sono stati aggiunti i commi 1-bis, 1-ter, 1-quater, che introducono previsioni d'inammissibilità specificamente riferite all'appello in una *sedes materiae* non ottimale, trattandosi di norma generale che afferisce alla forma delle impugnazioni. In particolare, il comma 1-ter non riguarda il ricorso per cassazione la cui disciplina non prevede la notificazione di un decreto di citazione a giudizio dell'imputato e delle altre parti private. Gli atti preliminari al giudizio di cassazione (art. 610, commi 1 e 3) prevedono, invero, soltanto l'avviso ai difensori della data dell'udienza in cui è fissata la trattazione del ricorso. Anche il comma 1-quater, che mira ad escludere la possibilità che siano presentate impugnazioni senza il volere dell'imputato, riguarda soltanto l'appello dovendosi ricondurre tale disposizione all'ipotesi dell'imputato dichiarato assente nel giudizio di primo grado.

Dello stesso avviso risulta altra recente pronuncia (Cass., sez. II, 6 ottobre 2023, n. 40824), per cui deve ritenersi esclusa l'applicabilità al ricorso per cassazione dell'onere previsto, a pena di inammissibilità, dall'art. 581, comma 1-ter, c.p.p., come novellato dall'art. 33, comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, secondo cui lo specifico mandato a impugnare deve contenere la dichiarazione o l'elezione di

domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio di quest'ultimo, atteso che, nel giudizio di legittimità, non è prevista la notificazione di un decreto di citazione a giudizio. Gli atti preliminari al giudizio di legittimità prevedono, in effetti, soltanto l'avviso ai difensori della data dell'udienza in cui è stata fissata la trattazione del ricorso (art. 610, comma 5, c.p.p.). Peraltro, nessun avviso viene dato all'imputato se non nel caso in cui egli non sia assistito da un difensore di fiducia o sia assistito da un difensore di fiducia non iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione (art. 613, comma 4, c.p.p.). Viceversa, tale pronuncia ritiene astrattamente applicabile al ricorso per cassazione il comma 1-*quater* dell'art. 581 c.p.p. nella parte in cui richiede, a pena di inammissibilità, «specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza», ma precisa che, siccome la *ratio* risulta ispirata ad esigenze sia di garanzia dell'imputato sia di razionale e utile impiego delle risorse giudiziarie, nonché di assicurare che la celebrazione delle impugnazioni abbia luogo solo quando si abbia effettiva contezza della conoscenza, da parte dell'imputato, della sentenza pronunciata in sua assenza, nonché della volontà dello stesso imputato di impugnarla, tale volontà può emergere anche *aliunde* (ad esempio, nel caso concreto, lo specifico mandato era stato rilasciato con la richiesta di rescissione del giudicato).

La norma di nuovo conio, dunque, secondo tale orientamento, non avrebbe portata, in assoluto, generale e tale principio sembra valorizzato anche da altre pronunce: ad esempio, Cass., sez. II, 28 giugno 2023, n. 33355 (ribadito anche da Cass., sez. II, 20 settembre 2023, n. 38442), ha statuito che la nuova disposizione di cui all'art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p. (introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 150/2023, ed in vigore per le impugnazioni proposte avverso sentenze pronunciate in data successiva a quella di entrata in vigore del citato d.lgs.) – che richiede, a pena d'inammissibilità, il deposito, unitamente all'atto d'impugnazione, della dichiarazione od elezione di domicilio della parte privata, ai fini della Corte di Cassazione – copia non ufficiale notificazione del decreto di citazione a giudizio – non opera anche nel caso in cui l'imputato impugnante sia detenuto.

L'esclusione di una portata generale sembra anche ribadita da altra pronuncia (Cass., sez. IV, 3 maggio 2023, n. 22140), che ha escluso l'applicabilità dell'art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p. nella fase cautelare, evidenziando come, con le nuove norme, inquadrate nell'ambito dell'esigenza generale che ha ispirato la riforma del processo *in absentia* (ossia la certezza della conoscenza del processo a suo carico da parte dell'imputato), il legislatore abbia voluto innestare anche un onere collaborativo, riguardante sia il processo celebrato in assenza sia quello in cui l'imputato abbia avuto conoscenza del giudizio, onere finalizzato alla regolare celebrazione della fase del processo di secondo grado. E ciò ai fini di assicurarne la ragionevole durata ed impedire una eventuale dichiarazione di improcedibilità: esigenze, queste, del tutto estranee alla fase cautelare, per cui deve escludersi l'applicabilità all'appello cautelare degli specifici oneri formali previsti dal nuovo art. 581 c.p.p. per la notifica del decreto di citazione a giudizio.

Esiste, tuttavia, un orientamento contrastante (Cass., sez. V, 26 settembre 2023, n. 39166), che, in tema di impugnazioni, ritiene applicabili al ricorso per cassazione, proposto dall'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, gli specifici oneri formali previsti dall'art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p., novellato dall'art. 33, comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. A fondamento della propria decisione, la Suprema Corte ha evidenziato come tale norma rientri tra le disposizioni generali relative alle impugnazioni, valevoli, in mancanza di indici normativi di segno contrario, anche per il ricorso per cassazione; e come essa non possa essere intesa nel senso di consentire l'impugnazione di legittimità nell'interesse dell'imputato assente secondo un regime meno rigoroso di quello vigente per l'appello, che è comunque funzionale a garantire l'esercizio consapevole del diritto di impugnazione.

In tal senso, con riferimento all'imputato detenuto ed in aperto contrasto con altra decisione (Cass., sez. II, 28 giugno 2023, n. 33355), la Corte di legittimità (Cass., sez. IV, 16 ottobre 2023, n. 41858) ha anche ritenuto che la inammissibilità dell'impugnazione prevista dall'art. 581 comma 1-*ter* c.p.p., introdotto con l'art. 33 comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022 n.150, in ipotesi di omesso deposito della a dichiarazione o elezione di domicilio da parte dell'imputato appellante, ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione, opera anche nei confronti del detenuto sottoposto agli arresti domiciliari al quale la notifica deve essere eseguita ai sensi dell'art. 157 c.p.p.

Stante l'evidente rilevanza delle questioni trattate, si auspica che a breve le stesse siano rimesse alle sezioni unite per una valutazione organica della nuova normativa.

# RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

## BIBLIOGRAPHIC REVIEW

di Erica Sangiovanni e Violette Sirello

**AA.VV., RIASSETTI DELLA PENALITÀ, RAZIONALIZZAZIONE DEL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO, GIUSTIZIA RIPARATIVA, A CURA DI E.M. CATALANO-R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI, VOL. II, TORINO, GIAPPICHELLI, 2023, PP. IX-428**

Il secondo volume collettaneo di una trilogia dedicata alla riforma della giustizia penale è incentrato sul procedimento penale di primo grado, a cui sono dedicati i capitoli centrali, ma contiene anche riflessioni critiche sulle modifiche attinenti al diritto penale sostanziale che, nel disegno riformista dovrebbero contribuire a ridurre sensibilmente il carico di lavoro degli uffici giudiziari. Una parte importante è, inoltre, dedicata alla giustizia penale riparativa, la vera novità della riforma. L'opera si chiude con le opinioni di operatori, difensore, pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, giudice del dibattimento collegiale e monocratico, chiamati ad evidenziare, alla luce della propria esperienza professionale, i tratti maggiormente apprezzati e/o criticati della riforma.

Il volume si apre con un'analisi dedicata agli istituti di duplice matrice sostanziale e processuale: il proscioglimento per la particolare tenuità del fatto, oggetto di una modifica che ne ha esteso l'ambito applicativo, rispetto a quanto previsto dal d.lgs. n. 28/2015; la disciplina della pena pecuniaria modificata allo scopo di accrescerne la concreta applicabilità; l'istituto della messa alla prova, ora esteso a molti reati che prima non l'ammettevano e, infine, la disciplina dei reati perseguibili a querela, peraltro oggetto di un successivo intervento correttivo ad opera della l. n. 60/2023.

Una attenta riflessione è dedicata al tema della gestione telematica del processo penale. Già da tempo sperimentato in altri ambiti giurisdizionali (civile, amministrativo e tributario), il processo telematico, complice anche la pandemia che ha permesso di sperimentarne l'utilizzo, approda anche in ambito penale, superando le iniziali e forti resistenze causate dalla delicatezza degli interessi in gioco. La riforma Cartabia interviene sul punto, modificando o abrogando il 43,75% del *corpus* normativo del libro II c.p.p., dedicato agli Atti. La digitalizzazione apre, dunque, nuove e significative opportunità, potendo contribuire all'auspicata attuazione del principio della massima semplificazione nello svolgimento del processo lungo tre direttrici: la prima riguarda la formazione, la trasmissione, la conservazione e l'accesso digitale agli atti; la seconda attiene alla partecipazione a distanza; la terza investe le notificazioni.

L'analisi poi affronta il tema delle indagini preliminari. Qui la riforma ha apportato numerose modifiche, accomunate da due obiettivi strategici: ci si propone in *primis* di riscrivere la disciplina sui limiti temporali della fase sì da renderli più stringenti e controllabili. A tale scopo gli interventi riguardano, in particolare, le nuove norme sulla registrazione delle notizie di reato e l'attribuzione al giudice del potere di verificarne l'effettivo rispetto, anche attraverso il potere di retrodatare l'iscrizione tardiva o addirittura omessa. Il secondo obiettivo consiste nel rendere più selettivo il filtro dell'archiviazione, verso cui il p.m. dovrà indirizzarsi ogni qual volta gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole probabilità di condanna. L'auspicio è quello di ridimensionare il numero delle richieste di rinvio a giudizio destinate a sfociare in una sentenza assolutoria. Non si trascurano, infine, le previsioni in tema di documentazione degli atti a contenuto dichiarativo. È previsto, infatti, ogni qual volta sia possibile, che la redazione del verbale sia accompagnata dalle riproduzioni audiovisive o fonografiche, conferendo, dunque, a tali atti investigativi maggior peso nella fase successiva al giudizio.

Il capitolo successivo è dedicato alle novità introdotte alla fase dell'udienza preliminare, con particolare attenzione al nuovo istituto dell'udienza predibattimentale prevista per i reati procedibili a citazione diretta, il cui catalogo è stato esteso ai reati attribuiti al giudice monocratico e di non complesso ac-

certamento. L'udienza predibattimentale, se adeguatamente esplicita, rappresenta il vero snodo procedurale volto al risparmio di tempi e risorse, in linea con l'obiettivo principale della riforma. Tuttavia, si evidenzia come la regola di giudizio prevista per il provvedimento conclusivo dell'udienza sia stata allineata a quella dettata per il provvedimento conclusivo delle indagini preliminari, sicché già in questa fase un giudice è chiamato a fare una previsione di condanna, pregiudicando così fortemente la posizione dell'imputato che sia rinviato a giudizio.

Segue un'esauritiva e particolareggiata analisi dei recenti interventi legislativi sui procedimenti speciali. Le novità riguardano in particolare il patteggiamento entrato da tempo in una situazione di stallo con una conseguente scarsa operatività. Il legislatore del 2022 è intervenuto con l'intenzione di rendere più appetibile per l'imputato il c.d. patteggiamento allargato che, pur essendo stato introdotto nel 2003, nella pratica è stato poco valorizzato. L'Autrice esamina poi gli interventi volti a rendere più allettante anche il procedimento per decreto fino ad oggi privo di capacità deflattiva. Sono due le strategie legislative volte a valorizzarlo: la prima, orientata a ridurre la percentuale di opposizioni, prevede un termine più ampio tale da consentire all'accusa di correlare la propria richiesta con un bagaglio conoscitivo più dettagliato e riducendo significativamente la pena pecuniaria giornaliera; la seconda, con l'obiettivo di estenderne il raggio applicativo, offre al condannato insolubile la possibilità di saldare il proprio debito con la società, assoggettandosi al lavoro di pubblica utilità. Anche sul rito della sospensione del procedimento con messa alla prova è intervenuta la riforma, ampliando l'area dei reati che ammettono questa alternativa al giudizio (art. 550, comma 2, c.p.p.) e attribuendo anche al pubblico ministero la facoltà di proporre questo percorso, finora lasciato all'iniziativa dell'imputato. Il capitolo si chiude con l'istituto della "archiviazione condizionata": già prevista in materia di sicurezza sul lavoro (d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758) e ambientale (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), questa particolare modalità di archiviazione, secondo l'iniziale progetto della Commissione ministeriale presieduta da Giorgio Latanzi, avrebbe dovuto estendersi all'intera categoria contravvenzionale, ma un eccesso di diffidenza ha indotto il legislatore delegato a procedere con estrema cautela circoscrivendola alla sola materia (contravvenzionale) delle frodi alimentari (art. 12-ter ss. l. n. 283/1962).

Coerente con l'obiettivo di realizzare un processo efficiente appaiono, ad una prima lettura, minime e marginali le modifiche apportate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 alle norme che disciplinano il dibattimento. La vera novità sta nella soluzione offerta dalla riforma al dibattuto problema della lettura e successiva acquisizione dei verbali di dichiarazione resi precedentemente, giacché non di rado, i tempi lunghi del dibattimento mutano gli organi giudicanti e moltiplicano le occasioni in cui sono letti davanti al "nuovo" giudice verbali di atti formati nel contraddittorio fra le parti nel precedente spezzone dibattimentale, mettendo in discussione il fondamentale principio di immediatezza/oralità. La riforma, incoraggiata dalla sentenza n. 132/2019 della Corte costituzionale, amplia la possibilità di recuperare la versione video-audio registrata della dichiarazione resa davanti al "vecchio" giudice.

Ben due sono i capitoli dedicati alla vera novità della riforma: la giustizia penale riparativa. Non una novità assoluta nel nostro ordinamento, in cui erano già presenti spazi per la mediazione, ma con elementi di sicura originalità rispetto al passato, come l'accesso ai percorsi di giustizia riparativa per tutti i reati in cui vi sia un'offesa da riparare e in qualunque fase del procedimento, sia prima dell'instaurazione del rito (per i delitti perseguibili a querela si può accedere ai programmi di giustizia riparativa prima della sua proposizione), sia durante l'esecuzione. L'analisi della disciplina, dal punto di vista sostanziale consente di evidenziare i valori sottesi alle condotte riparatorie, mentre la differente prospettiva processuale aiuta a coglierne i riflessi tanto sul procedimento, quanto sulla fase esecutiva, classificabili in tre diverse tipologie: per i reati perseguibili a querela, il buon esito della procedura riparativa può condurre ad una rinuncia della querela stessa; nei restanti casi, il percorso riparativo è destinato ad affiancare il procedimento penale, sul cui esito può comunque influire; infine, durante l'esecuzione penale, la procedura riparativa, se coltivata con successo, può sortire effetti positivi sul trattamento del condannato.

L'opera si chiude con l'esperienza dei protagonisti principali della vicenda giudiziaria: difensore, pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, giudice del dibattimento collegiale e monocratico, i quali sono chiamati ad evidenziare, alla luce della propria esperienza professionale, i tratti apprezzati e/o critici, della riforma.

Ne emerge in sintesi come le modifiche alla fase di primo grado si siano concentrate maggiormente

sulla fase investigativa, preservando la fase di filtro ed estendendola ai processi con citazione diretta. Nel quadro descritto il dibattito appare come un'eventualità lontana, per giunta depotenziata attraverso le nuove regole di lettura-acquisizione. La giustizia riparativa rappresenta la vera scommessa di questa riforma. (Erica Sangiovanni)

**AA.VV., L'ENNESIMA RIFORMA DELLE IMPUGNAZIONI FRA ASPETTATIVE DELUSE E PROFILI CONTROVERSI, A CURA DI M. BARGIS-H. BELLUTA, VOL. III, TORINO, GIAPPICHELLI, 2023, PP. IX-306**

Incentrato sull'ultima riforma in materia di impugnazioni, il volume rappresenta il terzo e ultimo atto dell'opera dedicata ai "Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati", evidenziandone (i pochi) pregi e (le numerose) criticità.

La prima parte del volume si apre con una serrata critica in ordine all'inammissibilità dell'impugnazione quale "sanzione" volta a realizzare la tanto ambita efficienza del processo, in coerenza con il «*cliché*» che individua nell'impugnazione stessa «un lusso che il sistema non si può permettere», in assenza di filtri idonei a discriminare le domande "meritevoli" da quelle dilatorie e strumentali.

Al «giro di valzer» cui è stato costretto il giudizio di appello nell'intervento riformatore è dedicato poi il secondo capitolo, che evidenzia armonie e disarmonie della nuova disciplina: se nei lavori della Commissione Lattanzi era mutato il «diapason al quale accordare il sistema delle impugnazioni», prospettando la rivoluzionaria ridefinizione dell'appello «quale strumento di controllo nel merito della sentenza di primo grado a favore dell'imputato», con la legge delega n. 134/2021 (e il d.lgs. n. 150/2022) lo slancio si esaurisce, sempre nel nome della deflazione e della speditezza.

Il rinvio ad altra sede della decisione ai meri effetti civili e ai rapporti fra improcedibilità "cronologica" e confische, divenute definitive le statuizioni penali, è oggetto del corposo, terzo capitolo, a sua volta articolato in due sezioni. Il terremoto rappresentato dall'introduzione dell'"improcedibilità cronologica" ex art. 344-bis c.p.p. ha comportato svariati «effett[i] collateral[i]», fra cui l'inconciliabilità dell'improcedibilità dell'azione penale con «l'accertamento di merito necessario a fondare le decisioni *de damno* e su quelle ipotesi di confisca che presuppongano una "condanna"». L'Autrice sofferma, dunque, la propria analisi dapprima sui novellati artt. 573 e 578 c.p.p. tesi a regolare il «rinvio per la prosecuzione» ai fini civili al giudice civile, individuandone casi, presupposti, fondamenti, regime e criticità. Si focalizza, poi, sui rapporti fra improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p. e confisca, evidenziando come una disciplina *ad hoc* si sia resa necessaria per «chiarire la sorte della confisca disposta con la decisione impugnata», una volta pronunciata la sentenza d'improcedibilità, e distinguendo il relativo regime a seconda della ravvisata compatibilità della confisca con la sentenza ex art. 344-bis c.p.p.

Nel successivo capitolo, si affronta l'indiscutibile «nervo scoperto del sistema» rappresentato dalla prima condanna in appello: rilievo centrale riveste il novellato art. 603, comma 3-bis, c.p.p. Dopo aver ripercorso le origini del dibattito, mai del tutto sopito, sulla rinnovazione della prova dichiarativa in appello, viene evidenziato il perimetro applicativo della nuova disposizione. Seppur per certi versi apprezzabile, l'attuale, circoscritta, disciplina resta però foriera di dubbi interpretativi: rappresenta così «un'occasione persa» per restituire alle garanzie difensive una piena effettività, chiarendo definitivamente profili controversi, quali l'estensione della rinnovazione oltre il suo «tradizionale raggio d'azione e le conseguenze» del suo mancato svolgimento.

Nella «prospettiva di restituire centralità alla funzione nomofilattica» della Cassazione, recuperando al tempo stesso efficienza e durata ragionevole del processo, vanno letti gli interventi riformatori relativi alle nuove forme procedurali previste per il giudizio di legittimità e al rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio. Entrambe le novelle, pur «per molti versi, apprezzabili e astrattamente condivisibili» presentano zone d'ombra: da un lato, se dal «*restyling* dell'art. 611 c.p.p.» non sembrano emergere punti di frizione con le previsioni costituzionali e convenzionali, la scelta di assegnare piena centralità al rito cartolare segna «comunque un vistoso e inopportuno arretramento del sistema sul fronte delle garanzie processuali»; dall'altro, da salutare con favore è il nuovo art. 24-bis c.p.p., là dove consente di definire anticipatamente, in chiave efficientistica, le questioni sulla competenza territoriale, evitando la troppo tardiva regressione del procedimento.

Assolutamente inedito è, infine, il nuovo mezzo d'impugnazione straordinario *ex art. 628-bis c.p.p.*, attivabile a seguito dell'accertamento da parte della Corte europea di una violazione convenzionale. Unico lo strumento, molteplici i rimedi, a seconda della violazione che viene in gioco: qui risiedono le principali insidie, atteso che l'interpretazione del «*dictum* europeo idoneo a travolgere il giudicato interno», affidata alla Corte di cassazione, non pare scivola da margini di discrezionalità. L'intervento riformatore ha, altresì, toccato la rescissione del giudicato, ridefinendone i presupposti applicativi, «senza però segnare alcuna reale discontinuità» rispetto alle criticità riscontrate nel precedente assetto normativo.

Dedicata alla nuova disciplina volta ad attuare l'Ufficio per il processo è, invece, la seconda parte del volume. Ripercorse le tappe della sua istituzione, l'Autrice si sofferma sullo «stato dell'arte», specie a seguito del potenziamento reso possibile grazie al PNRR. A fronte dei pregi rappresentati da nuove modalità di lavoro per i magistrati, permangono tuttavia profili problematici, come l'«ampia partecipazione dei collaboratori alle attività del giudice, ivi comprese le camere di consiglio».

Al pari del primo volume, dedicato ai profili temporali della riforma – e in particolare, alla prescrizione del reato e all'improseguibilità dell'azione penale – chiudono l'opera due utili appendici normative: l'una dedicata al d.lgs. n. 151/2022, l'altra al d.lgs. n. 149/2022. (*Violette Sirello*).

#### G. TUZET, *LA PROVA RAGIONATA*, MILANO, GIUFFRÈ, 2023, PP. V-344

Benché l'opera si occupi di prova giuridica e ragionamento, l'Autore intende dimostrare come, in ambito giuridico, l'operazione probatoria sia, decisamente, più complessa e non si riduca al solo ragionamento, ma includa l'ostensione della prova, le relative inferenze e la successiva decisione.

Sotto il profilo ostensivo, prova è tutto ciò che è suscettibile di essere mostrato, esibito, indicato ai decisori, in una determinata fase del processo o procedimento, secondo regole di presentazione, affinché si riduca l'incertezza epistemica sui fatti controversi. L'oggetto dell'ostensione probatoria deve essere tradotto in un contenuto proposizionale e argomentativo che funga, per l'uditorio a cui ci si rivolge, da premessa o conclusione di un'inferenza relativa al tema di prova.

Dall'argomentazione i decisori sono tenuti a ricavare un esito che tenga conto dello *standard* di prova applicabile. Occorre, in altri termini, verificare se le conclusioni tratte dalle inferenze probatorie soddisfino lo *standard* di prova applicabile nel processo e giustificano dunque l'accoglimento dell'ipotesi rilevante.

Nei due capitoli successivi l'analisi mira ad approfondire i profili semantici e contenutistici dei termini impiegati. Si osserva come «ragionamento» e «inferenza» siano usati come sinonimi, mentre «argomentazione» sia unicamente utilizzato riferendosi ai contesti in cui il ragionamento, su questioni controverse, viene svolto in pubblico. Il termine «prova» è, invece, adottato in senso ampio, allusivo a qualsiasi elemento utilizzabile per la ricostruzione dei fatti in giudizio e comprensivo di concetti come «fonte di prova», «elemento di prova» e «mezzo di prova».

Uno specifico approfondimento è dedicato alla prova per presunzioni. Premesso l'inquadramento teorico della prova semplice (ovvero quel ragionamento secondo il quale occorre indicare delle circostanze gravi, precise e concordanti rilevanti rispetto al fatto da provare), l'Autore ne evidenzia il legame con il tema della probabilità, classificando il ragionamento presuntivo quale specie del ragionamento abduttivo.

Lo studio muove poi dal generale al particolare, focalizzandosi su specifici mezzi di prova, a partire dalla testimonianza, interessata dal grande paradosso costituito dal differente valore attribuitole dall'epistemologia e dalla psicologia. Stando alla prima, infatti, la testimonianza assume decisiva importanza come fonte di conoscenza, contribuendo a formare il patrimonio del sapere umano, mentre la psicologia ne sottolinea i limiti, mettendo in luce i pregiudizi, gli errori cognitivi e le suggestioni che non sono controllabili e che frequentemente la inficiano. Ecco perché l'Autore ritiene che, in ambito processuale, considerato il valore degli interessi in gioco, occorre ridimensionare la fiducia epistemologica nelle dichiarazioni altrui, adottando un vero e proprio principio di diffidenza rispetto alla prova per testimoni.

L'indagine si sposta poi sulla prova esperta in ambito giuridico, chiarendo alcune questioni concet-

tuali sulla natura di tale prova e, alla luce di note pronunce giudiziali, definendone il ruolo. Nel sottolineare come gli accertamenti degli esperti, il più delle volte, esprimano probabilità, in casi di dubbi o divergenti il giudice è chiamato ad applicare le regole sugli oneri probatori, l'autore si sofferma sulle definizioni della probabilità e del loro impiego in sede processuale ed auspica l'impiego di strumenti di intelligenza artificiale, tale da configurare fattispecie di prova legale.

L'incertezza probatoria è il focus delle successive riflessioni. Partendo da Cesare Beccaria e della sua celebre opera *"Dei delitti e delle pene"*, si affronta il *dilemma della valutazione probatoria*, che consiste nella difficoltà di trovare una via intermedia fra la logica del libero convincimento e quella delle prove legali.

Il capitolo conclusivo si propone di definire il concetto di ragionevole dubbio nel processo penale, senza però riuscire nell'impresa. Lo studioso, nella sua veste di filosofo e non di processualista, ritiene che la ragionevolezza del dubbio sia determinata non solo da fattori epistemici, ma anche da elementi pratici *«giacché la soglia della giustificazione epistemica di un'ipotesi accusatoria viene fissata anche in riferimento alle conseguenze pratiche del suo accoglimento»*. (Erica Sangiovanni)



Processo penale e giustizia n. 1/2024

# Avanguardie in giurisprudenza

## *Cutting Edge Case Law*



## La Corte costituzionale riconosce il diritto al silenzio sulle qualità personali dell'imputato

### CORTE COSTITUZIONALE, SENT. 5 GIUGNO 2023, N. 111; PRES. SCIARRA – REL. VIGANÒ

È costituzionalmente illegittimo l'art. 64, comma 3, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle norme di attuazione del codice di procedura penale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 495, comma 1, del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. c.p.p. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3, c.p.p., abbiano reso false dichiarazioni.

Non sono fondate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale dello stesso art. 495 c.p., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione.

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1.– Il Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 495 del codice penale, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, «nella parte in cui si applica alle false dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento penale dalla persona sottoposta ad indagini o imputata in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p.».

In via subordinata, il medesimo Tribunale ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento al solo art. 24 Cost., dell'art. 64, comma 3, del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti debbano essere formulati nei confronti della persona sottoposta alle indagini/imputata prima di qualunque tipo di audizione della stessa nell'ambito del procedimento penale», nonché dello stesso art. 495 cod. pen., «nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per il reato ivi previsto in caso di false dichiarazioni – in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p. – rese nell'ambito di un procedimento penale da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di non rispondere».

1.1.– Il rimettente si trova a giudicare, in sede dibattimentale, della responsabilità penale di M. G., imputato tra l'altro del delitto di cui all'art. 374-bis cod. pen., per avere dichiarato al personale della Questura di Pisa – in sede di identificazione, elezione di domicilio e nomina del difensore nell'ambito di un procedimento penale – di non avere riportato condanne penali in Italia, avendo invece il medesimo M. G. già riportato due condanne divenute ormai definitive.

Un tale fatto, osserva il Tribunale, integra in realtà – secondo la costante giurisprudenza di legittimità (sono citate Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze 26 febbraio-3 maggio 2016, n. 18476; 8 luglio-16 settembre 2015, n. 37571; 9-23 luglio 2014, n. 32741; 6 marzo-15 maggio 2007, n. 18677) – il più grave delitto di cui all'art. 495 cod. pen. (Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri), per il quale l'imputato dovrebbe dunque essere condannato.

Il rimettente dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale di tale disposizione.

1.2.– Osserva anzitutto il giudice a quo che l'art. 495 cod. pen., il quale punisce «chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona», è stato considerato applicabile dalla Corte di cassazione non solo all'ipotesi di false dichiarazioni in ordine ai propri precedenti penali (sono citate Corte di cassazione, sentenze n. 18476 del 2016, n. 37571 del 2015, n. 32741 del 2014 e n. 18677 del 2007), ma anche alle false dichiarazioni relative ad altre circo-

stanze indicate nell'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale (sono citate Corte di cassazione, sezione feriale, sentenza 4-11 settembre 2012, n. 34536, in relazione alla falsa dichiarazione relativa al titolo di studio in sede di interrogatorio davanti al giudice per le indagini preliminari, nonché Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 14-24 gennaio 2022, n. 2497, in relazione alla generalità delle dichiarazioni circa le proprie condizioni e qualità personali).

Aggiunge poi il rimettente che l'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., nel dettare un'articolata disciplina relativa agli avvisi che devono essere formulati alla persona sottoposta a indagini prima che sia sottoposta ad interrogatorio, comprensivi dell'avviso della facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, fa salvo espressamente quanto disposto dall'art. 66, comma 1, cod. proc. pen.; disposizione, quest'ultima, a tenore della quale «[n]el primo atto cui è presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere a identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false».

L'art. 66 cod. proc. pen. – prosegue il rimettente – è a sua volta richiamato dall'art. 21 norme att. cod. proc. pen., il quale dispone che, «[q]uando procede a norma dell'articolo 66 del codice, il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche».

Rileva il rimettente, da un lato, che secondo la giurisprudenza di legittimità la persona sottoposta a indagini o indagata avrebbe l'obbligo di rispondere in modo veritiero soltanto alle domande relative alle proprie generalità e a quelle strettamente finalizzate all'identificazione, con esclusione delle dichiarazioni relative ai precedenti penali e alle altre circostanze elencate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. Rispetto a tali circostanze, il soggetto potrebbe in effetti legittimamente rifiutarsi di rispondere senza incorrere in responsabilità penale. Laddove però decidesse di rispondere e rendesse false dichiarazioni, si renderebbe responsabile del delitto di cui all'art. 495 cod. pen. (sono citate le sentenze della Corte di cassazione n. 37571 del 2015, n. 32741 del 2014 e n. 18677 del 2007, nonché la sentenza n. 108 del 1976 di questa Corte, con riferimento alla disciplina all'epoca vigente).

Dall'altro lato, il rimettente rileva che, secondo la giurisprudenza di legittimità, le garanzie previste in via generale dall'art. 64 cod. proc. pen. nei confronti della persona sottoposta a indagini o dell'imputato, e segnatamente l'obbligo di formulare gli avvertimenti di cui al comma 3 di tale disposizione, non opererebbero in sede di identificazione ed elezione di domicilio (è citata Corte di cassazione, sentenza n. 18476 del 2016). In particolare, non vi sarebbe secondo la Corte di cassazione alcun obbligo di far precedere le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. dagli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., dal momento che tali domande si riferirebbero all'identità e allo stato civile e giuridico dell'imputato, e non al fatto di cui egli sia accusato (sono citate Corte di cassazione, sentenze n. 2497 del 2022; sezione seconda penale, 3-10 novembre 2020, n. 31463; sezione sesta penale, 20 settembre-13 ottobre 2016, n. 43337; sezione quinta penale, 6 marzo-26 giugno 2013, n. 28020). Cionondimeno, osserva ancora il rimettente, le risposte fornite dalla persona sottoposta a indagini o dall'imputato a quelle domande potrebbero poi essere utilizzate dal giudice «ai fini cautelari o del merito» a pregiudizio della persona indagata o imputata.

1.3.– Tutto ciò premesso, il rimettente dubita – in via principale – della legittimità costituzionale dell'art. 495 cod. pen., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui – secondo il diritto vivente sin qui ricostruito – si applica anche alle false dichiarazioni, rese nell'ambito di un procedimento penale dalla persona sottoposta a indagini o dall'imputato, rispetto ai propri precedenti penali e alla generalità delle circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen.

Anche rispetto a tali circostanze opererebbe infatti il diritto al silenzio, riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte come corollario del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. (sono citati l'ordinanza n. 117 del 2019 e gli ulteriori precedenti ivi menzionati).

A parere del rimettente, il legislatore – «se pur non si trattava (forse) di una scelta costituzionalmente o convenzionalmente obbligata» – avrebbe declinato tale diritto riconoscendo, in via generale, che la persona sottoposta a indagini, e poi l'imputato, non solo non hanno l'obbligo di rispondere al giudice o all'autorità che procede, ma hanno anche il diritto di mentire ad essi nell'esercizio della propria difesa.

Al punto che, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, dal mero mendacio dell'imputato il giudice non può normalmente trarre conseguenze per lo stesso pregiudizievoli, e in particolare negargli su tale base circostanze attenuanti o benefici (sono citate Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze 17 gennaio-5 giugno 2020, n. 17232 e 14 settembre-28 dicembre 2017, n. 57703; sezioni unite penali, sentenza 24 maggio-20 settembre 2012, n. 36258).

Sarebbe pertanto necessario valutare se l'eccezione rappresentata dalle false dichiarazioni rese dalla persona sottoposta ad indagini in ordine alle circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. sia ragionevole.

In proposito, il rimettente osserva che «molto spesso le informazioni riferite con riguardo alle condizioni familiari ed economiche dell'indagato hanno un'evidente rilevanza ai fini della valutazione delle accuse: si pensi ad esempio alla maggiore o minore verosimiglianza della contestazione di un furto o di altro reato contro il patrimonio a seconda che l'indagato/imputato abbia o meno una regolare fonte di reddito o un consistente patrimonio; o, alla stessa stregua, alla valutazione della detenzione in casa di un quantitativo di stupefacente non irrisorio, come destinata al proprio consumo personale o piuttosto allo spaccio».

Con riguardo poi ai precedenti penali, prosegue il rimettente, essi a volte sono addirittura elementi costitutivi del reato (come nel caso della contravvenzione di cui all'art. 707 cod. pen.), e in ogni caso assumono rilevanza ai fini della possibile contestazione della recidiva e del trattamento sanzionatorio ex art. 133 cod. pen., nonché della concessione di benefici.

D'altra parte, «la dichiarazione da parte dell'indagato di avere o meno precedenti penali (così come quella di avere un'occupazione lavorativa o di convivere con una persona dotata di un reddito stabile o di avere altro procedimento pendente, magari con una misura cautelare in corso di esecuzione)» potrebbe «incidere sulla valutazione delle esigenze cautelari, diverso essendo chiaramente il significato che assume il delitto per cui si procede in presenza di un soggetto incensurato o, piuttosto, di un soggetto gravato da plurimi precedenti specifici».

Secondo il rimettente, nel rispondere a tutte queste domande il soggetto si starebbe in effetti già difendendo, «cercando di fornire una propria versione che, anche con riguardo ai precedenti penali e alle altre qualità e condizioni di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., renda meno verisimili le accuse o faccia apparire meno gravi i fatti o meno stringenti le esigenze cautelari».

Sarebbe, pertanto, «eccessivamente formalistico e quindi irragionevole distinguere tra domande preliminari, che non sarebbero coperte dal diritto di mentire, e domande rientranti nell'interrogatorio/esame vero e proprio, alle quali l'imputato potrebbe rispondere liberamente, senza timore di incorrere in ulteriori responsabilità penali». All'opposto, sarebbe costituzionalmente necessario declinare in modo unitario il contenuto del diritto al silenzio rispetto tanto all'oggetto della contestazione, quanto alle ulteriori domande che possono rilevare, tra l'altro, in relazione alle circostanze del reato, al trattamento sanzionatorio, ai benefici, alle esigenze cautelari, escludendo dunque la responsabilità penale per ogni falsa dichiarazione resa in proposito dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato.

1.4.– Nell'ipotesi in cui questa Corte non ritenesse di accogliere le questioni così prospettate in via principale, il rimettente solleva – in via subordinata – questioni di legittimità costituzionale, questa volta in riferimento al solo art. 24 Cost.:

– dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti debbano essere formulati alla persona sottoposta a indagini e all'imputato prima di qualunque tipo di audizione nell'ambito del procedimento penale – e dunque anche prima delle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. –; nonché

– del medesimo art. 495 cod. pen., nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità in caso di false dichiarazioni sui propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen., rese nell'ambito di un procedimento penale da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di non rispondere.

Laddove, dunque, non fosse ritenuto irragionevole negare alla persona sottoposta a indagini o all'imputato la facoltà di mentire, e conseguentemente prevedere la sua punibilità per il delitto di cui all'art. 495 cod. pen. per il caso di false dichiarazioni alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen., ad avviso del rimettente resterebbe tuttavia necessario assicurare adeguata tutela al diritto al silenzio del soggetto interessato, fondato sull'art. 24 Cost.

E ciò mediante – anzitutto – il suo previo ed espresso avviso relativo a tale diritto, ai sensi dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., in mancanza del quale egli verrebbe di fatto indotto a rispondere, «magari mentendo per difendersi», alle domande che gli vengano poste dall'autorità di polizia o giudiziaria.

Una tale necessità sussisterebbe tanto nell'ipotesi in cui la persona sottoposta a indagini o imputata sia già assistita da un difensore, quanto – a maggior ragione – allorché non lo sia, non essendovi in tal caso alcuno che possa altrimenti renderla edotta dei suoi diritti.

Al fine poi di garantire effettività all'obbligo di formulare gli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen. prima delle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen., occorrerebbe, inoltre, sancire la non punibilità ai sensi dell'art. 495 cod. pen. di chi abbia reso false dichiarazioni in risposta a tali domande senza ricevere gli avvisi medesimi, analogamente a quanto già oggi previsto dall'art. 384, secondo comma, cod. pen. rispetto a chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione.

1.5.– Il rimettente esclude, infine, che ai risultati auspicati sia possibile pervenire in via ermeneutica, mediante una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni censurate, stante l'ostacolo opposto dal diritto vivente; ciò che renderebbe imprescindibile la prospettazione delle odierne questioni.

2.– È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, sostenendo la non fondatezza di tutte le questioni sollevate dal rimettente.

Le dichiarazioni della persona sottoposta a indagini o imputata relative ai propri precedenti penali sarebbero, anzitutto, del tutto ininfluenti sul piano dell'esercizio del diritto di difesa, dal momento che il pubblico ministero fin dalla fase delle indagini preliminari acquisisce sempre le informazioni contenute nel casellario giudiziale; dal che deriverebbe «l'assoluta inanità del tentativo dell'indagato di fuorviare gli organi inquirenti dichiarando falsamente di non aver precedentemente commesso reati».

D'altra parte, le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. concernerebbero, nel loro complesso, «fatti e circostanze agevolmente conoscibili dall'autorità procedente, ragion per cui un eventuale rifiuto di rispondere non condurrebbe ad alcun effettivo vantaggio sul piano difensivo», come sarebbe riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità (è citata Corte di cassazione, sentenza n. 2497 del 2022).

Consequentemente, la mancata previsione della non punibilità per il delitto di cui all'art. 495 cod. pen. nel caso in cui – in mancanza dei necessari avvisi – l'imputato o indagato abbia reso false dichiarazioni in relazione ai propri precedenti penali e alle altre circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. non potrebbe essere ritenuta in contrasto con l'art. 24 Cost.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 495 cod. pen., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., «nella parte in cui si applica alle false dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento penale dalla persona sottoposta ad indagini o imputata in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p.».

In via subordinata, il medesimo Tribunale ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento al solo art. 24 Cost., dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., «nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi previsti debbano essere formulati nei confronti della persona sottoposta alle indagini/imputata prima di qualunque tipo di audizione della stessa nell'ambito del procedimento penale», nonché dello stesso art. 495 cod. pen., «nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per il reato ivi previsto in caso di false dichiarazioni – in relazione ai propri precedenti penali e in generale in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p. – rese nell'ambito di un procedimento penale da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di non rispondere».

2.– L'Avvocatura generale dello Stato non ha formulato eccezioni di inammissibilità delle questioni.

2.1.– In effetti, le questioni – sollevate in via principale e subordinata – aventi a oggetto l'art. 495 cod. pen. sono certamente ammissibili, dal momento che di tale disposizione il giudice a quo è direttamente chiamato a fare applicazione nel giudizio penale.

2.2.– Ammissibile è, peraltro, anche la questione – prospettata in via subordinata – avente a oggetto la disposizione di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., della quale pure il rimettente lamenta, propriamente, la mancata applicazione da parte dell'autorità di polizia in sede di identificazione della persona sottoposta a indagini ai sensi dell'art. 349 cod. proc. pen.

Il rimettente invoca infatti da parte di questa Corte un intervento complessivo – a suo avviso imposto dalla logica di una tutela effettiva del diritto al silenzio, discendente dall'art. 24 Cost. – con il quale si dovrebbe incidere, a un tempo, sul diritto penale sostanziale e processuale. Sul diritto penale sostanziale, attraverso l'esclusione della punibilità ex art. 495 cod. pen. in caso di false dichiarazioni rese in risposta alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. dalla persona sottoposta a indagini o imputata che non sia stata previamente avvertita della facoltà di non rispondere a tali domande; e sul diritto penale processuale, attraverso l'introduzione dell'obbligo di avvertire la persona medesima di tale facoltà, nelle forme già previste in via generale dall'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., prima che le siano rivolte le domande di cui allo stesso art. 21.

I due corni dell'intervento auspicato sono, nella prospettiva del rimettente, inscindibilmente connessi, non avendo significato una pronuncia di parziale illegittimità costituzionale della norma incriminatrice di cui all'art. 495 cod. pen., che ne dichiari la non applicabilità alle ipotesi in cui siano stati omessi gli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., senza che al tempo stesso sia sancito, sul terreno del diritto processuale, l'obbligo di formulare tali avvisi anche in relazione alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. pen. Pertanto, l'addizione normativa auspicata non potrebbe che realizzarsi su entrambe le disposizioni: in caso di accoglimento delle questioni prospettate in via subordinata, le disposizioni indicate verrebbero a costituire un'unica coerente disciplina, i cui riflessi sul terreno del diritto penale sostanziale condurrebbero al risultato dell'assoluzione dell'imputato dal reato di cui all'art. 495 cod. pen., il quale non sia stato previamente avvertito, ai sensi dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., della propria facoltà di non rispondere in relazione ai propri precedenti penali.

3.– Nel merito, le questioni ora portate all'esame di questa Corte ruotano attorno all'estensione del diritto al silenzio della persona sottoposta a indagini o imputata nel corso del procedimento penale. Più in particolare, il rimettente assume che il diritto al silenzio copra non solo le circostanze attinenti al fatto del quale la persona sia sospettata o accusata, ma anche quelle – cui si riferisce l'art. 21 norme att. cod. proc. pen. – che riguardano la sua persona, al di fuori delle generalità in senso stretto (nome, cognome, luogo e data di nascita).

3.1.– Sin da tempi risalenti, questa Corte ha ritenuto che il diritto al silenzio – definito dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) come la garanzia, spettante a ogni individuo accusato di un reato, «a non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole» – costituisca corollario implicito del diritto inviolabile di difesa, sancito dall'art. 24 Cost.

Già la sentenza n. 236 del 1984 afferma che nel diritto di difesa del soggetto nei cui confronti siano emersi indizi di reato «rientra certamente il diritto di rifiutarsi di rispondere (tranne ovviamente che alle richieste attinenti all'identificazione del soggetto medesimo)» (punto 12 del Considerato in diritto). Nella sentenza n. 361 del 1998 si legge, in termini ancora più espliciti, che «l'intangibilità del diritto di difesa, sotto forma del rispetto del principio *nemo tenetur se detegere*, e conseguentemente del diritto al silenzio, si manifesta nella garanzia dell'esclusione [...] dell'obbligo di rispondere in dibattimento a domande che potrebbero coinvolgere responsabilità proprie» (punto 2.1. del Considerato in diritto). Ancora, l'ordinanza n. 291 del 2002, testualmente ripresa sul punto dalle ordinanze n. 451 e n. 485 del 2002, e poi dall'ordinanza n. 202 del 2004, definisce il principio *nemo tenetur se detegere* come un «corollario essenziale dell'invulnerabilità del diritto di difesa».

Più recentemente, l'ordinanza n. 117 del 2019 – fondando il diritto in questione, assieme, sull'art. 24 Cost. e sulle fonti di diritto internazionale vincolanti per l'ordinamento italiano, tra le quali il menzionato art. 14 PIDCP e l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo (punto 7.2. del Considerato in diritto) – lo ha definito come il «diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria (*nemo tenetur se ipsum accusare*)» (punto 3 del Considerato in diritto).

In risposta poi alle questioni pregiudiziali formulate da questa Corte con la stessa ordinanza n. 117 del 2019, relativa al rilievo del diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti amministrativi suscettibili

di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di carattere sostanzialmente punitivo, la grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza 2 febbraio 2021, in causa C-481/19, D. B. contro Consob, ha parimenti riconosciuto che il diritto al silenzio è implicitamente garantito nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in armonia con la costante giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU, precisando che tale diritto «risulta violato, segnatamente, in una situazione in cui un sospetto, minacciato di sanzioni per il caso di mancata deposizione, o depone o viene punito per essersi rifiutato di deporre» (paragrafo 39), e che esso «comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona» (paragrafo 40). Affermazioni, queste ultime, puntualmente riprese dalla successiva sentenza n. 84 del 2021 di questa Corte, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una disposizione sanzionatoria del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), nella parte in cui si applicava anche a chi si fosse rifiutato di rispondere a domande della CONSOB dalle quali potesse emergere una sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, o addirittura per un reato.

3.2.– La vigente disciplina del processo penale tutela il diritto al silenzio della persona sottoposta alle indagini essenzialmente per il tramite dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., a tenore del quale l'autorità che procede deve, prima che abbia inizio l'interrogatorio, formulare una serie di avvertimenti, tra cui in particolare quello previsto dalla lettera b), relativo alla «facoltà di non rispondere ad alcuna domanda». Il successivo comma 3-bis dispone, poi, che l'omissione di tale avvertimento «rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata». Gli avvertimenti di cui al comma 3 debbono essere formulati anche in ogni caso di interrogatorio durante il processo, nonché, di regola, in sede di sommarie informazioni alla polizia giudiziaria (art. 350, comma 1, cod. proc. pen.).

Sul versante del diritto penale sostanziale, d'altra parte, né il silenzio né le false informazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato in sede di interrogatorio danno luogo di per sé a responsabilità penale, fatte salve le ipotesi – in particolare – in cui essi accusino falsamente altri di avere commesso il reato (art. 368 cod. pen.) ovvero affermino falsamente essere avvenuto un reato in realtà mai realizzato (art. 367 cod. pen.).

3.3.– Il codice di rito, peraltro, allo stato non riconosce alla persona sottoposta alle indagini e all'imputato il diritto al silenzio rispetto alle domande relative alle proprie «generalità» e a «quant'altro può valere a identificar[li]»: domande che, ai sensi dell'art. 66, comma 1, cod. proc. pen., debbono essere loro rivolte nel primo atto in cui essi sono presenti. Ciò si desume sia dallo stesso art. 66, comma 1, cod. proc. pen., che impone all'autorità procedente l'obbligo di avvertire la persona sottoposta alle indagini delle «conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false»; sia dall'art. 64, comma 3, lettera b), cod. proc. pen. che, nel prescrivere l'obbligo di avvertire la persona circa la facoltà di non rispondere, fa espressamente «salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1», cod. proc. pen.

Parallelamente, nell'ambito del diritto penale sostanziale l'art. 651 cod. pen. prevede come contravvenzione il rifiuto di fornire le proprie generalità; e l'art. 495 cod. pen. commina la pena della reclusione da uno a sei anni a carico di chi «dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona». Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, tale ultima disposizione – oggetto delle odierne censure – si applica anche alla persona sottoposta alle indagini e all'imputato che fornisca false generalità (ex multis, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze 6 dicembre 2021-7 febbraio 2022, n. 4264 e 20 luglio-5 settembre 2016, n. 36834).

3.4.– Come anticipato, le questioni oggi all'esame di questa Corte non concernono però le domande relative alle generalità della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato, bensì quelle ulteriori che l'autorità procedente – in forza dell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. – è tenuta a formulare quando procede ai sensi dell'art. 66, comma 1, cod. proc. pen. Si tratta, in particolare, di ulteriori domande relative al soprannome o allo pseudonimo, alla eventuale disponibilità di beni patrimoniali, alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, nonché dell'invito, rivolto all'identificando, di dichiarare se sia sottoposto ad altri processi penali, se sussistano a suo carico condanne nello Stato o all'estero, e se eserciti o abbia esercitato uffici o servizi pubblici, servizi di pubblica necessità o cariche pubbliche.

3.4.1.– Questa Corte fu investita, nel 1976, di questioni analoghe a quelle oggi all'esame, formulate in riferimento all'art. 24 Cost., e aventi a oggetto tanto la previgente versione dell'art. 495, secondo comma, cod. pen. che parimenti incriminava la falsa dichiarazione dell'imputato sulla propria identità, sul proprio stato e sulle proprie qualità personali, quanto l'art. 25 del regio decreto 28 maggio 1931, n. 602 (Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale). Tale ultima disposizione, funzionalmente omologa all'attuale art. 21 norme att. cod. proc. pen., statuiva tra l'altro l'obbligo a carico del giudice di chiedere preliminarmente all'imputato se fosse sottoposto ad altri procedimenti penali e avesse riportato condanne in Italia o all'estero.

Nel giudicare non fondate quelle questioni, che assumevano il contrasto delle disposizioni censurate con il diritto dell'imputato di «astenersi da qualsivoglia dichiarazione a lui pregiudizievole», questa Corte ritenne non essere dubbio «che, se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 del codice penale. Ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire le notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale». Dall'analisi del citato art. 25 delle disposizioni di attuazione allora vigenti questa Corte dedusse, in effetti, «che l'imputato, solo alla richiesta delle proprie generalità è tenuto a fornire risposta, incorrendo in responsabilità penale qualora si rifiuti di rispondere, o dia false generalità», dovendosi intendere per generalità soltanto «il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita»: con esclusione dunque delle altre circostanze indicate dalla disposizione allora censurata, tra le quali gli eventuali precedenti penali (sentenza n. 108 del 1976, punto 4 del Considerato in diritto).

3.4.2.– Nel vigore del nuovo codice di procedura penale, la giurisprudenza di legittimità ha, da un lato, confermato che rispetto alle circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. non sussiste per la persona sottoposta alle indagini o imputata un obbligo di rispondere, a differenza di quanto accade rispetto alle proprie generalità; dall'altro, continua a ritenere che, ove la persona interrogata risponda e affermi il falso, sia ravvisabile nei suoi confronti il delitto di cui all'art. 495, primo comma, cod. pen., nella versione oggi vigente (in relazione alle false affermazioni sui propri precedenti penali, ex multis, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenze 8 giugno-8 luglio 2022, n. 26440 e n. 18476 del 2016; relativamente alla falsa affermazione di essere laureato in giurisprudenza, Corte di cassazione, sentenza n. 34536 del 2012).

Peraltro, questa stessa giurisprudenza nega che le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. abbiano attinenza con il diritto costituzionale di difesa della persona sottoposta alle indagini o imputata, e pertanto non richiede che la persona medesima sia avvertita della facoltà di non rispondere a tali domande ai sensi dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., ben potendo – anzi – tali domande essere formulate subito dopo l'ammonimento, previsto dall'art. 66, comma 1, cod. proc. pen., circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false (Corte di cassazione, sentenza n. 2497 del 2022).

Inoltre, la Corte di cassazione non ravvisa alcun ostacolo nell'utilizzare anche *contra reum*, in sede cautelare o di merito, le dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini o imputata in risposta alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen.: ad esempio, valorizzando le dichiarazioni sulla situazione reddituale e patrimoniale ai fini della sussistenza dei presupposti di un sequestro preventivo finalizzato alla confisca in casi particolari di cui all'art. 240-bis cod. pen. (Corte di cassazione, sentenza n. 31463 del 2020), ovvero per escludere la finalità di uso personale di sostanze stupefacenti (Corte di cassazione, sentenza n. 2497 del 2022, nonché sentenza n. 43337 del 2016, ove si afferma non sussistere «alcun limite di utilizzabilità [...] in ordine alle risposte fornite dall'imputato sulle proprie condizioni di vita e personali, in quanto non attengono al merito del procedimento, né possono qualificarsi dichiarazioni *contra se* solo in ragione della valutazione operata dal giudice»).

3.5.– Questa Corte ritiene che l'assetto appena descritto del diritto vivente non assicuri sufficiente tutela al diritto al silenzio della persona sottoposta a indagini o imputata di cui all'art. 24 Cost., letto anche alla luce degli obblighi internazionali vincolanti per il nostro Paese e del diritto dell'Unione (supra, punto 3.1.).

Ciò in quanto, da un lato, il diritto costituzionale al silenzio si estende, a giudizio di questa Corte, anche alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. (infra, punto 3.5.1.); e, dall'altro, perché una tutela effettiva di questo diritto non può prescindere dalla formulazione di un previo avvertimento

alla persona sottoposta alle indagini o imputata della facoltà di non rispondere anche a tali domande (infra, punto 3.5.2.).

3.5.1.– Anzitutto, se il diritto al silenzio è diritto dell'individuo «a non essere costretto» non solo a «confessarsi colpevole», ma anche «a deporre contro sé stesso», come recita l'art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP, tale diritto è necessariamente in gioco allorché l'autorità che procede in relazione alla commissione di un reato ponga alla persona sospettata o imputata di averlo commesso domande su circostanze che, pur non attenendo direttamente al fatto di reato, possano essere successivamente utilizzate contro di lei nell'ambito del procedimento o del processo penale, e siano comunque suscettibili di avere «un impatto sulla condanna o sulla sanzione» che le potrebbe essere inflitta (Corte di giustizia, sentenza D. B. contro Consob, paragrafo 40).

Una tale situazione si verifica, per l'appunto, rispetto alle domande indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen., che concernono bensì condizioni personali del sospetto reo o dell'imputato diverse dalle sue generalità, ma la cui conoscenza da parte dell'autorità procedente può generare conseguenze per lui pregiudizievoli nel corso del procedimento penale, ovvero ai fini della condanna e della commisurazione della pena. E ciò stante l'insussistenza – secondo il diritto vivente di cui si è appena dato conto – di alcun divieto di utilizzare contra reum le risposte a tali domande.

Cominciando con i precedenti penali, essi talvolta – come correttamente osserva il rimettente – integrano elementi costitutivi del reato, come nel caso della contravvenzione di cui all'art. 707 cod. pen.; e sono comunque suscettibili di integrare, ove cristallizzati in sentenze passate in giudicato, la circostanza aggravante della recidiva, che può comportare aumenti di pena anche assai significativi. Inoltre, le informazioni sugli altri procedimenti penali cui la persona sia sottoposta o sulle condanne anche non definitive che abbia eventualmente riportato, in Italia o all'estero – queste ultime normalmente non conoscibili tramite il casellario giudiziale –, ben potranno essere utilizzate dal pubblico ministero e poi dal giudice per valutare la pericolosità sociale, a tutti i fini per i quali è richiesta tale valutazione: dalla decisione su un'eventuale misura precautelare e cautelare o sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, sino alle determinazioni relative all'eventuale proscioglimento per particolare tenuità del fatto o alla quantificazione della pena, comprensive della commisurazione della pena in senso stretto (art. 133, secondo comma, numero 2, cod. pen.), dell'applicabilità di talune attenuanti (e in particolare delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis cod. pen.), nonché della possibile sospensione condizionale della pena (alla luce di quanto previsto dall'art. 164, primo comma, cod. pen.).

Poco rileva, allora, che le informazioni sui precedenti penali possano essere agevolmente ricavate – come osserva l'Avvocatura generale dello Stato – dall'esame del casellario giudiziale, con conseguente «inanità del tentativo dell'indagato di fuorviare gli organi inquirenti dichiarando falsamente di non aver precedentemente commesso reati». Trattandosi infatti di circostanze potenzialmente pregiudizievoli per la persona sottoposta alle indagini o imputata, per di più suscettibili in molti casi di integrare una circostanza aggravante che può determinare drastici innalzamenti di pena, l'onere di dimostrare la sussistenza di tali circostanze – così come di tutte le altre dalle quali dipende la responsabilità penale dell'imputato – non può che gravare sul pubblico ministero, risultando frontalmente incompatibile con l'art. 24 Cost. ogni assetto normativo che miri a imporre alla persona sospettata o accusata di un reato un dovere di fornire informazioni idonee non solo a contribuire alla propria condanna, ma anche ad aggravare la pena applicabile, ovvero a determinare l'adozione di misure limitative dei suoi diritti nell'ambito del procedimento e poi del processo penale.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per tutte le altre circostanze oggetto delle domande indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. La conoscenza del soprannome o dello pseudonimo di una persona – che, a differenza del nome e del cognome, vale a identificarla non già al cospetto dell'intera comunità civile, ma esclusivamente nella cerchia delle sue relazioni private – può essere di cruciale importanza ai fini investigativi, ad esempio in presenza di intercettazioni in cui la persona sottoposta a indagini o imputata sia stata indicata, come spesso avviene, con il soprannome: la domanda relativa a tale circostanza equivalendo, in simili casi, alla sollecitazione di una vera e propria confessione.

Ancora, come la dottrina processualpenalistica non ha mancato di sottolineare, le informazioni sui beni patrimoniali posseduti dalla persona sottoposta a indagini o imputata, sulle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale, nonché sull'esercizio di uffici o servizi pubblici – lungi dall'essere meramente funzionali all'identificazione del soggetto – possono anch'esse assumere rilievo, durante le in-



dagini e il processo, nella prospettiva della valutazione delle esigenze cautelari (in particolare del pericolo di fuga o di reiterazione del reato) che sorreggono le misure cautelari personali, nonché dei presupposti delle misure cautelari reali (ad esempio in relazione all'entità del patrimonio ai fini del sequestro conservativo); così come, in esito al processo, ai fini della commisurazione della pena detentiva (art. 133, secondo comma, numero 4, cod. pen.) e pecuniaria (art. 133-bis cod. pen.), nonché delle misure interdittive che abbiano ad oggetto l'esercizio di uffici o servizi pubblici.

Rispetto alla generalità di queste circostanze, la dimensione costituzionale del diritto al silenzio osta a che possa ravvisarsi un dovere della persona medesima di fornire le relative informazioni all'autorità procedente, e in tal modo di collaborare nelle indagini e nel processo a proprio carico.

3.5.2.– Se dunque le circostanze di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. debbono ritenersi coperte dal diritto al silenzio di cui all'art. 24 Cost., resta da valutare se il diritto vivente sia congegnato in modo da assicurare adeguata tutela a tale diritto.

Al riguardo, conviene preliminarmente rammentare che una violazione del diritto al silenzio si verifica non solo quando la persona sia costretta mediante violenza o intimidazione a rendere simili dichiarazioni, ma anche quando essa sia indotta a farlo sotto minaccia di una pena o comunque di una sanzione di carattere punitivo, come nel caso deciso dalla sentenza n. 84 del 2021.

Ora, è vero che il diritto penale sostanziale vigente – esattamente come all'epoca della richiamata sentenza n. 108 del 1976 – non considera penalmente rilevante il mero silenzio della persona sottoposta alle indagini o imputata serbato sulle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen., ritenendo punibili soltanto le false dichiarazioni rese in quel contesto, che secondo la giurisprudenza integrano il delitto di cui all'art. 495 cod. pen.

Tuttavia, è altrettanto vero che il diritto processuale, come interpretato dalla costante giurisprudenza di legittimità (supra, punto 3.4.2.), non richiede che la persona venga avvertita della facoltà di non rispondere prima che le vengano rivolte le domande indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen., le quali – anzi – sono normalmente formulate subito dopo l'ammonimento, previsto dall'art. 66, comma 1, cod. proc. pen., circa le conseguenze cui si espone chi rifiuti di dare le proprie generalità.

E nulla vieta poi – come riconosciuto da quella stessa giurisprudenza di legittimità – che le dichiarazioni rese in risposta a tali domande possano essere utilizzate contro il dichiarante, per i più diversi scopi, nel corso del procedimento e poi del processo penale. Ciò che, del resto, deriva pianamente dall'art. 64, comma 3-bis, cod. proc. pen., il divieto di utilizzazione ivi previsto applicandosi soltanto nei casi in cui siano stati illegittimamente omessi gli avvisi previsti dal precedente comma 3: avvisi, per l'appunto, che la giurisprudenza non ritiene debbano precedere le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen.

Un tale assetto normativo e giurisprudenziale determina una situazione di insufficiente tutela del diritto al silenzio, alla luce del generale principio di effettività della garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, particolarmente valorizzato da questa Corte proprio in relazione al diritto di difesa, rientrante in quel «novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l'identità costituzionale italiana» (ordinanza n. 117 del 2019, punto 7.1. del Considerato in diritto; sull'effettività del diritto di difesa nei suoi vari corollari, ex multis, di recente, sentenze n. 18 del 2022, punti 4.3. e 4.4.2. del Considerato in diritto; n. 10 del 2022, punto 9.2. del Considerato in diritto; n. 157 del 2021, punto 8.1. del Considerato in diritto).

In effetti, come evidenziato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in una delle sue più note decisioni del secolo scorso (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966], pagina 467), la garanzia effettiva del diritto a non contribuire alla propria incriminazione esige la previsione di idonei strumenti procedurali per assicurarne il rispetto da parte della polizia e dell'autorità giudiziaria. Per controbilanciare la pressione psicologica che inevitabilmente è connessa ad un interrogatorio compiuto in un tribunale o in un ufficio della procura, e che può comprensibilmente indurre la persona interrogata a rendere dichiarazioni che non avrebbe reso in diverse circostanze, è necessario – argomentò in quell'occasione la Corte Suprema – che la persona sia «adeguatamente ed effettivamente informata dei suoi diritti», attraverso i ben noti “warnings” enunciati dalla stessa sentenza, pressoché letteralmente ripresi dallo stesso legislatore italiano nel codice di procedura penale vigente; ed è, altresì, necessario che l'ordinamento preveda, correlativamente, la sanzione processuale dell'inutilizzabilità di tutte le dichiarazioni rese dall'interessato, allorché detto obbligo procedurale sia stato violato (nel senso della ne-

cessità, ai fini del rispetto del diritto al silenzio desumibile dall'art. 6 CEDU, di un previo avvertimento relativo alla facoltà di non rispondere, altresì Corte EDU, sentenze 24 ottobre 2013, Navone e altri contro Monaco, paragrafo 74; 27 ottobre 2011, Stojković contro Francia e Belgio, paragrafo 54; 14 ottobre 2010, Brusco contro Francia, paragrafo 54).

Tale obbligo procedurale e tale sanzione processuale non sono attualmente previsti in relazione alle circostanze cui si riferiscono le domande previste dall'art. 21 norme att. cod. proc. pen., nonostante la loro indubbia idoneità ad essere utilizzate *contra reum* nel corso del procedimento e poi del processo penale. Ne deriva che la persona interessata non è oggi posta in grado di esercitare consapevolmente il proprio diritto al silenzio, e non è in alcun modo tutelata allorché tale diritto sia stato violato.

Il che concreta il lamentato *vulnus* all'art. 24 Cost.

4.– Ciò posto, il rimedio individuato dal rimettente con il primo gruppo di questioni è, tuttavia, per un verso eccedente lo scopo (infra, punto 4.1.), e per un altro verso insufficiente rispetto a questo stesso scopo (infra, punto 4.2.).

4.1.– Il giudice a quo sottolinea correttamente che il legislatore italiano ha ritenuto, in via generale, di non prevedere alcuna sanzione penale a carico della persona sottoposta alle indagini o imputata che renda false dichiarazioni a propria difesa; e ritiene quindi che la punizione, ai sensi dell'art. 495 cod. pen., delle specifiche false dichiarazioni in risposta alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. violi gli artt. 3 e 24 Cost. Conseguentemente, il rimettente chiede che questa Corte dichiari l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 495 cod. pen., nella parte in cui include anche tali dichiarazioni fra le condotte penalmente rilevanti.

Con ciò – si noti – il rimettente non assume che il diritto al silenzio di cui all'art. 24 Cost. includa anche un vero e proprio diritto a mentire, che di per sé renda costituzionalmente illegittima la punizione delle false dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini o imputata. Un simile assunto, d'altronde, non solo non corrisponderebbe alla nozione internazionalmente riconosciuta del diritto al silenzio, ma sarebbe a ben guardare sfornito di alcun preciso supporto nella stessa giurisprudenza di questa Corte, dal momento che la cursoria affermazione, talvolta valorizzata dalla dottrina, contenuta nella sentenza n. 179 del 1994 – «l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità» (punto 5.1. del Considerato in diritto) – assolve in quel contesto una mera funzione descrittiva del sistema disegnato dal legislatore, senza intendere con ciò precisare il contenuto del diritto al silenzio costituzionalmente tutelato.

Piuttosto, nella prospettiva del rimettente sarebbe in gioco un mero imperativo di coerenza del legislatore, rilevante sotto il profilo dell'art. 3 Cost., nel declinare la tutela del diritto di cui all'art. 24 Cost. nella concretezza dell'ordinamento: una volta che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, abbia ritenuto in via generale che le esigenze di tutela di tale diritto escludano la punibilità delle dichiarazioni di chi, sospettato o imputato di un reato, abbia detto il falso alle autorità nel tentativo di difendersi, sarebbe costituzionalmente insostenibile la differenza di trattamento fra situazioni analoghe, quali le dichiarazioni relative al fatto di reato, da un lato, e quelle relative alle circostanze personali del suo possibile autore, dall'altro.

Non pare tuttavia a questa Corte che le esigenze di coerenza interna al sistema, pur in via di principio rilevanti al metro dell'art. 3 Cost., possano spingersi sino a precludere al legislatore l'adozione di soluzioni differenziate in relazione a situazioni egualmente riconducibili all'area del diritto al silenzio, ma fra loro non del tutto omogenee.

La scelta legislativa di non prevedere, di regola, sanzioni penali a carico della persona sospettata o imputata di un reato che menta nel tentativo di difendersi poggia su ragioni solide, e corrisponde a un'antica tradizione nel nostro Paese; ma il fatto che il legislatore non abbia previsto una sanzione penale per una data condotta non significa necessariamente che tale scelta corrisponda a una valutazione di liceità della condotta medesima (e tanto meno all'avere considerato quella condotta come espressione di un diritto di rango costituzionale).

L'ordinamento vigente già conosce, d'altronde, situazioni in cui la persona sottoposta a indagini o imputata – che non si sia avvalsa del diritto al silenzio di cui è costituzionalmente titolare – può essere punita ove renda dichiarazioni menzognere che riguardino la responsabilità di altri (art. 64, comma 3, lettera c, cod. proc. pen.), ovvero affermi essere stato commesso un reato in realtà inesistente (supra, punto 3.2.). In simili ipotesi, l'ordinamento considera necessaria la pena in funzione di un'efficace tutela

degli interessi – pubblici e privati – protetti dagli artt. 367 e 368 cod. pen., valutando come recessive le ragioni che, normalmente, rendono non opportuna, o non necessaria, la pena a carico della persona che tali dichiarazioni abbia reso nell'intento di difendersi dalle accuse che le siano state rivolte.

Né sussiste, come anticipato, una perfetta sovrapposibilità tra le false dichiarazioni relative al fatto di reato – ritenute in via generale non penalmente rilevanti dal legislatore – e quelle relative alle circostanze personali del sospetto reo, potenzialmente abbracciate dall'art. 495 cod. pen. Fermo restando che il diritto al silenzio si estende alle une come alle altre, non appare a questa Corte irragionevole che – laddove l'interessato rinunci consapevolmente a esercitare quel diritto – il legislatore possa vietargli di rendere dichiarazioni false sulle circostanze relative alla propria persona e prevedere una sanzione penale nel caso di inosservanza di tale divieto. Che l'autorità procedente possa confidare, in particolare, sulla veridicità di queste dichiarazioni, liberamente rese dall'interessato, appare, del resto, funzionale anche all'interesse di questi a non vedere adottate, nei propri confronti, misure cautelari inutili, o comunque eccessive, rispetto alle reali esigenze di contenimento della sua pericolosità, o del periculum attinente ai beni potenzialmente oggetto di misure reali.

Da ciò deriva che l'auspicata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 495 cod. pen., nella parte in cui comprende anche le false dichiarazioni rese da chi sia stato previamente avvertito della facoltà di non rispondere alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen., conseguirebbe un risultato eccedente lo scopo di assicurare la conformità a Costituzione del vigente assetto normativo e giurisprudenziale.

4.2.– Il rimedio indicato sarebbe, per altro verso, inadeguato rispetto a tale scopo, intervenendo soltanto sul versante della punibilità delle false dichiarazioni, ma non su quello – che ne costituisce un prius dal punto di vista tanto logico quanto cronologico – dell'imposizione alle autorità procedenti dell'obbligo di avvisare la persona interrogata della propria facoltà di non rispondere anche alle domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen.: obbligo senza il quale, come poc'anzi osservato, lo stesso diritto al silenzio rispetto a tali domande resterebbe svuotato di ogni effettività.

4.3.– Ne consegue la non fondatezza delle questioni prospettate in via principale.

5.– Sono fondate, invece, le questioni formulate dal rimettente in via subordinata.

5.1.– Merita accoglimento, anzitutto, la questione avente a oggetto l'art. 64, comma 3, cod. proc. pen. in riferimento all'art. 24 Cost.

Secondo la costante giurisprudenza di legittimità (supra, punto 3.4.2.), gli avvertimenti ivi previsti non devono necessariamente essere formulati alla persona sottoposta alle indagini o imputata prima che le vengano rivolte le domande di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen. Conseguentemente, non opera rispetto alle dichiarazioni rese dalla persona interessata in risposta a tali domande la regola generale della loro inutilizzabilità, posta dal successivo comma 3-bis, per il caso in cui gli avvertimenti siano stati omessi.

Per le considerazioni già svolte (supra, punto 3.5.2.), tale assetto normativo e giurisprudenziale non è conforme alle esigenze di tutela del diritto al silenzio, come riconosciuto dall'art. 24 Cost., che esige invece che la persona sottoposta alle indagini o imputata sia debitamente avvertita, segnatamente, del proprio diritto di non rispondere anche alle domande relative alle proprie condizioni personali diverse da quelle relative alle proprie generalità, e della possibilità che le sue eventuali dichiarazioni siano utilizzate nei suoi confronti.

L'art. 64, comma 3, cod. proc. pen. deve, pertanto, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 norme att. cod. proc. pen.

Per effetto di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale, le relative dichiarazioni rese dall'interessato che non abbia ricevuto gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen. resteranno, ai sensi del comma 3-bis, non utilizzabili nei suoi confronti.

5.2.– Fondata è altresì, nei termini prospettati in via subordinata, la questione avente a oggetto l'art. 495 cod. pen., anch'essa in riferimento all'art. 24 Cost.

La punibilità delle false dichiarazioni relative alle «qualità della propria o dell'altrui persona» ai sensi dell'art. 495 cod. pen. deve ritenersi non in contrasto con l'art. 24 Cost. soltanto ove la persona sottoposta alle indagini o imputata abbia previamente ricevuto l'avvertimento circa il suo diritto a non ri-

spondere ai sensi dell'art. 64, comma 3, cod. proc. pen.; restando poi libero il legislatore di valutare se estendere la non punibilità anche all'ipotesi in cui l'interessato, avendo ricevuto l'avvertimento, renda comunque dichiarazioni false allo scopo di evitare conseguenze a sé pregiudizievoli nell'ambito del procedimento e poi del processo penale.

Anche l'art. 495, primo comma, cod. pen. deve, pertanto, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., abbiano reso false dichiarazioni.

PER QUESTI MOTIVI  
LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale;

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 495, primo comma, del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. cod. proc. pen. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., abbiano reso false dichiarazioni;

3) dichiara non fondate le ulteriori questioni di legittimità costituzionale dello stesso art. 495 cod. pen., sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Firenze, sezione prima penale, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

NATALIA ROMBI

*Professoressa associata di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Udine*

## Mentire sui propri precedenti penali equivale a difendersi? La soluzione della Corte costituzionale a tutela del diritto al silenzio

*Does lying about one's criminal record amount to defending  
oneself? The Constitutional Court's solution to protect the right  
to silence*

---

La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'ambito di operatività del diritto al silenzio, riconoscendo che anche le circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., su cui la persona sottoposta alle indagini e l'imputato possono essere invitati a rispondere, sono coperte da tale garanzia. Essa, però, riproponendo l'argomento che poggia sull'esistenza di altri interessi che giustificano, pur nel riconoscimento della facoltà di non rispondere, la punibilità del mendacio, ha ritenuto che le dichiarazioni ex art. 21 disp. att. c.p.p. rientrino in un ambito in cui l'interessato ha diritto di tacere ma non di mentire.

*The Constitutional Court once again ruled on the scope of the right to remain silent, recognising that the circumstances referred to in Article 21 of the Code of Criminal Procedure, on which the person under investigation and the accused may be asked to answer, are also covered by this guarantee.*

*The Court, however, considered that statements under Article 21 disp. att. Code of Criminal Procedure fall within an area where the person concerned has the right to remain silent but not to lie, reiterating the argument based on the existence of other interests that justify, despite the recognition of the right to remain silent, the punishability of lying.*

---

### DIRITTO DI DIFESA E NEMO TENETUR SE DETEGERE

Uno dei profili di maggiore tensione nella disciplina del processo penale è rappresentato dalla necessità di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze dell'accertamento e la tutela dell'imputato, quale fonte di prova nel suo processo<sup>1</sup>.

Sebbene in virtù della presunzione di non colpevolezza, lo svolgimento del giudizio sia ormai svincolato dalla confessione dell'imputato, la disciplina delle modalità acquisitive del sapere della persona nei cui confronti si procede, continua ad assumere un ruolo centrale nel definire l'assetto di un sistema in quanto essa riflette il modo di concepire il rapporto intercorrente tra l'individuo e l'autorità<sup>2</sup>.

Nell'attuale sistema, questo assetto si caratterizza per il riconoscimento al prevenuto della facoltà di scegliere se contribuire o meno all'accertamento del fatto, nel rispetto della sua libertà morale.

---

<sup>1</sup>Secondo, A. Giarda, *Persistendo' l reo nella negativa*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 5, è questa «una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguardia del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle 'fonti' e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni 'insopprimibili' diritti dell'uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le 'parti' implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità».

<sup>2</sup>Per una ricostruzione dal punto di vista storico, v. O. Mazza, *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 713.

Da opzioni normative che consentivano il ricorso a qualsiasi mezzo, tortura compresa, al fine di vincere le resistenze dell'accusato e indurlo a offrire la sua collaborazione, si è, infatti, giunti a escludere la necessità del contributo dell'imputato nella ricostruzione dei fatti, assistendosi contemporaneamente ad una metamorfosi degli istituti che disciplinano l'acquisizione del suo sapere, non più strumenti finalizzati esclusivamente alla confessione, ma anche mezzi di difesa a disposizione dell'interessato.

Tra questi rientra l'interrogatorio, la cui disciplina è articolata in modo tale da riconoscere all'imputato il diritto ad una scelta libera e consapevole in ordine al contegno da tenere.

Nello specifico, l'imputato che interviene libero all'interrogatorio, anche se in stato di restrizione, e nei confronti del quale non possono essere utilizzati metodi o tecniche idonee ad incidere sulla sua libertà di autodeterminazione, è destinatario di una serie di avvisi che mirano a renderlo edotto sulla sua posizione da un punto di vista procedimentale.

Egli è avvisato che le dichiarazioni che deciderà eventualmente di rendere potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti e tale avvertimento si salda con un ulteriore avviso, ossia quello relativo alla possibilità di non rispondere ad alcuna domanda, nella consapevolezza che il procedimento seguirà comunque il suo corso.

La disciplina pare chiara nell'affermare che l'imputato non è tenuto a rispondere alle domande dell'autorità sui fatti che sono oggetto del giudizio, salvo per quanto riguarda le sue generalità e «quanto altro valga ad identificarlo», circostanze rispetto alle quali egli ha un obbligo di rispondere e di dire la verità (art. 66 c.p.p.), dovendosi addivenire ad una sua completa identificazione.

Il riconoscimento del diritto al silenzio, corollario del diritto di difesa<sup>3</sup>, discende dalla presunzione di non colpevolezza, principio che, da un punto di vista giuridico, impone che sia il pubblico ministero a provare l'accusa, e da un punto di vista logico, impedisce di poter ambire a una collaborazione dell'interessato che, in quanto presunto innocente, non può fornire alcun contributo in ordine a circostanze che si devono ritenere da lui non conosciute.

Si tratta di una previsione in linea con quanto stabilito a livello sovranazionale, trovando il diritto al silenzio riconoscimento sia nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, il cui art. 14, § 3, lett. g afferma espressamente che la persona accusata ha il diritto "a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole" sia, seppure indirettamente, nell'art. 6 della Cedu quale precipitato e dell'equo processo, il quale esclude l'ammissibilità di qualsiasi forma di costrizione o pressione sull'imputato volta ad acquisire dal medesimo dichiarazioni *contra se*, e della presunzione di innocenza che comporta che la colpevolezza dell'imputato debba essere dimostrata dall'accusa senza che sia ammessa forma alcuna di inversione dell'onere della prova<sup>4</sup>.

È importante evidenziare il grande valore che assume in questo ambito l'espressa previsione dell'avvertimento della facoltà di non rispondere, ponendo in rilievo l'esigenza che l'imputato sia consapevole del proprio *ius tacendi* onde evitare che un'eventuale ignoranza gli precluda la facoltà di avvalersi delle risorse difensive fornitegli dal sistema.

Invero, il garantire all'imputato il diritto di essere informato della sua facoltà di non rispondere assicura che all'astratto riconoscimento del diritto corrisponda una situazione di potenziale ed eventuale fruibilità dello stesso, in tal modo realizzando quella situazione di eguaglianza sostanziale che è imposta dalla Costituzione (art. 3).

---

<sup>3</sup>In questo senso N. Carulli, *La difesa dell'imputato*, Napoli, Jovene, 1985, p. 72; F. Cordero, *Procedura penale*, 1987, Milano, Giuffrè, p. 226; P. Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 1080; F. Dinacci, *Involuzioni giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio*, in *Giust. pen.*, 1984, III, p. 397; P. Di Ronza, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, Napoli, Jovene, 1978, p. 41; A. Giarda, *Gli effetti indotti nel processo penale dalle norme sulla rilevanza del pentimento del reo*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1984, p. 1344; V. Grevi, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Id.*, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 205; G. Illuminati, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 305; L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 29; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 81; M. Scaparone, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 25; G.P. Voena, voce *Difesa: III) Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, 1988, p. 16.

<sup>4</sup>È opportuno ricordare anche la direttiva 2016/343/UE il cui art. 7 §§1 e 2 onera gli Stati membri ad assicurare «che agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato (...) che gli indagati e imputati godano del diritto di non autoincriminarsi».

Ma il diritto al silenzio non è che una delle espressioni dell'autodifesa: quella passiva.

Esso rappresenta la scelta dell'imputato di non contribuire con il proprio sapere all'accertamento del fatto.

In effetti, l'autodifesa può anche esplicarsi in modo attivo, essendo consentito al soggetto sottoposto a procedimento penale non solo tacere, ma anche mentire, sebbene la possibilità di fornire un apporto conoscitivo falso incontra diversi limiti e sia oggetto di grande dibattito.

Accanto a chi ritiene che la possibilità di rispondere mendacemente discenda dall'inesistenza di un obbligo di rispondere secondo verità<sup>5</sup> e, dunque, implicitamente ammette la possibilità che tale comportamento possa incontrare dei limiti<sup>6</sup>, vi è chi ritiene che la menzogna sia, invece, una estrinsecazione del diritto al silenzio<sup>7</sup>, e chi<sup>8</sup>, ancora, pur nel solco di questa impostazione e, quindi, senza disconoscere la comune matrice garantista, valorizza la differenza sostanziale che intercorre tra silenzio e mendacio: essendo il primo espressione di un rifiuto di collaborare con l'autorità attraverso il proprio contributo conoscitivo, il mendacio una forma di autodifesa attiva che si inserisce nella dialettica processuale.

Secondo quest'ultima impostazione, il comportamento mendace, quale sviluppo dell'aspetto 'attivo' dell'autodifesa, che sarebbe irrimediabilmente pregiudicato se il soggetto non avesse la possibilità di interloquire liberamente senza obblighi di verità, per rientrare nella scriminante dell'esercizio di un diritto e non essere pertanto punibile, deve essere dettato da esigenze difensive<sup>9</sup>, deve, in altri termini, essere funzionale ad impedire la formazione, la verifica o l'aggravamento di un'accusa<sup>10</sup> e non deve trasmodare in iniziative che possano compromettere ingiustamente la posizione di altri soggetti o determinare sviamenti dell'autorità nell'accertamento dei fatti, comportamenti questi ultimi che sono penalmente sanzionati.

Sono questi i limiti esterni alla facoltà di mentire posti dall'ordinamento a tutela di altri valori costituzionali che potrebbero entrare in conflitto con il diritto di difesa.

Nello specifico, l'imputato può rispondere liberamente, anche mentendo, senza subire conseguenze penali, se ciò è espressione di difesa, purché non accusi falsamente altri di aver commesso il reato (art. 368 c.p.), non affermi falsamente essere avvenuto un reato in realtà mai realizzato (art. 367 c.p.), non abbia reso dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri poiché in tal caso – ricevuto il relativo avvertimento ex art. 64, comma 3, lett. c, c.p.p. – assume la veste di testimone, seppure assistito.

Insomma, nel nostro sistema sembra prevalere l'impostazione secondo cui il diritto al silenzio non include anche un vero e proprio diritto a mentire, essendo individuate delle situazioni in cui l'ordinamento, ritiene necessario punire l'autore della dichiarazione menzognera al fine di assicurare un'adeguata tutela ad altri interessi – pubblici o privati – che entrano in gioco.

In altri termini, il soggetto sentito dall'autorità può, per difendersi, dire anche il falso, ma non può

<sup>5</sup>Si tratta di un'impostazione che, limitandosi a osservare come nell'attuale ordinamento manchino sanzioni per tale comportamento, apre a possibili ripensamenti meno garantistici (v. M. Boschi, voce *Interrogatorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, p. 4; O. Campo, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 343; G. Di Chiara, *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 809; O. Dominioni, *Commento agli artt. 64-65 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 405).

<sup>6</sup>Così, C. Bonzano, *L'interrogatorio investigativo*, Padova, Cedam, 2012, p. 109 secondo cui «persino l'inviolabile diritto di difesa cede il passo rispetto al preminente interesse dell'innocente a non essere sottoposto al rischio di subire un procedimento penale a causa delle false accuse rivoltegli, sia rispetto alla, anch'essa prevalente, istanza dello Stato a non attivare i rituali meccanismi accertativi e repressivi in ordine a un fatto in realtà mai verificatosi».

<sup>7</sup>Sul punto v. L. Paladin, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 311; nonché F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 226 secondo cui «l'obbligo giuridico di verità, quale che sia la motivazione con cui se ne auspica l'avvento, è un'idea difficilmente compatibile con una società di uomini liberi»; in merito, scrive, C. Taormina, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1454 «nel contesto dell'autodifesa, contrariamente a quanto potrebbe apparire a prima vista, il silenzio ne rappresenta la massima espressione perché forma di assoluta mancanza di volontà di collaborare con la giustizia, rispetto alla quale la possibilità di rispondere mendacemente discende *a fortiori*. Facoltà di non rispondere, non semplicemente diritto al silenzio, significa anche poter rispondere come si vuole, quindi, anche mentire».

<sup>8</sup>A. Macchia, *Interrogatorio (diritto processuale penale)*, in *Noviss. dig. agg.*, IV, Torino, Utet, 1983, p. 329 per il quale «è evidente come un conto sia l'astensione dal cooperare all'accertamento della verità, ed altro conto l'adoperarsi positivamente per intralciare e sviare le indagini e come tale ultima attività vada ben oltre la nozione di *ius tacendi*».

<sup>9</sup>G. Giostra, *L'imputato che mente o tace sui suoi precedenti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 653.

<sup>10</sup>F. Corbi, *Falsa dichiarazione di conseguita patente di guida ex art. 495 codice penale*, in *Giur. it.*, 1969, II, c. 105.

arrivare fino al punto di ledere i diritti di terzi o di sviare l'amministrazione della giustizia, poiché ciò si traduce in un abuso del proprio diritto di difesa<sup>11</sup>.

Ed è proprio muovendo da questa premessa che la Corte costituzionale si è limitata ad accogliere la questione formulata in via subordinata, ritenendo non fondata la *quaestio* principale che, ove accolta, avrebbe portato ad escludere la punibilità di chi mente sui suoi precedenti penali.

Ma procediamo con ordine.

## LA QUESTIONE POSTA ALL'ATTENZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Il caso che ha portato il Tribunale di Firenze a sollevare la questione di legittimità costituzionale che, sotto diversi profili, investe gli artt. 495 c.p. e 64 c.p.p., nasce dalle dichiarazioni rese, in sede di identificazione, da un soggetto il quale, dopo avere eletto domicilio e provveduto alla nomina del difensore, dichiarava di non avere precedenti, sebbene avesse già riportato due condanne divenute ormai definitive.

Questa condotta sfociava nell'apertura di un procedimento penale, nel corso del quale era contestata al soggetto la fattispecie di cui all'art. 495 c.p.p., norma che punisce «chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona» e che, secondo la giurisprudenza, si applica a chi mente sui propri precedenti penali<sup>12</sup> ma anche a chi rende false dichiarazioni su una qualunque delle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p.<sup>13</sup>.

Il regime di tali informazioni, che precedono solitamente l'interrogatorio vero e proprio, di fatto si caratterizza per l'assenza di garanzie. Esse vengono acquisite dall'autorità nel momento in cui procede all'identificazione, momento in cui il soggetto è invitato a dichiarare, oltre alle proprie generalità, «quant'altro può valere ad identificarlo». Nello specifico, all'interessato è chiesto di dichiarare se ha un soprannome, uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale familiare e sociale, se è sottoposto a processi penali, se ha riportato condanne penali nello Stato o all'estero.

Orbene, anche se tali informazioni vanno oltre il concetto di identificazione e diversi argomenti<sup>14</sup> inducono a ritenere che non siano riconducibili alle "altre qualità personali" rispetto alle quali esiste un obbligo di verità sanzionato penalmente, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che anch'esse esulassero dall'ambito operativo del diritto al silenzio<sup>15</sup> e che, pertanto, il soggetto interessato dovesse rispondere in modo veritiero su di esse<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Da segnalare, che dal mendacio in quanto espressione del diritto di difesa, l'autorità non dovrebbe trarre alcun argomento di convincimento. Accade, invece, che la giurisprudenza, pur senza giungere ad un sovvertimento dell'onere probatorio, tenda a riconoscere una certa rilevanza probatoria alla menzogna seppure come argomento di prova a carattere residuale e complementare e in presenza di univoci elementi probatori di accusa (Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2653, in *www.dejure.it*; Cass., sez. II, 21 aprile 2010, n. 22651, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3119; Cass., sez. IV, 9 febbraio 1996, n. 3241, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1078 secondo cui «il silenzio, garantito all'imputato come oggetto di un suo diritto processuale, non può essere utilizzato in contrasto con tale garanzia, quale tacita confessione di colpevolezza. Ciò, però, non può comportare una limitazione legale della sfera del libero convincimento del giudice, sicché la convinzione di reità può legittimamente basarsi sulla valorizzazione in senso probatorio di idonei elementi in ordine ai quali il silenzio dell'imputato viene ad assumere valore di mero riscontro obiettivo»; Cass., sez. II, 9 febbraio 2006, Solimando, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2574; Cass., sez. I, 18 maggio 1992, Modica, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1596; Cass., sez. un., 4 febbraio 1992, Musumeci, in *Riv. pen.*, 1993, p. 659).

<sup>12</sup> Cass., sez. V, 26 febbraio 2016, n. 18476, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 15 aprile 2015, n. 37351, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 6 marzo 2007, n. 18677, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1410.

<sup>13</sup> Cass., sez. fer., 11 settembre 2012, n. 34536, in *www.dejure.it*; Cass., sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 2497, in *Cass. pen.* 2022, p. 3103.

<sup>14</sup> Sul punto, v. R.E. Kostoris, *Commento all'art. 21 disp. att. e coord.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale, Normativa complementare*, a cura di M. Chiavario, vol. I, Torino, Utet, 1992, p. 79 il quale, sulla base di argomenti storici, letterari e sistematici perviene alla conclusione che nel concetto di «altre qualità personali» non rientrano le informazioni previste nell'art. 21 disp. att. c.p.p., donde l'irrilevanza penale del silenzio o del mendacio su di esse, stante il carattere «spurio», rispetto a un contesto che dovrebbe essere esclusivamente funzionale alla individuazione fisica delle persone.

<sup>15</sup> In senso opposto, seppure relativa alla disciplina del codice previgente, v. Cass., sez. un., 4 maggio 1968, Decessi, in *Giur. it.*, 1969, II, c. 113 in cui si legge che un limite alla disposizione di cui all'art. 495, n. 2, c.p. «si desume, sempre in via di interpre-



Sennonché, il giudice rimettente, muovendo da una disamina delle garanzie che devono essere riconosciute al soggetto sottoposto a procedimento nel momento in cui è chiamato a rispondere all'autorità, rilevato come il rispondere su tali circostanze possa portare a conseguenze diverse sia nel corso del procedimento (es. applicazione di misura cautelare, identificazione nell'ambito di una intercettazione), sia all'esito del processo (es. sul piano del trattamento sanzionatorio o del riconoscimento della recidiva), ha deciso di investire la Corte costituzionale di un'articolata questione di legittimità, ritenendo che il diritto vivente non fosse congegnato in modo da assicurare adeguata tutela al diritto di difesa del soggetto sottoposto a procedimento.

Nello specifico, il giudice *a quo* ha sollevato, in via principale, una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 495 c.p.p., norma ritenuta in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui si applica alle false dichiarazioni rese nell'ambito del procedimento penale dalla persona sottoposta a indagini o imputata in relazione ai propri precedenti penali e, in generale, in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p.

Nel ricostruire la *quaestio* ha, innanzitutto evidenziato che dal riconoscimento del diritto al silenzio discende che la persona sottoposta a indagini, e poi l'imputato, non solo non hanno l'obbligo di rispondere al giudice o all'autorità che procede, ma hanno anche il diritto di mentire ad essi nell'esercizio della propria difesa, al punto che dal mero mendacio dell'imputato il giudice non può normalmente trarre conseguenze per lo stesso pregiudizievoli e in particolare negargli su tale base circostanze attenuanti o benefici<sup>17</sup>.

Ha, poi, osservato che escludere dall'ambito di operatività del diritto al silenzio le dichiarazioni in ordine alle circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. appare di dubbia ragionevolezza, giacché – come la stessa giurisprudenza riconosce<sup>18</sup> – si tratta di informazioni dalle quali in concreto il giudice può trarre argomenti a 'sfavore' del dichiarante.

Nello specifico, è innegabile che le informazioni riferite con riguardo alle proprie condizioni familiari ed economiche possono avere, a seconda della natura del reato che viene contestato, una rilevanza ai fini della valutazione delle accuse: si pensi alla maggiore o minore verosimiglianza della contestazione di un furto o di un reato contro il patrimonio a seconda che il dichiarante abbia o meno una regolare fonte di reddito. Non dissimile è la conclusione con riguardo alle dichiarazioni sui precedenti penali, i quali, quando non sono addirittura elementi costitutivi del reato (es. come nel caso della contravvenzione di cui all'art. 707 c.p.), assumono rilevanza ai fini della possibile contestazione della recidiva e del

---

tazione, dall'intento del legislatore, volto ad assicurare che si dica la verità quando si deve procedere alla identificazione e solo a tal fine. Ove questo fine non ricorra o sia raggiunto (...) ogni ulteriore domanda, anche su 'qualità personali', non più atta ad evitare confusione, fatta quindi per comodità, curiosità o altri scopi, non rientra nella previsione della tutela penale in esame (...) non tutte le richieste, sol perché fatte su 'qualità personali', possono intendersi tutelate, ove non siano fondate sulla esigenza della 'identificazione' e siano rivolte ad altri fini».

<sup>16</sup> Tale orientamento interpretativo (Cass., sez. V, 8 giugno 2022, n. 26440, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 16 febbraio 2018, n. 26575, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 26 febbraio 2016, n. 18476, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 8 luglio 2015, n. 37571, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 21 luglio 2009, n. 35447, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 27 marzo 2008, n. 16772, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4662; Cass., sez. V, 4 dicembre 2007, n. 4420, in *Riv. pen.*, 2008, p. 487) si pone in linea di continuità con una risalente presa di posizione della giurisprudenza (Cass., 7 dicembre 1964, Savella, in *Cass. pen.*, 1965, p. 358; Cass., 12 aprile 1965, Moreschi, in *Cass. pen.* 1965, p. 910; Cass., 6 febbraio 1973, Cretella, in *Giur. it.*, 1974, II, c. 586; Cass., 24 febbraio 1973, Sottile, in *Foro it.*, 1974, II, p. 89) che aveva trovato un avallo nella Corte costituzionale. Nel 1976, la Consulta era stata investita di una questione analoga, con riferimento all'art. 24 Cost. avente ad oggetto, tanto la previgente versione dell'art. 495 comma 2 c.p. che parimenti incriminava la falsa dichiarazione dell'imputato sulla propria identità, sul proprio stato e sulle proprie qualità personali, quanto l'art. 25 del R.D. 28 maggio 1931, n. 602, disposizione, funzionalmente omologa all'attuale art. 21 disp. att. c.p.p. che statuiva tra l'altro l'obbligo del giudice di chiedere preliminarmente all'imputato se fosse sottoposto ad altri procedimenti penali e avesse riportato condanne in Italia o all'estero. In quella occasione, la Consulta, nel dichiarare non fondate le questioni ritenne non essere in dubbio «che se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 c.p., ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale». (così, C. cost., sent., 6 maggio 1976, n. 108, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 824.).

<sup>17</sup> Cass., sez. V, 5 giugno 2020, n. 17232, in *www.dejure.it*; Cass., sez. V, 28 dicembre 2017, n. 57703, in *www.dejure.it*; Cass. sez. un., 20 settembre 2012, n. 36258, in *Riv. pen.*, 2012, 12, p. 1203.

<sup>18</sup> Cass., sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 2497, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3103, relativamente ad una fattispecie in cui le dichiarazioni rese sono funzionali ad escludere la finalità di uso personale della sostanza stupefacente.

trattamento sanzionatorio *ex art.* 133 c.p. nonché entrano in gioco nella concessione di benefici oltre che nella valutazione delle esigenze cautelari ai fini dell'applicazione di provvedimenti restrittivi.

Insomma, per il giudice rimettente è eccessivamente formalistico e, quindi, irragionevole distinguere tra domande preliminari, che non sarebbero coperte dal diritto di mentire, e domande rientranti nell'interrogatorio vero e proprio alle quali l'interessato potrebbe rispondere liberamente senza timore di incorrere in ulteriori responsabilità penali.

Sarebbe, al contrario, costituzionalmente necessario declinare in modo unitario il contenuto del diritto al silenzio, rispetto tanto all'oggetto della contestazione quanto alle ulteriori domande che possono rilevare tra l'altro in relazione alle circostanze del reato, al trattamento sanzionatorio, ai benefici, alle esigenze cautelari, escludendo dunque la responsabilità penale per ogni falsa dichiarazione resa in proposito dalla persona sottoposta a procedimento, considerato che nel momento in cui essa risponde a tutte queste domande, è già in procinto di difendersi.

Ma il giudice *a quo* non si è limitato a dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 495 c.p. nella parte in cui include tra le condotte penalmente rilevanti anche le false dichiarazioni formulate in risposta alle domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.; egli ha investito la Corte anche di una questione in via subordinata.

In particolare, ritenendo che la mancata previsione dell'obbligo di informare il soggetto sottoposto a procedimento della sua facoltà di non rispondere prima della formulazione delle domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. incidesse sull'effettività del suo diritto al silenzio, ben potendo questi essere indotto a rispondere a tali domande, magari mentendo, per difendersi, ha chiesto che fosse dichiarata quantomeno l'illegittimità, per contrasto con l'art. 24 Cost., e dell'art. 64, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede[va] che gli avvisi ivi previsti siano formulati nei confronti della persona sottoposta ad indagini o imputata prima che le vengano chieste le informazioni indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p., e dell'art. 495 c.p., nella parte in cui non prevede[va] la non punibilità, in caso di false dichiarazioni – in relazione ai propri precedenti penali e, in generale, in relazione alle circostanze indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p. – di chi non sia stato previamente informato della sua facoltà di non rispondere.

## LA SOLUZIONE DEL GIUDICE DELLE LEGGI

Verificata, in via preliminare, l'ammissibilità delle questioni sollevate in via principale e subordinata, entrambe vertenti sull'estensione del diritto al silenzio della persona sottoposta a procedimento penale, sul presupposto che esso copra non solo le circostanze attinenti al fatto ma anche quelle che riguardano la persona, la Corte ha chiarito che ad essere oggetto di censura non fosse il regime previsto per le domande relative alle generalità della persona, bensì quello applicabile alle ulteriori domande che l'autorità procedente – in forza dell'art. 21 disp. att. c.p.p. – è tenuta a formulare quando procede ai sensi dell'art. 66, comma 1, c.p.p.

Si tratta, come già detto, di ulteriori quesiti relativi al soprannome, allo pseudonimo, all'eventuale disponibilità di beni patrimoniali, alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, nonché dell'invito, rivolto all'identificando di dichiarare se sia sottoposto ad altri processi penali, se sussistano a suo carico condanne nello Stato o all'estero, e se eserciti o abbia esercitato uffici o servizi pubblici, servizi di pubblica necessità o cariche pubbliche.

Con riferimento a queste circostanze la giurisprudenza di legittimità da sempre esclude che sussista in capo alla persona sottoposta a procedimento un obbligo di rispondere, a differenza di quanto accade per le generalità, nondimeno ove la persona interrogata risponda e affermi il falso, ritiene sia ravvisabile nei suoi confronti il delitto di cui all'art. 495 c.p. Questa stessa giurisprudenza, d'altro canto, nega che le domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. abbiano attinenza con il diritto costituzionale di difesa e, pertanto, non richiede che la persona debba essere avvertita della facoltà di non rispondere ad esse, ben potendo anzi le stesse essere formulate subito dopo l'ammonimento previsto dall'art. 66, comma 1, c.p.p. circa le conseguenze cui si espone chi rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false<sup>19</sup> e le eventuali dichiarazioni essere utilizzate *contra reum*, in sede cautelare o di merito.

<sup>19</sup> Cass., sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 2497, cit.

Ricordato come nel tempo, l'area del diritto al silenzio si sia ampliata fino al punto di operare anche prima della instaurazione di un giudizio penale, in procedimenti che possono portare all'applicazione di sanzioni amministrative di carattere punitivo<sup>20</sup>, la Corte ha evidenziato come dalla disamina del dato normativo emergesse un quadro di non sufficiente tutela del diritto al silenzio della persona sottoposta a procedimento la quale, oltre a non essere posta nella condizione di esercitare tale diritto in modo consapevole, non era in alcun modo tutelata nel caso in cui lo stesso fosse stato violato.

Secondo la Corte, il difetto di effettività di tale diritto sarebbe dipeso dalla mancata previsione dell'obbligo di avvertire la persona della facoltà di non rispondere prima della formulazione delle domande indicate nell'art. 21 disp. att. c.p.p. le quali, anzi, solitamente seguono l'ammonimento circa le conseguenze cui si espone chi rifiuti di dare le proprie generalità.

A parere della Corte, per controbilanciare la pressione psicologica che inevitabilmente è connessa al contatto con l'autorità, e che può comprensibilmente indurre la persona interrogata a rendere dichiarazioni che non avrebbe reso in diverse circostanze, sarebbe invero necessario che la stessa fosse adeguatamente ed effettivamente informata dei suoi diritti e, altresì, che l'ordinamento prevedesse correlativamente la sanzione processuale dell'inutilizzabilità di tutte le dichiarazioni rese dal soggetto all'autorità, allorché detto obbligo procedurale dovesse essere violato<sup>21</sup>.

Ravvisato, dunque il lamentato *vulnus* all'art. 24 Cost., la Corte si è occupata della disamina delle questioni sottoposte alla sua attenzione dal giudice rimettente.

La *quaestio* posta in via principale, volta ad ottenere la declaratoria di illegittimità dell'art. 495 c.p. nella parte in cui include tra le condotte penalmente rilevanti e, quindi, punibili le false dichiarazioni rese in risposta alle domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p., poggiava sulla violazione dell'art. 3 Cost.

In particolare, per il giudice rimettente, il legislatore avrebbe peccato di coerenza nel prevedere la punibilità di chi renda false dichiarazioni in risposta alle domande di cui dall'art. 21 disp. att. c.p.p., considerato che alcuna sanzione penale è, invece, prevista a carico della persona sottoposta a procedimento che renda false dichiarazioni a propria difesa.

Più nello specifico, una volta che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità abbia ritenuto in via generale che le esigenze di tutela del diritto di difesa escludono la punibilità delle dichiarazioni di chi, sospettato o imputato di un reato, abbia detto il falso alle autorità nel tentativo di difendersi, sarebbe costituzionalmente insostenibile la differenza di trattamento fra situazioni analoghe, quali le dichiarazioni relative al fatto di reato, da un lato, e quelle relative alle circostanze personali, del suo possibile autore.

Si tratta di considerazioni che la Consulta non condivide, ritenendo che non sussista una perfetta sovrapposibilità tra le false dichiarazioni relative al fatto di reato – ritenute in via generale non penalmente rilevanti dal legislatore – e quelle relative alle circostanze personali del sospetto reo, potenzialmente abbracciate dall'art. 495 c.p., donde la possibilità per il legislatore, senza incorrere in una violazione del principio di ragionevolezza, di adottare soluzioni differenziate in relazione a situazioni che, sebbene siano egualmente riconducibili all'area del diritto al silenzio, non sono tuttavia omogenee.

Si legge, nella parte motiva della sentenza, che «la scelta legislativa di non prevedere di regola sanzioni penali a carico della persona sospettata o imputato di un reato che menta nel tentativo di difendersi poggia su ra-

<sup>20</sup> Sulla estensione del *nemo tenetur se detegere* ad ogni procedura che possa concludersi con l'irrogazione di una sanzione amministrativa a carattere punitivo, secondo i noti criteri Engel (Corte e.d.u., 8 luglio 1976, *Engel c. Paesi Bassi*; Corte e.d.u., 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, § 101; sul versante della piccola Europa v. in particolare C. giust., 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a., C537/16* § 28). In dottrina, v. G. Caneschi, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579; F. Giunchedi, *Ius tacendi e procedimenti para-penali. La Consulta garantisce il maximum standard nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia*, in *Pen. dir. e proc.*, 6, 2021; G.L. Gatta, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solle la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *Dir. pen. cont.*, 27 aprile 2018.

<sup>21</sup> Sul punto, v. Corte Suprema degli Stati Uniti, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S., 436 [1966] p. 467, in cui si evidenzia come la garanzia effettiva del diritto a non contribuire alla propria incriminazione esiga la previsione di idonei strumenti procedurali per assicurarne il rispetto da parte della polizia e dell'autorità giudiziaria. Nel senso della necessità, ai fini del rispetto del diritto al silenzio, di un previo avvertimento relativo alla facoltà di non rispondere si è espressa anche la Corte di Strasburgo (Corte e.d.u., 24 ottobre 2013, *Navone e altri c. Monaco*, § 74; Corte e.d.u., 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*, § 54; Corte e.d.u., 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*, § 54).

*gioni solide e corrisponde ad una antica tradizione del nostro Paese; ma il fatto che il legislatore non abbia previsto una sanzione penale per una data condotta non significa necessariamente che tale scelta corrisponda a una valutazione di liceità della condotta medesima (e tanto meno nell'aver considerato quella condotta come espressione di un diritto di rango costituzionale)».*

Insomma, per il giudice delle leggi, dal diritto al silenzio non discende un vero e proprio diritto a mentire.

Ricorda, infatti, la Corte, che l'ordinamento conosce altre situazioni in cui la persona sottoposta ad indagini può essere punita ove renda dichiarazioni menzognere.

Fermo restando che il diritto al silenzio si estende alle une come alle altre dichiarazioni, non appare irragionevole alla Corte che, laddove l'interessato rinunci consapevolmente a esercitare quel diritto, il legislatore possa vietargli di rendere dichiarazioni false sulle circostanze relative alla propria persona e prevedere una sanzione penale in caso di inosservanza di tale divieto.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, conclude per la non fondatezza delle questioni prospettate in via principale, ritenendo, invece, fondate e degne di accoglimento le questioni formulate in via subordinata.

In particolare, ritiene censurabile la disciplina nella parte in cui non prevedeva che gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. fossero formulati alla persona sottoposta a procedimento prima che gli venissero rivolte le domande di cui all'art. 21 disp. att. e nella parte in cui non prevedeva che eventuali dichiarazioni rese in risposta a tali domande fossero inutilizzabili nel caso in cui gli avvertimenti fossero stati omessi.

Le esigenze di tutela del diritto al silenzio esigono, infatti, che la persona sottoposta a procedimento sia debitamente avvertita segnatamente e del proprio diritto di non rispondere alle domande relative alle proprie condizioni personali diverse da quelle relative alle proprie generalità e della possibilità che le sue eventuali dichiarazioni siano utilizzate nei suoi confronti.

Di conseguenza, merita accoglimento anche la questione relativa all'art. 495 c.p., potendo le false dichiarazioni relative alle qualità della propria o dell'altrui persona essere punite soltanto ove la persona abbia previamente ricevuto l'avvertimento circa il suo diritto a non rispondere, restando poi libero il legislatore di valutare se estendere la non punibilità anche all'ipotesi in cui l'interessato, avendo ricevuto l'avvertimento renda comunque dichiarazioni false allo scopo di evitare conseguenze a sé sfavorevoli nell'ambito del procedimento e poi del processo penale.

## UN ULTERIORE PASSO VERSO L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO AL SILENZIO

Con questa pronuncia la Corte costituzionale realizza un ulteriore passo verso il pieno riconoscimento del diritto al silenzio.

È risaputo che l'effettività di un diritto passa anche per la conoscenza da parte del titolare della sua fruibilità.

Lo Stato di diritto che riconosce al singolo determinati diritti pubblici soggettivi di fronte agli organi statali, non può non considerare l'eventualità che il singolo ignori di esserne titolare e, dunque, deve prevenire una tale situazione, informando direttamente il soggetto e ponendolo così nella condizione di esercitarli. Solo così si passa da un astratto riconoscimento del diritto a una situazione di potenziale ed eventuale fruibilità dello stesso, e solo così si realizza quella situazione di eguaglianza sostanziale che è imposta dall'art. 3 della Costituzione. Del resto, anche se il più delle volte sopperisce all'ignoranza dell'imputato il difensore, vi sono delle situazioni in cui è opportuna una tutela anticipata del soggetto nei confronti dell'autorità, come nei casi in cui non è ipotizzabile un contatto con il difensore e nei quali ancor più si giustifica siffatto avvertimento.

Bene, dunque, che la Corte abbia esteso l'obbligo della previa formulazione degli avvertimenti ex art. 64 comma 3 c.p.p. anche alle domande relative alle circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.

Resta da chiedersi se la scelta di negare valenza difensiva al mendacio su queste circostanze, affermando che *«l'autorità procedente deve poter confidare, sulla veridicità di queste dichiarazioni liberamente rese dall'interessato, apparendo ciò del resto funzionale anche all'interesse di questi a non vedere adottate nei propri confronti misure cautelari inutili o comunque eccessive, rispetto alle reali esigenze di contenimento della sua peri-*

*colosità o del periculum attinente ai beni potenzialmente oggetto di misure reali»<sup>22</sup>, non determini un vuoto di tutela, considerato che la giurisprudenza ritiene pacificamente utilizzabili *contra reum* suddette dichiarazioni.*

In considerazione di ciò e del fatto che l'unico obbligo di verità che grava sull'imputato riguarda le proprie generalità e quanto è strettamente necessario a identificarlo, la Corte avrebbe dovuto riconoscere con riferimento a queste circostanze la più completa libertà di difesa compresa la possibilità di mentire<sup>23</sup>.

Essa, invece, riproponendo l'argomento che poggia sull'esistenza di altri interessi che giustificano, pur nel riconoscimento della facoltà di non rispondere, la punibilità del mendacio, ha ritenuto che le dichiarazioni *ex art. 21 disp. att. c.p.p.* rientrino in un ambito in cui l'interessato ha diritto di tacere ma non di mentire.

In effetti, nella pronuncia la Corte afferma che «la dimensione costituzionale del diritto al silenzio osta a che possa ravvisarsi un dovere della persona medesima di fornire le relative informazioni all'autorità procedente, e in tal modo di collaborare nelle indagini e nel processo a proprio carico», ma non si spinge fino ad affermare che una piena tutela del diritto al silenzio passi per l'esclusione della punibilità dell'eventuale mendacio.

Piuttosto, essa individua il punto di equilibrio tra tutela dell'autodifesa attiva e delle esigenze processuali nella anticipazione dell'avviso circa la facoltà di non rispondere al momento che precede le domande di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.<sup>24</sup>, giacché la garanzia effettiva del diritto «esige la previsione di idonei strumenti procedurali per assicurarne il rispetto da parte della polizia e dell'autorità giudiziaria», ritenendo che debba essere il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, a decidere se estendere la non punibilità, anche all'ipotesi in cui l'interessato, pur avendo ricevuto l'avvertimento, renda comunque dichiarazioni false allo scopo di evitare conseguenze pregiudizievoli.

Da tempo la dottrina riflette sul fatto che il mendacio e, talvolta, anche il silenzio, possono assumere in concreto valenza difensiva, evidenziando l'irragionevolezza di esclusioni dall'area del silenzio declinate in termini assoluti, laddove, invece, preferibile sarebbe considerarle relative considerato che, nella gestione concreta dei contesti dichiarativi, possono crearsi occasioni di autoincriminazione<sup>25</sup>, rispetto alle quali anche questi contegni devono essere giustificati<sup>26</sup>: si pensi al caso del soggetto indagato per il reato di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) per il quale, essendo la risposta veritiera una chiara ammissione di colpevolezza, l'unica alternativa è il silenzio o la menzogna<sup>27</sup>; si pensi all'utilità difensiva dell'autocalunnia quando la confessione di un reato non commesso serve a simulare un alibi utile per difendersi da accuse più gravi, ma anche della calunnia, quando la falsa dichiarazione che ne rappre-

<sup>22</sup> C. cost., 5 giugno 2023, n. 111, Considerato in diritto punto 4.1.

<sup>23</sup> In questo senso, v. G. Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 327, nt. 18 nonché G. Giostra, *L'imputato che mente o tace sui suoi precedenti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 638 scrive, a commento della pronuncia della Corte costituzionale n. 108/1976, relativa alla previgente disciplina «a noi sembra, che, soprattutto in seguito all'introduzione del 3 comma dell'art. 78 c.p.p., il diritto all'autodifesa si configuri in modo unitario. All'imputato, cioè, è riconosciuto espressamente il diritto di tacere (e, di conseguenza, la possibilità di mentire senza incorrere in alcuna sanzione) su ogni domanda rivoltagli; questo diritto trova, come è anche arguibile dall'inciso contenuto nell'art. 78 comma 3 c.p.p., un'unica e limitata compressione nell'obbligo di dichiarare le proprie generalità (...) crediamo (...) che il discorso della Corte non sia più da condividere quando tende a cumulare nell'imputato, rispetto alla stessa domanda, il diritto di non rispondere e, rispondendo, l'obbligo di mentire. Si è visto, infatti, come quello di rispondere sulle proprie generalità sia l'unico obbligo dell'imputato durante l'interrogatorio. Per il resto gli va riconosciuta la più completa libertà di difesa (sempre nel rispetto dei diritti di terzi)».

<sup>24</sup> Si tratta di quanto auspicato già in passato dalla dottrina che ha sempre ritenuto che le domande sulle circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. esulassero da quanto strettamente necessario all'identificazione e, quindi, ricadessero, fuori dell'obbligo di verità imposto solo per quanto attiene alle proprie generalità (v. R.E. Kostoris, *Commento all'art. 21 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 80; G. Giostra, *L'imputato che mente o tace sui suoi precedenti penali*, cit., p. 652).

<sup>25</sup> In questo senso, anche F. Falato, *L'evoluzione dogmatica processuale nella fisionomia "europea" del diritto al silenzio. Questioni esegetiche da risolvere.*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, p. 18.

<sup>26</sup> In questo senso, v. Cass., sez. VI, 25 maggio 2022, n. 33754, in *www.dejure.it*; Cass., sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 19765, in *Guida dir.*, 2020, 37, p. 81; Cass., sez. V, 8 marzo 2018, n. 40886, in *www.dejure.it*; *contra*, Cass., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 14761, in *www.dejure.it*; Cass., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 18755, in *www.dejure.it*; Cass., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 33867, in *Foro it.*, 2015, 12, II, p. 723.

<sup>27</sup> Così, O Mazza, *Interrogatorio dell'imputato*, cit., p. 729.

sentia l'elemento materiale sia inscindibilmente collegata alla negazione dei fatti addebitati (es. testimoni d'accusa tacciati di falsità).

Ciò considerato, forse i tempi erano maturi per escludere la punibilità nel caso di mendacio sulle circostanze di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. non solo perché il valore individuato per giustificarne la punibilità evoca un dovere di lealtà nei confronti dell'autorità processuale che dovrebbe essere estraneo ad un sistema che riconosce la libertà dell'imputato nelle scelte difensive, ma soprattutto perché esse riguardano fatti che sono facilmente riconducibili all'oggetto dell'addebito o della imputazione o, comunque, pregiudizievoli per l'interessato.

È questo il caso dei precedenti penali, che venivano in rilievo nel caso di specie, la cui falsa indicazione può determinare, nel caso in cui risultino da sentenze passate in giudicato, la contestazione della recidiva; ma anche delle informazioni su altri procedimenti penali cui la persona possa essere sottoposta, in Italia o all'estero, che ben possono essere utilizzate dal pubblico ministero e, poi, dal giudice per valutare la pericolosità sociale del soggetto (in ambito cautelare o in sede di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o al fine di ritenere e/o escludere la particolare tenuità del fatto). È questo, anche, il caso del soprannome di una persona, la cui conoscenza può essere fondamentale in presenza di intercettazioni in cui, dato il frequente utilizzo di pseudonimi, la domanda relativa a tali circostanze può equivalere «alla sollecitazione di una vera e propria confessione».

Pur con i limiti evidenziati, la sentenza si colloca, comunque, nel solco di quella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale che nel tempo ha contribuito a meglio definire i contorni di questa garanzia.

In effetti, il diritto al silenzio, corollario implicito del diritto inviolabile di difesa, sancito dall'art. 24 Cost., non è solo «il diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria»<sup>28</sup>, ma «comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona»<sup>29</sup>.

Se l'area del diritto al silenzio, alla luce di tali pronunce e della chiara presa di posizione anche delle corti sovranazionali<sup>30</sup>, si estende anche ai contesti processuali che anticipano o affiancano l'apertura di un procedimento penale, in ragione delle conseguenze sanzionatorie che da essi possono scaturire a carico del soggetto, è logico e ragionevole che il *nemo tenetur se detegere* trovi pieno riconoscimento e tutela in ogni contesto in cui il soggetto è chiamato a rispondere dall'autorità, tanto più se si tratta di autorità che interviene nel procedimento penale, sede naturale di tale diritto e, non solo con riferimento a quanto è oggetto di contestazione, ma riguardo ad ogni informazione vertente su questioni di fatto anche solo potenzialmente idonee ad essere impiegate a suffragio dell'accusa.

In questa prospettiva, vi è da chiedersi se non vi siano altri momenti nell'ambito del procedimento penale in cui il soggetto, dovendosi rapportare con l'autorità, non sia sufficientemente garantito.

Vengono in rilievo quelle disposizioni che consentono alla polizia giudiziaria di ricevere dall'indagato, anche senza la presenza del difensore «notizie e indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini» (art. 350, comma 5, c.p.p.) oppure «dichiarazioni spontanee» (art. 350, comma 6, c.p.p.), disposizioni che non contemplano l'obbligo di preavviso della possibilità di avvalersi del diritto al silenzio. Tale difetto di informazione può tradursi in un sostanziale aggiramento della garanzia quantomeno nei casi in cui le dichiarazioni acquisite dalla polizia, seppur inutilizzabili o utilizzabili in dibattimento esclusivamente per le contestazioni siano comunque impiegate per reperire elementi probatori che potranno essere impiegati contro il dichiarante.

E che dire dell'eventualità in cui l'autorità, che può perquisire sistemi informatici «ancorché protetti da misure di sicurezza» (art. 247, comma 1-bis, c.p.p.), facendo leva su tali disposizioni, solleciti l'in-

<sup>28</sup> C. cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2019, con cui è stata sollevata questione pregiudiziale relativa al rilievo del diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di carattere sostanzialmente punitivo.

<sup>29</sup> In questo senso C. giust., 2 febbraio 2021, C-481/19, *D.B. c. Consob*; anche Corte e.d.u., 17 dicembre 1996, *Sanders c. Regno Unito*; Corte e.d.u., 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*.

<sup>30</sup> Si veda Corte e.d.u., 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito* in cui si afferma che non possono essere fatte valere dichiarazioni o documenti che il soggetto sia stato coartato a effettuare o consegnare durante un'indagine amministrativa, antecedente o contestuale al procedimento penale e relativa alla medesima regiudicanda.

teressato a fornire la *password* senza previamente avvertirlo della sua facoltà di non collaborare<sup>31</sup>, essendo previsto in tal caso, dal combinato disposto degli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p., solo l'avviso della facoltà di nominare un difensore<sup>32</sup>?

In queste situazioni, il mancato avvertimento, laddove accompagnato dal possibile impiego di quanto dichiarato, magari anche solo a fini orientativi delle indagini, permette che si realizzi una censurabile rinuncia inconsapevole al diritto al silenzio.

Non è da escludere, dunque, che la Corte costituzionale possa essere investita di altre questioni nella prospettiva di ampliare lo spettro della tutela del diritto al silenzio<sup>33</sup>, mediante l'individuazione di ulteriori momenti processuali in cui il contatto del soggetto con l'autorità imponga che egli sia notiziato dei suoi diritti, *in primis* del diritto al silenzio<sup>34</sup>.

È pur vero che le indicazioni provenienti dalle fonti e dalle Corti sovranazionali non vanno nella direzione di riconoscere una protezione incondizionata al principio del *nemo tenetur de detegere*<sup>35</sup>, esiste però un livello minimo di tutela del diritto, che è anche condizione di effettività del medesimo<sup>36</sup>, che

---

<sup>31</sup> Sul punto v. G. Mangiaracina, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici ... e non solo*, in questa *Rivista*, 2021, p. 729 sottolinea come il rispetto dei diritti di difesa imporrebbe che una richiesta in tal senso fosse preceduta, anche nel compimento di questi atti "a sorpresa" dall'avvertimento della facoltà di non rispondere ai sensi dell'art. 64 comma 3 lett. b c.p.p., richiamato dall'art. 350 comma 1 c.p.p. e precisa che «L'autodeterminazione, alla cui salvaguardia è preposto il diritto al silenzio, può infatti dirsi libera, cosciente e volontaria solo in quanto siano stati resi gli avvertimenti predisposti a tutela del soggetto». Sul punto, v. L. Luparia, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, t. I, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III, Torino, Utet, 2001, p. 387 per il quale il diritto di non collaborare spetta anche a chi rischia, con il disvelare i codici di accesso, di far emergere una sua responsabilità penale; M. Pittirutti, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 103.

<sup>32</sup> I rischi connessi a questa lacuna sono molteplici: oltre alla possibilità che l'indagato subisca delle pressioni, è tutt'altro che astratto il pericolo che la sua scelta di non fornire i codici di accesso assuma valenza probatoria (Cass., sez. II, 24 novembre 2020, n. 7568, in *Diritto di internet*, 12 marzo 2021 con nota di M. Pittirutti, *Rifiutare di fornire i codici di sblocco della strumentazione informatica in sequestro e pericolo di inquinamento probatorio: addio al nemo tenetur se detegere*).

<sup>33</sup> Così, anche, M. Zincani, *Verbum argentum, sed silentium aurum est. Le policromie del nemo tenetur se detegere: la sua configurabilità come causa di non punibilità in senso stretto*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 9 giugno 2023.

<sup>34</sup> F. Falato, *L'evoluzione dogmatica processuale nella fisionomia "europea" del diritto al silenzio. Questioni esegetiche da risolvere.*, cit., p. 19 si sofferma sull'impraticabilità di una applicazione analogica dell'art. 64 comma 3 lett. b c.p.p. e con riferimento ai contesti dichiarativi di cui agli artt. 66 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p., che non assicurano dal rischio di autoincriminazione, suggeriva la necessità di sollevare una q.l.c. dell'art. 64, comma 3, lett. cc.p.p. nella parte in cui non si applica[va] anche a quelle dichiarazioni.

<sup>35</sup> È appena il caso di ricordare che per la Corte di Strasburgo il diritto al silenzio, pur essendo al centro della nozione di equo processo, non è un diritto assoluto. Se, da un lato, la condanna non può fondarsi esclusivamente o essenzialmente sul silenzio dell'imputato, possono darsi casi in cui la mancata risposta potrebbe indirettamente nuocere all'imputato. (Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, *Murray c. Regno Unito*; Corte e.d.u., 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*). Esistono, in altri termini, situazioni, pur eccezionali, in cui il giudice può trarre conclusioni dal silenzio dell'imputato a sostegno delle tesi propuginate dall'accusa (Corte e.d.u., 2 maggio 2000, *Condron c. Regno Unito*). D'altro canto, per la Corte di Strasburgo, non ogni forma di coercizione integra una violazione del diritto a non autoincriminarsi, dovendosene valutare natura e grado, rilevando all'interno delle possibili condotte abusive dell'autorità solo quelle riconducibili alla categoria delle *improper compulsions*, riscontrabili in tre casi: quando l'accusato sia obbligato a rendere dichiarazioni sotto la minaccia di sanzioni o venga sanzionato per il rifiuto di testimoniare; quando l'autorità ricorre a pressioni fisiche o psicologiche (Corte e.d.u., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; Corte e.d.u., GC, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*; Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; Corte e.d.u., 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*); quando le autorità utilizzino sotterfugi o inganni per carpire informazioni che non sarebbero state altrimenti in grado di ottenere (così S. Lonati, *Diritto a un processo equo*, a in M. Ceresa Gastaldo-S. Lonati (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 166). Non sempre, comunque, ne deriva l'automatica iniquità del procedimento, dovendosi verificare, secondo la logica del caso concreto, quanto la dichiarazione estorta abbia inciso sulla decisione (Corte e.d.u., 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*; Corte e.d.u., 26 gennaio 2021, *Zlicic c. Serbia*).

<sup>36</sup> In questo senso, si veda l'art. 3 della direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in cui si legge proprio che l'informativa tempestiva in ordine all'esistenza di un diritto processuale è condizione necessaria per consentirne l'effettivo esercizio («1. Gli Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali, ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti: a) il diritto a un avvocato; b) le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio; c) il diritto di essere informato dell'accusa, a norma dell'articolo 6; d) il diritto all'interpretazione e alla traduzione; e) il diritto al silenzio»). E si coglie in tale atto normativo anche una indicazione circa l'importanza di anticipare il più possibile il momento della conoscenza nel riferimento alla necessità che l'informativa sia fornita «tempestivamente» o, comunque, «al più tardi anteriormente al primo interrogatorio degli indagati o imputati da parte della polizia o di un'altra autorità competente» (considerando n. 19 e n. 28).

consiste nel garantirne la conoscibilità, onde porre il soggetto interessato nella condizione di potersi determinare consapevolmente dinnanzi all'autorità.

Ed è questo il livello di tutela che la Corte ha ritenuto di riconoscere nel caso in esame attraverso l'anticipazione del momento della formulazione dell'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, poiché grazie a questa informativa l'interessato non è più «*in balia dell'autorità che procede al suo interrogatorio, ma è libero di rimanere giudice esclusivo della propria convenienza di parlare o di tacere*»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Così V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio*, cit., p. 117 e nota 145.



## Esteso il rigoroso criterio dell'autosufficienza all'ordinanza di rinvio pregiudiziale

---

### CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II, 3 LUGLIO 2023, N. 28561; PRES. ROSI – REL. ARIOLLI

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale è inammissibile per evidente difetto di autosufficienza, laddove risulti del tutto omessa la descrizione, da parte del giudice *a quo*, della fattispecie oggetto del giudizio, l'indicazione, sia pure succinta, degli elementi del fatto per cui si procede e delle modalità della condotta, dei termini e dei motivi dell'istanza con cui è stata eccepita dalle parti la questione. La questione di competenza non può, inoltre, essere prospettata in via dubitativa ovvero a carattere esplorativo, altrimenti abdicando il giudice del merito alla funzione di verifica che pure gli compete in ordine alla propria competenza.

---

[*Omissis*]

#### RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Trapani, con ordinanza del 2/02/2023 ha rimesso alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 24-*bis* c.p.p., la questione concernente la competenza per territorio in ordine al reato di cui agli artt. 110-646 c.p., contestato agli imputati.

2. Il Pubblico ministero, nella persona del sostituto Procuratore generale (*omissis*) (*omissis*), con requisitoria dell'1/06/2023, ha chiesto "che la Corte di cassazione dichiari inammissibile la richiesta di rinvio pregiudiziale".

3. Con memoria del (*omissis*), la difesa dell'imputato F.L., sulla base delle circostanze di fatto e delle modalità della condotta del reato più grave contestato (l'appropriazione indebita), ha insistito nell'eccezione di incompetenza territoriale – sollevata nel giudizio di merito – del Tribunale di Trapani in favore di quello di Palermo.

#### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il Tribunale ha rimesso in via incidentale alla Corte di cassazione la questione della competenza per territorio in relazione al delitto di appropriazione indebita contestato agli imputati.

In particolare, per quanto è dato ricavare dall'ordinanza del Tribunale e dal verbale allegato, la difesa, all'udienza del 13/12/2022, reiterando l'eccezione di incompetenza territoriale già formulata in precedenza, aveva anticipato la volontà di avvalersi della previsione di cui introdotta dalla L. n. 150 del 2022, art. 24-*bis* c.p.p. che sarebbe stata di imminente entrata in vigore (dal 30/12/2022). Il Tribunale, evidenziata la "serietà" degli elementi posti a base della questione, sinteticamente indicabili nel fatto "che i conti correnti bancari degli imputati accusati di appropriazione indebita che della persona offesa risultano accesi presso filiali bancarie con sede in Palermo", ha ritenuto opportuno rimettere in via pregiudiziale alla Corte di cassazione la questione concernente la competenza per territorio, ai sensi dell'art. 24-*bis* c.p.p.

Come affermato in motivazione da Sez. 1, n. 22326 del 3/05/2023, Piredda (non mass.) "... siccome nell'architettura dell'art. 24-*bis* c.p.p. il giudice procedente "può" – non deve – rimettere la questione alla Corte di cassazione, se sceglie di utilizzare il rinvio pregiudiziale, deve motivare e spiegare le ragioni di questa sua scelta e, quindi, prendere esplicita posizione sull'eccezione sollevata dalla parte. Del resto, la ratio della norma (evitare che l'eccezione di incompetenza territoriale tempestivamente sollevata venga respinta, ma resti come un "vizio occulto" del processo, con la possibilità che essa, accolta nei gradi successivi, determini la caducazione dell'attività processuale svolta medio tempore e la necessità di ricominciare l'iter processuale) rende evidente che il giudice si trova a rimettere la questione

quando la parte prospetti la sua incompetenza ed egli, invece, si ritenga competente: invero, se, al contrario, si ritiene incompetente, dovrà pronunciare sentenza di incompetenza....”.

Nel caso di specie, per come osservato nella requisitoria del Procuratore generale di udienza, le cui conclusioni sono dal Collegio condivise, non risultano essere state rispettate tutte le condizioni per il rinvio pregiudiziale. Le prospettazioni delle parti, che avevano eccepito l’incompetenza del Tribunale e sintetizzate, quanto all’imputato (*omissis*), nella memoria difensiva, sono state accompagnate nel corso della successiva udienza dalla formale richiesta di rimessione della questione alla Corte di Cassazione ai sensi dell’art. 24-*bis* c.p.p.

Il Giudice, tuttavia, non ha compiuto una specifica delibazione della questione, rimettendo alla Corte di legittimità la questione della competenza, indicando la posizione adesiva del pubblico ministero sul punto, laddove avrebbe dovuto esporre le questioni, analizzarle, e compiere una preliminare delibazione di fondatezza e prospettare l’impossibilità di risolverla con gli ordinari strumenti (cfr. in motivazione Sez. 1, n. 20612 del 12/04/2023, Iannotta, non mass.).

Il Giudice, che appare condividere la prospettazione difensiva, non ha quindi proceduto attraverso sentenza di incompetenza, non prospettando, peraltro, l’impossibilità di risolvere la questione con gli ordinari strumenti (cfr. in motivazione Sez. 1, n. 20612 del 12/04/2023, Iannotta, non mass.).

2. Inoltre, osserva il Collegio che all’ordinanza di rinvio pregiudiziale può muoversi anche un ulteriore rilievo in punto di ammissibilità, costituito dall’evidente difetto di autosufficienza, risultando del tutto omessa la descrizione, da parte del giudice a quo, della fattispecie oggetto del giudizio, l’indicazione, sia pure succinta, degli elementi del fatto per cui si procede e delle modalità della condotta che hanno determinato la contestazione del delitto di appropriazione indebita agli imputati, i termini e i motivi dell’istanza con cui fu eccepita dalle parti la questione.

Né, poi, può prospettarsi la questione di competenza in via dubitativa ovvero a carattere esplorativo, altrimenti abdicando il giudice del merito alla funzione di verifica che pure gli compete in ordine alla propria competenza, sia pure involgente l’individuazione del *loci commissi delicti*.

Per come osservato da Sez. 1, n. 22326 del 2023, in tale direzione depone la relazione finale della “Commissione Lattanzi”, la quale ha suggerito, in ossequio ai principi costituzionali dell’efficienza e della ragionevole durata del processo, di “responsabilizzare il giudice di merito” nella valutazione del rinvio incidentale alla Corte per la definizione della questione sulla competenza territoriale, orientando la scelta “solo al cospetto di questioni di una certa serietà”, in modo da evitare potenziali usi strumentali dell’istituto derivanti da un automatismo defaticante connesso alla formulazione della eccezione, essendo, cioè, necessario che la decisione del giudice sia affidata ad un canone di ragionevole presunzione di fondatezza della questione.

Tanto che rientra nei poteri del giudice investito della questione sulla competenza per territorio sollevata dalla parte con istanza di rimessione, il rigetto dell’eccezione, ove ne delibi l’infondatezza, senza essere tenuto al rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione.

Sebbene la norma di nuovo conio non fornisca espressamente indicazioni sul vaglio che deve compiere il giudice che “pronuncia ordinanza”, si tratta di un provvedimento che, alla luce dell’art. 125 c.p.p., deve essere motivato a pena di nullità e si inserisce nel quadro delle disposizioni che regolano le decisioni sulla competenza.

Pertanto, siccome nell’architettura dell’art. 24-*bis* c.p.p. il giudice procedente “può” – non deve – rimettere la questione alla Corte di cassazione, se sceglie di utilizzare il rinvio pregiudiziale, deve motivare e spiegare le ragioni di questa sua scelta e, quindi, prendere esplicita posizione sull’eccezione sollevata dalla parte, tenuto conto del fatto che la ratio della norma (evitare che l’eccezione di incompetenza territoriale tempestivamente sollevata venga respinta, ma resti come un “vizio occulto” del processo, con la possibilità che essa, accolta nei gradi successivi, determini la caducazione dell’attività processuale svolta medio tempore e la necessità di ricominciare l’iter processuale) rende evidente che il giudice si trova a rimettere la questione quando la parte prospetti la sua incompetenza ed egli, invece, si ritenga competente: invero, se, al contrario, si ritiene incompetente, dovrà pronunciare sentenza di incompetenza, fermo restando che tale provvedimento non “blocca” il processo, né determina il rischio dell’inutile dispendio di attività processuale, dal momento che il giudice indicato come competente ha le seguenti opzioni: se si ritiene competente, deve procedere mentre, se il giudice si ritiene incompeten-

te, trasmette gli atti al giudice ritenuto competente, salvo che questi fosse il giudice che gli aveva trasmesso gli atti per competenza, nel qual caso deve sollevare il conflitto.

Ciò posto, il giudice che non si ritiene incompetente – perché altrimenti declinerebbe la competenza o solleverebbe il conflitto – ha titolo a utilizzare il rinvio pregiudiziale, spiegando le ragioni della propria decisione, illustrando specificamente le questioni sollevate dalle parti, sempre che non ritenga manifestamente infondate le eccezioni difensive, considerato che tale attività esplicativa è, del resto, insita nella rimessione degli “atti necessari” e nell’indicazione “delle parti e dei difensori”.

Una differente conclusione finirebbe per interpretare il rinvio pregiudiziale come una sorta di delega del giudice di merito al giudice di legittimità per la soluzione della questione di competenza: si tratterebbe di uno strumento indeterminato e dispersivo, che rischia di risultare inidoneo a raggiungere l’obiettivo che la norma ha inteso perseguire, poiché si costringerebbe la Corte di cassazione a valutare “al buio” la questione di competenza, senza la mediazione provvedimento dell’atto di rimessione.

Da qui la necessità che il provvedimento sia dotato della necessaria autosufficienza, non potendo esigersi che sia la Corte di cassazione ad emendare l’evidenziata lacuna mediante la diretta lettura degli atti che comporterebbe, attesa la genericità dell’ordinanza di rimessione, lo svolgimento di compiti demandati dal legislatore esclusivamente alla preventiva valutazione del giudice del merito.

3. In tali termini, il rinvio pregiudiziale della questione di competenza non risulta ammissibile.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile la richiesta di rinvio pregiudiziale. Dispone la trasmissione degli atti al Tribunale di Trapani.

[*Omissis*]

ROBERTA RIZZUTO

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università LUMSA di Palermo

## La Cassazione aggiunge un altro tassello al suo disegno didascalico sul rinvio pregiudiziale

### *The Supreme Court of Cassation adds another piece to its didactic design on interlocutory referral*

Il preliminare vaglio, da parte del giudice di merito, sulla fondatezza della questione concernente la competenza per territorio e la trasposizione del rigoroso principio dell'autosufficienza sul piano del rinvio pregiudiziale sono gli elementi attorno ai quali si sviluppano i profili di inammissibilità ravvisati dalla Corte regolatrice nel caso *de quo*. Dietro l'argomentare dei giudici di legittimità si ritiene di scorgere quell'atteggiamento didascalico che, manifestato anche in altre pronunce, li induce a meglio individuare (o, più correttamente, circoscrivere) il raggio d'azione del regolamento preventivo di competenza territoriale. I tentativi definitivi compiuti dalla Cassazione, oltretutto non immuni da rilievi critici, paiono corroborare il dubbio che il reale proposito della stessa sia quello di esasperare la residualità del nuovo rimedio: ciò che si risolverebbe in una sostanziale smentita della *ratio essendi* del rinvio pregiudiziale.

*The preliminary examination by the trial court of the merits on the merits of the question concerning territorial jurisdiction and the transposition of the strict principle of self-sufficiency to the level of the preliminary reference are the elements around which the profiles of inadmissibility found by the regulating court in the case at hand are developed. Behind the argumentation of the judges of legitimacy one believes one can discern that didactic attitude which, also manifested in other pronouncements, leads them to better identify (or, more correctly, circumscribe) the range of action of the prior regulation of territorial jurisdiction. The definitional attempts made by the Supreme Court, as well as not being immune from critical remarks, seem to corroborate the doubt that the real purpose of the Supreme Court is to exasperate the residuality of the new remedy: which, among other things, would result in a substantial denial of the ratio essendi of the preliminary reference.*

#### ANCORA UNA PRONUNCIA A FINALITÀ NOMOPOIETICA

La decisione qui annotata – fors'anche perché, alla stregua della sentenza n. 20612 poco prima pronunciata da altra sezione della Cassazione<sup>1</sup>, s'è risolta in una declaratoria di inammissibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale<sup>2</sup> – sembra intrisa dello stesso atteggiamento didascalico che s'è ritenuto

<sup>1</sup> Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, in *CED Cass.*, n. 284720-01. Per un commento alla pronuncia, v. G. Casartelli, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 24bis c.p.p. per la decisione in ordine alla competenza territoriale introdotto dalla riforma Cartabia: note minime sui primi orientamenti della Corte di cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 25 settembre 2023; R. Gargiulo, *Il rinvio pregiudiziale alla corte di cassazione previsto dall'art. 24-bis c.p.p.: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 3167 ss.; G. Quagliano, *La Suprema Corte detta le regole del rinvio pregiudiziale per incompetenza territoriale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 1508 ss. Volendo, v. anche R. Rizzuto, *La ratio essendi del rinvio pregiudiziale alla Cassazione: primi segnali di una crisi annunciata?*, in questa *Rivista*, 2023, p. 1401 ss.

<sup>2</sup> Per una panoramica sull'istituto del rinvio pregiudiziale, innestato nel codice di rito dall'art. 4 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (in attuazione della delega disposta dall'art. 1, comma 13, lett. n), l. 27 settembre 2021, n. 134), v. G. Accatino, *Prime considerazioni intorno al nuovo art. 24-bis c.p.p.*, in *www.lageislazionepenale.eu*, 13 giugno 2023; R. Aprati, *L'intervento pregiudiziale della Corte di cassazione sull'incompetenza territoriale*, in *Cass. pen.*, p. 1084 ss.; E. Calvanese, *Impugnazioni: il ricorso in cassazione*, in A. Bassi-C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 291 ss.; A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 186-187; F. Cassibba, *Sub art. 24-bis*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 675 ss.; R. Crepaldi, *L'udienza preliminare*, in V.A. Boga-R. Crepaldi-V. De Luca-L.N. Meazza-M. Moscardini-G. Stampanoni Bassi, *Le indagini preliminari, l'udienza preliminare e la nuova udienza predibattimentale*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 245-247; R. Fonti, *Le nuove forme procedurali del giudizio di legittimità e il*

di scorgere nel testé citato provvedimento e, a onor del vero, pure tra le pagine di gran parte delle pronunce emesse all'esito degli incidenti di competenza territoriale fin qui celebrati<sup>3</sup>.

Invero, dietro la dovizia e l'elevato tasso di specificità delle argomentazioni, poste a fondamento della quasi totalità<sup>4</sup> delle decisioni sinora emesse al termine dello schema procedimentale di cui all'art. 24-bis c.p.p., sembra esservi una precisa scelta di campo dei giudici di legittimità. L'ipotesi che qui s'avanza è che la Cassazione, attraverso i propri *dicta*, intenda imprimere una *precisa* direzione al concreto funzionamento del regolamento preventivo di competenza territoriale, così contribuendo a un assottigliamento della sua indeterminatezza strutturale.

La supposizione appena formulata trova conferma financo in alcune delle sentenze che, in ragione della ravvisata ammissibilità dell'istanza di rinvio, contengono l'identificazione del *forum delicti*: la Cassazione, infatti, anziché soffermarsi sulla sola questione giuridica dalla cui risoluzione dipendeva l'ortodossa individuazione del giudice territorialmente competente, ha talvolta reputato opportuno anteporre a siffatta statuizione un dettagliato *excursus* sui tratti strutturali e funzionali essenziali del regolamento preventivo di competenza<sup>5</sup>. Sebbene il superamento del vaglio di ammissibilità rappresenti un ineludibile antecedente logico-giuridico della definizione della *quaestio* sulla competenza territoriale, è quest'ultima a costituire il "cuore pulsante" della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p., di talché, in quella specifica circostanza, è ad essa che avrebbe dovuto essere riservato maggiore spazio, non anche all'ammissibilità in sé della richiesta<sup>6</sup>.

Quanto appena detto non vuole essere una sterile critica all'operato dei giudici di legittimità, diversamente, mira a evidenziare come, anche nella sentenza che si annota, l'analiticità dei passaggi della motivazione riguardanti il tema dell'ammissibilità dell'istanza di rinvio pregiudiziale appaia funzionale, più che alla tenuta della decisione in sé, all'individuazione di vere e proprie linee-guida per coloro i

---

*rinvio pregiudiziale per la decisione sulla competenza per territorio*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, vol. III, *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 194 ss.; A. Marandola, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi di impugnazione ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, in A. Marandola (a cura di), *Riforma Cartabia e rito penale*, Padova, Cedam, 2022, p. 250; O. Mazza, *I soggetti*, in M. Bontempelli-P.M. Corso-F. Dinacci-O. Dominioni-L.-Filippi-A. Gaito-M.N. Galantini-G. Garuti-C. Iasevoli-E.M. Mancuso-O. Mazza-G. Spangher-G. Varraso, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 107 ss.; M. Menna, *Il giudice*, in A. Scalfati-A. Bernasconi-A. De Caro-M. Menna-C. Pansini-A. Pulvirenti-N. Triggiani-C. Valentini-D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, p. 89; P. Montone, *L'incompetenza territoriale e le pene sostitutive*, in *www.unicost.eu*, 13 dicembre 2022; M. Pittiruti, *Un «rinvio pregiudiziale» per un processo penale efficiente. Luci e ombre dell'art. 24-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, n. 5/2023, p. 5 ss.; F.N. Ricotta, *I nuovi controlli sulla competenza per territorio*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2022, p. 645 ss.

<sup>3</sup> *Ex multis*, in via esemplificativa, v. Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, non mass., in *Dejure*; Cass., sez. VI, ord. 10 maggio 2023, n. 31809, in *Dejure*; Cass., sez. II, 13 luglio 2023, n. 30721, in *Dejure*, sebbene, in siffatta ipotesi, i toni didascalici paiono meno marcati, avendo la Corte, da un lato, affidato in gran misura l'esposizione dei profili di inammissibilità da sé ravvisati alla citazione di precedenti giurisprudenziali e, dall'altro, omesso, ad esempio, di citare i principi di diritto che presiedono al funzionamento dei conflitti di competenza. Più di recente, Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, in *Dejure*, ha anteposto alla statuizione sulla competenza territoriale una puntuale descrizione del rimedio regolatorio introdotto e disciplinato dall'art. 24-bis c.p.p.

<sup>4</sup> Nel lasso di tempo ricompreso tra l'entrata in vigore dell'art. 24-bis c.p.p. e la messa a punto del presente lavoro, la Corte di cassazione s'è anche resa autrice di sentenze di inammissibilità nelle quali non si scorgono le tracce di quell'accento didascalico che si ritiene, invece, di ravvisare nella gran parte delle decisioni fin qui pronunciate. In tal senso, si veda Cass., sez. V, 19 settembre 2023, n. 41022, in *Dejure*, la quale sembra, tra l'altro, confermare che nella prassi le declaratorie di inammissibilità tendono a essere esiguamente argomentate.

<sup>5</sup> Il riferimento è, in particolare, a Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit. L'analitica illustrazione delle caratteristiche principali del rinvio pregiudiziale forgiato dall'art. 24-bis c.p.p., con ogni probabilità, è scaturita dal proposito dei giudici di legittimità di chiarire le ragioni per le quali, ad avviso degli stessi, in quella specifica ipotesi fossero state rispettate tutte le condizioni stabilite dalla legge per la valida instaurazione del regolamento preventivo di competenza. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che quel frammento della decisione, ancorché deputato a individuare i profili di ammissibilità dell'istanza di rinvio, è costellato da una serie di informazioni non strettamente necessarie ai fini della sua solidità e, soprattutto, della razionalità argomentativa.

<sup>6</sup> Finora la tendenza a ricondurre entro margini contenuti la trattazione del tema dell'ammissibilità dell'atto introduttivo s'è manifestata con riferimento ad altri ambiti procedimentali. A tal riguardo, però, si segnala che, a onor del vero, in un caso (Cass., sez. II, 18 maggio 2023, n. 27136, in *Dejure*), la Corte regolatrice, adita ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p., s'è già mossa in linea con il suo tradizionale *modus operandi*: leggendo il suddetto provvedimento giurisprudenziale, emerge, infatti, in via subitanea che l'attenzione dei giudici di legittimità è ricaduta unicamente sul dubbio ermeneutico dalla cui risoluzione dipendeva la corretta identificazione del cd. *forum delicti*, avendo gli stessi pretermesso ogni considerazione sull'ammissibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale che, in quella specifica ipotesi, aveva occasionato il suo intervento risolutore.

quali, in futuro, si avvarranno del novello strumento regolatorio. Detto altrimenti, v'è il sospetto che dietro il "di più" argomentativo, in siffatta ipotesi così come in altre, vi sia un intento puramente didascalico della Cassazione. Sembra, cioè, che quest'ultima tenda a soffermarsi a lungo sugli errori commessi e, talvolta, persino su quelli non commessi dai soggetti che hanno dato vita alle prime applicazioni pratiche dell'incidente di competenza *iure loci*, nella convinzione che l'errore, in quanto tale, possa assolvere una funzione "educativa". L'errore, del resto, ancorché compiuto da altri, "insegna" sempre qualcosa, giacché evidenza, a un tempo, cosa è bene fare e cosa, all'opposto, è bene astenersi dal fare.

Ad ogni modo, non è una casualità che poc'anzi si sia parlato di "precisa direzione", anziché di "giusta direzione", in quanto questa seconda aggettivazione presupporrebbe una condivisione del *modus operandi* della Corte regolatrice e, altresì, dei ragionamenti dalla medesima fin qui condotti: condivisione, che non si ritiene di potere esprimere – ma, al contempo, neppure di negare – integralmente.

Certo è che la labilità del confine esistente tra un intento paideutico e un atteggiamento squisitamente paternalistico, funzionale al soddisfacimento dell'interesse "egoistico" dei giudici di legittimità a non essere ingolfati da una serie sterminata di ordinanze di rinvio pregiudiziale, nonché la possibilità che l'attività esegetica sfoci nell'esercizio, da parte dei giudici di legittimità, di un'impropria funzione nomopoietica sono circostanze, di per sé, idonee a giustificare l'adozione di una particolare cautela nell'analizzare gli epiloghi decisori dei regolamenti preventivi di competenza *ratione loci* disposti a far data dall'entrata in vigore della relativa disciplina. A imporre una certa dose di circospezione sembrerebbero essere, in particolar modo, taluni dei passaggi argomentativi sin qui elaborati dalla Cassazione nel tentativo di definire con maggiore precisione l'*an* e il *quomodo* dell'incidente di incompetenza territoriale, regolamentato da un, per certi versi, lacunoso art. 24-bis c.p.p. Come, infatti, già segnalato altrove<sup>7</sup>, il tempo svelerà se dietro il presunto scopo di promuovere un uso responsabile, ad opera dei protagonisti del processo, del rinvio pregiudiziale vi sia, o meno, il diverso, e assai più insidioso, proposito di circoscrivere quanto più possibile la sfera di operatività del nuovo rimedio regolatorio. Ad oggi può soltanto dirsi che, fatta eccezione di alcune ipotesi<sup>8</sup>, in ciascuna delle pronunce emesse al termine dell'incidente di incompetenza *iure loci* è dato rintracciare sia elementi e/o ragionamenti meritevoli di condivisione, perché diretti a "responsabilizzare" parti e giudici di merito e, dunque, ad assicurare la rispondenza del concreto funzionamento di siffatto meccanismo alla sua *ratio essendi*, sia affermazioni di dubbia correttezza ermeneutica.

In definitiva, data l'innovatività del meccanismo incidentale regolatorio della *quaestio* sulla competenza per territorio, l'intento della Corte di legittimità di fornire delle coordinate ai suoi possibili fruitori non stupisce né, tantomeno, è in sé per sé passibile di censura, lo diventerebbe, però, laddove lo stesso dovesse travalicare in propositi di diversa natura. Il principale timore attiene al sospetto che la Cassazione possa, attraverso i propri *dicta*, voler porre le basi per una gestione *pro domo sua* del rinvio pregiudiziale, per una gestione, cioè, che ravvisi nel contenimento del raggio d'azione dell'istituto di cui all'art. 24-bis c.p.p. entro argini ben definiti e, soprattutto, parecchio circoscritti uno strumento utile a recidere sul nascere il rischio di ritrovarsi sommersa da un cospicuo numero di ordinanze di rimessione.

Peraltro, il perseguimento dell'intento chiarificatore o didascalico che dir si voglia, dalla scrivente scorto tra le righe delle statuizioni della Corte, potrebbe rivelarsi un'operazione meno agevole del previsto, sia per l'inadeguatezza del dettato normativo sia per le difficoltà connaturate alla sua realizzazione. Concreto appare, difatti, il rischio di una sua vanificazione, anche soltanto parziale, per effetto dell'emersione di contraddizioni interne al ragionamento condotto dalla Cassazione sull'argomento. Incoerenze, che, tra l'altro, per una sorta di effetto domino, finirebbero col contribuire a un aggravio ulteriore della, di per sé non irrisoria, fragilità dell'architettura normativa (art. 24-bis c.p.p.) nonché, di riflesso, del rinvio pregiudiziale.

In proposito, non ci si può esimere dal rilevare che, ad onta della brevità del periodo in cui ha potuto trovare concreta applicazione il regolamento preventivo di competenza *iure loci* di recente istituzione, sembrerebbero essersi già profilate le prime dicotomie tra le affermazioni promosse dalla Cassazione, come meglio si evidenzierà nel prosieguo della trattazione.

Il formarsi di tali discrasie ermeneutiche, oltre a pregiudicare l'effettività di ogni proposito didasca-

<sup>7</sup>Sul punto, sia consentito rinviare a R. Rizzuto, *La ratio essendi del rinvio*, cit., *passim*.

<sup>8</sup>Si pensi, ad esempio, a Cass., sez. II, 18 maggio 2023, n. 27136, cit., che, come già segnalato, si è soffermata direttamente e unicamente sull'individuazione del *forum delicti*.

lico-responsabilizzante, rischia di ispessire, anziché assottigliare, quella coltre che già ammantava il testo del nuovo strumento regolatorio, così contribuendo a offuscarne ulteriormente il volto.

Intento paideutico influenzato da logiche extra-giuridiche, possibile emersione di contrasti ermeneutici e/o di non meno pericolose contraddizioni interne al disegno della Corte nonché criticabilità delle soluzioni ermeneutiche prospettate dalla Corte in ordine alle modalità di funzionamento del rinvio pregiudiziale, sono tutte circostanze che, quantomeno ad oggi, paiono giustificare una certa dose di circospezione. Del resto, difficile negare che esse, combinandosi tra loro, potrebbero concorrere a un'involuzione delle esistenti zone d'ombra in veri e propri buchi neri, in grado di fagocitare o, comunque, di destabilizzare la funzionalità primaria del regolamento preventivo di competenza *ratione loci*, che, come noto, è quella di porre l'accertamento giudiziario "in sicurezza"<sup>9</sup>, al riparo cioè dalle conseguenze pregiudizievoli che un tardivo riconoscimento del difetto di competenza territoriale porta, inevitabilmente, con sé.

#### LA "RAGIONEVOLE FONDATEZZA DELLA QUAESTIO" QUALE CANONE SELETTIVO DEL RINVIO

La sentenza che s'annota origina dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui il Tribunale di Trapani, su formale richiesta di parte<sup>10</sup>, ha deferito alla Cassazione il compito di individuare, con una pronuncia dotata di efficacia panprocessuale, l'organo territorialmente competente a condurre l'accertamento giudiziario e, di riflesso, a pronunciarsi nel merito della vicenda che, approdata dinanzi a sé, riguardava un'ipotesi di appropriazione indebita (art. 646 c.p.).

Prima, però, di ripercorrere i passaggi salienti dell'apparato giustificativo della decisione qui chiosata, si reputa opportuno specificare che esso, sebbene tenda a replicare il ragionamento condotto dalla Cassazione altrove, sembra conferire maggiore sistematicità e linearità al disegno sin qui tratteggiato dalla Corte medesima. L'*iter* logico-argomentativo messo a punto in siffatta occasione non soltanto non incispica in alcun capovolgimento dell'ordine di trattazione dei profili di inammissibilità<sup>11</sup>, ma, per certi versi, risulta sensibilmente più chiaro e puntuale di quello, ad esempio, contenuto nella sentenza n. 20612/2023. Circostanza quest'ultima, che, tuttavia, non può dirsi di per sé sufficiente a rendere la pronuncia *de qua* immune da rilievi critici.

Come anticipato nel precedente paragrafo, la Corte di legittimità, al termine di un procedimento trattato secondo le forme del contraddittorio scritto di cui all'art. 23, comma 8, d.l. n. 137/2020, ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di rinvio formulata dal Tribunale di Trapani e lo ha fatto per due ordini di ragioni, che, seppur tra loro distinti e separati, paiono intersecarsi in un gioco di influenze potenzialmente biunivoche.

Orbene, la Corte di legittimità, *in limine* all'enunciazione del primo profilo di invalidità da sé ravvisato, ha formulato una precisazione di non secondaria rilevanza. Ha, più nello specifico, sottolineato che tanto il provvedimento di rimessione della questione sulla competenza *iure loci* alla Corte regolatrice, quanto il verbale a esso allegato evidenziano che il giudice *a quo*, a fronte della "serietà" delle argomentazioni difensive, «ha ritenuto opportuno rimettere in via pregiudiziale alla Corte di cassazione la questione concernente la competenza per territorio, ai sensi dell'art. 24-bis cod. proc. pen.». I giudici di Piazza Cavour, attraverso questa notazione preliminare, hanno posto l'accento sul fatto che il Tribunale procedente, lungi dall'essersi lasciato guidare dal «canone di ragionevole fondatezza della questione pregiudiziale», ha ravvisato nell'attivazione del regolamento preventivo di competenza territoriale una mera *opportunità* per fare definitivamente chiarezza sulla titolarità della competenza *ratione loci* in quella specifica vicenda. Valutazione, quella incentrata su ragioni di pura opportunità, che si discosta, e non

<sup>9</sup> Quest'espressione è mutuata dal documento finale redatto dalla Commissione di studio Lattanzi (*Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*), reperibile sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>10</sup> Volendo essere più puntuali, dalla lettura della sentenza si ricava che la difesa, dopo aver manifestato in un momento antecedente all'entrata in vigore della riforma Cartabia – e, precisamente, nell'udienza del 13 dicembre 2022 – la sua volontà di sollecitare l'investitura della Cassazione nelle forme previste dall'art. 24-bis c.p.p., s'è resa autrice di una formale richiesta di rinvio pregiudiziale alla prima occasione utile, cioè a dire nel corso della prima udienza svoltasi dopo il 30 dicembre 2022. Giorno quest'ultimo, che, come noto, segna il *dies a quo* per l'operatività dello strumento regolatorio della competenza territoriale.

<sup>11</sup> L'inversione dell'ordine di trattazione dei profili di inammissibilità della richiesta di rinvio cui s'allude è messo in evidenza in R. Rizzuto, *La ratio essendi del rinvio*, cit., p. 1404.

poco, dal parametro (ndr. canone di ragionevole fondatezza della *quaestio* pregiudiziale di rito sulla competenza per territorio) che la Corte di legittimità, già nella Relazione n. 2/2023 predisposta dall'Ufficio del Massimario nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della riforma Cartabia<sup>12</sup>, ha provveduto a indicare come criterio-guida cui dovrebbero ispirarsi i giudici di merito in caso di diatriba territoriale.

La divergenza tra il metro di valutazione adottato dal Tribunale di Trapani e il vaglio analitico promosso dalla Corte regolatrice ha contribuito al verificarsi di una sostanziale inosservanza delle condizioni richieste per il corretto deferimento ai giudici di legittimità della decisione sulla questione concernente la competenza *ratione loci*. Segnatamente, l'erronea identificazione, a monte, della, per così dire, "regola di giudizio" può, in qualche misura, aver indotto, a valle, il giudice procedente ad astenersi sia dal confrontarsi criticamente con le argomentazioni fatte valere dalle parti, sia dal compiere un'analitica delibazione della questione pregiudiziale di rito comprensiva pure dell'accertamento dell'impossibilità di dipanare i dubbi sull'ortodossa identificazione del *forum delicti* attraverso gli ordinari strumenti offerti dal codice di rito (ovverosia ordinanza di rigetto dell'eccezione, sentenza declinatoria, anche soltanto parzialmente, della competenza a favore di altro giudice oppure, ancora, proposizione di un conflitto di competenza).

In verità, il suddetto giudice, sebbene non abbia pronunciato una sentenza di incompetenza, non ha fatto mistero di condividere la prospettazione difensiva in base alla quale lo *ius iudicandi* spettasse al corrispondente ufficio giudiziario palermitano. Si fatica, quindi, ad afferrare il senso della decisione di adire la Cassazione o, meglio, lo si comprende nella misura in cui si giunge a ritenere che esso risieda proprio in quella (impropria) valutazione opportunistica cui poc'anzi si faceva riferimento.

Il secondo motivo per il quale i giudici di legittimità hanno ritenuto di dovere dichiarare l'inammissibilità della richiesta di regolamento preventivo di competenza territoriale, formulata dal Tribunale di Trapani a norma dell'art. 24-bis c.p.p., involve il diverso tema dell'autosufficienza dell'ordinanza di rinvio. Il difetto, a tal riguardo, riscontrato dalla Corte è stato dalla stessa definito «evidente», «risultando del tutto omessa la descrizione, da parte del giudice *a quo*, della fattispecie oggetto del giudizio, l'indicazione, sia pure succinta, degli elementi del fatto per cui si procede e delle modalità della condotta che hanno determinato la contestazione del delitto di appropriazione indebita agli imputati, i termini e i motivi dell'istanza con cui fu eccepita dalle parti la questione».

Al riguardo, si reputa opportuno osservare quanto segue. Lo spazio ritagliato a valutazioni di mera opportunità nonché l'omesso confronto critico con le argomentazioni formulate dalle parti nell'ottica della verifica della sussistenza dei presupposti giustificativi l'investitura della Cassazione sono circostanze che, seppur riferentisi al momento della valutazione della fondatezza della *quaestio* di rito, sembrano avere esercitato una qualche influenza negativa anche sullo *step* immediatamente successivo della micro-sequela procedimentale delineata dall'art. 24-bis c.p.p., ovverosia quello relativo alla materiale redazione dell'ordinanza di rinvio. Più nello specifico, le predette circostanze paiono avere contribuito, sia pure soltanto in parte, all'inidoneità del provvedimento di rinvio pronunciato dai giudici siciliani a investire correttamente la Corte della decisione sulla titolarità della competenza per territorio. Senza, dunque, nulla volere anticipare in ordine a quel che a breve si dirà a proposito della necessaria autosufficienza dell'ordinanza a mezzo della quale i giudici di merito sollecitano un intervento risolutore del giudice della competenza per definizione, ovverosia la Cassazione, non ci si può astenere dal segnalare che la sua carenza, perlomeno in una data percentuale, può discendere dall'inadeguatezza del filtro giudiziale operato sulle doglianze fatte valere dai protagonisti del processo. Non v'è, del resto, chi non veda come il carattere deficitario del provvedimento di rinvio, limitatamente ai profili che ineriscono *strictu sensu* alla controversia territoriale (cioè a dire quelli riferentisi ai termini e ai motivi addotti dalle parti a sostegno delle posizioni dalle stesse assunte in merito alla questione di rito di che trattasi), si ponga in rapporto di diretta consequenzialità rispetto alla mancata corrispondenza della delibazione giudiziale al modello fin qui tracciato dalla Corte di legittimità.

---

<sup>12</sup> V., *amplius*, Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia", n. 2/2023, a cura dell'Ufficio del Massimario – Servizio penale della Corte di Cassazione, p. 187 ss. Il documento in parola è reperibile sul sito [www.cortecassazione.it](http://www.cortecassazione.it).



## IL REQUISITO DELLA “SERIETÀ” DELLA QUESTIONE QUALE POSTULATO DELLA DISCREZIONALITÀ DEL RINVIO E LA RATIO ESSENDI DELL’ISTITUTO

La Cassazione, in linea con quanto affermato anche in altre pronunce, nella sentenza *de qua* ha sottolineato più volte il carattere discrezionale della scelta del giudice procedente di disporre, d’ufficio o su richiesta di parte, nel rispetto dei termini indicati al primo comma dell’art. 24-bis c.p.p., il rinvio pregiudiziale per la decisione sulla competenza territoriale. Due sono, in particolar modo, i passaggi argomentativi in cui la Corte regolatrice ha posto l’accento sul fatto che il giudice di merito “può” – non deve – rimettere la questione alla Corte di cassazione». Se, difatti, in un primo momento l’affermazione della discrezionalità valutativa è stata posta in correlazione con la delibazione giudiziale, successivamente è stata, invece, ribadita allo scopo precipuo di rimarcare come da essa discenda la doverosità di un’esplicitazione puntuale, nell’ordinanza di rinvio, non soltanto delle caratteristiche fattuali della vicenda per cui si procede, ma anche delle ragioni fondanti la decisione di rimettere alla Corte regolatrice la definizione della *quaestio* pregiudiziale di rito sulla competenza per territorio. Da dire, inoltre, che, quando si parla, genericamente, dei motivi sottesi alla trasmissione degli atti alla Cassazione ai sensi dell’art. 24-bis c.p.p., si fa riferimento a un insieme composito, comprensivo, cioè, sia delle argomentazioni fatte valere dalle parti sul *thema probandum* sia delle riflessioni che, da queste ultime suscitate, hanno indotto il giudice di merito a ritenere “seria” la questione e, conseguentemente, ad avvalersi del regolamento preventivo di competenza *iure loci*.

Orbene, leggendo la sentenza qui annotata, ci si imbatte subito nella ricostruzione del concreto dispiegarsi del rinvio pregiudiziale che la Suprema Corte, molto probabilmente su spinta di quell’intento paideutico cui poc’anzi si alludeva, ha ritenuto opportuno elaborare e offrire ai possibili fruitori del rinvio, a far data dalla prima pronuncia sull’argomento.

In tale direzione, ha ribadito che il giudice di merito, che si reputa incompetente, deve pronunciare sentenza di incompetenza e trasmettere gli atti alla Procura presso l’autorità giudicante da sé considerata titolare della legittimazione territoriale all’esercizio della funzione cognitiva. Sfugge a questa prima regola l’eventualità in cui il giudice procedente ritenga territorialmente competente l’ufficio giudiziario che, in precedenza, aveva provveduto a inviargli gli atti per competenza, nel qual caso il primo è, ai sensi dell’art. 30 c.p.p., tenuto a sollevare conflitto di competenza.

La situazione si complica nell’eventualità in cui il giudice dinanzi al quale si sta procedendo si reputi correttamente investito della *potestas iudicandi*. In quest’ipotesi, l’organo giurisdizionale deve procedere. Nondimeno, laddove le prospettazioni difensive abbiano una forza persuasiva tale da far apparire *fondata* la questione sulla competenza territoriale dalle stesse parti, può decidere di trasmettere gli atti alla Cassazione ai sensi dell’art. 24-bis c.p.p.

Questo è, in estrema sintesi, il disegno tracciato dalla Corte, allo scopo precipuo di meglio definire i contorni operativi del nuovo istituto. Trattasi, come può agevolmente notarsi, di una ricostruzione che pone l’accento tanto sul carattere discrezionale del rinvio, quanto sulla sua residualità rispetto agli ordinari strumenti di trattazione della questione pregiudiziale di rito sulla competenza per territorio. L’analisi ragionata delle argomentazioni addotte dalle parti a sostegno delle loro posizioni sulla legittimazione territoriale all’esercizio dello *ius iudicandi*, al cui compimento è tenuto il giudice procedente, si rivela pertanto strumentale, da un lato, a escludere che la controversia territoriale sorta possa trovare soluzione attraverso il ricorso a uno degli strumenti tradizionali regolamentati dall’ordito codicistico (ordinanza di rigetto dell’eccezione, sentenza di incompetenza oppure, ancora, proposizione di un conflitto di competenza) e, dall’altro, a verificare che la suddetta diatriba abbia caratteristiche tali da giustificare l’investitura della Suprema Corte. A quest’ultimo riguardo, è indispensabile che il giudice di merito, all’esito di un’attenta e critica disamina delle prospettazioni difensive condotta sotto la costante guida del «canone di ragionevole presunzione di fondatezza della questione», ravvisi, non già la semplice opportunità di trasmettere gli atti alla Corte di legittimità, bensì la *stretta necessità* di un intervento chiarificatore di quest’ultima<sup>13</sup>. Il rigore valutativo richiesto all’autorità giurisdicente al momento

<sup>13</sup> Illuminante, al riguardo, è Cass., sez. V, 7 luglio 2023, n. 43304, in *DeJure*, nella quale si rinviene l’enunciazione del seguente principio di diritto: «in tema di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio, disciplinato dall’art. 24bis c.p.p., introdotto dal D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, art. 4, comma 1, il giudice investito della questione o che intenda rilevarla *ex officio*, è tenuto, ai fini dell’ammissibilità del rinvio, a motivare la propria determinazione, analizzando

dell'esercizio della sua discrezionalità valutativa è, a un tempo, funzionale a evitare usi strumentali del rinvio e, altresì, a escludere che, nel contesto *de quo*, possa riconoscersi un qualche margine di operatività a una discrezionalità "cieca", rimessa, cioè, al libero arbitrio del giudice.

A proposito di discrezionalità, la Cassazione, mutuando le indicazioni fornite dalla Commissione Lattanzi, ha confermato quanto già osservato altrove, cioè a dire che i giudici di merito possono avvalersi del rinvio pregiudiziale ogniqualvolta ritengano che le questioni prospettate dalle parti presentino «una certa serietà»<sup>14</sup>. La qual cosa sembra, in verità, valere sia nel caso in cui le autorità giudicanti dinanzi alle quali è stato incardinato il processo, pur reputandosi competenti, maturino, a seguito degli assunti difensivi, la convinzione di dover sollecitare l'intervento risolutore della Cassazione sia nell'eventualità in cui le suddette nutrano da sé delle perplessità sull'ortodossa determinazione della competenza per territorio.

L'ontologica labilità del concetto di "serietà" della questione sollevata dalle parti – e, come s'è appena sostenuto, anche di quella rilevata *ex officio* dal giudice – induce a osservare con accortezza questo passaggio del ragionamento condotto dalla Cassazione. Diversamente da quanto opinato dalla Suprema Corte, l'espunzione di ogni riferimento alla suddetta nozione nella versione definitiva dell'art. 24-bis c.p.p., infatti, potrebbe intendersi come sintomatica della volontà dei *conditores* della riforma Cartabia di concepire la verifica sulla sussistenza dei presupposti giustificativi l'attivazione del regolamento preventivo di competenza territoriale come un controllo a maglie strette, capace di intercettare, bloccando, eventuali domande di parte d'ispirazione puramente dilatoria. È per questo motivo che nell'ambito di un filtro giudiziale di tal fatta non dovrebbe esservi spazio alcuno per valutazioni intrinsecamente evanescenti, quale è, ad esempio, quella sulla meritevolezza della richiesta<sup>15</sup> e quale, purtroppo, rischia di essere quella sulla "serietà" della *quaestio*. Nondimeno, il controllo sulla serietà della questione potrebbe, nella realtà, rivelarsi meno fumoso del previsto (*rectius*, temuto): affinché ciò accada, è, però, necessario, conferire il giusto peso alle argomentazioni fatte valere dalle parti, e, soprattutto, ridimensionare la strutturale fragilità della suddetta nozione ponendola in stretta correlazione con la finalità istituzionale primaria del rinvio. Un ruolo di prim'ordine andrebbe, cioè, assegnato al fatto che l'efficacia panprocessuale della sentenza, se del caso, pronunciata dalla Corte regolatrice al termine del giudizio celebrato a norma dell'art. 24-bis c.p.p. rende tale statuizione la *sola* in grado di disinnescare definitivamente, per di più in un momento ancora iniziale del processo, il rischio che un tardivo riconoscimento della fondatezza della doglianza formulata dalla parte possa imporre una costosa retrocessione procedimentale, con conseguente deflagrazione dell'attività processuale sino ad allora compiuta, fatta eccezione per quanto previsto dall'art. 26 c.p.p. In sede di preliminare vaglio compiuto dal giudice di merito, "seria" dovrebbe, pertanto, essere considerata quella doglianza che, adeguatamente motivata dalla parte, evidenzia come l'identificazione del *forum delicti*, in quello specifico caso, sia così tanto oscura da non consentire di affermare, con una sicurezza vicina quasi alla certezza, che nessuna delle autorità giudiziarie che interverranno successivamente nella sequela procedimentale possa approdare a una diversa conclusione. Questa, del resto, sembra essere l'essenza del «canone di ragionevole presunzione di fondatezza della questione» strenuamente promosso dalla Cassazione.

Così intesa la nozione di serietà, l'utilizzo di tale lessema, anziché della diversa espressione "fondatezza della questione sulla competenza per territorio", si risolverebbe in un mero "problema di etichetta" facilmente superabile. Ad ogni modo, l'elevata vaghezza del concetto dalla Suprema Corte elevato *ante litteram* a criterio-guida è caratteristica da non sottovalutare, giacché non è escluso possa, in qualche misura, facilitare la proliferazione di altrettanto indeterminate esegesi e, quindi, generare illogiche

---

la questione e compiendo una preliminare delibazione di non manifesta infondatezza della stessa e della impossibilità di risolverla secondo gli ordinari strumenti processuali, nonché operando una motivata selezione degli atti necessari alla risoluzione della questione da trasmettere alla Corte di cassazione, non essendo sufficiente l'affermazione della semplice opportunità di disporre il rinvio pregiudiziale in ragione della complessità del procedimento».

<sup>14</sup> In questa stessa direzione, Cass., sez. III, 6 luglio 2023, n. 41594, in *CED Cass.*, n. 285114-01, muovendo dall'assunto secondo cui la serietà è «requisito implicito della fattispecie», giunge alla logica conclusione che la discrezionalità del giudice di merito è «vincolata alla "serietà" della questione di competenza». V., al riguardo, anche Cass., sez. III, 27 settembre 2023, n. 44932, in *DeJure*; e, ancora, Cass., sez. IV, 25 ottobre 2023, n. 46181, in *DeJure* – che, sul punto, cita anche Cass., sez. V, 20 giugno 2023, n. 37783 in motivazione –.

<sup>15</sup> Di «meritevolezza della richiesta», peraltro, parlano, sia pure *incidenter tantum*, Cass., sez. III, 6 luglio 2023, n. 41594, cit.; Cass., sez. I, 13 luglio 2023, n. 46937, in *DeJure*.

differenziazioni di trattamento. Con ciò non s'intende, di certo, negare che quelli appena prospettati sono pericoli connaturati alla previsione e all'operatività, *ex se*, di un filtro giudiziale sulle determinazioni delle parti. Si vuole, semplicemente, asserire che più il criterio cui si affida l'esercizio della discrezionalità è strutturalmente vacuo e indefinito, meno si riesce a contenere il rischio che un "cattivo funzionamento" del vaglio preliminare operato dal giudice di merito possa, nella prassi giudiziaria, concorrere a una sostanziale frantumazione della *ratio essendi* del rinvio pregiudiziale.

Sotto altro profilo, non ci si può esimere dal segnalare che nella pronuncia di nostro interesse, a differenza che in altre<sup>16</sup>, non viene menzionata la giurisprudenza formata in materia di conflitti di competenza (artt. 28 ss. c.p.p.). La qual cosa, ad avviso della scrivente, non rappresenta un'omissione censurabile, bensì un'assenza meritevole di apprezzamento. Come già osservato, la sentenza *de qua* presenta un tasso di linearità espositiva e di chiarezza maggiore rispetto ad altre decisioni, e una delle ragioni per le quali si giunge ad esprimere questo giudizio risiede proprio nella mancata intersezione dei presupposti applicativi dell'incidente di competenza territoriale con quelli cui è, tradizionalmente, ancorato il funzionamento del diverso istituto dei conflitti di competenza.

A destare perplessità è, in particolar modo, l'assunto, contenuto in talune delle pronunce fin qui emesse ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p., secondo cui il giudice precedente sarebbe gravato dell'obbligo di disporre il rinvio pregiudiziale «esclusivamente ove sia astrattamente configurabile una situazione in cui vi siano due o più giudici che contemporaneamente prendono o rifiutano di prendere cognizione del medesimo fatti attribuito alla stessa persona»<sup>17</sup>.

Ora, nell'assetto codicistico vigente, l'esistenza di una situazione *effettiva* di conflitto è da sempre considerata presupposto indispensabile ai fini della valida audizione della Cassazione secondo lo schema tracciato dagli artt. 28 ss. c.p.p. – che, tra l'altro, non è stato attinto dal recente intervento riformatore –. Indi, a carte soltanto parzialmente variate, è ragionevole ritenere che oggi, così come in passato, in presenza di un conflitto effettivo e reale, il ricorso alla Corte regolatrice per la sua risoluzione debba avvenire nelle forme previste dall'art. 32 c.p.p. (non anche, dunque, in quelle stabilite dall'art. 24-bis c.p.p.).

Fissato questo punto fermo, si fatica a comprendere quale sia il senso ultimo del parallelismo fra l'art. 24-bis c.p.p. e l'art. 30 c.p.p. tracciato dai giudici di legittimità. Muovendo, ad esempio, dall'assunto reiteratamente caldeggiato dalla stessa Cassazione, secondo cui il giudice legittimato ad avvalersi del rinvio è soltanto quello che, a dispetto delle prospettazioni difensive, si ritiene competente<sup>18</sup>, dovrebbe al più giungersi alla logica conclusione che il regolamento preventivo di competenza territoriale mira a prevenire i soli conflitti positivi. Affermazione, questa, però, smentita da quanto asserito dalla Corte, la quale, nelle pronunce in cui si è occupata del tema, ha sempre sostenuto che il giudice ha l'obbligo di trasmettere gli atti ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p. ogniqualvolta sia astrattamente configurabile una situazione di conflitto, a nulla rilevando che quest'ultimo sia positivo o negativo<sup>19</sup>.

Sembra emergere, così, una contraddizione interna al disegno della Cassazione: si scorge, difatti,

---

<sup>16</sup> Trattasi, in particolar modo, di Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit.; Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit., nonché Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit.

<sup>17</sup> Così Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit.; Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit. Queste considerazioni, a onor del vero, figurano già nella *Relazione su novità normativa. La riforma Cartabia*, cit., pp. 190-191, messa a punto dall'Ufficio del Massimario.

<sup>18</sup> La sua affermazione si rinviene, ad esempio, in Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit., richiamata, oltretutto nella sentenza qui annotata (Cass., sez. II, 20 giugno 2023, n. 28561), da Cass., sez. II, 13 luglio 2023, n. 30721, cit. In verità, l'assunto secondo cui «il giudice si trova a rimettere la questione quando la parte prospetti la sua incompetenza ed egli, invece, si ritenga competente» figurava già nella prima sentenza emessa all'esito del rinvio pregiudiziale per la decisione sulla competenza per territorio, ovverosia in Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit. *Contra*, Cass., sez. V, 6 settembre 2023, n. 43638, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), che definisce tale soluzione ermeneutica «eccessivamente stringente rispetto al testo dell'art. 24-bis cod. proc. pen.»: ad avviso dei giudici autori di siffatta pronuncia, è più corretto «ritenere che il giudice di merito possa deferire alla Corte di cassazione la questione riguardante la competenza per territorio ogni qual volta ravvisi l'esistenza di un *thema decidendi* ad essa connesso, dotato di decisività e suscettibile di soluzioni difformi, capace di generare un pericolo di regressione del processo, ove non tempestivamente affrontato». Per un commento della sentenza da ultimo citata, v. M. Oddis, *La cognizione "vincolata" della Suprema Corte in tema di rinvio pregiudiziale ex art. 24bis c.p.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 20 dicembre 2023.

<sup>19</sup> Così Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit.; Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit. Ma v'è di più, in quanto la Corte (Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit.) ha, di recente, affermato, senza mezzi termini, che il rinvio pregiudiziale è «complementare e anticipatorio rispetto anche ad un eventuale conflitto negativo di competenza, perché, in presenza di una questione "seria", la soluzione della immediata declaratoria da parte del giudice precedente della propria incompetenza per territorio, lascerebbe, comunque, la possibilità che analoghe questioni vengano riproposte dinanzi al giudice indicato come competente».

un'antinomia tra quanto detto espressamente dalla Corte e quel che, invece, sembrerebbe implicito al ragionamento dalla medesima condotto. Torna, pertanto, in auge il timore poc'anzi espresso a proposito del fatto che l'incedere dei giudici di legittimità, seppur mosso dallo scopo precipuo di far chiarezza lì dove chiarezza non vi è – a causa, come più volte osservato, delle imperfezioni disseminate nel testo dell'art. 24-bis c.p.p. –, potrebbe talvolta, per un anomalo capovolgimento d'intenti, rivelarsi causa efficiente di una dose ancora maggiore di incertezza interpretativa e applicativa.

Ai primi dati critici sin qui illustrati deve, poi, sommarsi un ulteriore aspetto. L'affermazione di un obbligo di rinvio è circostanza che, quantomeno allo stato dell'arte, sembra porsi in aperta contraddizione con il dettato normativo di riferimento. Il tenore letterale dell'art. 24-bis c.p.p., indubbiamente oscuro sotto svariati profili, nitido appare in relazione all'aspetto di nostro interesse: la sostituzione della discrezionalità valutativa del giudice con un obbligo di investitura della Cassazione, sia pure nelle sole ipotesi in cui vi è un conflitto in atto, è osteggiata dall'utilizzo, da parte degli autori della nuova disposizione legislativa, del verbo modale "può".

La duplice chiave di lettura sistematica e testuale induce, quindi, a ritenere che, in presenza di un conflitto reale ed effettivo, il giudice dovrebbe continuare ad avvalersi dello schema procedimentale delineato dagli artt. 28 ss. c.p.p. Per converso, qualora l'insorgenza di un conflitto risulti semplicemente verosimile, è auspicabile disinnescare in anticipo tale possibilità. L'auspicio, tuttavia, è per definizione, cosa ben diversa dall'obbligo. In linea con lo schema generale, pertanto, l'autorità giudicante, che ritenga possa in futuro profilarsi una situazione di conflitto, può – non "deve" – trasmettere gli atti alla Cassazione nelle forme previste dall'art. 24-bis c.p.p. Considerato, poi, che l'esercizio della discrezionalità valutativa deve sempre essere affidato al canone della ragionevole previsione di fondatezza della questione, non è azzardato presumere che il giudice procedente provvederà ad adire incidentalmente la Corte regolatrice nell'eventualità in cui, all'esito della propria delibazione preliminare, dovesse ritenere, anche in virtù – e, dunque, non soltanto – del possibile verificarsi in futuro di un conflitto, integrati i presupposti richiesti per la valida attivazione del regolamento preventivo di competenza per territorio.

Perplessità a parte sull'intersezione rinvio pregiudiziale-conflitti di competenza dalla Corte operata in sentenze terze rispetto a quella qui commentata, tra le indicazioni da questa complessivamente<sup>20</sup> forniteci si ritiene di scorgere un dato positivo e, per di più, difficilmente refutabile. Il regolamento preventivo di competenza territoriale, in qualità di strumento regolatorio rispondente alla logica del processo penale "a trazione anteriore"<sup>21</sup>, genera un effetto preclusivo sulla competenza territoriale<sup>22</sup> che può rivelarsi parecchio utile nell'ottica della prevenzione dell'insorgenza di eventuali conflitti di competenza. L'efficacia panprocessuale della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p. conferisce al meccanismo una forza senza precedenti, nettamente superiore rispetto a quella che è propria della sentenza di incompetenza. Del resto, quest'ultima, così come affermato anche dalla stessa Cassazione, «non "blocca" il processo», ragion per cui il giudice destinatario degli atti ben potrebbe reputarsi competente o, in alternativa, incompetente, decidere di sollevare il conflitto oppure, ancora, di avvalersi del rinvio pregiudiziale<sup>23</sup>.

Prima di procedere oltre, è bene specificare che la critica mossa al ragionamento della Cassazione concerne il legame dalla stessa intessuto tra l'obbligo di rinvio e l'esistenza di un conflitto di competenza. Quanto detto non vuole, pertanto, in alcun modo negare che, in determinate situazioni, l'identificazione del foro commissorio può apparire così tanto controversa e oscura al punto da rendere *doverosa* l'audizione della Corte regolatrice. Doverosità, quella cui si allude, che in determinate ipotesi può

---

<sup>20</sup> L'avverbio "complessivamente" mira a includere nella valutazione anche la sentenza qui annotata. D'altronde, siffatta decisione, sebbene si sia astenuta dal soffermarsi sul rapporto rinvio pregiudiziale-conflitti di competenza, concorre a tratteggiare quella che è la fisionomia del regolamento preventivo di competenza territoriale secondo la Corte di cassazione.

<sup>21</sup> Questa locuzione è mutuata da G. Spangher, *Riforma Cartabia: un processo a "trazione anteriore"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1485 ss.

<sup>22</sup> Sul punto, è bene evidenziare che la sentenza emessa dalla Cassazione all'esito del giudizio incidentale previsto dall'art. 24-bis c.p.p. genera un effetto preclusivo di non poco conto in relazione alla questione avente ad oggetto l'identificazione del *forum delicti*. Essa ha, più nello specifico, «effetti vincolanti perché evita che la incompetenza per territorio possa essere dichiarata in momento successivo dal giudice di primo grado o dal giudice dell'impugnazione» (Cosi, Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit.).

<sup>23</sup> In questi termini si esprime Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit., la quale è stata, tra l'altro, testualmente richiamata nella sentenza che s'annota (Cass., sez. II, 20 giugno 2023, n. 28561).

persino assumere le sembianze di un vero e proprio obbligo. Si pensi ai casi in cui l'alternativa "competenza-incompetenza territoriale" non risulti netta, sicché al giudice procedente non è consentito affermare o, al contrario, escludere con sicurezza la propria competenza a pronunciarsi nel merito della vicenda approdata dinanzi a sé: ciò che può, ad esempio, verificarsi per effetto dell'esistenza di un contrasto ermeneutico sulla questione giuridica dalla cui risoluzione dipende l'identificazione del *forum delicti*, della mancanza di precedenti giurisprudenziali sull'argomento, e così via. Più che alla casistica, in questa sede preme, però, porre l'accento sul fatto che talvolta la decisione di rimettere gli atti alla Cassazione può rappresentare una scelta "obbligata", perché "imposta" dall'esigenza di "mettere il processo in sicurezza" da eventuali difetti di rito in grado di pregiudicarne il successivo regolare svolgimento.

Si potrebbe obiettare che esiste una contraddizione in termini tra queste ultime affermazioni e quanto poc'anzi osservato a proposito dell'inconciliabilità di un obbligo di rinvio con il carattere discrezionale che il legislatore ha inteso conferire al rinvio pregiudiziale, ma un'obiezione di tal fatta, probabilmente, non coglierebbe nel segno. Le superiori considerazioni valgono a evidenziare che, alla luce dell'odierna formulazione dell'art. 24-bis c.p.p., se di doverosità (*rectius*, obbligo in senso lato) di rimessione degli atti alla Suprema Corte può parlarsi, lo si può fare nei soli casi in cui l'audizione dei giudici di legittimità risulti giustificata dal bisogno di assicurare pienezza ed effettività alla *ratio essendi* del rinvio incidentale, che è quella – lo si ripete – di garantire, in un segmento ancora primigenio dell'accertamento processuale, la definitiva espunzione di ogni perplessità sulla corretta individuazione della competenza per territorio. Come già asserito, la forza preclusiva riconosciuta alla sentenza della Cassazione pone nel nulla il rischio tradizionalmente rappresentato da quelle retrocessioni procedurali parecchio onerose sia per le parti sia per l'ordinamento statale, imposte da accertamenti tardivi della fondatezza delle doglianze formulate con riferimento all'erronea identificazione del *forum delicti*.

Tornando, quindi, alla sentenza di nostro principale interesse, le considerazioni fin qui svolte consentono di comprendere perché, all'inizio, s'è ritenuto di dovere esprimere un tendenziale apprezzamento per quanto in essa osservato a proposito della delibazione giudiziale. Il mancato richiamo alla giurisprudenza formatasi in materia di conflitti di competenza, non soltanto non ispessisce quel velo di incertezza e poca chiarezza che avvolge l'art. 24-bis c.p.p., ma contribuisce, altresì, a rendere di tutta evidenza che l'attivazione del rinvio, ad opera dei giudici di merito, è rimessa alla loro discrezionalità valutativa. La qual cosa, peraltro, è bene ribadirlo, giammai potrà essere intesa come riferentesi al libero arbitrio, dovendo l'esercizio della discrezionalità giudiziale svilupparsi sull'abbrivio del criterio-guida che la Cassazione ha ravvisato nel già più volte menzionato «canone di ragionevole presunzione di fondatezza della questione». L'idea è che soltanto quest'ultimo possa riuscire a sottrarre il rinvio pregiudiziale al pericolo di essere trasfigurato in un «automatismo defaticante connesso alla formulazione della eccezione»<sup>24</sup>. Questo è, in definitiva, quel che sostiene la Corte regolatrice e che, in questa sede, si ritiene di condividere, perlomeno nella parte in cui pone sotto la lente d'ingrandimento l'esigenza di prevenire, impedendone il verificarsi, una mutazione genetica dell'incidente di competenza territoriale per effetto di prassi distorsive che ne mortificano la *ratio essendi*.

## LA MATRICE EFFICIENTISTA DELLA PRETESA DI AUTOSUFFICIENZA DELL'ORDINANZA DI RINVIO

La decisione del giudice di merito di avvalersi del regolamento preventivo di competenza territoriale (art. 24-bis c.p.p.), come s'è visto, è rimessa alla sua discrezionalità valutativa "orientata" dal criterio della ragionevole presunzione di fondatezza della *quaestio* sulla competenza per territorio. Coniugando questo dato alla forma che il nomoteta ha assegnato al provvedimento a mezzo del quale la Corte regolatrice è investita della decisione sulla competenza territoriale, si ricava che l'ordinanza di rinvio deve essere, a pena di nullità *ex art. 125 c.p.p.*, motivata. Al riguardo, è stato, innanzitutto, affermato che l'autorità giudicante, che intende trasmettere gli atti alla Cassazione, «deve motivare e spiegare le ragioni di questa sua scelta»<sup>25</sup>, in punto di fatto e di diritto, prendendo anche esplicita posizione sull'eccezione sollevata dal-

<sup>24</sup> Così Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit. Da dire, inoltre, che le osservazioni ivi svolte in ordine alla necessità di affidare la decisione del giudice di merito al «canone di ragionevole presunzione di fondatezza della questione» sono state, poi, richiamate dalla sentenza oggetto del presente commento.

<sup>25</sup> Quest'inciso, formulato per la prima volta da Cass., sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612, cit., è ripreso nella sentenza di nostro

la/e parte/i. L'*onus motivandi*, così inteso, contribuisce a ridimensionare il rischio di una possibile trasfigurazione dell'investitura della Suprema Corte in un mero automatismo, non preceduto, in quanto tale, da una, viceversa, necessaria analisi ragionata delle specificità del caso concreto, anche alla luce dei rilievi formulati dalle parti, nonché dei motivi per i quali la diatriba territoriale sorta nel giudizio *a quo* non possa essere risolta attraverso i tradizionali strumenti offerti dall'assetto codicistico.

Dando uno sguardo alle decisioni pronunciate dalla Cassazione all'esito dei procedimenti incidentali fin qui celebrati secondo le forme stabilite dall'art. 24-bis c.p.p., si evince, in maniera subitanea, che la suddetta ha provveduto a estendere il noto principio di autosufficienza del ricorso introduttivo<sup>26</sup> alla richiesta di rinvio pregiudiziale pronunciata, *ex officio* o su conforme domanda di parte, dal giudice di merito<sup>27</sup>.

Pronuncia dopo pronuncia emerge, con sempre maggiore chiarezza, il *dictum* interpretativo: la semplice lettura del provvedimento di rinvio deve essere idonea a disvelare tutte le informazioni di cui la Cassazione necessita per potere definire, all'esito di un'operazione meramente ricognitiva delle peculiarità del caso concreto, la titolarità della competenza territoriale.

La specificità dell'ordinanza, nella visione della Corte, crea un ponte tra le due autorità giurisdicenti coinvolte, giudice di merito e giudice di legittimità, le quali sono, tra l'altro, tenute ad assolvere funzioni distinte e separate. Mentre, il primo è deputato al compimento di una preliminare verifica sulla ragionevole previsione di fondatezza della questione e, altresì, sulla sua non risolvibilità mediante i tradizionali strumenti; la Cassazione è, invece, tenuta a definire "a carte ferme"<sup>28</sup>, con sentenza dotata di efficacia panprocessuale (art. 25 c.p.p.), la titolarità della competenza *ratione loci* nell'ambito del processo *a quo*. Com'è logico che sia, però, l'esercizio di quest'innovativa funzione presuppone la corretta instaurazione del giudizio incidentale dinanzi alla Suprema Corte. Ciò che, a sua volta, dipende da una serie di fattori (legittimazione, rispetto dei termini stabiliti dalla legge, ecc.), tra i quali figura anche la necessaria specificità dell'ordinanza di rimessione. Ed è proprio sull'autosufficienza del provvedimento di rinvio che, perlomeno ad oggi, i giudici di legittimità si sono soffermati maggiormente.

È stato, in particolar modo, detto che l'autorità giurisdicente, in caso di attivazione del regolamento preventivo di competenza territoriale, per riuscire a sottrarre l'ordinanza da sé predisposta alla tagliola dell'inammissibilità, deve descrivere la *fattispecie criminis* oggetto dell'accertamento processuale e, altresì, indicare, seppur succintamente, gli elementi storico-empirici essenziali del fatto per cui si procede e le modalità della condotta poste a fondamento della sua qualificazione giuridica. Fissati questi contenuti di natura squisitamente fattuale, il giudice di merito è, poi, tenuto a esplicitare, in maniera circostanziata, i termini e i motivi dell'istanza con cui le parti hanno provveduto a sollevare la questione di rito. L'ordinanza deve, quindi, sempre a pena di inammissibilità, contenere anche una densa e argomentata esposizione delle soluzioni alternative prospettate dalle parti.

Coerentemente con questo taglio così spiccatamente analitico, i giudici autori della sentenza in commento sono, inoltre, giunti a escludere che la questione sulla competenza possa essere prospettata in termini dubitativi e/o esplorativi<sup>29</sup>. In proposito, una puntualizzazione è d'obbligo. Se, come meglio si com-

---

principale interesse nonché in Cass., sez. I, 3 maggio 2023, n. 22326, cit. – la quale viene, tra l'altro, citata testualmente da Cass., sez. II, 13 luglio 2023, n. 30721, cit. –.

<sup>26</sup> Sul principio di autosufficienza, cfr. A. Chelo, *L'autosufficienza del ricorso per cassazione nel processo penale*, Padova, Cedam, 2020.

<sup>27</sup> L'espressione "autosufficienza" dell'ordinanza di rinvio figura per la prima volta nella sentenza qui annotata e, successivamente, anche in Cass., sez. II, 13 luglio 2023, n. 30721, cit. A suscitare particolare interesse è, però, la trattazione del tema dell'analiticità dell'onere motivazionale gravante sui giudici di merito che si rinviene in Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit. nonché in Cass., sez. VI, ord. 10 maggio 2023, n. 31809, cit. Nel primo caso, la Corte di cassazione ha evidenziato che l'*onus motivandi* assume particolare pregnanza nei processi cumulativi, atteso che in essi non trova applicazione il cd. principio della domanda (si tornerà sul tema, *funditus*, nel corpo principale del testo). I giudici della sesta sezione penale, autori della seconda delle due sentenze testé citate, hanno, invece, posto l'onere di analiticità e precisione della motivazione dell'ordinanza di rinvio in correlazione con l'impossibilità, per la Corte regolatrice, di esercitare, nel silenzio dell'art. 24-bis c.p.p. sul punto, dei poteri di merito. Maggiormente nel dettaglio, ivi si legge che «ai fini dell'ammissibilità dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio, sia proposta dalle parti che rilevata di ufficio e tenuto conto che la disposizione di cui all'art. 24-bis c.p.p. non rinvia a poteri di merito della Corte di cassazione, il giudice deve adottare ordinanza motivata indicando le ragioni per le quali ritenga seria la questione stessa».

<sup>28</sup> Secondo quanto statuito da Cass., sez. VI, ord. 10 maggio 2023, n. 31809, cit., «la disposizione di cui all'art. 24-bis c.p.p. non rinvia a poteri di merito della Corte di cassazione».

<sup>29</sup> L'impossibilità di prospettare la questione sull'incompetenza territoriale in termini dubitativi nell'ordinanza di rimessione

prenderà a breve, è lecito avanzare qualche perplessità in merito alla correttezza dell'avvenuta trasposizione del requisito dell'autosufficienza sul piano del rinvio pregiudiziale, non altrettanto pare potersi dire con riferimento alla perentoria affermazione dell'inammissibilità di un uso a fini meramente esplorativi del meccanismo regolatorio di cui all'art. 24-bis c.p.p. La condivisione dell'assunto della Corte nasce dal fatto che un utilizzo di tal tipo, ove consentito, legittimerebbe i giudici di merito ad abdicare all'esercizio della loro funzione di presiedere e assicurare la corretta osservanza della legge, sostanziale e processuale. Categoria quest'ultima nella quale rientrano, a pieno titolo, le disposizioni che regolano la distribuzione della *potestas iudicandi* tra i diversi uffici giudiziari dislocati lungo il territorio nazionale.

A proposito della necessaria autosufficienza dell'ordinanza di rinvio, come già anticipato, la Corte, con toni sempre più risoluti, sostiene che la sua lettura deve rivelarsi di per sé sufficiente a chiarire quale sia la questione giuridica sulla competenza territoriale in concreto sorta e quali siano le argomentazioni, al riguardo, fatte valere dalle parti. Se così non fosse, si assisterebbe alla trasfigurazione del regolamento preventivo di competenza in una «sorta di delega del giudice di merito al giudice di legittimità per la soluzione della questione di competenza». Questo, perlomeno, è quel che ritiene la Cassazione, la quale, tra l'altro, valorizzando il suo non essere giudice del fatto, ha escluso con fermezza di potere ovviare, personalmente, «mediante la diretta lettura degli atti», a un'eventuale lacunosità del provvedimento di rinvio.

Ecco, quindi, emergere in tutto il suo nitore che, ad avviso dei giudici di Piazza Cavour, la mediazione dell'ordinanza di rimessione, da un lato, ostacola un'eventuale mutazione del novello rimedio in un meccanismo «indeterminato e dispersivo»; dall'altro, scongiura il pericolo per la Cassazione di ritrovarsi a dover compiere valutazioni “al buio” e, al contempo, assicura alla stessa la possibilità di condurre un giudizio con *plena cognitio*, così garantendo il pieno rispetto del riparto di competenze tra giudice di merito e quello di legittimità operato dagli estensori dell'art. 24-bis c.p.p.

Com'era prevedibile, all'affermazione perentoria del fatto che l'ordinanza di rinvio deve essere *self-contained* nonché alla puntualizzazione di cosa deve intendersi per autosufficienza in questo specifico contesto è seguita l'individuazione di una situazione nella quale la completezza e l'eshaustività del materiale conoscitivo trasmesso alla Cassazione si rivela indispensabile. In una pronuncia successiva a quella qui chiosata, la Suprema Corte ha, in particolar modo, chiarito che l'autosufficienza dell'ordinanza di rinvio, di per sé fondamentale e necessaria, si rivela «tanto più pregnante» nei processi cd. cumulativi sotto il profilo oggettivo e/o soggettivo, data l'irrelevanza, in materia *de qua*, del principio della domanda<sup>30</sup>. Se ne arguisce che la Cassazione, ove ritualmente investita della decisione sulla competenza *ratione loci*, «diventa il giudice chiamato a definire la competenza per territorio in relazione all'intero processo, con riferimento, cioè, a tutte le imputazioni oggetto della regiudicanda e a tutti gli imputati»<sup>31</sup>. La puntualità e la completezza dell'ordinanza di rimessione, pertanto, in questo caso specifico, si rivelano strumentali a che la Corte possa spingersi oltre il confine tracciato dagli assunti difensivi e/o dalla decisione del giudice di merito di avvalersi del rinvio pregiudiziale e, conseguentemente, pronunciarsi su «eventuali ulteriori ipotesi di incompetenza per territorio determinate dalla connessione, in relazione ad altre imputazioni ovvero ad altri imputati, diversi da quelli indicati nell'ordinanza»<sup>32</sup>.

I giudici di legittimità ragionano nei termini appena illustrati, ma il loro argomentare suscita qualche rilievo critico.

La severità di approccio “in entrata”, dalla Cassazione ottenuta attraverso l'adattamento all'ordinanza di rinvio di un requisito, quale è quello oltremodo formalistico dell'autosufficienza, dalla stessa non di rado usato a scopi “difensivi”, ovverosia in maniera del tutto strumentale al soddisfacimento del

---

è stata ribadita da Cass., sez. III, 27 settembre 2023, n. 44932, cit. In argomento, v. pure Cass., sez. IV, 25 ottobre 2023, n. 46181, cit., secondo cui «deve escludersi che l'onere motivazionale possa essere assolto con la semplice prospettazione di una esigenza “esplorativa”, essendo necessaria una argomentata esposizione delle possibili soluzioni esegetiche alternative, nonché una completa descrizione di tutti i dati fattuali che possa permettere alla Corte di cassazione di formulare un giudizio con piena *cognitio*, evitando il rischio di compiere verifiche “al buio” che potrebbe condizionare la correttezza delle determinazioni finali». Così si esprime, infine, anche Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit.

<sup>30</sup> Trattasi di Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit. Anche Cass., sez. V, 6 settembre 2023, n. 43638, cit., esclude che la Corte di cassazione, adita ai sensi dell'art. 24-bis c.p.p., debba attenersi all'osservanza dei limiti connaturati al principio della domanda. Quest'ultimo, difatti, è consustanziale alla materia delle impugnazioni, cui il rinvio pregiudiziale rimane estraneo.

<sup>31</sup> Cass., sez. VI, 15 settembre 2023, n. 40715, cit.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

proprio interesse a sottrarsi a un eccessivo aggravio di lavoro, rischia di ripercuotersi sulla finalità istituzionale primaria del rinvio. Per cogliere quanto appena detto, occorre muovere da una circostanza difficilmente refutabile: la messa a punto, ad opera del giudice procedente, di un'ordinanza ben distante dall'essere *self-contained* non è, per ciò soltanto, sintomatica di infondatezza della questione di rito che la stessa avrebbe dovuto illustrare nei suoi elementi e passaggi cruciali.

Non esiste, in altre parole, alcun automatismo in forza del quale l'assenza di autosufficienza denoti l'infondatezza della questione sollevata. Ne discende che più la severità "in ingresso" si traduce in frequenti declaratorie di inammissibilità a vocazione prettamente formale, quali sono quelle giustificate dall'incompletezza dei provvedimenti di rinvio<sup>33</sup>, più, per una sorta di eterogenesi dei fini – innescata dal comma 6 dell'art. 24-*bis* c.p.p. –, finisce col facilitare, anziché contrastare, la proliferazione dei rischi connessi al tardivo riconoscimento dell'incompetenza territoriale del giudice procedente. Il principio della ragionevole durata del processo ne fuoriesce compromesso, così come, sia pure soltanto *medio tempore*, quello del giudice naturale preconstituito per legge, perché si accetta la possibilità che a procedere provvisoriamente sia un'autorità giurisdicente priva della legittimazione territoriale a esercitare la funzione cognitiva. Si badi, inoltre, che l'assenza di completezza, logicità e chiarezza della motivazione dell'ordinanza di rimessione, sebbene sia da ascrivere all'operato del giudice *a quo*, in caso di attivazione del rinvio su domanda *ex parte*, va a tutto discapito dell'interesse a una celere e definitiva fissazione della competenza territoriale manifestato da quel protagonista dell'agone giudiziario che, determinandosi in conformità a quanto richiesto dalla disciplina codicistica, si è reso autore di un comportamento processualmente ineccepibile.

Non solo. V'è il pericolo che l'estensione del rigoroso requisito dell'autosufficienza alla richiesta di incidente di competenza territoriale si rifrangga, per di più rovinosamente, sullo stesso "istinto di sopravvivenza" che da sempre sta alla base della strenua promozione, da parte della Cassazione, della necessaria autonomia dell'atto introduttivo del giudizio instaurato dinanzi a sé. Del resto, a meno di voler ritenere che l'inammissibilità dell'ordinanza di rinvio dovuta all'evidente difetto di autosufficienza della stessa ponga nel nulla la regola sancita dall'art. 24-*bis*, comma 6, c.p.p., la falce dei regolamenti preventivi di competenza territoriale, operata in nome di un uso smodato di tale principio, preserva la Corte dal rischio di subire un aggravio consistente del suo carico di lavoro soltanto nell'immediatezza. Non è detto, però, che tale sbarramento d'ispirazione eccessivamente formalistica riesca a fare altrettanto nel lungo periodo. In altre parole, in questo specifico contesto, la concreta operatività del criterio dell'autosufficienza potrebbe persino risolversi in un tradimento del suo afflato efficientista.

La Cassazione, quando allude al germe dell'inefficienza insito nello schema *more antiquo*, parla di vizio "occulto". A ben vedere, sarebbe stato forse più corretto utilizzare l'espressione "occultato", stante l'appena evidenziata persistente attualità della possibilità che lo stesso, ad onta dell'incensurabile comportamento processuale delle parti, venga dichiarato soltanto in una fase avanzata dell'accertamento giudiziario<sup>34</sup>. Non si ritiene, pertanto, di esagerare affermando che la Corte si sia fin qui astenuta dal riservare la dovuta attenzione alla situazione dell'occultamento della *quaestio* pregiudiziale di rito. Circostanza, questa, indubbiamente pericolosa, che può discendere, non soltanto dal malfunzionamento del filtro su di essa operato dal giudice di merito, ma anche, come s'è cercato di porre sotto la luce dei riflettori, da un uso smisurato delle declaratorie di inammissibilità affondanti le loro radici in logiche didascaliche oppure, aspetto che sembra destare maggiore preoccupazione, nell'intento di matrice marcatamente efficientista di ridurre al minimo il pericolo, per la Cassazione medesima, di ritrovarsi sovraccaricata da istanze di rinvio pregiudiziale.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte in ordine alle difficoltà di raccordo tra la *ratio essendi* del rinvio pregiudiziale e la severità di approccio della Cassazione, dalla stessa mutuata dal suo tradizionale *modus operandi*, lecito appare interrogarsi sull'opportunità di riferire il principio dell'autosufficienza al regolamento preventivo di competenza territoriale.

<sup>33</sup> Naturalmente, il riferimento è da intendersi alle sole ipotesi in cui il *deficit* argomentativo non sia tale da determinare la nullità dell'ordinanza di rinvio, ai sensi dell'art. 125 c.p.p.

<sup>34</sup> Dalla lettura combinata degli artt. 21 ss. c.p.p. e dell'art. 24-*bis*, comma 6, c.p.p. si ricava, difatti, che lo schema *more antiquo* di trattazione dell'eccezione di incompetenza territorio, lungi dall'essere stato soppresso, è stato semplicemente e indirettamente emendato dalla norma di nuovo conio. Oggi, a differenza che in passato, la parte, per poter conservare la legittimazione a doversi dell'erronea individuazione del *forum delicti* nel corso della sequela processuale – sempreché, naturalmente, non intervenga, nel frattempo, la pronuncia della Cassazione *ex art. 24-bis* c.p.p. –, deve formulare, non già una semplice eccezione, bensì un'eccezione-istanza di rinvio pregiudiziale.



In un'ottica di coerenza con la finalità istituzionale primaria del rinvio, parimenti corretto appare domandarsi se non sia preferibile evitare potenziali cortocircuiti sistemico-funzionali, alleviando il rigore, per così dire, "in ingresso" sinora manifestato dalla Suprema Corte. In tal senso, potrebbe ammettersi che quest'ultima, quando sollecitata a pronunciarsi sulla competenza territoriale a norma dell'art. 24-bis c.p.p., possa ovviare a eventuali lacune generate da un non ineccepibile *modus procedendi* dei giudici di merito, mediante la lettura degli atti trasmessi e, se del caso, anche esercitando i poteri che le sono normativamente conferiti in materia di conflitti (art. 32, comma 1, secondo periodo, c.p.p.). A tal proposito, si segnala che la Cassazione s'è, in verità, affrettata ad apporre un blocco a un possibile esercizio, da parte propria, di qualsivoglia potere di merito, e lo ha fatto valorizzando il silenzio dell'art. 24-bis c.p.p. sull'argomento<sup>35</sup>. Tuttavia, nei lavori preparatori si legge che «La disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione, per la decisione sulla questione di competenza territoriale, è costruita sul modello della proposizione e della risoluzione dei conflitti di giurisdizione e competenza (artt. 30-32 c.p.p.), con i necessari adattamenti, propri della disciplina della incompetenza per territorio, in tema di termini per la proposizione della relativa eccezione e di provvedimenti conseguenti alla dichiarazione di incompetenza»<sup>36</sup>. Quest'assunto potrebbe prestarsi a esser letto nel senso che, in caso di mancanza di indicazioni utili nel testo dell'art. 24-bis c.p.p., dovrebbe volgersi lo sguardo al modello sul cui calco è stata forgiata la nuova disciplina<sup>37</sup>. Un'operazione ermeneutica di tal fatta consentirebbe, ad esempio, di ovviare al vuoto normativo rilevato in materia di poteri di merito esercitabili dalla Cassazione mediante il rinvio alla regola dettata dall'art. 32, comma 1, secondo periodo, c.p.p.

In definitiva, ad oggi può soltanto sostenersi che la verifica triadica della fondatezza della questione sulla competenza per territorio, al cui compimento è tenuto il giudice di merito, e l'operatività, dinanzi alla Cassazione, del principio di autosufficienza paiono porsi su piani intersecantisi, o meglio muovere nella stessa direzione. La loro comune finalità sarebbe quella di consentire alla Corte regolatrice di potere, sulla base della sola lettura dell'ordinanza di rinvio, cogliere le specificità, in fatto e in diritto, del caso concreto e, di riflesso, porre fine, con la propria statuizione, alla controversia territoriale formatasi nel giudizio *a quo*.

Tuttavia, l'irrobustimento del tasso di specificità sia del vaglio giudiziale sia dell'ordinanza di rinvio, tanto promosso dalla Suprema Corte, non pare possa essere considerato come la panacea di tutti i mali, ben potendo, al contrario, per un anomalo capovolgimento d'intenti, andare addirittura a detrimento della *ratio essendi* del regolamento preventivo di competenza. Più, difatti, si tende a circoscrivere la concreta operatività del rinvio, meno si riuscirà a impedire che il comma 6 dell'art. 24-bis c.p.p. possa, in futuro, contribuire ad assicurare la longevità allo schema *more antiquo* (sia pure in una sua versione parzialmente aggiornata) e, vera nota dolente, alle diseconomie da quest'ultimo, tradizionalmente, generate.

---

<sup>35</sup> Il riferimento è a Cass., sez. VI, ord. 10 maggio 2023, n. 31809, cit., il cui contenuto è stato, in verità, già posto in debita evidenza nelle nt. 27-28 del presente lavoro. In questa stessa direzione argomenta Cass., sez. V, 6 settembre 2023, n. 43638, cit., secondo cui «il riscontro, nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 24-bis cod. proc. pen., dell'assenza di una disposizione, analoga a quella di cui all'art. 32, comma 1, cod. proc. pen. – che disciplina la risoluzione dei conflitti di competenza e di giurisdizione –, che consenta alla Corte di legittimità, investita della questione concernente la competenza territoriale, di «assumere le informazioni e acquisire gli atti e i documenti ritenuti necessari», e, anzi, la previsione (contenuta nel comma 2 dell'art. 24-bis cod. proc. pen.) dell'obbligo da parte del giudice rimettente di trasmettere, assieme al provvedimento, «gli atti necessari alla risoluzione della questione» (art. 24-bis, comma 2, cod. proc. pen.) inducono a ritenere che la Corte di cassazione, pur non operando quale giudice dell'impugnazione – e, quindi, non dovendosi attenere, sotto il profilo oggettivo, all'osservanza dei limiti connaturati al "principio della domanda" –, sia vincolata, quanto all'ampiezza della sua cognizione, agli atti che il giudice rimettente ha ritenuto necessario trasmettergli». Muovendo da quest'assunto, la Corte regolatrice ha sostenuto che «L'esercizio di un eventuale potere di integrazione della provvista informativa disponibile [...] si porrebbe in contrasto con l'esigenza di speditezza del procedimento incidentale, come delineato dall'articolo 24-bis cod. proc. pen.».

<sup>36</sup> Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *www.camera.it*, p. 171.

<sup>37</sup> Invero, la via ermeneutica qui suggerita è stata già percorsa dalla stessa Cassazione, sia pure allo scopo precipuo di fornire risposta a una diversa questione esegetica. Ci si riferisce a Cass., sez. II, 18 luglio 2023, n. 36768, in *DeJure*, in occasione della quale i giudici di legittimità, sull'abbrivio di quanto statuito dall'art. 30, comma 3, c.p.p., hanno escluso che l'ordinanza di rinvio abbia effetto sospensivo. A sostegno dell'estensibilità di tale previsione all'incidente di incompetenza *ratione loci*, la Corte ha, tra l'altro, specificato proprio che «Come è stato osservato dai primi commentatori, la disciplina processuale del rinvio pregiudiziale sulla competenza territoriale, di nuovo conio, è stata delineata sul modello di quella, già vigente, per la proposizione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione e di competenza contemplata agli artt. 30 e 32 c.p.p.».

## Sul diritto dei figli ultradodicenni al contatto con il genitore al 41-bis ord. penit.

---

### CORTE COSTITUZIONALE, SENT. 26 MAGGIO 2023, N. 105; PRES. SCIARRA – REL. ZANON

Non sono fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, 31 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con le ordinanze indicate in epigrafe.

---

[Omissis]

#### RITENUTO IN FATTO

1.– Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con ordinanza del 5 agosto 2022 (r.o. n. 104 del 2022), solleva questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), «nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici», in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

2.– Il rimettente è investito del reclamo presentato da M. F., con il quale l'interessato ha contestato il divieto, impostogli dall'amministrazione penitenziaria in considerazione della sua sottoposizione al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis ordin. penit., di svolgere colloqui visivi senza vetro divisorio con il maggiore dei suoi figli, che ha compiuto i dodici anni di età nel corso dell'anno 2021, ossia «mentre erano in vigore le restrizioni determinate dalla pandemia da COVID19».

Il reclamante ha ricordato che l'amministrazione penitenziaria consente che il detenuto in regime differenziato ex art. 41-bis svolga i predetti colloqui, in locali privi del vetro divisorio, soltanto con i figli ed i nipoti minori di dodici anni, e ha rilevato che, tuttavia, «tra il 2020 ed il 2021», queste modalità sono state sospese per l'intera popolazione carceraria, allo scopo di limitare la diffusione del contagio, sicché l'interessato «ha cessato di abbracciare il figlio» quando questi aveva dieci anni, mentre ora tale possibilità gli è preclusa, avendo il minore raggiunto l'età di dodici anni.

Sulla scorta di tali premesse, il reclamante ha chiesto la rimozione di questo limite d'età o, in subordine, almeno il riconoscimento della possibilità di fruire «eccezionalmente» di ulteriori colloqui con il figlio ormai ultradodicenne, «compensativi di quelli che non ha potuto svolgere, eventualmente fintanto che lo stesso non compia quanto meno tredici anni».

3.– Il giudice a quo chiarisce che il reclamo è stato proposto ai sensi degli artt. 35-bis e 69, comma 6, lettera b), ordin. penit. Il reclamante allega un pregiudizio grave e perdurante all'esercizio del «diritto a subire una pena non disumana», ai sensi dell'art. 27 Cost. Rivendica altresì, ai sensi dell'art. 3 Cost., il diritto – riconosciuto ai detenuti in sezioni diverse da quella a regime differenziato ai sensi dell'art. 28 ordin. penit. – a mantenere un legame, «qui innanzitutto fisico», con il proprio nucleo familiare, e segnatamente con i figli minori, come sancito dagli artt. 29, 30 e 31 Cost.

4.– In punto di fatto, espone il rimettente che – a seguito di istruttoria circa le ragioni poste a base del divieto in precedenza descritto – la direzione dell'istituto penitenziario ha comunicato di essersi attenu-

ta a quanto previsto nella circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, recante «Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41 bis O.P.», che disciplina «la vita all'interno delle sezioni 41 bis».

Tale atto amministrativo, in particolare, dispone all'art. 16 che: «[l]o svolgimento dei colloqui visivi avviene presso locali all'uopo adibiti, muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione. Il chiaro ascolto reciproco da parte dei colloquianti sarà garantito con le attuali strumentazioni all'uopo predisposte. In una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell'A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare».

5.- Il rimettente ricostruisce il quadro giurisprudenziale in materia, ricordando come la Corte di cassazione, sezione prima penale, con sentenza 3 novembre-21 dicembre 2021, n. 46719, si sia pronunciata su «una questione largamente sovrapponibile», riconoscendo come i colloqui visivi costituiscano, in generale, un diritto fondamentale della persona detenuta al mantenimento delle relazioni familiari, al punto da non poter essere compreso neppure in caso di isolamento disciplinare e da dover essere «contemplato anche per i detenuti ristretti in regime differenziato», seppur con le limitazioni giustificate dalle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza proprie di tale regime.

A tale ultimo proposito, e con precipuo riferimento al citato art. 16 della circolare DAP, la Corte di cassazione ne avrebbe rilevato la natura di scelta organizzativa non irragionevole, operata nell'ambito della discrezionalità pur sempre riconosciuta all'amministrazione al fine di operare un «prudente contemperamento tra esigenze di rango costituzionale in potenziale conflitto», quando i colloqui si svolgano con figli e nipoti infradodicenni, i quali, «in ragione dell'età, più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato».

6.- In punto di rilevanza, il giudice a quo espone di essere chiamato a valutare della legittimità del rifiuto opposto dall'amministrazione penitenziaria alla richiesta del reclamante di poter svolgere il colloquio visivo con il figlio, ultradodicenne, ma infraquattordicenne, senza l'intermediazione del vetro divisorio a tutta altezza.

Pur prendendo atto della scelta operata dall'amministrazione penitenziaria con l'art. 16 della citata circolare DAP del 2 ottobre 2017, ritenuta legittima dalla Corte di cassazione, il giudice a quo afferma la necessità di «confrontarsi innanzitutto con una disposizione normativa decisamente tranciante in senso negativo, che sembra interdire sempre e con chiunque i colloqui visivi senza vetro divisorio», escludendo, così, qualsiasi discrezionalità amministrativa, «anche ove volta a mitigare gli effetti potenzialmente incostituzionali della lettera della legge».

Così dovendosi interpretare la disposizione normativa censurata, solo la declaratoria di fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate consentirebbe l'accoglimento del reclamo.

Per il rimettente la formulazione della disposizione di legge – secondo cui l'unico colloquio mensile del detenuto in regime differenziato si svolge «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti» – sarebbe «inequivocabile», tanto da essere stata «univocamente interpretata nel senso che si deve trattare di locali dotati di vetro a tutta altezza», essendo questa l'unica «struttura fisica in grado di consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi, ma al contempo di impedire il passaggio di oggetti».

Per queste ragioni, la più volte ricordata circolare dell'amministrazione penitenziaria, pur «condivisibile negli obbiettivi perseguiti», si porrebbe «in contrasto con la normativa primaria», in quanto non potrebbe riconoscersi alcuna discrezionalità «nel valutare se una limitazione, imposta dal legislatore, si riveli giustificata da esigenze di ordine e sicurezza».

Solo un intervento del giudice delle leggi, in altre parole, potrebbe consentire di raggiungere il risul-

tato garantito dall'art. 16 della suddetta circolare, peraltro in misura ridotta rispetto a quanto ritenuto, dallo stesso giudice a quo, costituzionalmente necessario.

7.– Ciò premesso, il rimettente, in punto di non manifesta infondatezza, dubita della legittimità costituzionale della disposizione censurata «nella parte in cui non esclude i minori [...] dall'obbligo di rapportarsi con il genitore o il nonno detenuti in regime differenziato unicamente all'interno di sale colloqui approntate con un vetro divisorio a tutta altezza, e dunque senza alcun contatto fisico con gli stessi».

7.1.– Tale assetto sarebbe lesivo, in primo luogo, del diritto della persona detenuta a mantenere rapporti con il proprio nucleo familiare, declinato nella forma del diritto ai colloqui: le limitazioni all'esercizio di tale diritto, oltre a richiedere una previsione di legge, dovrebbero essere giustificate «da esigenze di pubblica sicurezza, di ordine pubblico e prevenzione dei reati, di protezione della salute, dei diritti e delle libertà altrui» (è citata Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 22 giugno-11 agosto 2020, n. 23819, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza 4 febbraio 2003, Van der Ven contro Paesi Bassi).

Per il rimettente sarebbe compromesso il diritto a non subire una «detenzione inumana», come quella che deriverebbe dall'assoluta privazione di ogni contatto fisico con «i figli ed i nipoti, in età più giovane», con i quali, «più e meglio di ogni dialogo», sarebbe fondamentale «il mantenimento di una relazione fatta di fisicità e di effusioni, semplici e immediate, come quelle che derivano dai baci e dagli abbracci che costituiscono il nucleo più intuitivo del rapporto tra genitori e figli e tra nonni e nipoti in più tenera età».

Per il rimettente, che ricorda sul punto l'insegnamento di questa Corte (sono citate le sentenze n. 97 del 2020, n. 186 del 2018, n. 143 del 2013 e n. 351 del 1996), le limitazioni imposte dal regime differenziato, intanto appaiono legittime, in quanto giustificate da esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza.

Tuttavia, i soggetti «in tenera età» – a parere del giudice a quo – non potrebbero «ragionevolmente ritenersi strumentalizzabili quali veicoli di informazioni da e per l'esterno», sicché, per risolvere il prospettato contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., sarebbe sufficiente l'ascolto accompagnato da audio e video-registrazione del colloquio, già previsti dalla medesima disposizione.

7.2.– In secondo luogo, «il divieto di svolgimento del colloquio senza vetro divisorio» da parte di genitori e nonni ristretti in regime differenziato, «previsto nel testo della disposizione normativa», non garantirebbe il rispetto del «superiore interesse» del minore, presidiato dagli artt. 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Tale principio, a giudizio del rimettente, avrebbe dovuto orientare innanzitutto il legislatore verso la «netta prevalenza» dei diritti del minore sulle altre esigenze confliggenti, secondo un bilanciamento che sarebbe già stato compiuto da questa Corte in materia penitenziaria (è citata la sentenza n. 76 del 2017).

In particolare, il colloquio visivo appare al giudice a quo l'unico in cui può esplicarsi il rapporto con il genitore, tanto più se quest'ultimo si trova in regime detentivo differenziato e subisce, quindi, le limitazioni di un unico incontro al mese, della durata di un'ora, e della impossibilità di avere un dialogo telefonico.

Per il rimettente, «quando il minore è infante o ancora nelle fasi dello sviluppo», il rapporto fisico con il genitore non sarebbe sostituibile da un dialogo ostacolato da un vetro divisorio, sicché le esigenze di sicurezza sottese al regime differenziato dovrebbero essere tutelate solo attraverso gli ulteriori strumenti previsti dalla disposizione in esame, quali la video e l'audio registrazione, nonché l'ascolto diretto del colloquio, che «può essere interrotto in qualsiasi momento, a fronte di eventuali elementi di criticità», improbabili a fronte di una sicuramente ridotta «capacità del fanciullo di rendersi latore di messaggi criminali o del genitore di strumentalizzare tale momento a questo scopo».

L'esigenza di far prevalere il superiore interesse del minore deriverebbe anche dall'art. 8 CEDU.

Quest'ultima disposizione imporrebbe di dedicare «una speciale attenzione [...] ai colloqui con i minori», e obbligherebbe lo Stato ad assicurare che il colloquio si svolga con modalità tali da evitare, per quanto possibile, «condizioni stressanti per i bambini», pure quando si tratta di «colloqui con parenti in carcere per reati di speciale gravità, anche ristretti in regime di massima sicurezza».

8.– Ciò premesso con riferimento alla posizione del minore in generale, il rimettente ritiene rinvenibili «nella legge, in particolare penitenziaria», parametri cui ancorare, «più ragionevolmente rispetto a quanto faccia la circolare amministrativa», l'età al di sotto della quale «l'imposizione del vetro» si risol-

verebbe in un pregiudizio grave al diritto dello stesso minore di mantenere un «contatto fisico significativo» con il genitore o il nonno detenuto.

A tal fine, il giudice a quo richiama il comma 3 dell'art. 18 ordin. penit., come modificato dall'art. 11, comma 1, lett. g), numero 3), del decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103», secondo cui «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici».

Si tratta di una disposizione non applicabile ai detenuti in regime differenziato (come confermato dalla già citata Corte di cassazione, sentenza n. 46719 del 2021), poiché la legge delega, alla quale il d.lgs. n. 123 del 2018 ha dato attuazione, impediva «di incidere sul 41 bis» (art. 1, comma 85, della legge 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario»).

Tuttavia, a parere del rimettente, sarebbe «evidente» che il legislatore, con riferimento alla necessità di tutelare i minori che debbano svolgere colloqui con i propri parenti detenuti, ha fissato «una asticella in relazione all'età», la quale «non può che prescindere dalla pericolosità del congiunto ristretto»: ciò imporrebbe, «a prezzo altrimenti di una irragionevole discriminazione», un trattamento di «analoga attenzione» anche nei confronti dei figli e nipoti minorenni infraquattordicenni di genitori e nonni ristretti in regime differenziato.

A sostegno della tesi, il giudice a quo osserva che, «a differenza dell'età di dodici anni, indicata nella circolare ministeriale del 2017», quella di quattordici anni costituisce un parametro «in plurime occasioni adoperato dal legislatore a segnare una linea di demarcazione», come ad esempio «la soglia dell'imputabilità» e la «conclusione del ciclo di scuola secondaria inferiore».

Si tratterebbe, quindi, di un'età in cui il legislatore avrebbe già presunto il passaggio «ad una certa nozione di adolescenza piena», in cui il minore sarebbe maggiormente capace di comprendere ed accettare «il passaggio, comunque traumatico, in cui cessano i colloqui visivi con contatto fisico», senza «percepirsi come causa dell'esclusione subita».

Per il rimettente l'impedimento di ogni contatto fisico dei minori infraquattordicenni con i congiunti detenuti «mediante l'imposizione del vetro divisorio a tutta altezza», in un momento «ancora così delicato della loro crescita», sarebbe incompatibile con i principi costituzionali e convenzionali illustrati, e, in particolare, con la necessità di contenere nel «minimo, congruo e proporzionato», il sacrificio necessario richiesto nel bilanciamento con le esigenze di sicurezza.

9.- Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate «manifestamente» non fondate.

Dopo aver ricostruito i passaggi essenziali dell'ordinanza di rimessione, nonché genesi e finalità sottese all'istituto di cui all'art. 41-bis ordin. penit., l'Avvocatura generale, sottolineando la «natura peculiare e distintiva rispetto a tutti gli altri fenomeni criminali» rivestita dalle organizzazioni mafiose, ha ricordato l'orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione, in ordine alla legittimità della previsione contenuta nell'art. 16 della circolare DAP del 2 ottobre 2017, la quale prevede che il colloquio visivo avvenga senza vetro divisorio solo nel caso in cui esso abbia luogo con il figlio o i nipoti in linea retta minori di dodici anni (è citata Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 30 marzo-16 settembre 2022, n. 34388).

L'interveniente ritiene che il giudice a quo muova «da tre non condivisibili assunti».

9.1.- In primo luogo, sarebbe «smentita dai fatti» la tesi secondo cui i minori di quattordici anni non potrebbero ragionevolmente ritenersi strumentalizzabili quali veicoli di informazioni da e per l'esterno.

Per l'Avvocatura, infatti, l'«esperienza criminologica» comproverebbe che, in contesti familiari mafiosi, la «maturazione di giovani puberi [...] può essere assai diversa da quella usuale di coetanei della stessa età in contesti di normalità».

Inoltre, per l'interveniente, il legislatore avrebbe indicato, seppure in altri ambiti, l'età di dodici anni «quale momento anagrafico secondo cui il minore è già o può essere capace di discernimento», come ad esempio in tema di adozione (art. 15, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Diritto del minore ad una famiglia», secondo cui il minore di età inferiore ai dodici anni, se capace di discer-

nimento, deve essere sentito in vista della dichiarazione di adottabilità) o di affidamento non congiunto, in caso di separazione tra coniugi con figli minori.

Tali disposizioni, a parere dell'interveniente, starebbero a dimostrare che la legge, a prescindere dall'imputabilità penale, ritiene che il minore di anni dodici possa già essere capace di discernimento, sicché «a maggior ragione», quando tale età viene superata, «la presunzione di discernimento si accresce sino all'imputabilità penale fissata ad anni 14».

9.2.– Inoltre, non condivisibile sarebbe l'affermazione secondo cui, al di sotto dei quattordici anni, la tutela dell'interesse del minore ad avere, durante i colloqui, un contatto fisico con i congiunti prescinderebbe dalla pericolosità del familiare detenuto in regime differenziato. La tesi, «nella sua assolutezza», sarebbe «distonica e sbilanciata rispetto ai diritti costituzionali che vengono in conflitto (tra cui la vita e la libertà dei consociati vittime dei reati di mafia, oltre che l'inderogabile tutela della collettività nel suo complesso)».

9.3.– Infine, non sarebbe corretto sostenere che la possibilità di ascoltare e registrare, in video e audio, il colloquio sarebbe già di per sé idonea a neutralizzare i rischi di un uso fraudolento del contatto con il minore di anni quattordici.

Per l'interveniente, l'esperienza starebbe a dimostrare che «[u]na frase, una sola parola, un'allusione pronunciata in dialetto stretto e sussurrata ad orecchio al minore nell'abbraccio» non potrebbe essere compresa in alcun modo da soggetti terzi «che non abbiano le chiavi di decodifica del linguaggio mafioso».

10.– In definitiva, ad avviso dell'Avvocatura generale, la disposizione censurata risulta «proporzionale, consentanea allo scopo e bilanciata», nel confronto tra i diritti costituzionali coinvolti, sicché non assume una connotazione «puramente afflittiva», in quanto «la necessità del vetro divisorio» si imporrebbe per ragioni di bilanciamento tra esigenze di sicurezza e diritti fondamentali del recluso e del figlio o nipote minore a intrattenere rapporti con il familiare, pur nel perdurante «stato di grave pericolosità».

11.– Con altra ordinanza, sempre depositata in data 5 agosto 2022 (r.o. n. 105 del 2022), il medesimo Magistrato di sorveglianza di Spoleto solleva identiche questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto sempre l'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), ordin. penit., e in riferimento ai medesimi parametri costituzionali e sovranazionali.

12.– In fatto, il giudice a quo espone di essere investito del reclamo presentato da G. P., con il quale l'interessato contesta il divieto, impostogli dall'amministrazione penitenziaria in ragione della sua sottoposizione al regime differenziato ai sensi dell'art. 41-bis ordin. penit., di svolgere colloqui visivi senza vetro divisorio con i nipoti in linea retta, che hanno compiuto dodici anni di età, chiedendo, altresì, «di poter almeno abbracciare la moglie».

Esponde l'ordinanza di remissione come il più piccolo dei nipoti del reclamante abbia raggiunto l'età di dodici anni (di cui alla circolare già citata) nel 2021, quando le modalità di colloquio senza vetro divisorio erano state già sospese per tutti i detenuti, «perché rischiose sotto il profilo del contagio da COVID19». L'interessato, per questo, «ha cessato di abbracciare tale nipote» quando questi aveva undici anni, mentre ora tale possibilità gli è preclusa, avendo il minore raggiunto l'età di tredici anni.

13.– Per il resto, la motivazione dell'ordinanza di remissione r.o. n. 105 del 2022, sia in punto di rilevanza delle questioni sollevate, sia di valutazione circa la non manifesta infondatezza delle stesse, coincide testualmente con quella dell'ordinanza r.o. n. 104 del 2022, illustrata nei precedenti punti da 3 a 8.

14.– Anche nel giudizio iscritto al n. 105 r.o. del 2022 è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate «manifestamente» non fondate e svolgendo difese coincidenti con quelle spiegate nel giudizio iscritto al n. 104 r.o. del 2022.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con due ordinanze di analogo tenore (r.o. n. 104 e n. 105 del 2022), solleva – in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo e all'art. 8 CEDU – questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), ordin. penit., «nella parte in cui di-

sponde che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici».

2.- Il rimettente è investito di due reclami, con i quali gli interessati – detenuti sottoposti al regime differenziato di cui all’art. 41-bis ordin. penit. – impugnano il rifiuto opposto dall’amministrazione penitenziaria alla loro richiesta di svolgere colloqui visivi, senza vetro divisorio, con familiari minori di età (il figlio maggiore del primo detenuto e i nipoti in linea retta del secondo: tutti ultradodicenni, ma infraquattordicenni).

L’ordinanza di remissione evidenzia come l’amministrazione penitenziaria – in forza della circolare DAP del 2 ottobre 2017 – consenta di svolgere i colloqui in locali privi del vetro divisorio, ma soltanto con i figli e i nipoti in linea retta minori di dodici anni. In punto di fatto, rileva, tuttavia, che tra il 2020 ed il 2021 queste modalità sono state sospese, allo scopo di limitare la diffusione del contagio da COVID-19. Sottolinea perciò come, nel caso di specie, gli interessati abbiano cessato di «abbracciare» i minori in precedenza indicati quando questi avevano ancora meno di dodici anni, mentre ora tale possibilità è loro preclusa, avendo i minori superato questa soglia di età.

Evidenzia inoltre il rimettente che la giurisprudenza di legittimità (è citata Corte di cassazione, sentenza n. 46719 del 2021) riconosce che i colloqui visivi costituiscono un diritto fondamentale al mantenimento delle relazioni familiari, anche per la persona detenuta in regime differenziato. Osserva che, in considerazione delle limitazioni giustificate dalle esigenze di tutela dell’ordine e della sicurezza proprie di tale regime, la Corte di cassazione ha tuttavia giudicato legittima la disposizione della circolare DAP che limita ai familiari minori di dodici anni la possibilità dei colloqui visivi senza vetro divisorio, considerandola scelta organizzativa non irragionevole, tesa ad operare un «prudente contenimento tra esigenze di rango costituzionale in potenziale conflitto».

Non giudicando soddisfacente tale contesto normativo e giurisprudenziale, e allo scopo di ampliare la sfera dei minori ammessi al colloquio senza vetro divisorio, richiede a questa Corte un intervento sulla disposizione di legge che asseritamente impone – in ogni circostanza, e dunque anche in occasione dei colloqui visivi con i figli e i nipoti in linea retta minori di (qualunque) età – la presenza di un vetro divisorio a tutta altezza.

3.- Sotto il profilo della rilevanza, il rimettente ritiene che la disposizione censurata avrebbe un significato «inequivocabile»: stabilire che l’unico colloquio mensile del detenuto in regime differenziato si svolge «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti» non potrebbe significare altro, se non che il colloquio deve avvenire in locali dotati di vetro divisorio a tutta altezza, essendo questa l’«unica struttura fisica in grado di consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi, ma al contempo di impedire il passaggio di oggetti, per come richiesto dal testo normativo».

Per queste ragioni, la ricordata circolare DAP si porrebbe «in contrasto con la normativa primaria», che non consentirebbe alcuna deroga – neppure per i minori infradodicenni – alla regola così dettata.

Solo un intervento di questa Corte, appunto, consentirebbe di raggiungere il risultato che oggi la circolare garantisce solo in parte, e comunque in misura ridotta rispetto a quanto il rimettente ritiene costituzionalmente necessario.

4.- In punto di non manifesta infondatezza, il giudice a quo dubita della legittimità costituzionale della disposizione censurata «nella parte in cui non esclude i minori [...] dall’obbligo di rapportarsi con il genitore o il nonno detenuti in regime differenziato unicamente all’interno di sale colloqui approntate con un vetro divisorio a tutta altezza, e dunque senza alcun contatto fisico con gli stessi».

Sarebbe leso, in primo luogo, il diritto della persona detenuta a mantenere rapporti effettivi con il proprio nucleo familiare, così come garantito dai parametri costituzionali evocati.

Risulterebbe, in particolare, compromesso il diritto a non subire una «detenzione inumana», tale dovendosi considerare quella caratterizzata dall’assoluta privazione di ogni contatto fisico con i figli ed i nipoti in età più giovane.

Ancora, il divieto censurato non rispetterebbe i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale (sono citate le sentenze n. 97 del 2020, n. 186 del 2018, n. 143 del 2013 e n. 351 del 1996), secondo cui le limitazioni imposte dal regime differenziato sono compatibili con gli artt. 3 e 27 Cost. solo in quanto giustificate da esigenze di tutela dell’ordine e della sicurezza. I soggetti «in tenera età», infatti, non potrebbero ragionevolmente ritenersi strumentalizzabili quali vettori di informazioni, da e per l’esterno.

Durante i colloqui con loro, sarebbe perciò sufficiente l'ascolto accompagnato da audio e videoregistrazione del colloquio, già previsti dalla medesima disposizione.

In secondo luogo, il divieto sospettato di illegittimità costituzionale non garantirebbe il rispetto del «superiore interesse» del minore, presidiato dagli artt. 31 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo. In forza di tale principio, si dovrebbe sempre accordare «netta prevalenza» ai diritti del minore sulle altre esigenze confliggenti. Per questo, in particolare durante l'età dello sviluppo, il rapporto fisico con il genitore non sarebbe sostituibile con un dialogo ostacolato da un vetro divisorio. Anche l'art. 8 CEDU, del resto, obbligherebbe lo Stato ad evitare «condizioni stressanti per i bambini» durante i colloqui con i parenti, pure se detenuti in regime di massima sicurezza.

4.1.– Il giudice a quo ritiene che in altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario sia rinvenibile l'indicazione di una soglia di età più ragionevole, al di sotto della quale consentire i colloqui senza separazione fisica.

Richiama, in particolare, il comma 3 dell'art. 18 ordin. penit., come modificato dalla riforma dell'ordinamento penitenziario operata dal d.lgs. n. 123 del 2018, secondo cui «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici». Osserva che il legislatore avrebbe indicato il medesimo limite d'età «in plurime occasioni», come ad esempio per fissare «la soglia dell'imputabilità» e la «conclusione del ciclo di scuola secondaria inferiore». Questa soglia d'età, insomma, individuerrebbe il momento in cui i minori acquisterebbero maggiore consapevolezza e sarebbero capaci di accettare la trasformazione in senso restrittivo delle modalità di esecuzione dei colloqui con i familiari detenuti.

5.– Le due ordinanze di rimessione censurano la stessa disposizione, evocano i medesimi parametri costituzionali ed offrono i medesimi argomenti a sostegno delle questioni sollevate. I relativi giudizi vanno perciò riuniti, per essere decisi con un'unica sentenza.

6.– Il rimettente, come si è visto, muove dalla premessa secondo cui il testo della disposizione censurata imporrebbe – in ogni circostanza e senza possibilità di deroga – di attrezzare i locali destinati ad ospitare i colloqui dei detenuti soggetti al regime differenziato con un vetro divisorio a tutta altezza, strumento che per sua natura impedisce ogni contatto fisico.

Questo è, dunque, il presupposto interpretativo da sottoporre a verifica.

7.– La giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito che il regime differenziato previsto dall'art. 41-bis, comma 2, ordin. penit. mira a contenere la pericolosità dei detenuti ad esso soggetti, anche nelle sue eventuali proiezioni esterne al carcere, impedendo i collegamenti degli appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi proprio attraverso quei contatti con il mondo esterno che lo stesso ordinamento penitenziario normalmente favorisce, quali strumenti di reinserimento sociale (sentenze n. 97 del 2020 e n. 186 del 2018).

Questa Corte, tuttavia, ha puntualmente definito anche i limiti cui è soggetta l'applicazione del regime speciale.

In particolare, ha affermato che, in base alla disposizione in esame, è possibile sospendere solo l'applicazione di regole e istituti dell'ordinamento penitenziario che risultino in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, e ha correlativamente chiarito non potersi disporre misure che, a causa del loro contenuto, «a quelle concrete esigenze non siano riconducibili poiché risulterebbero palesemente inadeguate o incongrue rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato» (sentenza n. 186 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 18 del 2022). Misure di tal genere assumerebbero, infatti, «una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» (sentenze n. 97 del 2020 e n. 351 del 1996).

Questa Corte ha inoltre precisato (sentenze n. 376 del 1997, n. 351 del 1996 e n. 349 del 1993) che le restrizioni che accompagnano l'applicazione del regime differenziato, «considerate singolarmente e nel loro complesso, non devono essere tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena (sentenza n. 149 del 2018) e da violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità» (sentenza n. 186 del 2018).

7.1.– È di intuitiva evidenza che, tra gli istituti che connotano l'ordinaria disciplina trattamentale, quello dei colloqui con i familiari o con terze persone rappresenta uno dei momenti a più alto rischio per la garanzia degli obiettivi perseguiti attraverso l'applicazione del regime detentivo differenziato



(sentenza n. 97 del 2020), trattandosi del «veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con l'esterno» (sentenza n. 143 del 2013).

È comprensibile, dunque, la ragione per cui lo svolgimento di tali colloqui – i quali, secondo la disciplina ordinaria, dovrebbero svolgersi in locali interni «senza mezzi divisorii» o in spazi all'aperto a ciò destinati (art. 37, comma 5, del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, recante «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà») – sia stata sempre circondato, in riferimento ai detenuti sottoposti al regime speciale, da una serie di rigorose misure, volte a impedire che gli esponenti dell'organizzazione criminale in stato di detenzione possano continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dall'interno del carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa (sentenze n. 97 del 2020, n. 186 del 2018 e n. 143 del 2013).

7.2.– Tra queste misure, il divieto di passaggio di oggetti durante i colloqui visivi è inizialmente contemplato in alcune circolari dell'amministrazione penitenziaria, diramate nel corso degli anni Novanta del secolo scorso, in attuazione dei primi provvedimenti che dispongono la sospensione delle ordinarie regole di trattamento, introdotta dall'art. 19 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356.

Per garantire il conseguimento del risultato, l'amministrazione aveva da tempo assicurato il rispetto del divieto attrezzando con vetri divisorii "a tutta altezza" i locali destinati ai colloqui visivi.

Nel frattempo, il divieto di passaggio di oggetti trova collocazione a livello di fonte primaria, con la legge 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario). Quest'ultima, infatti, sulla scorta dell'esperienza maturata nei primi anni di applicazione del regime differenziato, "stabilizza" il regime detentivo speciale, «tipizzando le limitazioni che in concreto il Ministro della giustizia poteva imporre allo scopo di contenere la pericolosità dei singoli destinatari della misura» (sentenza n. 186 del 2018). Tra queste limitazioni figura quella censurata dall'odierno rimettente: la lettera b) del comma 2-quater dell'art. 41-bis ordin. penit. dispone, infatti, per la parte qui rilevante, che i colloqui dei detenuti avvengano «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti».

Si tratta di una restrizione ulteriore rispetto alle altre previste dalla medesima disposizione: limitazione dei colloqui visivi ad uno soltanto al mese e loro sottoposizione a videoregistrazione nonché, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente, a controllo auditivo e a registrazione.

7.3.– Proprio con riferimento al divieto di passaggio di oggetti, ancor prima della trasposizione in legge delle misure restrittive tipiche del regime speciale, la stessa amministrazione – nell'esercizio di quel margine di discrezionalità che naturalmente le spetta in materia di definizione dei tempi e dei modi per la concreta attuazione del diritto ai colloqui visivi (Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 26 giugno-13 agosto 2020, n. 23945) – aveva avvertito la necessità di operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Già con la circolare DAP del 6 febbraio 1998, n. 543884 (successiva alla prima serie di pronunce con le quali questa Corte ha delineato i ricordati limiti "interni" cui è soggetta l'applicazione del regime detentivo differenziato), era stata consentita la fruizione dei colloqui senza vetro divisorio, inizialmente con i figli minori di anni sedici.

Con la successiva circolare DAP del 20 febbraio 1998, n. 3470/5920 (punto 4), tale soglia di età è stata abbassata a dodici anni, secondo una direttiva mai più abbandonata nelle circolari successive. Queste ultime, piuttosto, hanno provveduto ad estendere anche ai nipoti ex filio infradodicesimi la deroga alla regola del colloquio con il vetro divisorio, consolidando in tal modo i contorni di una prassi giunta immutata fino ad oggi.

Anche nell'ultimo atto amministrativo emanato per impartire istruzioni sull'organizzazione del regime detentivo differenziato – la circolare DAP del 2 ottobre 2017, oggetto di attenzione critica del giudice rimettente – si legge (art. 16): «[i]n una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro

divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a video-registrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell'A.G».

La circolare ha cura di precisare, altresì, che «[i]l posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, [dovranno] avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare».

Inoltre, è previsto un controllo con l'ausilio di metal-detector prima e dopo la fruizione del colloquio stesso, mentre la perquisizione manuale è consentita soltanto quando sussistano comprovate ragioni di sicurezza.

8.- Tutto ciò premesso, le questioni di legittimità costituzionale oggetto di odierno scrutinio risultano non fondate, nei sensi di seguito precisati.

9.- Come si è visto, entrambe le ordinanze muovono da un comune presupposto: la disposizione in esame sarebbe inequivoca nel senso di imporre l'utilizzo del vetro divisorio in ogni circostanza, e dunque anche in occasione dei colloqui visivi con i figli e i nipoti in linea retta minori di (qualunque) età.

Questa Corte non condivide tale presupposto, essendo possibile una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata.

Con riferimento ai colloqui visivi, senza dubbio ricompresi nella sfera dei diritti spettanti anche ai detenuti in regime differenziato, non erra il rimettente quando sostiene la necessità, sia di garantire che il complessivo trattamento penitenziario non contrasti con il senso di umanità, al metro dell'art. 27 Cost., sia di tutelare il preminente interesse dei minori.

Sotto il primo profilo, rilievo essenziale assume l'interesse della persona detenuta a mantenere un contatto fisico con i familiari. Una disciplina che ne escluda totalmente la possibilità, finanche nei confronti di quelli in età più giovane, si porrebbe in contrasto con quanto disposto dall'art. 27 Cost., anche per i soggetti in regime differenziato (sentenza n. 351 del 1996).

Sotto il secondo profilo, la giurisprudenza di questa Corte ha da tempo riconosciuto che «la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione e istruzione», trova «riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento costituzionale interno – che demanda alla Repubblica di proteggere l'infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo (art. 31, secondo comma, Cost.) – sia nell'ordinamento internazionale» (sentenza n. 187 del 2019).

In quest'ultimo, vengono in particolare considerazione non solo le previsioni del parametro interposto evocato dall'odierno rimettente (l'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo), ma anche quelle dell'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «[q]ueste due ultime disposizioni qualificano come “superiore” l'interesse del minore, stabilendo che in tutte le decisioni relative ad esso, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, tale interesse deve essere considerato “preminente”» (ancora sentenza n. 187 del 2019, che richiama le sentenze n. 76 del 2017 e, in termini pressoché sovrapponibili, n. 17 del 2017 e n. 239 del 2014).

Più volte, quindi, sulla scorta del ricordato principio, questa Corte è intervenuta per adeguare le norme di ordinamento penitenziario alla necessità di tutelare il primario interesse del minore, ossia di un «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione» (sentenza n. 76 del 2017).

Non può che concordarsi con il rimettente, dunque, quando afferma che, per il minore «infante o ancora nelle fasi dello sviluppo», il rapporto fisico con il familiare detenuto non sarebbe, almeno di regola, sostituibile con un incontro ostacolato da un vetro divisorio; anche se, come si metterà subito in evidenza, le innegabili esigenze di sicurezza sottese al regime detentivo differenziato comportano cautele e precisazioni ulteriori.

In tutte le pronunce prima richiamate, in effetti, questa Corte ha sempre ribadito che l'interesse del minore «non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena» (sentenza n. 174 del 2018; nello stesso senso, più di recente, sentenza n. 30 del 2022). Esi-

genze che, appunto, si riscontrano al massimo grado per i detenuti assoggettati al regime detentivo differenziato.

10.– Ritiene questa Corte che il giudice a quo – pur avendo ben presente l'intero contesto normativo e giurisprudenziale appena illustrato – non ne abbia tratto le dovute conseguenze quanto all'interpretazione della disposizione censurata.

Essa, per vero, contiene indici testuali che depongono in favore della lettura fatta propria dal rimettente: in effetti, "attrezzare" i locali destinati ai colloqui visivi «in modo da impedire il passaggio di oggetti» può significare inserire una separazione materiale che impedisca qualsivoglia contatto fisico tra gli interlocutori.

È indubbio che, nell'esperienza concreta, lo strumento del vetro divisorio a tutta altezza – impedendo ogni contatto fisico tra gli interlocutori – si rivela quello più efficace per impedire il passaggio di oggetti. Ed è, quindi, certamente legittimo che l'amministrazione penitenziaria, nella prassi, abbia individuato in quello strumento la soluzione tecnica per gestire i colloqui dei detenuti soggetti al regime differenziato con i propri familiari e conviventi.

Tuttavia, ad un'analisi più attenta, il dato testuale suggerisce anche un esito diverso da quello proposto dal rimettente, compatibile con i parametri costituzionali e sovranazionali evocati.

Non è senza significato che il legislatore, nel codificare le prescrizioni già contenute nelle precedenti circolari amministrative, abbia semplicemente indicato il risultato vietato – il passaggio di oggetti durante i colloqui visivi – senza affatto specificare, in dettaglio, le pertinenti soluzioni tecniche (in particolare, l'impiego del vetro divisorio a tutta altezza), limitandosi a richiedere che i locali destinati ai colloqui siano «attrezzati» in modo da impedire tale passaggio.

Del resto, la stessa giurisprudenza di legittimità ha giudicato legittima – e dunque conforme al dato normativo primario – la previsione dell'art. 16 della citata circolare DAP del 2 ottobre 2017, che ammette il colloquio senza vetro divisorio, nel caso in cui esso avvenga con i figli e i nipoti in linea retta minori di dodici anni (tra le ultime, Corte di cassazione, sentenza n. 34388 del 2022).

Risulta chiaro, insomma, che l'impiego del vetro divisorio, pur potendo costituire un mezzo altamente idoneo allo scopo, in considerazione della sua innegabile efficacia ostativa al passaggio di oggetti, non è tuttavia imposto dal testo della disposizione primaria, che non ne fa alcuna menzione.

Ed anzi, al cospetto di altri interessi di rango costituzionale assai rilevanti, quali sono quelli coinvolti dalla disciplina dei colloqui del detenuto con minori d'età, un simile dispositivo può apparire sproporzionato: differenti soluzioni tecniche (unitamente alle misure già espressamente contemplate, per tutti i colloqui dei detenuti in regime differenziato, dal comma 2-quater, lettera b, dell'art. 41-bis ordin. penit.) potrebbero invece risultare adeguate, sia a garantire la finalità indicata dalla disposizione censurata, sia, al contempo, a evitare che la restrizione assuma connotazioni puramente afflittive per il detenuto, sacrificando inoltre l'interesse preminente del minore. Tra queste, ad esempio, l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera.

In tale prospettiva, è la stessa ordinanza di rimessione a osservare che il colloquio «può essere interrotto in qualsiasi momento, a fronte di eventuali elementi di criticità», più facilmente rilevabili in presenza di una (almeno statisticamente) ridotta «capacità del fanciullo di rendersi latore di messaggi criminali o del genitore di strumentalizzare tale momento a questo scopo» (nello stesso senso, la già citata Corte di cassazione, sentenza n. 46719 del 2021, che valorizza la massima di esperienza in base alla quale i minori di dodici anni «in ragione dell'età, più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato»).

In definitiva, l'interpretazione qui privilegiata – secondo cui la disposizione censurata non impone affatto in ogni circostanza l'impiego del vetro divisorio – è compatibile con il dato testuale, e ne consente una lettura adeguata ai parametri costituzionali evocati. Contestualmente, permette di valorizzare la ratio della disposizione stessa, considerandola quale parte del complessivo regime detentivo differenziato, alla luce sia delle finalità, sia dei limiti cui l'applicazione di tale regime è soggetta: i quali ultimi impongono di considerare legittime le sole restrizioni funzionali a garantire l'inderogabile esigenza «di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà» (sentenza n. 376 del 1997).

A differenza di quanto sostenuto dal giudice a quo, e conformemente alle statuizioni rese, sul punto,

dalla giurisprudenza di legittimità ricordata, non possono perciò considerarsi *contra legem* le circolari adottate dall'amministrazione penitenziaria per consentire colloqui senza vetro divisorio con minori in tenera età (da ultimo, nella circolare DAP del 2 ottobre 2017). Come ribadito di recente da questa Corte, infatti, quando ciò sia consentito dalla *littera legis*, l'interpretazione delle disposizioni restrittive tipiche del regime detentivo speciale «deve essere orientata verso soluzioni che ne garantiscano la miglior compatibilità con i precetti costituzionali di riferimento nella materia in esame» (sentenza n. 197 del 2021).

11.– Nella prospettiva dell'interpretazione adeguatrice illustrata, l'intervento richiesto dal rimettente non risulta necessario, neppure ai fini dell'estensione della platea dei soggetti minorenni da ammettere al colloquio in assenza di vetro divisorio.

In presenza di una disposizione di legge che indica con chiarezza l'obiettivo – impedire il passaggio di oggetti – le soluzioni per raggiungerlo vanno necessariamente adeguate alla situazione concreta che l'amministrazione si trovi ad affrontare.

Da questo angolo visuale, la più volte ricordata circolare amministrativa ha il pregio di contenere direttive che orientano uniformemente l'amministrazione penitenziaria, fornendole un riferimento che la solleva dall'obbligo di motivare puntualmente le ragioni della propria scelta su ogni richiesta di colloquio senza vetro divisorio con familiari minorenni, sia *infra*, sia *ultradodicenni*.

L'ulteriore pregio dell'indicazione contenuta in una circolare siffatta – proprio considerando le varie peculiarità di condizione in cui possono trovarsi, sia il minore, sia il detenuto – è che essa non può dar luogo ad alcuna insuperabile rigidità. Da un lato, l'indicazione in parola non può impedire una deroga puntuale alla regola del vetro divisorio, anche per i colloqui con minori *ultradodicenni*; dall'altro lato, e all'inverso, non attribuisce una pretesa intangibile alla condivisione del medesimo spazio libero, nemmeno durante i colloqui con minori *infradodicenni*.

Sarà quindi ben possibile all'amministrazione penitenziaria – o alla magistratura di sorveglianza in sede di reclamo – disporre un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore a dodici anni, quando sussistano ragioni tali da giustificare una simile scelta, oggetto di adeguata motivazione, volta ad escludere, in particolare, che i minori in questione siano strumentalizzabili per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive.

In direzione opposta, la singola amministrazione potrà rifiutare – con provvedimento comunque soggetto al vaglio giurisdizionale – una richiesta di colloquio non schermato anche con un minore *infradodicenne*, nei casi in cui, nel bilanciamento tra il suo interesse, i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza, risultino elementi specifici, tali da rendere oggettivamente prevalente l'esigenza di contenimento del rischio di contatti con l'ambiente esterno.

Nulla impedisce ovviamente al legislatore di disciplinare in fonte primaria le modalità dei colloqui con i familiari, in particolare con i minori, evitando peraltro scelte rigide che potrebbero risultare non adeguate, per eccesso o per difetto, al cospetto delle specifiche esigenze evidenziate dal caso singolo.

12.– Anche in assenza di intervento legislativo, tuttavia, alla luce della interpretazione qui prescelta, risulta immune da vizi lo schema normativo più sopra descritto: la forza dei parametri costituzionali interni e sovranazionali evocati dallo stesso rimettente, il tenore letterale della disposizione di legge censurata, l'efficacia orientativa, per ciò solo derogabile, della soluzione contenuta nella circolare più volte richiamata, comportano infatti la non fondatezza, nei sensi precisati, di tutte le questioni sollevate.

#### PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 41-bis, comma 2-quater, lettera b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, 31 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, con le ordinanze indicate in epigrafe.

[*Omissis*]

PAOLA MAGGIO

*Professoressa associata di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo*

## La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto dei figli minori ad abbracciare durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit.

### *The Constitutional Court rules on the right of minor children to hug their parents or grandparents 41-bis detainees*

---

Con una sentenza interpretativa di rigetto la Corte costituzionale incrina il vetro separatorio fra detenuti al 41-bis e figli ultradodicesenni, delineando un'esegesi costituzionalmente e convenzionalmente orientata del dato legislativo e delle circolari normanti i colloqui familiari e il passaggio di oggetti.

Nel bilanciamento fra le ragioni di sicurezza che impongono di evitare i collegamenti con l'esterno e il diritto umano all'affettività dei minori, la Corte sceglie di smussare le «insuperabili rigidità» connesse al regime speciale e riconosce il «danno simbiotico» inferto dalla carcerazione alle relazioni familiari.

Un'apertura ermeneutica che suggerisce di evitare sproporzionate limitazioni al contatto fisico fra minore e soggetto ristretto e consente valutazioni flessibili all'amministrazione penitenziaria e alla magistratura di sorveglianza, da orientare in conformità allo statuto internazionale della detenzione umana.

*With an interpretative sentence, the Constitutional Court cracks the dividing glass between 41-bis detainees and children over the age of 12, outlining a constitutionally and conventionally oriented interpretation of the law and of penitentiary memorandum regulating family visitation and the transfer of objects.*

*In balancing the security reasons that require avoiding connections with the outside world and the human right to affectivity of minors, the Court chooses to smooth out the "insuperable rigidity" connected to the special regime and recognises the "symbiotic damage" inflicted by imprisonment on family relations. A hermeneutic openness that suggests avoiding disproportionate limitations on physical contact between the child and the inmate and allows flexible evaluations by the prison administration and the Surveillance Court, to be oriented in accordance with the international statute of human detention.*

---

#### **PER ALZARE IL METRO DI TUTELA DELL'ART. 27 COST. BISOGNA ABBASSARE IL VETRO DIVISORIO FRA RISTRETTO AL 41-BIS E FIGLI MINORI**

Utilizzando un'espressione contenuta nella parte motiva della decisione in commento, si potrebbe dire che la Corte costituzionale ha alzato «al metro dell'art. 27 Cost.<sup>1</sup>», ovvero sia al senso di umanità in esso racchiuso, il regime di detenzione speciale di cui all'art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario, abbassando per contro la barriera di vetro che separa il ristretto dai familiari in giovane età.

Lo ha fatto prescegliendo una decisione adeguatrice, capace di ricondurre le disposizioni censurate alla Costituzione, e al contempo monitoria, con cui invita il legislatore a intervenire per superare il limite di età identificato nei 12 anni, oltre i quali è stato eretto da circolari del DAP il muro vitreo divisorio atto a inibire il passaggio di oggetti fra minore e ristretto al 41-bis.

Una barriera oggettiva, quella legata all'età del giovane, che opera spesso nel diritto penitenziario alla stregua di limite alla genitorialità, basti pensare all'asticella tragica che separa le detenute madri dal proprio bambino al compimento del terzo anno<sup>2</sup> e che si distacca visibilmente dal trend generale italia-

---

<sup>1</sup>Cfr. § 9 del considerato in diritto.

<sup>2</sup>Sul tema M. Colamussi, *Detenzione e maternità*, Bari, Cacucci, 2023, p. 145 ss.

no, europeo e internazionale di identificare una fascia ampia di protezione del minore che giunge sino ai 18 anni<sup>3</sup>.

Chiamata a pronunciarsi sul difficile contemperamento fra il diritto umano fondamentale all'affettività familiare del detenuto<sup>4</sup>, componente essenziale del finalismo rieducativo declinato dall'art. 27 comma 3 Cost.<sup>5</sup>, e le contrapposte esigenze securitarie connesse al regime detentivo speciale di neutralizzazione della pericolosità sociale, la Consulta si mostra, ancora una volta, assai attenta a salvaguardare l'emblema penitenziario della lotta alla criminalità organizzata, ma non dimentica al contempo della tutela delle condizioni di umanità della detenzione.

Nel solco della «rivoluzione della flessibilità»<sup>6</sup> che ha condotto il giudice delle leggi a smussare molti degli esistenti automatismi penitenziari in chiave di ragionevolezza e proporzionalità<sup>7</sup> si riprende il modello delle sentenze interpretative di rigetto tipiche degli anni '90<sup>8</sup>, piuttosto che alimentare le declaratorie di incostituzionalità sulle modalità caratteristiche del regime detentivo<sup>9</sup>.

La soluzione, apprezzabile per l'accento posto sulla "sproporzione della rigidità" del regime dei colloqui familiari nel 41-bis, riesce tuttavia a mettere solo parzialmente in luce la drammatica «dimensione bilaterale» della pena carceraria<sup>10</sup>, che assai spesso frammenta le relazioni dell'individuo con il suo nucleo familiare. Osare sino a una declaratoria di illegittimità costituzionale (come di recente avvenuto per esempio in relazione al divieto di scambio di oggetti violativo degli artt. 3 e 27 Cost.<sup>11</sup> o con riguardo al diritto di difesa compromesso nelle limitazioni della corrispondenza<sup>12</sup>) avrebbe forse consentito di assegnare maggiore consistenza o assoluta prevalenza al diritto all'abbraccio, *rectius* al diritto al mantenimento delle relazioni parentali.

La decisione in analisi, destinata a orientare *ex ante* le valutazioni dell'amministrazione penitenziaria ed *ex post* il vaglio di sorveglianza, arricchisce comunque lo statuto complessivo dei diritti detentivi, delineato, oltre che dalle cornici normative nazionali e sovranazionali, sempre più dai contributi interdica-

<sup>3</sup> Come notava D. Galliani, *Incostituzionale, ma senza esagerare. Il divieto di scambiare oggetti al 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1205.

<sup>4</sup> G. Biondi, *I figli dei detenuti: un problema di diritti umani*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 632 ss.

<sup>5</sup> F. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 122.

<sup>6</sup> C. Panzera, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, a cura di A. Ruggeri, Torino, Giappichelli, 2007, p. 300. D. Pierantoni, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a costituzione e tecniche decisorie del giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in *Nomos*, 2023, 2, p. 6 ss., ritiene la decisione n. 105 del 2023 "correttiva" e non costituzionalmente conforme, criticando l'opzione per il "rigetto" al posto dell'"inammissibilità".

<sup>7</sup> Un quadro di insieme è offerto F. Del Vecchio, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 82 ss. C. cost., sent. 24 gennaio 2022, n. 18, in questa *Rivista*, 2022, 6, p. 1365, con nota di O. Bruno, *Scricchiola il c.d. "41-bis ord. penit.": la "censura" sulla corrispondenza tra recluso e avvocato lede il diritto di difesa*, *ivi*, p. 1373.

<sup>8</sup> Per un riepilogo dei numerosi arresti dell'epoca, L. Cesaris, sub art. 41-bis, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa-G. Giostra, Milano, Giuffrè, 2019, p. 535, e A. Della Bella, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 115. D. Pierantoni, *Erroneo presupposto interpretativo*, cit., p. 6 ss., ritiene la decisione "correttiva" e non costituzionalmente conforme, criticando l'opzione per il "rigetto" al posto dell'"inammissibilità".

<sup>9</sup> Il riferimento è alle sentenze n. 186/2018 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2325, con nota di S. Bernardi, *Per la Consulta il divieto di cuocere cibi imposto ai condannati al 41-bis è inutile e meramente afflittivo. Verso un "carcere duro" più umano?*), e n. 97/2020 (annotata da R. De Vito, *L'illegittimità costituzionale della norma che sancisce l'assoluta impossibilità di scambiare oggetti per i detenuti in 41-bis ordin. penit.*, *ivi*, 2020, p. 1577).

<sup>10</sup> V. Manca, *Sulla dimensione "bilaterale" della pena nel regime differenziato del 41-bis Ord. penit.: ibernazione totale degli affetti e negazione della genitorialità*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 3. Id., *Legislazione antimafia, "Doppio binario" e modello differenziato di giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 416 ss.; altresì G. Fiorelli, *Il doppio binario: un excursus tra nuove tendenze e residue incertezze*, in *Indice pen.*, 2019, 3, p. 489 ss.

<sup>11</sup> C. cost., sent. 22 maggio 2020, n. 97, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1181.

<sup>12</sup> C. cost., sent. 24 gennaio 2022, n. 18, in *Giur. cost.*, 2022, p. 229, con nota di F. Gianfilippi, *La Corte costituzionale e la corrispondenza intrattenuta dal detenuto in regime differenziato con il proprio difensore*, nel ritenere illegittima la previsione della sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di carcere duro, ha rimosso un ulteriore ostacolo alla piena esplicazione del diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime differenziato. In precedenza, C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, in questa *Rivista*, 2014, 1, p. 37, con nota di C. Fiorio, *Regime carcerario differenziato e tutela del diritto di difesa*, nonché in *Giur. cost.*, 2013, p. 2164, con nota di M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in materia di restrizione dei colloqui con i difensori.

logici della giurisprudenza normante, in un quadro che appare progressivamente incrementale degli assetti fondanti l'umanità della pena.

Questo, almeno sul piano formale.

## LA QUESTIONE SOTTOPOSTA AL VAGLIO DELLA CORTE

La sentenza n. 105/2023 della Corte costituzionale ha avuto ad oggetto la questione di legittimità costituzionale – sollevata con due distinte ordinanze di rimessione dal Tribunale di Sorveglianza di Spoleto – dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b), della l. 26 luglio 1975, n. 354 «nella parte in cui dispone che il colloquio visivo mensile del detenuto in regime differenziato avvenga in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti, anche quando si svolga con i figli e i nipoti in linea retta minori di anni quattordici», in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176, e infine all'art. 8 Cedu.

Il caso era sorto in sede di reclamo al giudice di sorveglianza riguardo al divieto, imposto a un detenuto al 41-*bis* di svolgere colloqui visivi senza vetro divisorio con il maggiore dei suoi figli, che aveva compiuto i dodici anni di età nel corso del 2021, «mentre erano in vigore le restrizioni determinate dalla pandemia da COVID-19».

La possibilità di realizzare i colloqui senza vetro divisorio soltanto con i figli ed i nipoti minori di dodici anni, consentita da circolari della amministrazione penitenziaria, era stata sospesa «tra il 2020 ed il 2021»<sup>13</sup>, per l'intera popolazione carceraria, al fine di contenere la diffusione del contagio e il detenuto aveva così materialmente cessato di «abbracciare il figlio» quando questi aveva dieci anni, essendogli stata preclusa tale possibilità successivamente, avendo il minore nel frattempo raggiunto l'età di dodici anni. L'iniurità del limite di età, aveva indotto il ristretto a chiedere in via compensativa di potere svolgere questi colloqui sino ai tredici anni del minore, e aveva significativamente posto l'accento sul suo diritto a un legame, «qui innanzitutto fisico», con il proprio nucleo familiare, e in particolare con i figli minori, sancito dagli artt. 29, 30 e 31 Cost., sintetizzabile in quella «particolare cura» nel mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie, espressa in chiave generale nell'art 28 ord. penit.

Per i ristretti al 41-*bis* la deroga all'ordinaria disciplina trattamentale dei colloqui con i familiari o con terze persone – da svolgersi in locali interni «senza mezzi divisori» o in spazi all'aperto a ciò destinati (art. 37, comma 5, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà») ha trovato giustificazione negli obiettivi di difesa sociale del regime detentivo differenziato, che impongono di limitare il contatto parentale, trattandosi del «veicolo più diretto e immediato di comunicazione del detenuto con l'esterno»<sup>14</sup>.

La *ratio* di questo limite progressivamente smussato nei suoi contenuti più aberranti dalla stessa Consulta<sup>15</sup> risiede nella possibilità di continuare ad impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e mantenere, anche dall'interno del carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa<sup>16</sup>.

La sospensione delle ordinarie regole di trattamento, introdotta dall'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con mod. nella l. 7 agosto 1992, n. 356, ha indotto nel tempo l'amministrazione all'adozione di circolari normanti<sup>17</sup> che hanno anche disciplinato il divieto di passaggio di oggetti durante i colloqui visi-

<sup>13</sup> V. Manca, *Carcere ed emergenza sanitaria: soluzioni operative*, Milano, Giuffrè, 2020; Ead., *Covid-19 e carceri: un'emergenza al quadrato, umana e sanitaria*, in *Il Penalista*, 16 marzo 2020; D. Pulitanò, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *www.diritto didifesa.eu*, 13 maggio 2020.

<sup>14</sup> Sui limiti alle comunicazioni C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, cit., p. 37.

<sup>15</sup> C. cost., sent. 22 maggio 2020, n. 97, cit., p. 1181, ha decretato l'incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), l. 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui inibiva la possibilità di scambiare oggetti tra detenuti.

<sup>16</sup> C. cost., sent. 12 ottobre 2018, n. 186, in questa *Rivista*, 2019, 2, p. 367, ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 41-*bis*, nella parte in cui inibiva ai detenuti in regime differenziato di cuocere cibi.

<sup>17</sup> Critico sugli eccessi del ricorso alle circolari nel sistema penitenziario C. Fiorio, «Fermo restando»: l'art. 41-*bis* ord. penit. Tra il gerundio della legislazione e l'imperativo dell'amministrazione, in questa *Rivista*, 2018, p. 388.

vi, mentre gli istituti di pena hanno attrezzato con vetri divisorii “a tutta altezza” i locali destinati agli stessi colloqui.

La l. 23 dicembre 2002, n. 279 (Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario), fonte primaria, ha stabilizzato il regime detentivo speciale<sup>18</sup>, pensato in origine in chiave transitoria, e ha imposto la tipizzazione delle limitazioni ministeriali volte a contenere la pericolosità dei singoli destinatari della misura. Tra queste limitazioni figura quella censurata dal rimettente: la lett. b) del comma 2-*quater* dell’art. 41-bis ord. penit. dispone, infatti, che i colloqui dei detenuti avvengano «in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti». Una restrizione ulteriore rispetto a quelle previste dalla stessa disposizione che consistono nella limitazione dei colloqui visivi a uno soltanto al mese e nella loro videoregistrazione nonché nel controllo uditivo, a seguito di motivata autorizzazione dell’autorità giudiziaria.

Lo sguardo del rimettente si rivolge proprio alla disciplina amministrativa sul divieto di passaggio di oggetti, ancor prima che alla trasposizione in legge delle misure restrittive del regime speciale, con la quale si sono definiti tempi e modi della concreta attuazione del diritto ai colloqui visivi<sup>19</sup>, nel complesso bilanciamento fra la protezione dell’ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini, da un lato, e la realizzazione dei contenuti di umanità delle pene prescritti dall’art. 27 Cost., dall’altro.

In chiave evolutiva, a una prima circolare DAP del 6 febbraio 1998, n. 543884, con la quale si consentiva la fruizione dei colloqui senza vetro divisorio, con i figli minori di anni sedici, era seguita la circolare DAP del 20 febbraio 1998, n. 3470/5920, che abbassava tale soglia di età a dodici anni, secondo una direttiva mai più abbandonata nelle circolari successive che hanno provveduto a estendere anche ai nipoti *ex filio* infradodicenni la deroga alla regola del colloquio con il vetro divisorio<sup>20</sup>.

In linea con questi precedenti la circolare DAP del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, oggetto dell’attenzione critica del giudice remittente<sup>21</sup>, all’art. 16 prescrive lo svolgimento dei colloqui visivi presso i locali adibiti e «muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione», separando così detenuti e figli o nipoti ultradodicenni, con possibilità di «eventuali richieste di colloquio prolungato per motivi eccezionali ovvero di deroghe al regime speciale» (colloqui straordinari, colloqui senza vetro, ecc.)<sup>22</sup>.

La questione di costituzionalità pone ancora una volta al centro del dibattito il regime speciale del 41-bis, affetto dall’anomalia originaria della spuria emanazione amministrativa, afflitto dal tradimento del carattere straordinario e temporaneo della sua concezione, giunto ben oltre la soglia dei 30 anni di vigenza. Uno statuto sfavorevole del trattamento per i condannati marcatamente pericolosi, fondato su presunzioni derivanti dalla qualità del reato commesso, emblema della normalizzazione escludente tipica del diritto penale di eccezione<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Sull’intervento legislativo, cfr. S. Ardità, *Il nuovo regime dell’art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4; L. Filippi, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell’Unione delle Camere Penali e una “controriforma” che urta con la Costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 24; G. La Greca, *Una stabilizzazione per uscire dall’emergenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 417; M. Montagna, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1280. Una conferma successiva è stata offerta dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha ampliato l’applicabilità del regime: B. Galgani, *L’art. 41-bis ord. penit.*, in *La legislazione antimafia*, a cura di L. Luparia Donati-E Mezzetti, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 1110.

<sup>19</sup> Cass., sez. I, 26 giugno 2020, n. 23945, in *CED Cass.*, 279526 ha ritenuto ragionevoli le limitazioni ai colloqui riguardo al regime penitenziario differenziato ai sensi dell’art. 41-bis ord. penit. e dell’art. 16 circolare DAP del 2 ottobre 2017.

<sup>20</sup> Cass., sez. I, 14 dicembre 2022, n. 9169, in *CED Cass.*, n. 284066, ha escluso dai familiari legittimati ai colloqui con il detenuto, ai sensi dell’art. 16 della circolare DAP del 2 ottobre 2017, i figli del nipote “*ex fratre*”, in quanto parenti di quarto grado.

<sup>21</sup> L’art. 16 prevede che «[i]n una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall’altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell’A.G.».

<sup>22</sup> S. Diletti, *Regime carcerario differenziato e diritto della persona in vinculis: il colloquio con il minore di anni dodici senza il vetro divisorio*, in *Rass. Giur. umbra*, 2013, p. 338.

<sup>23</sup> M. Donini, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *DisCrimen*, 30 maggio 2019, p. 28.



**FAVOR MINORIS (E DIRITTO ALL'ABBRACCIO) VS. 41-BIS (E DIFESA SOCIALE)**

Nell'affresco offerto dal Tribunale di sorveglianza di Spoleto alla Corte costituzionale si materializza filmicamente la scena di ordinaria disumanità dei colloqui familiari svolti secondo il 41-bis: l'ascolto reciproco da parte dei colloquianti garantito da idonee strumentazioni, la possibilità di intrattenersi senza vetro divisorio solo con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale partecipazione dei familiari dall'altra parte del vetro, la videoregistrazione<sup>24</sup> e l'ascolto di tali colloqui previo provvedimento motivato dell'A.G.; ed ancora il «posizionamento» del minore nello spazio destinato al detenuto/internato evitando forme di contatto diretto con altri familiari adulti, la successiva «riconsegna» del minore ai familiari, sotto lo stringente controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, «con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare»<sup>25</sup>.

In questo ambiente, secondo il giudice remittente, emerge la necessità di garantire la prevalenza del *best interest*<sup>26</sup> del minore sulle esigenze di difesa sociale<sup>27</sup>, come suggerito anche dalla giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup> che ha riconosciuto nei colloqui visivi l'espressione del diritto fondamentale della persona detenuta al mantenimento delle relazioni familiari. Un diritto tale da non poter essere compreso neppure in caso di isolamento disciplinare e da dover essere «contemplato anche per i detenuti ristretti in regime differenziato», seppur con le limitazioni qui giustificate dalla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza e con i contemperamenti fatti propri dalla stessa circolare DAP per i figli e nipoti infradodicesimi, che «in ragione dell'età, più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato»<sup>29</sup>.

Al di là del punto di equilibrio tracciato dalla circolare DAP è tuttavia, a opinione del giudice *a quo*, lo stesso art. 41-bis ad apparire in contrasto con i parametri costituzionali, giacché esso in senso negativamente *tranchant* interdice «sempre e con chiunque i colloqui visivi senza vetro divisorio», escludendo, così, qualsiasi discrezionalità amministrativa, «anche ove volta a mitigare gli effetti potenzialmente incostituzionali della lettera della legge»<sup>30</sup>.

Una forma di reclusione isolante, dunque, che non concede “scampo interpretativo” alla possibilità di utilizzo di vetri a tutta altezza e che solo marginalmente può ritenersi attenuata dalla circolare DAP, rendendo così rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata.

Richiamando gli enunciati della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup> e i precedenti della stessa Consulta<sup>32</sup>, il giudice *a quo* ritiene il diritto a intrattenere colloqui della persona ristretta incomprimi-

<sup>24</sup> D. Monni, *Distopie del 41-bis: la “rieducazione videosorvegliata”*, in *Giur. pen.*, 2020, 1-bis (speciale “*Dentro il 41-bis: riflessioni costituzionalmente orientate sul regime detentivo differenziato*”).

<sup>25</sup> § 4 ritenuto in fatto. Vale la pena ricordare il Progetto “Bambini e carcere”, rivolto alla tutela di quei bambini di cui uno o entrambi i genitori sono detenuti, curato da Telefono azzurro (<https://azzurro.it/>).

<sup>26</sup> Principio da tempo dominante l'agenda dell'ONU: O. Robertson, *Collateral Convicts: Children of incarcerated parents Recommendations and good practice from the UN Committee on the Rights of the Child Day of General Discussion 2011*, in <https://quino.org/>; J. Tomkin, *Orphans of Justice: In search of the best interests of the child when a parent is imprisoned: A Legal Analysis*, *ivi*.

<sup>27</sup> Sul preminente interesse del figlio minore C. cost., sent. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1402.

<sup>28</sup> Cass., sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719, in *CED Cass.*, n. 282319, giustifica la deroga del vetro divisorio contemplata dalla circolare del 2017, in virtù di un contemperamento tra esigenze di sicurezza e istanze di umanizzazione della pena e di tutela delle relazioni familiari, a sua volta riconducibile al canone generale del “sacrificio minimo necessario” dei diritti fondamentali, con riguardo a soli soggetti infradodicesimi, i quali, in ragione della loro età, più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato. Analogamente Cass., sez. I, 16 novembre 2021, n. 47046, *ivi*, n. 282719.

<sup>29</sup> § 5, ritenuto in fatto.

<sup>30</sup> § 6, ritenuto in fatto.

<sup>31</sup> Corte e.d.u., 4 febbraio 2003, Van der Ven c. Paesi Bassi, § 174; Corte e.d.u., 30 giugno 2015, Khoroshenko c. Russia, § 148, aveva censurato la sottoposizione del ricorrente sottoposto, per i primi dieci anni di esecuzione della pena detentiva, a un regime detentivo speciale, che accordava la visita di due soli familiari una volta ogni sei mesi. L'ingerenza risultava sproporzionata, trattandosi di una restrizione derivante solo dal carattere perpetuo della condanna.

<sup>32</sup> C. cost., sent. 18 ottobre 1996, 351, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3043, con nota di C. Fiorio, *L'inaccettabilità delle ingerenze degli orga-*

bile, se non in forza di disposizioni di legge giustificate «da esigenze di pubblica sicurezza, di ordine pubblico e prevenzione dei reati, di protezione della salute, dei diritti e delle libertà altrui»<sup>33</sup>.

Per risolvere il prospettato contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., e per assicurare la garanzia a non subire una «detenzione inumana», ricollegata all'assoluta privazione di ogni contatto fisico con «i figli ed i nipoti, in età più giovane» (con i quali, «più e meglio di ogni dialogo», sarebbe fondamentale «il mantenimento di una relazione fatta di fisicità e di effusioni, semplici e immediate, come quelle che derivano dai baci e dagli abbracci che costituiscono il nucleo più intuitivo del rapporto tra genitori e figli e tra nonni e nipoti in più tenera età», tanto più che i minori «in tenera età», secondo il giudice remittente non potrebbero «ragionevolmente ritenersi strumentalizzabili quali veicoli di informazioni da e per l'esterno»<sup>34</sup>), sarebbe sufficiente l'ascolto accompagnato da audio e videoregistrazione del colloquio, già contemplato nell'art. 41-*bis*.

Il corretto bilanciamento fra il «superiore interesse» del minore, presidiato dagli artt. 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo e le esigenze di scindere il legame con i gruppi criminali organizzati, deve segnare una «netta prevalenza» del primo, in base allo stesso insegnamento seguito dalla Consulta nel superare le preclusioni connesse al regime speciale<sup>35</sup>, nonché in base a implicite ragioni intuitive derivanti dal contenimento oggettivo della frequentazione in un unico incontro al mese, della durata di un'ora, e dall'impossibilità di intrattenere un dialogo telefonico. Per il minore quando «è infante o ancora nelle fasi dello sviluppo, il rapporto fisico con il genitore non è sostituibile», né ostacolabile da un vetro divisorio, tenuto contro degli strumenti di video e audio registrazione, nonché dell'ascolto diretto del colloquio, che «può essere interrotto in qualsiasi momento, a fronte di eventuali elementi di criticità»<sup>36</sup>.

Confortano l'incidente di costituzionalità anche le indicazioni provenienti dall'art. 8 Cedu, sulla necessità di «una speciale attenzione [...] ai colloqui con i minori», da cui discende l'obbligo positivo dello Stato di assicurare che il colloquio si svolga con modalità tali da evitare, per quanto possibile, «condizioni stressanti per i bambini», pure quando si tratta di «colloqui con parenti in carcere per reati di speciale gravità, anche ristretti in regime di massima sicurezza»<sup>37</sup>.

Il giudice *a quo* richiama anche a un'esegesi ragionevole del regime derogatorio rapportata al comma 3 dell'art. 18 ord. penit., modificato dall'art. 11, comma 1, lett. g), n. 3), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, secondo cui «particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici», disposizione che tuttavia non risulta applicabile ai detenuti in regime differenziato<sup>38</sup>, poiché, come è noto, la possibilità «di incidere sul 41 *bis*» è stata esclusa dalla legge delega, cui il d.lgs. n. 123/2018 ha dato attuazione<sup>39</sup>.

Da questa angolazione la questione di legittimità diviene pure occasione di rimostranza di quanto «non realizzato»<sup>40</sup> nella microrevisione penitenziaria del 2018<sup>41</sup>.

---

*ni amministrativi e il controllo totale del tribunale di sorveglianza: verso la giurisdizionalità completa dell'esecuzione penale*, ha ribadito il pieno sindacato giurisdizionale da parte del tribunale di sorveglianza sui provvedimenti ministeriali di sospensione per motivi di ordine e sicurezza dell'ordinario regime carcerario, in riferimento al contenuto concreto delle singole misure disposte, senza limitazione al profilo della legittimità del provvedimento stesso, in modo da consentire di verificare l'osservanza da parte dell'amministrazione dei limiti frapposti al suo potere.

<sup>33</sup> Si fa espresso richiamo a Cass., sez. I, 22 giugno 2020, n. 23819, in *Giur. it.*, 2021, p. 200, annotata da M. Marini, *Ammissibili i colloqui "da remoto" tra detenuto in "41-bis" e altro soggetto ristretto*, che aveva autorizzato colloqui visivi con i familiari – in situazioni di impossibilità o, comunque, di gravissima difficoltà ad effettuare i colloqui in presenza – mediante forme di comunicazione audiovisiva controllabili a distanza, secondo modalità esecutive idonee ad assicurare il rispetto delle cautele imposte dal citato art. 41-*bis*.

<sup>34</sup> § 7.1 ritenuto in fatto.

<sup>35</sup> C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, in questa *Rivista*, 2017, p. 866, con nota di E. Farinelli, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello "speciale interesse del minore"*.

<sup>36</sup> Così al § 7.2, ritenuto in fatto.

<sup>37</sup> Cass., sez. I, 6 marzo 2018, n. 22292, in *CED Cass.*, n. 273298.

<sup>38</sup> In conformità a Cass., sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719, cit.

<sup>39</sup> L'art. 1, comma 85, della l. 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>40</sup> La Bozza Giostra all'art. 18, comma 5-*bis*, al fine di incentivare le relazioni familiari ed affettive (spesso frustrate da ragioni economiche), prevedeva che le «comunicazioni potessero avvenire anche mediante programmi di conversazione visiva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la connessione internet» (ad es.: *Skype*); critici sul prodotto legislativo finale F. Gianfilippi, *La riforma povera di mondo: una prima lettura dei decreti legislativi 123 e 124/2018 in materia di ordinamento pe-*

Sfruttando difatti solo taluni dei molteplici *input* culturali degli Stati generali dell'esecuzione penale<sup>42</sup> in ordine al riconoscimento di un diritto pieno alla affettività del ristretto<sup>43</sup>, il d.lgs. n. 123/2018 ha precisato la necessità che i locali dedicati agli incontri garantiscano una «dimensione riservata» e siano collocati «all'ingresso dell'istituto». In assenza di particolari ragioni di sicurezza e sanitarie il colloquio deve avvenire senza vetro divisorio e, con riguardo ai minori, anche fruendo di aree verdi<sup>44</sup>, in modo da realizzare quella «dimensione tattile» del contatto fra detenuti e familiari, indispensabile per assicurare la conformità del trattamento al senso di umanità rieducativa della pena, imposto dall'art. 27 Cost.

L'ennesima manifestazione di «ipoacusia»<sup>45</sup> del legislatore penitenziario del 2018, in ordine alle sproporzionate rigidità del regime speciale, ancora più stridenti rispetto ai potenziamenti dei colloqui familiari in generale, rende inesorabile, nella prospettiva del Tribunale di sorveglianza di Spoleto, la tutela dei minori a «prescindere dalla pericolosità del congiunto ristretto», a meno di originare irragionevoli discriminazioni.

Il giudice *a quo* osserva ancora, «a differenza dell'età di dodici anni, indicata nella circolare ministeriale del 2017», come i quattordici anni costituiscano spesso un parametro tenuto presente dal legislatore per delineare ad esempio «la soglia dell'imputabilità» e la «conclusione del ciclo di scuola secondaria inferiore». Un'età, questa, cui l'ordinamento affida l'ingresso nella «adolescenza piena», nella quale il minore sarebbe maggiormente capace di comprendere ed accettare «il passaggio, comunque traumatico, in cui cessano i colloqui visivi con contatto fisico», senza «percepirsi come causa dell'esclusione subita»<sup>46</sup>.

In definitiva, impedire contatti fisici dei minori con i congiunti detenuti «mediante l'imposizione del vetro divisorio a tutta altezza», in un momento «ancora così delicato della loro crescita», cozza con la necessità di contenere nel «minimo, congruo e proporzionato», il sacrificio necessario della libertà dell'individuo rispetto alle esigenze di sicurezza<sup>47</sup>.

Echi antichi e sempre attuali di una pena «minima, utile e umana» che inibisce gli eccessi tanto rispetto al reato quanto rispetto al reo e non tollera sanzioni disumane e crudeli, degradanti la dignità della persona<sup>48</sup>.

### L'«ECCEDENZA» DELLA LIMITAZIONE DEL CONTATTO FISICO

La risposta della Consulta muove anzitutto dalla premessa del remittente secondo cui il testo della disposizione censurata imporrebbe – in ogni circostanza e senza possibilità di deroga – di attrezzare i

penitenziario, in *www.giustiziainsieme.it*, 28 novembre 2018, p. 3; G. Giostra, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2018; A. Amerio-V. Manca, *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giur. pen. web*, 2019, 2-bis.

<sup>41</sup> C. Fiorio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in questa *Rivista*, 2019, 3, p. 766; M. Bortolato, *luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 2018, 3, p. 119 ss.

<sup>42</sup> Fondamentali gli apporti degli Stati Generali della Esecuzione Penale, 2015-2016, tav. 6 – Mondo degli affetti e territorializzazione della pena.

<sup>43</sup> Significative modifiche erano state proposte dal Tavolo VI degli Stati generali dell'esecuzione penale in conformità agli art. 26, lett. g) ed h) della legge delega di riforma dell'ordinamento penitenziario sull'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, nel rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari.

<sup>44</sup> N. Triggiani, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di M. Colamussi, Torino, Giappichelli, 2020, p. 256.

<sup>45</sup> Espressione icastica di A. Pugiotto, *Il «blocco di costituzionalità» nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, p. 415 ss.

<sup>46</sup> § 8 ritenuto in fatto.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., sez. I, ord. 29 maggio 2019, n. 43436, in *Dir. giust.*, 24 ottobre 2019. Le positive implicazioni del principio di proporzione sono analizzate da R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 139.

<sup>48</sup> Sul concetto sempre valido di pena «minima», «utile» e umana, in G. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Tipografia Coltellini, 1764, p. 164, p. 166, si sofferma di recente P. Audegean, *Violenza e giustizia, Beccaria e la questione morale*, Bologna, il Mulino, 2023, p. 42.

locali destinati ad ospitare i colloqui dei detenuti soggetti al regime differenziato con un vetro divisorio a tutta altezza, strumento che per sua natura impedisce ogni contatto fisico.

Su questo presupposto interpretativo la Corte costituzionale fonda l'ennesimo esercizio di compatibilità del regime differenziato qui condotto su tre differenti livelli: rispetto alle cornici di costituzionalità; rispetto all'assetto generale dell'ordinamento penitenziario che normalmente favorisce tali contatti in quanto strumenti di reinserimento sociale<sup>49</sup>; rispetto al dettato dell'art. 52 della Carta fondamentale dell'unione europea, secondo cui «qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali ivi riconosciuti deve essere prevista dalla legge e deve rispettare l'essenza di tali diritti e libertà, nonché i principi di necessità e proporzionalità».

La deroga alle regole trattamentali incontra un limite nelle misure che, a causa del loro contenuto, oltrepassino le ravvisate ragioni di sicurezza o sfocino in esiti inidonei o incongrui rispetto alle finalità connesse al regime differenziato<sup>50</sup>, risultando, in base all'insegnamento più volte espresso dalla Consulta, tale da assumere «una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»<sup>51</sup>, o disutile rispetto alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza<sup>52</sup>.

Secondo la Corte costituzionale<sup>53</sup>, infatti, le restrizioni che accompagnano l'applicazione del 41-bis, «considerate singolarmente e nel loro complesso, non devono vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena, né possono violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità»<sup>54</sup>.

Da questa angolazione, la deroga ordinaria alla disciplina dei colloqui con i familiari o con terze persone – da svolgersi in locali interni «senza mezzi divisorii» o in spazi all'aperto a ciò destinati (art. 37, comma 5, d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230) – trova ancora ragioni giustificative nella cesura rispetto a probabili direttive criminali impartibili agli affiliati liberi e al controllo dal carcere sulle attività delittuose dell'organizzazione<sup>55</sup>.

Nondimeno, con riferimento ai colloqui visivi con i minori, la Corte rende frantumabile, in via interpretativa, il vetro divisorio al fine di tutela del *best interest of the child*, riportando «al metro dell'art. 27 Cost.» il diritto alle relazioni familiari, qui declinato a livello anche «tattile» e proteso ben oltre la prima età evolutiva.

L'interesse del detenuto al mantenimento del contatto fisico<sup>56</sup> con i familiari, che giustifica l'attenuazione del divieto nei confronti di quelli in età più giovane allinea la disposizione pensata per i soggetti a regime differenziato ai valori condensati nell'art. 27 Cost.<sup>57</sup>, riflette l'obbligo di proteggere l'infanzia (art. 31, secondo comma, Cost.), si allinea all'ordinamento internazionale»<sup>58</sup>.

Vengono in particolare considerazione, a detta della Corte, il parametro interposto evocato dal richiedente (l'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo), nonché l'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che qualificano come «superiore» l'interesse del minore, stabilendo che, in tutte le decisioni relative ad esso, adottate da autorità pubbliche o istituzioni private, tale interesse deve essere considerato «preminente»<sup>59</sup>.

Più volte, del resto, la Corte è intervenuta per adeguare le norme di ordinamento penitenziario alla necessità di tutelare il primario interesse del minore, «soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione»<sup>60</sup>.

<sup>49</sup> C. cost., sent. 12 ottobre 2018, n. 186, cit., p. 371.

<sup>50</sup> C. cost., sent. 24 gennaio 2022, n. 18, cit.

<sup>51</sup> *Ex plurimis* C. cost., sent. 22 maggio 2020, n. 97, cit., p. 1181.

<sup>52</sup> C. cost., sent. 22 maggio 2020, n. 97, loc. cit.

<sup>53</sup> C. cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3623

<sup>54</sup> C. cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, in questa *Rivista*, 2018, n. 6, p. 1091, con nota di F. Urbinati, *L'“imperativo costituzionale” della rieducazione: un necessario intervento della Corte costituzionale sulla irragionevolezza degli sbarramenti ex art. 58-quater, comma 4, ord. penit.*; anche C. cost., sent. 12 ottobre 2018, n. 186, cit., p. 370.

<sup>55</sup> C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, cit., p. 37

<sup>56</sup> Sul rilievo del contatto M. McMillen, *I Need to Feel Your Touch: Allowing Newborns and Infants Contact. Visitation With Jailed Parents*, in *Univ. Illinois Law Review*, 2012, p. 1811 ss.

<sup>57</sup> C. cost., sent. 18 ottobre 1996, 351, cit., p. 3043.

<sup>58</sup> C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187, in *Giur. cost.*, 2019, p. 2135.

<sup>59</sup> C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187, cit.; C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17, in *Giur. cost.*, 2017, p. 88.

<sup>60</sup> C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, cit., p. 866.

Piena concordia, dunque, i giudici della Consulta manifestano con la tesi del rimettente, nel ritenere che, per il minore «infante o ancora nelle fasi dello sviluppo», il rapporto fisico con il familiare detenuto non è sostituibile, almeno di regola, con un incontro ostacolato da un vetro divisorio, ribadendo però al contempo la necessità di un contemperamento con le esigenze di sicurezza sottese al regime detentivo differenziato che impongono «cautele e precisazioni ulteriori»<sup>61</sup>.

### L'INVITO A UN'INTERPRETAZIONE FLESSIBILE: ABBRACCIO SÌ, MA CASO PER "CASO ... MAI" PROVVEDA IL LEGISLATORE!

Nel ricostruire i propri precedenti la Corte chiarisce con buone doti di equilibrismo che l'interesse del minore «non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena»<sup>62</sup>. Esigenze che, appunto, si riscontrano al massimo grado per i detenuti assoggettati al regime detentivo differenziato e che rimandano alle declaratorie di illegittimità delle preclusioni in materia di misure alternative<sup>63</sup>, o di detenzione domiciliare speciale<sup>64</sup>, ma pure a quella giurisprudenza di legittimità che ha giudicato legittima – e dunque conforme al dato normativo primario – la previsione dell'art. 16 della citata circolare DAP del 2 ottobre 2017, di colloqui senza vetro divisorio con i figli e i nipoti in linea retta minori di dodici anni<sup>65</sup>. Guardando a queste direttrici, la Consulta ritiene che l'impiego dello stesso vetro divisorio, nel costituire un mezzo altamente idoneo allo scopo, in considerazione della sua innegabile efficacia ostativa al passaggio di oggetti, non sia tuttavia imposto dal testo della disposizione primaria, che non ne fa alcuna menzione.

Anzi, al cospetto di altri interessi di rango costituzionale assai rilevanti, quali sono quelli coinvolti dalla disciplina dei colloqui del detenuto con minori d'età, tale dispositivo può apparire «sproporzionato»: differenti soluzioni tecniche (unitamente alle misure già espressamente contemplate, per tutti i colloqui dei detenuti in regime differenziato, dal comma 2-*quater*, lett. b), dell'art. 41-*bis* ord. penit.) potrebbero, invece, risultare adeguate, sia a garantire la finalità indicata dalla disposizione censurata, sia, al contempo, a evitare che la restrizione assuma connotazioni puramente afflittive per il detenuto, sacrificando l'interesse preminente del minore. Tra queste, ad esempio, l'impiego di telecamere di sorveglianza puntate costantemente sulle mani, la dislocazione del personale di vigilanza in posizioni strategiche, eccetera.

Riprendendo sul punto le parole e la massima d'esperienza<sup>66</sup> tratte dalla ordinanza di rimessione secondo cui il colloquio «può essere interrotto in qualsiasi momento, a fronte di eventuali elementi di criticità» più facilmente rilevabili in presenza di una (almeno statisticamente) ridotta «capacità del fanciullo di rendersi latore di messaggi criminali o del genitore di strumentalizzare tale momento a questo scopo»<sup>67</sup>, la Corte rimodella interpretativamente il divieto eccezionale.

Il dato esperienziale di contesto collegato all'età diviene infatti utile a far luce sulla disposizione di dettaglio dell'art. 41 *bis* e a palesare come legittime le sole restrizioni funzionali a garantire l'indero-

<sup>61</sup> § 9 considerato in diritto.

<sup>62</sup> C. cost., sent. 4 luglio 2018, n. 174, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, p. 61 ss., con nota di C. Saporito, *Illegittimi gli sbarramenti di accesso all'assistenza in esterno alla prole per le condannate ex art. 4-bis ord. penit.*; nello stesso senso, più di recente, sentenza C. cost., sent. 11 gennaio 2022, n. 30, in *Giur. cost.*, 2022, p. 359.

<sup>63</sup> C. cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur. cost.*, 2014, 3940, con nota di F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia*.

<sup>64</sup> C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, cit., p. 866.

<sup>65</sup> Cass., 16 settembre 2022, n. 34388, in *Jusinitenere.it*, ha ritenuto legittima la previsione ex art. 16 DAP 2017 che ammette il colloquio senza vetro divisorio, nel caso in cui esso avvenga con i figli e i nipoti in linea retta minori di dodici anni.

<sup>66</sup> Sull'uso e sugli abusi delle massime di esperienza nell'accertamento dei "fatti di mafia", volendo, P. Maggio, *Le difficoltà probatorie per superare il ragionevole dubbio nei processi di criminalità organizzata*, in *Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità*, Milano, Giuffrè, 2022, spec., p. 86 ss.

<sup>67</sup> Cass., sez. I, 3 novembre 2021, n. 46719, valorizza la massima di esperienza in base alla quale i minori di dodici anni «in ragione dell'età, più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato».

gabile esigenza «di difesa sociale connessa al regime detentivo<sup>68</sup>». Specificano inoltre i giudici costituzionali, quando è consentito dalla *littera legis*, l'interpretazione delle disposizioni restrittive tipiche del regime detentivo speciale deve «essere orientata verso soluzioni che ne garantiscano la miglior compatibilità con i precetti costituzionali di riferimento<sup>69</sup>».

In chiave di interpretazione adeguatrice, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 41-*bis* non risulta pertanto necessaria, neppure ai fini dell'estensione della platea dei soggetti minorenni da ammettere al colloquio in assenza di vetro divisorio.

A parere della Corte costituzionale, la legge con un certo nitore indica l'obiettivo di impedire il passaggio di oggetti, lasciando all'amministrazione penitenziaria le soluzioni concrete per raggiungere tale scopo. La circolare amministrativa del 2017, d'altronde, ha il pregio di contenere direttive atte a orientare uniformemente l'amministrazione penitenziaria, fornendole un riferimento che la solleva dall'obbligo di motivare puntualmente le ragioni della propria scelta su ogni richiesta di colloquio senza vetro divisorio con familiari minorenni, sia *infra* sia *ultradodicenni*.

Pertanto, alla luce delle varie peculiarità di condizione in cui possono trovarsi tanto il minore quanto il detenuto, essa consente di non arrestarsi «su insuperabili rigidità»<sup>70</sup>.

Ciò significa che da un canto non può impedire una deroga puntuale alla regola del vetro divisorio, anche per i colloqui con minori *ultradodicenni*; dall'altro, e all'inverso, essa non attribuisce una pretesa intangibile alla condivisione del medesimo spazio libero, nemmeno durante i colloqui con minori *infradodicenni*.

Alla luce dell'enunciato interpretativo sarà possibile all'amministrazione penitenziaria – o alla magistratura di sorveglianza in sede di reclamo – disporre un colloquio senza vetro divisorio anche con minori di età superiore a dodici anni, quando sussistano «ragioni tali da giustificare una simile scelta», mediante «adeguata motivazione», volta ad escludere, in particolare, che i minori in questione siano strumentalizzabili per trasmettere o ricevere informazioni, ordini o direttive.

In direzione opposta, la singola amministrazione potrà rifiutare – con provvedimento comunque soggetto al vaglio giurisdizionale – una richiesta di colloquio non schermato anche con un minore *infradodicenne*, nei casi in cui, nel bilanciamento tra il suo interesse, i diritti del detenuto e le esigenze di sicurezza, risultino elementi specifici, tali da rendere oggettivamente prevalente l'esigenza di contenimento del rischio di contatti con l'ambiente esterno.

Un contemperamento interpretativo, quello cui giunge la decisione, che rimarca la significativa discrezionalità, ossia il «prudente apprezzamento»<sup>71</sup>, degli organismi preposti a decisioni amministrative e controlli giurisdizionali e che si completa con l'appello finale al legislatore (cui spesso la Consulta ci ha abituati), al fine di superare le «inevitabili» contraddizioni insite nelle soluzioni caso per caso e in modo da realizzare una disciplina della modalità dei colloqui con i familiari (e in particolare con i minori), capace di evitare scelte rigide e inadeguate, per eccesso o per difetto rispetto alle esigenze evidenziate dal caso singolo.

Un amplissimo potere discrezionale continua, dunque, a residuare in capo all'amministrazione penitenziaria che tuttavia, rimanendo organo dell'applicazione a carattere amministrativo, parte in causa, in quanto «istituzionalmente e pregiudizialmente vocata alla tutela privilegiata del bene-sicurezza», difficilmente riuscirà a garantire un bilanciamento imparziale<sup>72</sup>.

Siamo di fronte a un'ulteriore manifestazione del diritto giurisprudenziale-penitenziario improntato al canone fluido e spesso ricorrente della proporzionalità che si presta tuttavia anche ad originare fughe dalla tipicità<sup>73</sup>, arginate solo in parte dalla Corte con il ripiego-auspicio futuro verso la legalità, e con il

<sup>68</sup> C. cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376, cit., p. 3623.

<sup>69</sup> C. cost., sent. 21 ottobre 2021, n. 197, in *Giur. cost.*, 2021, p. 2013.

<sup>70</sup> § 11 considerato in diritto.

<sup>71</sup> C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, cit., p. 866. Sui rischi delle deleghe di bilanciamento, cui spesso la Corte costituzionale ci ha abituati si sofferma R. Bin, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 3574 ss.

<sup>72</sup> Così G. Fiandaca, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *Quest. giust.*, 2021, p. 3 ss., e A. Tesauro, *La «disciplina del minuscolo»: la Corte costituzionale alle prese con la ragionevolezza del divieto assoluto di scambiare oggetti per detenuti al 41 bis*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2021, p. 219 ss., in riferimento a precedenti decisioni della Consulta.

<sup>73</sup> Cfr. D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. p. 68 ss.

richiamo esegetico presente (nelle more di un intervento normativo) al parametro della rieducazione umanizzante dell'art. 27 Cost.

Per riempire di contenuti l'atteggiamento classicamente prudente della Corte costituzionale rinvenibile anche nella sentenza in commento, soccorre l'orizzonte dell'art. 27, comma 3, Cost. che, nelle declinazioni evolutive scandite dalla stessa Consulta attraverso il suo ricco «armamentario decisorio»<sup>74</sup>, ha visto progressivamente saldarsi i due aspetti della rieducazione del condannato e della umanità della pena, valendo, rispettivamente, a legittimare la sanzione penale e a esprimere l'esigenza che essa sia sempre più rispettosa della dignità umana<sup>75</sup>.

Nell'ambito del primato della sanzione quale «trattamento risocializzante a struttura emancipante», condizione di legittimazione dell'intero diritto punitivo, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>76</sup>, rientra a pieno titolo pure il diritto all'affettività.

Quest'ultimo, nelle declinazioni normative e negli sviluppi giurisprudenziali anche sovranazionali, sembra destinato a orientare i provvedimenti limitativi e i successivi controlli, offrendo una *summa* di indicazioni idonea a riempire i «vuoti» della discrezionalità creati dalla pronuncia in esame.

## IL DIRITTO UMANO ALLE RELAZIONI FAMILIARI NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

La decisione in commento si inserisce infatti nel filone che ha attribuito progressivo risalto alle relazioni fra la persona privata della sua libertà personale, il mondo esterno e la famiglia di provenienza<sup>77</sup>, dati i danni «simbiotici» che la detenzione carceraria comporta sull'unità del sodalizio familiare<sup>78</sup>, implicando una «amputazione di una essenziale funzione della vita»<sup>79</sup>.

Il rapporto genitoriale viene incrinato dalla detenzione sia in relazione al frangente cautelare sia in sede di esecuzione<sup>80</sup>.

Fra i più gravi effetti indotti dal carcere devono senz'altro menzionarsi le fratture emotive prodotte sulla prole e, nell'accezione ampia di «*actions concerning children*»<sup>81</sup>, vanno ricomprese non soltanto le misure che hanno un minore come destinatario immediato, ma altresì quelle che sullo stesso si ripercuotono indirettamente<sup>82</sup>. Per queste ragioni il rapporto con il genitore va mantenuto, anche se reclu-

<sup>74</sup> M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Riv. AIC*, 2016, n. 3, p. 38; sulla proporzionalità utile a sagomare *in melius* i diritti dei detenuti A. Menghini, *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, p. 472 ss.

<sup>75</sup> E. Dolcini, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1668. Il concetto complesso trova concretizzazione nella giurisprudenza europea e costituzionale e indicazioni volte a definirne i tratti concreti facendo leva sulla relazione tra tre diverse correnti di politica: una società dignitosa, un sistema di giustizia civile e una condizione di dignità che superi le discriminazioni di cui si fa portatore lo stesso sistema giudiziario.

<sup>76</sup> A. Pugiotto, *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 501.

<sup>77</sup> In tal senso, F. Della Casa, *I rapporti del detenuto con la sua famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 122; G. Biondi, *I figli dei detenuti: un problema di diritti umani*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 632 ss.

<sup>78</sup> Consapevolezza criminologica del duplice danno conseguente alla carcerazione già in P. Morris, *Prisoners and their families*, London, Hart Publishing Company, 1965.

<sup>79</sup> G. Zagrebelsky, *Postfazione*, in L. Manconi-S. Anastasia-V. Calderone-F. Resta, *Abolire il carcere*, Milano, Chiarelettere, 2015, p. 111.

<sup>80</sup> G. M. Baccari, *La tutela del rapporto genitoriale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di G. Spangher-A. Marandola, Torino, Giappichelli, 2021, p. 409 ss.

<sup>81</sup> Nell'interpretazione fornita dal Comitato dei diritti del fanciullo [*Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 maggio 2013, CRC/C/GC/14, §§ 19 ss.].

<sup>82</sup> La detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1, ord. penit. è concedibile alla donna che debba espriare una pena anche residua non superiore a quattro anni, sia durante la gravidanza sia quando sia madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente. Con la l. 8 marzo 2001, n. 40, successivamente modificata ad opera della l. 21 aprile 2011, n. 62, è stata introdotta la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies ord. penit. Da ultima C. cost., sent. 11 dicembre 2023, n. 219, in *giurcost.org*, ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1, lett. b), della l. 26 luglio 1975, n. 354, sulla estensione delle regole anche ai detenuti padri, soddisfacendo la tutela degli interessi del bambino la disciplina attuale che assicura al medesimo un rapporto continuativo con almeno uno dei due genitori.

so<sup>83</sup>, e anzi valorizzato in funzione dello sviluppo psico-fisico del giovane<sup>84</sup>, in linea con le migliori indicazioni degli Stati generali e i propositi di riforma della c.d. Legge Orlando<sup>85</sup>, richiamati non a caso dal giudice *a quo* e rimasti per molti versi inattuati.

L'ordinamento penitenziario guarda del resto da sempre con attenzione al mantenimento del legame affettivo-familiare quale elemento positivo del trattamento e quale parametro guida del percorso di individualizzazione e valorizzazione degli elementi della personalità del detenuto, in una proiezione sociale.

Le norme cardine del sistema, ravvisabili nell'art. 15 ord. penit., che impone in sede di trattamento di agevolare opportuni contatti con il mondo esterno e rapporti con la famiglia, e nel menzionato art. 28 ord. penit., che veicola il corso dell'esecuzione alla particolare cura nel «mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie», si sono progressivamente arricchite dei contenuti di garanzia provenienti dalle fonti europee<sup>86</sup> e internazionali.

Al mantenimento e alla promozione dei rapporti familiari sono dedicate molteplici altre previsioni: si pensi al diritto del detenuto a poter informare immediatamente la famiglia dell'ingresso in istituto o dell'avvenuto trasferimento (art. 29 ord. penit.); alla possibilità riconosciuta ai prossimi congiunti di richiedere i benefici previsti dalla normativa penitenziaria (art. 57 ord. penit.); all'attenzione rivolta all'assistenza economica delle famiglie (artt. 23 e 45 ord. penit.) nonché al ruolo preminente assunto dalla sfera familiare nelle attività svolte dal consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e *post-penitenziaria* (art. 75 ord. penit.). Emblematico ai nostri fini anche l'art. 14-*quater*, comma 4, ord. penit., a norma del quale le restrizioni derivanti dall'applicazione del regime di sorveglianza particolare<sup>87</sup> non possono riguardare i colloqui con i prossimi congiunti.

La lettura contestuale dell'art. 28 della legge di ordinamento penitenziario e dell'art. 61 del regolamento penitenziario consolida l'idea, tenuta a mente dalla Consulta, della rilevanza per tutto il momento esecutivo del rapporto familiare e del potenziamento di relazioni che a causa della detenzione possono interrompersi o deteriorarsi.

Basti pensare che già in sede di colloquio «di primo ingresso», il soggetto è invitato a segnalare problemi personali o familiari che richiedano interventi immediati; inoltre, l'eventuale interruzione dei rapporti con le famiglie impone alla direzione degli istituti di rivolgersi agli uffici di esecuzione penale esterna per opportuni interventi. L'obiettivo sistemico evidente, in consonanza alle coordinate costituzionali, convenzionali e sovranazionali, è senz'altro quello di evitare per quanto possibile il "raddoppio" del fardello sanzionatorio provocato dalla brusca cesura del nesso emotivo, fisico, geografico prodotto dal carcere<sup>88</sup>.

Lo scarto fra legge e realtà detentiva ha indotto la giurisprudenza negli anni a meglio cesellare il diritto soggettivo alle relazioni familiari. Riguardo all'ulteriore afflizione nel grado di privazione della libertà personale si impone infatti il rispetto delle garanzie poste dall'art. 13, comma 2, Cost., potenziando i rapporti affettivi «tanto più preziosi in quanto costituiscono l'unico ambito nel quale possono trovare riconoscimento istanze fondamentali, comprimibili solo ove ricorrano comprovate e motivate esigenze di ordine e sicurezza»<sup>89</sup>.

Pure i limiti alla carcerazione preventiva sono stati letti in chiave di tutela del rapporto genitoriale con i figli minori<sup>90</sup>, mentre un vero e proprio *pressing* sul legislatore ha consentito di potenziare la paternità (o maternità) per i detenuti sottoposti a regime detentivo speciale attraverso l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. C. cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, cit., p. 3940.

<sup>84</sup> F. Siracusano, *Detenzione domiciliare*, cit., p. 3948.

<sup>85</sup> *Supra*, § 3.

<sup>86</sup> Vedi *infra*, § 7.

<sup>87</sup> Volendo, P. Maggio, *La Consulta nega l'abbraccio virtuale tra figli minori e detenuti al 41-bis O.P., ridimensionando i danni simbiotici prodotti dal carcere*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 763 ss.

<sup>88</sup> P. Scharff Smith – E. Villman, *From prisoners' rights to the rights of prisoners' children*, in E. Parkes-F. Donson, *Prisons, Families and Human Rights*, New York, Routledge, 2021, p. 2 ss.

<sup>89</sup> Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, n. 6754, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2961.

<sup>90</sup> Cass., sez. I, 12 dicembre 2013, n. 4748, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2575.

<sup>91</sup> Cfr. l. 19 febbraio 2004, n. 40 e le importanti notazioni sul diritto alla genitorialità contenute in C. cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176.



In sintesi, lo stato detentivo non costituisce – né può costituire – causa ostativa al godimento di un diritto alle relazioni familiari che è riconosciuto dal dettato costituzionale senza alcuna distinzione tra liberi e ristretti e che può soggiacere solo a deroghe giustificate da preminenti esigenze di sicurezza.

La Corte costituzionale, in dialogo costante con le fonti internazionali<sup>92</sup>, ha concesso molti riconoscimenti della genitorialità attraverso il differimento della pena obbligatoria (art. 146 c.p.), attraverso la considerazione della condizione della donna incinta o madre di un infante di età inferiore ad un anno, a prescindere dalla tipologia di reato commesso, e con un differimento facoltativo (art. 147 c.p.), sottoposto ad una verifica di assenza di concreto pericolo di commissione di delitti, in ragione di tutela della condizione della madre di prole di età inferiore a tre anni. In entrambi i casi, comunque, i profili di eventuale pericolosità sociale del genitore possono essere contenuti mediante la detenzione domiciliare prevista nell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit.<sup>93</sup>.

L'affermata centralità, nel contesto esecutivo, del rapporto genitoriale per lo sviluppo della personalità del figlio<sup>94</sup> ha visto progressivamente allargare le maglie dei presupposti applicativi delle misure a protezione della relazione.

Fra gli *step* più significativi vanno menzionati l'inclusione del padre tra i soggetti legittimati alla richiesta di detenzione domiciliare ordinaria<sup>95</sup>, la possibilità di applicare quest'ultima, così come la variante speciale, a prescindere dall'età della prole affetta da *handicap* invalidante<sup>96</sup>, la caduta del divieto di concessione di entrambe le figure di espiazione domestica per i condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.<sup>97</sup>, e la soppressione della preclusione triennale alla fruibilità delle misure in caso di revoca di altro strumento di esecuzione penale esterna<sup>98</sup>. Devono segnalarsi inoltre l'estensione del margine di tollerabilità di dodici ore per rientri tardivi nel domicilio<sup>99</sup>, la possibilità anche per i condannati per reati ostativi di cure parentali nei casi di insussistenza delle condizioni per l'esecuzione extracarceraria<sup>100</sup>, l'attenzione mostrata per i profili procedurali relativi all'accesso in via d'urgenza alla misura alternativa con un rito snello e a competenza monocratica<sup>101</sup>.

Insomma, le norme e i percorsi evolutivi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul reticolato di disposizioni interne non lasciano residuare dubbi sulla consistenza e sulla non sacrificabilità del diritto alle relazioni familiari dei detenuti.

## IL QUADRO INTERNAZIONALE SULLE LIMITAZIONI FLESSIBILI DEL DIRITTO AL CONTATTO FAMILIARE

A ulteriore supporto della *suasion* che la decisione in commento eserciterà su amministrazione giurisdizione si pone poi tutto un quadro di fonti internazionali ed europee<sup>102</sup> che esalta il diritto ai legami parentali del ristretto. Si potrebbe simbolicamente muovere dalle *Mandela Rules* per trovare conferma della necessaria tutela della relazione familiare, degli obblighi in capo all'amministrazione di mantenimento della medesima anche a fini risocializzativi, della sottrazione dall'ambito disciplinare delle limitazioni ai colloqui<sup>103</sup>. Pressoché identiche indicazioni sono traibili dalle regole di Bangkok<sup>104</sup>.

<sup>92</sup> Art., 3, comma 1, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo; art. 24, comma 2, Carta diritti fondamentali dell'UE; Artt. 11, 14 Regole Penitenziarie UE.

<sup>93</sup> D. Pajardi-D. Musso *et al.*, *Relazioni familiari in carcere: profili psicologici ed esperienze di intervento*, in D. Pajardi-R. Adorno-C. M. Romano-C.A. Romano, *Donne e carcere*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 143 ss.

<sup>94</sup> M. Colamussi, *La tutela delle detenute prima e dopo l'ultima riforma penitenziaria*, in questa *Rivista*, 2020, p. 503 ss.

<sup>95</sup> C. cost., sent. 13 aprile 1990, n. 215, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1206.

<sup>96</sup> C. cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3634 e sent. 14 febbraio 2020, n. 18, *ivi*, 2018, p. 164.

<sup>97</sup> C. cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76, *cit.*, p. 866.

<sup>98</sup> C. cost., sent. 18 luglio 2019, n. 187, *cit.*, p. 2135

<sup>99</sup> C. cost., sent. 10 giugno 2009, n. 177, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1977 e sent. 22 novembre 2018, n. 211, *ivi*, 2018, p. 2516.

<sup>100</sup> C. cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174, *cit.*, p. 61. .

<sup>101</sup> C. cost., sent. 11 gennaio 2022, n. 30, *cit.*, p. 359.

<sup>102</sup> Un'efficace sintesi in G. Mantovani, *Quando il reo è genitore: giustizia penale e tutela della prole*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1351 ss.

<sup>103</sup> Cfr. le Regole 43, 58, 68, 88, 103, 106, 107, degli standard minimi di tutela in materia di trattamento penitenziario dei dete-

A livello europeo una sintesi recente ed efficace si rinviene nella Raccomandazione della Commissione dell'8 dicembre 2022 (C(2022) 8987)<sup>105</sup> sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione. Qui, al Considerando 1, in conformità all'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, si ribadiscono i valori centrali della stessa Carta di rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e di tutela dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Fra questi gli artt. 7 e 24 della Carta che sanciscono il diritto alla vita familiare e i diritti del bambino, mentre il citato art. 52 della Carta specifica come qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti fondamentali debba essere prevista dalla legge e tutelare l'essenza di tali diritti e libertà, in base ai principi di necessità e proporzionalità.

Con questa premessa normativa di diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., l'art. 33 della raccomandazione sui soggetti in detenzione sottolinea la necessità di promuovere il rispetto della dignità umana, il diritto alla libertà, appunto il diritto alla vita familiare, i diritti del bambino, unitamente al diritto a un ricorso effettivo e a un processo equo, nonché la presunzione di innocenza e il diritto di difesa.

Ancora più specificamente l'art. 55 della racc. (C(2022) 8987), nel disciplinare i contatti con il mondo esterno, stabilisce l'obbligo per gli stati membri di «fornire strutture idonee ad accogliere le visite dei familiari in condizioni favorevoli ai bambini, compatibili con le esigenze di sicurezza ma meno traumatiche», così da garantire il mantenimento di contatti regolari e significativi tra i membri della famiglia.

Prescrizioni stringenti si rinvengono altresì nelle Regole penitenziarie europee (Raccomandazione Rec(2006)2-rev del Comitato dei Ministri agli Stati membri, adottata dal Comitato dei Ministri l'11 gennaio 2006, modificata nel 2020).

Quanto ai contatti con il mondo esterno, l'art. 24 delle medesime prescrive che ai detenuti deve essere consentito di comunicare il più spesso possibile – tramite lettera, telefono o altre forme – con le famiglie, e con altre persone e rappresentanti di organizzazioni esterne, nonché di ricevere visite da queste persone. Le restrizioni e i controlli necessari per le esigenze di proseguimento delle indagini penali, mantenimento del buon ordine, sicurezza e protezione, prevenzione di reati e protezione delle vittime di reato, devono comunque consentire un «livello minimo accettabile di contatti».

Le modalità delle visite devono essere tali da permettere ai detenuti di «mantenere e sviluppare i rapporti familiari nel modo più normale possibile». Le autorità penitenziarie devono «assistere i detenuti nel mantenere un contatto adeguato con il mondo esterno e fornire loro l'adeguato sostegno sociale per farlo».

Sulla stessa scia si colloca la raccomandazione CM/Rec(2018)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri, relativa ai minori con genitori detenuti, adottata il 4 aprile 2018 (che a sua volta accoglie i principi contenuti nella Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti<sup>104</sup>, rinnovata a Roma, il 16 dicembre 2021). All'art. 17 della raccomandazione CM/Rec(2018)5 è precisato che ai minori dovrebbe essere consentito normalmente di visitare un genitore detenuto entro una settimana dall'inizio della detenzione e, su base regolare e frequente, da quel momento in poi.

Le visite a misura di bambino dovrebbero essere autorizzate in linea di principio una volta alla settimana, ma con colloqui più brevi e più frequenti per quelli molto piccoli, a seconda dei casi; inoltre devono essere organizzate in modo da non interferire con altri elementi della vita del bambino, come la frequenza scolastica.

Se le visite settimanali non risultano fattibili, dovrebbero essere agevolate visite proporzionalmente più lunghe e meno frequenti che consentano una maggiore interazione bambino-genitore. Si suggerisce anche di facilitare l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (videoconferenza, sistemi telefonici mobili e di altro tipo, Internet, comprese le funzioni di *webcam* e *chat*, ecc.), sostenendo i

---

nuti, c.d. Mandela Rules, adottate il 22 maggio 2015 la Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e giustizia penale.

<sup>104</sup> Si vedano le c.d. Regole di Bangkok (in particolare nn. 23, 26 e 28), adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, sul mantenimento dei legami affettivi, quale condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale anche durante l'esecuzione penale.

<sup>105</sup> In precedenza le due Raccomandazioni riguardanti gli effetti sociali e familiari derivanti dalla detenzione (Racc. n. 1340 del 1997 del Consiglio d'Europa e Racc. R (2006)2).

genitori detenuti nei costi di comunicazione con i propri figli se i loro mezzi non lo consentono. Mezzi di comunicazione che, specifica la stessa raccomandazione, non dovrebbero mai essere visti come un'alternativa-sostitutiva del contatto diretto tra i minori e i loro genitori detenuti.

Di particolare interesse in rapporto all'enunciato della Consulta nella sentenza in esame è l'art. 26 della raccomandazione CM/Rec(2018)5 che invita una applicazione delle regole «flessibile», al fine di massimizzare la comunicazione» tra i genitori detenuti e i loro figli minori.

Flessibilità tale da orientare nel nostro caso ogni decisione in materia verso la massima tutela del minore<sup>106</sup>, e del diritto alle relazioni parentali, anche di fronte ai contenuti eccettuativi del 41-*bis*.

Del resto, nella stessa raccomandazione CM/Rec(2018)5 è scolpito il nesso fra comunicazione con il genitore e sviluppo per il minore «al fine di alleviare l'impatto negativo che la restrizione potrebbe avere sui bambini e per proteggere il loro diritto ad un legame emotivo e continuo con il genitore detenuto» (art. 30).

Indicazioni simili e inequivoche nel sollecitare l'Italia a potenziare il *link* umano fra detenuto e familiari, imponendo adattamenti consoni da parte della amministrazione penitenziaria<sup>107</sup>, sono provenute altresì dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) soprattutto nel periodo post-Covid.

Inserito in questo sfondo composito prende maggiore consistenza il diritto flessibile al contatto senza vetro fra bambino e genitore, cui la sent. n. 105 del 2023 fa richiamo. Un diritto da rispettare e promuovere, anche nei casi in cui siano adottate sanzioni o misure disciplinari contro il ristretto o nei casi in cui i livelli di sicurezza siano così estremi da rendere necessarie visite "schermate e ipercontrollate".

#### IL RISPETTO INCREMENTALE DEL DIRITTO DEL DETENUTO E LA GARANZIA DEI CONTROLLI SULLE SUE LIMITAZIONI SECONDO LA CORTE E.D.U.

Appigli sicuri la decisione in commento trova inoltre nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>108</sup>, che ha sviluppato una vera e propria "manualistica" dei diritti dei detenuti<sup>109</sup>.

Vale la pena fare richiamo a un recente caso che ha condotto alla condanna della Lituania<sup>110</sup>, sinottico del rilievo assegnato al mantenimento di legami con il nucleo familiare<sup>111</sup> (e accostabile per più di un profilo a quello nel quale si è sviluppata la questione di legittimità sul 41-*bis*, in quanto il ricorrente era sospettato di essere membro di un gruppo organizzato e in ragione di ciò privato dei colloqui con la giovane figlia).

I giudici europei, richiamandosi ai propri precedenti, in un accorto bilanciamento fra i diritti in gioco, hanno assegnato prevalenza al *favor minoris*, stemperando i paventati pericoli legati alla sicurezza, alla interferenza con le indagini<sup>112</sup> o alla commissione di altri illeciti, a fronte del danno psicologico patito dalla bambina, dimostrato per il tramite di una perizia. Lo stress post-traumatico determinato dal divieto di incontrare il padre durante la detenzione ha implicato un'ingerenza censurabile nella vita familiare del ristretto protetta dall'art. 8 Cedu con conseguente condanna ai danni della Lituania. Nell'*iter* motivazionale la Corte europea fa richiamo a risultanze scientifiche secondo le quali «i figli di genitori detenuti corrono un rischio maggiore di disgregazione familiare, stigmatizzazione e problemi

<sup>106</sup> Cfr. B. Polisenò, *Minore* (tutela processuale), in *Enc. dir.*, 2022, Milano, Giuffrè, 2022, p. 859 ss.

<sup>107</sup> Si vedano gli esiti del Rapporto di visita all'Italia nel 2022, 28 marzo 2023, spec. 21 ss., (<https://rm.coe.int/1680aaaa03>).

<sup>108</sup> Per una sintesi dei diritti delle persone detenute cfr. [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Prisoners\\_rights\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Prisoners_rights_ENG), ove ampio spazio è dedicato alla tutela dei diritti familiari.

<sup>109</sup> Cfr. A.M. Maugeri, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti dei detenuti tra istanze garantiste e compromessi politici*, in *Europa umana. Scritti in onore di Paolo Pinto de Albuquerque*, a cura di D. Galliani-E. Santoro, Pisa, Pacini, 2020, p. 508 ss., spec. p. 516.

<sup>110</sup> Corte e.d.u., 21 giugno 2023, Deltuva c. Lituania, § 42 ss.; Corte e.d.u., 23 ottobre, 2014, Vintman c. Ucraina, 2014, § 78; Corte e.d.u., 28 maggio 2019, Fraile Iturralde c. Spagna, § 26.

<sup>111</sup> In prospettiva contraria Corte e.d.u., 13 novembre 2007, Schiavone c. Italia, § 67, aveva esclusa la violazione dell'art. 8 Cedu, ritenendo le limitazioni ai colloqui legittime in un quadro di società democratica.

<sup>112</sup> Sempre con riguardo alle condizioni detentive v. Corte e.d.u., 23 aprile 2013, *Hagyó c. Ungheria*, § 77.

di salute mentale», tanto da ipotizzare, a causa del trauma della scomparsa improvvisa di un genitore e della conseguente mancanza di contatto, il rifiuto del genitore in una fase successiva della loro vita, nonché la dimostrata capacità di mitigare tali rischi attraverso frequenti «contatti significativi tra i bambini e i loro genitori detenuti»<sup>113</sup>.

Secondo i giudici dei diritti umani, le limitazioni intrinseche alla vita privata e familiare connesse alla detenzione non possono compromettere il rispetto della vita familiare che deve essere non solo consentito, ma addirittura promosso dagli Stati<sup>114</sup>, in condizioni di rispettata confidenzialità<sup>115</sup>.

Eventuali restrizioni al regime detentivo ordinario, ragionevolmente necessarie tenuto conto della natura organizzata di taluni fenomeni criminali<sup>116</sup>, o del momento investigativo, implicano comunque e sempre il rispetto dell'art. 8 della Convenzione che impone agli Stati di tutelare le connessioni familiari non in termini generali ma in relazione alla situazione specifica<sup>117</sup>, favorendo persino la vicinanza geografica fra il ristretto e i suoi congiunti al fine di agevolare i colloqui<sup>118</sup>.

Pericoli di interferenza con le indagini, di manomissione o alterazione delle prove, possibilità che in determinate circostanze le visite dei familiari rappresentino il mezzo per trasmettere ordini e istruzioni verso l'esterno possono sì rilevare, determinando restrizioni a visite e colloqui<sup>119</sup>, ma mai giustificare flessioni eccessive della protezione della vita familiare delle persone coinvolte, in particolare dei minori; anzi sorge un onere dimostrativo in capo all'amministrazione penitenziaria sull'esistenza di eventuali ruoli criminali dei familiari non basabile su esclusive presunzioni<sup>120</sup>.

Incombe dunque sulle autorità nazionali la dimostrazione che l'incontro con i familiari, metta concretamente a repentaglio le esigenze di indagine<sup>121</sup> o comprometta la sicurezza, nonostante la supervisione di soggetti preposti al controllo, per considerare le limitazioni al diritto di visita come «necessarie in una società democratica»<sup>122</sup>.

Quanto alla affermazione contenuta nella sentenza n. 105/2023, circa la «necessaria flessibilità» del diniego di vedere i familiari, pure la Corte europea non ha lesinato censure<sup>123</sup> sulle limitazioni pressoché automatiche dei colloqui per un decennio, ritenendo inaccettabile la mancanza di gradi di duttilità riguardo alla durata della limitazione, influente pure sul diritto al reclamo.

*Pressing* stringenti ove si ponga mente al regime speciale del 41-*bis*<sup>124</sup>, che comporta proroghe pressoché automatiche, atte a dilatarne a dismisura la durata, correlate spesso sul piano solo formale al «ponderato apprezzamento di merito involgente tutti gli elementi, non necessariamente sopravvenuti, rivelatori della permanenza delle condizioni di pericolo..., che non devono essere dimostrate in termini di certezza, essendo necessario e sufficiente che la capacità di mantenere i collegamenti (...) e la .... attualità della medesima possano essere ragionevolmente ritenute probabili sulla scorta dei dati conoscitivi acquisiti»<sup>125</sup>.

Una probabilità di *prorogatio* che si arresta in effetti sulla soglia del sospetto immotivato (e spesso incontrollabile), giustificando il perpetuarsi *sine die* delle gravi limitazioni trattamentali, a scapito dei migliori enunciati europei.

<sup>113</sup> Corte e.d.u., 21 giugno 2023, Deltuva c. Lituania, § 37 ss.

<sup>114</sup> Corte e.d.u., 2 giugno 2015, Kyriacou Tsiakkourmas e altri c. Turchia, § 303.

<sup>115</sup> Corte e.d.u., 6 luglio 2021, Norman c. Regno unito, § 87 ss.

<sup>116</sup> Corte e.d.u., 31 maggio 2011, Bogusław Krawczak c. Polonia, § 117.

<sup>117</sup> Corte e.d.u., 13 febbraio 2018, Smirnov c. Russia, § 48.

<sup>118</sup> Corte e.d.u., Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia, § 838.

<sup>119</sup> Corte e.d.u., grande camera, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, § 126; Corte e.d.u., 17 aprile 2012, Piechowicz c. Poland, 2012, §§ 205-222; Corte e.d.u., grande camera, 30 giugno 2015, Khoroshenko c. Russia, cit., § 125.

<sup>120</sup> Corte e.d.u., 9 luglio 2013, Varnas c. Lituania, § 120.

<sup>121</sup> Corte e.d.u., 20 maggio 2008, Ferla c. Polonia, § 47.

<sup>122</sup> Parametro ripreso in Corte e.d.u., 21 giugno 2023, Deltuva c. Lituania, cit., § 48.

<sup>123</sup> Corte e.d.u., 23 febbraio 2012, Trosin c. Ucraina, in cui 2012, §§ 42-44.

<sup>124</sup> Si vedano i dati contenuti nella relazione 31 ottobre 2022: la "conta" generale dei ristretti presenti è di 728 soggetti sottoposti al regime detentivo speciale, di cui 12 donne, 7 internati ed 1 detenuto sottoposto alla disciplina dell'art. 6 della l. n. 45/2001. Le proroghe nel corso dell'anno sono state 84.

<sup>125</sup> Da ultima Cass., sez. I, 24 maggio 2023, n. 40050, in *Diritto.it*.

Se è vero che sugli Stati parte della Grande Europa grava un «approccio proattivo» emanazione del principio di sussidiarietà, tale da attuare pienamente la Convenzione mediante l'adozione delle misure necessarie per rimediare, e preferibilmente prevenire, le violazioni, riconoscendole la natura di «strumento costituzionale di ordine pubblico europeo» e attribuendo alle decisioni della Corte contenuti obbligatori ed *erga alios*, ai sensi dell'art. 19 Cedu<sup>126</sup>, evidenti conseguenze se ne possono trarre a livello ermeneutico anche sul diritto al mantenimento delle relazioni familiari in sede detentiva.

Il giudice nazionale è del resto anche giudice convenzionale, la sua legittimazione e il vincolo al rispetto della legge implicano nell'attuale sistema multilivello tutta «una serie di doveri ermeneutici» che fungono da «presidio al garantismo penale nella fase interpretativa»<sup>127</sup>. L'interpretazione, anche quella del giudice di sorveglianza, sfrutta gli esiti del dialogo fra le Corti e della ricostruzione conseguente di un esito convenzionalmente conforme e costituzionalmente compatibile, spesso capace di realizzare un «perfezionamento creativo della stessa legge»<sup>128</sup>, e di attenuare le diatopie fra i contesti<sup>129</sup>.

Se ne può trarre conferma dalla costante intertestualità fra le decisioni nazionali ed europee, fra loro dipendenti e logicamente concatenate (anche attraverso rimandi espressi), con approdi che delineano, rimodellano, in modo nuovo e progressivamente incrementale i diritti convenzionali<sup>130</sup>. Per la Corte e.d.u. ogni «nuovo caso» aggiunge «qualcosa alla comprensione della relativa norma»<sup>131</sup>, potendo nondimeno esprimere bilanciamenti differenti della garanzia convenzionale, talvolta legati a specifiche istanze di sicurezza, che non possono minare tuttavia i contorni, i contenuti e la portata del diritto convenzionale.

In questo intreccio di visioni la Consulta, da parte sua, ha spesso fornito indicazioni sulla necessaria massimizzazione dei livelli di tutela di diritti chiarendo che l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea non può mai implicare «livelli di tutela inferiori» rispetto a quelli assicurati «dalle fonti nazionali»<sup>132</sup> ed è in questo senso appurato che la stessa Costituzione possa considerarsi oggi un «prodotto normativo dell'ermeneutica piuttosto che solo del testo»<sup>133</sup>.

Il «dialogo» intergiurisprudenziale, va detto, anche sui temi della pena<sup>134</sup>, non sempre si mostra irenico e non sempre esalta i diritti dell'uomo<sup>135</sup>, lasciando prevalere spesso malcelate istanze di sicurezza<sup>136</sup> e ciò spiega, in parte, la difficoltà di netti cambi di passo nei modelli penitenziari europei; tuttavia (e la sentenza in commento, così come l'ordinanza di rimessione, ne costituiscono conferma), il dialogo

<sup>126</sup> Si tratta di passaggi nitidamente scanditi nella opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque in Corte eur. dir. uomo, grande camera, 7 febbraio 2013, Fabris c. France, *hudoc.echr.coe.int*.

<sup>127</sup> M. Donini, *Garantismo penale oggi*, in *disCrimen* (19 dicembre 2019), 21.

<sup>128</sup> Cfr. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1960, trad.it. a cura di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2001, p. 681.

<sup>129</sup> In una dimensione linguistica S. Telve, *L'italiano: frasi e testo*, Roma, Carocci, 2008, p. 25.

<sup>130</sup> J. Gerards, *Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European court of human rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, 3, p. 495; Ead., *The European Court of Human Rights*, ed. by A. Jakab-A. Dyevre-G. Itzcovich, *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 237; segnala i progressi sull'affettività R. Casiraghi, *La dimensione del diritto del detenuto alle visite familiari fra atti sovranazionali, Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1227.

<sup>131</sup> M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica*, in *Quad. fior.*, 2015, p. 133. Cfr. A. Scalfati, *Le fonti*, in *Id. et al.*, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 58, sul riconoscimento di una tutela effettiva che attinga alla sostanza delle garanzie fondamentali.

<sup>132</sup> C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Foro it.*, 2010, I, c. 35. Hanno riconosciuto un livello di tutela convenzionale più ampia ai diritti rispetto a quella assicurata nell'ambito nazionale: C. cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 25, in questa *Rivista*, 2019, 3, p. 613; 23 dicembre 2020, n.278, *Foro it.*, 2021, I, c. 1170; sent. 6 luglio 2021, n. 140, *ivi*, c. 3721. Il principio è ripreso da Corte eur. dir. uomo, grande camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, in questa *Rivista*, 2019, 1, p. 99.

<sup>133</sup> M. Donini, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in *Lo Stato*, 2022, p. 359 ss.

<sup>134</sup> Con riguardo alla esecuzione della pena, M. Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 2, p. 5.

<sup>135</sup> Si veda V. Onida, *Sulle pene perpetue: un confronto a tutto campo sui rapporti fra Corte dei diritti e giurisprudenza interna*, in *Pau- lo Pinto de Albuquerque. I diritti umani in prospettiva europea*, a cura di A. Saccucci, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, p. 697. L'espressione è ripresa dall'opinione dissenziente del giudice de Albuquerque in Corte e.d.u., 17 gennaio 2017, Hutchinson c. Regno Unito, cit.

<sup>136</sup> A. Bernardi, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, Jovene, 2019, p. 49 ss.

fecondo di Carte e Corti, l'azione incessante della magistratura di sorveglianza che a questo dialogo si ispira, hanno sviluppato e consolidato incrementalmente e garanzie detentive, fra le quali occupa un posto di indubbio rilievo il diritto al mantenimento delle relazioni familiari.

In questa direzione le determinazioni della amministrazione penitenziaria anche in ordine al diritto all'abbraccio devono volgersi verso questi contenuti "pieni" del diritto familiare, non potendo ripiegare monotonicamente sul "vuoto" della sicurezza.

Analoghi influssi interpretativi si proiettano sui meccanismi preposti al controllo delle limitazioni alla genitorialità in ragione del carcere, ove già la mera incidenza statistica di reclami davanti al garante nazionale dei diritti dei detenuti<sup>137</sup> conferma il peso specifico del diritto alle relazioni familiari.

Ancor più incisivo il ruolo dispiegato su questo versante dalla magistratura di sorveglianza, sia a livello di controllo individuale sia nella promozione costante di incidenti di costituzionalità. La giurisdizione sulla pena ha assicurato infatti un controllo *in senso lato* sulla legittimità e umanità della sanzione ed evitato l'espansione repressiva della normazione, soprattutto di quella ispirata da ragioni di specialità, esaltando il senso del processo come scriminante, come causa di giustificazione, rispetto all'esercizio di poteri arbitrari<sup>138</sup>.

L'esigenza di protezione dei diritti inviolabili da bilanciare con la tutela di interessi collettivi, posta alla base delle scriminanti processuali, in piena rispondenza al principio di proporzionalità (richiamato dalla sentenza in commento) nega in radice l'assoluta prevalenza di istanze di lotta dei fenomeni criminali<sup>139</sup>.

La forza impositiva delle decisioni di sorveglianza, rispetto alle determinazioni della stessa amministrazione penitenziaria<sup>140</sup>, conferma il rilievo della giurisdizione più 'prossima' ai ristretti nel vagliare presupposti, forme e contenuti della coercizione e nel verificare l'evoluzione individuale del progetto trattamentale rieducativo, nel corso del tempo<sup>141</sup>.

Il totalizzante potere ministeriale rispetto al 41-bis ha addirittura amplificato la funzione di questa giurisdizione, che oltre a originare costanti verifiche di costituzionalità<sup>142</sup>, funge da limite agli arbitrii del potere amministrativo nei confronti dell'adulto ristretto, in continuità con l'«imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena», «da declinarsi nella fase esecutiva come necessità di costante valorizzazione, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato»<sup>143</sup>, a prescindere dalla gravità del reato<sup>144</sup>.

Inserita in questa tavola di valori, la sentenza in commento arricchisce gli strumenti esegetici attra-

<sup>137</sup> Secondo la relazione del Garante nazionale al Parlamento del 2023 (leggibile in <https://www.garantenazionaleprivati.liberta.it/gnpl/resources/cms/documents/ffc13013de38c3ba97c6d0357fe21b941.pdf>) p. 145, su un numero complessivo di 829 reclami e segnalazioni, 88 riguardano colloqui e rapporti familiari e 10 fra questi provengono da ristretti al 41-bis. Va sottolineato che il 27 settembre 2022, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, Mauro Palma, e la presidente dell'Unicef Italia, Carmela Pace, hanno sottoscritto un protocollo d'intesa di durata triennale per promuovere i diritti dei bambini.

<sup>138</sup> Cfr. M. Donini, *Diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini-R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 170-173.

<sup>139</sup> D. Negri, *Il processo penale come scriminante*, in *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. Donini-R. Orlandi, Bologna, Bononia University press, 2010, p. 219 ss.

<sup>140</sup> Si veda C. cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135, con nota di M. Ruotolo, "The domestic remedies must be effective": sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, in *Rivista AIC*, 2013, 4, p. 7.

<sup>141</sup> G. Fiandaca, *Al posto degli ergastoli*, in *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia-F. Corleone-A. Pugiotto, Roma, Futura, 2021, p. 176.

<sup>142</sup> Evidenziano la rilevanza del controllo giurisdizionale anche in funzione della rieducazione C. Fiorio, *Il carcere "duro" tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2271 e F. Gianfilippi, *Tra gusci di noce e tende di cielo*, in *Europa umana*, cit., p. 391.

<sup>143</sup> Espressioni riprese da C. cost., sent. 11 luglio 2018, n. 149, cit., p. 1096, 1098. Significative le riflessioni di A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, p. 415 ss.; sull'importante ruolo interpretativo assegnato dalla sentenza n. 105 del 2023 alla giurisdizione di sorveglianza cfr. F. Siracusano, *Proporzionalità e congruità nella gestione dei colloqui dei detenuti al 41 comma 2 ord. penit. con i familiari minorenni*, in *Giur. cost.*, 2023, p. 1152.

<sup>144</sup> C. cost., sent. 27 giugno 1974, n. 204, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2576, sul carattere universalistico del finalismo rieducativo penale C. cost., sent. 16 marzo 2007, n. 78, *ivi*, 2009, I, c. 1000.

verso i quali gli organi dell'applicazione possono modulare per il futuro i metri divisori del regime speciale del 41-*bis* ben oltre il canone fisso dell'età di 12 anni, addivenendo in concreto a interpretazioni convenzionalmente e costituzionalmente orientate del divieto di contatto diretto con il genitore.

### LA FAMIGLIA MAFIOSA FRA AUTOMATISMI E STEREOTIPI RICORRENTI

Inevitabilmente complesso sarà il passaggio dalla generalizzazione socio-criminologica alla verifica della "pericolosità in concreto" del contatto, che tuttavia potrà beneficiare del nitido statuto di garanzia della genitorialità dei ristretti.

I «minori di mafia» sono assai spesso vittime vulnerabili in condizione di assoluta solitudine, «soli due volte», estranei, nella generalità dei casi, ai comportamenti violenti; «strappati» o «liberati» dalle loro famiglie e dalle mafie, comunque alieni da ogni ipotesi di responsabilità diretta e costretti da subito a soggiacere agli effetti stigmatizzanti del controllo penale sulle condotte delittuose genitoriali<sup>145</sup>.

In ragione di ciò preoccupa l'uso nei provvedimenti giuridici di luoghi comuni, stereotipi autorali, paradigmatici marchi soggettivi, del tipo di quello riproposto dall'avvocatura di Stato nella sentenza in commento in ordine alla anticipata maturità del "figlio di mafia". Un argomento di eco quasi lombrosiana secondo cui, l'«esperienza criminologica» comproverebbe che, in contesti familiari mafiosi, la «maturazione di giovani puberi [...] può essere assai diversa da quella usuale di coetanei della stessa età in contesti di normalità»<sup>146</sup>.

La mafiosità rischia di assumere qui ancora una volta il valore di fattore predittivo esclusivo per scopi simbolico-espressivi<sup>147</sup>, sfociando in generalizzazioni dai contenuti didattico-pedagogici sul convincimento giudiziale.

Analoghi assiomi sul versante civilistico<sup>148</sup> hanno condotto in passato all'adozione automatica di provvedimenti *de potestate*, spintisi sino alla decadenza dalla responsabilità genitoriale, cui si è per fortuna contrapposta una tendenza a promuovere concrete ed effettive valutazioni delle condizioni di sviluppo della personalità del minore all'interno della «famiglia criminale» o «mafiosa» o «maltrattante»<sup>149</sup>.

In qualche modo la «famiglia liquida» contemporanea pare incidere significativamente anche sul superamento delle massime esperenziali, *rectius* di pretesi fatti notori desunti dal contesto criminale, giustificando interventi sostitutivi del giudice volti invece a far rispettare il diritto del minore alla «sua famiglia»<sup>150</sup>, tutte le volte in cui il genitore o i genitori possano recuperare capacità educativa<sup>151</sup>.

Anche le famiglie di mafia si evolvono come dimostra, fra i numerosi tratti caratterizzanti sociologicamente lo studio dei fenomeni criminali organizzati (burocrazia, comunità, sistema, impresa, rete, gruppo di potere<sup>152</sup>), la visione comunitaria, che è di particolare interesse in relazione all'apporto fa-

<sup>145</sup>F. Rinaldi, «Famiglia mafiosa» e decadenza dalla responsabilità genitoriale, tra diritti di unità e di autonomia della famiglia e diritti di personalità del minore: percorsi rieducativi e non sanzionatori nella relazione familiare, in *Dir. fondamentali*, 21 ottobre 2019, 2, p. 35.

<sup>146</sup>§ 9.1 del considerato in fatto.

<sup>147</sup>Con ricchezza di richiami A. Tesauro, *La "disciplina del minuscolo"*, cit., p. 228.

<sup>148</sup>S. Casabona, *Educazione all'odio e responsabilità sociale e genitoriale*, in *Il diritto di educare ai diritti e i principi di responsabilità e solidarietà intergenerazionale tra Europa e Mediterraneo*, a cura di M.G. Ruo-A.L. Pennetta, Milano, Key, 2020, spec. p. 65.

<sup>149</sup>Cfr. R. Di Bella-M. Zapelli, *Liberi di scegliere. La battaglia di un giudice minorile per liberare i ragazzi della 'ndrangheta*, Milano, Rizzoli, 2019, *passim*.

<sup>150</sup>S. Casabona, *La forza di un abbraccio. I ristretti in regime di 41-bis Ord. pen. alla prova della giurisprudenza minorile di Reggio Calabria*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 2. Da ultima C. cost., sent. 28 settembre 2023, n. 183, in *giurcost.org*, sull'importanza della continuità delle relazioni socio-affettive con figure che hanno avuto un ruolo positivo nel processo di crescita.

<sup>151</sup>F. Rinaldi, «Famiglia mafiosa» e decadenza dalla responsabilità genitoriale, cit., p. 5 ss.; S. Casabona, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale nei confronti del latitante di mafia*, in *Quest. giust.*, 2016, p. 4; C. Vannoni, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in *Consulta online*, 2017, 2, p. 897 ss.; altresì G. Hohloch, *La protezione della vita familiare nella Cedu e nella Carta UE*, in *Familia*, 2019, p. 115 ss.

<sup>152</sup>R. Sciarone, *La mafia in questione: immagini, rappresentazioni e modelli di interpretazioni*, in *Attraverso lo specchio. Studi in onore di R. Siebert*, Cosenza, Pellegrini, 2012, p. 133 ss.

miliare, in quanto in effetti la mafia è stata tenuta insieme anche da una forte coesione morale basata su valori tradizionali, quantomeno declamati come tali <sup>153</sup>.

Altrettanto significativa appare la lettura in termini di rete e di intermediazione che prova a spiegare attualizzandolo il ruolo dei partecipi, le influenze sui contesti familiari <sup>154</sup>, in prospettive mai fisse e sempre cangianti nel tempo.

Bisogna però riconoscere che molteplici incertezze dominano a tutt'oggi la comprensione del tipo di risorsa «ambivalente e incerta» rappresentata dalla famiglia *lato sensu* mafiosa <sup>155</sup>, dei tratti attuali e aggiornati della cultura (o subcultura) criminale, dei codici che essa continua a diffondere a livello parentale e ambientale <sup>156</sup>, e dai quali ricava legittimazione sociale.

Da un canto, non può escludersi *a priori* il mantenimento di visioni eroiche del padre mafioso <sup>157</sup>, camorrista o ndranghetista, così come la messa in opera di meccanismi psichici, capaci di sviluppare contributi di coesione al sodalizio <sup>158</sup>, d'altronde, e con altrettanta coerenza, deve ribadirsi il bisogno di comprendere gli effetti che la singola relazione può avere sullo sviluppo del minore individuo <sup>159</sup>.

Di certo assai banalizzante è trincerarsi dietro ad affermazioni tautologiche secondo cui “i figli dei mafiosi crescono prima” o “i minori di dodici anni più difficilmente possono essere strumentalizzati per aggirare le finalità proprie del regime differenziato”, più costruttivo, invece, risulta comprendere come il rapporto familiare possa rappresentare una reale risorsa evolutiva (ovvero un limite) per i figli di ciascun ristretto per mafia.

Ciò implica inevitabilmente analisi individuali e attente dei minori e delle famiglie, ascolti soggettivi che sfuggono alla mera valutazione tutta oggettiva del pericolo derivante dallo scambio di “cose” o dalla supposta trasmissione dei comandi criminali.

Di contro, la tutela delle relazioni familiari, profondamente influenzata dalla filosofia penale che avvolge i modelli penitenziari <sup>160</sup>, sembra ancora dominata, in via pressoché esclusiva dal fatto di reato, dalla presenza/lunghezza del muro divisorio, dal dato di per sé asfittico della età, mostrandosi incapace di discernere invece i processi prossimali, le relazioni, l'interazione di più livelli sistemici, i meccanismi di resilienza o di ribellione, le risorse individuali e familiari determinanti il complessivo benessere del bambino.

In altri termini, l'elevata pericolosità del gruppo criminale rischia di incrinare il *favor minoris* e compromettere la dignità umana del fanciullo e del genitore ristretto.

Dignità quale principio normante gli assetti della pena, che nel suo valore assiologico di tessuto connettivo dei diritti del detenuto e delle relazioni tra lo stesso e la comunità, orienta i doveri dell'esecuzione penale <sup>161</sup>, oltrepassando vistosamente il mero passaggio degli “oggetti” attraverso il muro di

<sup>153</sup> R. Siebert, *Resoconti dal mondo accanto: quotidianità e criminalità*, in *Crescere alle mafie*, a cura di M. Schermi, Milano, Franco Angeli, 2010; Ead. *Una generazione di orfani, in Responsabilità e memoria. Linee per il futuro*, a cura di D. Barazzetti-C. Leccardi, La Roma, Nuova Italia Scientifica, 1997.

<sup>154</sup> F. Calderoni, *Le reti delle mafie. Le relazioni sociali e la complessità delle organizzazioni criminali*, Milano, Vita e Pensiero, 2018.

<sup>155</sup> E. Campelli-F. Faccioli-V. Giordano-T. Pitch, *Donne in carcere*, Milano, Feltrinelli, 1992.

<sup>156</sup> Per un quadro dei legami che il boss latitante Matteo Messina Denaro ha intrattenuto con la famiglia e il gruppo sociale e territoriale di riferimento cfr. M. De Lucia-S. Palazzolo, *La Cattura*, Milano, Feltrinelli, 2023, p. 10 ss.

<sup>157</sup> A. Dino, *Il pensiero del padre. Emulazione, obbedienza, processi di identificazione tra i giovani che vivono in famiglie di mafia*, in *Svincolarsi dalle Mafie. Pratiche educative con i minori coinvolti nella criminalità organizzata*, a cura di I. Mastropasqua-M.G. Branchi, Roma, Gangemi, 2012, p. 45 ss.

<sup>158</sup> G. Lo Verso, *La “mafia dentro”*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 27 ss.

<sup>159</sup> Cfr. W. Damon-J. Menon-K. Cotton Bronk, *The Development of Purpose During Adolescence*, London, Routledge, 2003, p. 119 ss.; S. Gaston, *The Long-term Effects of Parental Incarceration: Does Parental Incarceration in Childhood or Adolescence Predict Depressive Symptoms in Adulthood?*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2016, 43(8), p. 1056 ss.

<sup>160</sup> In chiave di sintesi *Handbook of Prison and the Family*, ed. by M. Hutton-D. Moran, London, Springer, 2019.

<sup>161</sup> P. Grossi, *Sistema moderno delle fonti e esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2021, p. 165, nota 21, afferma che la dignità, «di cui è innervata tutta la Costituzione, non attiene a modelli ma a uomini storicamente concreti, immersi nell'attualità del quotidiano»; sul versante della sanzione, E. Dolcini, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1668 e Id., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 3 ss. L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 2021.



visorio di vetro, e imponendo di assicurare ai due “soggetti” della relazione familiare il contenimento nel minimo dei danni “simbiotici” sviluppati dal carcere.

A vantaggio del ristretto – dall'altra parte del muro di vetro – c'è la rieducazione (e non la mera retribuzione) da realizzare anche attraverso il mantenimento dei legami pregressi, senza cedere del tutto le armi ai generali automatismi legati alla difesa sociale o alla sicurezza; senza fare prevalere, cioè, quella “supremazia” che giustifica la costruzione del rapporto istituzione-detenuto in termini di “soggezione speciale” e negazione corrispondente della titolarità dei diritti dei ristretti<sup>162</sup>.

A vantaggio del minore – da questa parte del muro vitreo – c'è il più complesso tentativo di assicurarsi la crescita, attraverso una vita familiare e sociale serena, che è fondamentale nella formazione della sua personalità.

Serve per questi obiettivi abbandonare, anche se solo per un attimo, le fredde caselle del diritto, guardando a quanto chiarito dalla società italiana di pediatria sui benefici fisici che l'abbraccio a tutte le età stimola. Si apprende infatti del rilascio di ossitocina, dopamina, serotonina ed endorfine<sup>163</sup>, tale da migliorare l'umore, apportare una sensazione di benessere e felicità, attenuare l'ansia, fornire un supporto psico-sociale che allevia la tensione sia interpersonale che nei confronti di determinati eventi, incrementare l'autostima. Le sensazioni di affetto e vicinanza empatica stimulate dall'abbraccio agiscono insomma come un farmaco che attraverso la positiva reazione fisiologica rafforza il legame con la persona vicina, riducendo persino la suscettibilità alle infezioni e l'influenza di fattori stressogeni.

Indicazioni cliniche preziose, secondo i condivisibili approcci che auspicano dialoghi sempre più frequenti fra diritto e scienze cognitive<sup>164</sup>, a completamento del tratteggiato quadro normativo e giurisprudenziale, che appare così ancora più inequivocabile nel tratteggiare i caratteri della detenzione umana e del diritto del bambino di diventare adulto anche in virtù del mantenuto legame affettivo con il padre o il nonno ristretto, oltre al muro di vetro<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> M. Ruotolo, *Per una cultura costituzionale della pena*, in *Federalismi*, 2023, 24, p. viii; L. Pace, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, p. 1 ss.

<sup>163</sup> <https://sip.it/2023/01/20/lincredibile-e-non-scontato-potere-di-un-abbraccio-sul-benessere-mentale-lautostima-e-la-salute-dei-bambini/#:~:text=migliora%20l'umore%2C%20apportando%20una,eventi%20%5B11%2D13%5D>.

<sup>164</sup> Sul rilievo delle emozioni nel rivoluzionare le categorie penalistiche O. Di Giovine, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 144 ss.

<sup>165</sup> Suggestioni nel racconto di V. Tasic, *Il muro di vetro*, trad. A. Vuco, Roma, Ensemble, 2016.

## Perquisizione e sequestro di corrispondenza telematica nei confronti dei membri del Parlamento

---

### CORTE COSTITUZIONALE, SENT. 27 LUGLIO 2023, N. 170; PRES. SCIARRA – REL. MODUGNO

La Corte costituzionale: 1) dichiara che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze acquisire agli atti del procedimento penale iscritto al n. 3745 del registro generale delle notizie di reato del 2019, sulla base di decreti di perquisizione e sequestro emessi il 20 novembre 2019, corrispondenza riguardante il senatore Matteo Renzi, costituita da messaggi di testo scambiati tramite l'applicazione WhatsApp tra il senatore Renzi e V.U.M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018, e tra il senatore Renzi e M.C. nel periodo 12 agosto 2018-15 ottobre 2019, nonché da posta elettronica intercorsa fra quest'ultimo e il senatore Renzi, nel numero di quattro missive, tra il 1° e il 10 agosto 2018;

2) annulla, per l'effetto, il sequestro dei messaggi di testo scambiati tra il senatore Matteo Renzi e V.U.M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018;

3) dichiara che spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze acquisire agli atti del procedimento penale n. 3745/2019 R.G.N.R., tramite decreto di acquisizione emesso l'11 gennaio 2021, l'estratto del conto corrente bancario personale del senatore Matteo Renzi relativo al periodo 14 giugno 2018-13 marzo 2020.

---

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1.– Con ricorso depositato l'11 maggio 2022 (reg. confl. poteri n. 10 del 2022), il Senato della Repubblica ha promosso conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze, per avere quest'ultima acquisito agli atti del procedimento penale iscritto al n. 3745 del registro generale delle notizie di reato del 2019, pendente nei confronti del senatore Matteo Renzi e di altri soggetti, corrispondenza scritta riguardante il medesimo senatore Renzi senza previa autorizzazione del Senato (in quanto mai richiesta), menomando con ciò le attribuzioni garantite a quest'ultimo dall'art. 68, terzo comma, della Costituzione.

1.1.– Premesso che il senatore Renzi era in carica dal 9 marzo 2018, data della proclamazione, e che da tale data dunque fruiva della prerogativa di cui al citato art. 68, terzo comma, Cost., il ricorrente deduce che, nell'ambito dell'attività investigativa relativa al procedimento penale d'anzì indicato, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ha in particolare acquisito, attraverso il sequestro di dispositivi mobili di comunicazione appartenenti a terzi, messaggi di testo scambiati tramite l'applicazione WhatsApp (d'ora in avanti, per brevità, anche: «messaggi WhatsApp») tra il senatore Renzi e V. U. M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018, e tra il senatore Renzi e M. C. nel periodo 12 agosto 2018-15 ottobre 2019, nonché corrispondenza intercorsa tramite e-mail fra questi ultimi, nel numero di quattro missive, tra il 1° e il 10 agosto 2018.

A mezzo di decreto di acquisizione, la Procura ha inoltre acquisito l'estratto del conto corrente bancario personale del senatore Renzi relativo al periodo 14 giugno 2018-13 marzo 2020. Tutto ciò emergerebbe dai documenti allegati alla relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del 14 dicembre 2021, doc. XVI, n. 9, approvata dall'Assemblea il 22 febbraio 2022, e prodotti unitamente al ricorso.

1.2.– Dopo aver rilevato come, alla luce della giurisprudenza di questa Corte, debbano ritenersi sussistenti i requisiti, soggettivi e oggettivi, di ammissibilità del conflitto, il ricorrente assume che la Procura fiorentina, procedendo al sequestro del materiale d'anzì indicato senza chiedere preventivamente l'autorizzazione del Senato ai sensi dell'art. 68, terzo comma, Cost. e dell'art. 4 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di pro-

cessi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), avrebbe violato la sfera delle attribuzioni di quest'ultimo potere dello Stato.

La nozione di «corrispondenza», richiamata dalle disposizioni ora citate, si presterebbe infatti a comprendere, oltre alla tradizionale corrispondenza cartacea recapitata a mezzo del servizio postale e telegrafico (divenuta ormai «statisticamente minoritari[a]»), anche i messaggi scritti scambiati attraverso strumenti di tipo informatico e telematico: messaggi assistiti dalla medesima garanzia di segretezza, assicurata dalle credenziali di accesso riservate per la corrispondenza elettronica e dalla disponibilità esclusiva, in capo ai corrispondenti, dei dispositivi elettronici utilizzati per lo scambio dei messaggi di testo.

L'assimilabilità dei due strumenti, che assolvono alla medesima funzione comunicativa per iscritto, sarebbe stata, d'altro canto, costantemente riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha sempre ritenuto riferibile la nozione di «corrispondenza», di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla posta elettronica e ai messaggi scambiati via internet, così come ai dati memorizzati nei server informatici, negli hard disk e negli altri dispositivi di memorizzazione.

Nel diritto interno, inoltre, la legge 23 dicembre 1993, n. 547 (Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica), sostituendo il quarto comma dell'art. 616 del codice penale, ha espressamente equiparato la corrispondenza informatica o telematica alla corrispondenza epistolare e telegrafica: ciò, al fine di non sottrarre al sistema di tutela della legge ordinaria forme di comunicazione rientranti nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., che qualifica come inviolabili la libertà e la segretezza della corrispondenza.

La Costituzione non poteva occuparsi della corrispondenza informatica e telematica solo per ragioni di carattere storico, e non certo di differenziazione di disciplina. Sia nell'art. 15 Cost., sia nell'art. 68, terzo comma, Cost., il termine «corrispondenza» è peraltro utilizzato senza alcuna specificazione, prestandosi, quindi, ad essere riferito ad ogni forma di comunicazione divenuta praticabile a seguito dell'evoluzione tecnologica.

1.3.– La giurisprudenza di legittimità ha, d'altro canto, chiarito quale sia l'elemento che, con riguardo alla trasmissione di dati e informazioni tramite canali elettronici, distingue la presa di cognizione della corrispondenza dall'intercettazione. Nel delineare i rapporti tra il delitto di cui all'art. 616 cod. pen. (che punisce l'acquisizione illecita del contenuto della corrispondenza, anche informatica e telematica) e quello di cui al successivo art. 617-quater (che sanziona l'intercettazione delle comunicazioni informatiche o telematiche), la Corte di cassazione ha, infatti, affermato che quest'ultima figura criminosa è riferibile alla comunicazione nel suo momento "dinamico", ossia in fase di transizione, mentre la prima concerne la comunicazione nel suo profilo "statico", ossia il pensiero già comunicato o da comunicare fissato su supporto fisico o altrimenti rappresentato in forma materiale.

Tale considerazione renderebbe palese come non siano idonei a porre in discussione la ricostruzione dianzi prospettata gli argomenti addotti dalla giurisprudenza di legittimità al fine di ritenere inapplicabile l'art. 254 del codice di procedura penale al sequestro di posta elettronica e messaggistica di testo: argomenti con i quali essa sembrerebbe negare la natura di corrispondenza a quella elettronica, qualificandola come documento, ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. A prescindere dal fatto che anche la corrispondenza cartacea ha natura di documento, sicché l'una qualificazione non è affatto incompatibile con l'altra, occorrerebbe considerare che l'art. 254 cod. proc. pen. non esaurisce la disciplina del sequestro di corrispondenza, ma si occupa esclusivamente di quello che interviene quando la stessa è in transito dal mittente al destinatario, determinando così una interruzione del flusso informativo; laddove, invece, la corrispondenza già recapitata può formare oggetto di sequestro documentale presso il destinatario ai sensi del precedente art. 253 cod. proc. pen. Ciò, in perfetta analogia con la distinzione, dianzi ricordata, tra profilo dinamico e profilo statico della comunicazione.

1.4.– In ogni caso, le previsioni legislative ora ricordate e la loro interpretazione giurisprudenziale non potrebbero essere utilizzate a sostegno di una lettura limitativa della nozione di corrispondenza rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali. Come ripetutamente rilevato da questa Corte, infatti, sono le norme legislative a dover essere osservate alla luce della Costituzione, e non già quest'ultima alla stregua di ciò che stabilisce la disciplina legislativa.

La prospettiva interpretativa che intendesse circoscrivere la garanzia prevista dall'art. 68 Cost. e dall'art. 4 della legge n. 140 del 2003 alla sola corrispondenza cartacea, non solo non risulterebbe suf-

fragata da alcun argomento letterale, logico-sistematico o teleologico, ma avrebbe esiti del tutto irrazionali. Nell'attuale momento storico, che vede lo strumento postale novecentesco del tutto recessivo, sottrarre alla protezione costituzionale la corrispondenza elettronica significherebbe svuotare di contenuto la prerogativa parlamentare, subordinando, altresì, l'attivazione di quest'ultima al dato casuale del carattere cartaceo o elettronico dello strumento di corrispondenza prescelto dal singolo parlamentare.

1.5.– Neppure, poi, sarebbe possibile sostenere che la corrispondenza cessa di essere tale una volta che sia giunta a conoscenza del destinatario: prospettiva nella quale l'art. 15 Cost. si limiterebbe a tutelare unicamente la corrispondenza in transito.

Una simile tesi consentirebbe l'aggiramento degli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost., giacché a tale stregua sarebbe sufficiente attendere la consegna della comunicazione al destinatario per poterne acquisire mezzo e contenuto. La dottrina – sottolinea il ricorrente – ha, per contro, da tempo sostenuto che le garanzie di libertà e segretezza della corrispondenza perdurano sino a quando non perda attualità il sotteso interesse e che il regime giuridico di cui all'art. 15 Cost. viene meno solo allorché vi consentano entrambe le parti del rapporto comunicativo.

Ciò – rileva ancora il ricorrente – senza considerare che, essendo la garanzia di cui all'art. 68, terzo comma, Cost. volta a proteggere l'autonomia e l'indipendenza decisionale delle Camere rispetto ad invadenze di altri poteri, tale invadenza permane – e a maggior ragione – una volta che il testo è stato letto.

1.6.– Secondo il ricorrente, nemmeno l'estratto del conto corrente bancario del senatore Renzi avrebbe potuto essere acquisito senza la previa autorizzazione del Senato.

Con tale documento la banca comunica, infatti, al cliente dati riservati, quali le operazioni di dare e di avere compiute in un determinato periodo, con indicazione dei destinatari e delle causali, le quali rivelano contratti, obbligazioni e rapporti. Esso pure, quindi, rientrerebbe nell'ambito della corrispondenza tutelata dall'art. 15 Cost. e, a maggior ragione, dall'art. 68, terzo comma, Cost.

1.7.– La procedura prevista dall'art. 4 della legge n. 140 del 2003 risulterebbe, per altro verso, applicabile – contrariamente a quanto sostiene la Procura di Firenze – anche quando la corrispondenza elettronica venga reperita, come nel caso in esame, su un telefono cellulare appartenente a un terzo non parlamentare.

In un precedente caso simile, la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano – rilevata la presenza, su un dispositivo mobile sequestrato a un soggetto estraneo al Parlamento, di corrispondenza elettronica diretta a, e proveniente da, un senatore – aveva, in effetti, correttamente richiesto all'Assemblea di appartenenza di autorizzare il sequestro del telefono portatile anche con riferimento alle conversazioni telefoniche e alla messaggistica riguardanti il senatore (relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del 13 novembre 2019, doc. IV, n. 4-a).

Questa Corte avrebbe fornito, d'altro canto, chiare indicazioni al riguardo, rilevando che l'art. 68, terzo comma, Cost. «vieta di sottoporre ad intercettazione, senza autorizzazione, non le utenze del parlamentare, ma le sue comunicazioni: quello che conta – ai fini dell'operatività del regime dell'autorizzazione preventiva stabilito dall'art. 68, terzo comma, Cost. – non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine. Se quest'ultimo è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi». In altri termini, «[l]a disciplina dell'autorizzazione preventiva, dettata dall'art. 4 [della legge n. 140 del 2003], deve ritenersi destinata [...] a trovare applicazione tutte le volte in cui il parlamentare sia individuato in anticipo quale destinatario dell'attività di captazione, ancorché questa abbia luogo monitorando utenze di diversi soggetti» (è citata la sentenza n. 390 del 2007).

Tali indicazioni, rese in relazione alla materia delle intercettazioni, sarebbero vevoli anche in rapporto al sequestro di corrispondenza. Esse sono, infatti, riferite alla prerogativa parlamentare di cui all'art. 68, terzo comma, Cost. nella sua interezza.

Nella specie, che l'atto di indagine fosse volto ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare emergerebbe chiaramente dai decreti di perquisizione e sequestro emessi il 20 novembre 2019 dalla Procura della Repubblica di Firenze nei confronti di V. U. M. e M. C. Tali provvedimenti fanno, infatti, riferimento alla necessità di acquisire documentazione di dettaglio relativa ai rapporti economici tra la Fondazione Open e i soggetti privati suoi finanziatori, sulla base dell'ipotesi investigativa che quest'ultima abbia «rimborsato spese a parlamentari» e «messo a loro disposizione carte di credito e banco-

mat», in violazione della disciplina sul finanziamento dei partiti politici. Tale attività sarebbe stata posta in essere a favore di strutture di riferimento di soggetti politici coinvolti nelle consultazioni cosiddette primarie del Partito democratico nel 2012 e nel «comitato per Matteo Renzi segretario». Risulterebbe, di conseguenza, «plateale e incontestabile» che gli atti di indagine mirassero a penetrare nella sfera delle comunicazioni di membri delle Assemblee parlamentari, e in particolare del senatore Renzi.

2.– Il conflitto è stato dichiarato ammissibile da questa Corte con ordinanza n. 261 del 2022, «impregiudicata ogni ulteriore questione, anche in punto di ammissibilità».

3.– Si è costituita in giudizio la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, la quale ha chiesto che il ricorso venga respinto o dichiarato eventualmente inammissibile.

3.1.– La resistente muove, nelle sue difese, da una preliminare, analitica ricostruzione degli sviluppi del procedimento penale che ha dato origine al conflitto, ponendo in evidenza come originariamente l'indagine non riguardasse, né la Fondazione Open, né il senatore Renzi e altre persone collegate alla Fondazione, ma li abbia coinvolti solo in un momento successivo, a seguito dell'individuazione di talune movimentazioni bancarie verso la prima, le quali avevano fatto emergere l'ipotesi investigativa che, per il tramite della Fondazione – qualificabile come articolazione politico-organizzativa del Partito democratico (e segnatamente della "corrente" facente capo al Renzi) –, fossero state effettuate erogazioni economiche atte ad integrare il reato di finanziamento illecito di partiti politici (art. 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, recante «Contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici», e art. 4 della legge 18 novembre 1981, n. 659, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 2 maggio 1974, n. 195, sul contributo dello Stato al finanziamento dei partiti politici»). Concluse le indagini preliminari, per tali fatti era stato poi chiesto, il 1° febbraio 2022, il rinvio a giudizio degli indagati.

3.2.– Ciò premesso, la resistente osserva che – come lo stesso ricorrente riconosce – le attività investigative che hanno dato origine al conflitto non sono riconducibili al concetto di «intercettazione»: concetto che, come puntualizzato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, designa l'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio.

E-mail, messaggi WhatsApp e estratti di conto corrente bancario non potrebbero, peraltro, essere neppure ricondotti – contrariamente a quanto assume il Senato – al concetto di «corrispondenza».

La giurisprudenza di legittimità – ricorda la resistente – è, infatti, costante nell'affermare che i dati informatici conservati nella memoria di un telefono cellulare – SMS (Short Messages System), messaggi WhatsApp e di posta elettronica – hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., sicché la relativa acquisizione non soggiace, né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche. Ai testi in questione non sarebbe applicabile, in particolare, la disciplina dettata dall'art. 254 cod. proc. pen. per il sequestro di corrispondenza, in quanto la nozione di «corrispondenza» implica un'attività di spedizione in corso, o, comunque sia, avviata dal mittente mediante la consegna a terzi per il recapito.

Tale ricostruzione si porrebbe in linea di continuità con la tesi sostenuta dalla dottrina, secondo la quale il messaggio comunicativo, una volta che il destinatario ne abbia preso conoscenza, cessa di essere «corrispondenza», sicché la sua segretezza sarebbe tutelata, non più dall'art. 15 Cost., ma da altre norme (quali quelle che garantiscono la libertà personale, la libertà domiciliare, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di proprietà e via dicendo) e, quindi, in ambito processuale, dalla disciplina delle ispezioni, delle perquisizioni personali e domiciliari e dell'acquisizione delle prove.

Nel ricorso, il Senato avrebbe ripreso la diversa tesi dottrinale in base alla quale la protezione costituzionale della libertà di comunicazione non si esaurirebbe con la ricezione del messaggio, ma si protrarrebbe nel tempo fin quando il mittente e il destinatario lo considerano attuale. Tale tesi, peraltro, da un lato, rischierebbe di estendere eccessivamente la nozione di corrispondenza; dall'altro, sarebbe fonte di incertezza nell'applicazione delle norme che a tale nozione si richiamano. Non si comprenderebbe, in effetti, perché, mentre il codice di rito configura il «sequestro di corrispondenza» con esclusivo riferimento a comunicazioni "in transito", l'art. 4 della legge n. 140 del 2003 vi dovrebbe ricomprendere anche la corrispondenza giunta presso il destinatario. Tanto più, poi, che, con riguardo allo specifico profilo che qui viene in considerazione, ritenere corrispondenza del parlamentare anche quella spedita significherebbe paralizzare le operazioni di ricerca della prova anche in capo a soggetti che parlamentari non sono, per il solo fatto che essi corrispondano con membri del Parlamento.

3.3.– A maggior ragione, poi – secondo la resistente – non potrebbe essere ricondotto al concetto di corrispondenza l’estratto di conto corrente bancario, trattandosi di documento che non nasce per essere trasmesso, pur potendolo essere, ma che ha la funzione di riepilogo – per la stessa banca che lo elabora, così come per l’intestatario o altri soggetti – di operazioni dispositive in entrata o in uscita.

Se bastasse la potenziale trasmissibilità di un documento per ricondurlo alla nozione di corrispondenza, si dovrebbe pervenire all’inaccettabile conclusione che l’acquisizione di qualsiasi scritto – come un’agenda, un diario o persino un libro –, semplicemente perché inserito all’interno di un plico, resta sottoposta alle regole sul sequestro di corrispondenza anche una volta conclusa la fase dinamica della spedizione.

Di là, peraltro, dal rilievo che, non trattandosi di corrispondenza, nessun sequestro doveva essere autorizzato, l’autorizzazione della Camera di appartenenza non poteva ritenersi comunque sia necessaria, in quanto il provvedimento sulla cui base il documento è stato acquisito, emesso l’11 gennaio 2021, non consisteva in un decreto di sequestro ai sensi dell’art. 253 cod. proc. pen., né in una richiesta di consegna ai sensi dell’art. 248 cod. proc. pen., rivolta ad un istituto bancario, e non aveva neppure ad oggetto l’estratto di conto corrente. Si trattava, invece, di un decreto di acquisizione emesso ai sensi dell’art. 38, comma 3, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione), avente ad oggetto le segnalazioni di operazioni bancarie sospette concernenti altro indagato, inviate dall’Unità d’informazione finanziaria (UIF) al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza di Roma, in allegato alle quali figurava l’estratto del conto corrente intestato a Matteo Renzi: estratto frutto di interrogazione operata dall’UIF direttamente sulle banche dati nella sua disponibilità istituzionale.

3.4.– Ove pure, peraltro, si volesse riconoscere al materiale in questione la natura di «corrispondenza», la tesi del ricorrente, secondo cui il sequestro del materiale stesso avrebbe dovuto essere preventivamente autorizzato dalla Camera di appartenenza del senatore Renzi, apparirebbe comunque sia fallace. Essa poggierebbe, infatti, su una ricostruzione inesatta del sistema delle autorizzazioni, preventive e successive, di cui agli artt. 4 e 6 della legge n. 140 del 2003.

Al riguardo, la Procura fiorentina ricorda come questa Corte abbia chiarito, nella sentenza n. 390 del 2007 – con particolare attenzione alla materia delle intercettazioni, ma con rilievi che si estendono all’intero art. 68, terzo comma, Cost. (e quindi anche al sequestro di corrispondenza) – che la previsione della citata norma costituzionale risulta interamente soddisfatta, a livello di legge ordinaria, dalla disciplina dell’autorizzazione preventiva, di cui all’art. 4 della legge n. 140 del 2003, la quale deve ritenersi destinata a trovare applicazione tutte le volte in cui il parlamentare sia individuato in anticipo quale destinatario dell’attività di captazione, ancorché questa abbia luogo monitorando utenze di altri soggetti (cosiddette intercettazioni “indirette”).

La disciplina dell’autorizzazione successiva per l’utilizzazione processuale delle risultanze dell’atto, prevista dall’art. 6 della legge n. 140 del 2003 in rapporto alle intercettazioni cosiddette “casuali”, non potrebbe invece ritenersi costituzionalmente imposta, ma rappresenterebbe un’addizione rispetto a quanto richiesto dalla norma costituzionale: tant’è che essa è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, quanto alle previsioni dei commi 2, 5 e 6, nella parte in cui le stesse erano rese applicabili anche nei casi in cui le intercettazioni dovessero essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dai membri del Parlamento, le cui conversazioni o comunicazioni fossero state intercettate; restando aperto il problema se analoga conclusione valga laddove le si intenda utilizzare nei confronti dello stesso parlamentare.

Ciò premesso, la resistente osserva che l’art. 4 della legge n. 140 del 2003, in puntuale aderenza al disposto dell’art. 68, terzo comma, Cost., include tra gli atti di indagine soggetti ad autorizzazione preventiva anche il sequestro di corrispondenza. Tuttavia – e in ciò risiederebbe l’errore sostanziale del ricorrente – l’autorizzazione parlamentare concerne l’esecuzione degli atti di indagine contemplati nell’ordinamento: dunque, nella specie, del decreto di sequestro disposto ai sensi dell’art. 254 cod. proc. pen. (per la corrispondenza “in transitu”), ovvero – se si accedesse alla prospettazione del Senato – del decreto di sequestro disposto ai sensi dell’art. 253 cod. proc. pen. (quanto a e-mail e messaggi WhatsApp già visualizzati dal destinatario).

Nel sostenere che il pubblico ministero avrebbe dovuto chiedere un'autorizzazione all'esecuzione del decreto di sequestro di documenti conservati all'interno di apparecchi mobili di persone non appartenenti al Parlamento, il Senato confonderebbe l'esecuzione dell'atto di indagine con l'utilizzazione dei risultati dello stesso (ossia con la possibilità, una volta scaricata la corrispondenza dal dispositivo mobile, di impiegare nel procedimento penale il materiale acquisito).

In base alla normativa – costituzionale e ordinaria – vigente, l'obbligo di richiedere l'autorizzazione preventiva sussiste solo ove l'atto di indagine (il sequestro del dispositivo e della corrispondenza ivi memorizzata) sia eseguito nei confronti del parlamentare, e quindi o direttamente presso di lui, ovvero – in base allo sviluppo della giurisprudenza costituzionale – presso un terzo che possa essere qualificato come suo «interlocutore abituale»: qualifica, quest'ultima, da interpretare, peraltro, in senso fortemente restrittivo – e, in particolare, come limitata a diretti collaboratori del membro del Parlamento e ad alcuni suoi stretti congiunti – per non determinare una abnorme sottrazione alle garanzie dello Stato di diritto.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Senato, tale ipotesi non ricorrerebbe nel caso in esame. Non si stava, infatti, eseguendo alcuna attività investigativa nei confronti di un parlamentare, né la Procura della Repubblica aveva elementi per ritenere che V. U. M. e M. C. intrattenessero rapporti di corrispondenza con il senatore Renzi, non potendo gli stessi essere identificati come interlocutori abituali del parlamentare. D'altronde, come in precedenza rappresentato, l'indagine avrebbe coinvolto la Fondazione Open e le persone che gravitavano intorno ad essa solo in un secondo momento, il che escluderebbe qualsiasi intento persecutorio nei confronti del senatore Renzi.

3.5.– Escluso, dunque, che la Procura fosse tenuta a richiedere un'autorizzazione preventiva, essa non poteva neppure ritenersi obbligata a richiedere un'autorizzazione successiva ai fini dell'utilizzazione della corrispondenza acquisita fortuitamente.

L'art. 6 della legge n. 140 del 2003 – norma sulla quale graverebbe, peraltro, un forte sospetto di illegittimità costituzionale anche per la parte residua, relativa all'utilizzazione degli elementi di prova nei confronti del parlamentare – prevede, infatti, l'autorizzazione in rapporto ai verbali di registrazione delle conversazioni e comunicazioni intercettate, nonché ai tabulati di comunicazioni acquisiti, ma non pure in rapporto al sequestro di corrispondenza: né, d'altra parte, la necessità dell'autorizzazione all'utilizzazione di quest'ultima potrebbe essere ricavata in via analogica, trattandosi di norma eccezionale e come tale di stretta interpretazione.

3.6.– Ma quando pure si ritenesse, in via di mera ipotesi, che nella fattispecie considerata possa trovare applicazione il regime dell'autorizzazione successiva, di cui all'art. 6 della legge n. 140 del 2003, il conflitto sarebbe inammissibile, in quanto proposto contro un soggetto diverso da quello cui è attribuito il potere di cui si lamenta il cattivo esercizio.

Il compito di richiedere l'autorizzazione in questione è specificamente attribuito, infatti, dal comma 2 del citato art. 6, al giudice per le indagini preliminari: il che renderebbe la Camera di appartenenza del parlamentare incompetente a deliberare, giacché nel momento in cui il procedimento è stato avviato ed espletato vi era stato soltanto l'intervento del pubblico ministero.

4.– In prossimità dell'udienza pubblica, il Senato della Repubblica ha depositato memoria, con la quale ha replicato agli argomenti della controparte, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

4.1.– Il ricorrente contesta, anzitutto, la tesi della Procura stando alla quale le e-mail e i messaggi di testo (SMS e WhatsApp) non costituirebbero corrispondenza, ma meri documenti, essendo la nozione di corrispondenza riferibile solo ad una attività di spedizione in corso.

L'indirizzo della giurisprudenza di legittimità penale evocato dalla resistente a sostegno del suo assunto non sarebbe, in effetti, per nulla monolitico. Nella perimetrazione del reato di violazione, sottrazione e soppressione della corrispondenza, di cui all'art. 616 cod. pen., la stessa Corte di cassazione non ha, infatti, compreso l'oggetto della tutela penale alla sola corrispondenza in transito, ma ha associato l'inviolabilità penalmente sanzionata al concetto di «busta chiusa», che per la corrispondenza digitale si identifica nella criptazione del documento elettronico ad uso esclusivo del destinatario: donde la ritenuta configurabilità del reato nel caso in cui venga presa cognizione della corrispondenza telematica conservata nell'archivio di posta elettronica.

L'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla Procura si riferisce, in ogni caso, a dati informativi contenuti nella memoria del telefono di privati cittadini, ai fini della valutazione circa la legittimità

della loro acquisizione probatoria. In questa sede, si discute invece di comunicazioni di un membro del Parlamento, rispetto alle quali vengono in rilievo specifiche e ulteriori esigenze costituzionali. Come chiarito dalla citata sentenza n. 390 del 2007, la garanzia prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost. è, infatti, strumentale alla salvaguardia delle funzioni parlamentari, mirando ad evitare che intercettazioni o sequestri di corrispondenza siano indebitamente finalizzati ad incidere sul mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività. Tali esigenze non verrebbero meno a fronte del fatto che il messaggio è stato letto, tanto più che esso rimane criptato e conservato all'interno dell'apparecchio, così come avverrebbe nell'ipotesi di corrispondenza cartacea ove la busta, dopo l'apertura, venga di nuovo sigillata dal ricevente.

La tesi della Procura si porrebbe d'altronde in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU – della quale la memoria offre una rassegna – la quale, nell'interpretazione dell'art. 8 CEDU, avrebbe offerto una interpretazione della nozione di corrispondenza non limitata al momento del flusso, includendovi anche la posta elettronica e la messaggistica istantanea già ricevute dal destinatario. Anche la Corte di cassazione civile apparirebbe, d'altronde, orientata nella medesima direzione.

4.2.– L'opinione dottrinale richiamata dalla Procura a sostegno del suo assunto – secondo cui la tutela prevista dall'art. 15 Cost. verrebbe meno allorché il destinatario abbia preso conoscenza della comunicazione – risulterebbe, d'altro canto, avversata da una dottrina altrettanto autorevole, stando alla quale la tutela perdura dopo l'apertura della lettera e cessa solo quando quest'ultima perde di attualità per il decorso del tempo, assumendo un valore meramente affettivo, storico o collezionistico.

Nel caso in esame l'attualità non mancherebbe certamente, tanto che si tratta di materiale acquisito dal pubblico ministero in sede di indagini tese a dimostrare una sorta di rapporto osmotico tra la Fondazione Open e la "corrente" di partito politico di cui il senatore Renzi era leader. D'altra parte, che la messaggistica in questione sia attuale sarebbe dimostrato sia dal fatto stesso che, al momento dell'acquisizione da parte della polizia giudiziaria, i messaggi non erano stati cancellati dal titolare dell'utenza; sia, e soprattutto, dal fatto che essi attengono alle attività di un personaggio politico di primo piano, così che la loro conoscenza risulterebbe «attualissima nell'agone politico».

La tesi della trasformazione della corrispondenza in mero documento per effetto della sua lettura metterebbe in pratica nel nulla la tutela costituzionale nei confronti proprio delle forme di corrispondenza oggi più diffuse, come la posta elettronica e i servizi di messaggistica istantanea, al cui invio segue immediatamente la ricezione.

Dirimente, in questo campo, risulterebbe peraltro la sentenza n. 38 del 2019 di questa Corte, la quale ha riconosciuto che la garanzia prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost. si estende ai documenti che rivelano i dati estrinseci di una conversazione o di una comunicazione – quali, in specie, i tabulati telefonici – trattandosi di documenti già ricondotti dalla giurisprudenza costituzionale, per tutti i soggetti dell'ordinamento, alla sfera di protezione dell'art. 15 Cost. e idonei, al tempo stesso, a disvelare rapporti, anche istituzionali, di un membro del Parlamento, di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti anche altri parlamentari. Apparirebbe, in effetti, evidente che la «capacità intrusiva» della lettura di e-mail, messaggi WhatsApp e SMS sia assai più marcata di quella dell'acquisizione di tabulati. Non si tratta, infatti, di dati estrinseci da cui è possibile desumere semplicemente la durata, le utenze coinvolte e la localizzazione, ma di dati intrinseci, ossia del contenuto integrale delle comunicazioni: sicché la guarentigia parlamentare non potrebbe non comprendere anche la corrispondenza acquisita dopo il suo flusso, cioè nella fase statica. Ma anche a voler ammettere che i messaggi in questione siano meri dati esteriori e storici di una conversazione non più attuale, essi rientrerebbero, già solo per questo, sotto la copertura di cui all'art. 68, terzo comma, Cost.

4.3.– Quanto, poi, all'estratto di conto corrente bancario del senatore Renzi, nessun rilievo avrebbe la circostanza, dedotta dalla Procura, che l'acquisizione del documento sia avvenuta in forza di un decreto di acquisizione di segnalazioni di operazioni bancarie sospette, tra i cui allegati figurava l'estratto conto in questione.

Una lettura logica e sostanzialistica non potrebbe, infatti, non ricomprendere anche tale *modus procedendi* nell'area di tutela dell'art. 68, terzo comma, Cost.

L'art. 119 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) stabilisce, al comma 1, che «[n]ei contratti di durata i soggetti indicati nell'art. 115» (ovvero banche e intermediari finanziari) «forniscono al cliente, [...] alla scadenza del contratto e comunque al-



meno una volta all'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto»; mentre il comma 2 dispone che «[p]er i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile».

Si tratterebbe, quindi, di corrispondenza pronta ad essere inviata, e anzi da inviare obbligatoriamente al cliente: in altri termini, di un documento strutturato per destinazione come corrispondenza. La circostanza che l'acquisizione derivi dalle previsioni della normativa antiriciclaggio non farebbe d'altronde venir meno la garanzia costituzionale, una volta rilevato – come la Procura era in grado di fare agevolmente – chi fosse il titolare del conto corrente e quindi il destinatario della relativa comunicazione periodica.

4.4.– Sotto altro profilo, la tesi della Procura, che circoscrive l'ambito di applicazione dell'art. 68 Cost. alle sole indagini nei confronti dei parlamentari, risulterebbe del tutto disallineata rispetto alla distinzione, elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte, tra comunicazioni che riguardano direttamente un parlamentare, comunicazioni indirette e comunicazioni casuali o fortuite. In base a tale giurisprudenza, l'autorizzazione deve essere preventivamente richiesta non solo se l'atto d'indagine sia disposto nei confronti di utenze intestate al parlamentare o nella sua disponibilità (intercettazioni cosiddette "dirette"), ma anche tutte le volte in cui la captazione si riferisca a utenze di interlocutori abituali del parlamentare, o sia effettuata in luoghi presumibilmente da questo frequentati, al precipuo scopo di conoscere il contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni del parlamentare stesso (intercettazioni cosiddette "indirette").

La resistente restringe la cerchia degli «interlocutori abituali» ai «diretti collaboratori del parlamentare, coniuge e alcuni stretti familiari»: ma tale asserzione peccherebbe di «formalismo» – dimenticando che vi possono essere rapporti ben più stretti di quelli derivanti da vincolo di sangue o da un rapporto formale di lavoro dipendente – e sarebbe altresì smentita dagli atti redatti dalla stessa Procura.

Nel decreto di perquisizione del 25 novembre 2019 (emesso nei confronti di altro indagato) si commenta, infatti, una e-mail del 5 febbraio 2016, dalla quale emergerebbe come M. C. facesse parte della ristretta cerchia dei "fedelissimi" del senatore Renzi, fungendo anche da tramite per le comunicazioni con quest'ultimo dei finanziatori della Fondazione. I rapporti più che stretti fra i due sarebbero stati, d'altronde, di dominio pubblico, essendo agevolmente verificabili tramite una semplice ricerca in internet. Essi, inoltre, come risulterebbe dagli stessi messaggi, sarebbero stati caratterizzati da una confidenzialità, da una continuità e da una comunanza di intenti «che va sicuramente ben oltre la tipologia dei rapporti con i collaboratori e anche gli stretti familiari».

Secondo il ricorrente, appariva, quindi, evidente come sequestrare la corrispondenza di M. C. avrebbe significato entrare in contatto con quella con il senatore Renzi. Ma lo stesso discorso varrebbe anche quanto alla corrispondenza con U. M., finanziatore della Fondazione e legato da stretti rapporti di amicizia con il senatore Renzi anch'essi di pubblico dominio e palesati dal tono confidenziale degli stessi messaggi oggetto di acquisizione.

Al tempo stesso, sarebbe incontestabile che il bersaglio principale degli atti investigativi fosse proprio il senatore Renzi: il che emergerebbe con estrema chiarezza dagli stessi decreti di perquisizione, in quanto tutta l'indagine era volta a qualificare la Fondazione Open come articolazione di partito politico riferibile al senatore Renzi, finalizzata a sostenere e a reperire risorse per la sua azione politica; circostanza che troverebbe espressa conferma nei capi di imputazione formulati nella richiesta di rinvio a giudizio.

Diversamente da quanto opina la Procura, si sarebbe quindi di fronte a un caso del tutto analogo a quello, già richiamato nel ricorso, nel quale la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Milano aveva richiesto l'autorizzazione ad eseguire un sequestro di corrispondenza di un senatore (conversazioni telefoniche, messaggistica, mail e chat) contenuta nello smartphone di proprietà e in uso a un suo collaboratore, nell'ambito di un procedimento penale pendente nei confronti di entrambi: autorizzazione concessa dal Senato.

Non conferente sarebbe, poi, l'affermazione della Procura per cui risulterebbe «escluso qualsivoglia intento persecutorio nei confronti del sen. Renzi»: ciò in quanto l'autorizzazione preventiva deve esservi in ogni caso, spettando semmai alla Camera di appartenenza valutare l'esistenza o no di tale intento.

A maggior ragione ciò varrebbe quando, come nella specie, lo stesso parlamentare sia coindagato,

essendo tale circostanza – alla luce delle indicazioni della sentenza n. 114 del 2010 di questa Corte – un indice sintomatico del carattere non casuale dell'attività investigativa.

4.5.– Del tutto irrilevante sarebbe, infine, la tesi subordinata della Procura, in base alla quale, ove si ritenesse applicabile l'art. 6 della legge n. 140 del 2003, il conflitto sarebbe inammissibile, in quanto proposto contro un soggetto diverso da quello cui è attribuito il potere di cui si lamenta il cattivo esercizio.

Il Senato non ha inteso affatto invocare l'applicazione dell'art. 6, ma dell'art. 4 della citata legge, ossia dell'obbligo di autorizzazione preventiva: sicché ogni disquisizione sull'art. 6 risulterebbe inconfidente.

5.– Anche la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ha depositato memoria, insistendo affinché questa Corte riconosca la spettanza ad essa Procura del potere contestato, salva l'eventuale dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

5.1.– La memoria ribadisce, in primo luogo, l'impossibilità di ricondurre i messaggi di testo (SMS e WhatsApp) e le e-mail già pervenuti e letti dal destinatario alla nozione giuridica di corrispondenza.

Ritenere – come fa il ricorrente – che la corrispondenza resti tale fin tanto che il mittente e il destinatario considerino attuale l'atto comunicativo genererebbe, d'altro canto, una inaccettabile incertezza nell'applicazione delle norme che alla nozione di corrispondenza si richiamano: se la valutazione in ordine all'attualità del messaggio comunicativo rientra nella sfera psichica del mittente e del destinatario, sarebbe oltremodo problematico per il pubblico ministero procedere a determinare ex ante se, nel caso di specie, egli si trovi o meno in presenza di corrispondenza. Per giunta, in una simile prospettiva, i membri del Parlamento potrebbero sempre sottrarsi all'acquisizione del contenuto di un determinato atto comunicativo, anche quando sia decorso un considerevole lasso di tempo dall'esaurimento del processo comunicativo stesso.

Riguardo, poi, all'estratto di conto corrente, i riferimenti del Senato all'art. 119 t.u. bancario, nella parte in cui prevede l'invio periodico al cliente dell'estratto, non gioverebbero al fine di ricondurre quest'ultimo al concetto di corrispondenza, ma dimostrerebbero esattamente il contrario: e, cioè, che l'estratto conto esiste come documento a prescindere dal suo invio, con funzione di riepilogo – per la stessa banca che lo elabora, il correntista o altri soggetti – delle operazioni dispositive in entrata e in uscita.

5.2.– Peraltro, anche nell'ipotesi in cui l'acquisizione dei messaggi di testo, e-mail ed estratti di conto corrente fosse qualificata come sequestro di corrispondenza, il ricorso risulterebbe ugualmente non fondato.

In proposito, la Procura ribadisce come l'errore fondamentale, insito nella prospettazione del ricorrente, sia rappresentato dalla confusione tra l'esecuzione degli atti di indagine (nella specie, il decreto di sequestro documentale emesso ai sensi dell'art. 253 cod. proc. pen.) e l'utilizzazione nel processo delle loro risultanze (nella specie, del materiale acquisito sulla base dell'esecuzione del decreto stesso).

A tale riguardo, il riferimento del ricorrente alla vicenda che ha coinvolto il senatore A. S. sarebbe conferente, ma non probante. In quella occasione, infatti, la Procura di Milano avrebbe dovuto chiedere e ottenere l'autorizzazione prima dell'esecuzione del decreto di sequestro sul dispositivo del collaboratore del senatore A. S. (che risultava essere, in base ad elementi certi ed evidentemente noti alla Procura, un interlocutore abituale del parlamentare), e non già nel momento in cui la polizia giudiziaria, ad esecuzione in corso, si è imbattuta in messaggi scambiati con lo stesso. L'art. 4, comma 2, della legge n. 140 del 2003 stabilisce, infatti, che «[l']autorizzazione è richiesta dall'autorità che ha emesso il provvedimento da eseguire; in attesa dell'autorizzazione l'esecuzione del provvedimento rimane sospesa»: la sospensione di cui alla citata disposizione afferisce, dunque, alla fase procedurale intercorrente tra l'emissione del decreto di sequestro e l'inizio dell'esecuzione dello stesso, mentre non si dà alcun obbligo di sospensione dell'esecuzione dei decreti di sequestro una volta che quest'ultima abbia avuto inizio.

Neppure, d'altro canto, potrebbe venire in rilievo l'art. 6 della legge n. 140 del 2003, il quale non richiama il sequestro di corrispondenza tra i mezzi di ricerca della prova soggetti al regime dell'autorizzazione successiva ai fini dell'utilizzazione delle loro risultanze. Tale disposizione, in quanto norma eccezionale, derogatoria del principio di pari trattamento davanti alla giurisdizione, è d'altronde di stretta interpretazione e non suscettibile di estensione in via analogica a fattispecie non espressamente contemplate.

5.3.– Da ultimo, la Procura pone in risalto come, a seguito della revisione costituzionale operata dalla legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3 (Modifica dell'articolo 68 della Costituzione), non sia più prevista alcuna autorizzazione generalizzata allo svolgimento di indagini nei confronti di membri del Parlamento, rispetto ai quali debbono essere autorizzati solo alcuni atti, tra cui – per quanto qui interessa – quelli volti ad acquisire loro comunicazioni. In questa cornice, la “direzionalità” dell'attività investigativa dovrebbe essere quindi accertata con riguardo allo specifico atto di indagine e al contesto nel quale esso si inserisce. Di conseguenza, nell'ambito di un'indagine che coinvolga anche membri del Parlamento, la captazione di flussi comunicativi (nel caso delle intercettazioni) e l'acquisizione di corrispondenza (nel caso del sequestro di corrispondenza), effettuate a partire dall'utenza o dal dispositivo di un soggetto terzo, potrebbero bene avere luogo anche laddove il pubblico ministero precedente possa astrattamente ipotizzare che in tal modo ci si possa imbattere in comunicazioni o corrispondenza di parlamentari, salvo che il terzo sia qualificabile come interlocutore abituale di questi ultimi. Diversamente opinando, si verrebbe a ripristinare surrettiziamente una generalizzata autorizzazione preventiva allo svolgimento di indagini nei confronti dei parlamentari.

5.4.– Alla luce di tutto ciò, sarebbe giocoforza concludere che la Procura di Firenze – omettendo di richiedere l'autorizzazione preventiva all'esecuzione dell'atto di indagine, nonché quella successiva all'utilizzazione delle sue risultanze, acquisite “fortuitamente” – non ha posto in essere alcuna lesione delle prerogative parlamentari.

Dalla dettagliata esposizione dello svolgimento del procedimento penale contenuta nell'atto di costituzione emergerebbe, infatti, come l'indagine non fosse originariamente “diretta” nei confronti del senatore Renzi, e come gli specifici atti di indagine (decreti di perquisizione e sequestro) non fossero finalizzati ad acquisire dati informatici relativi a comunicazioni intercorse con lo stesso, tanto più che essi sono stati eseguiti su dispositivi in uso a terzi, i quali non vantavano relazioni giuridicamente qualificate con il parlamentare.

A ritenere diversamente, il pubblico ministero precedente avrebbe dovuto richiedere un'autorizzazione al Senato per l'esecuzione di intercettazioni o sequestri di corrispondenza su utenze o dispositivi di una amplissima platea di persone (ad esempio, tutti i membri degli organi del partito di cui il senatore Renzi era al tempo segretario).

Neppure, poi – come già posto in evidenza –, si potrebbe sostenere che, nel momento in cui ha fortuitamente rinvenuto comunicazioni con il senatore Renzi in sede di esecuzione dei decreti di sequestro, il pubblico ministero avrebbe dovuto interrompere l'attività di indagine, richiedendo un'autorizzazione preventiva del Senato all'esecuzione di un nuovo decreto di sequestro. Ciò che rileva, infatti, è solo la “direzionalità” dell'attività investigativa.

5.5.– Quanto, infine, all'eccezione di inammissibilità formulata dalla Procura nella parte conclusiva dell'atto di costituzione – sulla quale il Senato non ha ritenuto di dover svolgere specifiche contestazioni, reputando rilevante nella specie l'art. 4 e non l'art. 6 della legge n. 140 del 2003 – la resistente ribadisce che si tratta di ipotesi prospettata solo in via subordinata, condividendo che non debba farsi applicazione dell'art. 6, come, però, neppure dell'art. 4.

## CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Con ricorso depositato l'11 maggio 2022 (reg. confl. poteri n. 10 del 2022), il Senato della Repubblica ha promosso conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze, per avere quest'ultima acquisito agli atti del procedimento penale n. 3745/2019 R.G.N.R. corrispondenza scritta riguardante il senatore Matteo Renzi (in carica dal 9 marzo 2018) senza previa autorizzazione del Senato (in quanto mai richiesta), menomando con ciò le attribuzioni garantite a quest'ultimo dall'art. 68, terzo comma, Cost.

1.1.– Secondo quel che emerge dalle deduzioni e dalle produzioni documentali delle parti, il procedimento penale in questione – instaurato originariamente nei confronti di diversi soggetti e per differenti vicende – ha visto successivamente indagati il senatore Renzi e persone a lui collegate in relazione al sostegno economico prestato da una fondazione di diritto privato (la Fondazione Open), o per il tramite di essa, all'attività politica dello stesso senatore Renzi e della corrente del Partito democratico di cui egli era il massimo esponente: sostegno idoneo ad integrare – secondo l'ipotesi accusatoria – il delitto di finanziamento illecito di partiti politici.

Nel corso delle indagini, la Procura di Firenze ha proceduto a perquisizioni locali nei confronti di vari soggetti, finalizzate ad acquisire documentazione, anche informatica, sui rapporti economici della Fondazione Open. Tra i soggetti sottoposti a perquisizione figurano, in forza di due distinti decreti del 20 novembre 2019, M. C., membro del consiglio direttivo della Fondazione, e V. U. M., finanziatore della stessa (anche attraverso una società a lui riferibile).

In esito a tali atti investigativi, sono quindi stati sottoposti a sequestro probatorio, unitamente ad altri dispositivi informatici, i telefoni cellulari appartenenti a M. C. e a V. U. M. Nella memoria di tali telefoni risultavano, peraltro, conservati messaggi di testo scambiati tramite l'applicazione WhatsApp tra il senatore Renzi e V. U. M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018, e tra il senatore Renzi e M. C. nel periodo 12 agosto 2018-15 ottobre 2019, nonché posta elettronica intercorsa fra quest'ultimo e il senatore Renzi, nel numero di quattro missive, tra il 1° e il 10 agosto 2018.

Il ricorrente lamenta specificamente che le missive e i messaggi ora indicati siano stati acquisiti agli atti del procedimento senza previa autorizzazione di esso Senato. Lamenta, inoltre, che la Procura fiorentina – sempre senza esserne autorizzata – abbia acquisito, mediante decreto di acquisizione emesso l'11 gennaio 2021, l'estratto del conto corrente bancario personale del senatore Renzi relativo al periodo 14 giugno 2018-13 marzo 2020.

1.2.– Ad avviso del ricorrente, la nozione di «corrispondenza», richiamata senza alcuna specificazione dall'art. 68, terzo comma, Cost. e dalla disposizione attuativa di cui all'art. 4 della legge n. 140 del 2003, ricomprenderebbe indubbiamente anche i messaggi scritti scambiati attraverso strumenti elettronici, posti a disposizione dall'evoluzione tecnologica. La corrispondenza resterebbe, d'altro canto, tale anche dopo che è giunta a conoscenza del destinatario, fin tanto che essa conservi carattere di attualità. Costituirebbero pertanto «corrispondenza» anche i messaggi di posta elettronica e WhatsApp che, dopo la ricezione, restano conservati nella memoria del dispositivo mobile del mittente o del destinatario.

Ma anche l'estratto di conto corrente bancario rientrerebbe nell'ambito della corrispondenza coperta dalla prerogativa parlamentare, trattandosi di documento con il quale la banca comunica al cliente dati riservati, quali le operazioni di dare e avere compiute in un determinato periodo e le relative causali, che rivelano contratti, obbligazioni e rapporti.

Per altro verso, poi, sarebbe estensibile – secondo il Senato – al sequestro di corrispondenza il principio, affermato da questa Corte in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni dei membri del Parlamento, in forza del quale quello che conta, ai fini dell'operatività del regime di autorizzazione preventiva, non è la titolarità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto di indagine. Se questo è volto ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, anche se l'utenza sottoposta a controllo appartiene a un terzo.

Tale ipotesi ricorrerebbe nel caso di specie. I decreti di perquisizione e sequestro emessi nei confronti di M. C. e di V. U. M. erano, infatti, dichiaratamente volti a reperire elementi concernenti i rapporti economici della Fondazione Open, sulla base dell'ipotesi investigativa che, per suo tramite, fossero stati indebitamente finanziati esponenti del Partito democratico eletti in Parlamento. Risulterebbe quindi evidente come gli atti di indagine mirassero a penetrare nella sfera delle comunicazioni di questi ultimi, e in particolare del senatore Renzi, a sostegno della cui azione politica la Fondazione avrebbe precipuamente operato.

2.– Va anzitutto confermata, in punto di ammissibilità del conflitto, la sussistenza dei requisiti, soggettivo e oggettivo, previsti dall'art. 37, primo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), già dichiarata da questa Corte con l'ordinanza n. 261 del 2022, in sede di prima e sommaria delibazione.

Quanto, infatti, al requisito soggettivo, il Senato della Repubblica è legittimato ad essere parte del conflitto di attribuzione, essendo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere che esso impersona, in relazione all'applicabilità della prerogativa di cui all'art. 68, terzo comma, Cost. (ordinanze n. 276 e n. 275 del 2008; analogamente, quanto alla Camera dei deputati, ove ad essa appartenga il membro del Parlamento coinvolto, ordinanze n. 208 del 2022 e n. 327 del 2011).

Sussiste, del pari, la legittimazione passiva della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze. La giurisprudenza di questa Corte è, infatti, costante nel riconoscere la natura di potere dello Stato al pubblico ministero – e, in particolare, al procuratore della Repubblica (sentenza n. 1 del 2013, ordinanza n. 193 del 2018) – in quanto investito dell'attribuzione, costituzionalmente garantita, inerente

all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.), cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate (ex plurimis, sentenze n. 88 e n. 87 del 2012; ordinanze n. 273 del 2017, n. 217 del 2016, n. 218 del 2012): funzione con riferimento alla quale il pubblico ministero, organo non giurisdizionale, deve ritenersi competente a dichiarare definitivamente, in posizione di piena indipendenza, la volontà del potere giudiziario cui appartiene (sentenza n. 183 del 2017).

Per quel che attiene, poi, al requisito oggettivo, il ricorrente lamenta la lesione dell'attribuzione prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost., che richiede l'autorizzazione della Camera di appartenenza per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza: garanzia volta primariamente a proteggere l'autonomia e l'indipendenza decisionale delle Camere rispetto ad indebite invadenze di altri poteri, riverberando solo strumentalmente i suoi effetti a favore delle persone investite della funzione (sentenza n. 38 del 2019, ordinanza n. 129 del 2020; analogamente, sentenze n. 74 del 2013 e n. 390 del 2007).

3.- In via preliminare, va ulteriormente rilevato che alla data di deposito del ricorso (11 maggio 2022), uno degli atti all'origine del conflitto – segnatamente, il decreto di perquisizione e sequestro emesso il 20 novembre 2019 nei confronti di M. C. – era già stato annullato dalla Corte di cassazione.

Con sentenza 18 febbraio-30 marzo 2022, n. 11835, la sesta sezione penale – pronunciando sull'impugnazione avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Firenze che aveva confermato il decreto della Procura – ha, infatti, annullato l'ordinanza impugnata e il decreto stesso senza rinvio, disponendo la restituzione a M. C. non soltanto dei materiali sequestrati (tra cui il telefono cellulare), ma anche dei dati da essi estrapolati, senza trattenimento di alcuna copia da parte dell'organo inquirente.

Deve, tuttavia, escludersi che tale circostanza – sulla quale nessuna delle parti si è soffermata nei propri scritti defensionali – determini l'inammissibilità del conflitto in parte qua, per difetto di interesse attuale e concreto alla sua proposizione.

L'annullamento è stato, infatti, disposto per motivi che non attengono alle attribuzioni rivendicate con il conflitto. Il giudice di legittimità ha ritenuto, in sostanza, che non fosse stata offerta adeguata dimostrazione della sussistenza del *fumus commissi delicti*. La Procura aveva ritenuto configurabile a carico degli indagati il delitto di finanziamento illecito di partiti politici sul presupposto che la Fondazione Open avesse operato come «articolazione politico-organizzativa» del Partito democratico (e, in particolare, della corrente facente capo al senatore Renzi): ipotesi prospettabile – secondo la Corte di cassazione – solo nel caso in cui l'ente avesse deviato dagli scopi statuari ed esondato dall'ambito fisiologico delle attività delle fondazioni politiche, quale delineato dall'art. 5, comma 4, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 13 (Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore), nel testo vigente *ratione temporis*; del che non era stata data, peraltro, prova.

L'annullamento ha lasciato, quindi, persistere l'interesse del Senato a dirimere, comunque sia, l'incertezza circa la spettanza alla Procura del potere, in fatto esercitato, di acquisire i messaggi di testo scambiati in via telematica dal senatore Renzi con M. C. senza preventiva autorizzazione della Camera di appartenenza del primo.

4.- Passando, con ciò, all'esame del merito del conflitto, il primo e preliminare interrogativo al quale questa Corte si trova a dover dare risposta è se l'acquisizione, da parte della Procura della Repubblica di Firenze, dei materiali di cui si discute sia effettivamente riconducibile al paradigma del «sequestro di corrispondenza», ai fini dell'operatività della prerogativa parlamentare prefigurata dall'art. 68, terzo comma, Cost.

Il punto – sul quale le parti esprimono opinioni contrastanti – va esaminato in modo separato con riguardo ai messaggi di posta elettronica e WhatsApp, da un lato, e all'estratto di conto corrente bancario, dall'altro.

4.1.- Per quanto attiene ai primi, le parti concordano sul fatto che l'acquisizione di messaggi di posta elettronica e WhatsApp operata nel caso di specie non sia qualificabile come intercettazione.

L'affermazione è pienamente condivisibile. Non, però, per la ragione indicata nella relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari (doc. XVI, n. 9) e ripresa anche nel ricorso del Senato, stando alla quale il discrimen tra le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni e i sequestri di corrispondenza sarebbe segnato principalmente dalla forma della comunicazione: nel senso che le pri-

me avrebbero ad oggetto comunicazioni orali, mentre i secondi riguarderebbero comunicazioni scritte (siano esse di natura cartacea o telematica). In senso contrario, va infatti osservato che l'art. 266-bis cod. proc. pen. prevede espressamente che le intercettazioni possano avere ad oggetto anche flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (dunque, non orali); mentre, sul fronte opposto, tramite l'applicazione WhatsApp possono essere inviati anche messaggi orali, così come possono essere trasmessi mediante posta elettronica file audio contenenti comunicazioni orali. Stando alla tesi della Giunta del Senato, l'acquisizione di tali ultime comunicazioni dovrebbe costituire sempre intercettazione, e mai sequestro di corrispondenza: conclusione difficilmente accettabile.

La linea di confine tra le due ipotesi passa, in realtà, altrove. Come ricordato dalla resistente, le sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno chiarito che per «intercettazione» – fattispecie che il codice di procedura penale non definisce – deve intendersi (in conformità, peraltro, alla comune accezione del vocabolo) l'«apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio» (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 28 maggio-24 settembre 2003, n. 36747).

Affinché si abbia intercettazione debbono quindi ricorrere, per quanto qui più interessa, due condizioni. La prima è di ordine temporale: la comunicazione deve essere in corso nel momento della sua captazione da parte dell'extraneus; questa deve cogliere, cioè, la comunicazione nel suo momento «dinamico», con conseguente estraneità al concetto dell'acquisizione del supporto fisico che reca memoria di una comunicazione già avvenuta (dunque, nel suo momento «statico»). La seconda condizione attiene alle modalità di esecuzione: l'apprensione del messaggio comunicativo da parte del terzo deve avvenire in modo occulto, ossia all'insaputa dei soggetti tra i quali la comunicazione intercorre.

Nessuna delle due condizioni ricorre nel caso in esame: le comunicazioni riguardanti il senatore Renzi non erano in corso quando sono state acquisite; la loro acquisizione è avvenuta, altresì, in modo palese.

4.2.– Esclusa, dunque, l'ipotesi dell'intercettazione, resta da appurare se gli atti investigativi considerati ricadano nell'altra fattispecie cui ha riguardo l'art. 68, terzo comma, Cost.: quella, appunto, del «sequestro di corrispondenza».

In linea generale, che lo scambio di messaggi elettronici – e-mail, SMS, WhatsApp e simili – rappresenti, di per sé, una forma di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. non può essere revocato in dubbio.

Posto che quello di «corrispondenza» è concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza, questa Corte ha ripetutamente affermato che la tutela accordata dall'art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero, «aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata» (sentenza n. 2 del 2023). La garanzia si estende, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale (sentenza n. 20 del 2017; già in precedenza, con riguardo agli apparecchi rice-trasmittenti di debole potenza, sentenza n. 1030 del 1988; sulla libertà del titolare del diritto di scegliere liberamente il mezzo con cui corrispondere, sentenza n. 81 del 1993).

Posta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione WhatsApp (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) rientrano, dunque, a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. La riservatezza della comunicazione, che nella tradizionale corrispondenza epistolare è garantita dall'inserimento del plico cartaceo o del biglietto in una busta chiusa, è qui assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali; mentre il messaggio WhatsApp, spedito tramite tecniche che assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione.

La conclusione non muta, peraltro, ove si guardi alla prerogativa parlamentare prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost.

È ben vero che tale disposizione fa riferimento esclusivamente alla «corrispondenza», e non pure, come l'art. 15 Cost., alle «altr[e] form[e] di comunicazione», e che tra i due concetti – «corrispondenza» e «comunicazione» – intercorre, per corrente affermazione, un rapporto di species ad genus. La nozione di «corrispondenza» – utilizzata anche nell'art. 68, terzo comma, Cost. senza ulteriore specificazione – appare, tuttavia, sufficientemente ampia da ricomprendere le forme di scambio di pensiero a distanza che qui vengono in rilievo, costituenti altrettante “versioni contemporanee” della corrispondenza epistolare e telegrafica. Sostenere il contrario, in un momento storico nel quale la corrispondenza cartacea, trasmessa tramite il servizio postale e telegrafico, è ormai relegata, nel complesso, a un ruolo di secondo piano, significherebbe d'altronde deprimere radicalmente la valenza della prerogativa parlamentare in questione.

Soccorre, peraltro, nella direzione considerata anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale non ha avuto incertezze nel ricondurre sotto il cono di protezione dell'art. 8 CEDU – ove pure si fa riferimento alla «corrispondenza» tout court – i messaggi di posta elettronica (Corte EDU, grande camera, sentenza 5 settembre 2017, *Barbulescu contro Romania*, paragrafo 72; Corte EDU, sezione quarta, sentenza 3 aprile 2007, *Copland contro Regno Unito*, paragrafo 41), gli SMS (Corte EDU, sezioni quinta, sentenza 17 dicembre 2020, *Saber contro Norvegia*, paragrafo 48) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet (Corte EDU, Grande Camera, sentenza *Barbulescu*, paragrafo 74).

Come ricorda il ricorrente, d'altro canto, a livello di legislazione ordinaria interna, il quarto comma dell'art. 616 cod. pen., come sostituito dall'art. 5 della legge n. 547 del 1993, già da tempo include espressamente nella nozione di «corrispondenza» – agli effetti delle disposizioni che contemplano i delitti contro l'inviolabilità dei segreti – oltre a quella epistolare, telegrafica e telefonica, anche quella «informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza».

4.3.– Il problema, però, è un altro: stabilire, cioè, se mantengano la natura di corrispondenza anche i messaggi di posta elettronica e WhatsApp già ricevuti e letti dal destinatario, ma conservati nella memoria dei dispositivi elettronici del destinatario stesso o del mittente (come quelli di cui si discute nella specie). Ed è su questo specifico punto che le parti prospettano tesi radicalmente contrapposte.

L'interrogativo rievoca, in effetti, il risalente dibattito circa i limiti temporali finali della tutela accordata dall'art. 15 Cost.: dibattito che ha visto emergere due distinte correnti di pensiero, che le parti richiamano – ciascuna quanto a quella di suo interesse – a sostegno dei rispettivi assunti.

In base ad un primo indirizzo, su cui fa leva il ricorrente nelle sue difese, la tutela – iniziata nel momento in cui l'espressione del pensiero è affidata ad un mezzo idoneo a trasmetterlo, rendendo così fattivo l'intento di comunicarlo ad altri – non si esaurirebbe con la ricezione del messaggio e la presa di cognizione del suo contenuto da parte del destinatario, ma permarrebbe finché la comunicazione conservi carattere di attualità e interesse per i corrispondenti. Essa verrebbe meno, quindi, solo quando il decorso del tempo o altra causa abbia trasformato il messaggio in un documento “storico”, cui può attribuirsi esclusivamente un valore retrospettivo, affettivo, collezionistico, artistico, scientifico o probatorio.

Secondo altra concezione, invece – cui si richiama la resistente – la corrispondenza già ricevuta e letta dal destinatario non sarebbe più un mezzo di comunicazione, ma un semplice documento. La garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. si giustificerebbe, infatti, con la particolare “vulnerabilità” dei messaggi nel momento in cui sono “corrisposti”, per il maggior rischio di captazione o apprensione da parte di terzi: essa cesserebbe, quindi, con l'esaurimento dell'atto del corrispondere, coincidente con il momento in cui il destinatario prende cognizione della comunicazione. Dopo tale momento, la corrispondenza resterebbe tutelata, non più dall'art. 15 Cost., ma da altre disposizioni costituzionali, quali quelle in materia di libertà personale e domiciliare, libertà di manifestazione del pensiero, diritto di difesa o diritto di proprietà.

La resistente invoca altresì, a supporto della propria tesi, la giurisprudenza di legittimità, che ha definito i confini applicativi della fattispecie del sequestro di corrispondenza delineata dall'art. 254 cod. proc. pen.: ciò, sia con riguardo alla corrispondenza epistolare (tra le altre, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 23 aprile-12 giugno 2014, n. 24919; Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 19 aprile-18 luglio 2012, n. 28997), sia – e per quel che più direttamente interessa – in relazione ai messaggi elettronici. Con indirizzo che appare, allo stato, consolidato, la Corte di cassazione ha, infatti,

affermato che i messaggi di posta elettronica, SMS e WhatsApp, già ricevuti e memorizzati nel computer o nel telefono cellulare del mittente o del destinatario, hanno natura di «documenti» ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. La loro acquisizione processuale non soggiace, pertanto, né alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 266-bis cod. proc. pen.), né a quella del sequestro di corrispondenza di cui al citato art. 254 cod. proc. pen., la quale implica una attività di spedizione in corso (in quest'ultimo senso, con riguardo alle singole categorie di messaggi che di volta in volta venivano in rilievo, ex plurimis, tra le ultime, Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 1° luglio-19 ottobre 2022, n. 39529; Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 16 marzo-8 giugno 2022, n. 22417; Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 10 marzo-6 maggio 2021, n. 17552).

4.4.– La tesi della resistente – che porterebbe al rigetto del ricorso, in quanto non si sarebbe di fronte a una ipotesi di sequestro di corrispondenza, ma a una mera e “generica” acquisizione di documenti, non rientrando nel novero degli atti per i quali l'art. 68 Cost. esige il placet della Camera di appartenenza del parlamentare – non può essere, peraltro, condivisa.

Degradare la comunicazione a mero documento quando non più in itinere, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione.

Una simile conclusione si impone a maggior ragione allorché non si tratti solo di stabilire cosa sia corrispondenza per la generalità dei consociati, ma di delimitare specificamente l'area della corrispondenza di e con un parlamentare, per il cui sequestro l'art. 68, terzo comma, Cost. richiede l'autorizzazione della Camera di appartenenza. Come posto in evidenza da questa Corte, la citata norma costituzionale non prefigura un privilegio del singolo parlamentare in quanto tale – la libertà e segretezza delle cui comunicazioni è già protetta dall'art. 15 Cost. – ma una prerogativa «strumentale [...] alla salvaguardia delle funzioni parlamentari», volendosi impedire che intercettazioni e sequestri di corrispondenza possano essere «indebitamente finalizat[i] ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività» (sentenza n. 390 del 2007; in senso analogo, sentenze n. 38 del 2019 e n. 74 del 2013, ordinanza n. 129 del 2020). Se questa è la ratio della prerogativa, limitarla alle sole comunicazioni in corso di svolgimento e non già concluse, significherebbe darne una interpretazione così restrittiva da vanificarne la portata: condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione del mandato parlamentare possono bene derivare, infatti, anche dalla presa di conoscenza dei contenuti di messaggi già pervenuti al destinatario. Come nota anche la difesa del Senato, nella prospettiva avversata, sarebbe agevole per gli organi inquirenti eludere l'obbligo costituzionale di autorizzazione preventiva per acquisire la corrispondenza del parlamentare: anziché captare le comunicazioni nel momento in cui si svolgono, basterebbe attenderne la conclusione (che nel caso dei messaggi elettronici è peraltro pressoché coeva), per poi sequestrare il dispositivo in cui vi è traccia del loro contenuto.

Questa Corte, d'altronde, ha già da tempo affermato che la garanzia apprestata dall'art. 15 Cost. si estende anche ai dati esteriori delle comunicazioni (quelli, cioè, che consentono di accertare il fatto storico che una comunicazione vi è stata e di identificarne autore, tempo e luogo): problema postosi particolarmente in rapporto ai tabulati telefonici, contenenti l'elenco delle chiamate in partenza o in arrivo da una determinata utenza (sentenza n. 81 del 1993; in senso conforme, sentenze n. 372 del 2006 e n. 281 del 1998). In proposito, si è rilevato che «la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità – attinenza che induce a qualificare il corrispondente diritto “come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana” (v. sent. n. 366 del 1991) – comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo» (sentenza n. 81 del 1993).

Ad analoga conclusione questa Corte è, peraltro, più di recente pervenuta anche con riferimento alla prerogativa parlamentare prevista dall'art. 68, terzo comma, Cost., ritenuta essa pure riferibile ai tabulati telefonici (sentenza n. 38 del 2019). A questo riguardo, si è osservato come non possa ravvisarsi una differenza ontologica tra il contenuto di una conversazione o di una comunicazione e il documento che



rivela i dati estrinseci di queste, quale il tabulato telefonico: documento che – come già rilevato in precedenza ad altro fine (sentenza n. 188 del 2010) – può aprire squarci di conoscenza sui rapporti di un parlamentare, specialmente istituzionali, «di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione» (sentenza n. 38 del 2019).

Ma se, dunque, l'acquisizione dei dati esteriori di comunicazioni già avvenute (quali quelli memorizzati in un tabulato) gode delle tutele accordate dagli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost., è impensabile che non ne fruisca, invece, il sequestro di messaggi elettronici, anche se già recapitati al destinatario: operazione che consente di venire a conoscenza non soltanto dei dati identificativi estrinseci delle comunicazioni, ma anche del loro contenuto, e dunque di attitudine intrusiva tendenzialmente maggiore.

La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha avuto, d'altro canto, esitazioni nel ricondurre nell'alveo della «corrispondenza» tutelata dall'art. 8 CEDU anche i messaggi informatico-telematici nella loro dimensione "statica", ossia già avvenuti (con riguardo alla posta elettronica, Corte EDU, sentenza Copland, paragrafo 44; con riguardo alla messaggistica istantanea, Corte EDU, sentenza Barbuлесcu, paragrafo 74; con riguardo a dati memorizzati in floppy disk, Corte EDU, sezione quinta, sentenza 22 maggio 2008, Iliya Stefanov contro Bulgaria, paragrafo 42). Indirizzo, questo, recentemente ribadito anche in relazione a una fattispecie del tutto analoga a quella oggi in esame, ossia al sequestro dei dati di uno smartphone, che comprendevano anche SMS e messaggi di posta elettronica (Corte EDU, sentenza Saber, paragrafo 48).

Il diverso indirizzo della giurisprudenza di legittimità, su cui fa leva la resistente, non riguarda la garanzia dell'art. 68 Cost., e appare, in effetti, calibrato sulla specificità della disciplina recata dall'art. 254 cod. proc. pen., che regola esclusivamente il sequestro di corrispondenza operato presso i gestori di servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni: dunque, il sequestro di corrispondenza in itinere, che interrompe il flusso comunicativo.

La stessa Corte di cassazione si è espressa, peraltro, in senso ben diverso quando si è trattato di individuare la sfera applicativa del delitto di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza delinqueo dall'art. 616 cod. pen. Essa ha ritenuto, infatti, che tale disposizione incriminatrice tuteli proprio e soltanto il momento "statico" della comunicazione, cioè il pensiero già fissato su supporto fisico, essendo il profilo "dinamico" oggetto di protezione nei successivi artt. 617 e 617-quater cod. pen., che salvaguardano le comunicazioni in fase di trasmissione da interferenze esterne (presa di cognizione, impedimento, interruzione, intercettazione) (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 29 settembre-4 novembre 2020, n. 30735; Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 2 febbraio-15 marzo 2017, n. 12603). In quest'ottica, la giurisprudenza di legittimità ha quindi ripetutamente affermato che integra il delitto di violazione di corrispondenza la condotta di chi prende abusivamente cognizione del contenuto della corrispondenza telematica ad altri diretta e conservata nell'archivio di posta elettronica (Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza 25 marzo-2 maggio 2019, n. 18284; Cass., sentenza n. 12603 del 2017). In direzione analoga appare, altresì, orientata la Corte di cassazione civile (in tema di licenziamento disciplinare, Corte di cassazione, sezione lavoro, ordinanza 10 settembre 2018, n. 21965).

Si deve dunque concludere che, analogamente all'art. 15 Cost., quanto alla corrispondenza della generalità dei cittadini, anche, e a maggior ragione, l'art. 68, terzo comma, Cost. tuteli la corrispondenza dei membri del Parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento "storico".

Al riguardo, non giova opporre – come fa la resistente – che la tesi qui recepita sarebbe fonte di inaccettabili incertezze sul piano applicativo, non essendo gli organi inquirenti in grado di sapere, a priori, se il messaggio comunicativo già recapitato e appreso dal destinatario conservi, nella considerazione dei soggetti coinvolti, carattere di attualità. Tale carattere deve, infatti, presumersi, sino a prova contraria, quando si discuta di messaggi scambiati – come nella specie – a una distanza di tempo non particolarmente significativa rispetto al momento in cui dovrebbero essere acquisiti e nel corso dello svolgimento del mandato parlamentare in cui tale momento si colloca, e per giunta ancora custoditi in dispositivi protetti da codici di accesso.

La conclusione è, dunque, che, per questo verso, si è al cospetto di sequestri di corrispondenza rientranti nell'ambito della garanzia di cui all'art. 68, terzo comma, Cost.

4.5.– Il discorso è diverso quanto all'acquisizione dell'estratto di conto corrente bancario.

Nel sostenere che anche quest'ultima configuri un sequestro di corrispondenza, il ricorrente fa leva, in particolare, sulla circostanza che, per obbligo derivante dalla legge, l'estratto di conto corrente – prospetto redatto dalla banca, nel quale sono riportati tutti i movimenti di dare e di avere verificatisi nel conto durante il lasso temporale di riferimento – deve formare oggetto di periodica spedizione al correntista. Tale obbligo, prefigurato a livello codicistico dal combinato disposto degli artt. 1832 e 1857 del codice civile, trova specifica disciplina nell'art. 119 t.u. bancario, il quale, dopo aver stabilito, in via generale, al comma 1, che nei contratti di durata la banca fornisca al cliente, alla scadenza del contratto e, comunque sia, almeno una volta l'anno, «una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto», soggiunge, al comma 2, che per i «rapporti regolati in conto corrente» l'estratto conto è inviato con periodicità annuale o con quella più breve – semestrale, trimestrale o mensile – prescelta dal cliente.

Ora, se oggetto di apprensione da parte degli organi inquirenti fosse l'estratto conto spedito dalla banca al correntista, si potrebbe effettivamente ritenere che le garanzie previste dagli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. entrino in gioco. Come si ricorda nel ricorso, la giurisprudenza di legittimità ha, del resto, più volte ravvisato il delitto di violazione di corrispondenza (art. 616 cod. pen.) in fatti di sottrazione della corrispondenza bancaria (per tutte, Corte di cassazione, sezione seconda penale, sentenza 28 novembre 2017-12 gennaio 2018, n. 952).

Non è questo, però, il caso in esame. Nella specie, infatti, come dedotto e documentato dalla Procura di Firenze, l'estratto del conto corrente bancario del senatore Renzi è entrato negli atti di indagine tramite un decreto, emesso l'11 gennaio 2021, di acquisizione di segnalazioni di operazioni bancarie sospette effettuate in base alla normativa antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231 del 2007: segnalazioni tra i cui allegati figurava l'estratto conto in questione (relativo a un periodo di ventuno mesi: dal 14 giugno 2018 al 13 marzo 2020), ricavato dalla segnalante Unità di informazione finanziaria della Banca d'Italia tramite interrogazione delle banche dati in suo possesso.

In simile ipotesi, non può parlarsi di sequestro di corrispondenza. L'estratto conto è, infatti, un documento che ha una funzione e una valenza autonoma, indipendente dalla spedizione al correntista. Esso non è altro, in effetti, che un riepilogo delle risultanze delle scritture contabili della banca, le quali debbono riportare tutte le operazioni di dare e di avere passate in conto corrente. Si tratta, dunque, di per sé, di un documento contabile interno all'ente creditizio: la circostanza che possa o debba essere trasmesso al cliente non lo qualifica in modo automatico e permanente come «corrispondenza», agli effetti dell'art. 68, terzo comma, Cost.

A ciò non vale obiettare che l'estratto conto riporta – come pure si sottolinea nel ricorso – dati riservati, capaci di rivelare, anche tramite i riferimenti ai destinatari e alle causali delle singole operazioni, contratti, obbligazioni e rapporti del parlamentare. L'art. 68, terzo comma, Cost. non tutela, infatti, genericamente e indiscriminatamente la riservatezza del parlamentare, la cui protezione è affidata alle conferenti norme valevoli per la generalità dei consociati. L'art. 68 Cost. esige l'autorizzazione della Camera di appartenenza solo per eseguire specifici atti nei confronti dei membri del Parlamento, particolarmente suscettibili di incidere sullo svolgimento del mandato elettivo (limitazioni della libertà personale, perquisizioni personali e domiciliari, intercettazioni, sequestri di corrispondenza): non, invece, di espletare, con altri mezzi, indagini bancarie sul parlamentare, né di acquisire, in diverso modo, suoi dati personali, utili a fini di indagine. In effetti, le prerogative poste a tutela della funzione parlamentare comportano una deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che è all'origine della formazione dello Stato di diritto – e devono perciò essere interpretate alla luce della loro ratio, evitando improprie letture estensive (sentenze n. 38 del 2019 e n. 74 del 2013).

Con riferimento all'atto investigativo in questione, il ricorso va dunque ritenuto non fondato, per la dirimente ragione che tale atto resta al di fuori del perimetro applicativo della prerogativa parlamentare invocata.

5.– Il ricorso va, al contrario, accolto in relazione agli atti di indagine ai quali la prerogativa risulta correttamente accostata: ossia – per quanto si è visto – all'acquisizione di messaggi di posta elettronica e WhatsApp.

5.1.– A questo proposito, si rende necessario peraltro precisare in quale modo, nella fattispecie considerata, il regime dell'autorizzazione al sequestro di corrispondenza, previsto dall'art. 68, terzo comma, Cost. e dall'art. 4 della legge n. 140 del 2003, è destinato ad operare.

Nella specie, si è di fronte a “contenitori” di dati informatici appartenenti a terzi – telefoni cellulari, ma potrebbe trattarsi, allo stesso modo, di computer o di altri dispositivi – nella cui memoria erano conservati, tra l’altro, messaggi inviati in via telematica a un parlamentare, o da lui provenienti.

In una simile evenienza, gli organi inquirenti debbono ritenersi abilitati a disporre – in confronto al terzo non parlamentare – il sequestro del “contenitore” (nella specie, del dispositivo di telefonia mobile). Nel momento, però, in cui riscontrano la presenza in esso di messaggi intercorsi con un parlamentare, debbono sospendere l’estrazione di tali messaggi dalla memoria del dispositivo (o dalla relativa copia) e chiedere l’autorizzazione della Camera di appartenenza del parlamentare, a norma dell’art. 4 della legge n. 140 del 2003, al fine di poterli coinvolgere nel sequestro.

In accordo con quanto sostenuto nella relazione della Giunta, approvata dall’Assemblea, e diversamente dall’impostatura poi adottata nel ricorso, l’autorizzazione va chiesta, nei termini dianzi delineati, a prescindere da ogni valutazione circa la natura “mirata” o “occasionale” dell’acquisizione dei messaggi del parlamentare, operata tramite l’apprensione dei dispositivi appartenenti a terzi (tema – quello della natura “mirata” o “occasionale” delle acquisizioni investigative – sul quale pure le difese delle parti si trattengono ampiamente, con opposte conclusioni rispetto al caso di specie). La distinzione, elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte in rapporto alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni di membri del Parlamento, tra captazioni “indirette” e captazioni “occasionalmente” – con limitazione alle prime dell’obbligo di richiedere l’autorizzazione preventiva all’esecuzione dell’atto, ai sensi dell’art. 4 della legge n. 140 del 2003 (sentenza n. 390 del 2007; in senso conforme, sentenze n. 157 del 2023, n. 38 del 2019, n. 114 e n. 113 del 2010) – non è, infatti, riferibile alla fattispecie di sequestro di corrispondenza che qui viene in esame. Diversamente che nel caso delle intercettazioni – le quali consistono in una attività prolungata nel tempo di captazione occulta di comunicazioni o conversazioni che debbono ancora svolgersi nel momento in cui l’atto investigativo è disposto – qui si discute dell’acquisizione *in actu* di messaggi comunicativi già avvenuti. Una volta riscontrato che si tratta di messaggi di un parlamentare, o a lui diretti, diviene, quindi, in ogni caso operante la garanzia di cui all’art. 68, terzo comma, Cost.

A tale ricostruzione non giova opporre – come fa la resistente – che con il sequestro del dispositivo la corrispondenza in esso contenuta deve ritenersi già sequestrata e nella piena disponibilità del pubblico ministero procedente: di modo che l’estrazione dei dati rappresenterebbe un *posterius* rispetto all’esecuzione dell’atto investigativo per il quale è prefigurata la garanzia in questione. In senso contrario, va osservato che nel caso di sequestro probatorio informatico il “vero” oggetto del sequestro non è tanto il dispositivo elettronico (il “contenitore”) – il quale, di per sé, non ha di norma alcun interesse per le indagini – quanto piuttosto i suoi dati (il “contenuto”), nella parte in cui risultano utili alle indagini stesse: dati che, secondo le indicazioni della giurisprudenza di legittimità, vanno all’uopo selezionati e fatti possibilmente oggetto di una “copia-clone”, con restituzione del dispositivo (e della disponibilità di tutti gli altri dati) al titolare.

Il modulo procedurale che si è delineato garantisce, d’altro canto, un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, evitando inopportune dilatazioni degli effetti propri della prerogativa parlamentare, che rischierebbero di penalizzare in modo ingiustificato le stesse iniziative dell’autorità giudiziaria volte all’accertamento dei reati. Quando pure, infatti, gli organi inquirenti possano prevedere che nel telefono cellulare o nel computer di una persona sottoposta ad indagini siano memorizzati messaggi di un parlamentare, ciò non impedisce, comunque sia, agli organi stessi di apprendere il dispositivo e di sequestrare tutti gli altri dati informatici contenuti nel dispositivo, che nulla hanno a che vedere con la corrispondenza del parlamentare: fermo restando invece l’onere della richiesta di autorizzazione al fine di estrapolare dal dispositivo e di acquisire agli atti del procedimento i messaggi che riguardano il parlamentare stesso. L’autorizzazione resta pur sempre preventiva rispetto al sequestro di corrispondenza, senza trasformarsi – come opina la resistente – in una autorizzazione *ex post* ai fini dell’utilizzazione processuale delle risultanze di un atto investigativo già eseguito: autorizzazione che l’art. 6 della legge n. 140 del 2003 prevede solo in rapporto alle intercettazioni e all’acquisizione di tabulati telefonici, e non pure al sequestro di corrispondenza.

La ricostruzione prospettata spiega, d’altro canto, perché il citato art. 6 non abbia esteso la disciplina dell’autorizzazione successiva, da esso recata, al sequestro di corrispondenza. Posto che, secondo quanto chiarito da questa Corte, tale disciplina deve intendersi riferita alle sole intercettazioni a carattere

“occasionale”, non soggette al regime dell’autorizzazione preventiva (sentenza n. 390 del 2007), la spie-gazione risiede appunto nel fatto che, rispetto al sequestro di corrispondenza, la natura “occasionale” o “mirata” dell’atto non viene in considerazione, risultando per esso in ogni caso necessaria l’autorizza-zione preventiva, ai sensi dell’art. 4 della medesima legge, nei termini dianzi precisati.

5.2.– Nel caso in esame, la Procura fiorentina ha estratto dalla memoria dei telefoni cellulari di M. C. e di V. U. M. e acquisito agli atti del procedimento i messaggi diretti al senatore Renzi, o da lui prove-nienti, senza chiedere al Senato alcuna autorizzazione.

Così facendo, ha dunque determinato la menomazione dell’attribuzione prevista dall’art. 68, terzo comma, Cost., lamentata dal ricorrente.

6.– Alla luce delle considerazioni che precedono, il conflitto di attribuzione sollevato dal Senato del-la Repubblica deve essere risolto dichiarando che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze acquisire agli atti del procedimento penale n. 3745/2019 R.G.N.R., sulla base di decreti di perquisizione e sequestro emessi il 20 novembre 2019, corrispondenza riguardante il senatore Matteo Renzi, costituita da messaggi di testo scambiati tramite l’applicazione WhatsApp tra il senatore Renzi e V. U. M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018, e tra il senatore Renzi e M. C. nel periodo 12 agosto 2018-15 ottobre 2019, nonché da posta elettronica intercorsa fra quest’ultimo e il senatore Renzi, nel numero di quattro missive, tra il 1° e il 10 agosto 2018.

Per l’effetto, il sequestro degli indicati messaggi di testo scambiati tra il senatore Renzi e V. U. M. deve essere annullato. Non vi è luogo, invece, ad adottare analogo provvedimento in relazione al se-questro della corrispondenza intercorsa tra il senatore Renzi e M. C., in quanto l’annullamento dello stesso è già stato disposto, sia pure per altri motivi, dalla Corte di cassazione, secondo quanto ricordato al precedente punto 3 del Considerato in diritto.

Va dichiarato, di contro, che spettava alla Procura acquisire agli atti del medesimo procedimento penale, tramite decreto di acquisizione emesso l’11 gennaio 2021, l’estratto del conto corrente bancario personale del senatore Renzi relativo al periodo 14 giugno 2018-13 marzo 2020.

#### PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze acquisire agli atti del procedimento penale iscritto al n. 3745 del registro generale delle notizie di reato del 2019, sulla base di decreti di perquisizione e sequestro emessi il 20 novembre 2019, corrispondenza riguardante il senatore Matteo Renzi, costituita da messaggi di testo scambiati tramite l’applicazione WhatsApp tra il senatore Renzi e V. U. M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018, e tra il senatore Renzi e M. C. nel periodo 12 agosto 2018-15 ottobre 2019, nonché da posta elettronica intercorsa fra quest’ultimo e il senatore Renzi, nel numero di quattro missive, tra il 1° e il 10 agosto 2018;

2) annulla, per l’effetto, il sequestro dei messaggi di testo scambiati tra il senatore Matteo Renzi e V. U. M. nei giorni 3 e 4 giugno 2018;

3) dichiara che spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze acqui-sire agli atti del procedimento penale n. 3745/2019 R.G.N.R., tramite decreto di acquisizione emesso l’11 gennaio 2021, l’estratto del conto corrente bancario personale del senatore Matteo Renzi relativo al periodo 14 giugno 2018-13 marzo 2020.

[*Omissis*]

AGNESE DEL GIUDICE

*Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università del Salento*

## Le prerogative parlamentari (e non solo) nell'era della *virtual communication*

### *Parliamentary prerogatives (and not only) in the era of virtual communication*

---

La Corte costituzionale coglie l'occasione offerta da un conflitto di attribuzione per meglio definire il perimetro applicativo del diritto a comunicare riservatamente nell'età del dato. Lo fa attraverso un'argomentazione "a matrioska": premette che l'acquisizione di posta elettronica e *instant messaging* contenuti in un dispositivo non è qualificabile come intercettazione, ma come sequestro; appura che lo scambio di e-mail, SMS, WhatsApp e simili rappresenta, di per sé, una forma "contemporanea" di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68, comma 3, Cost.; e chiarisce – in modo fortemente innovativo – che la tutela costituzionale del diritto a comunicare riservatamente riguarda, persino nella forma rafforzata dell'art. 68 Cost., anche il momento "statico" dello scambio comunicativo, cioè quello successivo alla ricezione e presa visione del messaggio da parte del destinatario. Una decisione, in sé ineccepibile, che schiude nuovi scenari: se la posta elettronica e la messaggistica sono una forma di comunicazione, il sequestro probatorio del *device*, quando si estende a tali dati comunicativi in esso contenuti, è uno strumento sufficiente a garantire la tutela costituzionale dell'art. 15 Cost.?

*The Italian Constitutional Court takes the opportunity offered by a conflict of attribution to better define the scope of application of the "right to communicate confidentially" in the digital age, establishing how the digital acquisition of e-mail and instant messaging contained in a device does not qualify as interception, but as seizure; how the exchange of e-mails, SMS, WhatsApp and similar form of digital communications, represents a "contemporary" form of correspondence for the purposes of the articles 15 and 68, paragraph 3, of the Italian Constitution, and clarifies – in a highly innovative way – that the constitutional protection of the "right to communicate confidentially" concerns, even in the strengthened form of the art. 68 of the Constitution, also the "static" moment of the communicative exchange, i.e. the one following the reception and viewing of the message by the recipient. A ruling, which opens up new scenarios: if e-mail and messaging are a form of communication, the evidentiary seizure of the device, when it extends to such communication data contained therein, is a sufficient tool to guarantee the protection of the constitutional right of the art. 15 of the Italian Constitution?*

---

#### LE QUESTIONI SUL TAVOLO DELLA CONSULTA

La sentenza n. 170/2023<sup>1</sup> è pioniera di modernità. Prende in carico i problemi sottesi alla vita *always connected*, in cui lo svolgersi della personalità e delle relazioni sociali ed economiche trova la sua sede privilegiata nel digitale. E risponde a un imperativo: coniugare le necessità investigative e probatorie con il rispetto dei diritti individuali, travolti dall'incedere impetuoso dell'evoluzione tecnologica.

Il passaggio «dall'atomo al *bit*»<sup>2</sup>, invero, ha sconvolto le abitudini di interazione, rendendole notevolmente più rapide ed efficienti e ha agevolato il diffondersi di canali comunicativi che in passato apparivano difficilmente realizzabili o fruibili, anche a causa dei costi connessi al loro funzionamento: mai, prima d'ora, la tecnologia aveva investito un così ampio ventaglio di attività e messo in contatto milioni di utenti; mai, come ora, le occasioni di conflitto fra esigenze investigative e libertà e segretezza delle comunicazioni si sono presentate così numerose.

---

<sup>1</sup>C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, in *ForoPlus*.

<sup>2</sup>N. Negroponte, *Being Digital*, New York, Alfred A. Knopf, 1995.

Così, il giudice delle leggi, abile e lungimirante<sup>3</sup>, ha innovato il sistema, interessando, con le sue determinazioni, lo strato geologico più profondo su cui esso si incardina.

L'occasione per l'intervento della Corte è rappresentato da un conflitto di attribuzione promosso dal Senato della Repubblica nei confronti della Procura di Firenze nell'ambito di un procedimento penale a carico, tra gli altri, di un parlamentare.

La questione dibattuta, di per sé, è chiara e lineare: verificare se l'autorità inquirente, sequestrando *device* appartenenti a comuni cittadini e acquisendo e-mail e messaggi WhatsApp scambiati con un senatore ivi memorizzati, nonché il suo estratto-conto bancario, senza la previa autorizzazione della Camera di appartenenza, abbia eluso il regime di garanzia delle prerogative parlamentari previsto dall'art. 68, comma 3, Cost. e dall'art. 4 l. 20 giugno 2003, n. 140 (c.d. "Legge Boato") che della disposizione sovraordinata costituisce attuazione.

Il ricorrente, invero, dubitava che il pubblico ministero fiorentino avesse agito nei confini del costituzionalmente consentito: la garanzia accordata dall'art. 68, comma 3, Cost. riguarderebbe tutta la corrispondenza del parlamentare, sia essa cartacea, recapitata a mezzo posta, che elettronica, scambiata attraverso strumenti di tipo informatico e telematico e conservata, dopo l'avvenuta ricezione, nella memoria del dispositivo; in quest'ordine di idee, e-mail e *instant messaging*, come anche l'estratto del conto corrente bancario spedito dall'istituto di credito, costituirebbero forme moderne di corrispondenza, presidiate, al pari di quella tradizionale, dal sistema delle c.d. "autorizzazioni *ad acta*", pur se acquisite mediante il sequestro di *device* appartenenti a comuni cittadini, dal momento che – per dirla con le note parole pronunciate dalla stessa Corte nel 2007<sup>4</sup> – «quello che conta [è] la direzione dell'atto di indagine» e, quindi, che l'azione investigativa sia stata mirata nei confronti del membro del Parlamento.

Polarmente, la Procura fiorentina, muovendo dal duplice presupposto che l'iniziativa investigativa fosse principalmente diretta verso comuni cittadini (e non, per il tramite di questi, verso il parlamentare) e che non si era trattato di captare comunicazioni, né di sequestrare corrispondenza, bensì di acquisire documenti, giacché – come da insegnamento del giudice di legittimità – e-mail e messaggi WhatsApp erano già stati ricevuti e letti dai destinatari, aveva ritenuto di poter procedere al sequestro dei supporti informatici e all'estrazione del contenuto senza munirsi dell'autorizzazione preventiva della Camera competente (art. 4 l. n. 140/2003), trattandosi di un'attività istruttoria non ricompresa nel novenario degli atti per i quali l'art. 68 Cost. esige il *placet* delle Assemblee parlamentari.

La Corte costituzionale non ha mostrato alcuna incertezza nel risolvere il conflitto di attribuzione in favore del ricorrente (ad eccezione dell'ipotesi relativa all'acquisizione dell'estratto-conto bancario del senatore: v. *infra*); ed è andata oltre, spingendo le sue riflessioni ben al di là dei confini del *petitum*, sino a toccare le più irte questioni sottese all'"opposizione polare" che si determina tra due esigenze in perenne tensione tra loro: tutelare la libertà e segretezza delle comunicazioni – riconosciuta come inviolabile dall'art. 15 Cost. – e garantire un'efficace prevenzione e repressione dei reati.

I giudici costituzionali si interrogano, anzitutto, sulle modalità d'acquisizione processuale di una comunicazione già avvenuta tramite i servizi di posta elettronica o *messaging apps* e, quindi, di messaggi conservati nella memoria del dispositivo: come noto, l'indiscutibile *leadership* che gli apparati informatici, il web e internet hanno conquistato nella vita di tutti i giorni ha determinato un inarrestabile sviluppo delle piattaforme di comunicazione digitale e l'emergere di molteplici forme comunicative costruite su un modello "a rete" in cui la tecnologia<sup>5</sup> consente non solo di inviare/ricevere, ma anche – e soprat-

<sup>3</sup>La Corte, invero, si è confrontata con questioni di particolare delicatezza, in assenza, da un lato, di precedenti inerenti all'interpretazione dell'art. 15 Cost. che avessero avuto ad oggetto comunicazioni telematiche, e, dall'altro lato, di riferimenti giurisprudenziali sull'art. 68, comma 3, Cost. che avessero avuto ad oggetto ipotesi di sequestro di corrispondenza di parlamentari (e non soltanto casi di intercettazioni o di acquisizione di tabulati telefonici).

<sup>4</sup>Cfr. C. cost., 23 novembre 2007, n. 390, in *Cass. pen.*, 2008, p. 57 ss., con nota di G. Giostra, *La disciplina delle intercettazioni foruite del parlamentare è ormai una dead rule walking*.

<sup>5</sup>Le piattaforme di messaggistica, autonome o integrate alle *social media platforms*, consentono di inviare messaggi di testo, file audio, immagini e documenti in tempo reale. WhatsApp è indubbiamente la più famosa e utilizzata app di messaggistica istantanea. Ma ve ne sono di numerose: Telegram, Signal, Viber, WeChat, Wire ecc. La principale caratteristica che le accomuna è la registrazione tramite un numero telefonico. Esistono, tuttavia, anche app per chattare senza SIM: Facebook Messenger e Instagram sono certamente le più note; ma anche Threema, Confide, Wickr o Kik, applicazioni destinate prevalentemente al pubblico giovane giacché ne consentono l'uso tramite nome utente e *password* e, quindi, mediante *account fake*.

tutto – di archiviare i messaggi (nella memoria del *device*, nel *server* del *provider* o in *cloud*). Ebbene, in una fase che, oramai, “(più) pesa e (più) conta”<sup>6</sup>, in cui efficacia delle investigazioni, limiti di tollerabilità e tutela effettiva dei diritti individuali si contendono strenuamente il campo, la differenza tra le due strade percorribili per “ricercare la prova” è certamente di tipo qualitativo: optare per l’intercettazione significa valersi del mezzo occulto di indagine per eccellenza, subordinato a un rigido vaglio giurisdizionale sui limiti e i presupposti di applicabilità (nelle forme dell’autorizzazione o della convalida), tuttavia sottratto a un controllo difensivo contestuale all’esecuzione delle attività tecniche, là dove, ricorrendo al sequestro, si procederebbe con un atto a sorpresa, ma palese, disposto o convalidato direttamente dall’inquirente per qualunque fattispecie criminosa, a cui il difensore ha diritto di assistere senza preavviso.

A seguire, la Corte riflette sulla nozione di “corrispondenza” e, in particolare, sul se essa debba comprendere i messaggi recapitati attraverso i più disparati strumenti telematici di comunicazione asincrona messi a disposizione dall’evoluzione tecnologica, a prescindere dalla “qualità” degli interlocutori. Affronta, poi, il profilo più controverso. Mira più in alto, domandandosi se la tutela costituzionale di cui all’art. 15 Cost. possa applicarsi, anche nella forma rafforzata dell’art. 68 Cost., alla corrispondenza telematica e, supponendo che lo sia (applicabile), se debba riguardare lo scambio comunicativo nel solo momento “dinamico” (*virtual communication in fieri*) o anche in quello “statico”, successivo alla ricezione e presa visione del messaggio da parte del destinatario. Conclude, infine, individuando il «modulo procedurale» da applicare ai sequestri di corrispondenza del parlamentare archiviata nel dispositivo di un comune cittadino.

Un pronunciamento – articolato in una stringente sequenza sillogistica – in sé ineccepibile, per commentare il quale basterebbero poche battute adesive, se non fosse che, a seguire la prosa agile e asciutta della Corte, si ha la netta sensazione che sia (ancora) buio sotto al faro. Dinanzi ad una sentenza che attualizza la portata concettuale di espressioni chiaramente obsolete e che si impegna a rimarcare la portata delle garanzie costituzionali nel nuovo “mondo *hi-tech*”, sarebbe miope e riduttivo limitarsi a guardare il dispositivo, che è chiaramente vincolato al *petitum* contenuto nel ricorso. Bisognerebbe focalizzarsi, piuttosto, sui passaggi salienti del ragionamento svolto dalla Corte, con l’intento di cogliervi i segni predittivi della prossima giurisprudenza sull’impatto delle nuove tecnologie nella sfera giuridica della comunicazione interpersonale e svolgere un’analisi sugli strumenti investigativi oggi a disposizione con lo sguardo rivolto al futuro.

## TRA NORMA E TECNOLOGIA: UN NUOVO CONCETTO DI “CORRISPONDENZA”

Tutto sembrava presagire una risoluzione rapida della questione sulla scorta di precedenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità la quale, dinanzi a un legislatore «dal passo troppo lento» rispetto al «galoppante procedere della innovazione tecnologica»<sup>7</sup>, si era già espressa – con orientamento costante – sulle modalità acquisitive di messaggi telematici rinvenuti in un *device*: non potendo trovare applicazione né la disciplina delle intercettazioni, riservata ai flussi comunicativi *in fieri*, né quella relativa al sequestro di corrispondenza di cui all’art. 254 c.p.p., la quale implica un’attività di inoltro o spedizione in corso<sup>8</sup>, e-mail, SMS e messaggistica istantanea andrebbero considerati meri documenti ai

<sup>6</sup>M. Nobili, *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 34 ss.

<sup>7</sup>Per questa citazione e la precedente sia consentito rimandare ad A. Del Giudice, *La Cassazione sul sequestro probatorio informatico: non si guardi al contenitore, ma al contenuto!*, in *Foro it.*, 2021, I, p. 416 ss.

<sup>8</sup>Cass., sez. IV, 7 giugno 2023, n. 37056, in *ForoPlus*; Cass., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417, *ivi*; Cass., sez. VI, 22 agosto 2022, n. 31364, in *ForoPlus*; Cass., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822, in *CED Cass.* n. 278124-01; Cass., sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, in *CED Cass.* n. 276227, relativa al sequestro di un *server* contenente messaggi di posta elettronica; Cass., sez. I, 20 febbraio 2019, n. 21731, in *CED Cass.* n. 275895-02; Cass., sez. V, 21 novembre 2017, n. 1822, in *CED Cass.* n. 272319, in questa *Rivista*, 2018, p. 529 ss., con nota di R. Del Coco, *L’utilizzo probatorio dei dati WhatsApp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, secondo cui la trascrizione delle registrazioni di conversazioni effettuate sulla chat WhatsApp, operata da uno degli interlocutori, costituisce una forma di memorizzazione di un fatto storico, della quale si può disporre a fini probatori, trattandosi di una prova documentale; l’utilizzabilità della stessa, tuttavia, è condizionata all’acquisizione del supporto contenente la registrazione, perché

sensi dell'art. 234 c.p.p.<sup>9</sup>, acquisibili, dunque, previo sequestro del dispositivo, mediante riproduzione fotografica a cura degli inquirenti, ovvero – secondo una più recente e audace linea esegetica – a mezzo *screenshot* effettuato, anche clandestinamente, da uno dei colloquanti o da chi sia stato ammesso ad assistere (attivamente o passivamente) alla conversazione<sup>10</sup>. In quest'ordine di idee, le guarentigie di cui agli artt. 15 e 68, comma 3, Cost. si arresterebbero dinanzi alla trasmissione e ricezione del messaggio, non estendendosi alla dimensione "statica" della comunicazione.

L'approdo ermeneutico del giudice di legittimità, tuttavia, non persuade la Corte, la quale ha preferito sviluppare una *ratio decidendi* in grado di schiudere promettenti prospettive.

Le conclusioni cui essa è pervenuta sono sorrette da un chiaro percorso motivazionale, saldamente ancorato a tre cardini.

Il primo ruota attorno alla distinzione tra intercettazione e sequestro di corrispondenza, fondamentale ai fini della risoluzione del conflitto di attribuzione, trattandosi di istituti sì ricompresi nel novero degli atti per i quali l'art. 68, comma 3, Cost. prescrive l'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza, ma sottoposti, a livello di legge ordinaria, ad una disciplina affatto differente nell'ipotesi in cui lo strumento investigativo agganci il dispositivo di soggetti terzi che gravitano attorno al parlamentare (art. 6 l. n. 140/2003)<sup>11</sup>.

La premessa (implicita) dell'argomentare della Corte è piuttosto ovvia: il modo di comunicare è profondamente cambiato; con l'avvento delle applicazioni di messaggistica istantanea e la crescente espansione dei servizi *webmail*, la conversazione tramite chiamata – finora oggetto di intercettazione a pena di perdita del contributo conoscitivo perché sincrona – è stata scalzata dalla comunicazione in chat (di tipo testuale e vocale) e su caselle di posta elettronica. Gli scambi comunicativi sono, oggi, quasi del tutto asincroni e di essi l'apparato di comunicazione mantiene traccia integrale: anche il sequestro del contenitore, dunque, consente di acquisire il dato comunicativo in sé, cioè le conversazioni che con esso sono state scambiate.

I giudici costituzionali, allora, si interrogano sugli ambiti applicativi – tutt'altro che (pre)definiti nel campo delle *virtual communications* – dei due mezzi di ricerca della prova. La questione non è nuova<sup>12</sup>. Anzi. Su di essa si sono affastellate, nel corso degli anni, le divergenti opinioni di dottrina e giurisprudenza, tese a valorizzare, talvolta, la contestualità della conversazione rispetto all'atto acquisitivo (per cui sarebbe intercettabile il flusso comunicativo *in fieri* "catturato" *in real time* e sequestrabile quello

---

occorre controllare l'affidabilità della prova stessa. Cfr., altresì, Cass., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417, in *CED Cass.*, n. 283319; fattispecie relativa a dati – allegati in copia cartacea o trasfusi nelle informative di polizia giudiziaria – acquisiti in separato procedimento, in cui la Corte ha precisato che non è indispensabile, ai fini della loro autonoma valutabilità, l'acquisizione della copia forense effettuata nel procedimento di provenienza, né dell'atto autorizzativo dell'eventuale perquisizione. Precedentemente, in senso conforme, Cass., sez. III, 25 novembre 2015, n. 928, in *CED Cass.*, n. 265991.

<sup>9</sup>Secondo l'orientamento di legittimità che si sta consolidando in materia, anche i dati trasmessi dalle Autorità estere alle Procure italiane tramite O.I.E. – nella specie le conversazioni Sky ECC – andrebbero considerati documenti informatici ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p.: v. Cass., sez. VI, 27 aprile 2020, n. 12975, in *ForoPlus*; Cass., sez. IV, 4 aprile 2023, n. 18511, *ivi*; Cass., sez. IV, 12 aprile 2023, n. 18523, *ivi*; Cass., sez. IV, 18 aprile 2023, n. 16347, *ivi*.

<sup>10</sup>Cfr., da ultimo, Cass., sez. VI, 7 novembre 2022, n. 46209, in *ForoPlus*; Cass., sez. V, 26 aprile 2022, n. 24600, *ivi*; Cass., sez. III, 6 novembre 2019, n. 8332, in *CED Cass.* n. 278635, secondo la quale sono da ritenersi pienamente utilizzabili, in quanto legittima ne è l'acquisizione come documento, i messaggi sms fotografati dallo schermo di un telefono cellulare sul quale gli stessi sono leggibili non essendo imposto «alcun adempimento specifico per il compimento di tale attività, che consiste nella realizzazione di una fotografia e che si caratterizza soltanto per il suo oggetto, costituito appunto da uno schermo» sul quale sia visibile un testo o un'immagine «non essendovi alcuna differenza tra una tale fotografia e quella di qualsiasi altro oggetto». Cfr., altresì, Cass., sez. II, 19 ottobre 2022, n. 39529, in *ForoPlus*; Cass., sez. V, 5 febbraio 2021, n. 12062, in *CED Cass.* n. 2807589; Cass., sez. I, 20 febbraio 2019, n. 21731, *cit.*, la quale ha avuto modo di precisare che, qualora non sia in corso un'attività di captazione delle comunicazioni, il testo di un messaggio SMS, fotografato dalla polizia giudiziaria sul *display* dell'apparecchio cellulare su cui esso è pervenuto, ha natura di documento la cui corrispondenza all'originale è asseverata dalla qualifica soggettiva dell'agente che effettua la riproduzione, ed è, pertanto, utilizzabile anche in assenza del sequestro dell'apparecchio. In dottrina, v. R. Del Coco, *L'utilizzo probatorio dei dati WhatsApp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, *cit.*, p. 532 ss.; G. Fiorelli, *Lo screenshot quale prova documentale: regole acquisitive e garanzie di affidabilità*, in *Dir. giust.*, 2020, p. 503 ss.; M. Pittiruti, *Digital Evidence e procedimento penale*, Torino, Giappichelli, 2017.

<sup>11</sup>L'art. 6 l. n. 140/2003 prevede, infatti, l'autorizzazione *ex post* ad utilizzare i risultati delle intercettazioni, nonché i tabulati di comunicazioni, ma non anche i risultati acquisiti con il sequestro di corrispondenza: in argomento v. *infra*.

<sup>12</sup>Inizialmente circoscritta alla sola posta elettronica, ma ben presto estesa alla messaggistica istantanea.



concluso e archiviato sul dispositivo)<sup>13</sup>, talora le modalità esecutive prescelte dagli inquirenti (cosicché, in presenza di un'acquisizione occulta troverebbe applicazione la disciplina delle intercettazioni, ove l'apprensione fosse palese sarebbe, invece, applicabile quella del sequestro)<sup>14</sup>, come pure il momento dell'inoltro (dopo il quale le e-mail già inviate e/o ricevute sarebbero acquisibili tramite intercettazione)<sup>15</sup> o quello della "conoscibilità" (per cui soltanto le e-mail non ancora conosciute e lette dal destinatario potrebbero essere captate ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p.)<sup>16</sup>.

Con una prosa snella, asciutta e immune da ambizioni trattatistiche, il giudice delle leggi respinge velocemente la tesi – strategicamente vantaggiosa, ma argomentativamente banalissima – prospettata dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, secondo cui la comunicazione orale è intercettabile, quella scritta, invece, è sequestrabile. La «linea di confine» – ad avviso della Corte – «passa altrove», dal momento che entrambi gli strumenti consentono di acquisire flussi audio e di testo<sup>17</sup>. A distinguerli concorrono, piuttosto, le modalità e il tempo dell'acquisizione. Sicché, prendendo le mosse dalla nota decisione a sezioni unite del 2003<sup>18</sup>, i giudici costituzionali ribadiscono che la nozione di intercettazione ricomprende l'apprensione del contenuto di una conversazione *in fieri* eseguita in maniera occulta e contestuale, dunque la "cattura" della comunicazione nel suo momento "dinamico" e all'insaputa degli interlocutori; uno schema concettuale dal quale chiaramente esula l'apprensione del supporto fisico che reca memoria di una conversazione già avvenuta, quindi l'acquisizione della comunicazione nella sua dimensione "statica" di messaggio già recapitato e conservato in uno spazio di archiviazione, eseguita sì a sorpresa, ma in modo palese, come accaduto nel caso oggetto del conflitto sollevato dal Senato.

Ma il punto davvero rilevante è un altro ed ha a che fare con il secondo e il terzo cardine della pronuncia.

La Corte è convinta che l'acquisizione di e-mail e messaggi WhatsApp memorizzati in un *device* sottoposto al vincolo di temporanea indisponibilità sia riconducibile alla nozione di "sequestro di corrispondenza" (rilevante ai fini degli artt. 15 e 68, comma 3, Cost.). Dimostrarlo è agevole, come infilare una lama nel burro, giacché numerosi indici depongono, indiscutibilmente, in questa direzione.

<sup>13</sup> Secondo un primo orientamento, il criterio distintivo tra intercettazione di conversazioni e sequestro di corrispondenza sarebbe stato quello "temporale": in caso di captazione in tempo reale di un flusso comunicativo *in fieri*, avrebbe operato la disciplina di cui agli artt. 266 ss. c.p.p.; viceversa, i messaggi già recapitati e archiviati sul dispositivo del destinatario, costituendo un flusso concluso, sarebbero sequestrabili: cfr. A. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. I, *Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*, Torino, Utet, 2009, p. 535; L. Luparia, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, VII, t. I, *Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*, Torino, Utet, 2011, p. 387; A. Vele, *Documento informatico e tutela della riservatezza nel processo penale: aspetti problematici*, in *Arch. pen.*, 1, 2018.

<sup>14</sup> Cfr. F. Zaccché, *L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale*, in questa *Rivista*, 2013, p. 106; M. Pittiruti, *Profili processuali della prova informatica*, in L. Marafioti-G. Paolozzi (a cura di), *Incontri ravvicinati con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 59.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *ForoPlus*: il flusso di comunicazioni avveniva per il tramite di una modalità «singolare, ma non sconosciuta alla casistica criminale», vale a dire attraverso il parcheggio delle e-mail nella "cartella bozze" dell'*account* comune di posta elettronica; la mail, quindi, veniva scritta e non inviata, ma «parcheggiata» in bozze per essere letta da altro indagato in occasione di un accesso successivo alla medesima casella di posta. In questa occasione la Corte ha ritenuto che siffatto scambio di comunicazione, in quanto «differito», esulasse dal perimetro operativo delle intercettazioni, per essere ricompreso in quello del sequestro dei dati informatici. In dottrina, S. De Flammineis, *Le intercettazioni telematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 992, per il quale «bisogna dire che l'e-mail già inviate e pervenute al destinatario e dallo stesso archiviate non possono essere oggetto d'intercettazione perché non sono più comunicazione, sono assimilabili al concetto di corrispondenza; se invece ci sono e-mail archiviate (ad esempio nella cartella bozze) in un *account* accessibile anche da altro utente, anche se non si tratta di una e-mail inoltrata al destinatario, sarebbe possibile l'intercettazione del secondo utente al momento dell'accesso alla casella; anche questa quindi deve intendersi come una comunicazione non stante l'e-mail non sia stata inviata».

<sup>16</sup> Cfr. R. Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 134, per il quale soltanto i contenuti e-mail non ancora conosciuti e letti possono cadere sotto l'ambito di applicazione dell'art. 266-bis c.p.p.

<sup>17</sup> L'esistenza stessa dell'art. 266-bis c.p.p. dimostra che le intercettazioni possano anche avere ad oggetto flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (dunque, non orali), così come, sul fronte opposto, le applicazioni di messaggistica istantanea e i servizi di posta elettronica consentono l'invio di messaggi vocali o file audio contenenti comunicazioni orali.

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Dir. e giust.*, 2003, fasc. 37, p. 16, con nota di A. Mari, *Giro di vite sulle intercettazioni. Fatti salvi però i casi di "eccezionale urgenza"*.

Il giudice delle leggi richiama, anzitutto, assetti interpretativi consolidati sulla *vis* espansiva dell'art. 15 Cost.<sup>19</sup>: la Costituzione tutela il diritto di comunicare riservatamente<sup>20</sup> quale espressione del nucleo essenziale dei valori della personalità<sup>21</sup>; prescinde, dunque, dal mezzo utilizzato<sup>22</sup>, purché esso sia tecnicamente idoneo ad assicurare – in astratto<sup>23</sup> – la segretezza dell'atto comunicativo. Con un intuibile

<sup>19</sup> Sull'art.15 Cost. cfr. P. Barile-E. Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 743 ss.; M. Di Majo, *Corrispondenza (dir. priv.)*, *ivi*, p. 741 ss.; A. Pace, *Art.15*, in G. Branca (a cura di), *Comm. Cost., Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 80 ss.; Id., *Contenuto e oggetto della libertà di corrispondenza e di comunicazione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977, p. 813 ss.; Id., *Problemativa delle libertà costituzionali. Lezioni, Parte speciale*, II ed., Padova, Cedam, 1992, p. 241 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 163 ss.; C. Troisio, *Corrispondenza (Libertà e segretezza della)*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 80 ss.; P. Caretti, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 200 ss.; A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 396; A. Sperti, *La libertà e la segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni tra vecchie e nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Il rispetto delle regole: scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 88 ss.; G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Torino, Giappichelli, 2006, p. 617 ss.; F. Donati, *Art.15*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, Utet, 2006, p. 362 ss.; M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, Giuffrè, 2008; M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. IX-388; G. Illuminati, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3826 ss.; M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 231 ss.; P. Caretti-G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali*, V ed., Torino, Giappichelli, 2022, p. 285 ss.

<sup>20</sup> Sollecitata a pronunciarsi cui c.d. "dati esterni" di una comunicazione (nel caso di specie sui dati desumibili dai tabulati telefonici), la Corte Costituzionale, consapevole che un'esegesi strettamente letterale dell'art. 15 Cost. avrebbe determinato la conclusione che la riservatezza nelle comunicazioni sia qualcosa di diverso tanto dalla libertà quanto dalla loro segretezza, è giunta ad affermare che «la stretta attinenza della libertà e della segretezza nelle comunicazioni al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo». Sennonché, la Corte, evocando quel principio personalistico che connota il disegno costituzionale, ha inglobato anche il diritto alla riservatezza nelle comunicazioni nell'orbita dell'art. 15 Cost.: cfr. C. cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 740, con nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*; precedentemente, C. cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316, con nota di V. Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*; di recente, v. C. cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *ForoPlus*.

<sup>21</sup> L'art. 15 Cost. rappresenta, secondo la Corte, un presidio per la tutela della sfera intima di ciascun individuo, «nella misura e nei limiti in cui a tale sfera possa essere riferibile un valore espressivo e identificativo della personalità umana e della vita di relazione nella quale questa si svolge (art. 2 della Costituzione), assegnando alla stessa una posizione privilegiata al fine di salvaguardare l'intangibilità degli aspetti più significativi della vita intima della persona»: cfr. C. cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3260; C. cost., 11 marzo 1993, n. 81, cit.

<sup>22</sup> La sentenza n. 81/1993, ove la Corte, in un momento in cui *internet* non era ancora diffuso, aveva affermato che «il riconoscimento e la garanzia costituzionale della libertà e della segretezza della comunicazione comportano l'assicurazione che il soggetto titolare del corrispondente diritto possa liberamente scegliere il mezzo di corrispondenza, anche in rapporto ai diversi requisiti di riservatezza che questo assicura sia sotto il profilo tecnico, sia sotto quello giuridico»: cfr. C. cost., 11 marzo 2023, n. 81, cit., § 4 del *Considerato in diritto*. Per E. Gianfrancesco, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Dir. soc.*, 2008, p. 234, la Costituzione, utilizzando la formula aperta "ogni altra forma di comunicazione", ha introdotto una sorta di concetto-valvola, per cui ogni mezzo che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi può usufruire della garanzia in esame. Sul punto v., altresì, A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit., p. 118.

<sup>23</sup> In linea con l'insegnamento di autorevole dottrina, la Corte costituzionale ha sostenuto che la sola idoneità astratta del mezzo comunicativo utilizzato ad assicurare una sufficiente segretezza alla comunicazione giustifica la tutela costituzionale dell'art. 15 Cost., nonostante lo stesso mezzo si riveli, in concreto, del tutto incapace di impedire eventuali illecite captazioni disposte in modo occulto: cfr. C. cost., 15 novembre 1988, n. 1030, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4984, la quale, chiamata a verificare se la consapevolezza dei colloquianti di conversare con mezzi comunicativi non sicuri in termini di segretezza – nel caso di specie, apparecchi ricetrasmittenti che si avvalgono di onde radio – valga ad escludere l'operatività dell'art. 15 Cost., ha sostenuto che «il fatto che questi [cioè gli apparati che utilizzano onde radio] siano, per ragioni tecniche, captabili da terzi e che la legge non assicuri la protezione da interferenze [...] non giova a mutarne l'essenziale destinazione». È ovvio, del resto, che se si considerasse la possibilità di invocare la libertà delle comunicazioni riservate in presenza di un'assoluta impossibilità tecnica di impedire la comunicazione del messaggio o di captarne il contenuto da parte di terzi estranei al colloquio, l'ambito di applicazione dell'art. 15 Cost. sarebbe praticamente nullo, a fronte delle sofisticatissime risorse che la tecnologia mette a disposizione di quanti intendono impedire o captare le altrui comunicazioni riservate (cfr. A. Pace, *Problemativa delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 248). In altri termini, «non è consentito di desumere dalla possibilità tecnica di una intrusione una carenza di garanzia [...] della segretezza della corrispondenza: l'argomento [...] condurrebbe a negare in qualsiasi caso una tutela della segretezza, la cui violazione costituirebbe, appunto, la prova provata che l'intrusione era possibile» (v. A. Cerri, *Telecomunicazioni e diritti fondamentali*, in *Dir. inf.*, 1996, p. 791). In dottrina, altresì, L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 11; A. Gaito, *In tema di indebito inserimento su onde radio a frequenza riservata*, in *Giur. it.*,

corollario: la garanzia costituzionale cinge ogni comunicazione «di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate»<sup>24</sup> che non siano in presenza, a partire da quella più tradizionale rappresentata dalla corrispondenza telegrafica o epistolare<sup>25</sup> – che nel mondo immune da *bit* e *device* costituiva l'archetipo di riferimento – sino alle nuove forme di comunicazione riservata offerte dall'innovazione tecnologica<sup>26</sup> «come i messaggi di posta elettronica [...], le comunicazioni scambiate in *chat*, le videoconferenze *one to one*, i servizi di *audio-text*»<sup>27</sup>, inimmaginabili all'epoca in cui fu varata la Carta dei diritti.

È questo uno dei passaggi sicuramente più significativi della decisione: la tutela accordata dall'art. 15 Cost. potrà senz'altro coinvolgere «ogni altra forma di comunicazione» a distanza che il futuro potrà offrire, purché essa presenti i caratteri della intersoggettività (che consiste nella determinatezza dei destinatari)<sup>28</sup> e della segretezza (garantita da mezzi idonei a mantenerne riservato il contenuto dello scambio comunicativo)<sup>29</sup>.

In quest'ordine di idee, le comunicazioni tramite app e servizi di posta elettronica rientrano senza dubbio nell'orbita della disposizione costituzionale<sup>30</sup> dal momento che i messaggi sono scambiati tra

1975, II, p. 410; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, p. 174, secondo il quale la valutazione dell'idoneità del mezzo a mantenere segreta il contenuto della comunicazione dev'essere intesa non in senso assoluto, ma convenzionalmente, «[...] secondo aspettative obiettivamente ragionevoli».

<sup>24</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit., § 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>25</sup> In materia cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 163 ss.; P. Barile-E. Cheli, *Corrispondenza* (libertà di), cit., p. 743 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 275 ss.; P. Caretti, *Corrispondenza* (libertà di), cit., p. 200 ss.; M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, Giuffrè, 2008; M. Di Majo, *Corrispondenza* (dir. priv.), cit., p. 741 ss.; A. Pace, *Art. 15*, cit., p. 80 ss.; A. Pace, *Contenuto e oggetto della libertà di corrispondenza e di comunicazione*, cit., p. 813 ss.; G.M. Salerno, *La protezione della riservatezza e l'invulnerabilità della corrispondenza*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I Diritti costituzionali*, I, Torino, Giappichelli, 2001, p. 417 ss.; A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. C. cost., 26 gennaio 2017, n. 20, cit., § 3.3 del *Considerato in diritto*, nella quale il giudice delle leggi ha chiarito che «il diritto di cui all'art. 15 Cost. comprende tanto la "corrispondenza" quanto le "altre forme di comunicazione", incluse quelle telefoniche, elettroniche, informatiche, tra presenti o effettuate con gli altri mezzi resi disponibili dallo sviluppo della tecnologia»: v. M. Ruotolo, *Regolazione dei mezzi di ricerca della prova e limiti del sindacato della Corte costituzionale (sentenza n. 20 del 2017)*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 376 ss.; da ultimo, v. C. cost., 12 gennaio 2023, n. 2, in *Giur. cost.*, 2023, p. 18 ss., con nota di F. Losurdo, *Nucleo essenziale della libertà di comunicazione e riserva di giurisdizione. Esiste un "diritto al mezzo"?*, § 9 del *Considerato in diritto* ove si valorizza la circostanza che l'art. 15 Cost. apre «il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata».

<sup>27</sup> Le espressioni sono di A. Diddi, *L'invulnerabilità della segretezza delle comunicazioni*, in R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 269.

<sup>28</sup> Secondo un primo orientamento sarebbe decisivo l'*animus* del mittente o del destinatario e, invece, irrilevante sia il contenuto trasmesso, sia la forma adoperata, che, infine, lo strumento di trasmissione: cfr. P. Barile-E. Cheli, *Corrispondenza* (libertà di), cit., pp. 744-745; inoltre, v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 164-165. Di avviso contrario A. Pace, *Art. 15*, cit., pp. 81-83, secondo il quale la tutela offerta dalla disposizione costituzionale riguarderebbe le sole comunicazioni di pensiero generalmente riconoscibili come tali: in questi termini, la busta suggellata sarebbe tutelata dall'art. 15 Cost., ma non, ad esempio, un pacco, che secondo i criteri di generale riconoscibilità non sarebbe riconosciuto come strumento idoneo a veicolare un pensiero da un individuo ad un altro.

<sup>29</sup> Se si assume l'esistenza di due diverse situazioni giuridiche soggettive – "libertà", da un lato, e "segretezza", dall'altro lato – la garanzia costituzionale, quand'anche il mittente abbia scelto uno strumento di comunicazione "aperto", tornerà a dispiegarsi dal momento della ricezione da parte del destinatario della comunicazione, qualora quest'ultimo abbia interesse a mantenerne riservato il contenuto: cfr. Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 163-164, il quale osserva come la corrispondenza «è libera in quanto segreta ed è al contempo segreta per poter essere libera»; M. Petrone, voce *Segreti* (delitti contro l'invulnerabilità dei), in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 972. Se, invece, si ritiene che l'art. 15 Cost. tuteli un'unica situazione giuridica – «la libertà delle comunicazioni materialmente assoggettabili e concretamente assoggettate a vincolo di segretezza», la disposizione costituzionale troverà applicazione soltanto quando il mezzo comunicativo sia tecnicamente idoneo a proteggere la riservatezza dell'espressione di pensiero e cesserà, quindi, di operare alla presa visione del messaggio da parte del destinatario: cfr. A. Pace, *Art. 15*, cit., p. 85.

<sup>30</sup> La centralità dei moderni mezzi di comunicazione è stata, da ultimo, riconosciuta da C. cost., 12 gennaio 2023, n. 2, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui includeva i telefoni cellulari tra gli apparati di comunicazione radiotrasmittente di cui il questore può vietare, in tutto o in parte, il possesso o l'utilizzo, per violazione dell'art. 15 Cost. Nello specifico, i giudici costituzionali, dopo aver riconosciuto che la garanzia di cui all'art. 15 Cost. «tutela la libertà (e la segretezza) della corrispondenza, che all'epoca costituiva l'archetipo di riferimento, ma estende la garanzia

soggetti determinati<sup>31</sup> attraverso mezzi tecnici che ne assicurano la riservatezza (la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali<sup>32</sup>; mentre il messaggio WhatsApp, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da password, PIN o chiavi di sicurezza biometriche quali, ad esempio, impronte digitali e riconoscimenti facciali).

C'è dell'altro: tali comunicazioni di natura elettronica appaiono «del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi»<sup>33</sup>; esse rappresentano, banalmente, forme «più evolute» di corrispondenza<sup>34</sup>. E la conclusione, peraltro, non cambia ove si discuta della tutela rafforzata di cui all'art. 68, comma 3, Cost., ancorché tale disposizione, contrariamente all'art. 15 Cost., non richiami, con formula aperta, «altre forme di comunicazione». Non solo perché la nozione di «corrispondenza» – menzionata dall'art. 68 Cost. senza ulteriore specificazione – appare sufficientemente ampia da ricomprendere lo scambio di pensiero a distanza tra soggetti determinati di tipo informatico-telematico; ma anche perché, a sostenere il contrario, in un momento storico nel quale la corrispondenza epistolare e telegrafica è oramai considerata un mezzo marginale, si vanificherebbe la portata della prerogativa parlamentare, che continuerebbe ad operare solo su carta. Non è un caso, tra l'altro, che il legislatore abbia incluso nella nozione di «corrispondenza» – agli effetti delle disposizioni che contemplano i delitti contro l'inviolabilità dei segreti – anche quella «informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza» (art. 616, comma 4, c.p., come sostituito dalla l. 23 dicembre 1993, n. 547); né che la Corte europea dei diritti dell'uomo non abbia avuto incertezza alcuna nel trainare sotto l'egida dell'art. 8 Cedu – ove pure si fa riferimento alla «corrispondenza» *tout court* – i messaggi di posta elettronica<sup>35</sup>, gli SMS<sup>36</sup> e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite *internet*<sup>37</sup>.

Eppure, affinché possa parlarsi di «corrispondenza» nell'ottica delle tutele costituzionali è necessario riscontrare la presenza del terzo carattere che, affiancandosi a intersoggettività e segretezza, connota la forma tradizionale di tipo epistolare e telegrafico: l'attualità, venuta meno la quale lo scambio del pensiero ricade sotto l'egida di altre norme costituzionali (quelle in materia di libertà personale e domiciliare, libertà di manifestazione del pensiero, diritto di difesa o diritto di proprietà). Detto altrimenti, si tratta di verificare – e la Corte se ne assume tutta la responsabilità – se i messaggi elettronici mantengano la natura di «corrispondenza» anche dopo l'invio e la ricezione da parte del destinatario e, quindi, se sia possibile estendere la protezione offerta dagli artt. 15 e 68, comma 3, Cost. alla «dimensione statica» della comunicazione.

---

ad ogni forma di comunicazione, aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata», osservano come sia «difficile pensare che il divieto di possesso e uso di un telefono mobile – considerata l'universale diffusione attuale di questo strumento, in ogni ambito della vita lavorativa, familiare e personale – non si traduca in un limite alla libertà di comunicare, “spazio vitale che circonda la persona” (sentenze n. 81 del 1993 e n. 366 del 1991), in quanto attinente alla sua dimensione sociale e relazionale. Da questo punto di vista, il telefono cellulare ha assunto un ruolo non paragonabile a quello degli altri strumenti evocati dai remittenti. Rivelerebbe, inoltre, un senso di irrealtà l'obiezione per cui la libertà di comunicare, privata del telefono mobile, ben potrebbe ancora oggi essere soddisfatta attraverso mezzi diversi, come gli apparati di telefonia fissa»: cfr. C. cost., 12 gennaio 2023, n. 2, in *Giur. cost.*, 2023, p. 2 ss., con nota di F. Losurdo, *Nucleo essenziale della libertà di comunicazione e riserva di giurisdizione. Esiste un “diritto al mezzo”?*

<sup>31</sup> Per i fenomeni di *mailing list* e *social network*, invece, il confine fra la libertà di comunicazione e quella di espressione è più delicato e dipende dal numero dei soggetti coinvolti nella conversazione.

<sup>32</sup> Sul punto si era già espressa la giurisprudenza di legittimità, rilevando che «tale corrispondenza può essere qualificata come “chiusa” solo nei confronti dei soggetti che non siano legittimati all'accesso ai sistemi informatici di invio o di ricezione dei singoli messaggi»: cfr. Cass., sez. V., 19 dicembre 2007, n. 47096, in *ForoPlus*.

<sup>33</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit. § 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>34</sup> Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., pp. 164-165, il quale già rilevava come per «corrispondenza» dovesse intendersi «quella epistolare, telegrafica, telefonica, con collegamento tramite filo o “ad onde guidate” [...]. Il concetto abbraccia in verità ogni possibile corrispondenza: si pensi ad esempio ai segnali ottici da punto a punto, ai segnali acustici (tamburi nella giungla, e meno romanticamente, “radio-carcere” mediante il tambureggiamento sui muri da cella a cella)».

<sup>35</sup> Corte e.d.u., 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania* [GC], in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 72; Corte e.d.u., sez. IV, 3 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito*, *ivi*, § 41.

<sup>36</sup> Corte e.d.u., sez. V, 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*, § 48.

<sup>37</sup> Corte e.d.u., *Barbulescu c. Romania* [GC], cit., § 74.

## (SEGUE) IL DIRITTO A COMUNICARE RISERVATAMENTE NELL'ETÀ DEL DATO: ANCHE I MESSAGGI RINVENUTI NEL DEVICE SONO CORRISPONDENZA

Il terzo e decisivo cardine della pronuncia riguarda una questione storicamente controversa, ampiamente divisiva (ancorché precedente al *boom* tecnologico), riassumibile in un quesito: sin quando una comunicazione può considerarsi attuale?

Fintantoché – direbbero alcuni – il destinatario non abbia preso conoscenza del messaggio recapitatogli<sup>38</sup>; oppure, secondo altri, fin quando non sia trascorso un tempo tale – variamente determinabile secondo i casi – da far perdere alla comunicazione il carattere riservato e facendogliene acquisire uno puramente storico<sup>39</sup>. La scelta tra l'una e l'altra soluzione definisce la linea di confine oltre la quale viene meno la copertura costituzionale del diritto a comunicare riservatamente.

Attraverso un argomentare che ricalca, in larga misura, i contenuti delle pronunce che l'hanno preceduta e con puntuali rinvii alla giurisprudenza di legittimità e della Corte e.d.u., il giudice delle leggi – sposando, in tal modo, la tesi sostenuta dal ricorrente – aderisce all'orientamento secondo cui la tutela costituzionale di cui all'art. 15 Cost., accordata a partire dal momento in cui viene scelto e utilizzato il mezzo di trasmissione del pensiero (*animus*), non si esaurirebbe con l'avvenuto recapito del messaggio e la presa di cognizione del suo contenuto da parte del destinatario, ma permarrebbe finché la comunicazione conservi carattere di attualità e interesse per i corrispondenti. Ha manifestato, pertanto, tutte le sue perplessità in ordine al pur consolidato indirizzo interpretativo del giudice di legittimità (richiamato dalla resistente), secondo cui i messaggi di posta elettronica, SMS e WhatsApp, già ricevuti e memorizzati nel dispositivo del mittente o del destinatario, devono essere considerati semplici documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p.<sup>40</sup>, essendo venuta meno l'attualità della comunicazione al momento della ricezione. Non solo. Ha riconosciuto apertamente che avallare tale orientamento significherebbe agevolare il rischio di un'elusione del dettato costituzionale da parte degli inquirenti, i quali, anziché captare le comunicazioni nel momento in cui si svolgono, ne attenderebbero la conclusione (che nel caso dei messaggi elettronici è pressoché coeva), per poi acquisire il *device* in cui vi è traccia dello scambio comunicativo. Si è spinta fino a pronunciarne un vero e proprio epitaffio: «[d]egradare la comunicazione a mero documento quando non più *in itinere*, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione»<sup>41</sup>.

In verità, si tratta di una convinzione già scolpita nella giurisprudenza della Corte e.d.u. – la quale ritiene che la tutela accordata dall'art. 8 Cedu riguardi anche la corrispondenza telematica “conservata” nel *device*<sup>42</sup> – e rafforzata, tra l'altro, dagli approdi del giudice di legittimità sulle diverse fattispecie in-

<sup>38</sup> A. Pace, *Art. 15*, cit., p. 90; Id., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 246; V. Italia, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 212; C. Troisio, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, cit., p. 10.

<sup>39</sup> Cfr. P. Barile-E. Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., p. 745. Lo stesso Barile, in Id., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 164-165, chiariva che le «comunicazioni del pensiero hanno dunque un carattere intersoggettivo (fra soggetti determinati) e hanno anche, per loro natura, un carattere attuale: *diventano* corrispondenza nell'atto in cui viene scelto e utilizzato il mezzo di trasmissione (la lettera non è tale prima di essere imbucata), cessano di essere tale non, come alcuni sostengono, all'atto del ricevimento e della presa di conoscenza da parte del destinatario, bensì quando il decorso del tempo ha trasformato il messaggio in un documento “storico”, avente carattere meramente retrospettivo (mancanza della “attualità”)». Negli stessi termini, V. Manzini, *Diritto penale italiano*, vol. VIII, II ed., Torino, Giappichelli, 1951, p. 822, secondo il quale la comunicazione conserva la sua natura privata e personale – tutelata dall'art. 15 Cost. – fintantoché, per il decorso del tempo «o per altra causa non (gli) si può assegnare che un valore meramente retrospettivo, affettivo, collezionistico, storico, artistico, scientifico o probatorio»; nonché, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, XVI ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 253; P. Caretti, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., p. 1 ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., t. II, Padova, Cedam, 1976, p. 1063.

<sup>40</sup> Tra le ultime, v. Cass., sez. II, 19 ottobre 2022, n. 39529, cit.; Cass., sez. VI, 8 giugno 2022, n. 22417, in *ForoPlus*; Cass., sez. V, 6 maggio 2021, n. 17552, *ivi*; Cass., sez. VI, 28 maggio 2019, n. 28269, cit.

<sup>41</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit. § 4.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>42</sup> Cfr. Corte e.d.u., *Barbulescu c. Romania* [GC], cit., §§ 72-74, secondo cui «l'invio e la ricezione» di messaggistica istantanea – nella specie *Yahoo Messenger* – «sono compresi nella nozione di “corrispondenza”»; Corte e.d.u., sez. V, 17 dicembre 2020, *Saber c. Norvegia*, cit., §§ 48-51, occupatasi specificatamente del sequestro dei dati di uno *smartphone*, che comprendevano anche

criminatrici poste a tutela della inviolabilità delle comunicazioni: nell'interpretazione offerta dalla Casazione, gli artt. 617 e 617-*quater* c.p. presidierebbero la comunicazione in fase di trasmissione (considerata, dunque, nel suo momento "dinamico"), come suggerito dalla tipologia di condotte alternative a quella di fraudolenta cognizione (interrompere e impedire); l'art. 616 c.p., invece, tutelerebbe la comunicazione nel suo momento "statico", quale «pensiero già comunicato o da comunicare fissato su supporto fisico o altrimenti rappresentato in forma materiale»<sup>43</sup>, come si evince dall'uso del termine «corrispondenza» (in luogo delle espressioni contenute nelle fattispecie successive: «comunicazione» e «conversazione») e dal tipo di condotte tipizzate dal legislatore in alternativa a quella di illecita cognizione (sottrarre, distrarre, sopprimere e distruggere).

Ebbene, la corrispondenza telematica, costituzionalmente rilevante, resta tale anche se già conclusa e rinvenuta nella memoria del dispositivo. Il problema, semmai, sta nel verificare se, al momento dell'acquisizione, la comunicazione sia – nella considerazione dei soggetti coinvolti – di perdurante attualità.

È troppo facile, ma fuorviante, ribaltare il ragionamento puntando sulle possibili incertezze che potrebbero derivare sul piano applicativo da un'interpretazione che prescinde dal momento della ricezione, ossia argomentando – come fa la resistente – che, in tal modo, non si consentirebbe agli inquirenti di sapere *a priori* se l'interesse a mantenerne riservato il contenuto del messaggio, già recapitato e appreso dal destinatario, sia ancora attuale per i colloquianti. Il carattere dell'attualità, prosegue con chiarezza la Corte, deve invero «presumersi, sino a prova contraria» quando si discuta di «messaggi scambiati – come nella specie – a una distanza di tempo non particolarmente significativa rispetto al momento in cui dovrebbero essere acquisiti» (e durante lo svolgimento del mandato parlamentare in cui tale momento si colloca), «e per giunta ancora custoditi in dispositivi protetti da codici di accesso»<sup>44</sup>.

Le coordinate interpretative restano invariate anche ove si tratti di stabilire cosa sia «corrispondenza» per il parlamentare. Del resto – soggiunge la Corte nel passaggio motivazionale successivo dedicato all'art. 68, comma 3, Cost. – «condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione del mandato parlamentare possono bene derivare [...] dalla presa di conoscenza dei contenuti di messaggi già pervenuti al destinatario». Se, dunque, la *ratio* della disposizione costituzionale è quella di prefigurare una prerogativa «strumentale [...] alla salvaguardia delle funzioni parlamentari»<sup>45</sup>, limitarla alle sole comunicazioni *in fieri* significherebbe darne un'interpretazione tanto restrittiva da circoscrivere la tutela costituzionale ai soli casi di corrispondenza cartacea, escludendo, quindi, l'unica forma oggi dominante – il "*fingered speech*" – in cui, per le caratteristiche tecniche del mezzo di comunicazione utilizzato, la ricezione del messaggio è pressoché contestuale all'invio.

Il giudice delle leggi fa leva, *ad adiuvandum*, su un argomento inespugnabile offerto dalla stessa giurisprudenza costituzionale, ossia dalle decisioni che hanno esteso la copertura degli artt. 15 e 68, comma 3, Cost. ai c.d. "dati esterni" delle comunicazioni. Nell'un caso, perché il principio personalistico che connota il disegno costituzionale<sup>46</sup> «comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire

---

SMS e messaggi di posta elettronica; riguardo alla posta elettronica, v. anche Corte e.d.u., sez. IV, 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito, § 44, in *www.hudoc.echr.coe.int*; sui dati memorizzati in floppy disk, cfr. Corte e.d.u., sez. V, 22 maggio 2008, Iliya Stefanov c. Bulgaria, *ivi*, § 42. Altre decisioni potrebbero aggiungersi: v. Corte e.d.u., sez. IV, 16 ottobre 2007, Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria, *ivi*, § 45, sui dati memorizzati nei server informatici, Corte e.d.u., sez. IV, 27 settembre 2005, Petri Salinen e altri c. Finlandia, *ivi*, § 71, per quanto riguarda gli *hard disk*.

<sup>43</sup> In quest'ordine di idee, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che integra il delitto di violazione di "corrispondenza" (art. 616 c.p.) la condotta di chi prende abusivamente cognizione del contenuto della corrispondenza telematica ad altri diretta e conservata nell'archivio di posta elettronica: cfr., in particolare, Cass., sez. V, 4 novembre 2020, n. 30735, in *ForoPlus*, che ha escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 616 c.p. la presa visione di *e-mail* la cui trasmissione sia ancora in corso, proprio perché la norma incriminatrice considererebbe la "corrispondenza" in senso esclusivamente statico; v. anche Cass., sez. V, 2 maggio 2019, n. 18284, in *ForoPlus*; Cass., sez. II, 28 novembre 2017, n. 952, *ivi*; Cass., sez. II, 15 marzo 2017, n. 12603, *ivi*; Cass., sez. V, 2 febbraio 2017, n. 12603, in *CED Cass.* n. 269517-01, la quale pone a raffronto le fattispecie di cui agli artt. 616 e 617 c.p.

<sup>44</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit. § 4.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> Cfr. C. cost., 23 novembre 2007, n. 390, cit., p. 57 ss.; negli stessi termini C. cost., 6 marzo 2019, n. 38, in *ForoPlus*; C. cost., 17 aprile 2013, n. 113, *ivi*.

<sup>46</sup> C. cost., 23 luglio 1991, n. 366, cit.

[alla libertà e segretezza nelle comunicazioni], per quanto possibile, un significato espansivo»<sup>47</sup>. Nell'altro, perché i dati esteriori sono rivelatori di «fatti comunicativi» in grado di «aprire squarci di conoscenza» circa i rapporti, anche istituzionali, intrattenuti dal parlamentare, risultando quindi «accostabili» al contenuto delle conversazioni cui ineriscono<sup>48</sup>. Se, dunque, le informazioni contenute nei tabulati telefonici, informatici o telematici, la cui acquisizione è cronologicamente susseguente al verificarsi della comunicazione che è intercorsa nel pieno rispetto della segretezza, godono delle tutele accordate dagli artt. 15 e 68, comma 3, Cost., «è impensabile» – redarguisce la Corte – che tanto non possa valere per e-mail, SMS e messaggi WhatsApp contenuti in un *device*, ancorché acquisiti in un momento successivo allo storico verificarsi dello scambio comunicativo, proprio perché il sequestro del dispositivo – e la conseguente estrazione dei dati – consente di apprendere (non solo gli elementi estrinseci, ma anche) il contenuto vero e proprio della comunicazione già intercorsa tra gli interlocutori.

Ebbene, premesso che l'acquisizione di posta elettronica e *instant messaging* contenuti in un dispositivo non è qualificabile – «nel caso di specie»<sup>49</sup> – come intercettazione; constatato che lo scambio di e-mail, SMS, WhatsApp e simili rappresenta, di per sé, una forma “contemporanea” di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68, comma 3, Cost.; chiarito che i messaggi telematici già ricevuti e letti dal destinatario, e conservati nella memoria del dispositivo, mantengono natura di corrispondenza, non degradando a semplice documento fintantoché «per il decorso del tempo, essa [la corrispondenza] non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza»; l'annullamento dei provvedimenti di sequestro, eseguiti dalla Procura fiorentina senza il nullaosta politico, “torna” come il risultato di un conto.

#### (SEGUE) LA PRECISAZIONE RELATIVA ALL'ACQUISIZIONE DELL'ESTRATTO-CONTO BANCARIO

Dopo la fitta argomentazione imbastita sulla corrispondenza telematica, la Corte ha avuto gioco facile nel verificare se anche l'estratto-conto bancario del parlamentare, oggetto di acquisizione da parte degli inquirenti, dovesse essere ricompreso nel concetto di «corrispondenza» costituzionalmente rilevante. Le è bastato osservare che se si fosse trattato del documento spedito periodicamente dalla banca al correntista<sup>50</sup> avrebbero certamente operato le guarentigie di cui agli artt. 15 e 68, comma 3, Cost., trattandosi di “corrispondenza bancaria”<sup>51</sup>. Tuttavia, l'estratto conto del senatore figurava tra gli atti

<sup>47</sup> C. cost., 11 marzo 1993, n. 81, cit.; in senso conforme, C. cost., 14 novembre 2006, n. 372, in *ForoPlus*; C. cost., 17 luglio 1998, n. 281, *ivi*.

<sup>48</sup> Cfr. C. cost., 6 marzo 2019, n. 38, cit., con cui la Corte ha ritenuto conforme a Costituzione l'art. 6 l. n. 140/2003 che subordina all'autorizzazione della Camera d'appartenenza l'utilizzo in giudizio di un tabulato telefonico, contenente dati “esterni” relativi alla comunicazione di un membro del Parlamento, così equiparandone il trattamento alla registrazione o al verbale di un'intercettazione. Precedentemente, C. cost., 28 maggio 2010, n. 188, in *ForoPlus*, la quale ha sottolineato la «notevole capacità intrusiva» dell'acquisizione dei tabulati telefonici: cfr. V. Di Ciolo-L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, V ed., Milano, 2013, p. 141. Sulle stesse posizioni si è assestata la giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'acquisizione di tabulati, come la captazione di conversazioni, è un'attività diretta ad accedere nella sfera di comunicazioni del parlamentare, in quanto può consentire di ricavare elementi di indagine assai significativi, senza necessità di ricorrere ad una intercettazione: v. Cass., sez. VI, 22 settembre 2016, n. 49538, in *ForoPlus*. Sulla decisione n. 38/2019 cfr. F. Girelli, *La “legittimità” della tutela dello spazio comunicativo del parlamentare*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2020, p. 240 ss.; M. Violante, *Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2019, p. 1101 ss. In senso critico, v. R. Orlandi, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 683, secondo il quale la «nuova categoria concettuale del “fatto comunicativo” [...] si risolve in una estensione della garanzia immunitaria oltre il limite consentito dall'art. 68, comma 3, Cost.»; nello stesso senso F. Nicolichia, *La Consulta conferma la legittimità dell'autorizzazione per acquisire i tabulati delle comunicazioni relative a parlamentari. Luci ed ombre della sentenza n. 38 del 2019*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1015: «[è] però il dato testuale dell'art. 68 comma 3 Cost. a contrastare in maniera più evidente con l'esegesi estensiva fatta propria dai giudici».

<sup>49</sup> C. cost., 27 luglio 2023, n. 170, cit. § 4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>50</sup> L'art. 119 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (TU bancario) richiede, infatti, al comma 1, che nei contratti di durata la banca fornisca al cliente, alla scadenza del contratto e, comunque, almeno una volta l'anno, «una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto» e precisa, al successivo comma 2, che per i «rapporti regolati in conto corrente» l'estratto conto è inviato con periodicità annuale o con quella più breve – semestrale, trimestrale o mensile – prescelta dal cliente.

<sup>51</sup> Cfr. M. Cerase, *Art. 68*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 1304 ss. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 12 gennaio 2018, n. 952, in *ForoPlus*, la quale ha ritenuto che integrasse la fattispecie

d'indagine in quanto allegato a segnalazioni di operazioni bancarie sospette acquisite *aliunde* sulla base della normativa antiriciclaggio di cui al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Mancava, cioè, un'attività di comunicazione o spedizione: la circostanza che il documento bancario debba essere trasmesso periodicamente al cliente (art. 119 d.lgs. n. 231/2007) non lo qualifica, *sic et simpliciter*, come corrispondenza, quantomeno finché a tale invio non si provveda. Né varrebbe obiettare che l'estratto-conto sia da considerarsi tale perché contiene dati riservati del correntista; ricorda, infatti, la Corte che l'art. 68, comma 3, Cost. non mira a salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni del parlamentare in quanto tale, il quale, da questo punto di vista, gode delle medesime garanzie previste dall'ordinamento per la generalità dei cittadini. Pertanto, il ricorso del Senato, limitatamente a tale atto investigativo, non può essere accolto.

Un breve passaggio motivazionale che, al di là di ciò che a prima vista appare, rappresenta per il giudice delle leggi l'occasione – immediatamente colta – di ribadire le proprie convinzioni circa la *ratio* e la portata applicativa delle due disposizioni costituzionali.

La prima. Affinché vi sia una comunicazione tutelata dall'art. 15 Cost. si renderà necessario verificare, preliminarmente, la sussistenza dell'avvenuta "trasmissione" del pensiero da un soggetto ad un altro, a nulla rilevando il contenuto comunicato<sup>52</sup> ... *in claris* ..., verrebbe da dire! Si tratta, tuttavia, di una precisazione forse opportuna alla luce dei recenti rivoli giurisprudenziali sull'attività di *screenshot* eseguita con captatore informatico inoculato nel dispositivo *target*<sup>53</sup>: il giudice di legittimità, come noto, ha recentemente ritenuto che il fermo immagine di un file Excel "aperto" (cioè in corso di realizzazione) – e mai trasmesso<sup>54</sup> – sarebbe espressivo, non di una comunicazione in senso stretto, ma di un «comportamento comunicativo» intercettabile a norma dell'art. 266-*bis* c.p.p., con il solo limite della captazione contestuale<sup>55</sup>.

di cui all'art. 616 c.p. l'apertura, da parte del marito, della corrispondenza chiusa, destinata alla moglie, contenente l'estratto conto inviato a quest'ultima dalla banca.

<sup>52</sup> L'orientamento è in linea con una risalente e autorevole dottrina: cfr., per tutti, C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 23, nt. 48.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. sez. I, 7 ottobre 2021, n. 3591, in *ForoPlus*. Si tratta di una decisione ineluttabile alla luce della perdurante stasi di un legislatore che ha normato il captatore informatico solo quale modalità specifica di esecuzione delle intercettazioni tra presenti mediante inoculazione nel dispositivo portatile, evitando invece di disciplinarne gli usi che risultano essere nella pratica maggiormente problematici (*screenshot*, *screencast*, *keylogger*). Ineluttabile, ma molto criticata dalla dottrina: v. A. Malacarne, *Il trojan horse "a cavallo" tra perquisizione ed intercettazione: il problema del c.d. screenshot di file multimediali*, in *Dir. di internet*, 2022, 3, p. 592 ss.; L. Algeri, *Lo screenshot eseguito (senza garanzie?) dal Trojan di Stato*, in *Giur. it.*, 2022, p. 2780 ss.; W. Nocerino, *L'acquisizione di dati mediante screenshot tra intercettazione telematica e prova atipica*, in *rivista.camminodiritto.it*, 23 giugno 2022; A. Procaccino, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3112 ss.; E. Toma, *Sulla configurabilità di "comportamenti comunicativi virtuali"*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1434 ss. Per una puntuale ricostruzione del dibattito attuale sul captatore informatico cfr., tra tutti, M. Miraglia, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, in questa *Rivista*, 2023, p. 1227 ss.

<sup>54</sup> *Nulla quaestio*, è chiaro, ove il captatore informatico venga utilizzato per captare un flusso di comunicazione in fieri, attuando la funzione di *screenshot*: esso rappresenta l'unico strumento in grado di aggirare l'assenza dei c.d. "protocolli di decodifica", consentendo, dunque, la lettura "in chiaro" dei contenuti comunicativi sul dispositivo emittente o ricevente prima o dopo la criptazione.

<sup>55</sup> Pare opportuno ribadire che l'oggetto dell'intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche previsto dall'art. 266-*bis* c.p.p. è rappresentato, per espressa previsione legislativa, dal «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi», sul quale la giurisprudenza di legittimità si è spesso soffermata definendone i profili. Secondo una prima decisione delle sezioni unite (Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, in *ForoPlus*, il cui principio di diritto è stato recentemente ripreso da Cass., sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903, in *CED Cass.* n. 270497) l'art. 266-*bis* c.p.p. avrebbe permesso d'intercettare tutti i «dati informatici (i bit), indipendentemente da qualsivoglia altro requisito degli stessi». Il *decisum*, tuttavia, non teneva conto del *quid proprium* del mezzo investigativo, dedicato, appunto, alla captazione di comunicazioni. Successivamente, è stato efficacemente osservato che «per flusso di comunicazioni deve intendersi la trasmissione, il trasferimento, di presenza o a distanza, di informazioni da una fonte emittente ad un ricevente, da un soggetto ad altro [...] non potendo ritenersi sufficiente l'elaborazione del pensiero e l'esternazione, anziché mediante simboli grafici apposti su un supporto cartaceo, in un documento informatico realizzato mediante un sistema di videoscrittura ed in tal modo memorizzato», trovandosi altrimenti al cospetto «non [di] un "flusso di comunicazioni", richiedente un dialogo con altri soggetti, ma [...] [di] un flusso unidirezionale di dati" confinato all'interno dei circuiti del personal computer»: cfr. Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *ForoPlus*. Detto altrimenti, il flusso relativo a sistemi informatici o telematici deve pur sempre essere di tipo comunicativo. A partire dall'insegnamento della Corte Costituzionale in tema di applicabilità alle videoregistrazioni della normativa sulle intercettazio-



La seconda convinzione riguarda il sistema delle autorizzazioni *ad acta* di cui all'art. 68 Cost. La decisione della Corte sembra conformarsi ad una giurisprudenza costituzionale mostratasi, nel tempo, nettamente propensa a lubrificarne gli ingranaggi, senza mai rottamare l'intero meccanismo. La sentenza, insomma, nulla dice – nemmeno tra le righe – contro la stessa scelta costituzionale di prevedere un sistema di autorizzazioni preventive per l'esercizio di taluni poteri dell'organo inquirente<sup>56</sup>. È ben lontana dal tacciare l'art. 68, comma 3, Cost. di «beffardo sberleffo»<sup>57</sup> alla magistratura, giacché «costretta» a dichiarare *urbi et orbi* il proprio intento di ricorrere ad un atto d'indagine che fonda la sua efficacia sul fattore sorpresa e a sopportare, una volta ottenuto il nullaosta politico, il peso della sua inutilità<sup>58</sup>. Ribadisce, piuttosto, la «qualità esclusivamente assembleare»<sup>59</sup> della prerogativa, quale norma a garanzia dell'organo e non del singolo membro, volta a preservare la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale delle Assemblee, rispetto al potere giudiziario che potrebbe insidiosamente prevaricare: l'art. 68, comma 3, Cost. mira ad impedire che l'acquisizione della corrispondenza del parlamentare (e dei tabulati telefonici, nonché l'ascolto di colloqui riservati) possa essere indebitamente finalizzata ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività parlamentare<sup>60</sup>. Diversamente, la garanzia costituzionale celerebbe, come una maschera, l'inequivocabile volto del privilegio.

#### IL DINIEGO DI AUTORIZZAZIONE QUALE DIVIETO D'USO NEI CONFRONTI DEI TERZI

La decisione in commento si distingue anche per l'indiscutibile approccio «pratico». La Corte costituzionale, infatti, non solo ridefinisce la nozione di corrispondenza (includendovi i messaggi telematici, anche se già ricevuti e letti dal destinatario), ma detta un vero e proprio *vademecum* per il pubblico ministero che voglia acquisire la corrispondenza del parlamentare rinvenuta nel dispositivo elettronico di un comune cittadino. Ammette, quindi, il sequestro del *device* appartenente al terzo («contenitore»), anche quando gli inquirenti abbiano previsto che nello stesso siano memorizzati messaggi del parlamentare. Vieta, invece, in assenza dell'autorizzazione preventiva ex art. 4 l. n. 140/2003, l'estrazione dei messaggi telematici inviati o ricevuti dal membro del Parlamento («contenuto»), anche se processualmente spendibili nei confronti dell'indagato «non politico». Più nel dettaglio, il giudice costituzionale consente all'inquirente di acquisire dal *device* sottoposto a sequestro (o dalla copia-clone) tutto ciò che

---

ni ambientali (v. C. cost., 2 maggio 2002, n. 135, in *ForoPlus*), nella giurisprudenza di legittimità si è consolidato l'orientamento che definisce «comportamenti comunicativi» quegli «atti finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero con la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo, mentre sono comportamenti «non comunicativi» [...] tutti quelli, diversi dai primi, che rappresentano la mera presenza di cose o persone ed i loro movimenti, senza alcun nesso funzionale con l'attività di scambio o trasmissione di messaggi tra più soggetti»: cfr. Cass., sez. III, 21 novembre 2019 n. 15206, in *ForoPlus*.

<sup>56</sup> Cfr. G. Giostra, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, cit., p. 57 ss., secondo il quale l'art. 68 Cost. stride «con alcuni principi-base della stessa Carta fondamentale; segnatamente là dove, coniato la figura degli «atti a sorpresa con preavviso» (peggio «con richiesta di permesso») e costringendo l'autorità giudiziaria a recarsi *ad limina* per invocare, comunque inutilmente, un'autorizzazione, viola il principio di ragionevolezza e vilipende la funzione giurisdizionale, la cui effettività e credibilità sono essenziali per ogni democrazia».

<sup>57</sup> Così, incisivamente, G. Zagrebelsky, *Commento alla riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 283: «[è] facile immaginare che cosa avverrà quando l'interessato sarà al corrente del fatto che la magistratura inquirente intende mettere sotto controllo il suo telefono, sequestrare determinati documenti, ecc. In questi casi, la sorpresa è *conditio sine qua non* di efficacia. Dire alla magistratura che può sequestrare un documento e intercettare una comunicazione, ma solo dopo che ha dichiarato il suo intento e questa dichiarazione è giunta a conoscenza dell'indagato, è come fare un beffardo sberleffo».

<sup>58</sup> G. Giostra, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, cit., p. 57 ss.

<sup>59</sup> C. cost., 25 giugno 2020, n. 129, in *ForoPlus*.

<sup>60</sup> In tal senso, seppur in riferimento alle intercettazioni fortuite, cfr. M. Caianiello, *L'inutilizzabilità delle dichiarazioni riguardanti parlamentari*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3246. Di diverso avviso, D. Negri, *Procedimento a carico dei parlamentari*, in R. Orlandi-A. Pugiotto (a cura di), *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 418, secondo il quale con la riforma dell'art. 68, comma 3, Cost. «si è riconosciuto nella riservatezza un valore essenziale per l'integrità della funzione rappresentativa» e quindi, coerentemente, la garanzia politica dovrebbe operare sempre nei confronti del parlamentare, anche quando questi è «semplice interlocutore accidentale».

nulla abbia a che vedere con il soggetto beneficiario dell'immunità e impone di sospendere le attività di estrazione eventualmente già avviate per richiedere l'autorizzazione a norma dell'art. 4 l. n. 140/2003 qualora dovesse riscontrare la presenza di messaggistica scambiata con il parlamentare; a nulla rileverebbe, infatti, che l'acquisizione del *fingered speech* sia "mirata", piuttosto che "fortuita", posto che il sequestro di corrispondenza non è menzionato tra gli atti investigativi per i quali l'art. 6 l. n. 140/2003 richiede l'autorizzazione (*ex post*) all'utilizzo processuale delle risultanze già acquisite, né potrebbe intendersi come ricompreso in via interpretativa dal momento che in materia di deroghe al principio di uguaglianza dinanzi alla giurisdizione sono ammesse soltanto le interpretazioni strettamente aderenti al dato letterale della norma.

Trattasi di un modulo procedurale che – nelle convinzioni della Consulta – garantirebbe un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco, «evitando inopportune dilatazioni degli effetti propri della prerogativa parlamentare, che rischierebbero di penalizzare in modo ingiustificato le stesse iniziative dell'autorità giudiziaria volte all'accertamento dei reati».

Eppure, quella individuata dalla Corte non è l'unica linea esegetica utilmente percorribile. Non averla esplorata dà la misura della determinazione del giudice delle leggi nel non tradire il suo ruolo di mediatore dei conflitti, quando ad essere in gioco è l'equilibrio – delicato e cruciale per una democrazia – tra il mondo politico e la magistratura penale. Per questo ha preferito limitarsi a scongiurare dilatazioni interpretative, senza pronunciarsi sull'adeguatezza dello strumento di tutela predisposto.

Nondimeno, come già precisato, v'è un'altra possibile soluzione che affonda le sue premesse nella disciplina ordinaria sulle autorizzazioni parlamentari e nell'interpretazione che di essa ha offerto – nel corso degli anni – la stessa giurisprudenza costituzionale, dopo averla epurata del contenuto davvero intollerabile<sup>61</sup>.

All'art. 68, comma 3, Cost. è stata data attuazione attraverso gli artt. 4 e 6 l. n. 140/2003. La disciplina dell'autorizzazione preventiva di cui all'art. 4 l. n. 140/2003 trova applicazione «tutte le volte in cui il parlamentare sia individuato in anticipo quale destinatario dell'attività di captazione»; dunque, non soltanto quando siano sottoposte a intercettazione utenze appartenenti al soggetto politico o a questi in uso, o i luoghi nella sua disponibilità (intercettazioni c.d. «dirette»), ma anche tutte le volte in cui il parlamentare sia stato individuato in anticipo quale destinatario dell'attività di captazione, ancorché questa si riferisca a utenze di altri soggetti, interlocutori abituali del primo, o riguardi luoghi da quest'ultimo verosimilmente frequentati (intercettazioni c.d. «indirette»). Ai fini della richiesta di autorizzazione preventiva, ciò che conta non è la titolarità dell'utenza o del luogo, ma la direzione dell'atto d'indagine: «se quest'ultimo è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi»<sup>62</sup>.

L'art. 6 l. n. 140/2003, invece, è dedicato alla richiesta di autorizzazione all'utilizzo in giudizio dei risultati di un atto investigativo già compiuto nei confronti di un terzo e che solo accidentalmente ha

---

<sup>61</sup> Cfr. C. cost., 23 novembre 2007, n. 390, cit. Una decisione «importante ed equilibrata», ove si è affermato che le autorizzazioni *ad acta* nella logica dell'art. 68 Cost. sono tutte di tipo preventivo e non successivo: le intercettazioni «indirette» in senso stretto, ossia quelle volte a captare la comunicazione del parlamentare tramite la sottoposizione a controllo delle utenze dei suoi interlocutori abituali, vanno comunque preventivamente autorizzate, mentre sarebbero escluse dall'alveo della prerogativa costituzionale le comunicazioni intercettate casualmente allorché l'indagine sia rivolta verso terze persone poiché in quest'ipotesi sarebbero evidentemente assenti l'intento persecutorio o l'«uso distorto del potere giurisdizionale» proprio per via della «accidentalità» della partecipazione del parlamentare alla conversazione, che, anzi, impedisce *in re ipsa* di «munirsi preventivamente del *placet* della Camera di appartenenza»: cfr. N. Zanon, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasional" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in *www.federalismi.it*, 5 dicembre 2007; T.F. Giupponi, *Le intercettazioni «indirette» nei confronti dei parlamentari: cronaca di un'illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, p. 150, rileva che «alcuni passaggi [...] sembrano diretti più ad ampliare il significato delle intercettazioni "dirette", che a giudicare della conformità del trattamento legislativo delle intercettazioni "indirette"»; L.G. Scianella, *Le immunità parlamentari. Profili storici e comparativi*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 185; V. Grevi, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni «indirette» (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4385 ss.; G. Giostra, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, cit., p. 57 ss.; M. Cerase, *Intercettazioni parlamentari: entra la Corte*, in *Foro it.*, I, 2008, p. 15 ss.

<sup>62</sup> Per questa e le precedenti citazioni v. C. cost., 23 novembre 2007 n. 390, cit., § 5.3 del *Considerato in diritto*; v. anche C. cost., 17 aprile 2013, n. 113, cit.

coinvolto un parlamentare: il riferimento è alle intercettazioni c.d. «casuali» (o «fortuite»), escluse dall'ambito applicativo dell'art. 4 l. n. 140/2003 proprio perché «per il carattere imprevisto dell'interlocuzione del parlamentare, l'autorità giudiziaria non potrebbe, neanche volendo, munirsi preventivamente del *placet* della Camera di appartenenza»<sup>63</sup>.

Muovendo, quindi, dall'assunto che i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di intercettazioni "indirette" e "occasional" siano applicabili anche al sequestro di corrispondenza, si potrebbe sostenere che solo quando il pubblico ministero si sia prefigurata la possibilità che il dispositivo del terzo contenga anche messaggi scambiati con un membro del Parlamento – e che, quindi, abbia surrettiziamente orientato l'attività d'indagine nei confronti del politico acquisendo la corrispondenza dei suoi collocatori abituali – l'atto investigativo dev'essere preventivamente autorizzato; non anche nel caso in cui solo "casualmente" vengano rinvenuti nel *device* del terzo messaggi già scambiati con il parlamentare. Rileverebbe, anche qui, la «direzione dell'atto di indagine», da valutare – trattandosi di un sequestro informatico – in rapporto al "contenuto" e non al "contenitore".

Seppur giunti ad opposte conclusioni, si tratta del percorso argomentativo seguito da entrambi gli attori del conflitto di attribuzione. Il ricorrente, infatti, lamentava il carattere "indiretto" – cioè non casuale – dell'attività investigativa disposta dall'inquirente, che, pertanto, avrebbe dovuto munirsi del nullaosta politico *ex art.* 4 l. n. 140/2003; di contro, la Procura escludeva di essere tenuta a richiedere l'autorizzazione preventiva – trattandosi di un'acquisizione che solo accidentalmente aveva coinvolto il parlamentare – e anche successiva, dal momento che l'art. 6 l. n. 140/2003 non menziona il sequestro di corrispondenza. Questo è un aspetto cruciale: a rigore, nessuna autorizzazione sarebbe necessaria nel caso di sequestro di corrispondenza "casuale" o "fortuito", non potendo integrare, in via esegetica, il testo dell'art. 6 l. n. 140/2003 attraverso un'estensione analogica.

Non è il sentiero percorso dalla Corte, la quale ha ritenuto che la distinzione tra captazioni "indirette" e "occasional" – con limitazione alle prime dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione preventiva all'esecuzione dell'atto – non sia riferibile alle ipotesi del sequestro di corrispondenza, trattandosi di un'acquisizione *uno actu* di messaggi comunicativi già avvenuti. Con la precisazione, non trascurabile, che qualora manchi o sia negato il nullaosta politico il pubblico ministero non potrà estrapolare dal dispositivo – e acquisire agli atti del procedimento – i messaggi che riguardano il parlamentare, anche ove intenda utilizzarli soltanto nei confronti del terzo (comune cittadino).

Una conclusione che è come un *pharmakon*, veleno o cura per il *quisque de populo* che abbia la sventura o l'accortezza di conversare con un parlamentare. Nell'un caso, infatti, il terzo (coimputato) che volesse provare la sua innocenza vedrebbe sfumare la possibilità di fornire una prova a discarico, magari decisiva; nell'altro, invece, godrebbe di un "privilegio derivato" che gli consentirebbe di sfuggire alla scure dell'accertamento penale. In sostanza, il destino processuale del soggetto non parlamentare dipenderebbe (esclusivamente) dalla prerogativa politica.

Ragionevolmente, per garantire il «punto di equilibrio» sarebbe forse più opportuno muoversi come *solea far la lancia d'Achille* che "piaga" e (però) poi "risana", subordinando sì all'autorizzazione politica l'uso processuale dei dati estratti dal *device* nei confronti del parlamentare, ma rendendo gli stessi dati liberamente spendibili nei confronti del coimputato comune. Si tratterebbe – è chiaro – di un'autorizzazione necessariamente successiva alla materiale *adprehensio* del dispositivo, all'acquisizione della copia-clone (che rappresenta l'ordinaria forma di sequestro informatico<sup>64</sup>) e alle operazioni di selezione dei dati rilevanti per l'accertamento dei fatti<sup>65</sup>. In tal modo, peraltro, ci si allineerebbe alla lettura proposta dalla decisione n. 390/2007, la quale, proprio per l'esigenza di garantire il diritto di difesa, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 l. n. 140/2003 nella parte in cui prevede che l'eventuale

<sup>63</sup> C. cost., 23 novembre 2007, n. 390, cit., § 5.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>64</sup> Sul punto sia consentito rimandare ad A. Del Giudice, *La Cassazione sul sequestro probatorio informatico*, cit., p. 416 ss.

<sup>65</sup> Chiarisce R. Orlandi in Id., "Corrispondenza" dei parlamentari e limiti all'accertamento penale nella sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale, in *www.discrimen.it*, 26 ottobre 2023, p. 5, nt. 7: «[I]a vicenda riguardante il parlamentare andrebbe separata dal resto e, se, poi l'eventuale prova a suo carico risultasse essenziale ai fini della decisione, dovrebbe essere emessa una sentenza di non doversi procedere, in analogia con quanto prevede l'art. 202 comma 3 a proposito del segreto di Stato. Saremmo infatti in presenza di una inutilizzabilità probatoria soggettivamente limitata, dagli effetti analoghi al difetto di una causa di procedibilità. Se, poi, l'autorizzazione del Parlamento sopraggiungesse, l'azione penale dovrebbe riprendere il suo corso, in forza della regola espressa nell'art. 345 c.p.p.».

diniego di autorizzazione delle Assemblee di appartenenza sia di ostacolo alla utilizzabilità delle intercettazioni nei confronti dei terzi (coimputati) non parlamentari<sup>66</sup>.

### È ANCORA BUIO SOTTO AL FARO?

L'attualità del dibattito sulle coordinate tracciate dalla pronuncia n. 170/2023 origina, in buona parte, dall'impossibilità per i giuristi di offrire risposte certe a una domanda fondamentale: la lungimiranza dei giudici costituzionali verrà (ac)colta dal diritto vivente e dal legislatore?

Ci sono, invero, due importanti questioni su cui riflettere. La prima riguarda il futuro interpretativo della nozione di corrispondenza. La seconda, invece, l'opportunità di innalzare il livello delle garanzie in materia di sequestro di comunicazioni memorizzate in un *device*.

Riguardo alla prima questione, il giudice di legittimità pare abbia già risposto a quanti si erano interrogati sulle sorti del diritto vivente in tema di sequestro di *e-mail*, SMS e messaggistica istantanea, ossia sulla possibilità che la Suprema corte si rifiutasse di considerare il messaggio informatico già ricevuto e letto dal destinatario come "corrispondenza" costituzionalmente rilevante<sup>67</sup>.

La giurisprudenza di legittimità si è fatta guidare dalle argomentazioni della Corte: un vero e proprio *turnaround* siglato in occasione della decisione sull'acquisizione all'estero della messaggistica criptata sulla piattaforma SKY-ECC<sup>68</sup> a cui, peraltro, si è accompagnata una rimessione alle sezioni unite per valutare se l'acquisizione mediante O.E.I. di messaggi su *chat* di gruppo presso autorità straniere che ne hanno eseguito la decrittazione costituisca un'acquisizione di «documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234-bis cod. proc. pen. o di documenti ex art. 234 cod. proc. pen. o sia riconducibile in altra disciplina relativa all'acquisizione di prove»<sup>69</sup>.

La seconda questione è strettamente connessa ad una delle affermazioni più innovative della pronuncia in commento: il cellulare è solo il "contenitore" dello scambio comunicativo tutelato dall'art. 15 Cost. La Corte, cioè, *switcha* ad un livello successivo, posto che il problema non è più esclusivamente legato all'acquisizione del solo dato esterno alla comunicazione del quale l'apparato mantiene traccia, ma all'acquisizione del dato comunicativo in sé. Detto diversamente, la natura comunicativa di *e-mail*, SMS e messaggistica istantanea non può essere obliterata (apponendovi l'etichetta di documento) sol perché giunta al destinatario; viepiù ove si consideri che proprio la giurisprudenza, in altre occasioni, ha già valorizzato la finalità comunicativa a prescindere dalla forma<sup>70</sup>.

Ebbene, pare che i tempi siano ormai maturi per compiere una precisa scelta di campo diretta a presidiare il momento acquisitivo delle comunicazioni asincrone con maggiori garanzie. Se la posta elettronica e la messaggistica sono una forma di comunicazione fintantoché abbiano utilità per i conversan-

<sup>66</sup> Con la conseguenza che l'autorità giudiziaria non deve «munirsi dell'autorizzazione della Camera, qualora intenda utilizzare le intercettazioni solo nei confronti dei terzi»; mentre, ove invece intenda farne uso anche nei confronti del parlamentare e debba quindi chiedere l'autorizzazione, l'eventuale diniego «non comporterà l'obbligo di distruggere la documentazione delle intercettazioni, la quale rimarrà utilizzabile limitatamente ai terzi»: cfr. C. cost., 23 novembre 2007, n. 390, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>67</sup> Cfr. R. Orlandi, "Corrispondenza" dei parlamentari e limiti all'accertamento penale nella sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale, cit., pp. 6-7.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 2 novembre 2023, n. 44154, in *ForoPlus*, secondo cui, in tema di ordine europeo di indagine, l'oggetto dell'acquisizione all'estero della messaggistica criptata sulla piattaforma SKY-ECC non costituisce dato informatico utilizzabile ai sensi dell'art. 234-bis c.p.p., sicché, in tale ipotesi, l'attività acquisitiva, se riguardante comunicazioni avvenute nella fase "statica", dev'essere inquadrata nelle disposizioni dettate in materia di perquisizione e sequestro e, in particolare, in quella prevista dall'art. 254-bis c.p.p., mentre se, avente ad oggetto comunicazioni avvenute nella fase "dinamica", dev'essere inquadrata nella disciplina degli artt. 266 ss. c.p.p., in materia di intercettazioni telematiche.

<sup>69</sup> Cfr. Cass., sez. III, 3 novembre 2023, n. 47798, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 30 novembre 2023, la quale chiede, altresì, al Supremo consesso se «tale acquisizione debba essere oggetto, ai fini della utilizzabilità dei dati in tal modo versati in atti, di preventiva o successiva verifica giurisdizionale della sua legittimità da parte della A.G. nazionale».

<sup>70</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza in materia di videoriprese, la quale, pur evidenziando la contestualità della captazione, ha comunque valorizzato l'*animus* comunicativo: cfr. C. cost., 24 aprile 2002, n. 135, in *ForoPlus*; C. cost., 21 maggio 2008, n. 149, *ivi*; C. cost., 4 dicembre 2009, n. 320, *ivi*; Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, in *CED Cass.* n. 225465; Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, in *CED Cass.* n. 234270; Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 37197, in *CED Cass.* n. 248563.

ti, allora il sequestro probatorio del *device*, quando si estende a tali dati comunicativi in esso contenuti, non è più uno strumento sufficiente a garantire la libertà contemplata dall'art. 15 Cost.

Sebbene le interpretazioni (salvifiche ed) evolutive possano rappresentare – e abbiano rappresentato – importanti punti cardinali, la loro fruizione non può di certo esaurire i rimedi necessari ad affrontare sfide così importanti. Perché il diritto possa vedersi restituito un ruolo adeguato nell'età della tecnica è necessario che il legislatore rifletta sull'elaborazione di soluzioni normative altrettanto innovative<sup>71</sup>. Non se ne ignorano le difficoltà: è evidente che il progresso scientifico e tecnologico si fa portatore di un mutamento incessante che non può essere governato attraverso il tradizionale “inseguimento legislativo”; è indispensabile, piuttosto, privilegiare interventi “prospettici”, ossia legati a una normativa per valori e principi. È quanto accaduto, del resto, seppur dopo anni di sollecitazione sovranazionale<sup>72</sup>, con l'innovata disciplina dei tabulati<sup>73</sup>.

Pertanto, se è pacifico che con il sequestro del “contenitore” siano acquisibili – e vengano acquisite – anche le comunicazioni con esso scambiate, non vi è ragione per non richiedere l'autorizzazione o (nei casi di urgenza) la convalida del giudice<sup>74</sup> o per non stabilire, *ex lege*, casi e modi di tale attività. Di più. Allo scopo di garantire che la misura sia soggetta al permanente controllo di legalità sotto l'aspetto del giusto equilibrio tra il mezzo impiegato e il fine pubblico perseguito (principio di proporzionalità), non v'è motivo per non esigere che il provvedimento di sequestro del dispositivo, quando si estende alle comunicazioni in esso contenute, sia accompagnato da un'adeguata motivazione che chiarisca che l'atto è indispensabile per la prosecuzione delle indagini. Evidentemente, non si tratta di applicare la disciplina delle intercettazioni a ciò che, a tutti gli effetti, intercettato non è. Non a caso, i profili di maggior delicatezza riguardano le modalità esecutive relative alla duplicazione dei dati e alla selezione di quelli rilevanti. Si discute pur sempre di un atto palese, il cui “effetto sorpresa” – garante, nel contesto investigativo, di risultati diversamente non ottenibili – potrebbe dirsi adeguatamente temperato da un controllo *ex post*, attraverso la motivazione del provvedimento, senza necessità di eseguire l'attività di duplicazione dei dati nella forma partecipata dell'art. 360 c.p.p. Si è consapevoli che tale conclusione è sorretta solo in giurisprudenza da unanime consenso; resta, tuttavia, degna di considerazione l'esigenza di reperire con prontezza dati che potrebbero essere oggetto di cancellazioni o alterazioni, accidentali o intenzionali. Del resto, se supporto di memorizzazione (“contenitore”) e dato informatico (“contenuto”) sono entità distinte<sup>75</sup> e dunque possono essere autonomamente vincolate, l'acquisizione della copia-clone<sup>76</sup> – attività che costi-

---

<sup>71</sup> Cfr. L. Filippi, *Sequestro dispositivi elettronici: nota della Procura Generale di Trento*, in [www.penedpi.it](http://www.penedpi.it), 19 novembre 2021; F. Brizzi, *Utilizzazione del contenuto di chat, e-mail, MMS e SMS oggetto di sequestro: osservazioni alla nota della Procura Generale di Trento*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 22 ottobre 2021.

<sup>72</sup> La scelta di riservare al pubblico ministero la competenza ad emettere, in via autonoma, senza il previo intervento autorizzativo dell'organo giurisdizionale, il provvedimento acquisitivo dei dati di traffico, si è posta in evidente contrasto con il diritto vivente eurounitario sin dalla pronuncia *Digital Rights*, poi confermati dal caso *Tele2Sverige*: v. Corte giust. UE, G.S., 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12., *Digital Rights Ireland Ltd e al.*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); Corte giust. UE, G.S., 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Watson*, *ivi*. Sebbene il pubblico ministero italiano sia connotato, nell'ordinamento costituzionale, da una posizione di istituzionale indipendenza esterna (art. 104 Cost.) e goda, altresì, della garanzia della inamovibilità (art. 107 Cost.), è indubbio che la magistratura requirente non presenti un grado di indipendenza analogo a quello della magistratura giudicante; per vero, la circostanza che l'inquirente appartenga al medesimo ordine giudiziario non assume valore dirimente, come ritenuto dalla stessa Corte con riguardo al pubblico ministero estone, e non basta, dunque, a configurarlo come organo di garanzia rispetto alla tutela dei diritti fondamentali e ad assimilarlo al giudice sotto il profilo specifico della terzietà: cfr. C. giust. UE, G.S., 2 marzo 2021, C-746/18, *H. K.*, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>73</sup> D.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito dalla l. 23 novembre 2021, n. 178, che modifica l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

<sup>74</sup> Del resto, con il nuovo regime acquisitivo dei tabulati è oramai tramontata l'idea – sedimentatasi a partire dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 1983 (C. cost., 29 marzo 1983, n. 81, in *ForoPlus*) – che sembrava la “più dura a morire”: quella secondo cui la riserva di giurisdizione sarebbe sufficientemente soddisfatta da un «atto dell'autorità giudiziaria», sia essa «il pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari o il giudice del dibattimento».

<sup>75</sup> A partire dalla l. 18 marzo 2008, n. 48 di ratifica della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001, l'ordinamento equipara il dato informatico ad un oggetto “fisico” che, in presenza dei relativi presupposti, ben può essere oggetto di sequestro.

<sup>76</sup> In tale direzione sembrerebbe muoversi il DDL S. n. 690 del 9 maggio 2023, in corso d'esame alla Commissione permanente, dedicato all'introduzione dell'art. 254-ter c.p.p. rubricato «sequestro di uno strumento elettronico».

tuisce l'usuale modalità di sequestro dei dati – assicurerà la conformità della copia all'originale contenuto nel dispositivo (comprese le “aree non allocate”, contenenti file o informazioni non visibili all'utente perché cancellati o non più disponibili all'utilizzatore del sistema) e la sua immodificabilità<sup>77</sup>. La copia *bit a bit* potrebbe poi consentire la selezione *ex post* dei dati rilevanti nella forma partecipata dell'art. 360 c.p.p., previo deposito della stessa presso l'archivio di cui all'art. 269, comma 1, c.p.p. per il tempo al tal fine necessario<sup>78</sup>. E la stessa conservazione delle comunicazioni in tal modo acquisite potrà avvenire in maniera protetta, come previsto per gli scambi comunicativi intercettati.

Le soluzioni, a ben vedere, sono numerose e, in un certo qual modo, tutte discutibili<sup>79</sup>; ciò che conta è (ri)trovare un nuovo punto di equilibrio che guardi alla sostanza piuttosto che alla forma.

Il legislatore, dunque, è atteso al varco: la tecnologia non è più un'opzione, ma pervade la quotidianità dell'agire umano e determina comportamenti che non possono più essere considerati inconsueti o isolati. I nuovi scenari legati all'avanzamento della tecnica pongono sfide da fronteggiare con attenzione e lungimiranza, non già con approssimazione e indifferenza. I progetti di legge oggi al vaglio della Commissione Giustizia<sup>80</sup>, pur diversi nei contenuti, rappresentano certamente un importante segnale di attenzione... (ma) sarà la volta buona?

---

<sup>77</sup> Il riferimento dovrebbe riguardare l'individuazione dell'*hash*, secondo la metodica solitamente utilizzata: v., volendo, A. Del Giudice, *La Cassazione sul sequestro probatorio informatico*, cit., nt. 1.

<sup>78</sup> Di diverso avviso il DDL S. 806 del 19 luglio 2023 recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi e sistemi informatici smartphone e memorie digitali», secondo il quale solo ove «vi sia pericolo che il contenuto dei dispositivi possa essere cancellato, alterato o modificato» si dovrà procedere alla duplicazione integrale dei dispositivi su adeguati supporti informatici mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità, al fine di impedirne l'analisi fuori dal contraddittorio tecnico garantito per le operazioni di selezione dei dati.

<sup>79</sup> Cfr. M. Miraglia, *Il “Trojan (non) di Stato”*, cit., p. 1242, la quale sottolinea, ad esempio, come l'invocato vaglio giurisdizionale anche per il sequestro probatorio di *smartphone* «induc[a] a domandarsi se, moltiplicando le occasioni di intervento nell'ambito probatorio, non si rischi di snaturare la sua funzione, trasformandolo in una sorta di “giudice istruttore”».

<sup>80</sup> Cfr. DDL S. n. 690 del 9 maggio 2023 e DDL S. 806 del 19 luglio 2023, entrambi reperibili su [www.senato.it](http://www.senato.it).

## Giudizio immediato e competenza del g.i.p. nel procedimento monocratico

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I, 24 LUGLIO 2023, N. 31927; PRES. SANTALUCIA – REL. MELE**

La competenza a provvedere in ordine alla richiesta del pubblico ministero di emissione del decreto di giudizio immediato, per un reato per il quale la legge prevede la citazione diretta a giudizio, spetta al giudice per indagini preliminari.

[*Omissis*]

### RITENUTO IN FATTO

1. Con provvedimento in data 31.01.2023, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Cagliari ha trasmesso al Tribunale in composizione monocratica per competenza ai sensi dell'art. 558-*bis* cod. proc. pen., la richiesta di giudizio immediato avanzata dal Pubblico ministero nei confronti di D.T., in ordine al reato di cui all'art. 385, commi primo e terzo, cod. pen.

Il Tribunale, con ordinanza 23.02.2023, ha sollevato conflitto negativo di competenza rilevando che nessuna disposizione attribuisce al giudice del dibattimento il potere di emettere il decreto che dispone il giudizio, sicché il provvedimento del GIP avrebbe determinato una indebita stasi del procedimento.

Secondo il Tribunale, l'art. 558-*bis* cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, consente l'instaurazione del giudizio immediato anche in relazione a procedimenti per reati per cui è prevista la citazione diretta avanti al Tribunale in composizione monocratica, facendo richiamo alle disposizioni del titolo IV del libro VI, in quanto compatibili, con la conseguenza che in tal caso non si procede all'udienza predibattimentale prevista dall'art. 554-*bis* cod. proc. pen., pure introdotto dalla novella. Siccome la novella non dispone alcunché in ordine alla competenza a provvedere sulla richiesta del PM, e opera il rinvio alle disposizioni di cui si è detto, non vi sarebbe alcun mutamento nella sequenza procedimentale prevista dagli artt. 453 ss. cod. proc. pen. e dunque tale richiesta radicherebbe la competenza del GIP, unico soggetto che può dare impulso al procedimento, emettendo il decreto che dispone il giudizio immediato ovvero rigettando la richiesta, con trasmissione degli atti al pubblico ministero. Pertanto, l'atto con cui il GIP ha declinato la propria competenza a provvedere sarebbe un atto abnorme, in quanto avrebbe determinato una stasi del procedimento.

2. Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte, chiedendo che venga affermata la competenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Cagliari.

### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il conflitto affidato alla risoluzione di questa Corte sussiste in quanto due giudici contemporaneamente ricusano la cognizione del medesimo fatto loro deferito, dando così luogo alla situazione di stasi processuale riconducibile a uno dei casi "analoghi" previsti dall'art. 28, comma 2, cod. proc. pen., la cui risoluzione è rimessa alla Corte di Cassazione.

Esso attiene alla individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla richiesta di giudizio immediato avanzata dal pubblico ministero con riguardo ai reati per cui è prevista la citazione diretta.

2. Il conflitto, ammissibile in rito, va risolto con la dichiarazione di competenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Cagliari.

3. L'art. 558-*bis* cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ha previsto anche per tale tipologia di reati la possibilità, in precedenza esclusa, di procedere con rito immediato.

Tale giudizio, disciplinato nella sua forma ordinaria dagli artt. 453 e seguenti cod. proc. pen., consente, su richiesta del pubblico ministero ovvero dell'imputato, di pervenire alla fase dibattimentale senza il preventivo svolgimento dell'udienza preliminare. Nel caso in cui la richiesta sia formulata dal pubblico ministero, l'ammissione del rito è subordinata alla previa verifica, da parte del GIP, della sussistenza dei relativi presupposti processuali costituiti dall'evidenza della prova, dal previo interrogatorio della persona sottoposta ad indagini sui fatti dai quali emerge tale evidenza probatoria, a meno che la stessa abbia omesso di comparire a seguito di invito a presentarsi, dalla formulazione della richiesta entro 90 giorni dalla iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., oppure, nel caso di giudizio immediato cd. custodiale, entro 180 giorni dalla esecuzione della misura detentiva, confermata dal giudice del riesame o dopo il decorso del termine per la proposizione della richiesta di riesame.

La previsione di tale giudizio anche per i reati a citazione diretta è correlata alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2022 con riguardo alla fase dibattimentale concernente detti reati. Secondo quanto emerge dalla Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto, essa rinviene il suo fondamento nella introduzione per tale categoria di reati dell'udienza predibattimentale, la quale, analogamente all'udienza preliminare, ha tra le sue funzioni quella di operare un vaglio in ordine alla sussistenza di elementi che consentano una ragionevole previsione di condanna, con la conseguenza che, ove la prova appaia evidente, e dunque tale vaglio si renda superfluo, si impone l'applicazione di un rito che ha proprio la finalità di evitare tale udienza, allo scopo di soddisfare le esigenze di celerità complessiva del procedimento cui è ispirata la cd. riforma Cartabia.

Esigenza tanto più avvertita in ragione dell'ampliamento dei reati azionabili con la citazione diretta e della necessità di garantire anche per essi l'accesso rapido al giudizio nei casi in cui l'imputato sia sottoposto a misura cautelare.

La nuova disciplina, nell'operare il rinvio alle norme sul giudizio immediato "ordinario", non reca specifiche disposizioni in ordine alla individuazione del giudice competente a provvedere sulla richiesta di rito immediato, sicché tale silenzio ha di fatto determinato la prospettazione di soluzioni diverse. Accanto all'interpretazione che, come nel caso in esame, individua nel GIP il giudice competente, altra soluzione ritiene che la decisione in ordine alla ammissione del rito spetti al giudice dell'udienza predibattimentale, in quanto si sostiene che, dopo l'esercizio dell'azione penale, il GIP non avrebbe più alcuna competenza, mentre risulterebbe più coerente con il sistema attribuire al giudice dell'udienza predibattimentale la valutazione in ordine alla necessità di omettere lo svolgimento di tale udienza. Si è infine prospettata la soluzione di attribuire la competenza in parola al giudice del dibattimento, in quanto il rito immediato, escludendo l'udienza predibattimentale, escluderebbe altresì la competenza a provvedere del giudice di tale udienza.

4. Ritiene il Collegio che elementi di ordine testuale, nonché argomenti logici e sistematici conducano ad affermare che la competenza appartenga al GIP.

L'art. 558-bis cod. proc. pen., nell'estendere il giudizio immediato ai reati a citazione diretta, stabilisce che «si osservano le disposizioni del titolo IV del libro sesto, in quanto compatibili». Il tenore letterale della disposizione, ed in particolare il richiamo alle norme sul giudizio immediato "ordinario", consente di affermare che il legislatore non ha inteso creare per i reati a citazione diretta un rito nuovo e diverso rispetto a quello "ordinario", ma ha esteso il rito già esistente ad ipotesi ulteriori, fino a quel momento escluse.

Vi è poi un elemento testuale di tipo negativo, rappresentato dalla assenza di una disposizione che attribuisca la competenza a decidere in ordine alla ammissione del rito ad un giudice diverso da quello che vi è ordinariamente preposto, e cioè il giudice per le indagini preliminari e, specificamente, dalla mancanza di una previsione che attribuisca la competenza al giudice dell'udienza predibattimentale, di cui pure gli artt. 554-bis e 554-ter cod. proc. pen. disciplinano ampiamente le attribuzioni.

Occorre poi considerare che, una volta introdotta nei procedimenti per i reati a citazione diretta la previsione generalizzata dell'udienza predibattimentale, la finalità specifica della previsione del giudizio immediato è quella di escludere lo svolgimento di detta udienza, in coerenza con le finalità acceleratorie proprie di tale rito.

5. Occorre ancora considerare la collocazione nel sistema del giudizio immediato e delle conseguenze che la sua richiesta prima, e la sua ammissione poi comportano nella sequenza processuale.



Nel giudizio immediato “ordinario”, la richiesta formulata dall’organo dell’accusa costituisce una modalità di esercizio dell’azione penale e un atto d’impulso processuale, teso all’instaurazione del rito, soggetto al controllo del giudice per le indagini preliminari, il quale, senza il contraddittorio delle parti, è chiamato a valutare la sussistenza dei presupposti per il passaggio alla fase dibattimentale senza la previa celebrazione dell’udienza preliminare. Proprio per le sue caratteristiche, il decreto di giudizio immediato riveste natura endoprocessuale e meramente strumentale all’interno della procedura di ap-prodo alla fase del dibattimento (Sez. U, Sentenza n. 42979 del 26/06/2014, Squicciarino, Rv. 260018).

Ciò evidenzia come la decisione sulla richiesta di giudizio immediato attenga necessariamente ancora alla fase delle indagini preliminari e sia proprio il suo accoglimento a segnare il passaggio a quella dibattimentale, la quale presuppone, appunto, l’avvenuta emissione del decreto che dispone il giudizio.

Sarebbe eccentrico a tale sistema e alla funzione che l’ordinamento attribuisce alla decisione sulla richiesta del pubblico ministero, affidare la valutazione sull’ammissibilità del rito per i reati a citazione diretta, la quale si colloca nella fase delle indagini preliminari, al giudice che interviene nella fase successiva, la cui competenza è attivata, appunto, proprio a seguito del passaggio alla fase dibattimentale. Ed invero, come condivisibilmente rilevato dal Procuratore generale, l’art. 554-*bis*, nel disciplinare l’udienza predibattimentale, presuppone che un decreto di citazione a giudizio sia già stato emesso, costituendo esso il presupposto per il progredire del procedimento alla fase dibattimentale e per l’attivazione della competenza del giudice di quella fase. L’art. 553 cod. proc. pen. stabilisce, infatti, che il pubblico ministero, formato il fascicolo per il dibattimento, lo trasmette al giudice dell’udienza di comparizione predibattimentale, unitamente al fascicolo del pubblico ministero e al decreto di citazione immediatamente dopo la notificazione.

6. D’altra parte, non sussiste alcuna incompatibilità del GIP ad intervenire in relazione ai reati a citazione diretta, ed anzi risulta del tutto coerente con il sistema esistente, nel quale egli è giudice di tutte le indagini preliminari, a prescindere dal se si tratti o meno di reati per i quali è prevista l’udienza preliminare. Ed invero, il vaglio in ordine agli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari e la loro valutazione è una funzione cui è ordinariamente preposto il GIP, quale giudice di quella fase. Egli è inoltre competente ad emettere le misure cautelari reali e personali anche in relazione ai reati per cui si procede a citazione diretta, e tale rimane fino alla trasmissione del fascicolo del dibattimento e del decreto di citazione per l’udienza predibattimentale, provvedendo altresì, fino a tale momento, al compimento degli atti urgenti (art. 554 cod. proc. pen.).

Spetta ancora al GIP, ai sensi dell’art. 459 cod. proc. pen., decidere sull’istanza di emissione di decreto penale di condanna avanzata dal pubblico ministero, anche nel caso in cui si tratti di reati per i quali non è prevista l’udienza preliminare e il medesimo giudice è altresì competente, ai sensi degli artt. 464 e 557 cod. proc. pen., per i riti alternativi richiesti con l’opposizione al decreto penale emesso.

Inoltre, a prescindere dalla tipologia di reato, decide sulla richiesta di applicazione della pena avanzata nel corso delle indagini preliminari, ai sensi dell’art. 447 cod. proc. pen.

Non vanno, infine, trascurati i risvolti organizzativi che conseguirebbero alla diversa soluzione di riconoscere la competenza del giudice dell’udienza predibattimentale, determinandosi un’ulteriore ipotesi di incompatibilità nel caso in cui egli rigetti la richiesta di immediato, non potendo più celebrare quell’udienza e neppure il dibattimento, nonché una inedita regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, a differenza di quanto accade nel caso di giudizio immediato “ordinario”.

In definitiva, si verificherebbe una alterazione della sequenza processuale in cui viene a collocarsi il giudizio immediato, la quale non solo non è prevista dal legislatore, ma neppure risulta giustificata da esigenze sistematiche e da ragioni di incompatibilità e che finirebbe per vanificare le esigenze di celerità che hanno ispirato la previsione del giudizio immediato anche per i reati a citazione diretta.

7. Il conflitto negativo deve pertanto essere risolto affermando la competenza del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Cagliari.

PQM

Decidendo sul conflitto, dichiara la competenza del giudice per le indagini preliminari del tribunale di Cagliari, cui dispone trasmettersi gli atti.

(*Omissis*)

NICOLA TRIGGIANI

*Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

## Anche nel procedimento monocratico a citazione diretta spetta al giudice per le indagini preliminari la competenza a decidere sulla richiesta di giudizio immediato

*The judge for preliminary investigations has the power to decide on the request for immediate trial even in sole judge proceedings with direct summons*

---

La “riforma Cartabia”, introducendo un controllo sull’esercizio dell’azione penale anche nel procedimento monocratico per i reati a citazione diretta attraverso l’udienza predibattimentale, ha correlativamente previsto la possibilità di elidere tale controllo instaurando il giudizio immediato anche per tali fattispecie di reato, laddove ricorrano i presupposti previsti dalla legge. Risolvendo un conflitto di competenza, la Corte di cassazione – sulla base argomentazioni pienamente condivisibili, fondate su elementi testuali, logici e sistematici – ha statuito che la competenza ad emettere il decreto di giudizio immediato spetta al giudice per indagini preliminari anche per i reati ex art. 550 c.p.p.

*With the introduction of a control on the exercise of criminal prosecution also in case of sole judge proceedings for crimes with direct summons, the “Cartabia reform” has consistently provided for the possibility of eliminating this control by initiating an immediate trial through a pre-trial hearing, in the cases in which the requirements established by law are met. In resolving a conflict of jurisdiction between the judge for preliminary investigations and the trial judge, taking into consideration fully acceptable arguments based on textual, logical and systematic elements, the Highest Court ruled that the judge for preliminary investigations is competent to issue an order for immediate trial also for crimes detailed in art. 550 of the Italian Criminal Procedure Code.*

---

### LA QUESTIONE

Con la decisione in commento, la I sezione della Corte di cassazione è intervenuta a risolvere la questione della competenza ad emettere il decreto di giudizio immediato nei procedimenti a citazione diretta davanti al tribunale monocratico.

Il Tribunale di Cagliari aveva, infatti, sollevato al riguardo conflitto negativo di competenza: il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale si era ritenuto incompetente sulla richiesta di giudizio immediato avanzata dal pubblico ministero per un reato a citazione diretta (per l’esattezza, quello di cui all’art. 385, commi 1 e 3, c.p.), disponendo la trasmissione degli atti alla sezione dibattimentale del Tribunale in composizione monocratica<sup>1</sup>, ma anche il giudice monocratico del dibattimento aveva ritenuto insussistente la propria competenza funzionale, investendo di conseguenza della questione la Corte di cassazione<sup>2</sup>.

Com’è noto, infatti, a norma dell’art. 28, comma 1, c.p.p., vi è conflitto di competenza quando «due o più giudici ordinari contemporaneamente prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla medesima persona». E, laddove il conflitto non venga a cessare a seguito «del provvedimento di uno dei giudici che dichiara, anche d’ufficio, la propria competenza o la propria incompe-

---

<sup>1</sup>Cfr. ord. g.i.p. Trib. Cagliari, 31 gennaio 2023, *inedita*.

<sup>2</sup>Cfr. ord. Trib. Cagliari, 23 febbraio 2023, *inedita*.

tenza» (art. 29 c.p.p.), la risoluzione del conflitto è rimessa alla Corte di cassazione, che provvede con sentenza in camera di consiglio *ex art.* 127 c.p.p. (art. 32, comma 1, c.p.p.). Tale disciplina trova applicazione anche nei «casi analoghi» a quelli indicati nell'art. 28, comma 1, c.p.p. (art. 28, comma 2, c.p.p.), come è, nel caso di specie, il conflitto tra g.i.p. e tribunale del dibattimento, in quanto destinato a determinare una situazione di stasi processuale<sup>3</sup>.

La Suprema Corte ha ravvisato nel giudice per le indagini preliminari l'organo legittimato a pronunciarsi sulla richiesta di giudizio immediato avanzata dal pubblico ministero con riguardo a reati per cui è prevista la citazione diretta<sup>4</sup>, così come avviene nel giudizio immediato disciplinato nella sua forma "ordinaria" dagli artt. 453 ss. c.p.p.

Ora, premesso che la questione era stata sollevata anche in altre sedi giudiziarie<sup>5</sup>, per comprendere appieno la portata della decisione è opportuno preliminarmente soffermarsi in generale sull'istituto introdotto dal nuovo art. 558-*bis* c.p.p. (inserito dall'art. 32, comma 1, lett. f), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, c.d. "Riforma Cartabia"), che si limita a rinviare, nel comma 1, alle disposizioni del titolo IV del libro VI del c.p.p. (dunque gli artt. 453-458-*bis* c.p.p.), in quanto compatibili, precisando nel comma 2 che, laddove sia emesso il decreto di giudizio immediato, non si debba procedere all'udienza di comparizione predibattimentale<sup>6</sup>.

<sup>3</sup>Cfr. Cass., sez. I, 19 dicembre 2013, conf. comp. in proc. Minguzzi, in *CED Cass.*, n. 258422.

Sui conflitti di competenza, in generale, v. G.M. Baccari, *sub artt.* 28-32 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., t. I, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 710 ss.; Id., *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 451 ss.; G. Bonetto, *sub artt.* 28-32, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, Utet, 1989, p. 161 ss.; A.A. Dalia-G. Della Monica, *Conflitti di competenza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2002, p. 1 ss.; A. Laronga, *La disciplina della competenza nel processo penale*, Torino, Utet, 2008, p. 207 ss.; A. Macchia, *sub artt.* 28-32, in E. Amodio-O. Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 161 ss.; N. Marvulli, *Conflitti di giurisdizione e di competenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano, Giuffrè, 2001, p. 258 ss.; M. Ricciarelli, *L'esercizio della funzione giurisdizionale: dalla competenza al riparto di attribuzioni*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. I, *Soggetti ed atti*, t. 1, *I soggetti*, a cura di G. Dean, Torino, Utet, 2008, p. 161 ss.

<sup>4</sup>Per un primo commento alla decisione in esame, v. A. Giannone, *Citazione diretta a giudizio e giudizio immediato*, in *Quest. giust.*, 5 ottobre 2023; M. Toriello, *Anche il "nuovo" decreto di giudizio immediato deve essere emesso dal giudice per le indagini preliminari*, in *Il penalista*, 4 agosto 2023.

Da segnalare che, da ultimo, Cass., sez. I, 19 ottobre 2023, n. 42964, in *Diritto.it*, 24 ottobre 2023, con osservazioni di R. Polito, *Decreto di giudizio immediato nei procedimenti a citazione diretta: competenza del Gip*, ha confermato la competenza funzionale in capo al g.i.p., riprendendo testualmente le argomentazioni della sentenza qui annotata.

<sup>5</sup>Cfr. ord. g.i.p. Trib. Napoli, uff. 10°, 1° febbraio 2023, in *Altalex*, 9 marzo 2023, con nota di G. Spangher, *Spetta al Gip la decisione sulla richiesta di giudizio immediato*, con la quale il g.i.p. si era ritenuto incompetente, e ord. Trib. Napoli, VI sez. pen., 28 aprile 2023, *inedita*, con la quale, invece, il tribunale aveva ritenuto competente il g.i.p. (conflitto risolto da Cass., sez. I, 19 ottobre 2023, n. 42694, cit.). Cfr. pure ord. g.i.p. Trib. Milano, in *Giur. pen. on line*, 13 aprile 2023, che aveva ravvisato la competenza funzionale del g.i.p.

<sup>6</sup>Sul nuovo giudizio immediato nel procedimento monocratico a citazione diretta *ex art.* 558-*bis* c.p.p., v. R. Bricchetti, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: i procedimenti speciali. Il giudizio immediato*, in *IUS penale*, 27 dicembre 2022; N. Gallo, *sub art.* 558-*bis*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Wolters Kluwer, One legale, 2023; A. Natale, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in A. Bassi-C. Parodi, *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 254 ss.; G. Piziali, *sub art.* 558-*bis* c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., cit., t. III, p. 1082 ss.; N. Stell, *Modifiche al titolo II "Citazione diretta a giudizio" del Libro VIII "Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica"*, in A. Conz-L. Levita (a cura di), *La riforma del processo penale. Commento articolo per articolo del D.Lgs. 150/2022 di attuazione della riforma Cartabia, come modificato dal D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, c.d. Decreto Nordio*, Roma, Dike giuridica, 2022, p. 480 s.

In ordine alla disciplina del giudizio immediato *ex artt.* 453 ss. c.p.p. – alla quale l'art. 558-*bis* c.p.p. fa rinvio – v., per un panorama sugli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, M. Rubera, *sub artt.* 453-458-*bis* c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., cit., t. II, p. 3817 ss. Cfr., altresì, F. Siracusano, *Originari statuti e nuovi orizzonti dei giudizi immediati*, Torino, Giappichelli, 2018; L. Varanelli, *Il giudizio immediato*, in A. Bassi-C. Parodi, *I procedimenti speciali penali*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 603 ss. In particolare, sulle innovazioni introdotte al rito speciale dalla "Riforma Cartabia", v. D. Augusto, *Modifiche al Titolo IV "Giudizio immediato" del Libro VI "Procedimenti speciali"*, in A. Conz-L. Levita (a cura di), *La riforma del processo penale. Commento articolo per articolo del D.Lgs. 150/2022 di attuazione della riforma Cartabia, come modificato dal D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, c.d. Decreto Nordio*, cit., p. 429 ss.; M.F. Cortesi, *Il "nuovo" giudizio immediato*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, Pisa, Pacini giuridica, 2023, p. 384 ss.; P.

## L'INTRODUZIONE DEL GIUDIZIO IMMEDIATO NEL PROCEDIMENTO MONOCRATICO A CITAZIONE DIRETTA

È appena il caso di ricordare che il nuovo art. 554-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 32, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150/2022, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 12, lett. a), l. 27 settembre 2021, n. 134, prevede per l'appunto una «udienza di comparizione predibattimentale» in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, da tenere innanzi a un giudice-persona fisica diverso da quello innanzi al quale dovrà, eventualmente, celebrarsi il dibattimento, destinata a vagliare preliminarmente – in modo più snello rispetto a quanto previsto negli artt. 416 ss. c.p.p. – la fondatezza e la completezza dell'azione penale, con obbligo del giudice di pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna<sup>7</sup>.

Orbene, l'espressa previsione del giudizio immediato (anche) per i reati di competenza del tribunale in composizione monocratica a citazione diretta (art. 558-*bis* c.p.p.) è strettamente collegata proprio all'introduzione di tale udienza.

Nella *Relazione illustrativa del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150* si legge, infatti, che la previsione del giudizio immediato si collega all'«esigenza di effettuare un coordinamento tra le norme adottate e il complessivo sistema processuale (art. 1, comma 3, della delega)» e alla «finalità acceleratoria complessivamente imposta come finalità generale della delega (art. 1, comma 1, della delega)», imponendosi «un definitivo e chiaro superamento della limitazione, di fonte giurisprudenziale per vero, all'applicazione ai reati con citazione diretta del giudizio immediato».

La *Relazione*, invero, rimarca che l'originario silenzio serbato sul giudizio immediato dal titolo III del libro VIII del c.p.p. – a fronte di una espressa disciplina per il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta, il procedimento per decreto e il giudizio direttissimo – non poteva certo «essere interpretato come una deliberata scelta di esclusione di quel rito nei procedimenti davanti al tribunale monocratico», perché la norma cardine del raccordo fra il complesso delle norme codicistiche e il rito monocratico è l'art. 549 c.p.p., il quale «prevede una generalizzata applicazione di tutte le norme del codice, salvo quanto espressamente previsto in senso contrario e previa una valutazione in concreto di applicabilità»<sup>8</sup>.

Tanto è vero che «anche la giurisprudenza non ha mai dubitato che il giudizio immediato si appli-

Corvi, *Rito monitorio e giudizio immediato: le novità introdotte dalla Riforma Cartabia*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2023, p. 778 ss.

<sup>7</sup> Per un'analisi dell'udienza predibattimentale, v. F. D'Alessio, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico a citazione diretta a giudizio*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale-Codice di procedura penale-Giustizia riparativa*, cit., p. 526 ss.; M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *Sist. pen.*, 16 gennaio 2023, p. 1 ss.; A. Diddi, *L'udienza-filtro nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 180 s.; L. Forte, *L'udienza predibattimentale: tra "nuova" regola di giudizio ed efficienza nel "sistema Cartabia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 456 ss.; N. Gallo, *Il nuovo filtro dell'udienza predibattimentale nel rito monocratico a citazione diretta*, in A. Gaito (a cura di), *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, Pisa, Pisa University Press, 2023, p. 105 ss.; E.M. Mancuso, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in D. Castronuovo-M. Donini-E.M. Mancuso-G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 829 ss.; A. Natale, *La cd. "riforma Cartabia" e le trasformazioni impresse al giudizio di cognizione*, in *Quest. giust.*, 2023, 2, p. 68 ss.; B. Piattoli, *Udienza predibattimentale nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica tra l'obiettivo di una più ordinata sequenza procedimentale e la funzione di tutela delle garanzie*, in *Leg. pen.*, 5 gennaio 2023; G. Piziali, *sub artt. 554-*bis*-554-*ter* c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, VI ed., cit., t. III, p. 1033 ss.; G. Rossi, *Le novelle della Riforma Cartabia e il processo penale davanti al tribunale in composizione monocratica: la nuova "udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta"*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, p. 69 ss.; A. Spinelli, *Luci e ombre della nuova udienza predibattimentale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2022, p. 525 ss.; C. Trabace, *A volte ritornano: l'udienza predibattimentale monocratica*, in F.S. Cassibba-L. Foffani-G. Garuti, *La riforma Cartabia. Riflessioni sulla legge delega n. 134 del 2021. Atti della tavola rotonda del 21 aprile 2022*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 73 ss.; nonché, volendo, N. Triggiani, *La nuova udienza predibattimentale nel procedimento penale monocratico: luci e ombre*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 26 ss.; Id., *L'udienza predibattimentale monocratica*, in questa *Rivista*, 2022, p. 143 ss.; Id., *Le nuove norme per il procedimento davanti al tribunale monocratico*, in R.M. Geraci (a cura di), *La giustizia penale dopo la cd. riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, in corso di stampa; Id., *Riflessioni sull'udienza predibattimentale monocratica prefigurata nella proposta di riforma della "Commissione Lattanzi"*, in *Arch. pen. (web)*, 2021, 2, p. 1 ss.; Id., *sub artt. 554-*bis* e 554-*ter**, in A. Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit.

<sup>8</sup> Così la *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134. recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022, cit., p. 153 s.

casce nel procedimento davanti al tribunale monocratico nel caso di reati che provenissero da udienza preliminare, che sono anch'essi giudizi monocratici disciplinati dal libro VIII»<sup>9</sup>. Infatti, «la ragione per cui, in sede giurisprudenziale, si è escluso che il giudizio immediato fosse applicabile nei procedimenti azionabili con citazione diretta è stata individuata in una assunta incompatibilità, derivante dalla mancanza nel rito a citazione diretta di un'udienza preliminare, ritenuta presupposto implicito del giudizio immediato, in quanto esso sarebbe legittimato da un'evidenza probatoria intesa come *standard* di fondatezza idonea ad escludere il taglio dell'udienza preliminare»<sup>10</sup>.

Va segnalato che anche la dottrina ha unanimemente ravvisato una incompatibilità concettuale, ontologica tra procedimento a citazione diretta e giudizio immediato, essendo il modello semplificato di rito monocratico già caratterizzato dalla mancanza dell'udienza preliminare e dalla conseguente anticipazione del dibattimento, mentre, facendo leva sul generale rinvio *ex art.* 549 c.p.p., non ha ravvisato alcun ostacolo all'applicazione del rito immediato (sia a richiesta del pubblico ministero *ex artt.* 453-458 c.p.p., sia a richiesta dell'imputato *ex art.* 419, comma 5, c.p.p.) nei procedimenti monocratici con udienza preliminare, nonostante l'assenza di accenni all'operatività di tale rito nelle disposizioni riservate all'adozione dei procedimenti speciali (artt. 556-558 c.p.p.)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 154.

La giurisprudenza è stata effettivamente costante nel ritenere il giudizio immediato ammissibile nel procedimento davanti al tribunale monocratico solo nei casi in cui sia prevista l'udienza preliminare e non, invece, quando la *vocatio in iudicium* fosse avvenuta tramite il meccanismo della citazione diretta a giudizio: v. Cass., sez. I, 23 giugno 2010, n. 24170, in *CED Cass.*, n. 247945; Cass., sez. IV, 16 gennaio 2004, n. 7295, *Belin, ivi*, n. 227834; Cass., sez. V, 5 novembre 2002, n. 40489, *Zagami*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2488. Cfr. anche Cass., sez. I, 6 luglio 2016, n. 41930, secondo la quale l'assenza dell'udienza preliminare nell'ambito del rito a citazione diretta introduceva, rispetto al rito immediato, «un procedimento differenziato per struttura e tempi degli adempimenti, in quanto il giudizio a citazione diretta *ex art.* 555 c.p.p. si snoda attraverso un'udienza di prima comparizione, nel corso della quale devono compiersi le attività tipiche dell'udienza preliminare quanto alla scelta dei riti alternativi e quelle introduttive del dibattimento, quali l'indicazione delle circostanze da provare e la formulazione della richiesta di ammissione delle prove in riferimento alle liste di testi, periti e consulenti, depositate almeno sette giorni prima. Tali adempimenti nel rito immediato devono, invece, compiersi entro il termine di cui all'art. 458 c.p.p. quanto alle opzioni per eventuali riti speciali e nella fase degli atti preliminari *ex art.* 491 c.p.p. per le altre questioni; in ragione di tali profili divergenti nei rispettivi modelli procedurali e dell'assenza delle garanzie assicurate all'imputato a conclusione delle indagini preliminari, funzionali alla migliore conoscenza dell'accusa, degli elementi di prova ed all'informata preparazione della difesa in vista del giudizio si giustifica la comminatoria della sanzione della nullità allorché il giudizio immediato sia introdotto per fattispecie di reato che non lo consentono: si tratta comunque di nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c, c.p.p. e dell'art. 180 c.p.p., sanata se non rilevata o eccepita tempestivamente entro la conclusione del giudizio di primo grado». Cfr. altresì, in senso analogo, Cass., sez. V, 24 aprile 2019, n. 40002, *Di Bella*, in *CED Cass.*, n. 277525-01, secondo la quale l'emissione del decreto di giudizio immediato per soli reati a citazione diretta, comportando l'omissione dell'adempimento della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini e di deposito degli atti di cui all'art. 415-bis c.p.p. (a sua volta funzionale all'esercizio di prerogative difensive) determina una nullità di ordine generale per violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., nullità peraltro sanabile *ex art.* 183 c.p.p. con la richiesta di un rito alternativo al dibattimento.

Peraltro, in caso di connessione tra un reato a citazione diretta, ed un altro per il quale era prevista l'udienza preliminare, la Cassazione aveva affermato il principio per cui il pubblico ministero avrebbe potuto formulare una richiesta congiunta di giudizio immediato, ove sussistenti per entrambi i reati i presupposti di cui all'art. 453 c.p.p. (Cass., sez. V, 14 ottobre 2015, n. 15189, in *CED Cass.*, n. 266689-01; Cass., sez. I, 10 maggio 2016, n. 49821, *ivi*, n. 268548-01).

<sup>10</sup> Così, ancora, la *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 154.

<sup>11</sup> Cfr. M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, IX ed., Torino, Utet, 2022, p. 759; S. Corbetta, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479)*, Padova, Cedam, 2000, p. 623; M.F. Cortesi, *Il procedimento*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, cit., vol. IV, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, 2009, p. 756; S. Lonati, *Il procedimento penale davanti al tribunale in composizione monocratica: aspetti problematici e soluzioni interpretative*, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 174 s.; E. Marzaduri, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, X ed., Milano, Wolters Kluwer, 2020, p. 724 e p. 730 s.; M. Montagna, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in C. Fiorio-R. Fonti-M. Montagna, *Corso di procedura penale*, Firenze, Le Monnier, 2019, p. 651 s.; A. Pellegrino, *I procedimenti speciali avanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 601; M. Scaparone, *Procedura penale*, V ed., vol. II, Torino, Giappichelli, 2017, p. 202; G. Spangher, *Il procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, in O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-D. Vigoni, *Procedura penale*, VII ed., rist. agg., Torino, Giappichelli, 2020, p. 691 e p. 693; P. Tonini-C. Conti, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 867 s.; G. Tranchina-F. Siracusano, *Il procedimento per i reati di cognizione del tribunale in composizione monocratica*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano, Milano, Giuffrè, 2018, p. 728.

L'introduzione dell'udienza di comparizione predibattimentale – che, come l'udienza preliminare, ha tra i suoi scopi principali di vagliare preliminarmente la sostenibilità dell'azione penale, secondo la *Relazione illustrativa del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150* – ha imposto, dunque, anche nel procedimento monocratico l'applicazione di un rito come il giudizio immediato, «che ha la funzione di evitare quel vaglio quando la prova appaia evidente (ad un giudice)»<sup>12</sup>.

Tanto più che – come si legge sempre nella *Relazione* – con l'introduzione del c.d. «immediato custodiale», è stato ormai da tempo superato il presupposto unico dell'«evidenza della prova», sicché, considerato anche l'ampliamento del novero dei reati azionabili con la citazione diretta, sarebbe in effetti risultato «irragionevole» precludere questo «strumento di accesso rapido al giudizio nei casi in cui l'imputato sia sottoposto a misura cautelare»<sup>13</sup>.

Nei procedimenti monocratici a citazione diretta non può, però, trovare applicazione il giudizio immediato su richiesta dell'imputato: nell'art. 558-*bis* c.p.p., infatti, non vi è alcun cenno ad un giudizio immediato conseguente alla rinuncia all'udienza predibattimentale, né tale rinuncia sembra poter essere ricavata dal generico rinvio previsto nell'art. 549 c.p.p., «dal momento che non è in alcun modo asseribile una sorta di identità tra l'udienza preliminare, rinunciabile ai sensi dell'art. 419, comma 5, c.p.p., e l'udienza predibattimentale»<sup>14</sup>. Per la precisione, l'art. 558-*bis* c.p.p. richiama le disposizioni del titolo IV del libro VI del c.p.p., mentre l'art. 419, comma 5, è contenuto nel titolo IX del libro V del c.p.p. dedicato all'udienza preliminare, e a sua volta l'art. 453, comma 3, c.p.p. si limita a rinviare a quella disciplina, chiarendo che l'imputato può chiedere il giudizio immediato a norma dell'art. 419, comma 3, c.p.p.<sup>15</sup>.

Insomma, laddove si fosse ritenuto di prevedere il diritto dell'imputato di evitare l'udienza predibattimentale ciò avrebbe dovuto essere detto espressamente in sede di disciplina di quella udienza, in ipotesi anche richiamando l'art. 419, comma 5, c.p.p. Invece, né vi è un richiamo a quella previsione, né vi è una disciplina analoga nell'art. 554-*bis* c.p.p.<sup>16</sup>.

Non è superfluo segnalare che, a seguito dell'instaurazione del giudizio immediato, il processo viene trattato direttamente nella fase dibattimentale, unica sede nella quale potranno essere sollevate tutte le eventuali questioni preliminari di cui all'art. 491 c.p.p., così come tutti gli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti e alle notificazioni<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 154.

In dottrina, nello stesso senso, v. E. Marzaduri, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2023, p. 820; F. Siracusano, *Il procedimento per i reati di cognizione del tribunale in composizione monocratica*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano, Milano, Giuffrè Francis Levebvre, 2023, p. 770 s.; F. Zacché, *Procedimento davanti al tribunale monocratico*, in G. Uberris (a cura di), *Sistema di procedura penale*, vol. II, *Persone, strumenti, riti*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 622, per il quale «la previsione dell'udienza di comparizione predibattimentale, orientata a regole che in parte ricalcano quelle dettate per l'udienza preliminare, giustifica la scelta legislativa di rendere applicabile anche al rito monocratico "speciale" la disciplina del giudizio immediato».

Invero, M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 69, rammenta che la modifica «è stata alquanto dibattuta in fase preparatoria, posto che, sul piano sistematico, sembra confermare una sostanziale equiparazione tra l'udienza predibattimentale e l'udienza preliminare: in fondo, il rito speciale postula di saltare una o più fasi in senso tecnico, mentre l'udienza predibattimentale è solo una porzione della fase del giudizio».

<sup>13</sup> *Relazione illustrativa del decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134*, cit., p. 154.

<sup>14</sup> Così E. Marzaduri, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., cit., p. 820. Dello stesso avviso, F. Zacché, *Procedimento davanti al tribunale monocratico*, in G. Uberris (a cura di), *Sistema di procedura penale*, vol. II, cit., p. 622.

<sup>15</sup> In questi termini, G. Piziali, sub art. 558-*bis*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., t. III, cit., p. 1084.

<sup>16</sup> V., ancora, G. Piziali, sub art. 558-*bis*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., t. III, cit., p. 1085.

<sup>17</sup> In tal senso, F. Siracusano, *Il procedimento per i reati di cognizione del tribunale in composizione monocratica*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano, 2023, cit., p. 771; P. Tonini-C. Conti, *Manuale di procedura penale*, XXIV ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 927 s. Cfr. pure A. Natale, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, cit., p. 255, il quale sottolinea che il procedimento giungerà immediata-

## L'OMESSA INDICAZIONE ESPRESSA DEL GIUDICE COMPETENTE AD EMETTERE IL DECRETO DI GIUDIZIO IMMEDIATO E LE POSSIBILI SOLUZIONI INTERPRETATIVE

In virtù del rinvio contenuto nell'art. 558-bis c.p.p. alle disposizioni di cui agli artt. 453-458-bis c.p.p., sia pure con la clausola di compatibilità, sono risultati pacificamente applicabili anche al giudizio immediato nel procedimento monocratico a citazione diretta i presupposti previsti dall'art. 453 commi 1, 1-bis e 1-ter c.p.p. ovvero rispettivamente: 1) per il giudizio immediato "tradizionale", l'evidenza della prova, previo interrogatorio dell'indagato sui fatti dai quali emerge tale evidenza probatoria (a meno che abbia omesso di comparire a seguito di invito a presentarsi) e il termine massimo di novanta giorni dall'iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p. per il deposito della richiesta del pubblico ministero; 2) per il giudizio immediato "custodiale", il previo interrogatorio, la misura detentiva in atto nei confronti dell'indagato, la definizione del procedimento di riesame o il decorso dei termini per tale impugnazione, il deposito della richiesta entro il termine massimo di centottanta giorni dall'esecuzione della misura cautelare.

In assenza di specifiche indicazioni nell'art. 558-bis c.p.p., è stata, invece, discussa l'individuazione del giudice competente a provvedere sulla richiesta di rito immediato e questo ha portato ad un contrasto di valutazioni dei giudici di merito (Giudice per le indagini preliminari e giudice del dibattimento): come ricorda la Corte di cassazione nella motivazione della sentenza annotata, sono risultate astrattamente prospettabili tre diverse interpretazioni.

La prima, accolta dalla Corte sulla base di plurime argomentazioni che si avrà modo di qui a poco di approfondire, ravvisa nel Giudice per le indagini preliminari il giudice funzionalmente competente.

La seconda individua la competenza nel giudice dell'udienza predibattimentale, ritenendo che, dopo l'esercizio dell'azione penale, il Giudice per le indagini preliminari non avrebbe più alcuna competenza, mentre risulterebbe più coerente con il sistema attribuire al giudice dell'udienza predibattimentale la valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per omettere tale udienza; tanto anche per ragioni di carattere sistematico, essendo l'art. 558-bis inserito nel titolo III del libro VIII del c.p.p., dedicato ai "Procedimenti speciali" nel "Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica".

Infine, la terza soluzione è quella di attribuire la competenza al giudice del dibattimento, in quanto il rito immediato, elidendo l'udienza di comparizione predibattimentale, escluderebbe altresì la competenza a provvedere del giudice di tale udienza.

Com'è stato esattamente osservato<sup>18</sup>, la questione della legittimazione a disporre il giudizio immediato è, invero, «questione di nevralgica rilevanza», soprattutto «ai fini della corretta e funzionale ripartizione delle risorse all'interno di ogni tribunale», poiché «è facile prevedere che i pubblici ministeri faranno massiccio ricorso a questo istituto», che abbrevia i tempi di trattazione «consentendo di omettere la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari: adempimento dalle conseguenze spesso complesse, onerando gli inquirenti di assecondare o quanto meno di valutare le richieste istruttorie delle difese».

### LE ARGOMENTAZIONI E LA (CONDIVISIBILE) SOLUZIONE DELLA SUPREMA CORTE

La Corte di cassazione, come già ricordato, ha optato per la prima soluzione, stabilendo che la competenza a provvedere in ordine alla richiesta del pubblico ministero di emissione del decreto di giudizio immediato, per un reato per il quale la legge prevede la citazione diretta a giudizio, spetta al Giudice per le indagini preliminari<sup>19</sup>.

---

mente a dibattimento e sarà quindi in quella sede che «il giudice dibattimentale dovrà preliminarmente affrontare tutte le questioni che – nelle cadenze ordinarie – affronta e risolve il giudice dell'udienza predibattimentale».

<sup>18</sup> M. Toriello, *Anche il "nuovo" decreto di giudizio immediato deve essere emesso dal giudice per le indagini preliminari*, cit.

<sup>19</sup> Nel senso indicato dalla Corte di cassazione, v. già la *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione-Sezione penale n. 2/2023 (Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia")*, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023, p. 155; in dottrina, A. Natale, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in A. Bassi-C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 255 e p. 256; A. Marandola, *A chi spetta decidere la ricorrenza delle condizioni del giudizio immediato ex art. 558-bis*

La Corte è giunta a tale conclusione attraverso argomentazioni che risultano pienamente condivisibili, e, in particolare, valorizzando «elementi di ordine testuale, nonché argomenti logici e sistematici».

Innanzitutto ha evidenziato che il nuovo art. 558-*bis* c.p.p. prevede che trovino applicazione le norme del titolo IV del libro VI del c.p.p., in quanto compatibili, dunque le norme sul giudizio immediato “ordinario”: ciò induce a ritenere che il legislatore non abbia voluto «creare per i reati a citazione diretta un rito nuovo e diverso rispetto a quello ordinario», ma piuttosto estendere «il rito già esistente ad ipotesi ulteriori, fino a quel momento escluse», previo solo un giudizio di compatibilità, come previsto, del resto, dall’art. 556 c.p.p. per il giudizio abbreviato e il patteggiamento e dall’art. 557 c.p.p. per il procedimento per decreto.

In particolare, com’è stato esattamente osservato in dottrina, rinviando alle disposizioni in tema di giudizio immediato “ordinario”, l’art. 558-*bis* c.p.p. richiama, evidentemente, anche l’art. 454, comma 1, c.p.p. secondo cui il pubblico ministero presenta la richiesta di giudizio immediato depositandola nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari, sicché è da escludere che la decisione sulla richiesta possa essere di competenza di un giudice diverso da quello nel cui ufficio è prevista la presentazione.

In secondo luogo, la Corte ha sottolineato che gli artt. 554-*bis* e 554-*ter* c.p.p., nel disciplinare ampiamente e dettagliatamente le attribuzioni del giudice della nuova udienza predibattimentale, non fanno riferimento all’emissione del decreto di giudizio immediato: manca, insomma, una disposizione che attribuisca espressamente la competenza a decidere in ordine all’ammissione del rito ad un giudice diverso da quello che vi è e preposto nel giudizio immediato “ordinario”, ovvero il giudice per le indagini preliminari *ex art.* 454, comma 1, c.p.p.

Infine, la Corte ha rammentato che per le sue caratteristiche – come già statuito in una decisione delle sezioni unite del 2014 – il decreto in oggetto «riveste natura endoprocedurale e meramente strumentale all’interno della procedura di approdo alla fase del dibattimento»<sup>20</sup>, sicché la decisione sulla sua emissione attiene necessariamente ancora alla fase delle indagini preliminari e proprio il suo accoglimento segna il passaggio alla fase dibattimentale.

Insomma, sarebbe eccentrico rispetto al sistema e alla funzione propulsiva assegnata alla decisione sulla richiesta del pubblico ministero di esercitare l’azione penale nelle forme del giudizio immediato affidare la valutazione sull’ammissibilità del rito per i reati a citazione diretta al giudice che interviene nella fase successiva, la cui competenza è attivata proprio a seguito dell’approdo del processo al dibattimento a seguito della *vocatio in iudicium*<sup>21</sup>.

A conferma della correttezza della soluzione individuata, la Corte sottolinea come non vi sia alcuna incompatibilità del g.i.p. ad intervenire in relazione ai reati a citazione diretta, dal momento che tale organo è il giudice di tutte le indagini preliminari, a prescindere se si tratti o meno di reati per i quali è prevista l’udienza preliminare.

Infatti, è il g.i.p. il giudice istituzionalmente e ordinariamente preposto al vaglio e alla valutazione degli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari; è ancora il g.i.p. il giudice competente ad emettere le misure cautelari personali e reali anche in relazione ai reati *ex art.* 550 c.p.p., fino alla trasmissione del fascicolo per il dibattimento e del decreto di citazione per l’udienza predibattimentale, provvedendo altresì, fino a tale momento, al compimento degli atti urgenti *ex art.* 554 c.p.p.; è, infine, il g.i.p. a decidere sull’istanza di emissione del decreto penale di condanna *ex art.* 459 c.p.p. e sui riti alternativi eventualmente richiesti con l’opposizione al decreto penale stesso *ex artt.* 464 e 557 c.p.p.<sup>22</sup>, nonché a decidere sulla richiesta di patteggiamento avanzata nel corso delle indagini preliminari *ex art.* 447 c.p.p.

La Cassazione non trascura nemmeno di considerare i risvolti organizzativi che conseguirebbero alla

---

c.p.p., in *Il penalista*, 10 marzo 2023; G. Spangher, *Spetta al Gip la decisione sulla richiesta di giudizio immediato*, in *Altalex*, 9 marzo 2023.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 42979, Squicciarino, in *CED Cass.*, n. 260018.

<sup>21</sup> Cfr. A. Toriello, *Anche il “nuovo” decreto di giudizio immediato deve essere emesso dal giudice per le indagini preliminari*, cit.

<sup>22</sup> Non è superfluo ricordare che Corte cost., ord. 18 gennaio 2018, n. 8, in *www.cortecostituzionale.it*, ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità dell’art. 464 c.p.p., nella parte in cui, in caso di opposizione a decreto penale di condanna, attribuisce al giudice per le indagini preliminari, anziché al tribunale in composizione monocratica, la competenza alla celebrazione dei riti alternativi e alla emissione del decreto di giudizio immediato per i reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio.



diversa soluzione di radicare nel giudice dell'udienza predibattimentale la competenza ad emettere il decreto di giudizio immediato, ovvero il determinarsi di una ulteriore ipotesi di incompatibilità in caso di rigetto della richiesta di rito immediato, non potendo più celebrare quella udienza (oltre che quella dibattimentale).

Senza dire dell'inedita regressione alla fase delle indagini preliminari, a differenza di quanto accade nel giudizio immediato "ordinario".

In definitiva, secondo la Corte, opinando diversamente, «si verificherebbe una alterazione della sequenza processuale in cui viene a collocarsi il giudizio immediato», alterazione che «non solo non è prevista dal legislatore, ma neppure risulta giustificata da esigenze sistematiche e da ragioni di incompatibilità e che finirebbe per vanificare le esigenze di celerità che hanno ispirato la previsione del giudizio immediato anche per i reati a citazione diretta».

Resta solo da verificare se, nel caso in cui l'imputato, dopo la notifica del decreto di giudizio immediato, opti per un rito alternativo, possa esservi spazio per un giudice diverso da quello per le indagini preliminari.

Ma, in realtà, gli stessi argomenti addotti dalla Corte di cassazione per affermare la competenza del g.i.p. in ordine all'emissione del decreto di giudizio immediato inducono a ritenere che appartenga a questo stesso giudice la competenza funzionale a decidere sui riti alternativi richiesti dall'imputato (giudizio abbreviato, patteggiamento, sospensione del processo con messa alla prova)<sup>23</sup>.

In particolare, poiché la richiesta di questi riti alternativi, così come quella di giudizio immediato, deve essere depositata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari (v. artt. 458, comma 1, 446, comma 1 e 464-bis, comma 2, c.p.p.), è «difficile argomentare della competenza a decidere sulla richiesta da parte di un ufficio diverso rispetto a quello innanzi al quale la richiesta va presentata»<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. A. Toriello, *Anche il "nuovo" decreto di giudizio immediato deve essere emesso dal giudice per le indagini preliminari*, cit.

<sup>24</sup> Così, ancora, A. Toriello, *Anche il "nuovo" decreto di giudizio immediato deve essere emesso dal giudice per le indagini preliminari*, cit. Nello stesso senso, v. A. Giannone, *Citazione diretta a giudizio e giudizio immediato*, cit., il quale rileva inoltre che, a propendere per la tesi che radica la competenza ad emettere il giudizio immediato nel giudice dell'udienza predibattimentale, i riti alternativi azionabili dopo il decreto di giudizio immediato dovrebbero essere celebrati «da altro giudice del dibattimento (con l'ulteriore "complicazione", nel caso di processo cumulativo e di rito speciale richiesto da soltanto uno od alcuno dei coimputati, di individuare per il rito alternativo un giudice diverso da quello dibattimentale, adibito alla prosecuzione del giudizio: verrebbe, infatti, a moltiplicarsi i giudici dibattimentali investiti della questione e il numero di possibili situazioni di incompatibilità)».



Processo penale e giustizia n. 1/2024

**Dibattiti tra norme e prassi**

*Debates: Law and Praxis*

GIUSEPPE BISCARDI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

## Processo penale e testimonianza tributaria

### *Criminal trial and taxation testimony*

L'introduzione della prova testimoniale nel processo tributario potrebbe avere conseguenze rilevanti, all'interno dei processi di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sotto almeno tre profili. In primo luogo, è sostenibile che tale *novum* conduca ad affermare l'efficacia del giudicato penale nel processo tributario, sinora smentita in virtù del richiamo, all'interno dell'art. 654 c.p.p., ai limiti di prova nel giudizio extrapenale quale fattore ostativo a detta efficacia.

Inoltre, potrebbe ritenersi consentita la sospensione del processo penale – con intuibili effetti in ordine alla regola costituzionale di ragionevole durata –, in precedenza inibita in ragione del riferimento, all'interno dell'art. 479 c.p.p., ai già richiamati limiti di prova.

Infine, ma non con minore rilevanza, la riforma del rito fiscale potrebbe incidere sul dibattuto tema del *bis in idem* processuale, come modellato dalla giurisprudenza europea; tenendo conto che la Corte costituzionale ha già affermato l'applicabilità del principio laddove il provvedimento extrapenale abbia preceduto la definizione del processo penale.

*Taxation testimony as introduced in taxation proceedings might have relevant consequences in proceedings based on Legislative Decree number 74 of March 10th, 2000, under three profiles at least.*

*First of all, such a novelty might lead to effects of criminal decisions towards taxation proceedings, which is something that up to now had been excluded by the limits of proof in extracriminal proceedings based on art. 654 code of criminal proceeding.*

*Second, it might lead to a stay in criminal proceedings – with unwanted results as to the reasonable length constitutional principle – which was something excluded by art. 479 code of criminal proceeding concerning the limits of proof already mentioned.*

*Last not least, the taxation proceeding reform could interfere on the bis in idem principle as shaped by the European decisions, taking into account that the constitutional court has already stated such a principle, when the final extracriminal decision arrives before the criminal decision.*

#### L'INTRODUZIONE DELLA PROVA TESTIMONIALE NEL PROCESSO TRIBUTARIO: RIFLESSI SULL'EFFICACIA EXTRAPENALE DEL GIUDICATO

L'art. 4, comma 1, lett. c), l. 31 agosto 2022, n. 130<sup>1</sup>, ha introdotto la testimonianza nel processo tributario<sup>2</sup>. La prova sarà acquisita in forma scritta, con le modalità di cui all'art. 257-*bis* c.p.c.<sup>3</sup>, anche d'ufficio e solo laddove il giudice dovesse ritenerla necessaria<sup>4</sup>. Tale aggettivazione non sembra condurre giocoforza a circoscrivere l'ambito operativo della norma ai soli casi in cui la decisione appaia impossibile in assenza del richiamato mezzo istruttorio; avendo piuttosto il legislatore prefigurato uno scenario di (notevole) rilevanza, nel caso concreto, di quest'ultimo<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> In *Gazz. Uff.*, n. 204 del 1 settembre 2022.

<sup>2</sup> Mediante modifica dell'art. 7, comma 4, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Circa l'entrata in vigore del *novum*, l'art. 8, comma 3, l. n. 130/2022, la prevede per i ricorsi notificati a partire dal 16 settembre 2022.

<sup>3</sup> D'altro canto, quest'ultima disposizione, all'ultimo comma, autorizza il giudice, dopo l'esame delle risposte o dichiarazioni scritte, a «disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui...».

Per dettagli applicativi sul *novum* in esame si veda l'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 30 dicembre 2023, n. 220, in *Gazz. Uff.*, n. 2 del 3 gennaio 2024.

<sup>4</sup> Art. 7, comma 4, d.lgs. n. 546/1992.

<sup>5</sup> In tal senso S. Zagà, *La "nuova" prova testimoniale scritta nel riformato processo tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 2022, p. 2150. Con-

La riforma ora illustrata<sup>6</sup> potrebbe condurre a propugnare l'attuale applicabilità, nei rapporti intergiurisdizionali in esame, dell'art. 654 c.p.p.; sinora ritenuto di regola inoperante<sup>7</sup> in virtù della clausola di inefficacia scattante al ricorrere di «limitazioni alla prova» rinvenibili nella «legge civile»<sup>8</sup>. Ai fini della sussistenza del vincolo, non rileva in senso negativo il permanere, all'interno dell'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 546/1992, del divieto di giuramento; al contrario, quest'ultimo consacra il ripudio di verità "artificiali"<sup>9</sup>, ponendosi pertanto in perfetta aderenza alla fisionomia ed agli obiettivi del processo penale. Allo stesso modo, non pare di ostacolo il rinvenimento, invero massiccio all'interno della normativa tributaria, di presunzioni<sup>10</sup>; nonostante l'orientamento di segno contrario della giurisprudenza<sup>11</sup>. Se queste ultime hanno carattere relativo, non paiono costituire un vero limite probatorio, attenendo piuttosto il fenomeno ad una peculiare ripartizione del relativo onere, il cui mancato adempimento produce "soccombenza istruttoria"<sup>12</sup>. Lo stesso pare potersi dire con riferimento alla previsione di cui all'art. 32, comma 4, d.p.r. n. 600/1973, che inibisce l'esame in favore del contribuente di notizie, dati e documenti non forniti<sup>13</sup> da quest'ultimo in risposta agli inviti dell'amministrazione finanziaria. Quest'ultima fattispecie sembra configurare una preclusione<sup>14</sup> alla prova "per decorso temporale", piuttosto che un limite assoluto alla stessa<sup>15</sup>. D'altra parte, si è visto<sup>16</sup> che la prova testimoniale in sede tributaria può essere anche assunta in forma orale<sup>17</sup>; in ogni caso, la natura fisiologica dell'acquisizione in forma scritta non appare assimilabile ad un limite probatorio *tout court*<sup>18</sup>, risolvendosi piuttosto in una peculiare modalità di immissione del mezzo istruttorio nel processo<sup>19</sup>.

clusione legittimata anche dalla circostanza che la versione originaria del testo in esame si riferiva a necessità «assoluta»; nella versione definitiva l'aggettivo è stato soppresso.

<sup>6</sup> Che potrebbe avere operatività non esigua, avuto riguardo, ad esempio, alle ipotesi di residenza fittizia, versamenti e prelevamenti bancari, disponibilità di beni ai fini dell'applicazione del cosiddetto redditometro, ecc.

<sup>7</sup> Conclusione pacifica in dottrina: per tutti P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, p. 485. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. civ., sez. VI, 23 dicembre 2022, n. 37619, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); Id., sez. trib., 2 ottobre 2020, n. 21121, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 5 ottobre 2020.

<sup>8</sup> Art. 654 c.p.p. Ragionevolmente, nella fattispecie l'espressione «legge civile» è da intendersi quale sinonimo di legge extrapenale: cfr. A. Mambriani, voce *Processo penale per reati tributari*, in *Dig. pen.*, X, Torino, Utet, 1995 (rist. 2008), p. 192, nota 68.

Per inciso, ad onta della rubrica e del testo dell'art. 654 c.p.p., nella fattispecie è improprio, sotto il profilo tecnico, riferirsi all'efficacia del giudicato, che sorge laddove il comando giurisdizionale – *alias* dispositivo – "alieno" sia imperativo in altra sede processuale. Il vincolo deriva dall'accertamento di «fatti materiali» (art. 654 c.p.p.), con conseguente divieto di ricostruzione difforme: il caso è pertanto riconducibile al fenomeno delle prove legali (F. Cordero, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 1249).

<sup>9</sup> Cfr. art. 2738, comma 1, c.c.

<sup>10</sup> Si veda ad esempio l'art. 32, comma 1, n. 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, in ordine a versamenti e prelevamenti bancari quali indici produttivi di reddito.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. civ., sez. trib., 2 ottobre 2020, n. 21121, cit.; Id., 14 gennaio 2003, n. 380, in *Riv. giur. tributaria*, 2003, p. 857.

<sup>12</sup> Il discorso, all'evidenza, è circoscritto all'ambito extrapenale, rimanendo altrimenti inscalfibile l'obbligo dell'accusa di provare la colpevolezza.

<sup>13</sup> Nei termini previsti dall'art. 32, comma 2, d.p.r. n. 600/1973.

<sup>14</sup> Oltretutto non operante laddove l'omissione o ritardo derivino da fattori non imputabili al contribuente (art. 32, ultimo comma, d.p.r. n. 600/1973).

<sup>15</sup> A tale ultimo riguardo, è opportuno ricordare che è intervenuta una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sent. 2 marzo 2023, n. 142, C-664/21, *Nec Plus Ultra Cosmetics AG*, in *curia.europa.eu*), che si pone in posizione "mitigatoria" rispetto all'assertività della disposizione in esame.

<sup>16</sup> *Supra*, nota 3.

<sup>17</sup> Nel senso che la riforma di cui alla l. n. 130/2022 autorizzi la testimonianza orale non solo in ipotesi eccezionali, G. Tinelli, *Nelle liti fiscali l'atout della prova testimoniale, in forma scritta e orale*, in *Sole 24 Ore*, 9 settembre 2022.

<sup>18</sup> *Contra*, sebbene non in termini categorici, N. Galantini, *La circolazione della prova nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1001.

<sup>19</sup> In tali termini D. Conte, *La prova testimoniale introduce il ne bis in idem nel processo tributario*, in *Sole 24 Ore*, 22 novembre 2022. D'altro canto, non può negarsi che l'acquisizione di testimonianza mediante atto scritto costituisca, rispetto alla narrazione orale davanti al giudice ed alla presenza delle parti, ed in relazione al principio del contraddittorio, un rilevante *minus* in punto di efficacia del "prodotto" e di rispetto delle garanzie difensive.

## OGGETTO DEL VINCOLO E TIPOLOGIA DI PRONUNCE “IDONEE”

Prima di affrontare questioni più complesse, è forse opportuno rimarcare, in sintesi, le condizioni cui soggiace il vincolo di cui all'art. 654 c.p.p. Come noto, vengono in rilievo le sole pronunce irrevocabili di condanna<sup>20</sup> o assoluzione. L'uso di quest'ultimo termine impedisce equivoci: non trovano ingresso, al fine qui in esame, le sentenze di non doversi procedere per difetto di condizione di procedibilità<sup>21</sup>, ovvero per estinzione del reato<sup>22</sup>. La pronuncia dovrà essere resa «*in seguito a dibattimento*»<sup>23</sup>: “fuori gioco”, quindi, provvedimenti emessi a seguito di riti differenziati<sup>24</sup>, sentenze di non luogo a procedere a norma dell'art. 425 c.p.p.<sup>25</sup>, ed *a fortiori* decreti penali di condanna ed archiviazioni<sup>26</sup>. La *ratio* della cernita appare chiara: solo la completezza di un'istruttoria svolta in contraddittorio e nel rispetto, per quanto possibile<sup>27</sup>, del principio di immediatezza, legittima lo “straripamento” del *dictum*<sup>28</sup>.

Il vincolo è altresì circoscritto ai «*fatti materiali*»<sup>29</sup> accertati: con più precisione, ai fatti oggetto di imputazione, ed a quelli che costituiscono presupposto indefettibile di quest'ultima<sup>30</sup>. Sebbene non sia agevole scindere le ricostruzioni fattuali operate in giudizio dai profili valutativi<sup>31</sup>, l'ancoraggio al primo profilo esplica notevole influenza *in subiecta materia*, caratterizzata, come noto, da (sovr)abbondanza di fattispecie a connotazione valutativa. Così, la statuizione sull'effettivo sostenimento di una spesa, come quella sull'individuazione di chi abbia effettuato una cessione di beni ovvero una prestazione di servizi, sarà incontrovertibile. Viceversa, rimarranno impregiudicati i profili attinenti, ad esempio, all'inerenza, deducibilità e competenza temporale del costo, oppure il quesito se la cessione o la prestazione rientrano tra le operazioni assoggettate ad IVA, ed in caso positivo quale sia l'aliquota applicabile.

Se, in tale ottica, a rilevare è l'accertamento positivo di un fatto<sup>32</sup>, dovrebbe conseguirne l'inefficacia di assoluzioni basate su *deficit* probatorio<sup>33</sup>. Anche se la conclusione ha margini di opinabilità: se la ricostruzione penalistica prevale su quella effettuata in altra sede – e non avviene il contrario<sup>34</sup> – nel momento in cui la prima certifica l'impossibilità di giungere ad un risultato certo, è presumibile che tale *handicap* si manifesterà con maggiore virulenza in un ambito meno affidabile sul piano istruttorio. Tuttavia, gli stan-

---

La persistenza di un limite probatorio non è rinvenibile neppure laddove l'art. 7, comma 4, ultimo periodo, d.lgs. n. 546/1992, afferma che la testimonianza è ammessa, «*nei casi in cui la pretesa tributaria sia fondata su verbali o altri atti facenti fede fino a querela di falso...soltanto su circostanze di fatto diverse da quelle attestate dal pubblico ufficiale*». L'“invincibilità” dell'atto salva-guarda solo l'identità del verbalizzante, la data e luogo di redazione e la descrizione delle operazioni compiute, giammai incidendo sul contenuto sostanziale. In tal senso, ovvio quanto condivisibile, S. Mazzocchi (a cura di), *Atti del pubblico ufficiale, non sempre occorre contrastarli con la querela*, in *Sole 24 Ore*, 14 novembre 2022.

<sup>20</sup> Si veda tuttavia *infra*, sesto par.

<sup>21</sup> Art. 529 c.p.p.

<sup>22</sup> Art. 531 c.p.p. *Contra*, in modo non condivisibile, Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13939, in *Giur. it.*, 2000, p. 1529.

<sup>23</sup> Art. 654 c.p.p.

<sup>24</sup> Ad eccezione del giudizio immediato e del giudizio direttissimo.

<sup>25</sup> Del resto tecnicamente non irrevocabili (cfr. art. 434 c.p.p.).

<sup>26</sup> Per quest'ultima precisazione, d'altra parte obbligata, Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2017, n. 14551, in *Dejure.it*.

<sup>27</sup> Si veda infatti l'art. 392 c.p.p.

<sup>28</sup> Conclusione ineccepibile, in astratto e sul piano sistematico. Nella prassi, non sono rare trattazioni dibattimentali scialbe, il cui esito si fregia di definitività solo perché, per ragioni tra le più varie, non viene esercitato il diritto di impugnazione.

Sulle questioni sinora tratteggiate si vedano, tra gli altri, G. Della Monica, voce *Giudicato*, in *Dig. pen.*, IV Agg., Torino, Utet, 2008, p. 464; R. Normando, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, VI, Torino, Utet, 2009, pp. 67-68.

<sup>29</sup> Art. 654 c.p.p.

<sup>30</sup> Cfr. P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., p. 484.

<sup>31</sup> La questione è troppo complessa per poter essere qui affrontata anche solo per cenni. Si veda comunque M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 456 ss.

<sup>32</sup> Ma lo stesso è a dirsi per l'accertamento negativo: ad esempio, quando il giudice afferma che una cessione di beni non è stata effettuata, ovvero che ad effettuarla non è stato il soggetto individuato nella documentazione fiscale.

<sup>33</sup> Art. 530, comma 2, c.p.p. In tal senso Cass. civ., sez. II, 28 febbraio 2022, n. 6593, in *www.dirittoegiustizia.it*, 28 febbraio 2022.

<sup>34</sup> Come noto, l'efficacia di pronunce extrapenali nel processo penale è prevista solo nel caso di cui all'art. 3 c.p.p. (*infra*, settimo par.).

*dard* oggettivi e soggettivi dell'accertamento tributario variano *in minus* rispetto a quello penale: ad esempio, di regola per il riscontro dell'elemento soggettivo dell'illecito extrapenale basterà riscontrare la colpa<sup>35</sup>; ovvero, l'impossibilità di accertare il superamento della soglia di punibilità necessaria per qualificare penalmente la violazione<sup>36</sup> non impedirà la verifica di importi minori di imposta evasa.

#### LE LIMITAZIONI SOGGETTIVE DELL'EFFICACIA VINCOLANTE

Pur volendo ritenere realizzata la rimozione del limite probatorio che sino al 16 settembre 2022<sup>37</sup> ostava al dispiegamento delle prescrizioni di cui all'art. 654 c.p.p. all'interno del processo tributario, va tuttavia osservato che ciò non sarà sufficiente a ritenere che la sentenza penale, *rectius* l'accertamento dei fatti materiali in essa racchiuso, vincoli *tout court* il giudice dei tributi<sup>38</sup>. Infatti, è noto che tale accertamento è cogente solo nei confronti delle parti costituite<sup>39</sup>, e non solo poste nella condizione di partecipare al processo penale, come invece accade per le ipotesi di cui agli artt. 651 e 652 c.p.p. Il dato letterale pare insormontabile<sup>40</sup>; pertanto, il vincolo sull'accertamento sarà soggetto a casualità, dipendendo *in toto* da una scelta potestativa (*sic*) dell'interessato. Applicando il tutto al caso qui in esame, paiono evidenti le conseguenze inique ed irragionevoli: l'imputato, parte necessaria del processo, in caso di condanna subirà il vincolo in sede extrapenale; l'assoluzione non gli darà (automatico)<sup>41</sup> giovamento, se non ad una condizione – appunto la costituzione di parte civile – dipendente in modo insindacabile dall'"antagonista". Per tal via si incrina il sistema, ispirato a (tendenziale) autonomia tra le regiodicande<sup>42</sup>; e poco o nulla si aggiunge sotto il profilo funzionale, atteso che, si ripete, in assenza di partecipazione della parte eventuale, nel giudizio tributario potrà ridiscutersi ogni aspetto della controversia.

#### (SEGUE): IL DOPPIO REGIME SUL PUNTO. NOTE CRITICHE

La *ratio* dell'apposizione di limiti soggettivi all'efficacia del giudicato appare chiara, e condivisibile: non può subire gli effetti di un provvedimento – *rectius* accertamento<sup>43</sup> – giurisdizionale chi non sia stato posto in grado di "concorrere" alla pronuncia esercitando, all'interno del processo "pregiudicante", i propri diritti difensivi; *in primis*, attualizzando il concetto, il diritto alla prova e quello all'impugnazione<sup>44</sup>. È evidente, quindi, che ai fini in esame non possano avere rilevanza figure "dimidiate" quali la persona offesa<sup>45</sup> o

<sup>35</sup> Art. 5, comma 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

<sup>36</sup> Ad esempio v. art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

<sup>37</sup> *Supra*, nota 2.

<sup>38</sup> Beninteso alla ricorrenza dei requisiti "tipologici" illustrati *supra*, par. precedente.

<sup>39</sup> Art. 654 c.p.p.

<sup>40</sup> *Nulla quaestio*, quindi, ad esempio, quando la parte civile venga estromessa (artt. 80 e 81 c.p.p.): nei confronti di quest'ultima non si produrrà alcun vincolo pregiudizievole.

A tal proposito, va brevemente osservato che allo stato non paiono sussistere significativi dubbi – sebbene la questione sia stata in passato ampiamente dibattuta – circa la possibilità per l'amministrazione finanziaria di costituirsi parte civile nei processi per i delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000. La conclusione è senz'altro favorita dalla fisionomia delle fattispecie incriminatrici, imperniate sull'evasione d'imposta (art. 1, lett. f), d.lgs. n. 74/2000); anche se è erroneo identificare il danno risarcibile con il tributo sottratto all'erario (per l'individuazione del *quid novi* in argomento, cfr. Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2022, n. 29862, in *www.dirittoegiustizia.it*, 13 ottobre 2022).

<sup>41</sup> Si veda tuttavia *infra*, sesto par.

<sup>42</sup> Art. 2, lett. 1), l. 16 febbraio 1987, n. 81. Sebbene al riguardo possa osservarsi che l'opzione codicistica di prevalenza del giudicato penale sugli altri giudizi (artt. 651 ss. c.p.p.) presenta di per sé aspetti compromissori rispetto all'obiettivo ora richiamato.

<sup>43</sup> *Supra*, secondo par.

<sup>44</sup> Questo il fulcro concettuale dei ripetuti interventi della Corte costituzionale sul tema: sentt. 29 ottobre 1987, n. 349, in *Giust. civ.*, 1988, p. 338; 28 luglio, 1983, n. 247, in *Cass. pen.*, 1984, p. 249; 27 giugno 1973, n. 99, in *www.cortecostituzionale.it*; 22 marzo 1971, n. 55, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>45</sup> È indubbio che, in relazione ai delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000, tale ruolo sia rivestito dall'amministrazione finanziaria.

l'ente esponenziale di cui all'art. 91 c.p.p. Si è visto, tuttavia, che per le ipotesi di cui all'art. 654 c.p.p. ciò non è sufficiente, postulandosi l'effettiva costituzione in giudizio, e non la mera possibilità di partecipazione al processo. Pare opportuno interrogarsi sulle ragioni di tale distinguo, tanto invalicabile sul piano letterale quanto foriero, come appena ricordato, di distorsioni sistematiche e storture applicative rilevanti. Si è ritenuto<sup>46</sup> che una disciplina diversificata possa trovare fondamento in quanto nei giudizi non risarcitori, cui si riferisce l'art. 654 c.p.p., non è ravvisabile una totale corrispondenza dell'oggetto del giudizio, a differenza di quanto accade nei casi di cui agli artt. 651 e 652 c.p.p. In altri termini, la questione se il reato abbia prodotto un danno risarcibile è identica per chiunque debba deciderla; per questo si prevede che il giudice extrapenale debba ritenere vincolante il *dictum* "alieno", riservandosi di determinare se<sup>47</sup> e/o in che misura<sup>48</sup> un danno si sia verificato. Viceversa, ad esempio, in un processo per falsità ideologica a norma dell'art. 479 c.p., laddove questo si concluda con condanna, occorrerà stabilire in sede amministrativa se tale condotta abbia prodotto un'alterazione decisiva sulla valutazione dei candidati ad una procedura concorsuale. A prescindere dall'esattezza di tale inquadramento<sup>49</sup>, lo stesso non pare idoneo a sorreggere l'illustrata differenza di regimi processuali. Anche nelle ipotesi di coincidenza parziale dell'oggetto del giudizio, non sembra irragionevole ritenere sufficiente la possibilità, per il destinatario della decisione, di essere parte nel processo "pregiudicante"; senza imporre una costituzione effettiva che, laddove carente per scelta insindacabile<sup>50</sup>, crea sperequazioni illogiche ed inique.

In realtà, non è infondato osservare che il *quid pluris* prescritto per l'operatività del vincolo di cui all'art. 654 c.p.p. funga da disincentivo all'esercizio dell'azione civile nel processo penale. Al riguardo si è affermato che «...se ai fini del vincolo» nei giudizi non risarcitori «fosse stata sufficiente la possibilità di partecipare al processo penale, il danneggiato da reato che avesse avuto tale possibilità...non si sarebbe indotto tanto facilmente ad agire in sede civile ai sensi dell'art. 75, secondo comma, perché questa scelta lo avrebbe messo al riparo da effetti per lui sfavorevoli soltanto riguardo all'azione di danni»<sup>51</sup>. Tuttavia, tale inconveniente – d'altra parte più circoscritto, sul piano statistico, di quanto paventato<sup>52</sup> – non potrebbe in ogni caso giustificare una "autosoggezione" incondizionata al vincolo. Il disincentivo ad appesantire il processo penale mediante l'esercizio in tale sede della pretesa risarcitoria, viceversa, sarebbe stato perseguito con molto più agio vietando *tout court* qualunque efficacia *extra moenia* del giudicato penale, o degli accertamenti fattuali in esso racchiusi.

In conclusione sul punto, nella legge delega per l'emanazione del codice di rito vigente non si rinvengono elementi atti a sorreggere in modo incontrovertibile l'illustrata doppia opzione adottata dai codificatori. Tanto al n. 22 dell'art. 2 l. n. 81/1987, riguardante i giudizi risarcitori, quanto al n. 23, si di-

<sup>46</sup> Da parte di Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2010, n. 674, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 1, p. 54, sebbene con riferimento alla circostanza che l'art. 654 c.p.p. non attribuisce rilevanza alla sentenza pronunciata a seguito di rito abbreviato, a differenza di quanto previsto – a determinate condizioni – per i giudizi civili o amministrativi di danno (artt. 651 e 652 c.p.p.).

<sup>47</sup> In caso di mancata costituzione di parte civile.

<sup>48</sup> Nell'ipotesi in cui, essendovi stata costituzione di parte civile, il giudice penale non abbia statuito sul *quantum* della pretesa risarcitoria.

<sup>49</sup> Una differenza di oggetto del giudizio potrebbe essere rinvenuta anche nella domanda di risarcimento "da reato", rispetto al processo riguardante quest'ultimo: una cosa è stabilire se sia stato commesso un reato; altra è se esso abbia causato un danno risarcibile. Deve riconoscersi, tuttavia, che si tratterebbe di differenza senz'altro meno marcata; gli artt. 651 e 652 c.p.p. hanno riguardo ad un'ipotesi tipica di pregiudizialità in senso tecnico: la decisione sul danno non può prescindere da quella sul reato (in generale sul tema cfr. P. Corvi, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 34 ss.). Viceversa, nei casi di cui all'art. 654 c.p.p. rileverà principalmente la connessione fattuale tra regudicande (in argomento cfr. M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 371 ss.).

<sup>50</sup> *Supra*, par. precedente.

<sup>51</sup> M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., pp. 354-355, in cui si porta ad esempio (nota 451) la causa di licenziamento del dipendente accusato di furto, «in cui è vincolante la decisione penale sul furto» se vi è costituzione di parte civile; la causa di risoluzione della locazione, «in cui è vincolante la sentenza che accerta il danneggiamento doloso del conduttore», sempre in caso di costituzione di parte civile; ed il processo penale a carico del donatario per tentato omicidio del donante costituito parte civile, processo concluso con sentenza irrevocabile vincolante, a norma dell'art. 654 c.p.p., nel giudizio civile per revoca di donazione.

<sup>52</sup> Ad esempio, il giudizio extrapenale avente ad oggetto sanzioni disciplinari «pubbliche» segue regole proprie (art. 653 c.p.p., *infra*, par. successivo. In termini Cass. civ., sez. lav., 6 marzo 2023, n. 6660, in *www.dirittoegiustizia.it*, 7 marzo 2023); e non è pertanto inquadrabile *in toto* tra le questioni illustrate *supra*, nota precedente.

sponde che il vincolo in sede extrapenale sia subordinato alla possibilità di partecipazione al processo penale, posta come alternativa alla partecipazione effettiva. In sede di attuazione della delega, attesa la totale omogeneità delle indicazioni del delegante, sarebbe stato senz'altro più opportuno, nonché più rispettoso di tali indicazioni, adottare soluzione uniforme per entrambi i casi.

### (SEGUE): ECCEZIONI ESPRESSE E “DI SISTEMA”

Le considerazioni precedenti potrebbero perdere perentorietà in base agli argomenti che seguono. In due occasioni la Corte costituzionale<sup>53</sup> ha affermato la sussistenza del vincolo *pro iudicato* nei confronti dell'amministrazione finanziaria, a prescindere dalla partecipazione di quest'ultima al processo penale; ed a prescindere altresì dall'allora asserita abrogazione, ad opera dell'art. 207 norme coord. c.p.p., dell'art. 12, comma 2, d.l. 10 luglio 1982, n. 429, conv. in l. 7 agosto 1982, n. 516<sup>54</sup>, in quanto tale vincolo promanerebbe dalla regola generale scolpita nell'art. 4, comma 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E<sup>55</sup>. È interessante notare che i *dicta* della Consulta sono posteriori alle decisioni<sup>56</sup> in cui l'elisione della forza vincolante in discorso era stata ritenuta indispensabile al fine di non pregiudicare i diritti di chi non aveva potuto partecipare al processo penale. Potrebbe allora ipotizzarsi che il principio – pur inderogabile nella quasi totalità dei casi per rispetto del diritto costituzionale di difesa – possa conoscere mitigazioni e compressioni laddove la pronuncia penale impatti sull'*agere* della pubblica amministrazione<sup>57</sup>. Quest'ultima, per gli aspetti qui dirimenti, non è equiparabile al privato<sup>58</sup>; proprio con riferimento all'amministrazione finanziaria, si rinvencono poteri assai incisivi, tra i quali possono ricordarsi le potestà autoritative in tema di riscossione degli importi dovuti all'erario. Tale “supremazia” nei confronti del destinatario della pretesa fiscale sembra poter legittimare un'asimmetria, anche in punto di garanzie partecipative quali quella qui in rilievo, rispetto a quanto prescritto per quest'ultimo<sup>59</sup>. Del resto, un vincolo positivo specifico, apposto a prescindere dalla partecipazione dell'amministrazione finanziaria al processo penale, è rinvenibile nell'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, a norma del quale le sanzioni tributarie non sono eseguibili nei confronti di chi sia stato sottoposto a processo per i delitti di cui a tale d.lgs.<sup>60</sup>, «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»<sup>61</sup>. In base a tale lettera, se la formula assolutoria esclude il fatto *tout court*, l'esecuzione delle sanzioni amministrative sarà vieta-

<sup>53</sup> Sentt. 23 luglio 1997, n. 264, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2655 e 23 marzo 1992, n. 120, in *Giur. it.*, 1992, c. 464.

<sup>54</sup> Che come noto così disponeva: «in base ai fatti» materiali accertati nel processo penale «gli uffici delle imposte sui redditi e gli uffici dell'imposta sul valore aggiunto... procedono ad accertamenti e possono integrare, modificare o revocare gli accertamenti già notificati nonché irrogare o revocare le pene pecuniarie previste per i fatti stessi...». Circa la questione, oggi inattuale (v. *infra*, nota successiva), relativa all'abrogazione o meno di tale previsione per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 207 norme coord. c.p.p., si vedano, per tutti, G. Bersani, *Procedura penale tributaria*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 294 ss.; R. Schiavolin, *L'utilizzazione fiscale delle risultanze penali*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 601 ss.

<sup>55</sup> «L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso». In base al ragionamento della Consulta, nessun rilievo andrebbe quindi attribuito alla circostanza che successivamente alle pronunce qui di interesse l'art. 12 d.l. n. 429/1982 conv. in l. n. 516/1982, sia stato espressamente abrogato dall'art. 25, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 74/2000.

<sup>56</sup> C. cost., sentt. 29 ottobre 1987, n. 349, cit.; 28 luglio 1983, n. 247, cit.; 27 giugno 1973, n. 99, cit.; 22 marzo 1971, n. 55, cit.

<sup>57</sup> In tema cfr. O. Mazza, *I perduranti effetti del giudicato penale nel processo tributario e nei confronti dell'amministrazione finanziaria*, in *Riv. giur. trib.*, 2002, 8, p. 732.

<sup>58</sup> A meno che non agisca o sia convenuta *iure privatorum*, ad esempio in controversie concernenti diritti reali o inadempimento di obbligazioni. In tali casi, non vi è ragione logica e giuridica che impedisca la piena operatività delle limitazioni soggettive in discorso.

<sup>59</sup> Spunti in argomento si rinvencono in R. Schiavolin, *L'utilizzazione fiscale delle risultanze penali*, cit., *ibidem*.

<sup>60</sup> In aderenza “preventiva” al principio di specialità che *in subiecta materia* vieta il *bis in idem* sostanziale (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 74/2000. In argomento si veda *infra*, ultimo par.).

<sup>61</sup> Tale disposizione certifica anche l'irrilevanza della mancata partecipazione dell'amministrazione finanziaria al processo penale, laddove si prevede che nei casi in cui il provvedimento conclusivo di quest'ultimo legittimi l'esecuzione della sanzione extrapenale, esso è comunicato «all'ufficio competente; alla comunicazione provvede la cancelleria del giudice...» (art. 21, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 74/2000).



ta<sup>62</sup>: *id est*, l'insussistenza del fatto accertata in sede penale<sup>63</sup> non potrà essere smentita dagli uffici tributari.

A corroborare la tesi per cui i fatti materiali accertati con pronuncia penale definitiva, se rilevanti, generino "automaticamente" obblighi per la pubblica amministrazione, vi è il rilievo, incontrovertibile, per cui identica fattispecie è prevista nell'ambito dei rapporti con i procedimenti disciplinari «*davanti alle pubbliche autorità*» (art. 653, comma 1, c.p.p.). Anche in quest'ultimo caso, il dispiegarsi dell'efficacia vincolante non è subordinata alla possibilità di partecipazione da parte del soggetto pubblico; e tanto meno, quindi, alla partecipazione effettiva<sup>64</sup>.

D'altra parte, ed in conclusione, il quadro sinora illustrato non pertiene ai rapporti intergiurisdizionali, ma concerne il profilo delle regole proprie del procedimento amministrativo. Con la conseguenza di un possibile cortocircuito logico-applicativo: da un lato, l'amministrazione finanziaria sarebbe obbligata a recepire il giudicato penale; dall'altro, il giudice del tributo sarebbe vincolato a quest'ultimo nel solo caso di partecipazione al processo penale da parte dell'amministrazione<sup>65</sup>.

### LA DELEGA PER LA REVISIONE DEL SISTEMA FISCALE: COGENZA DEL GIUDICATO ASSOLUTORIO "PIENO"

L'art. 20, comma 1, lett. a), n. 3, l. 9 agosto 2023, n. 111, di delega al Governo per la riforma fiscale<sup>66</sup>, prescrive di «*rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario prevedendo, in coerenza con i principi generali dell'ordinamento, che, nei casi di sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso*<sup>67</sup>, i fatti materiali accertati in sede dibattimentale facciano stato nel processo tributario quanto all'accertamento dei fatti medesimi...». Tale disposizione, di apparente linearità, potrebbe invece aggiungere problemi in un ambito normativo già, come visto, disorganico. La "futuribile" circoscrizione alla formula totalmente liberatoria pone problemi di raccordo con la disciplina vigente, ammettendo che quest'ultima preveda l'applicabilità dell'art. 654 c.p.p. nel settore in esame<sup>68</sup>. Anzitutto, disporre che in futuro sarà operante l'efficacia della pronuncia assolutoria "piena" autorizza a ritenere che la stessa non sia, allo stato, riscontrabile. Inoltre, la legge delega tace sulle sentenze di condanna: potrebbe ritenersi, al di fuori del caso disciplinato dall'art. 20, comma 1, lett. a), n. 3, l. n. 111/2023, applicabile l'art. 654 c.p.p., con conseguente rilevanza di tutte le pronunce richiamate in quest'ultimo<sup>69</sup>; tuttavia la conclusione pare incongrua, atteso che la disposizione codicistica già sancisce tale rilevanza anche per le assoluzioni, quale che sia la formula di chiusura<sup>70</sup>. A tal proposito, prescrivere, come fa la legge delega, che il vincolo dovrà sorgere

<sup>62</sup> In termini Cass. civ., sez. trib., 8 ottobre 2020, n. 21695, in *www.cortedicassazione.it*, che precisa tuttavia che, con riferimento alle soglie di punibilità che connotano i delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000, l'assoluzione "piena" per difetto di tale elemento costitutivo non impedisce l'esecuzione di sanzioni extrapenali correlate ad evasioni di minore importo.

<sup>63</sup> Non pare possa esservi spazio per escludere, dall'applicazione dell'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, l'assoluzione per difetto di prova (art. 530, comma 2, c.p.p.): il testo della legge speciale, come visto, si riferisce espressamente alle formule decisorie, con conseguente richiamo "onnicomprendente" delle stesse. In argomento v. *supra*, secondo par.

<sup>64</sup> In tal senso anche F. Terrusi, voce *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *Dig. pen.*, XI, Torino, Utet, 1996 (rist. 2008), pp. 46-47.

<sup>65</sup> *Supra*, secondo par. Per la verità, in ordine ai limiti soggettivi al giudicato, e con riferimento al settore in esame, la Corte costituzionale (sent. 29 ottobre 1987, n. 349, cit.) afferma l'ineludibile rispetto degli stessi, richiamando espressamente il precedente di cui alla sent. 28 luglio 1983, n. 247, cit.; la quale tuttavia, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 56, ultimo comma, d.p.r. n. 600/1973, si è occupata del caso di giudicato tributario vincolante in sede penale a prescindere dalla partecipazione dell'imputato al processo extrapenale, e non del caso inverso.

<sup>66</sup> In *Gazz. Uff.*, n. 189 del 14 agosto 2023.

<sup>67</sup> L'ipotesi di declaratoria per mancata commissione del fatto non è stata richiamata al momento di esaminare quanto disposto dall'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 74/2000 (*supra*, par. precedente). In astratto, la sanzione extrapenale, ineseguibile laddove sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto, potrebbe fare il suo corso in caso di formula per mancata commissione dello stesso, posto che tale accertamento non esclude il verificarsi della condotta. Si tratta di sentiero percorribile, ma non ragionevole sul piano sistematico.

<sup>68</sup> *Supra*, primo e terzo par.

<sup>69</sup> *Contra* G. Zizzo, *Il giudicato penale fa breccia nel giudizio tributario*, in *Sole 24 Ore*, 6 ottobre 2023.

<sup>70</sup> Al netto della mancata specificazione sul punto da parte dell'art. 654 c.p.p., può osservarsi che se il "baricentro" è il fatto materiale accertato, la formula assolutoria non rileva, purché tale accertamento sia stato effettivo (*supra*, secondo par.).

(solo) in caso di assoluzione totalmente “liberatoria” potrà indurre a ritenere, sebbene in modo paradossale, l’insussistenza dell’effetto in questione nelle altre ipotesi di cui all’art. 530 c.p.p. Ovvero, dovrà concludersi nel senso dell’intenzione del legislatore delegante di imporre il vincolo, nei (soli) casi espressamente richiamati, a prescindere dalla costituzione di parte civile dell’amministrazione finanziaria: condizione viceversa, come visto, oggi irrinunciabile, stante l’inequivoco testo dell’art. 654 c.p.p. Tale approdo sarebbe in linea con quanto esposto in precedenza, circa l’operatività incondizionata dell’accertamento nei confronti dell’amministrazione finanziaria; precisando che la fattispecie configurata nella legge delega attiene propriamente ai rapporti intergiurisdizionali, e non al diverso ambito dell’incidenza del giudicato nel procedimento amministrativo<sup>71</sup>. Sembrano tuttavia residuare profili di criticità. In primo luogo, se quest’ultima è l’interpretazione da privilegiare, ciò autorizza a ritenere che allo stato l’efficacia “senza se e senza ma” del giudicato non sia ipotizzabile; in linea, del resto, con quanto sinora osservato circa la “schizofrenia” di una disciplina che da un lato assoggetta automaticamente gli uffici alla ricostruzione del fatto operata nel giudizio penale, e dall’altro conserva autonomia in favore del giudice tributario laddove nell’altra sede non vi sia stata costituzione di parte civile. Inoltre, va ricordato che il legislatore, proprio con riferimento al caso in esame, prescrive che la delega sia attuata «*in coerenza con i principi generali dell’ordinamento*»: tra i quali non pare dubbia l’inclusione dei limiti soggettivi alla *res iudicata*<sup>72</sup>. Il che potrebbe riproporre le incongruenze sistematiche ed applicative prima segnalate<sup>73</sup>. Sarebbe stato (e sarebbe) preferibile, allora, riformare l’art. 654 c.p.p., eliminando il “capotico” requisito della necessaria costituzione delle parti eventuali, e sostituendolo con la previsione della possibilità di partecipazione a tale titolo, in allineamento a quanto prescritto dagli artt. 651 e 652 c.p.p.

Per concludere, non può tacersi che altro recentissimo *novum* normativo potrebbe problematizzare ulteriormente questioni già controverse a sufficienza. Come noto, l’art. 25, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ha sostituito nel testo dell’art. 445 c.p.p. il comma 1-bis, disponendo che la sentenza di patteggiamento non ha efficacia «*e non può essere utilizzata a fini di prova nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l’accertamento della responsabilità contabile...*». Sebbene si tratti di previsione eccentrica rispetto ai temi qui affrontati<sup>74</sup>, deve osservarsi che, sino al momento dell’entrata in vigore di quest’ultima, era indiscussa l’inclusione del processo tributario nel *genus* del giudizio amministrativo, cui fa espresso ed esclusivo riferimento, unitamente al giudizio civile, l’art. 654 c.p.p.<sup>75</sup>. La scissione testuale di tali controversie, a norma dell’art. 445, comma 1-bis, c.p.p., autorizza – se non proprio obbliga – a ritenere che oggi le reg Giudicande di cui al d.lgs. n. 546/1992 non siano riconducibili alla fattispecie configurata nell’art. 654 c.p.p. Con due conseguenze, almeno in parte paradossali. La prima è che, proprio mentre il limite alla prova insito nel divieto di testimonianza in sede tributaria viene caducato<sup>76</sup>, si sancisce la radicale autonomia dei giudizi. La seconda è che, stando così le cose, la l. n. 111/2023<sup>77</sup> interverrebbe su territorio “vergine”: l’efficacia extrapenale della pronuncia (totalmente) liberatoria costituirebbe un *unicum* in un panorama caratterizzato da radicale separatezza tra le giurisdizioni. Con intuibili criticità in punto di assetto paritario tra le parti (art. 111, comma 2, Cost.)<sup>78</sup>, specie a voler ritenere ininfluenza, a seguito della futura attuazione della legge delega, la mancata partecipazione al processo penale dell’amministrazione finanziaria<sup>79</sup>.

<sup>71</sup> *Supra*, par. precedente.

<sup>72</sup> *Supra*, quarto par.

<sup>73</sup> Incongruenze che potrebbero essere appianate laddove si negasse l’attuale vigenza dell’art. 4, comma 2, l. n. 2248/1865 (*supra*, par. precedente). Ma solo in modo molto parziale, permanendo in ogni caso la singolare fattispecie di accertamento vincolante sempre in danno dell’imputato; e nei confronti dell’amministrazione finanziaria, invece, solo per volontà di quest’ultima (*supra*, secondo par.).

<sup>74</sup> Si è già chiarito (*supra*, secondo par.) che l’art. 654 c.p.p. non trova applicazione nei riti differenziati, ad eccezione del giudizio direttissimo e del giudizio immediato.

<sup>75</sup> Per un’espressa riconduzione dei processi tributari all’interno della giurisdizione amministrativa, v. G. Bersani, *Procedura penale tributaria*, cit., pp. 292-293. V. altresì P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., p. 485.

<sup>76</sup> *Supra*, primo par.

<sup>77</sup> *Supra*.

<sup>78</sup> Peraltro già compromesso dalla più volte ricordata lettera dell’art. 654 c.p.p., nella parte in cui sancisce la necessaria costituzione di parte civile quale requisito indefettibile per l’operatività del vincolo “fattuale”.

<sup>79</sup> D’altro canto, sotto quest’ultimo aspetto tale *deficit* partecipativo conseguirebbe solo per effetto di scelta volontaria

## LA POSSIBILE SOSPENSIONE DEL PROCESSO

L'avvento della prova testimoniale nel rito tributario sembra altresì aprire le porte all'eventuale sospensione del processo penale, sinora impedita in virtù della sussistenza di limiti alla prova in sede extrapenale, preclusivi della stasi in base all'univoca prescrizione di cui all'art. 479, comma 1, c.p.p.<sup>80</sup>. La sospensione, tuttavia, sarà consentita solo se la controversia pregiudiziale extrapenale<sup>81</sup>, *rectius* la soluzione di quest'ultima, sia necessaria a decidere «sull'esistenza del reato»<sup>82</sup>: problemi circa la sussistenza di elementi accidentali quali le circostanze<sup>83</sup>, quindi, non permetteranno il blocco del processo<sup>84</sup>. Ad esempio, sarà idonea allo scopo la sussistenza di controversia<sup>85</sup> in ordine alla qualificazione soggettiva di sostituto d'imposta<sup>86</sup>; purché tale lite presenti caratteristiche di «particolare complessità»<sup>87</sup>.

Anche la possibilità di sospendere il processo, "indotta" dalla caduta del divieto di testimonianza in sede tributaria, genera perplessità. Amplificandosi il possibile attentato alla regola di ragionevole durata di cui all'art. 111, comma 1, secondo periodo, Cost.; la quale, pur non potendo intendersi quale grimaldello per scardinare le garanzie insite nel giusto processo costituzionale<sup>88</sup>, non di meno racchiude un nucleo principale ed essenziale volto a favorire la celerità dei tempi di trattazione delle controversie, anche a tutela dell'efficacia della risposta giudiziaria<sup>89</sup>. Ulteriori profili critici possono essere ravvisati nella circostanza che il *vulnus* segnalato fonda su ragioni la cui valenza sistematica appare (più che) dubbia. Anzitutto, si è di fronte a sospensione, per così dire, "monca", in quanto finalizzata a recepire un *dictum* inidoneo a vincolare il giudice penale ed utile, al più, a fornire supporto probatorio<sup>90</sup>. La con-

---

dell'amministrazione, che in base alla struttura sostanziale delle fattispecie di cui al d.lgs. n. 74/2000 assume senza dubbio la veste di danneggiato – oltre che di persona offesa, *supra*, note 40 e 45 – dal reato.

<sup>80</sup> In tal senso, tra gli altri, A. Mambriani, voce *Processo penale per reati tributari*, cit., p. 188. Vigente il divieto di testimonianza in sede tributaria, si discuteva se il richiamo a tali limiti non dovesse essere interpretato nel senso che tale divieto fosse operativo solo quando, con valutazione caso per caso ed *ex post*, nel processo penale fosse stata acquisita la prova inibita in altra sede (in tal senso, ed in riferimento all'omologa previsione di cui all'art. 20 c.p.p. 1930, M. Nobili, in AA.VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 461 ss.). La tesi, pur autorevolmente espressa, non sembrava passibile di accoglimento: essendosi osservato con efficacia, in proposito, che il testo dell'art. 479, comma 1, c.p.p., così come quello – analogo – dell'art. 20, comma 2, c.p.p. 1930, pare implicare una verifica astratta sul punto (cfr., tra gli altri, P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., pp. 485-486, compresa nota 71 per ulteriori richiami bibliografici).

<sup>81</sup> Di questo sembra occuparsi il legislatore nella fattispecie in esame: l'art. 479, comma 1, c.p.p., si riferisce a «decisione...» dipendente dalla «risoluzione di una controversia civile o amministrativa». La fattispecie *maior* (accertamento del reato, art. 479, comma 1, c.p.p., *infra*) ingloba la fattispecie *minor* (la questione oggetto di controversia extrapenale) e non può prescindere dalla decisione su quest'ultima (cfr. P. Corvi, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, cit., p. 45).

<sup>82</sup> Art. 479, comma 1, c.p.p.

<sup>83</sup> Che del resto, *in subiecta materia*, non sembrano comportare particolari oneri ricostruttivi.

<sup>84</sup> È noto, viceversa, che in ordine alle pregiudiziali di stato la sospensione sarà possibile a fronte di qualsivoglia decisione da doversi prendere, posta l'assenza di specificazioni all'interno dell'art. 3, comma 1, c.p.p. Anche l'assunzione di testimonianza nel processo tributario può essere finalizzata a qualsivoglia decisione: tra cui, ad esempio, quella in ordine all'elemento soggettivo da riscontrare allo scopo di irrogare le sanzioni tributarie (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 472/1997).

<sup>85</sup> Che, al momento di decidere sulla sospensione, dovrà essere pendente davanti al giudice tributario (art. 479, comma 1, c.p.p.).

<sup>86</sup> In relazione al delitto di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74/2000.

<sup>87</sup> Art. 479, comma 1, c.p.p.: del resto, se così non fosse non troverebbe giustificazione l'attesa di decisione "aliena". Viceversa, la sospensione non potrà avere luogo in presenza di mera connessione fattuale tra le regiudicande (in tema v. M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 371 ss.): ad esempio, laddove nelle due sedi sia necessario accertare l'inesistenza oggettiva o soggettiva della prestazione o cessione indicate in fattura.

<sup>88</sup> Cfr., in ultimo, C. cost., sent. 9 maggio 2022, n. 111, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it).

<sup>89</sup> Cfr. A. Scalfati, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2023, p. 51, che richiama anche la dimensione soggettiva della regola, ossia il diritto dell'imputato ad un processo celere. In argomento v. anche A. Bargi, *La ragionevole durata del processo tra efficienza e garanzia*, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 470 ss.

<sup>90</sup> In termini, tra gli altri, P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., p. 491. La conclusione, del resto, è obbligata, alla luce di un sistema tendente all'autonomia degli accertamenti (art. 2, n. 1, l. n. 81/1987), se si considera che

clusione pare incontrovertibile, osservando che, in un ambito sistematico connotato da (tendenziali) autonomia valutativa e separatezza tra le giurisdizioni, l'art. 479 c.p.p. è silente sul punto, a differenza di quanto disposto dall'art. 3, comma 4, c.p.p. Inoltre, l'assetto che emerge da quanto sopra è paradossale: da un lato è consentito sospendere<sup>91</sup>, con vistosa deroga al principio di immediatezza<sup>92</sup>, allo scopo, invero limitato e limitante, di recepire una pronuncia non "imperativa"; dall'altro, nella sede in cui l'efficacia del *dictum* alieno potrebbe essere vincolante<sup>93</sup> – ossia nel processo tributario – la sospensione sarà inibita, a fronte dell'univoco divieto di cui all'art. 20 d.lgs. n. 74/2000<sup>94</sup>.

### BIS IN IDEM, RIFORMA DEL RITO TRIBUTARIO E CONNESSIONE TRA PROCEDIMENTI

È noto che le fonti sovranazionali<sup>95</sup> dispongono, nei rispettivi ambiti di competenza e con differenze lessicali che non paiono qui decisive, oltre al *ne bis in idem* sostanziale<sup>96</sup>, il divieto di altro processo per lo

---

solo in relazione alle pregiudiziali di stato è prevista l'efficacia in sede penale del giudicato extrapenale (art. 3, comma 4, c.p.p.); e che l'art. 238-bis c.p.p., come noto relativo all'acquisizione di sentenze irrevocabili, ne dispone espressamente la valutabilità ai (soli) «*fini della prova di fatto*». Con riferimento a quest'ultima disposizione, la sentenza tributaria può essere acquisita a prescindere dal meccanismo sospensivo in esame: l'uso, all'interno dell'art. 238-bis c.p.p., di lessico eminentemente processualpenalistico (sentenze «*irrevocabili*») non sembra ostare all'ingresso delle pronunce extrapenali. In tal senso v. M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., p. 485.

<sup>91</sup> Che il provvedimento sospensivo sia idoneo a confliggere con la regola costituzionale di ragionevole durata del processo, nonostante obiezioni in proposito (cfr. Cass., sez. V, 22 aprile 1993, Filippi, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, 1, p. 39), pare dimostrato anche dalla previsione per cui l'ordinanza in questione è immediatamente ricorribile per Cassazione (art. 479, comma 2, c.p.p.); mentre il diniego segue la regola generale dell'impugnabilità contestuale alla sentenza (art. 586, comma 1, c.p.p.). Inoltre, il legislatore si premura di configurare rimedi a stasi troppo lunghe: se il giudizio extrapenale non si conclude entro un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione, «*il giudice, anche d'ufficio*» può revocarla (art. 479, comma 3, c.p.p.).

<sup>92</sup> In tale ultimo caso la deroga è doppia, risolvendosi nell'ingresso non di una prova formata *aliunde*, ma addirittura di un atto valutativo di quest'ultima.

<sup>93</sup> Meglio, potrebbe vincolare l'accertamento dei fatti (*supra*, secondo par.).

<sup>94</sup> «*Il procedimento amministrativo... ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende la relativa definizione*».

Tale divieto pone altresì problemi nel caso, non infrequente, in cui il giudicato tributario preceda la pronuncia irrevocabile di cui all'art. 654 c.p.p., ove dovesse ritenersi l'attuale operatività di quest'ultimo nella sede extrapenale in esame (*supra*, primo par.). La possibilità che la sentenza tributaria possa essere assoggettata a revocazione sembra negata dall'art. 64 d.lgs. n. 546/1992, che rinvia *in integrum* all'art. 395 c.p.p. Esclusi "d'imperio" i casi di cui ai nn. 1, 2 e 6 di tale ultima disposizione, anche a voler, con molti dubbi, equiparare la sentenza penale ad un documento, questo dovrebbe preesistere al *dictum* tributario (art. 395, n. 3, c.p.c.); a voler ritenere il giudicato tributario frutto di errore fattuale, quest'ultimo dovrebbe essere rinvenuto all'interno, e non al di fuori, del fascicolo processuale (art. 395, n. 4, c.p.c.); infine, la contrarietà tra giudicati rileva, quale fattore legittimante la revisione, solo se il contrasto sorge con una pronuncia precedente, e non con una sentenza successiva (art. 395, n. 5, c.p.c.).

Viceversa, in astratto sembra residuare spazio per una possibile revisione della condanna penale basata su quanto emergente dal giudicato tributario. La sentenza che racchiude quest'ultimo, infatti, potrebbe costituire prova nuova a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. (in tal senso, del resto, l'art. 238-bis c.p.p., *supra*, nota 90). La verosimile scarsa incidenza pratica dell'ipotesi – vuoi per la maggiore velocità, di regola, del rito tributario; vuoi per la ritenuta maggiore "profondità" (*supra*, secondo par.) dell'accertamento processualpenalistico – non pare inficiarne la sostenibilità teorica.

In conclusione, è opportuno rimarcare che la sospensione in esame sarà circoscritta al dibattimento, alla luce dell'espresso riferimento a quest'ultimo da parte dell'art. 479, comma 1, c.p.p., ed in aderenza, oltre che all'art. 111, comma 1, secondo periodo, Cost., alla tassatività *in subiecta materia* imposta dall'art. 50, comma 3, c.p.p. (*contra* P.P. Rivello, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. pen.*, XIV, appendice, Torino, Utet, 1999 (rist. 2008), p. 483). Nonostante debba ribadirsi l'inaggrabilità della soluzione restrittiva, la tesi contraria non è priva di fondamento razionale: atteso, da un lato, che limitare la sospensione al dibattimento potrebbe essere diseconomico, sussistendo i requisiti di cui all'art. 479 c.p.p. prima di tale fase; dall'altro, che da tempo si assiste alla progressiva assimilazione al giudizio dell'udienza preliminare. In generale su tali questioni, v. K. La Regina, *Le disposizioni generali sul dibattimento*, in G. Spangher (a cura di), *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher)*, IV, t. 2, Torino, Utet, 2009, p. 79.

<sup>95</sup> Art. 4 prot. n. 7 Cedue; art. 50 CDFUE.

<sup>96</sup> Che nel settore in esame non dovrebbe trovare ingresso, attesa la previsione del principio di specialità in ordine ai rapporti tra illecito penale ed illecito amministrativo (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 74/2000). D'altra parte, in alcune occasioni la giurisprudenza (Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, in *Cass. pen.*, 2014, p. 38, in relazione all'art. 10-bis d.lgs. n. 74/2000; Id., 28 marzo 2013, n.

stesso fatto<sup>97</sup>, quando nel primo si è formato il giudicato<sup>98</sup>. Ne consegue che il principio non trova applicazione nei casi di litispendenza<sup>99</sup>; la conclusione è corretta sul piano tecnico, ma “politicamente” iniqua. A prescindere dai rimedi procedurali escogitabili, se la *ratio* del *ne bis in idem* processuale è, insieme alla salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici, quella di evitare il turbamento emotivo e gli aggravi gestionali causati dalla sottoposizione a più giudizi *in eadem re*<sup>100</sup>, non può negarsi che tali inconvenienti si verifichino, in forma persino accentuata<sup>101</sup>, anche in caso di contestuale pendenza di più processi per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona. In proposito, è noto che un temperamento a tale iniquità è stato posto, facendo leva “elastica” sull’art. 649 c.p.p.<sup>102</sup>, dai giudici di legittimità<sup>103</sup>, che nell’ipotesi di litispendenza presso lo stesso ufficio giudiziario afferma l’obbligo di “chiudere” il secondo processo, con sentenza di non doversi procedere, proprio in ragione dell’impedimento costituito dall’esistenza del primo<sup>104</sup>.

È altrettanto noto che, secondo la giurisprudenza europea<sup>105</sup>, il divieto in questione opera anche a fronte di procedimenti<sup>106</sup> extrapenalici, che d’altro canto siano idonei a condurre all’irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali; così definite in base a criteri da tempo<sup>107</sup> individuati, e consistenti in estrema sintesi dalla natura afflittiva della risposta sanzionatoria, prevalente su finalità riparativo/risarcitorie. Non pare dubbio che tale connotazione sia propria delle sanzioni tributarie<sup>108</sup>. A fronte di tale quadro, è noto che la Corte costituzionale, dopo alcuni pronunciamenti negativi<sup>109</sup> in ordine alla rinvenibilità del *bis in idem* nel caso sopra ricordato, è giunta a dichiarare<sup>110</sup> l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p.<sup>111</sup>, nella parte in cui non prevede l’obbligo, per il giudice penale, di dichiarare di non doversi procedere in presenza di sanzio-

---

37425, *ivi*, p. 54, con riferimento all’art. 10-ter d.lgs. cit.; Id., sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), riguardo l’art. 4 d.lgs. cit.) ha negato che sussista detta specialità, con conseguente possibilità di cumulo sanzionatorio. Il quale, tuttavia, in base ai dettami “europei” (Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B. c. Norvegia*, in [archiviopdc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org), 18 novembre 2016, con nota di F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*) dovrà rispettare il criterio di proporzionalità della risposta punitiva: *id est*, nell’irrogazione della seconda pena il giudice dovrà tenere conto del *quantum* e delle caratteristiche della prima (Cass., sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, cit.). Tale obbligo potrà condurre all’abbandono della seconda sanzione – se la prima fosse ritenuta sufficiente allo scopo – ovvero all’irrogazione di quest’ultima in misura inferiore al minimo edittale (purché nel rispetto del minimo legale: Cass., sez. V, 9 novembre 2018, n. 5679, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 10 febbraio 2019, con nota di L. Roccatagliata, *Doppio binario sanzionatorio: lo sconto di pena per il rito speciale rientra nel computo per la proporzionalità del trattamento punitivo complessivamente applicato*). È comprensibile che tali soluzioni possano creare problemi applicativi in ordinamenti, quali quello italiano, connotati da stretta legalità.

<sup>97</sup> A carico della stessa persona; il principio, quindi, potrebbe trovare nel settore in esame applicazione meno lata che in altri, posta la non infrequente differenziazione tra imputato dei delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000 e ricorrente nel processo tributario (che potrebbe essere una società o comunque un organismo superindividuale).

<sup>98</sup> *Infra*.

<sup>99</sup> Come si premura di rimarcare Cass., sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, cit.

<sup>100</sup> Pregiudizi alla cui rimozione è finalizzato l’inquadramento del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali, oltre che come strumento di economia processuale: cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 669; in dottrina cfr. N. Galantini, *Il “fatto” nella prospettiva di un secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1205 ss.

<sup>101</sup> Posto che nel caso normato, diversamente che nella litispendenza, il “doppio fronte” pregiudizievole subisce soluzione di continuità temporale.

<sup>102</sup> *Infra*.

<sup>103</sup> Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

<sup>104</sup> In generale sul tema v. M. Bontempelli, *Ne bis in idem e litispendenza*, in A. Mangiaracina (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 131 ss.; P. Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 730 ss.

<sup>105</sup> Cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B. c. Norvegia*, cit.

<sup>106</sup> *Infra*.

<sup>107</sup> A partire da Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>108</sup> In ultimo cfr. Cass., sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, cit.

<sup>109</sup> Seppur “perplexi”, e recanti espresso invito al legislatore a rivedere *ex novo* la materia (cfr. C. cost., sent. 2 marzo 2018, n. 43, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1940. V. altresì, Id., sent. 24 ottobre 2019, n. 222, in *Cass. pen.*, 2020, p. 588).

<sup>110</sup> Sent. 16 giugno 2022, n. 149, in *questa Rivista*, 2022, p. 1550, con nota di B. Lavarini, *La Corte costituzionale apre la via per l’estensione del ne bis in idem fuori della materia “formalmente” penale*.

<sup>111</sup> Si rammenta, in estrema sintesi, che le norme convenzionali sono da ritenere “interposte” (art. 117 Cost.; C. cost., sentt., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, pp. 197 e 229) tra i dettami della Carta fondamentale e la previsione di legge ordinaria. Con la conseguenza che il ritenuto contrasto tra quest’ultima e le fonti internazionali va risolto appunto sollevando questione di legittimità costituzionale.

ne (sostanzialmente<sup>112</sup>) penale definitivamente irrogata<sup>113</sup>. La Consulta, nell'invitare il legislatore ad intervenire con urgenza sul tema, si premura di osservare che la sua statuizione non incide sulla fattispecie inversa: ossia quando sia la pronuncia penale a divenire per prima definitiva. Al di là della precisazione, corretta sul piano formale, non pare vi sia spazio logico e giuridico per sostenere in quest'ultima ipotesi una soluzione difforme. Anzi, il caso oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale pare più "insidioso" dell'altro: se il *prius* è la pronuncia (o il provvedimento<sup>114</sup>) amministrativi, l'"abdicazione" in sede processuale penale potrebbe persino urtare con l'art. 112 Cost.<sup>115</sup>.

Quanto sinora ripercorso sembra gravido di notevoli ripercussioni sui rapporti tra processo penale e processo tributario; atteso che in quest'ultimo è ipotizzabile l'irrogazione di sanzioni "sostanzialmente" penali. Consapevole di ciò, la Consulta sembra premurarsi di circoscrivere la portata del suo *dictum*, affermando che nel caso sottoposto al suo esame i due illeciti non si differenziavano neppure in ragione della presenza, in uno tra essi, di soglie di punibilità, che come noto caratterizzano molti dei delitti di cui al d.lgs. n. 74/2000; e che, a voler seguire il ragionamento della Consulta, potrebbero integrare un fatto diverso insuscettibile di dare luogo al riscontro del *bis in idem*. Quella che potrebbe essere vista come un'"obiezione preventiva", tuttavia, non pare cogliere nel segno: è noto che da tempo<sup>116</sup> la Corte EDU identifica l'*idem factum* con la condotta, al più integrata con l'oggetto fisico su cui essa ricade, senza che possano rilevare l'evento ed il diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo<sup>117</sup>. Per il *bis in idem* sovranazionale, quindi, non rileveranno le soglie di punibilità<sup>118</sup> né la forma dolosa o colposa<sup>119</sup> dell'elemento soggettivo.

La giurisprudenza sovranazionale<sup>120</sup>, come noto, "tempera" il divieto di *bis in idem* consentendone la deroga – *rectius*, negandone l'invocabilità – laddove tra i procedimenti sussista stretta connessione temporale e materiale. Quest'ultima ricorre quando i procedimenti perseguono scopi complementari; la duplicità sia prevedibile; il rischio di duplicazione istruttoria e di valutazione differente nelle due sedi sia minimo; sussista adeguata interazione interprocedimentale; e sul piano sostanziale venga fornita una risposta sanzionatoria proporzionata<sup>121</sup>. La connessione temporale è data quando il secondo pro-

<sup>112</sup> *Supra*.

<sup>113</sup> Va osservato a tal proposito che in ambito extrapenale la sanzione è irrogata *in primis* dall'autorità amministrativa, e la relativa contestazione è rimessa alla volontà del destinatario del provvedimento. In assenza di instaurazione del processo la sanzione diviene definitiva. Si pone quindi il problema di stabilire se anche in tal caso operi il divieto di *bis in idem*. Una risposta affermativa pare problematica: l'inibizione di cui agli artt. 649 c.p.p., 4 prot. n. 7 Cedu, 50 CDFUE, postula (almeno) due processi; e "processo", nella sua accezione basilare, significa domanda al giudice. In termini, sembrerebbe, E.M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, cit., p. 541, anche nota 29.

<sup>114</sup> *Supra*, nota precedente.

<sup>115</sup> Cfr. C. cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1479, con nota di A.F. Tripodi, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*. In tema v. anche B. Lavarini, *La Corte costituzionale apre la via per l'estensione del ne bis in idem fuori della materia "formalmente" penale*, cit., p. 1574.

Si rammenta che la soluzione che dovrà essere adottata a seguito di C. cost., sent. 16 giugno 2022, n. 149, cit., in precedenza era stata fatta propria da alcune pronunce di merito (Trib. Asti, sez. II, 10 aprile 2014, in *Riv. dir. tributario*, 2015, p. 3 ss., con nota di C. Sanvito, *Principio di specialità e divieto di un secondo giudizio nei reati tributari: recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana e della CEDU*; Trib. Terni, sez. pen., ord. 12 giugno 2015, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2 dicembre 2015, con nota di S. Confalonieri, *Ancora in tema di omesso versamento di IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*; e Trib. Brindisi, sez. pen., ord. 17 ottobre 2014, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 12 dicembre 2014, con nota di S. Finocchiaro, *Improcedibilità per ne bis in idem a fronte di sanzioni "formalmente" disciplinari: l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*), cui ha fatto seguito contrario orientamento dei giudici di legittimità (Cass., sez. III, 21 aprile 2016, n. 25815, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4515), sulla base dell'impossibilità di ricorrere in tali casi all'art. 649 c.p.p., che postula – meglio, postulava – due o più processi formalmente penali.

<sup>116</sup> A partire almeno da Corte e.d.u., 10 febbraio 2009, *Zolotoukhin c. Russia*, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

<sup>117</sup> C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in *questa Rivista*, 2017, p. 45, con nota di B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, ravvisa la medesimezza del fatto nell'identità di condotta, nesso causale ed evento naturalistico.

<sup>118</sup> Evento giuridico del reato.

<sup>119</sup> Per la cui sufficienza, ai fini di accertare l'illecito extrapenale, v. art. 5, comma 1, d.lgs. n. 472 del 1997.

<sup>120</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B. c. Norvegia*, cit.

<sup>121</sup> Per quest'ultimo aspetto v. *supra*, nota 96.

cedimento non si conclude ad eccessiva distanza dal primo<sup>122</sup>. È importante segnalare che tali criteri devono essere congiunti<sup>123</sup>: il *deficit* di (solo) uno tra essi implica l'evaporazione del parametro connettivo. A tal proposito, volendo focalizzarsi su aspetti dirimenti<sup>124</sup>, sembra che l'eliminazione del divieto di testimonianza nel processo tributario "certifichi" la duplicazione istruttoria ostativa al riconoscimento della connessione interprocedimentale. La prova testimoniale acquisita in sede extrapenale si aggiunge a quella "canonica"<sup>125</sup>, appunto duplicandola; senza che il giudice tributario possa aggirare o "surrogare" il dato acquisendo il verbale della testimonianza resa in sede penale, tranne casi eccezionali<sup>126</sup>, proprio in ragione della disponibilità di un mezzo tipico, "interno" ed equiparabile<sup>127</sup> a quello "alieno". In sostanza, l'immissione in giudizio di prodotti "estranei" è preclusa, pena il *deficit* di ragionevolezza e garanzie, ed in aderenza al principio di immediatezza<sup>128</sup>, laddove lo stesso risultato sia ottenibile, si ripete, con modalità "interne" e normate<sup>129</sup>.

Tale *deficit* connettivo, che sembra indubbio, spinge a ritenere (sempre) riscontrabile il doppio processo per lo stesso fatto *in subiecta materia*, con le molto rilevanti conseguenze che ne derivano. Né pare che ciò possa essere contraddetto osservando, seppure in modo ragionevole, che l'attuale efficacia extrapenale del giudicato<sup>130</sup>, come l'attuale possibilità di sospendere il processo penale<sup>131</sup>, depongono a favore di un "avvicinamento" delle giurisdizioni<sup>132</sup>.

<sup>122</sup> Criterio, come si vede, oltremodo labile ed indeterminato.

<sup>123</sup> B. Lavarini, *La Corte costituzionale apre la via per l'estensione del ne bis in idem fuori della materia "formalmente" penale*, cit., p. 1565. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 15 ottobre 2021, n. 2245, cit.; Corte e.d.u., 18 maggio 2017, *Johansson c. Islanda*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>124</sup> Attesa la richiamata necessità di un riscontro globale dei criteri.

<sup>125</sup> Artt. 194 ss. c.p.p.

<sup>126</sup> Quali la morte od irreperibilità del teste. In tale ultimo caso non sembra sorgano ostacoli all'immissione dell'atto nel processo tributario, al contrario di quando vigeva il limite alla prova ora richiamata (*supra*, primo par.).

<sup>127</sup> Si veda tuttavia *supra*, primo par., in ordine all'assunzione in forma scritta della testimonianza nel processo tributario.

<sup>128</sup> Anche se la richiamata assunzione in forma scritta della prova obiettivamente non esalta tale principio.

<sup>129</sup> Per ragioni coincidenti, deve ritenersi che la prassi di ammettere dichiarazioni di terzi, ad esempio mediante atto notorio, nel processo tributario, non sia più consentita a seguito dell'ingresso, in quest'ultimo, della testimonianza (*contra* S. Zagà, *La "nuova" prova testimoniale scritta nel riformato processo tributario*, cit., p. 2151; Cass. civ., sez. trib., 22 marzo 2023, n. 8221, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)).

Per quanto concerne l'ipotesi inversa – impiego nel processo penale della testimonianza tributaria – il *placet* potrebbe provenire dall'art. 238 c.p.p., beninteso alle condizioni ivi fissate: passaggio in giudicato della sentenza extrapenale (comma 2) e utilizzabilità *contra* imputato se il difensore di quest'ultimo ha partecipato all'assunzione della prova (comma 3). Si tratterebbe, tuttavia, di una deroga ingiustificata ai principi di immediatezza e contraddittorio "nella prova" (art. 111, comma 4, Cost.: cfr. S. Astarita, voce *Circolazione della prova e delle sentenze*, in *Dig. pen.*, VIII Agg., Torino, Utet, 2014, pp. 15-16). È opportuno precisare che l'uso probatorio in questione non pare inibito dal richiamo testuale al giudizio «civile» (art. 238, comma 2, c.p.p.), da intendersi estensivamente quale sinonimo di extrapenale (*supra*, nota 8).

<sup>130</sup> *Supra*, primo par.

<sup>131</sup> *Supra*, settimo par.

<sup>132</sup> Così come la cosiddetta circolazione probatoria, i cui limiti peraltro paiono più ristretti di quelli tracciati dalla giurisprudenza. A tal riguardo, l'asserita natura "confessoria" del patteggiamento (Cass. civ., sez. trib., 9 dicembre 2010, n. 24887, in *De-jure.it*), già in precedenza non accettabile per ragioni sistematiche, viene oggi travolta dal testo dell'art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p. (*supra*, sesto par.). L'uso delle intercettazioni nel processo tributario (Cass. civ., sez. trib., 23 febbraio 2010, n. 4306, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 2, p. 256), in assoluto opinabile, è destinato a scontrarsi con quanto statuito da C. giust. UE, 7 settembre 2023, n. 162, C-162/22, A.G., in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), 8 settembre 2023, secondo la quale tale uso non è consentito in ambiti extrapenali (quali, per quanto riguarda il caso deciso, i procedimenti disciplinari). Nel senso che l'assetto dei rapporti tra processo penale e processo tributario non consenta di individuare la più volte richiamata connessione, nonostante il proliferare nella normativa sostanziale di cause sopravvenute di non punibilità, E.M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, cit., p. 550. Si concorda con tale conclusione; pertanto, le pur rilevanti innovazioni sostanziali di cui all'art. 23 d.l. 30 marzo 2023, n. 34, conv. in l. 26 maggio 2023, n. 56, che si muove nel richiamato solco delle cause sopravvenute di punibilità, configurando altresì un'ipotesi singolare di sospensione del processo in attesa della definizione amministrativa della vicenda (art. 23 cit., commi 2 e 3), non sembrano legittimare un mutamento di prospettiva. Fermo restando lo "sbarramento" derivante dall'illustrata duplicazione di mezzi istruttori, a diverse conclusioni potrebbe forse giungersi al momento dell'attuazione della delega di cui all'art. 20 l. n. 111/2023, specie nella parte in cui quest'ultimo (comma 1, n. 5, lett. b), n. 2) impone di «attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto».

ANGELO ZAPPULLA

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Catania*

## Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e i suoi presupposti: un terreno accidentato bisognoso di manutenzione dalle sezioni unite e ristrutturazione dal legislatore

*The preventive seizure for confiscation and its requirements: an uneven land in need of maintenance by the United Sections of the Court of Cassation and restructuring by the legislator*

---

Nonostante l'importante intervento delle sezioni unite nel 2021, permane in giurisprudenza la tendenza verso una dilatazione del ricorso al sequestro preventivo disposto in funzione di confisca, che va arginata valorizzando la verifica del *periculum in mora* che non può conoscere eccezioni e vieta ogni risposta automatica, pena la mutazione genetica in sanzione anticipata, in contrasto con la presunzione d'innocenza.

*Despite the important judgment of the United Sections of the Court of Cassation in 2021, the case law extends the use of preventive seizure ordered in relation to a possible future confiscation, but it's necessary to verify the periculum in mora in all cases and without any automatic response, otherwise the preventive seizure turns to be an anticipated sanction, in contradiction with the right to be presumed innocent until proven guilty.*

---

### CAUTELE REALI E FUNZIONE PREVENTIVA

Se il «sequestro per il procedimento penale» era conosciuto nel codice di rito previgente (art. 337) quale vincolo sulle «cose pertinenti al reato» genericamente funzionale alle esigenze istruttorie del giudizio<sup>1</sup>, difettando un'espressa finalizzazione<sup>2</sup> per uno strumento che trovava posto al fianco del sequestro conservativo (art. 617 c.p.p. 1930, specifica garanzia patrimoniale di esecuzione civile in materia penale), sarà la prassi giurisprudenziale, formatasi sulla base di tale incompleto scenario, a dar esplicito rilievo e legittimazione agli scopi impeditivi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> «“Sequestro” si chiama questa misura cautelare consistente nell'esercizio di un potere di coercizione reale», così, circa «la figura classica» di apprensione attraverso la quale garantire che una *res* rimanesse «vincolata al servizio esclusivo del processo», F. Cordero, *Procedura penale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1977, p. 288. Cfr. G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, Utet, 1953, p. 500; V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., aggiorn. da G. Conso-G. Pisapia, III, a cura di G. Pisapia, Torino, Utet, 1970, p. 759.

<sup>2</sup> Per la puntualizzazione che il sequestro non era «subordinato ad alcuna finalità predeterminata», Cass., sez. III, 31 gennaio 1974, in *Giust. pen.*, 1974, III, c. 597; cfr. A. Pasta, *La motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 3062. La finalizzazione dell'istituto veniva ricollegata, comunque, al contesto istruttorio in via sistematica, cfr. P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 1991, p. 58 ss.

<sup>3</sup> Finalità impeditive peculiari dell'operato della polizia giudiziaria e delle quali il giudice si appropriava attraverso un utilizzo strumentale del sequestro per il procedimento penale, cfr. P. Balducci, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 55; R. Belfiore, *Il sequestro preventivo. Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 5 s.; G. Betocchi, *Il sequestro penale preventivo: delimitazione dell'ambito di operatività; presupposti; conseguenze peculiari dell'autonomia funzionale; tutela dei soggetti passivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 978 ss.; P. Ferrone, *Il sequestro nel processo penale*, vol. I, *Il sequestro penale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 56 ss.; P. Tonini, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1153. Sottolinea come il sequestro preventivo nasca proprio «dalla bivalenza del vecchio sequestro penale, esperibile anche a fine non istrut-



Un siffatto scarno panorama ha indotto il legislatore della riforma processuale del 1988 a una maggiore analiticità nella disciplina delle varie figure di sequestro, alla ricerca di un necessario «equilibrio fra difesa sociale e garantismo»<sup>4</sup>. Ne è derivata l'emersione di «un *tertium genus* accanto al sequestro a fini di prova ed al sequestro conservativo»<sup>5</sup>; un'autonoma previsione «nuova nella nomenclatura legislativa»<sup>6</sup> e con esplicite finalità preventive<sup>7</sup>, le medesime fino a quel momento perseguite attraverso un unico mezzo polivalente, utilizzato, «sempre più di frequente», quale misura di coercizione reale volta «ad interrompere l'iter criminoso o ad impedire la commissione di nuovi reati»<sup>8</sup>. Si è assistito, cioè, a una metamorfosi funzionale, avviatasi per via giurisprudenziale, di un mezzo originariamente pensato per scopi meramente probatori<sup>9</sup>, i soli intrinsecamente interni alle logiche processuali, diversamente dalle esigenze preventive che, nel loro esser proiettate in direzione futura, si collocano all'esterno del procedimento penale<sup>10</sup>, la cui attenzione è rivolta in maniera retrospettiva verso il passato relativo all'ipotesi di un fatto storico che si assume già verificatosi. Il sequestro preventivo non è costruito, infatti, per arginare i pericoli ai quali i tempi processuali espongono l'effettività dell'esito finale del giudizio (eccezion fatta, in parte, per le ipotesi legate alla confiscabilità del bene), ma per far fronte a esigenze di tutela della collettività solo indirettamente collegate all'accertamento dei fatti di reato, in modo assimilabile al *periculum libertatis ex* ultima ipotesi dell'art. 274 c.p.p.<sup>11</sup> (in cui «l'intervento cautelare diventa misura di sicurezza»<sup>12</sup>).

Il pur articolato catalogo dei primi tre commi dell'art. 321 c.p.p. non riesce, tuttavia, ad assicurare solidi e rigorosi argini alle varie figure in esso disciplinate, non arrivando a inibire «possibili prassi devianti»<sup>13</sup>, che finiscono con l'ammantare lo strumento in questione di una 'sinistra' ombra inquisitoria<sup>14</sup>, sempre più sbilanciata in prospettiva anticipatrice degli effetti patrimoniali di una decisione finale percepita come troppo distante nel tempo e, conseguentemente, inefficace. A prevalere sono, pertanto, le condizionanti esigenze di rassicurazione sociale nei confronti di una collettività intimorita e sfiduciata rispetto all'utilità dell'accertamento giudiziario. Diffuse prassi devianti che la giurisprudenza di legittimità deve cercar poi faticosamente di ridimensionare, in una defatigante logica riequilibratrice.

---

torio», F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 555. V. anche N. Triggiani, *La misura volta ad evitare il reiterarsi del reato o l'inasprimento dei suoi effetti*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 141 s.; nonché T. Dell'Anna, *Applicabilità e limiti del sequestro preventivo di un immobile abusivo ultimato*, nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2003, n. 12878, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1332; G. Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 358.

<sup>4</sup>E. Amodio, *Misure cautelari reali*, in E. Amodio-O. Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Milano, Giuffrè, p. 241.

<sup>5</sup>*Rel. prog. prel. c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Serie gen., suppl. ord., n. 93, p. 80. Cfr. F.M. Grifantini, *Riesame del sequestro e valutazione dei presupposti nella giurisprudenza sul C.p.p. del 1930 e nel C.p.p. del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 207.

<sup>6</sup>F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 555. Non si è mancato di evidenziare, tuttavia, come le affinità funzionali, quali strumenti volti a realizzare un'assicurazione patrimoniale, avvicinino molto sequestro preventivo e conservativo, giungendo a smascherare una sorta di 'truffa delle etichette', cfr. A. Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2073 ss.

<sup>7</sup>Cfr. V. Patané, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 419 s.

<sup>8</sup>Citazioni da *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80, ove si fa espresso riferimento «al sequestro delle costruzioni o delle lottizzazioni abusive; al sequestro di pellicole cinematografiche e di prodotti alimentari; al sequestro di impianti nei processi per inquinamento o per infortuni sul lavoro». V., in particolare, C. cost., sent. 27 marzo 1975, n. 82, per la legittimità di un sequestro, ex art. 337 c.p.p. 1930, di tutte le copie di una pellicola cinematografica compiuto «non già in relazione ad esigenze probatorie processuali – per le quali sarebbe sufficiente il sequestro di una o più copie soltanto della pellicola – bensì per esigenze cautelari, volte ad impedire che con la potenzialità offensiva di numerose copie della pellicola contemporaneamente proiettate in luoghi diversi vengano a perpetrarsi più violazioni del medesimo precetto penale».

<sup>9</sup>Ne erano derivate evidenti «sfasature sistematiche», così la *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80; cfr. E. Amodio, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della «coercizione reale» nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1074.

<sup>10</sup>Cfr. E. Amodio, *Misure cautelari reali*, cit., p. 242; A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in questa *Rivista*, 2016, p. 4.

<sup>11</sup>Cfr. R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 20; A. Bevere, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 164 s.

<sup>12</sup>F. Cordero, *Procedura penale*, 2012, cit., p. 480.

<sup>13</sup>F.M. Molinari, *Sequestro conservativo e reato consumato*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 255.

<sup>14</sup>Cfr. A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 1.

Il sequestro preventivo costituisce «la misura cautelare che da sempre ha destato le più forti preoccupazioni quanto ai presupposti ed alle modalità applicative»<sup>15</sup>, a causa proprio di itinerari di merito spesso «apertamente orientati alla massima funzionalità operativa degli istituti»<sup>16</sup> ablativi, in una logica dilatatrice operante principalmente quando si tratti di recuperare ingenti patrimoni o individuare strumenti a tutela di interessi collettivi (la salute, l'ambiente, il territorio, divenuti oggetto anche di specifica attenzione legislativa<sup>17</sup>) e in relazione ai quali l'encomiabile intendimento verso un contenimento delle proattive iniziative dell'autorità giudiziaria sembra essere «rimasto molto più nella penna di quanto non sia stato scritto»<sup>18</sup>, attraverso una *littera legis* oltre il dovuto asciutta<sup>19</sup>, almeno nell'individuazione dei presupposti della cautela. E si tratta di considerazioni che mantengono attualità nonostante un certolino e meritorio *labor limae* operato dalla Corte di cassazione, in un contesto penalistico in cui il patrimonio privato rileva non solo come oggetto di tutela del diritto fondamentale di proprietà, bensì anche quale «“bersaglio privilegiato” dell'intervento punitivo [...] per la sua dimensione “sintomatica” di arricchimento di origine illecita, ovvero per la sua vocazione di “strumento” orientato alla commissione e perpetuazione di reati»<sup>20</sup>. Un bersaglio da attingere attraverso un massiccio utilizzo strumentale della cautela reale, possibile proprio grazie a un dato normativo che lascia troppo per sottinteso e che necessita di particolare attenzione attraverso la ricostruzione operata dal formante giurisprudenziale<sup>21</sup>.

### UNO STRUMENTO “MULTIUSO” DALLE ETEROGENEE FUNZIONI TRASVERSALI

Il sequestro preventivo disciplinato nell'art. 321 c.p.p. nasce e si sviluppa come strumento «particolarmente grave per la sua potenzialità lesiva di diritti costituzionali che si ricollegano all'uso della cosa sequestrata»<sup>22</sup> e impongono un rigoroso bilanciamento con ulteriori diritti di pari grado<sup>23</sup>.

Si delinea, in particolare, un mezzo dalla natura polifunzionale in grado di coniugare i peculiari scopi di prevenzione in chiave impeditiva dell'utilizzo delle cose pertinenti al reato, dell'aggravarsi o protrarsi delle conseguenze del reato e dell'agevolazione della commissione di altri (comma 1), con le finalità anticipatorie di carattere para-sanzionatorio, tese a garantire l'efficacia dell'eventuale confisca penale<sup>24</sup> obbligatoria o facoltativa (commi 2 e 2-bis)<sup>25</sup>.

<sup>15</sup> P. Tonini, *Il caso ILVA*, cit., p. 1153, che sottolinea proprio «i labili requisiti del sequestro preventivo».

<sup>16</sup> M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti nella disciplina del sequestro preventivo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4439.

<sup>17</sup> Cfr. P. Balducci, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 42 ss.; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, Bononia University Press, 2007, p. 3, che evidenzia una sorta di «Leitmotiv di tutte le recenti riforme legislative».

<sup>18</sup> M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti*, cit., p. 4439.

<sup>19</sup> In termini di «scarno tessuto legislativo», A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 3. Cfr. anche M. Rampioni, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza «confini»*, in questa *Rivista*, 2019, p. 1322 s.

<sup>20</sup> D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., p. 1, che si esprime in termini di patrimonio quale «“bene” da proteggere e (al contempo) bene “da cui proteggersi”».

<sup>21</sup> Di ineluttabile «necessità di volgere lo sguardo [...] agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità», riferisce A. Nascimbeni, *Il periculum in mora nel sequestro preventivo a fini di confisca: luci ed ombre nei recenti approdi giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 2023, 1, p. 1. In prospettiva generale sul tema del diritto giurisprudenziale, v., *ex plurimis*, F. Roselli, *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giurisprudenziale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1999, p. 268 s.; G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 11 s.

<sup>22</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80, nella quale si evidenzia, inoltre, come «la misura reale [...] crea l'indisponibilità di cose o beni con una incisività analoga a quella che nasce dalla custodia cautelare e da altre forme di misure cautelari personali», p. 79; cfr. F.M. Molinari, *Sequestro conservativo*, cit., c. 261.

<sup>23</sup> Cfr. P. Tonini, *Il caso ILVA*, cit., p. 1154, che compara esemplificativamente il diritto alla proprietà privata, alla libera iniziativa economica e al lavoro con i diritti alla salute e all'ambiente.

<sup>24</sup> Per l'esclusione del rilievo delle ipotesi di confisca amministrativa, cfr. *Cass.*, sez. IV, 14 luglio 2014, n. 47318, in *CED Cass.* n. 261062, in una fattispecie di guida in stato di ebbrezza e sequestro preventivo del veicolo, ammissibile solo nell'ambito della previsione di cui al comma 1.

<sup>25</sup> Cfr. A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 167 ss.; P. Gualtieri, *Fumus e ricorso per cassazione nel sequestro preventivo*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1714.

L'art. 321 c.p.p. vede la luce quale «punto d'arrivo di una approfondita discussione che faceva perno sulla strumentalità necessaria tra sequestro e confisca»<sup>26</sup>, per cui l'apprensione di tutto quanto non fosse confiscabile, ex art. 240 c.p. o ai sensi delle analoghe previsioni contenute in leggi speciali, andava condizionata all'esistenza degli ampi parametri del comma 1 della previsione di nuovo conio che, di converso, nasceva proprio quale utile e ampio alveo per convogliare le esigenze di prevenzione riconducibili ai beni non confiscabili<sup>27</sup>, ponendosi espressamente «l'accento sui fini della misura cautelare più che sulla caratterizzazione delle cose materiali su cui essa è destinata ad incidere»<sup>28</sup>; caratterizzazione privilegiata, invece, nei commi successivi al primo. La dicotomia fra le due ipotesi di apprensione si fonda sulla pericolosità concreta o presunta riconducibile al libero utilizzo della *res* all'attenzione dell'autorità giudiziaria<sup>29</sup>.

Lo sforzo tassonomico compiuto dal legislatore risponde alla pressante esigenza di costruzione di modelli differenziati in grado di «obbligare il giudice ad enunciare le finalità della misura al momento della sua applicazione»<sup>30</sup>. Ciò che rileva è la necessità di esplicita emersione delle specifiche esigenze perseguite, anche per la possibilità che, nonostante la diversificazione delle varie figure di sequestro, le stesse possano sovrapporsi e coesistere in un medesimo provvedimento eseguibile su uno stesso bene con duplice contestuale tensione impeditiva (art. 321, comma, 1 c.p.p.) e anticipatoria (comma 2). Un unico provvedimento, ma sorretto da diverse finalità, che presuppongono una puntuale motivazione espressamente riferita a ognuno degli scopi interinali perseguiti con l'unitario provvedimento ablativo<sup>31</sup>. Un obbligo motivazionale imposto anche in chiave di essenziale garanzia in grado di dare effettività all'eventuale controllo sollecitato dall'ampia, ma tassativa<sup>32</sup>, schiera dei legittimati a chiedere il riesame del decreto di sequestro, «l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione» (art. 322, comma 1, c.p.p.)<sup>33</sup>.

## IL PERICULUM IN MORA NECESSARIO PRESUPPOSTO DI UN SEQUESTRO FINALIZZATO A MULTIFORMI CONFISCHE

In tema di impegno motivazionale necessario per l'emanazione del provvedimento cautelare, la più recente prassi giurisprudenziale si pone in funzione servente e complementare rispetto all'importante

<sup>26</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80. Nel senso di un'ipotesi di sequestro che «vive di luce riflessa» e «con funzione servente rispetto alla – eventuale – confisca», si esprime A. Carchietti, *Sequestro preventivo di somme di denaro e periculum in mora: tra ossequio ai principi, salvaguardia dell'istituto e definizione degli oneri dimostrativi*, in *Sist. pen.*, 2023, 5, p. 127.

<sup>27</sup> Il riferimento era, in primo luogo, almeno a «due casi importanti: quello delle costruzioni abusive, per le quali la prevalente giurisprudenza della corte di cassazione esclude il potere di confisca del giudice penale in ragione dell'analogo potere di demolizione che le leggi amministrative attribuiscono al sindaco; quello del prezzo del riscatto nei reati di sequestro di persona a scopo di estorsione, la cui "immunità" dalla confisca risulta chiaramente dall'art. 240 comma 3 c.p.p., in forza del requisito della appartenenza a persona estranea al reato», *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80.

<sup>28</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80.

<sup>29</sup> Cfr. A. Carchietti, *Sequestro preventivo*, cit., p. 127.

<sup>30</sup> *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 80.

<sup>31</sup> V. Cass., sez. V, 14 marzo 2023, n. 16294, in *Guida dir.*, 2023, p. 24, per un sequestro disposto «sia in funzione impeditiva dell'aggravamento o della protrazione delle conseguenze dannose del reato, sia in funzione anticipatoria della confisca» (§ 2).

<sup>32</sup> Diversa portata ha la legittimazione al riesame del provvedimento di sequestro conservativo, prevista nell'art. 318, comma 1, c.p.p., ove i legittimati vengono individuati in «chiunque vi abbia interesse», riferimento certo più ampio rispetto alla previsione di cui all'art. 322 c.p.p., cfr. Cass., sez. VI, 1° febbraio 1999, n. 415, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1741, con nota di R. Conforti, *Sulla legittimazione del terzo titolare di un diritto di credito al riesame del sequestro preventivo*; Cass., sez. V, 5 maggio 1995, n. 1236, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 301. Cfr. V. Patané, *Le misure cautelari*, cit., p. 425.

<sup>33</sup> Per quel che riguarda in particolare l'imputato (cui va equiparato, ex art. 61 c.p.p., il sottoposto alle indagini, cfr. E. Ugolini, *Il sistema dei controlli sul sequestro preventivo: punti fermi e questioni ancora aperte*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 514), la sua legittimazione prescinde dall'essere la persona proprietaria del bene o che ne ha la disponibilità, autonomamente menzionate nella norma, cfr. Cass., sez. V, 21 ottobre 2008, n. 44036, in *Giust. pen.*, 2009, III, p. 445; Id., sez. I, 18 settembre 1997, n. 5039, in *Cass. pen.*, 1999, p. 932; in dottrina, cfr. R. Adorno, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 38; E. Turco, *Legittimazione ed interesse ad impugnare in tema di sequestro preventivo: dualismo teorico?*, nota a Cass., sez. V, 9 novembre 2001, Graci, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2371.

(e fors'anche tardivo<sup>34</sup>) intervento nomofilattico compiuto dalle sezioni unite nel 2021<sup>35</sup>, con l'intento di calmierare il dilatarsi del ricorso al sequestro preventivo finalizzato alla confisca. La Corte ha perseguito lo scopo attraverso una rigorosa applicazione del c.d. *proportionality test* che deve permeare di sé ogni ricostruzione ermeneutica implicante, in ossequio alla logica dell'*unicuique suum tribuere*, delicati bilanciamenti fra i contrapposti interessi fondamentali in gioco<sup>36</sup>: da un lato, la tutela della collettività e l'efficacia delle decisioni e, dall'altro, i diritti del singolo di proprietà e libera iniziativa economica<sup>37</sup>, nonché, ancor più a monte e con funzione propedeutica, la stessa presunzione d'innocenza<sup>38</sup>, che deve innervare di sé l'intero ordito cautelare<sup>39</sup>, pure quando di carattere reale<sup>40</sup>. Ne è conseguito il delinear-si, anche per le ipotesi di sequestro anticipatorio, dell'obbligo di una specifica motivazione sul *periculum in mora*, quale necessaria rivitalizzazione delle esigenze cautelari – che non tollerano automatismi<sup>41</sup> – e conseguente argine rispetto a una persistente deriva dello strumento verso la metamorfosi da cautelare, limite ai rischi d'ineffettività della decisione conclusiva sul merito a causa la sua intempestività, in afflittivo/repressivo, mera anticipazione surrogatoria delle conseguenze definitive della medesima<sup>42</sup>. Ultimo derivato, questo, della cronica tendenza verso un costante arretramento della funzione tipicamente repressiva dello strumento penale, dove il provvedimento di rinvio a giudizio diviene statuizione di condanna, l'informazione di garanzia o, ancor prima, la *notitia criminis* imputazione e lo strumento cautelare la giusta sanzione che altrimenti tarderebbe ad arrivare<sup>43</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. G. Biscardi, *Sequestro per confisca: morte (apparente?) di un paradosso*, in questa Rivista, 2022, p. 481.

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, in questa Rivista, 2022, p. 481, con nota di G. Biscardi, *Sequestro per confisca*, cit.; nonché in Cass. pen., 2022, p. 532, con nota di R. Belfiore, *Le Sezioni Unite sul periculum in mora nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*, in Dir. pen. proc., 2022, p. 777, con nota di G. Murone, *Necessarietà della motivazione sul periculum in mora in ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca* e in Sistema penale, 9 novembre 2021, con osserv. di S. Piergiovanni, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca: le Sezioni unite impongono l'onere di motivare sul periculum in mora*. La pronuncia si pone nel solco già tracciato, in materia di completezza della motivazione dei provvedimenti di sequestro impeditivo di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p., da Cass., sez. un., 29 gennaio 2003, n. 12878, in Cass. pen., 2003, p. 1829, con nota di P. Tanda, *Immobile abusivo ultimato e sequestro preventivo*, nonché, per quel che riguarda il sequestro probatorio ex art. 253 c.p.p., da Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, in Cass. pen., 2018, 4088, con nota di G. Schena, *Quello che le Sezioni Unite non dicono a proposito di "idoneità della motivazione" nel caso di sequestro probatorio del corpus delicti*.

<sup>36</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2.2, p. 538, pure per una rassegna della giurisprudenza europea e di legittimità. Cfr. anche M. Arbotti, *Proporzionalità e logiche intrinseche della cautela: l'immanenza del periculum in mora nel sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in Cass. pen., 2022, p. 3305 ss.; R. Belfiore, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 549 s.; M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in Dir. pen. cont., riv. trim., 2014, 3-4, p. 144, che evidenzia come «il principio di proporzionalità presenta caratteri tali da farne un emblema del diritto europeo nella attuale epoca»; E. Guido, *Il sequestro preventivo penale tra principi costituzionali e vincoli sovranazionali*, Napoli, ESI, 2020, p. 69 ss.

<sup>37</sup> Sul diritto di «ogni persona fisica o giuridica [...] al rispetto dei suoi beni», sancito nell'art. 1 Protocollo n. 1 C.e.d.u., v. A.M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 4.

<sup>38</sup> Sul rilievo della presunzione d'innocenza in materia di sequestri, cfr. R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 51 ss.; M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti*, cit., p. 4442 ss.; A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 1 ss.; con specifico riferimento allo strumento della confisca, cfr. D. Falcinelli, *La confisca nel quadro costituzionale*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 107 s.

<sup>39</sup> Cfr. M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 144, che sottolinea come il principio di proporzionalità abbia rappresentato proprio la chiave di volta per una «compiuta attuazione» della presunzione d'innocenza anche in ambito cautelare.

<sup>40</sup> Precisa M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 148, come nell'ordinamento processuale si parli testualmente di proporzionalità esclusivamente nell'art. 275, comma 2, c.p.p., senza, tuttavia, che il dato letterale possa inibire l'espansione «del principio di proporzione a tutte le ipotesi in cui le necessità del procedere pongano a repentaglio un diritto inviolabile dell'individuo».

<sup>41</sup> Cfr. G. Biscardi, *Sequestro per confisca*, cit., p. 481.

<sup>42</sup> Cfr. A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 1; in senso analogo, cfr. anche A. Bargi, *La rarefazione delle garanzie*, cit., p. 5. Nulla di nuovo sotto il sole, tuttavia, se anche nella vigenza del codice del 1930 poteva stigmatizzarsi, in prospettiva più generale, come «si dà oramai per scontata l'impossibilità di ottenere un processo penale effettivamente funzionante: e si finisce col rinunciare, anche sul piano legislativo, a collegare il momento sanzionatorio all'accertamento definitivo della responsabilità, per anticiparlo, in varia misura, alle prime battute del procedimento», così G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 5 e certo sono rimaste disattese le speranze risposte «sull'unico provvedimento che potrebbe avviare un serio tentativo di rinnovamento, l'emanazione del nuovo codice di procedura».

<sup>43</sup> Ben noto è il distorsivo fenomeno a causa del quale «sui mass media si celebra una 'giustizia parallela' [...] in cui

Un arresto giurisprudenziale, quello operato dalle sezioni unite, teso al superamento di quel consolidato orientamento ermeneutico che, nell'ambito della fattispecie *ex* comma 2 dell'art. 321 c.p.p., elevava la confiscabilità del bene a condizione necessaria nonché sufficiente per l'apposizione di un immediato vincolo reale<sup>44</sup>, prescindendo da una verifica sulla sussistenza delle condizioni di urgenza e dei presupposti richiesti per la fattispecie di cui al comma precedente<sup>45</sup> e valorizzati anch'essi dalle stesse sezioni unite quasi due decenni prima<sup>46</sup>, con una decisione alla quale quella successiva si lega inscindibilmente. Il sequestro a fini di confisca veniva sganciato dalle logiche cautelari, caratterizzandosi surrettiziamente come automatica anticipazione degli effetti sanzionatori riconducibili alla fattispecie contestata, significativamente «vulnerando il legame strumentale tra mezzi di cautela e provvedimento di merito»<sup>47</sup>, con i primi che vedevano snaturata la loro natura, attraverso una mutazione genetica che li equiparava e sovrapponeva al secondo che avrebbe finito con il rappresentare una pura conferma della misura interinale. Ne conseguiva un grave svilimento della portata garantista della presunzione d'innocenza (art. 27 Cost.) non più argine capace di mantenere nei ranghi di eccezionalità provvedimenti in grado di incidere in corso di giudizio su diritti costituzionalmente rilevanti.

La motivazione del provvedimento cautelare ablativo, invece, può ben essere concisa<sup>48</sup>, ma deve caratterizzare pure «il provvedimento di sequestro preventivo di beni *ex* art. 321 c.p.p., comma 2, finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p.»<sup>49</sup>. L'eventualità della successiva definitiva sottrazione del bene e la conseguente pericolosità *in re ipsa*<sup>50</sup> non sono in grado di supportare da sole l'intervento cautelare. Affinché possa procedersi all'anticipata privazione della disponibilità di un bene, lo schermo fornito dalla presunzione d'innocenza sancita negli artt. 27, comma 2, Cost. e 6, § 2, Cedu<sup>51</sup> impone che venga sempre dimostrata l'impossibilità di attendere la definizione del procedimento pena una successiva impraticabilità della confisca<sup>52</sup>. È necessario, cioè, che «il provvedimento si soffermi sulle ragioni per cui, nelle more del giudizio, il bene potrebbe essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato»<sup>53</sup>, valutazione prognostica in grado di palesare il rischio di inefficacia delle iniziative future a conclusione di un giudizio di merito, che potrebbe avere pure un esito favorevole all'imputato, con negazione di una finale *adprehensio* anche delle «cose definite dal legislatore come obbligatoriamente confiscabili»<sup>54</sup>; ipotesi non peregrina in un sistema costruito attorno al canone valutativo del *beyond any reasonable doubt*, oggi esplicitato nell'art. 533, comma 1, c.p.p.

Se, nel comma 1 dell'art. 321 c.p.p., l'esigenza da tutelare, rispetto alla quale parametrare il *periculum in mora*, è individuata, in maniera dettagliata, nel «pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»<sup>55</sup>, non può certo dirsi che le ipotesi disciplinate nei due commi seguenti si caratterizzino per

---

un'informazione di garanzia equivale all'imputazione, un'imputazione alla condanna, una misura cautelare alla pena», così G. Giostra, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 54.

<sup>44</sup> Sull'orientamento giurisprudenziale in tema di presunzione di pericolosità dei beni suscettibili di confisca, v. R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 101 ss.; A. Carchietti, *Sequestro preventivo*, cit., p. 128 ss.; A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 192, che già precisava «come tali orientamenti non po[tessero] essere in alcun modo condivisi»; E. Guido, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 106 ss.; M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, Cedam, 2005, p. 119.

<sup>45</sup> In questi termini si esprimeva, ad esempio, Cass., sez. III, 19 settembre 2014, n. 47684, in *CED Cass.* n. 261242.

<sup>46</sup> V. Cass., sez. un., 29 gennaio 2003, n. 12878, cit.

<sup>47</sup> A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 1.

<sup>48</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 12, p. 542; nonché, *ex multis*, Id., sez. V, 14 marzo 2023, n. 16294, cit.

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 12, p. 542.

<sup>50</sup> Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 555.

<sup>51</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2.1, p. 538, che sottolinea l'esigenza che sia scongiurata «la possibilità, esattamente antitetica al predicato costituzionale appena ricordato, che la misura cautelare possa incidere sui diritti individuali più di quanto non lo possa la pronuncia di merito». In dottrina, cfr. A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 1.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., sez. III, 17 gennaio 2023, n. 15457, in *One Legale*.

<sup>53</sup> Cass., sez. III, 23 novembre 2022, n. 4920, in *CED Cass.* n. 284313-01, riprendendo proprio Id., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 7, p. 540.

<sup>54</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.3.1, p. 539.

<sup>55</sup> Su tale presupposto, v. Cass., sez. VI, 7 novembre 2018, n. 56446, in *CED Cass.* n. 274778-01; Id., sez. VI, 23 novembre 2017, n. 18183, Polifroni, *ivi* n. 272928.

un vuoto dei fini. In queste ultime, infatti, il fine del sequestro è altrettanto espressamente palesato nel riferimento – che le accomuna – all’istituto della confisca ed è sulla concreta ed efficace praticabilità di essa, una volta disposta dal giudice del merito, che va ricostruita l’esigenza cautelare e la sua natura anticipatoria. La genericità delle clausole di chiusura dei commi successivi al primo, nell’apparentemente semplice riferimento al «sequestro delle cose [dei beni] di cui è consentita la confisca», non priva l’interprete di un parametro di riferimento per la motivazione, bensì vincola a un’intima relazione con le ragioni che giustificano la specifica ipotesi di confisca e la concreta *res* da sequestrare<sup>56</sup>. Soccorre in chiave addizionale l’esegesi letterale del conciso comma 2 dell’art. 321 c.p.p., con il suo «avverbio agiuntivo “altresì”»<sup>57</sup>, al quale non può semanticamente attribuirsi valore avversativo, per cui le diverse figure di sequestro risultano tutte accomunate nei presupposti e, in particolare, nell’esigenza di una valorizzazione del *periculum in mora*. Sono la stessa genesi storica del sequestro preventivo, avvenuta per gemmazione giurisprudenziale<sup>58</sup>, e il perdurante dinamismo operativo, dovuto a una crescente polivalenza funzionale, a imporre in maniera diacronicamente progressiva un aggravarsi dell’onere motivazionale, destinato a una sempre più specifica puntualizzazione dei singoli scopi del provvedimento di vincolo reale, anche al fine di evitare mere stilistiche riproposizioni argomentative, buone per ogni esigenza, nonostante i vari commi dell’art. 321 c.p.p. individuino fattispecie dotate di propria autonomia.

Sulla scia della ricostruzione fornita dalle sezioni unite, l’obbligo di motivare sul *periculum in mora*, esplicitando perché non sia possibile rinviare l’intervento alle statuizioni conclusive del giudice del merito, vale anche in caso di confisca qualificabile come obbligatoria (a rilevare è, in primo luogo, la fattispecie prevista nell’art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in caso di condanna per reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto<sup>59</sup>). All’indefettibilità di un vincolo reale definitivo non consegue, infatti, necessariamente anche l’esigenza di un previo intervento provvisorio, dovendosi specificare in ogni caso i motivi che impongano una decisione anticipata, non essendo sufficiente una assunta pericolosità *in re ipsa*, tratta esclusivamente dalla «mera natura obbligatoria della confisca»<sup>60</sup>. Una natura che deriva dalla cernita operata dal legislatore fra le tipologie di reati che giustificano le distinte ipotesi ablatorie, spesso coincidenti «nei presupposti e nella funzione»<sup>61</sup>, senza che facoltatività e obbligatorietà possano avere qualsivoglia rilievo in tema di necessità della motivazione del provvedimento cautelare.

La successiva confiscabilità della *res* apre le porte a una pluralità di sequestri differenziabili fra loro non per la tipologia di provvedimento finale cui tenda il vincolo reale, né per la possibilità di rinunciare a una giustificazione esplicita del provvedimento, bensì solo per il diverso concreto contenuto della motivazione che tale finalizzazione comporta. Rispetto alla pluralità di ipotesi di confisca che possano sorreggere il sequestro preventivo – facoltativa o obbligatoria<sup>62</sup>, di proprietà o di valore, diretta o per equivalente, conseguente alla condanna o prescindente da essa<sup>63</sup> –, l’unica eccezione all’onere di specifica motivazione sul *periculum in mora* coinvolge esclusivamente le «cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato»<sup>64</sup>, per l’intrinseca natura illecita della *res*, incompatibile con una libera fruizione del bene. Esclusivamente per il sequestro di tali «cose» può ritenersi condizione sufficiente la motivazione relativa alla mera classificazione del bene all’interno del novero di quelli

<sup>56</sup> Cfr. Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2, p. 537.

<sup>57</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2, p. 537.

<sup>58</sup> Cfr., *retro*, § 1.

<sup>59</sup> Cfr. Cass., sez. III, 5 luglio 2022, n. 25657, in *Giur. pen.*, 14 luglio 2022.

<sup>60</sup> Cass., sez. III, 23 novembre 2022, n. 4920, cit.; nonché Id., sez. III, 17 gennaio 2023, n. 19325, in *One Legale*; Id., sez. III, 4 novembre 2022, n. 3481, in *Guida dir.*, 2023, 12; Id., sez. III, 22 giugno 2022, n. 37727, in *CED Cass.* n. 283694.

<sup>61</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.3.1, p. 539.

<sup>62</sup> Cfr. S. Sartarelli, *Confisca “obbligatoria” e “facoltativa”*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 281 ss.

<sup>63</sup> Sulla confisca anche in assenza di una sentenza di condanna, v. C. Longari, *Mutamento dell’oggetto di confisca e applicabilità retroattiva dell’art. 578-bis c.p.p.*, nota a Cass., sez. III, 19 maggio 2023, n. 21474, in questa *Rivista*, 2023, p. 1425.

<sup>64</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 12, p. 542; successivamente cfr. Id., sez. III, 4 novembre 2022, n. 49491, in *CED Cass.* n. 283993-01, per un sequestro finalizzato alla confisca ex art. 240 c.p.; nonché Id., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 46245, *ivi* n. 283836-01 e Id., sez. III, 22 settembre 2022, n. 47054, *ivi* n. 283910, entrambe in materia di sequestro preventivo finalizzato alla confisca ai sensi dell’art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Sulle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, v. A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 177 s.; M. Massa, voce *Confisca*. b) *Diritto e procedura penale*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 982.

sempre confiscabili *ex lege*, rispetto ai quali nessun interesse confliggente impone uno specifico sindacato sulle ragioni di urgenza, difettando, al contrario, validi motivi per rinviare l'*adprehensio* di una *res*, comunque, riconducibile ad attività illecite.

Strumentali limitazioni alla portata del principio enunciato dalle sezioni unite non possono farsi derivare neanche dalla specifica fattispecie sottoposta all'attenzione del supremo consesso. Se l'arresto del 2021 fa espresso riferimento esclusivamente al sequestro finalizzato alla confisca *ex art. 240 c.p.*, è a causa dei vincoli devolutivi dipendenti dall'«oggetto del giudizio cautelare di specie»<sup>65</sup>. Il caso all'attenzione della Corte atteneva, infatti, proprio al sequestro di un terreno asseritamente acquistato mediante denaro la cui disponibilità da parte dei sottoposti alle indagini era ritenuta profitto dei reati di abusiva raccolta del risparmio e truffa e, conseguentemente, lo strumento cautelare era «diretto a garantire la confisca facoltativa [...] di cui all'art. 240 c.p., comma 1»<sup>66</sup>. La ricostruzione operata dalle sezioni unite, tuttavia, pur formalmente limitata, nella sua estensione argomentativa, dalla concreta fattispecie sottoposta alla sua attenzione, ha portata sistematica più ampia e il principio di diritto formulato riveste «una valenza “trasversale”, dichiaratamente applicabile a tutti i casi di confisca obbligatoria, qualunque sia la natura della confisca in vista della quale viene disposto il sequestro (misura di sicurezza, sanzione, misura di prevenzione)»<sup>67</sup>. Il principio in questione rileva non tanto in positivo per il soggetto utilizzato («Il provvedimento di sequestro preventivo di beni *ex art. 321 c.p.p.*, comma 2, finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p.»), quanto principalmente in negativo per la clausola di esclusione finale («salvo restando [...] nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato»). Solo i provvedimenti per le ipotesi in quest'ultima ricomprese *expressis verbis* ed elencate in modo tassativo sfuggono all'obbligo di una «concisa motivazione anche del *periculum in mora*»<sup>68</sup>, che altrimenti integra presupposto indefettibile di qualsivoglia intervento cautelare al quale neanche la confiscabilità del bene permette di rinunciare<sup>69</sup>.

La natura e composizione qualitativa del bene da sottoporre a vincolo e la sua consistenza quantitativa<sup>70</sup> possono alleggerire, tuttavia, semplificandolo, l'onere motivazionale del giudice, che può ben rifarsi, oltre che a tali caratteri obiettivi, anche a elementi di natura soggettiva «relativi al comportamento dell'onereato»<sup>71</sup>, che avvalorino il rischio: di una progressione delittuosa, in ambito impeditivo (art. 321, comma 1, c.p.p.) o di atti dispositivi comportanti il depauperamento patrimoniale del prevenuto, in materia anticipatoria (commi 2 e 2-bis); senza che si imponga una coesistenza delle due tipologie di elementi valutativi, obiettivi e soggettivi<sup>72</sup>. Una semplificazione del corredo motivazionale che funge, inoltre, da implicita conferma della necessità di un pronunciamento sul *periculum in mora* che prescindendo dalla natura impeditiva o anticipatoria del sequestro preventivo.

<sup>65</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 3, p. 536; cfr., successivamente, Id., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 23062, in *CED Cass.* n. 284758-01, *Considerato in diritto*, § 3.1.

<sup>66</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 1, p. 535.

<sup>67</sup> Cass., sez. III, 23 novembre 2022, n. 4920, cit.; *contra*, Id., sez. II, 14 luglio 2022, n. 36291, in *One legale*, in materia di «sequestro preventivo finalizzato alla confisca della somma di euro 250 mila [...] e, in caso di mancato reperimento, di beni di qualunque natura per un importo equivalente», in una fattispecie di autoriciclaggio.

<sup>68</sup> Citazioni dal principio di diritto espresso da Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 12, p. 542.

<sup>69</sup> Cfr. Cass., sez. III, 23 novembre 2022, n. 4920, cit., che ha condivisibilmente annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva «ritenuto inapplicabile al caso di specie il principio affermato da Cass., sez. un., n. 36959 del 24/06/2021», giacché «secondo il Tribunale, l'ambito di applicazione di tale sentenza [sarebbe] limitato ai sequestri preordinati alle confische di cui all'art. 240 c.p. e non si estende, perciò, al sequestro preordinato alla confisca di cui al D.lgs. n. 74/2000, art. 12-bis, per il quale [sarebbe] sufficiente che il giudice motivi circa l'astratta confiscabilità del bene» (*Ritenuto in fatto*, § 1).

<sup>70</sup> Cfr. Cass., sez. V, 14 marzo 2023, n. 16294, cit.; Id., sez. III, 11 ottobre 2022, n. 44874, in *CED Cass.* n. 283769, che richiama esclusivamente l'entità del profitto (poco più di € 250.000,00) e la natura facilmente occultabile di quanto nella disponibilità del sottoposto alle indagini: danaro e beni mobili.

<sup>71</sup> Cass., sez. V, 14 marzo 2023, n. 16294, cit., in una fattispecie «relativa al sequestro preventivo di somme di denaro costituenti profitto del delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione» e prevenuto quasi totalmente incapiente, ciò che aveva giustificato «l'impossibilità [...] di attendere la definizione del procedimento» per il conseguente rischio di dispersione patrimoniale; cfr. anche Id., sez. III, 11 ottobre 2022, n. 44874, cit.

<sup>72</sup> Cfr. Cass., sez. III, 11 ottobre 2022, n. 44874, cit.

## PERICULUM IN MORA E SEQUESTRO OBBLIGATORIO EX COMMA 2-BIS: UN OBITER DICTUM SOPRAVALUTATO E FRAINTESO

La giurisprudenza di legittimità, tuttavia, non ha tardato ad aprire significative, ma poco condivisibili, breccie rispetto a una ricostruzione in termini di portata generalizzata di un ampio onere di motivazione sulla sussistenza del *periculum in mora*, procedendo a una cernita delle molteplici tipologie di sequestro tale da sottrarre dalla copertura dell'arresto delle sezioni unite almeno le fattispecie di sequestro obbligatorio *ex comma 2-bis* dell'art. 321 c.p.p., finalizzate alla confisca nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

È emersa, in particolare, l'esigenza di dotare l'ipotesi in esame di una propria marcata caratterizzazione sistematica che la autonomizzi dalla fattispecie di cui al precedente comma 2, in quanto giustificata per la mera obbligatorietà della confisca dei beni coinvolti nella commissione dei reati espressamente menzionati nella norma. Un'obbligatorietà ritenuta in grado di rendere superflua ogni motivazione circa l'anticipazione e scomposizione dell'intervento giudiziale, con un sequestro proconfisca che preceda, senza accompagnarla, la definizione del giudizio, coinvolgendo beni dal legislatore ritenuti già in astratto incompatibili con una libera disponibilità e, conseguentemente, pericolosi *ex ante*<sup>73</sup>.

La descritta operazione ermeneutica trova fondamento<sup>74</sup>, tuttavia, in un sopravvalutato – e frainteso – *obiter dictum* delle sezioni unite nel comparare i due commi successivi al primo dell'art. 321 c.p.p., al fine di evidenziarne «proprio la differente formulazione»<sup>75</sup>: ha *facoltà* il giudice di disporre il sequestro in funzione della confisca, ai sensi del comma 2, mentre ha l'*obbligo* di farlo, ai sensi del comma 2-bis, quando si proceda per i «delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale» («delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione»). Solo elemento distintivo fra le due fattispecie è proprio l'obbligatorietà che caratterizza la seconda quale sottoinsieme specifico di un insieme più ampio e generale, rappresentato dal sequestro preventivo anticipatorio.

Il passaggio argomentativo utilizzato dalle sezioni unite era funzionale, invece, esclusivamente ad avvalorare il ripudio della lettura riduttiva propugnata da quel filone giurisprudenziale che riteneva sufficiente, affinché potesse essere disposto il sequestro, la mera classificazione del bene fra quelli necessariamente da confiscare, con una motivazione solo parziale ritenuta incompatibile esclusivamente con le ipotesi di sequestrabilità a fini di confisca secondo il combinato disposto degli artt. 321, comma 2, c.p.p. e 240 c.p. Unica fattispecie, quest'ultima, all'attenzione della Corte. Ciò non ha impedito, tuttavia, una netta presa di posizione dalla portata generale «destinata all'evidenza a esondare gli argini dell'art. 321 c.p.p., comma 2»<sup>76</sup>, normativamente innalzati ad altri fini.

L'utilizzo del comma 2-bis, quale filtro per far risaltare le caratteristiche di quello precedente a motivazione rafforzata, non implica contemporaneamente anche una contraria scelta di campo volta a delinearne come superflua una rigorosa verifica dei presupposti cautelari e una conseguente, anche concisa, motivazione sulla anticipata sequestrabilità di ciò di cui non possa mettersi in dubbio la confiscabilità finale. Natura, quest'ultima, che non rende, per ciò solo, il bene necessariamente caratterizzato dal rischio di una prevedibile successiva scomparsa che debba essere inevitabilmente inibita attraverso il sequestro.

Il sequestro diviene obbligatorio, cioè, solo in presenza del contestuale duplice presupposto della sussistenza sia del *fumus* che del *periculum*<sup>77</sup>, mentre, in assenza anche di uno solo di essi, deve considerarsi vietato, perché privo di giustificazione cautelare in grado d'incidere sull'equilibrio della bilancia dei contrastanti interessi in gioco. Un equilibrio che sarà possibile oggetto di ulteriore 'concreto' sindacato da parte del giudice esclusivamente in caso di sequestro facoltativo, essendo vincolato, viceversa, l'operato del giudicante nelle ipotesi in 'astratto' previste dal legislatore in termini di obbligatorietà e

<sup>73</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 23 febbraio 2022, n. 12513, in *CED Cass.* n. 283054-01.

<sup>74</sup> Per una tale lettura, anche A. Nascimbeni, *Il periculum in mora*, cit., p. 17 ss.

<sup>75</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.2, p. 537. Cfr. M. Arbotti, *L'accertamento del periculum nel sequestro preventivo "obbligatorio"*, in *Sist. pen.*, 2023, 3, p. 21 s.

<sup>76</sup> Cass., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582, in *CED Cass.* n. 283619, *Considerato in diritto*, § 5.2.2.

<sup>77</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582, cit., *Considerato in diritto*, § 5.3.1.



nelle quali la scelta normativa è stata già nel senso di una finale non fruibilità del bene per la prevalenza delle esigenze della collettività rispetto a quelle del singolo<sup>78</sup>.

In una ricostruzione insieme-sottoinsieme, regola-eccezione, il sequestro obbligatorio deve collocarsi, comunque, nella seconda categoria, dovendo essere esaltato il ruolo del giudice in quanto soggetto che applica la legge, compiendo anche significative scelte di natura compositiva e, quindi, pienamente valoriali, orientabili ma non vincolabili, giacché non agevolmente irreggimentabili entro confini pretracciati che le svuoterebbero di contenuto. Scelte da collocare, tuttavia, assiologicamente all'interno delle logiche costituzionali, fornendo sempre puntuale motivazione giustificativa, suscettibile di successivo sindacato.

La contrapposizione interessi del singolo/interessi della collettività non si risolve, comunque, attraverso il ricorso a rigidi criteri di tipo quantitativo, commisurando l'entità delle limitazioni rispetto ad ardue graduatorie degli interessi medesimi. Il bilanciamento deve tener conto di un ampio catalogo di variabili non tutte univocamente inquadrabili. Non mancano ipotesi in cui l'esigenza collettiva non orienta necessariamente verso un provvedimento integralmente ablativo, come qualora siano coinvolte esigenze sovraindividuali di continuità aziendale, relative «alla destinazione finalistica delle iniziative di impresa prese in considerazione (servizi pubblici o di pubblica necessità) ovvero alle dimensioni delle singole strutture imprenditoriali coinvolte o, ancora, alla consistenza del radicamento territoriale delle stesse e ai connessi livelli occupazionali»<sup>79</sup>. Esigenze eventualmente garantibili ex artt. 104, comma 1, lett. c e 104-bis n. att. c.p.p., quando il provvedimento di «sequestro preventivo o la confisca abbiano per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione» (comma 1)<sup>80</sup>.

A prevalere deve essere, da un lato, la lettura sistematica prospettata dalle sezioni unite<sup>81</sup>, tesa alla valorizzazione della funzione prettamente cautelare e non sanzionatoria del sequestro preventivo anche alla luce della presunzione d'innocenza e dei criteri di adeguatezza e proporzionalità<sup>82</sup> della misura reale<sup>83</sup> e, dall'altro lato, l'esplicita indicazione da parte della medesima Corte di un'unica eccezione, rigorosamente intesa ed espressamente individuata nelle «cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato»<sup>84</sup>.

#### PERICULUM IN MORA E SEQUESTRO PER EQUIVALENTE

Autonoma considerazione merita il sequestro preventivo anticipatorio ripristinatorio, ovvero il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente di somme di denaro per l'intervenuta dispersione del prezzo, del prodotto o del profitto del reato<sup>85</sup>. Ipotesi che non sfugge all'ampia portata dell'argomen-

<sup>78</sup> Cfr. M. Arbotti, *L'accertamento del periculum*, cit., p. 23.

<sup>79</sup> R. Garofoli, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 settembre 2015, p. 3.

<sup>80</sup> Cfr. Cass., sez. III, 2 luglio 2010, n. 35801, in *Guida dir.*, 2011, 5, p. 108, che richiama le esigenze produttive e occupazionali. In argomento, v. T. Bene, *L'esecuzione del sequestro preventivo e l'amministrazione dei beni sequestrati*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 269 ss. Per l'auspicio di un'estensione delle logiche sottese all'art. 104-bis n. att. c.p.p., v. M. Arbotti, *L'accertamento del periculum*, cit., p. 29. Cfr. anche M. Galli, *Poteri confusi, poteri contesi: il giudice penale di fronte alle esigenze di continuità aziendale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2018, 4, p. 102.

<sup>81</sup> In questo senso, v. Cass., sez. VI, 5 luglio 2022, n. 32582, cit.

<sup>82</sup> Cfr. M. Arbotti, *L'accertamento del periculum*, cit., p. 25. Il rispetto del canone di proporzionalità postula anche la garanzia di una 'durata ragionevole' del vincolo, che non può protrarsi oltre un tempo ulteriore rispetto a quanto strettamente necessario per il fine da perseguire nel caso concreto, cfr. Cass., sez. VI, 21 novembre 2022, n. 1645, in *CED Cass.* n. 284158-01, per una fattispecie di sequestro preventivo a fini di confisca per equivalente del profitto di reti tributarie protrattosi per oltre nove anni.

<sup>83</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 23062, cit., *Considerato in diritto*, § 4. Nello stesso senso, Id., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 20649, in *CED Cass.* n. 284757-01; Id., sez. VI, 29 novembre 2022, n. 826, in *Cass. pen.*, 2023, p. 2032; Id., sez. VI, 3 novembre 2022, n. 48333, in *CED Cass.* n. 284073-01.

<sup>84</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 12, p. 542. V., retro, § 3.

<sup>85</sup> Sull'istituto, v. M. Amisano Tesi, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. disc. pen.*, agg. IV, Torino, Utet, 2008, p. 191; A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, cit., p. 184 ss.; E. Nicosia, *La confisca e le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 16; F. Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per*

tare delle sezioni unite del 2021, nonostante non manchi un diverso orientamento che svincola il sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria per equivalente, sostitutiva di quella diretta, da specifici oneri motivazionali sul *periculum in mora*. La ricostruzione si fonda sulla peculiare natura del sequestro per equivalente quale ipotesi ablativa – diversa da quella di cui all’art. 240 c.p. – di tipo prettamente sanzionatorio e ripristinatorio della situazione preesistente al reato, senza le caratteristiche di misura di sicurezza patrimoniale, una natura che non postulerebbe la verifica della sussistenza di specifiche esigenze cautelari, ancorando lo strumento al mero *fumus commissi delicti* e all’equivalenza di quanto sequestrato con gli ipotizzati profitto o prezzo del reato<sup>86</sup>.

La differente qualità di tale ipotesi di confisca non può essere in grado di incidere, tuttavia, modificandola, sulla funzione cautelare del sequestro preventivo.

L’evidente carico indiziario fornito da pregresse iniziative dell’imputato volte a inibire la concreta efficacia di una confisca obbligatoria, attraverso la dispersione dei propri beni, erode certamente e in maniera significativa lo spazio per un diniego del sequestro per equivalente, ma imprescindibile rimane, comunque, una specifica motivazione in merito al perdurare dell’urgenza rispetto a un eventuale rischio di successiva ulteriore dispersione<sup>87</sup>, pena il configurarsi di un’inammissibile presunzione assoluta di pericolosità derivante dalla previa scomparsa di quanto sequestrabile in via diretta.

L’impossibilità di un sequestro preventivo sui beni di immediata derivazione dal reato quale profitto dello stesso non può legittimare di per sé solo una conseguente misura che intervenga per equivalente, assorbendo integralmente il presupposto cautelare del *periculum in mora*<sup>88</sup>, giacché, in tal modo, si dedurrebbe da un’iniziale condotta dispersiva, certo negativamente prognostica, un’automatica previsione di ‘recidiva’ nelle medesime iniziative inibitorie dell’intervento cautelare. Una presunzione di *periculum in mora* che rischia di divenir ancor più radicale di quella prevista in materia di libertà personali nell’art. 275, comma 3, c.p.p., attraverso cui il legislatore si è spinto fino a legittimarne di assolute esclusivamente sul terreno dell’adeguatezza e non dell’imprescindibile verifica dei presupposti cautelari.

L’irrealizzabilità dell’intervento ablativo addebitabile in via diretta al prevenuto lascia, tuttavia, il segno nelle concrete valutazioni del giudice e la motivazione sul *periculum* potrà limitarsi, in questi casi, anche a una ‘basica’ ed essenziale considerazione congiunta del rischio di dispersione connaturato alla fungibilità del denaro, da un lato, e delle condotte illecite contestate dagli investigatori unitamente alle pregresse iniziative dispersive o, comunque, dissimulatorie dell’effettiva realtà economica<sup>89</sup>.

Il coinvolgimento di beni individuabili solo per equivalente, lungi dal rendere impossibile la valutazione del *periculum*, giustificando una rinuncia alla motivazione sul punto<sup>90</sup>, impone, invece, esclusivamente di adeguare l’argomentare del giudice alla peculiare natura di siffatta ipotesi di sequestro pre-

*equivalente*, Padova, Cedam, 2012, p. 90 ss. Sull’esecuzione della confisca per equivalente non preceduta da sequestro preventivo, anche alla luce del nuovo art. 86, comma 1-bis, n. att. c.p.p., interposto con l’art. 40, comma 1, lett. i, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), v. G. Pestelli, *Brevi note critiche sull’esecuzione della confisca per equivalente non preceduta da sequestro preventivo nel nuovo decreto delegato di riforma del processo penale*, in *Sistema penale*, 21 ottobre 2022, p. 2 ss., anche per un catalogo delle principali disposizioni speciali che prevedono ipotesi di confisca per equivalente, p. 3, nt. 5.

<sup>86</sup> Cfr. Cass., sez. II, 14 luglio 2022, n. 36291, cit. Analogamente, A. Carchietti, *Sequestro preventivo*, cit., p. 149, qualifica il sequestro per equivalente come «un presidio cautelare “autonomo”, tale da richiedere un vaglio altrettanto autonomo in punto di *periculum*»; sembra provar troppo, tuttavia, l’argomentazione secondo la quale il sequestro per equivalente sfuggirebbe all’obbligo di specifica motivazione anche in tema di *periculum in mora*, per la sua «funzione “ancillare” rispetto ad un sequestro diretto con esito infausto» verso cui estrinseca «il proprio ruolo “servente” e subordinato», funzione e ruolo che, viceversa, non sembra debbano orientare verso una differenziazione circa i necessari presupposti del provvedimento ablativo, giacché ‘ancillarità’ e ‘servenza’ dovrebbero confermare, anzi, l’unitaria natura dello strumento, nonostante sia stato preceduto dall’intervento qualificabile come diretto.

<sup>87</sup> Cfr. Cass., sez. III, 13 ottobre 2023, n. 41602, in *Quot. giur.*, 24 ottobre 2023; Id., sez. IV, 16 dicembre 2022, n. 2331, in *Dir. & giust.*, 23 gennaio 2023, con nota di A. Panetta, *Poteri del Tribunale del Riesame in sede di rinvio a pronunciarsi sulla sussistenza del periculum in mora*; Id., sez. III, 30 novembre 2022, n. 216, in *One Legale*.

<sup>88</sup> In questi termini, invece, Cass., sez. II, 14 luglio 2022, n. 36291, cit.; nonché, in precedenza, limitando la verifica giudiziale alla mera appartenenza dei beni coinvolti a quelli oggettivamente passibili di confisca, Id., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1667, con nota di D. Potetti, *Confisca tributaria e sequestro preventivo alla luce del nuovo art. 12-bis, comma 2, del D.lgs. n. 74/2000*.

<sup>89</sup> Cfr. Cass., sez. III, 13 maggio 2022, n. 39848, in *One Legale*, in materia di reati tributari.

<sup>90</sup> In questi termini, invece, Cass., sez. III, 13 maggio 2022, n. 38079, cit.

ventivo finalizzato alla confisca. Lo stesso filone giurisprudenziale che sembra voler sottrarre il sequestro per equivalente a una puntualizzazione del *periculum* insito nella libera disponibilità del bene potrebbe essere letto, infatti, alla luce di una diversa lente prospettiva, attraverso la quale la relazione con la motivazione sul punto non sia in chiave di sua negazione, bensì, proprio, in termini di adattamento e valorizzazione delle caratteristiche delle singole fattispecie concrete coinvolte, mediante una sorta di necessitato approccio casistico. È quanto che accade qualora si ponga l'accento su uno specifico e attuale rischio di nuova dispersione ricavato, nella provvisorietà dell'approccio cautelare<sup>91</sup>, dal combinato delle singole caratteristiche del bene da vincolare<sup>92</sup> con la volatilità del denaro e delle precedenti, anch'esse specificamente considerate, condotte del sottoposto alle indagini di occultamento<sup>93</sup> o tali, comunque, da delineare un peculiare contesto gravemente indicativo di un nuovo pericolo di perdita dei beni<sup>94</sup>. Quel che si rivela imprescindibile è che sussistano sufficienti elementi indizianti che orientino per un ragionevole quadro di pericolo<sup>95</sup>, senza che possa considerarsi adeguato un percorso argomentativo che si limiti a un'acritica evidenziazione della mera natura fungibile del bene somma di denaro, facilmente occultabile, ma di per sé non intrinsecamente illecito pur se in ingente quantitativo e, quindi, maggiormente a rischio dispersione<sup>96</sup>, e ciò altresì quando tale contesto fosse sommabile a un'ipotesi di pregresso occultamento, ma non accompagnata da un'ulteriore aggiuntiva prognosi negativa, specifica e attuale.

In tale prospettiva, ad assumere rilievo, in sede di successivo sindacato sull'operato del giudice della cautela, diviene non tanto la legittimità di una radicale rinuncia alla motivazione sul *periculum in mora*, quanto un adempimento dell'obbligo motivazionale che non si allontani eccessivamente, svuotandoli di contenuto, dai rigorosi *standard* delineati dalle sezioni unite e rifugga dal limitarsi a mere formule di stile *passerpartout*, disancorate da quanto sottoposto, di volta in volta, alla valutazione del giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di sequestro<sup>97</sup>.

#### UN'ACTIO FINIUM REGUNDORUM DEI POTERI DEL GIUDICE DEL RIESAME

L'aggravarsi degli oneri di motivazione impone anche una riflessione sulle conseguenze sanzionatorie degli eventuali *deficit* argomentativi o di giustificazioni del provvedimento solo apparenti.

Si riscontrano in proposito esplicite prese di posizione che escludono il più grave vizio di motivazione sui presupposti del sequestro, orientandosi, invece, più a monte, verso l'errore di diritto circa la sussistenza stessa dell'obbligo di motivazione sul *periculum in mora* pure per le ipotesi di sequestro preventivo anticipatorio della confisca. Un errore che sarebbe stato generato dal conflitto ermeneutico che ha condotto all'intervento nomofilattico del 2021<sup>98</sup>.

<sup>91</sup> Cfr. Cass., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 46252, in *CED Cass.* n. 283824-01.

<sup>92</sup> Cfr. Cass., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 46251, cit.

<sup>93</sup> Cfr. Cass., sez. II, 13 ottobre 2022, n. 38803, in *DeJure*.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., sez. III, 5 ottobre 2022, n. 44456, in *DeJure*, ove si desume il *periculum in mora* «sia dall'esistenza di disponibilità non di molto superiori al profitto del reato, sia dalle plurime movimentazioni dei conti correnti».

<sup>95</sup> Cfr. Cass., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 46251, cit.

<sup>96</sup> Cfr. Cass., sez. III, 13 ottobre 2023, n. 41602, cit., relativa all'annullamento di un'ordinanza di sequestro di € 57.963,14, per il reato di cui all'art. 452-*bis* c.p.

<sup>97</sup> Nell'ambito delle logiche di non rinviabilità dei provvedimenti ablativi, merita un cenno anche un recente arresto giurisprudenziale in tema di richieste di cooperazione giudiziaria funzionali all'esecuzione all'estero di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, che, secondo quanto previsto negli artt. 33, sull'autorità centrale, e 34, sulla comunicazione diretta, della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato e sul finanziamento del terrorismo, stipulata a Varsavia il 16 maggio 2005, si rivelano possibili mediante trasmissione diretta tra autorità giudiziarie solo qualora si motivi la situazione d'urgenza, evitandosi, così, l'altrimenti obbligatorio passaggio attraverso l'autorità centrale competente, destinataria, in queste ipotesi, esclusivamente dell'invio di una copia da parte dell'omologa autorità estera, così Cass., sez. VI, 13 giugno 2023, n. 31174, in *Sist. pen.*, 20 luglio 2023, *Considerato in diritto*, § 5.3, per una richiesta dall'autorità giudiziaria sanmarinese a quella italiana di sequestro a fine di confisca, anche in forma equivalente, del profitto del reato di riciclaggio.

<sup>98</sup> Cfr. A. Carchietti, *Sequestro preventivo*, cit., p. 148, che riferisce di un errore di diritto, «se mai ve ne fu uno, assolutamente scusabile, poiché radicato su una linea ermeneutica avallata – con pochissime eccezioni – proprio dalla Suprema Corte».

La scelta di campo in favore dell'errore di diritto si rivela dirimente rispetto ai conseguenti poteri del tribunale del riesame legittimato a emendare il vizio, facendo uso dei propri strumenti integrativi<sup>99</sup>, mentre il radicale vizio di motivazione inibirebbe analoghi interventi. In tali ipotesi, infatti, «i giudici della cautela, pur integrando nella sostanza il deficit motivazionale in punto di *periculum*, forn[irebbero] in realtà le linee direttrici della diversa interpretazione dell'art. 321 c.p.p., comma 2, in conformità a quanto nel frattempo chiarito dalla sentenza a sezioni unite»<sup>100</sup>.

Se, tuttavia, tale linea ricostruttiva poteva rivelarsi ancora condivisibile in presenza di un grave contrasto interpretativo non ancora risolto e in grado, pertanto, di determinare l'errore, il contrario dovrebbe ritenersi, invece, quando possa dirsi ormai entrata a pieno regime una lettura compositiva del conflitto che non legittimi più il persistere del medesimo errore di diritto, lasciando riespandere il vizio di motivazione, con conseguente ridimensionamento dei poteri emendativi e integrativi in capo al giudice del riesame.

Inoltre e come visto<sup>101</sup>, se in sede di originaria emanazione del provvedimento cautelare ben possono coesistere le due diverse anime del sequestro preventivo, una siffatta sovrapposibilità circoscrive i propri effetti esclusivamente nell'ambito dell'iniziale momento impositivo. È inibito, infatti, al giudice del riesame sostituire, ad esempio, all'eventuale finalità impeditiva posta a fondamento del decreto impugnato quella anticipatoria della confisca, con una conseguente mutazione genetica del titolo cautelare e uno slittamento della misura dall'alveo del comma 1 a quello delle fattispecie disciplinate nei successivi<sup>102</sup>, e ciò anche in ossequio al vincolo derivante dalla indefettibile richiesta del pubblico ministero, da presentarsi in maniera non generica. Richiesta espressamente menzionata, tuttavia, solo nel comma 1 dell'art. 321 c.p.p., relativamente al sequestro impeditivo<sup>103</sup>, mentre nei commi ove la misura è legata alla confisca a venire richiamato è esclusivamente l'intervento dell'organo giurisdizionale. A dover essere riempito di contenuto è, pertanto, innanzitutto l'avverbio 'altresì' utilizzato nel comma 2 che, se da un lato fa da ponte con la previsione precedente<sup>104</sup>, potrebbe lasciare spazio, comunque, anche a possibili letture<sup>105</sup> in termini di elemento di cesura e smarcamento rispetto alla stessa, dando vita a una fattispecie di sequestro del tutto autonoma e dai differenti presupposti<sup>106</sup>. Per quel che riguarda, però, la sequenza domanda del pubblico ministero-decreto motivato del giudice (salvi i casi in cui «non è possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del giudice», che interverrà in sede di convalida di quello del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, *ex art. 321, comma 3-bis, c.p.p.*<sup>107</sup>), nonostante il silenzio dei commi 2 e 2-bis dell'art. 321 c.p.p. e ancor prima del dettato del comma 1, è la rigorosa logica cautelare a inibire iniziative *ex officio* e a pretendere che il giudice rimanga organo di garanzia rispetto a diritti costituzionalmente garantiti attentati dalle valutazioni della pubblica accusa<sup>108</sup>, in relazione alle quali non si rivela sistematicamente accettabile un'opera di supplenza giurisdizionale<sup>109</sup>.

<sup>99</sup> Cfr. Cass., sez. III, 13 maggio 2022, n. 39846, in *CED Cass.* n. 283831-01, relativamente a un provvedimento, silente sul *periculum in mora*, adottato dal giudice per le indagini preliminari prima della pronuncia delle Sezioni unite del 2021.

<sup>100</sup> Cass., sez. III, 13 maggio 2022, n. 39848, cit.

<sup>101</sup> V. *retro*, § 2, nota n. 31.

<sup>102</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 28 febbraio 2023, n. 15852, in *CED Cass.* n. 284598-01, per una fattispecie nella quale il giudice per le indagini preliminari aveva adottato un provvedimento di sequestro impeditivo ritenuto dal tribunale del riesame «legittimo in quanto relativo a denaro di cui andrà disposta obbligatoriamente la confisca» (*Ritenuto in fatto*, § 3.1).

<sup>103</sup> Cfr. Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 1050, in *CED Cass.* n. 212932; nonché P. Gualtieri, *Sequestro preventivo*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, A. Scafati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, t. II, *Le misure cautelari*, Milano, Utet, 2008, p. 418. Per l'esclusione di profili di incostituzionalità per contrasto con l'art. 24 Cost., v. C. cost., ord. 11 luglio 1991, n. 334.

<sup>104</sup> Cfr. M. Montagna, *La dinamica applicativa e la perdita di efficacia*, in Ead. (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., p. 204.

<sup>105</sup> V., tuttavia, *retro*, § 3, nota n. 57.

<sup>106</sup> Cfr., sul punto, M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti*, cit., p. 4440.

<sup>107</sup> Per la non impugnabilità, stante il principio di tassatività, del provvedimento provvisorio non giurisdizionale, «posto che tale provvedimento, se non convalidato dal giudice, perde automaticamente efficacia ai sensi dell'art. 321, comma 3-ter. c.p.p.», v. Cass., sez. II, 24 febbraio 2023, n. 23295, in *CED Cass.* n. 284635-01; nei medesimi termini, già Id., sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5770, *ivi* n. 258936; Id., sez. VI, 5 marzo 1993, n. 651, *ivi* n. 193987.

<sup>108</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 luglio 2013, n. 33200, in *CED Cass.* n. 256851; Id., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39323, *ivi* n. 244614; nonché M. Montagna, *La dinamica applicativa*, cit., p. 203 s.

<sup>109</sup> Cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *Garanzie insufficienti*, cit., p. 4440.

La richiesta del pubblico ministero, inoltre, delimitando «i confini entro cui la decisione dell'organo giurisdizionale deve muoversi»<sup>110</sup>, riverbera effetti anche nella fase successiva della vita del vincolo, che mantiene legittimità solo all'interno dei medesimi confini iniziali, pena un «pregiudizio del diritto al contraddittorio dell'interessato»<sup>111</sup>. Un'incidenza del giudice del riesame sulle giustificazioni del sequestro finirebbe per esplicitarsi al di là le scelte del pubblico ministero e, sganciandosi da esse, può essere equiparata a un caso di assenza della domanda determinante nullità assoluta insanabile e rilevabile, anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, per violazione dell'art. 178, comma 1, lett. b, c.p.p.<sup>112</sup>, giacché si legittimerebbe in maniera surrettizia «un potere sostanzialmente officioso, che invece il legislatore ha inteso ripudiare»<sup>113</sup>. All'organo giurisdizionale non è permesso, cioè, alcuno «*ius variandi*» tale da fuoriuscire dallo specifico *petitum*<sup>114</sup> prospettato dall'accusa, sia quando si tratti del giudice chiamato a valutare la richiesta sia quando si tratti di altro organo chiamato a sindacare, in sede d'impugnazione, la decisione del diretto destinatario dell'istanza originaria, e ciò proprio secondo lo schema cadenzato della necessaria domanda del pubblico ministero con esclusione di iniziative *ex officio*, tipico dell'intera materia cautelare, personale e reale<sup>115</sup>.

Diversa si presenta l'eventualità del giudice che si limiti esclusivamente a integrare la motivazione del decreto impugnato, collocandosi nell'ambito della medesima istanza avanzata dal pubblico ministero, o solo a qualificare in maniera corretta il provvedimento richiesto sulla base delle stesse finalità prospettate dall'accusa, mantenendosi all'interno dell'operare proprio dell'organo dell'impugnazione<sup>116</sup>. In particolare, legittima si rivela una riqualficazione che determini, all'esito del riesame, la traslazione dai confini del sequestro preventivo disposto ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. al più ristretto perimetro del comma successivo, «trattandosi, in entrambi i casi, di provvedimento ablatorio strumentale alla confisca»<sup>117</sup> e rappresentando la fattispecie del comma 2-*bis* un sottoinsieme di tale più generale ambito<sup>118</sup>.

Le logiche del giudizio rescissorio impongono, inoltre, che il giudice del rinvio, chiamato in causa dalla Corte di cassazione in seguito all'annullamento di un'ordinanza del tribunale del riesame attraverso cui si disponga la rivalutazione del *fumus commissi delicti*, sia tenuto a coinvolgere nel suo giudizio anche il *periculum in mora*, prescindendo dal contenuto dell'originaria istanza di riesame sul punto, e ciò per il «carattere assorbente del giudizio sull'insussistenza del *fumus* rispetto a quello del *periculum*»<sup>119</sup>, che necessita, pertanto, autonoma verifica.

<sup>110</sup> M. Montagna, *La dinamica applicativa*, cit., p. 201.

<sup>111</sup> Cass., sez. V, 22 settembre 2016, n. 54186, in *CED Cass.* n. 268748; Id., sez. VI, 12 luglio 2012, n. 30109, *ivi* n. 252998.

<sup>112</sup> Per la nullità assoluta in caso di difetto della domanda del pubblico ministero, v. Cass., sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 2032, in *Arch. pen.*, 2014, 1, p. 4, con nota di M. Montagna, *Sequestro preventivo in funzione di confisca per equivalente: la necessaria iniziativa del p.m. e la tutela dei terzi estranei*; Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 1050, cit.

<sup>113</sup> Cass., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 2032, cit., in una fattispecie di intervenuta estensione dell'ambito applicativo, soggettivo e oggettivo, di un sequestro già disposto, al fine di agevolarne le modalità di esecuzione a seguito di una richiesta di chiarimenti da parte del custode e amministratore giudiziario dell'azienda coinvolta (l'Ilva di Taranto).

<sup>114</sup> M. Montagna, *La dinamica applicativa*, cit., p. 201.

<sup>115</sup> È, infatti, «da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescinda dall'iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente "richiedente" senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*», così, rispetto all'art. 291, comma 1, c.p.p., la *Rel. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 74. Cfr., sul punto, C. cost., sent. 20 gennaio 1992, n. 4, *Considerato in diritto*, § 4, in *Giur. cost.*, 1992, p. 20, con nota di M. Chiavario, *Una sentenza rispettosa dei ruoli "naturali" del pubblico ministero e del giudice*; nonché Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 8388, in *Foro it.*, 2000, II, c. 588.

<sup>116</sup> Cfr. Cass., sez. III, 4 novembre 1998, n. 2861, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1027.

<sup>117</sup> Cass., sez. VI, 15 febbraio 2023, n. 23062, cit., *Considerato in diritto*, § 2, per una fattispecie in cui il reato contestato era «costituito dal peculato, e, quindi, da uno dei delitti previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, per i quali è espressamente applicabile l'art. 321 c.p.p., comma 2-*bis*» (*Considerato in diritto*, § 2).

<sup>118</sup> Cfr., *retro*, § 4.

<sup>119</sup> Cass., sez. IV, 16 dicembre 2022, n. 2331, cit.

## IL FUMUS COMMISSI DELICTI

Puntuale e specifica motivazione, infine, anche per l'altro dei presupposti cautelari, il *fumus commissi delicti*<sup>120</sup>, nonostante la *littera legis* contenga un riferimento a esso non esplicito<sup>121</sup>, ma meramente indiretto ed esclusivamente per quel che riguarda il sequestro impeditivo, attraverso il reiterato<sup>122</sup> riferimento alla cosa pertinente a un reato<sup>123</sup>, che deve poter essere almeno individuabile<sup>124</sup>.

Nella medesima logica di valorizzazione della funzione cautelare del sequestro preventivo, infatti, come il *periculum* non può limitarsi al richiamo della esclusiva confiscabilità della *res*, così il *fumus* «non può limitarsi ad una mera verifica astratta circa la qualificazione giuridica del fatto», avendo, invece, il giudice per le indagini preliminari l'onere di procedere, per ogni tipologia di sequestro preventivo, a un «accertamento degli effettivi indizi di reato», ovvero il «comune *fumus boni iuris* da intendersi come sussistenza di un quadro indiziario minimo»<sup>125</sup>, che faccia «apparire verosimile che un reato sia stato commesso»<sup>126</sup>.

Ancora una volta, prevale un generale rifiuto di qualsivoglia automatismo derivante dalla fattispecie prospettabile sebbene non possa dirsi direttamente applicabile alle cautele reali l'art. 273, comma 1, c.p.p., posto a tutela delle libertà personali<sup>127</sup>, stante la diversità, anche «di rango costituzionale»<sup>128</sup>, degli interessi in campo, pur nella indubbia afflittività degli interventi in materia patrimoniale.

Rispetto al risalente arresto delle sezioni unite, che proprio sulla base dell'autonomia dei sequestri cautelari dall'art. 273 c.p.p., aveva escluso la necessità di un accertamento dei gravi indizi di colpevolezza<sup>129</sup>, si consolida quella linea ermeneutica che tende a innalzare il livello di garanzia in materia, imponendo anche per il *fumus boni iuris* un più puntuale sforzo motivazionale, finalizzato alla verifica della sussistenza almeno di uno *standard* minimo di 'serietà' indiziaria<sup>130</sup>, attraverso una valutazione allo stato degli atti di 'qualificata probabilità' di responsabilità<sup>131</sup>. È in particolare il sequestro finalizzato alla confisca a postulare, nel rispetto della presunzione d'innocenza, una specifica prognosi di responsabilità del destinatario della misura che, ai sensi dell'art. 240, commi 3 e 4, c.p., coincida con persona non estranea al reato<sup>132</sup>, giacché «a seconda della connotazione oggettiva o soggettiva

<sup>120</sup> Sulla «funzione garantistica del *fumus commissi delicti*», v. E. Guido, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 69 ss.; nonché R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 90 ss. Sull'«evanescente consistenza del *fumus*» nel sequestro finalizzato alla confisca, cfr., però, A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 3 ss.

<sup>121</sup> «La nozione di *fumus commissi delicti* rilevante per l'applicazione della misura cautelare reale del sequestro preventivo non è individuata in modo univoco né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza», sottolinea G. Caneschi, *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, p. 55, nonché in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 13.

<sup>122</sup> Cfr. N. Triggiani, *La misura volta ad evitare il reiterarsi del reato*, cit., p. 145.

<sup>123</sup> Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 557, secondo cui «nessun accenno ai "gravi indizi", ma (a parte la confisca obbligatoria ex art. 240<sup>2</sup>, n. 2) è requisito implicito nell'idea della "cosa pertinente al reato"».

<sup>124</sup> Il sequestro preventivo di denaro contante, in particolare, diviene legittimo solo «nei limiti in cui risulti accertato il nesso di pertinenzialità rispetto al reato, ravvisabile qualora il denaro costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato, oppure sia servito a commetterlo, ovvero sia concretamente destinato alla commissione dello stesso», così Cass., sez. VI, 28 febbraio 2023, n. 15852, cit., che ribadisce quanto già statuito da Id., sez. VI, 20 marzo 2018, n. 17997, in *CED Cass.* n. 272906.

<sup>125</sup> Citazioni da Cass., sez. V, 25 giugno 2021, n. 34071, in *Arch. n. proc. pen.*, 2022, p. 266, con nota di M. Albissini, *Luci e ombre del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo: il lungo percorso verso la concretezza*. Richiama il «metro del *fumus commissi delicti*» anche in ambito reale, C. cost., ord. 18 aprile 2007, n. 153, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 744.

<sup>126</sup> C. cost., sent. 6 aprile 2023, n. 91, *Considerato in diritto*, § 14, in *questa rivista*, 2023, p. 1352, con nota di R. Tecce, *Cautele reali e limiti all'incompatibilità del giudice in sede di rinvio*.

<sup>127</sup> Cfr. Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1969, con nota di R. Mendoza, *L'incidenza dei vincoli paesistici su opere in corso alla data del 7 settembre 1985 che abbia alterato lo stato dei luoghi*.

<sup>128</sup> C. cost., ord. 18 aprile 2007, n. 153, in *Giur. cost.*, 2007; sulla non piena equiparabilità fra cautele reali e cautele personali, v. anche C. cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48, *ivi*, 1994, I, p. 271, con osser. di C. Paterniti, *Esigenze di descrizione del fatto tipico e tecniche normative corrispondenti*.

<sup>129</sup> Cfr. Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 4, cit.

<sup>130</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 23 novembre 2017, n. 18183, in *CED Cass.* n. 272927; Id., sez. III, 4 giugno 2014, n. 37851, *ivi* n. 260945.

<sup>131</sup> Cfr. Cass., sez. II, 9 luglio 2019, n. 29689, in *CED Cass.* n. 277020.

<sup>132</sup> Cfr. F. Beatrice, *Attività investigative per l'accertamento della responsabilità patrimoniale e standard probatori: la regola del fumus*

del sequestro, il presupposto della misura necessariamente varia, includendo, o meno, il profilo della colpevolezza»<sup>133</sup>.

#### UNA RASSEGNA PRESA D'ATTO CONCLUSIVA, ASPETTANDO ANCORA (CON OTTIMISMO) SEZIONI UNITE E LEGISLATORE

L'indubbiamente importante intervento a sezioni unite del 2021 aveva il compito (e, forse, la pretesa) di dirimere dubbi e contrasti ermeneutici/applicativi sulle interrelazioni sequestro/confisca, ma il bersaglio non può dirsi perfettamente centrato e lo dimostra una giurisprudenza di merito o a sezioni semplici che continua ad alzare sempre più l'asticella dei concreti spazi operativi del sequestro preventivo, *trend* rispetto al quale proprio l'intervento nomofilattico si è rivelato un'arma spuntata.

La sensibilità dello strumento cautelare in esame e lo stringente intreccio normativo che lo lega a doppio filo con il terreno sostanziale della confisca rendono inevitabile, quanto auspicabile, un nuovo interessamento da parte della massima estensione dell'organo di legittimità che, al fine di arginare le continue fughe in avanti di una giurisprudenza di merito portata a valorizzare le logiche efficientistiche, si ponga in chiave d'integrazione di quanto già statuito e di conseguente definizione degli ulteriori contrasti giurisprudenziali insorti sui punti non espressamente coinvolti dalla pronuncia del 2021 (si pensi al tema del sequestro per equivalente) o su quelli determinati proprio dalla medesima pronuncia circa una generalizzata necessità della motivazione sul *periculum in mora* (come avviene in materia di sequestri obbligatori di cui all'art. 321, comma 2-bis, c.p.p.<sup>134</sup>) o, ancora, su quanto si riveli logica conseguenza della pronuncia stessa (come per i riflessi dell'estensione dell'obbligo motivazionale sulle statuizioni del giudice del riesame)<sup>135</sup>.

A ben vedere, le menzionate questioni interpretative<sup>136</sup> possono dirsi tutte figlie dei condizionamenti che la misura cautelare reale del sequestro preventivo subisce ad opera delle dinamiche sostanziali riconducibili a una eterogenea pluralità di misure ablativo ormai forzatamente costrette all'interno degli angusti confini dell'unico lemma che le incasella nella mera denominazione unitaria di confisca<sup>137</sup>, relativa, tuttavia, a un istituto «“neutro” [e] “camaleontico”» in grado «di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento [...] (dove il suo “polimorfismo”»<sup>138</sup> e contagiare gli istituti connessi e derivati, primo proprio il sequestro preventivo.

Tante confische dalle differenti natura e presupposti<sup>139</sup> che postulerebbero più a monte un generale e radicale intervento di riordino sistematico da parte del legislatore<sup>140</sup>, per ridare stabilità al sistema

commisi delicti nel sequestro preventivo e la modulazione dell'onere probatorio, in M. Bargis-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Milano, Utet, 2011, p. 501; R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., p. 120 ss.; G. Caneschi, *La valutazione della gravità indiziaria*, cit., p. 57; A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 2 ss.

<sup>133</sup> M. Ceresa-Gastaldo, *Tra i presupposti del sequestro preventivo “per equivalente” anche l'accertamento del collegamento tra bene sequestrato e profitto del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2011.

<sup>134</sup> Cfr. M. Arbotti, *L'accertamento del periculum*, cit., p. 22 ss.

<sup>135</sup> Per una petizione rivolta alla Suprema Corte, cfr. A. Carchietti, *Sequestro preventivo*, cit., p. 146.

<sup>136</sup> A quanto evidenziato nel testo, può aggiungersi almeno l'ulteriore arresto delle Sezioni unite ai sensi del quale «l'avvio della procedura fallimentare non preclude il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni attratti alla massa fallimentare per i reati tributari», v. Cass., sez. un., 22 giugno 2023, n. 40797, in *Sistema penale*, 9 ottobre 2023; l'ordinanza di rimessione può leggersi *ivi*, 6 aprile 2023, con nota di D. Colombo, *La dichiarazione di fallimento quale causa ostativa al sequestro preventivo ex art. 12-bis d.lgs. 74/2000: rimessa la questione alle Sezioni Unite*.

<sup>137</sup> Cfr. V. Mormando, *Il principio di proporzionalità della confisca: alcune brevi riflessioni, a margine della sentenza 24 giugno 2021, n. 36959 delle SS.UU.*, in *Arch. pen.*, 2023, 2, p. 4.

<sup>138</sup> Citazioni da Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, p. 929, con nota di A.M. Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*. In termini di «naturale polimorfismo dell'istituto», v. Cass., sez. II, 7 maggio 2008, n. 22903, in *Guida dir.*, 2008, 31, p. 102; mentre di strumento «teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide» riferisce V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, p. 1261.

<sup>139</sup> Cfr. A.M. Maugeri, *La riforma delle sanzioni patrimoniali (la confisca penale)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1372, che evidenzia come «in realtà nel diritto moderno si dovrebbe parlare di “confische” penali, più che di confisca penale, non esistendo un unico modello di confisca, ma una pluralità di forme di confisca». Cfr. anche A. Balsamo-C. Brignone, *Le misure di prevenzione patrimoniale*.

delle cautele reali. Quella stabilità che un'inflazione degli interventi a sezioni unite, in realtà, non riesce a garantire, integrando, al contrario, «un elementare sintomo di insicurezza applicativa, non sempre risolta con mano ferma dall'autorevole organo giudiziario»<sup>141</sup>.

Si rivela necessario che giunga a compimento un percorso ricostruttivo finalizzato al governo della misura cautelare reale secondo il parametro della proporzionalità, estrinsecantesi nell'adeguatezza e gradualità della stessa.

In chiave *de iure condendo*, il fine primario da perseguire deve essere, in ossequio alla cifra di *extrema ratio* caratterizzante l'intero ambito cautelare, il consolidamento, attraverso gli oneri argomentativi imposti all'organo giurisdizionale, degli argini innalzati a contenimento delle indebite compressioni di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, secondo la logica del minor sacrificio possibile<sup>142</sup>, evitando la metamorfosi «in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio»<sup>143</sup> di una misura che deve mantenersi nell'alveo della residualità, componente essenziale del principio costituzionale di ragionevolezza, di cui quello di proporzionalità è diretta espressione<sup>144</sup>. Il fine ultimo da perseguire non è la limitazione dei poteri del giudice nella logica del 'meno' sequestri, quanto una valorizzazione degli stessi attraverso la rivitalizzazione dei postulati giustificativi delle misure in una più corretta linea di più sequestri 'necessari' in quanto 'giustificati'.

Una prospettiva di riordino e riscrittura alla quale guardare, tuttavia, con poco ottimismo anche alla luce dell'enciclopedica riforma operata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che solo marginalmente ha interessato l'assetto sistematico della disciplina dei sequestri (con gli interventi minimali sull'art. 578-ter c.p.p., nonché sugli artt. 86 e 104 disp. att. c.p.p.)<sup>145</sup>, qualificandosi, almeno in materia, come occasione non adeguatamente sfruttata da un nomoteta che persiste nel rinunciare a incanalare lungo itinerari efficacemente prevedibili un formante giurisprudenziale inevitabilmente straripante a causa dell'eterogenea pluralità di contrastanti interessi attinti dalla sempre più invasiva arma dei sequestri anticipatori della confisca, in grado di produrre effetti para-sanzionatori estremamente afflittivi.

---

niali tra "diritto vivente", innovazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma, in V. Fanchiotti-M. Miraglia (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 2 s.; E. Nicosia, *La confisca, le confische*, cit., *passim*.

<sup>140</sup> Cfr. L. Tavassi, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata dei sequestri preventivi*, in *Arch. pen.*, 2022, 1, p. 11 ss.

<sup>141</sup> A. Scalfati, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 937.

<sup>142</sup> Cfr. A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria*, cit., p. 5.

<sup>143</sup> Cass., sez. un., 24 giugno 2021, n. 36959, cit., *Considerato in diritto*, § 6.6.2, p. 539.

<sup>144</sup> Cfr., fra le altre, Cass., sez. un., 19 aprile 2018, n. 36072, cit.

<sup>145</sup> Cfr. P. Di Geronimo, *Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro ed esecuzione della confisca*, in A. Bassi-C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 333 ss.; E.N. La Rocca, *Prescrizione del processo, confisca e "sequenze infrante"*, in D. Castronuovo-D. Negri (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli, Jovene, 2023, p. 115 ss.; Ead., *Improcedibilità temporale e confisca*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, Pacini Giuridica, 2022, p. 559; B. Lavarini, *Definitività delle statuizioni penali e rinvio ad altra sede della decisione agli effetti civili e sulla confisca*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 118 ss.; F. Menditto, *La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal Governo*, in *Sistema penale*, 2022, 9, p. 67 ss.; G. Pestelli, *Brevi note critiche sull'esecuzione della confisca*, cit.; D. Potetti, *Note in tema di esecuzione della confisca per equivalente, anche alla luce del d.lgs. n. 150 del 2022 ("Riforma Cartabia")*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 893; G. Spangher, *Improcedibilità ex art. 344-bis c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca*, in Id. (a cura di), *La riforma Cartabia*, cit., p. 210.





Processo penale e giustizia n. 1/2024

# Analisi e prospettive

## *Analysis and Perspectives*

VIOLETTE SIRELLO

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Firenze

## Il *ne bis in idem* transnazionale, un diritto in cerca d'identità

### *The transnational ne bis in idem, a right questing its identity*

Muovendo dalla consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, nonché dalla tutela offerta in ambito euro-unitario, l'articolo ambisce a individuare la sfera operativa del *ne bis in idem* transnazionale – diritto riconosciuto dagli ordinamenti democratici, eppure ancora sfuggente.

Mentre nello spazio europeo il divieto di doppio giudizio si è progressivamente svincolato dal principio di territorialità per affermarsi come diritto fondamentale, così non è nei rapporti con gli Stati extra-UE: qui, il *ne bis in idem* transnazionale è rimasto ancorato alle previsioni convenzionali di volta in volta applicabili, assumendo una portata "a geometria variabile".

Nell'analizzare i riflessi del diritto in parola sui limiti alla pretesa punitiva dell'Italia ex art. 11 c.p. e alla consegna della persona già definitivamente giudicata, l'articolo verifica la perdurante attualità degli odierni approdi giurisprudenziali, prospettandone il superamento al fine di estendere la tutela dei diritti fondamentali.

*The paper focuses on the operational scope of the transnational ne bis in idem, a right recognized by democratic systems but still elusive.*

*While in the context of the EU area of freedom, security and justice (AFSJ) the prohibition of double jeopardy has freed itself from the principle of territoriality, beginning to be recognized as a fundamental right, this is not the case in the relations with non-EU member States: here, the transnational ne bis in idem is still anchored to the conventional provisions applicable on a case-by-case basis, assuming a 'variable geometry' scope.*

*In analyzing the reflections of double jeopardy on the limits to Italy's punitive claim under Article 11 of the Criminal Code, as well as on the surrender of a person who has already been definitively judged, the paper verifies the enduring relevance of jurisprudential approaches, envisaging their overcoming in order to extend the protection of fundamental rights.*

#### VECCHIE RESISTENZE E NUOVI SCENARI

Sin dall'epoca classica<sup>1</sup>, la necessità di allestire una garanzia contro doppi (o multipli) processi relativi al medesimo fatto a carico della medesima persona era emersa prepotentemente. E che tale garanzia sia stata, nel tempo, inglobata nel nocciolo duro dei diritti fondamentali risulta da numerose carte sovranazionali<sup>2</sup> e, ancor più, dal riconoscimento conferitole dalla maggior parte degli ordinamenti<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, M. Pisani, *Il ne bis in idem internazionale ed il processo italiano*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2005, p. 553 ss.; nella letteratura estera, per tutti, J. Lelieur, 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, vol. IX, n. 4, 2013, p. 199 ss. V. anche, con particolare riguardo al rapporto fra cosa giudicata e *ne bis in idem*, per tutti, G. De Luca, voce *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, Treccani, 1989, p. 1 ss.; G. Lozzi, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 912 ss.

<sup>2</sup> V., emblematicamente, gli art. 4 Prot. 7 Cedu, 14 par. 7 PIDU, 8 Convenzione americana sui diritti umani, che, però, si caratterizzano tutti per essere incentrati sulla tutela della dimensione interna del principio.

<sup>3</sup> Fra gli ordinamenti che espressamente riconoscono il principio, numerosi sono quelli che lo hanno costituzionalizzato: solo all'interno dell'Unione europea, undici Stati membri hanno provveduto in tal senso (Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Slovenia, Croazia, Austria, Portogallo, Lituania, Ungheria, Irlanda, Germania, Cipro. Per i relativi dati, cfr. le spiegazioni e i riferimenti costituzionali forniti dalla *EU Agency for Fundamental Rights* in relazione all'implementazione dell'art. 50 CDFUE, consultabili all'indirizzo internet <http://fra.europa.eu/it/eu-charter/article/50-diritto-di-non-essere-giudicato-o-punito-due-volte-lo-stesso-reato>). In dottrina, cfr. G. Conway, *Ne Bis In Idem in International Law*, in *International Criminal Law Review*, n. 3, 2003, p. 217 ss.; A. Giovene, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, Utet, 1991, spec. p. 435-437; S. Gless, *Ne bis in idem in an internation-*

Presidio del giudicato e, dunque, di esigenze di certezza, il *ne bis in idem*<sup>4</sup> ha tradizionalmente visto mutare la propria portata a seconda che ne venisse in gioco la dimensione nazionale, operante nel solo ordinamento interno *ex art. 649 c.p.p.*, oppure quella internazionale<sup>5</sup> (o transnazionale<sup>6</sup>), operante nei rapporti fra ordinamenti. Una sorta di “Giano bifronte”, dunque, i cui volti non hanno, però, mai pienamente goduto di pari dignità.

Proprio nello scacchiere delle relazioni internazionali il divieto del doppio giudizio ha visto pressoché annichilita la sua forza espansiva a causa di due concomitanti fattori: da un lato, la primazia della territorialità della giurisdizione ha sempre dominato la partita perché strumentale all’esercizio della sovranità penale statale; dall’altro, le marcate differenze fra gli ordinamenti in ambito penale hanno giustificato l’indifferenza verso il giudicato già formatosi *aliunde*.

La difficile ricerca di un equilibrio fra la tutela della persona a non essere reiteratamente processata<sup>7</sup> e l’autonomia statale nella scelta delle politiche criminali si è sempre scontrata con il protagonismo degli Stati, poco inclini a cedere porzioni di sovranità in assenza di norme sovranazionali regolatrici il cui primato fosse espressamente riconosciuto dalla comunità internazionale. Del resto, la gelosia degli Stati in materia penale ben si attaglia alla necessità che *ne delicta impunita maneat* e poco importa se ciò avviene a tutto discapito delle garanzie individuali<sup>8</sup>.

Una simile diffidenza ha finito così per relegare la, spesso davvero minimale, disciplina del divieto del doppio giudizio all’interno di fonti pattizie dedicate ad altre e più ampie materie, come emblematicamente rappresentato dalle convenzioni concluse in materia di estradizione e dai trattati sulla *mutual legal assistance*.

La conseguente tutela a macchia di leopardo assegnata al *ne bis in idem* viene ulteriormente parcellizzata a causa dell’assenza di una gerarchia fra i principi in forza dei quali è esercitata la giurisdizione (territorialità, personalità attiva, personalità passiva, universalità): a seconda della preferenza accordata da uno Stato all’uno o all’altro, si pongono le premesse per l’esercizio concorrente della giurisdizione, nei confronti della medesima persona e per il medesimo fatto, appunto da parte di due (o più) Stati<sup>9</sup>.

---

*al and transnational criminal justice perspective – paving the way for an individual right?*, in *Legal Responses to Transnational and International Crimes. Towards an Integrative Approach*, a cura di H. Van der Wilt-C. Paulussen, Elgar, 2017, p. 220 ss.; A. Hernández Lopez, *Conflicts of Jurisdiction and Due Process of Law*, in Id., *Conflicts of criminal jurisdiction and Transfer of Proceedings in the EU*, vol. 3, Cham, Springer, 2022, p. 67.

<sup>4</sup>Sul principio in generale, cfr., per tutti, T. Rafaraci, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 857 ss. Sui rapporti fra giudicato e preclusione, cfr. A. Attardi, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 903-908, nonché, più in generale, già G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, ora in Id., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1993, p. 237 ss. Sulla «funzione costituzionale del giudicato», *ex multis*, C. cost. sent. 24 aprile 2008 n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506 ss. (ma, con specifico riguardo alla citazione, p. 1519), con nota di M. Chiavario.

<sup>5</sup>Sulla relativa nozione v., per tutti, N. Galantini, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 6-7.

<sup>6</sup>Cfr., per l’impiego della locuzione, S. Astarita, voce *Ne bis in idem*, in *Dig. disc. pen.*, agg. IV, t. II, Torino, Utet, 2008, p. 733 ss.; N. Recchia, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti europolitane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1373 ss. (e spec. p. 1376 ss.); e, nella dottrina straniera, per tutti, J. Lelieur ‘*Transnationalising’ Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, cit., p. 198 ss. L’espressione «*ne bis in idem* internazionale» è ormai divenuta di uso corrente per indicare l’operatività del divieto di doppio giudizio nei rapporti di cooperazione orizzontale fra ordinamenti statuali: si pensi, ad esempio, tra le fonti interne, all’art. 18, comma 1, lett. b, l. 22 aprile 2005 n. 69. Tuttavia, appare preferibile impiegare in tali casi la dizione «*ne bis in idem* transnazionale»: il «*ne bis in idem* internazionale» meglio esprime, invece, il divieto operante nei rapporti verticali fra l’ordinamento nazionale e, rispettivamente, ad esempio, la giurisdizione dei Tribunali internazionali *ad hoc* o quella della Corte penale internazionale (art. 20 Statuto di Roma). Su quest’ultimo profilo, cfr., per tutti, D. Spinellis, *The Ne Bis in Idem Principle in “Global” Instruments*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, p. 1149 ss.

<sup>7</sup>Sul versante soggettivo del *ne bis in idem*, volto a impedire che la persona definitivamente giudicata sia illimitatamente perseguita per lo stesso fatto, cfr. G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, *passim*; in generale, sulle funzioni del *ne bis in idem*, per tutti, G. Di Chiara, *Le pietre e l’arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiaracina, Torino, Giappichelli, 2021, p. 3 ss.

<sup>8</sup>Cfr., per una più ampia analisi, R. Calò, *Ne bis in idem: l’art. 54 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell’uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1120 ss.

<sup>9</sup>Ambito che però esula dal presente contributo poiché afferisce al diverso (seppur strettamente connesso) tema della litispendenza (su cui v. in dottrina, per tutti, M. Bontempelli, *La litispendenza penale*, Milano, Giuffrè, 2017; L. Luparia Donati, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012) e dei procedimenti paralleli

V'è di più. Benché sul piano interno il *ne bis in idem* sia riconosciuto come un «principio di civiltà giuridica» tipico degli ordinamenti democratici<sup>10</sup>, sul piano transnazionale se ne nega la natura di «norm[a] del diritto internazionale generalmente riconosciut[a]» ex art. 10 Cost.<sup>11</sup>. Basti volgere lo sguardo alla consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>12</sup> e di legittimità<sup>13</sup>: l'operatività della garanzia viene, qui, condizionata a strumenti pattizi che la prevedano espressamente. Così giustificata la premienza della territorialità, si è conseguentemente affermata la compatibilità costituzionale dell'art. 11 c.p., là dove legittima lo Stato a giudicare il cittadino o lo straniero «anche se sia stato giudicato all'estero». In breve, il *ne bis in idem* transnazionale vale solo ove una disposizione pattizia lo riconosca<sup>14</sup>.

È intuitiva la ragione che sorregge simili orientamenti: elevare il *ne bis in idem* transnazionale al rango di norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta equivarrebbe a rendere il divieto vincolante anche fuori dalle previsioni pattizie<sup>15</sup>. Sotto questo profilo, la riluttanza degli Stati ad ammettere che il principio possa rivestire una portata *erga omnes* emerge, a tutto tondo, anche solo da un approssimativo censimento dei (per vero, pochissimi) ordinamenti che lo accolgono senza riserve<sup>16</sup>.

(cfr. S. Buzzelli, *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, Unione europea: il contesto normativo e gli aspetti problematici*, in *Arch. pen. web*, 2012, n. 1, p. 1 ss.). Su quest'ultimo tema, v., da ultimo, la recente proposta di regolamento, presentata dalla Commissione europea, volta a prevenire e limitare i conflitti di giurisdizione [proposta COM(2023)185 del 5 aprile 2023 sul trasferimento dei procedimenti penali]. Sono parimenti esclusi dal presente studio i casi di conflitto di giudicati, che a livello internazionale non può perfezionarsi: cfr. R. Calò, *Ne bis in idem: l'art. 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, cit., p. 5.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, nella corposa giurisprudenza costituzionale, sull'inquadramento del *ne bis in idem* quale principio di civiltà giuridica, C. cost. sent. 9 aprile 1987, n. 115, in *Giur. cost.*, 1987, p. 836 ss. e C. cost., ord. 5 maggio 1995 n. 150, *ivi*, 1995, p. 1266 ss. (spec. p. 1267); sulla natura del divieto quale garanzia della persona, per tutte, C. cost., sent. 16 giugno 2022, n. 149, *ivi*, 2022, p. 1554 ss., con note di C. Pinelli, F. Pepe, A. Procaccino, L. Bin e F. Medico; sulla riconducibilità del *ne bis in idem* alla categoria della «quiete penalistica» e nel novero dei diritti fondamentali, C. cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, in *Dir. pen. cont.*, ed. online, 24 luglio 2016, con nota di S. Zirulia; nella giurisprudenza di legittimità, per tutte, Cass., sez. un., sent. 28 giugno 2005, n. 34655, ric. Donati, in *Cass. pen.*, 2006, p. 30.

<sup>11</sup> Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, C. cost., sent. 18 aprile 1967 n. 48, in *Giur. cost.*, 1967, p. 299 ss., con nota di M. Chiavario, nonché C. cost., sent. 8 aprile 1976 n. 69, *ivi*, 1976, p. 432 ss., per le quali, in relazione al giudicato straniero, il divieto di doppio giudizio non riveste valore di principio comune alla generalità degli ordinamenti moderni e, dunque, non può considerarsi quale norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, cui l'ordinamento italiano si conforma ai sensi dell'art. 10 Cost. In dottrina, *ex multis*, N. Galantini, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 129-130; N. Galantini, *Ne bis in idem internazionale*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiaracina, cit., p. 263 ss.; F. Iuliano, *Ne bis in idem internazionale e diritto internazionale generale*, in *www.federalismi.it*, 29 aprile 2020, n. 12, p. 144 ss.; B. Nascimbene, *Ne bis in idem*, diritto internazionale e diritto europeo, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1 ss.; in senso critico, V. Esposito, *Ne bis in idem nazionale, comunitario, internazionale. L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, Roma, 1993, p. 309 ss. Nella dottrina straniera, invece, nel senso che il *ne bis in idem*, anche nella dimensione internazionale, riveste natura di principio generale vigente nella quasi totalità degli ordinamenti nazionali, cfr. S. Gless-J.A.E. Vervaele, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 1 ss.; nonché J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem: Towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in J.A.E. Vervaele, *European criminal justice in the post-Lisbon area of freedom, security and justice*, Napoli, ESI, 2014, p. 167 ss.

<sup>12</sup> V. *supra*, nota 11, nonché, anche per ulteriori riferimenti, E. Aprile, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 376-377.

<sup>13</sup> V. da ultimo, Cass., sez. I, sent. 7 settembre 2022, n. 32932, in questa *Rivista*, 2023, p. 355 ss., con nota di E.N. La Rocca, *Il ne bis in idem internazionale: un principio tendenziale che «non fa tendenza»*, *ivi*, p. 360 ss. Cfr. anche, *ex multis*, Cass., sez. III, sent. 18 maggio 2021, n. 34576, C., in *CED Cass.* 282796; Cass., sez. III, sent. 13 marzo 2018, n. 21997, I., in *CED Cass.* 273158; Cass., sez. IV, sent. 6 dicembre 2016, n. 3315, *Shabani*, in *CED Cass.* 269222; Cass., sez. I, sent. 5 aprile 2013 n. 20464, N., in *CED Cass.* 256162; Cass., sez. I, sent. 12 giugno 2014, n. 29664, P.G. in *proc. Spalevic*, in *CED Cass.* 260537; Cass., sez. VI, sent. 22 settembre 2004 n. 44830, *Cuomo e altri*, in *CED Cass.* 230595; Cass., sez. I, sent. 5 febbraio 2004, n. 12953, *Di Blasi*, in *CED Cass.* 227852; Cass., sez. VI, sent. 16 dicembre 1999, n. 4284, *Pipicella e altri*, in *CED Cass.* 216833; Cass., sez. V, ord. 29 maggio 1998, n. 3362, *Bortesi*, in *CED Cass.*, 211504.

<sup>14</sup> Sul punto, v. più diffusamente *infra*.

<sup>15</sup> G. Conway, *Ne Bis In Idem in International Law*, cit., p. 229. Nel senso di una tutela estesa, cfr. anche N. Galantini, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3474 ss.

<sup>16</sup> Per quanto riguarda l'Europa, offre una tutela avanzata l'ordinamento olandese, che, all'art. 68 c.p., riconosce la portata assoluta del *ne bis in idem* transnazionale, a prescindere dal luogo di commissione del reato. Per una rassegna più ampia, cfr. I. Cameron, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Aldershot, Dartmouth Pub. Co., 1993, p. 85, nota 177. Negli ordinamenti di altri Paesi, più frequente è il riconoscimento della dimensione transnazionale del *ne bis in idem* a condizione che

In un simile terreno, si è radicato il diritto euro-unitario. L'ordinamento dell'Unione europea – pur sovrapponendosi a ordinamenti nazionali che già regolavano la materia sulla base di eterogenee fonti pattizie – ha tentato di affiancare all'autorità negativa del giudicato straniero la sua prioritaria natura di garanzia della persona<sup>17</sup>.

Dal canto suo, il dialogo fra le Corti sovranazionali ha propiziato timide aperture da parte della giurisprudenza costituzionale, incentrate però sulla sola dimensione interna del divieto del doppio giudizio: relegato a «principio tendenziale», il *ne bis in idem* transnazionale resta, ad oggi, ancora imprigionato in un groviglio inestricabile di fonti<sup>18</sup>.

#### L'AFFERMAZIONE DEL DIRITTO NELL'UNIONE EUROPEA: UN CAMMINO TORTUOSO MA NECESSITATO

In ambito euro-unitario, la progressiva costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, basato sulla *mutual trust*, ha reso sempre più indifferibile l'esigenza – comunque già fortemente avvertita a livello interno in ragione dello sviluppo della criminalità transnazionale – di predisporre una garanzia contro la duplicazione dei procedimenti, che potesse operare a prescindere dai confini tra gli Stati membri. In questa prospettiva, il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni emesse dalle autorità giudiziarie degli Stati membri ha contribuito a rafforzare significativamente la portata del *ne bis in idem* transnazionale, assicurando così la libertà di circolazione delle persone all'interno dei confini dell'Unione (art. 3 § 2 TUE, art. 45 CDFUE, art. 21 TFUE). Pietra angolare della «cittadinanza europea» introdotta con il Trattato di Maastricht, la libera circolazione sarebbe, in effetti, indiscutibilmente compromessa se si tollerasse che la persona già definitivamente giudicata in uno Stato membro fosse sottoposta a procedimento penale *in idem*, da parte di un altro Stato membro, per la sola ragione di essersi liberamente spostata nell'Unione.

Proprio la necessità di favorire la libertà di circolazione ha rappresentato il volano per l'espressa consacrazione normativa del *ne bis in idem* all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: com'è noto, riprendendo gli spunti offerti dalla Convenzione di Bruxelles del 1987<sup>19</sup>, la Convenzione applicativa degli accordi di Schengen<sup>20</sup> dedica al divieto l'art. 54.

L'operatività del medesimo è tuttavia espressamente subordinata alla condizione che, nel caso in cui sia stata pronunciata sentenza di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione oppure ancora non possa più essere eseguita in forza del diritto nazionale («clausola di esecuzione»). Allo stesso tempo, trattandosi di uno strumento adottato nell'ambito della cooperazione intergovernativa, la CAAS salvaguarda la sovranità punitiva degli Stati prevedendo, al successivo art. 55, che le Parti contraenti possano sottrarsi al vincolo di cui all'art. 54 mediante l'apposizione di riserve. In relazione alla territorialità della giurisdizione, in particolare, la riserva *ex* art. 55, comma 1, lett. a, CAAS opera ove i fatti siano avvenuti, in tutto o in parte, sul territorio della Parte che l'ha apposta, salvo che i medesimi fatti siano avvenuti anche in parte sul territorio della Parte contraente nel quale

---

non sia violato il principio di territorialità, ossia che il reato, già definitivamente giudicato *aliunde*, non sia stato commesso in tutto o in parte sul territorio dello Stato.

<sup>17</sup> Per tutti, T. Rafaraci, *Il principio del ne bis in idem nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, a cura di A. Stasi-L.S. Rossi, Napoli, ESI, 2020, p. 333 ss. Sul punto, più diffusamente, anche per le relative esemplificazioni, v. *infra*.

<sup>18</sup> Cfr., *ex multis*, C. cost., 3 marzo 1997, n. 58, in *Giur. cost.*, p. 597 ss., con nota di R. D'Alessio, secondo cui, nonostante non rientri fra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, il *ne bis in idem* internazionale rappresenta «un principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale», posto a garanzia dei singoli di fronte a concorrenti pretese punitive statali (p. 609). Nel medesimo senso C. cost., ord. 5 maggio 1995, n. 150, cit., p. 1267.

<sup>19</sup> La Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del *ne bis in idem*, 25 maggio 1987, Bruxelles, ebbe un ambito applicativo assai limitato in ragione delle scarse ratifiche (Francia, Italia, Danimarca, Paesi Bassi e Portogallo), ma fu il primo strumento integralmente dedicato a regolare il *ne bis in idem* transnazionale nell'allora Comunità europea.

<sup>20</sup> Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore il 1° settembre 1993 (d'ora in avanti anche «CAAS»), resa esecutiva in Italia con l. 30 settembre 2003, n. 388. L'*acquis* di Schengen, integrato nel diritto dell'Unione europea, è reperibile in GUCE L239 del 22 settembre 2000.

la sentenza definitiva è stata pronunciata: sembra dunque che il principio di territorialità goda, qui, di un favore “temperato”<sup>21</sup>.

Ad ogni modo, seppur con un ambito spazialmente circoscritto all’area Schengen, la CAAS rappresenta un significativo passo in avanti: si tratta della prima convenzione che tutela il *ne bis in idem*, riconoscendogli la natura di diritto individuale *erga omnes*<sup>22</sup>.

Da allora, il cammino, “a piccoli passi”<sup>23</sup>, verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia inteso (anche) a tutelare i diritti fondamentali è stato inarrestabile. Con l’incorporazione dell’*acquis* di Schengen nel diritto secondario dell’Unione europea<sup>24</sup>, l’approccio intergovernativo viene progressivamente superato a favore di un sistema integrato di fonti. La circostanza che, nel protocollo sull’*acquis* di Schengen, non siano state richiamate espressamente le riserve apposte da alcuni Stati membri all’applicazione del *ne bis in idem* ex art. 55 CAAS ha indotto a ritenere che, anche nella sua veste transnazionale, il divieto di doppio giudizio fosse stato elevato a principio generale dell’Unione europea nell’ambito del “terzo pilastro” (GAI)<sup>25</sup>.

Occorrerà tuttavia attendere l’adozione della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea per riconoscere al divieto di doppio giudizio in *idem*, anche nella sua dimensione transnazionale, una vera e propria natura di “diritto fondamentale”: con l’art. 50 CDFUE si corona così, almeno formalmente, il percorso inaugurato a partire dal Trattato di Maastricht<sup>26</sup>.

A pieno titolo fonte del diritto primario dell’Unione europea (art. 6 TUE), il cui valore è pari ai Trattati, la CDFUE si connota per la sua diretta applicabilità<sup>27</sup>. Eppure, per certi versi, lo spazio di libertà,

<sup>21</sup> Per le ulteriori riserve, previste dall’art. 55, lett. b-c, CAAS, afferenti a materie particolarmente sensibili per la sovranità statale, il rischio di aggiramento del *ne bis in idem* è, invece, decisamente meno temperato (v., da ultimo, C. giust. UE, sez. V, sent. 23 marzo 2023, causa C-365/21, MR, sulla quale v. la nota di V. Oddi, *Sulla validità delle eccezioni al ne bis in idem tra acquis di Schengen e Carta di Nizza*, in *Sist. pen.*, 3 agosto 2023, nonché V. Picciotti, *Un’attesa decisione della Corte di Giustizia sulla sorte delle “riserve” in materia di bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 3414 ss.). Va peraltro segnalato come, in sede di ratifica della convenzione, l’Italia si sia avvalsa di tutte le riserve previste dall’art. 55 CAAS.

<sup>22</sup> Così, J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem: Towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 183. Sull’inderminatezza dell’art. 54 CAAS, cfr., però, R. Calò, *Ne bis in idem: l’art. 54 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell’uomo ed istanze di sovranità nazionale*, cit., p. 1120.

<sup>23</sup> Il riferimento è alla celebre dichiarazione dell’allora Ministro degli esteri francese, Robert Schuman, pronunciata il 9 maggio 1950 in occasione della proposta d’istituzione della CECA, reperibile all’indirizzo internet [https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950\\_it](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it).

<sup>24</sup> Cfr. Protocollo n. 2 sull’integrazione dell’*acquis* di Schengen nell’Unione europea, allegato al Trattato sull’Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea (in GUCE C340 del 10 novembre 1997, p. 93 ss.), poi integrato nel TFUE con il Protocollo n. 19 sull’*acquis* di Schengen integrato nell’ambito dell’Unione europea, allegato al Trattato di Amsterdam sull’Unione europea (TUE), in GUCE 115 del 9 maggio 2008, p. 0290-0292.

<sup>25</sup> Cfr. N. Recchia, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1399, nonché, nella dottrina straniera, per tutti, J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem: Towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 183.

<sup>26</sup> Per vero, pur a seguito dell’approvazione della Carta di Nizza, si sono comunque registrate ritrosie da parte di alcuni Stati membri ad accogliere l’idea che il *ne bis in idem* dovesse operare sul piano transnazionale all’interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in ragione delle differenze fra i relativi ordinamenti in ambito penale. La proposta greca (mai approvata) di una decisione quadro sul *ne bis in idem* che abrogasse le disposizioni contenute nell’*acquis* di Schengen e, soprattutto, codificasse nella normativa secondaria europea le riserve previste dall’art. 55 CAAS quali eccezioni al principio è, al riguardo, esemplificativa: cfr. *Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell’adozione della decisione quadro del Consiglio sull’applicazione del «ne bis in idem»*, in GUUE, C100 del 26 aprile 2003, p. 24. Per un’analisi più ampia, J.A.E. Vervaele, *Ne Bis In Idem: Towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 186; nonché M. Wasmeier-N. Thwaites, *The Development of Ne Bis In Idem into a Transnational Fundamental Right in EU law: Comments on Recent Developments*, in *European Law Review*, 2006, pp. 565-578. Sull’art. 50 CDFUE, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. C. Amalfitano-R. D’Ambrosio, sub art. 50, in *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1015 ss.

<sup>27</sup> Cfr., per tutte, C. giust. UE, grande sezione, sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, § 68; nonché, da ultimo, nell’ambito della giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. II, sent. 21 maggio 2019, n. 35126, *Ungaro*, in *CED Cass.* 277071, in tema di rilevanza di ufficio in appello del *ne bis in idem* (relativo a fattispecie di litispendenza) ai sensi delle norme superprimarie, come gli art. 50 CDFUE e 4 prot. 7 Cedu; nonché, già, Cass., sez. VI, sent. 15 novembre 2016, n. 54467, *Resneli*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 20 febbraio 2017, sulla quale v. le note di I. Gittardi, *La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*, *ivi*, 2017, 4, p. 280 ss., e di A. Spinelli, *Richiesta di estradizione e giudicato transnazionale: la Cassazione esalta il ne bis in idem in ambito europeo*, *ivi*, 2017, 2, p. 99 ss. *Contra*, Cass., sez. II, sent. 21

sicurezza e giustizia rappresenta ancora oggi «une zone d'ombre au sol mouvant, où l'on ne s'aventure qu'à tâtons»<sup>28</sup>.

Muovendo dall'evoluzione del divieto in ambito domestico e interpretandolo alla luce del *case-law* della Corte europea dei diritti dell'uomo, in conformità con l'art. 52 § 3 CDFUE, la Corte di Giustizia ha tentato, nel tempo, di riempire di effettività la previsione elaborando argomenti capaci di giustificare la natura di diritto fondamentale propria del *ne bis in idem*<sup>29</sup>.

In seguito al *leading-case* Gözütök e Brügger<sup>30</sup>, si è assistito a un florilegio di pronunce sull'interpretazione del *ne bis in idem* transnazionale ex art. 54 CAAS e 50 CDFUE. Dal concetto di *bis*<sup>31</sup> a quello di *idem factum*<sup>32</sup>, sino alla clausola di esecuzione<sup>33</sup>, le questioni decise dalla Corte di Lussemburgo sono tutte accomunate da un unico *leit-motiv*: la fiducia reciproca nei sistemi repressivi degli Stati membri<sup>34</sup>.

Sviluppatesi principalmente nell'ambito delle procedure di consegna, ove è centrale l'esigenza di scongiurare la duplicazione di procedimenti, la giurisprudenza euro-unitaria ha compiuto decisi passi in avanti, giungendo a estendere la garanzia del *ne bis in idem* anche a cittadini europei ed extra-europei già definitivamente giudicati da uno Stato membro<sup>35</sup>. In breve, abbandonato il requisito della cittadi-

---

maggio 2013, n. 40553, *Tropeano*, in *CED Cass.* 256469, che esclude l'applicabilità diretta dell'art. 50 CDFUE nonostante la condanna fosse stata emessa da uno Stato membro (la Croazia) in ragione del fatto che questa aveva aderito all'Unione europea in data successiva alla celebrazione del processo in Italia.

<sup>28</sup> J. Charpentier, *Vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire français de droit international*, vol. 24, 1978, p. 927 (reperibile anche in <https://doi.org/10.3406/afdi.1978.2134>).

<sup>29</sup> Cfr., *ex multis*, G. De Amicis, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3177B ss.; V. Felisatti, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, in *Legisl. pen. web*, 27 luglio 2017, p. 1 ss.; B. Galgani, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiaracina, Torino, Giappichelli, 2021, p. 233 ss.; A. Hernández Lopez, *Conflicts of criminal jurisdiction and Transfer of Proceedings in the EU*, cit., pp. 70-71; A. Mangiaracina, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 631 ss.; A. Procaccino, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 480 ss.; nonché, anche per ulteriori riferimenti, E. Aprile, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, cit., p. 380 ss.

<sup>30</sup> C. giust. UE, grande sezione, sent. 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütök e Brügger*.

<sup>31</sup> C. giust. UE, grande sezione, sent. 11 febbraio 2003, *Gözütök e Brügger*, C. giust. UE, sez. V, sent. 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, C. giust. UE, sez. I, sent. 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, C. giust., sez. I, sent. 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, C. giust. UE, sez. VI, sent. 18 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, C. giust. UE, sez. IV, sent. 5 giugno 2014, causa C-398/12, *M.*, C. giust. UE, grande sezione, sent. 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowski*.

<sup>32</sup> C. giust. UE, sez. II, sent. 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, C. giust., sez. I, sent. 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, C. giust., sez. I, sent. 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, C. giust. UE, sez. II, sent. 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, C. giust. UE, sez. II, sent. 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, C. giust. UE, grande sezione, sent. 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*.

<sup>33</sup> C. giust. UE, sez. II, sent. 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, C. giust. UE, sez. II, sent. 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*.

<sup>34</sup> Sul decisivo rilievo della fiducia reciproca nella costruzione di un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia all'interno dell'Unione, cfr., da ultimo, C. giust. UE, grande sezione, 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dorobantu*.

<sup>35</sup> Cfr., da ultimo, C. giust. UE, grande sezione, 22 dicembre 2022, causa C-237/21, *SM*, in materia di estradizione verso uno Stato terzo di un cittadino europeo, residente in uno Stato membro diverso da quello della cittadinanza; C. giust. UE, grande sezione, 28 ottobre 2022, causa C-435/22 *PPU, HF*, in materia di estradizione verso uno Stato terzo di un cittadino extra-europeo (su cui cfr. N. Canestrini, *Sulla rilevanza del principio del ne bis in idem europeo nelle procedure di estradizione verso Stati terzi*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 307 ss.; E. Grisonich, *Sulla portata del principio di ne bis in idem nel caso di estradizione di un cittadino di uno Stato terzo da parte di un Paese membro verso uno Stato terzo*, in questa *Rivista*, 2023, p. 24 ss.; T. Wahl, CJEU: *EU's Double Jeopardy Ban also Applies to Non-EU Citizens and Blocks Extradition to Third Countries*, in *Eucri*, 17 novembre 2022, consultabile all'indirizzo internet <https://eucri.eu/news/cjeu-eus-double-jeopardy-ban-also-applies-to-non-eu-citizens-and-blocks-extradition-to-third-countries/>; nonché, volendo, V. Sirello, *Estradizione e ne bis in idem euro-unitario: l'inesorabile declino della sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2023, p. 320 ss.); C. giust. UE, grande sezione, 12 maggio 2021, causa C-505/19, *WS c. Bundesrepublik Deutschland* (anche nota come «sentenza *Aviso rosso dell'Interpol*»), in materia di rapporti fra *red notices* emesse da Interpol e *ne bis in idem* ex art. 54 CAAS-50 CDFUE, su cui v., *ex multis*, N. Canestrini, *Interpol Red Notices incompatibili con il diritto dell'Unione europea? Libertà di circolazione e ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 4103 ss.; C. Heimrich, M. Scharpf, *Ne bis in idem in the context of an Interpol red notice: Effective law enforcement versus fundamental right (case note on C-505/19 WS)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 13, 2022, p. 91 ss.; T. Wahl, *CJEU Judgment on Compatibility of Interpol Searches and Arrests with Ne bis in idem Principle*, in *Eucri*, 2, 2021, pp. 100-101.

nanza europea, a impedire la consegna basta ora il giudicato formatosi all'interno dell'Unione europea: ne risulta ulteriormente avvalorata la natura di diritto fondamentale del *ne bis in idem* transnazionale, così divenuto idoneo a proteggere anche cittadini di Stati terzi<sup>36</sup>. Alla globalizzazione delle attività criminose si risponde, in altri termini, con la «globalizzazione della legalità»<sup>37</sup>.

Nel variegato panorama che si profila all'orizzonte, restano tuttavia ancora alcune zone oscure. L'istituzione di un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia – quale *single area of justice* presidiata dalla fiducia reciproca – suggerisce un'applicazione del *ne bis in idem* transnazionale geograficamente estesa a tutta l'Unione europea e priva di limitazioni<sup>38</sup>.

Eppure, al di là del perdurante dibattito sui rapporti fra l'art. 50 CDFUE e l'art. 54 CAAS<sup>39</sup>, restano granelli di sabbia potenzialmente in grado di bloccare l'ingranaggio della fiducia reciproca. Si pensi alla validità della clausola di esecuzione ex art. 54 CAAS, che condiziona l'operatività del *ne bis in idem* transnazionale<sup>40</sup> all'esecuzione della pena (in corso o già intervenuta) o all'impossibilità di eseguirla, nonostante l'Unione europea si sia dotata di strumenti idonei a consentire l'espiazione della pena in uno Stato membro diverso da quello della condanna<sup>41</sup>. Parimenti, si pensi al limite rappresentato dalle riserve ex art. 55 CAAS che impediscono la piena operatività del *ne bis in idem* transnazionale nell'Unione europea<sup>42</sup>.

Il cammino verso una tutela effettiva del diritto fondamentale in parola sembra richiedere, dunque, ancora qualche “piccolo passo” in favore di una fiducia reciproca capace di svincolarsi definitivamente dalle insidiose pretese punitive statuali.

## IL GIUDICATO NEL LABIRINTO DEI RAPPORTI FRA STATI

Se all'interno dell'Unione europea si è (quasi) realizzata un'omogeneità nella disciplina del *ne bis in idem* transnazionale, assai più complesso è il contesto delle relazioni con gli Stati terzi<sup>43</sup>.

Qui si profila una vera e propria «galassia»<sup>44</sup> in cui i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere vengono disciplinati da fonti pattizie, che talvolta prevedono anche il divieto di doppio giudizio. L'obiezione fondata sulle differenze fra ordinamenti si è spesso rivelata decisiva, rendendo difficile e significativamente lenta l'espansione del diritto fondamentale in parola. Alla fiducia reciproca in ambito europeo fanno da contraltare le relazioni diplomatiche, sorrette più dalla necessità di

<sup>36</sup> V., da ultimo, le argomentazioni spese da C. giust. UE, grande sezione, 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, HF, secondo cui la tutela apprestata dagli art. 54 CAAS e 50 CDFUE va estesa a chiunque sia stato definitivamente giudicato all'interno dello spazio Schengen sulla premessa che le previsioni non stabiliscono limiti derivanti dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro (§81-86). L'operatività del *ne bis in idem* non può essere subordinata alla duplice condizione – peraltro non prevista da alcuna disposizione – della cittadinanza europea e della regolarità del soggiorno sul territorio degli Stati membri: si violerebbero, altrimenti, i principi della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento.

<sup>37</sup> G. Ubertis, *Riflessioni conclusive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 277.

<sup>38</sup> J. Lelieur, *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, cit., p. 208.

<sup>39</sup> Cfr., ex multis, C. Amalfitano, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3889 ss.; N. Recchia, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, p. 71 ss.

<sup>40</sup> Sulla relativa questione pregiudiziale, C. giust. UE, grande sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14, *Zoran Spasič*. Cfr., in dottrina, N. Recchia, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1385 ss.

<sup>41</sup> Esemplificativamente, per tutte, v. decisione-quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in GUUE L 327 del 5 dicembre 2008, p. 27.

<sup>42</sup> Oggetto di rinvio pregiudiziale, la questione non è tuttavia stata decisa da C. giust. UE, grande sezione, 29 giugno 2016, *Kossowski*, in *Dir. pen. cont.*, ed. online, 5 luglio 2016, con nota di P. Bernardoni. Cfr., anche, per le più recenti posizioni della C. giust. UE, *supra* nota 21.

<sup>43</sup> Per N. Galantini, *Il ne bis in idem internazionale e i limiti alla sua applicazione*, in questa *Rivista*, 2020, p. 545, il *ne bis in idem* internazionale, relegato alla disciplina pattizia, rappresenta «una sorta di 'fratello minore' del suo omologo europeo».

<sup>44</sup> G. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *Leg. pen. web*, 2015, p. 1.



predisporre efficaci strategie di cooperazione che non dall'intento di assicurare effettività ai diritti fondamentali.

Fuori dall'Unione europea, il *ne bis in idem* è stato episodicamente riconosciuto e spesso ancorato al giudicato formatosi solo all'interno delle Parti contraenti<sup>45</sup>. Può dirsi in sintesi che dal contesto internazionale emerge una figura di *ne bis in idem* "à la carte".

Emblematica l'evoluzione in materia di estradizione<sup>46</sup>, in cui possono profilarsi due eventualità.

Possono infatti venire in gioco: *a*) un rapporto bilaterale, che coinvolge lo Stato richiedente e lo Stato richiesto; oppure – e questa è la situazione sicuramente più problematica – *b*) un rapporto trilaterale che coinvolge Stato richiedente, Stato richiesto e Stato del giudicato.

Ferma restando la necessità d'individuare, caso per caso e indipendentemente dal tipo di rapporto (bilaterale o trilaterale), l'ambito e la fonte convenzionale applicabile<sup>47</sup>, il problema del rispetto del *ne bis in idem* si pone verosimilmente per lo Stato richiesto della consegna.

Nel caso *sub a*), a prescindere dal motivo che sorregge l'extradizione – l'esercizio dell'azione penale o l'esecuzione di una condanna da parte dello Stato richiedente – lo Stato richiesto potrà far valere, quale motivo di rifiuto alla consegna, il *ne bis in idem* qualora abbia già proceduto per i medesimi fatti e nei confronti della medesima persona. Per quanto riguarda l'Italia, ad esempio, l'art. 705, comma 1, c.p.p. pone espressamente quale limite alla consegna proprio l'eventualità in cui – in assenza di convenzione o se questa non disponga diversamente – l'estradando sia sottoposto a procedimento penale o sia stato definitivamente giudicato nello Stato.

Resta inteso che il rifiuto alla consegna, opposto dallo Stato richiesto, non impedirà comunque allo Stato richiedente di esercitare l'azione penale in conformità con il proprio ordinamento (salvo, cioè, che la presenza dell'imputato sul relativo suolo integri una condizione di procedibilità)<sup>48</sup>. Sotto questo profilo, il *ne bis in idem* appare, dunque, una «garanzia effimera»<sup>49</sup> perché funzionale al divieto di estradizione più che al divieto di svolgere il processo sull'*idem factum*.

Decisamente più complessa appare l'ipotesi *sub b*), in cui sussista un rapporto trilaterale fra lo Stato richiedente l'extradizione, lo Stato richiesto della consegna e lo Stato terzo in cui si è formato il giudicato.

Qui, il rispetto del *ne bis in idem*, che incombe sullo Stato richiesto, s'interseca con la disciplina del riconoscimento della sentenza straniera emessa da uno Stato estraneo al rapporto estradizionale. Simile riconoscimento, a sua volta, soggiace alla disciplina prevista in ulteriori accordi internazionali (naturalmente, ove esistenti). L'intreccio normativo che ne deriva rende inevitabile per l'interprete un ap-

<sup>45</sup> Solo nell'ambito del Consiglio d'Europa, si pensi, esemplificativamente e tra le molte, alla Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi (Strasburgo, 1970), alla Convenzione europea di estradizione (Parigi, 1957), alla Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali (Strasburgo, 1972), che già avevano delineato i profili problematici del mancato riconoscimento del giudicato straniero nell'area della Grande Europa e che ad essi avevano tentato di ovviare mediante previsioni disciplinanti la rinuncia – seppur condizionata – alla giurisdizione. Così pure nel più ampio contesto internazionale, ove lo sterminato novero delle convenzioni multilaterali e bilaterali evidenzia la necessità di circoscrivere l'operatività del *ne bis in idem* ai soli giudicati formati tra le Parti contraenti: cfr., *ex multis*, l'art. VI del Trattato bilaterale di estradizione concluso fra l'Italia e gli Stati Uniti (Roma, 1983, ratificato con l. 26 maggio 1984, n. 222), l'art. 6 comma 1 lett. *d* del Trattato di mutua assistenza in materia penale fra la Repubblica italiana e l'Australia (Melbourne, 1988, ratificato con l. 24 luglio 1993, n. 303), l'art. 3 del Trattato bilaterale di estradizione concluso fra l'Italia e il Brasile (Roma, 1989, ratificato con l. 23 aprile 1991, n. 144), l'art. 3, comma 1, n. 4, del Trattato di mutua assistenza in materia penale fra la Repubblica italiana e il Canada (Roma, 1990, ratificato con l. 12 aprile 1995, n. 124), l'art. 3 comma 1 lett. *e* del Trattato di estradizione tra la Repubblica italiana e la Repubblica popolare cinese (Roma, 2010, ratificato con l. 24 settembre 2015, n. 161).

<sup>46</sup> Sulla distinzione fra *ne bis in idem* internazionale e *ne bis in idem* estradizionale cfr., per tutti, G. Ranaldi, voce *Estradizione (diritto processuale penale)*, in *Dig. disc. pen., agg.*, t. I, Torino, Utet, 2005, p. 470 ss. e spec. p. 482 (e nota 106), che precisa come, pur essendo accomunati dalla medesima *ratio* garantista, i due istituti si distinguono in quanto operano su piani diversi: nel primo caso, come limite al libero esercizio della giurisdizione, nel secondo come limite alla cooperazione fra Stati.

<sup>47</sup> Così, la disciplina cambia anzitutto a seconda del contesto nel quale è instaurato il rapporto (area Schengen, area del Consiglio d'Europa, rapporti regolati da convenzioni multilaterali o accordi bilaterali fra Stati).

<sup>48</sup> Lo Stato richiedente potrà comunque procedere in assenza dell'imputato, ove l'ordinamento lo consenta. Cfr., sul punto, N. Galantini, *Il ne bis in idem internazionale e i limiti alla sua applicazione*, cit., p. 540; e, già, G. Dean, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 54.

<sup>49</sup> E.N. La Rocca, *Il ne bis in idem internazionale: un principio tendenziale che "non fa tendenza"*, cit., p. 362, nota 14.

proccio casistico. Paiono, però, potersi individuare almeno due criteri-guida, a seconda dell'oggetto del giudicato.

Ove questo derivi da una sentenza di proscioglimento o di condanna la cui pena è già stata eseguita, è in corso di esecuzione o non può più essere eseguita secondo l'ordinamento dello Stato che l'ha emessa, tutto dipenderà dal contenuto della fonte che regola l'estradizione (fra Stato richiedente e Stato richiesto)<sup>50</sup> e dall'eventuale presenza di accordi che disciplinino il reciproco riconoscimento delle sentenze anche a prescindere dalla clausola di esecuzione (fra Stato richiesto e Stato del giudicato).

Per contro, ove il giudicato derivi da una sentenza di condanna la cui pena debba ancora essere eseguita, l'estradizione potrebbe essere scongiurata attraverso il previo riconoscimento della sentenza straniera a fini esecutivi. Sotto questo profilo, la disciplina italiana vieta espressamente l'estradizione (art. 739 c.p.p.) una volta che si sia positivamente concluso il procedimento di riconoscimento avviato su richiesta dello Stato del giudicato e del Ministro della giustizia (art. 731 c.p.p.)<sup>51</sup>. Anche in questo caso, vigono alcuni limiti: alla previa conclusione di accordi internazionali che consentano il riconoscimento della sentenza straniera (art. 731, comma 1, c.p.p.)<sup>52</sup> si affianca il necessario rispetto dei diritti fondamentali cui la sentenza straniera deve conformarsi, fra cui spiccano la non contrarietà a principi fondamentali dell'ordinamento (art. 733, comma 1, lett. b, c.p.p.) e l'equità del procedimento (art. 733, comma 1, lett. c, c.p.p.).

<sup>50</sup> Così, ad esempio, si rinvencono accordi bilaterali, in forza dei quali le Parti contraenti assegnano al principio portata ostativa soltanto in relazione alle sentenze emesse da questi ultimi (consentendo così l'estradizione nel caso in cui il giudicato provenga da uno Stato terzo): è il caso, fra le tante fonti, della convenzione europea di estradizione (art. 9) e di numerosi trattati bilaterali (v. *supra* nota 45). Si rinvencono poi anche accordi e fonti convenzionali che, invece, estendono la portata del *ne bis in idem* quale motivo di rifiuto all'estradizione, anche a giudicati formati in Stati terzi rispetto alla vicenda estradizionale. È il caso, ad esempio, del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea sull'estradizione (Strasburgo, 15 ottobre 1975, tuttavia non applicabile in Italia a causa del mancato deposito della ratifica), il cui art. 2 prevede che l'estradizione vada rifiutata anche quando la sentenza sia emessa da uno Stato terzo, Parte della convenzione. Una tutela decisamente avanzata si rinviene poi nel Trattato sull'estradizione concluso fra Paesi Bassi e Israele, il cui art. 4 comma 1 ravvisa espressamente nel *ne bis in idem* internazionale un motivo di rifiuto all'estradizione anche se la persona è stata giudicata in uno Stato terzo rispetto alle due Parti contraenti (reperibile all'indirizzo internet <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20276/v276.pdf>, p. 196). Sulla stessa linea, sebbene il giudicato formatosi in uno Stato terzo si configuri quale motivo di rifiuto facoltativo alla consegna, si veda l'art. 35 comma 2 della Convenzione di reciproco aiuto giudiziario, di esecuzione delle sentenze e di estradizione fra l'Italia e il Marocco (Roma, 1971, ratificata con l. 12 dicembre 1973, n. 1043). Si riscontrano infine fonti internazionali che neppure contemplano il *ne bis in idem*: si pensi, ad esempio, al Trattato di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale fra l'Italia e il Venezuela (Caracas, 1930, ratificato con l. 17 aprile 1931, n. 517) e alla Convenzione di estradizione fra il Regno d'Italia e la Repubblica di Cuba (L'Avana, 1928, ratificata con l. 20 marzo 1930 n. 521 e rimessa in vigore con l'art. 4 del Trattato di pace fra l'Italia e Cuba, L'Avana, 30 giugno 1947). Sui variegati contenuti dei trattati, v. già M.R. Marchetti, voce *Estradizione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, p. 390 ss. e spec. pp. 402-403.

Va peraltro rilevato come anche in simili contesti il diritto euro-unitario sia destinato a incidere, limitando la portata degli accordi conclusi dai singoli Stati membri in favore di accordi direttamente conclusi dall'Unione: v. ad esempio, l'accordo sull'estradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America (in GUUE L181 del 19 luglio 2003, p. 27), che, pur non prevedendo espressamente il *ne bis in idem* quale motivo di rifiuto alla consegna, integra i trattati bilaterali di estradizione fra Stati membri e Stati Uniti, migliora la cooperazione in materia e conferisce agli Stati membri un'autonomia condizionata al rispetto del diritto dell'Unione nella regolamentazione delle procedure estradizionali, finendo così per incidere indirettamente nei rapporti bilaterali degli Stati membri con Stati terzi (cfr. C. giust. UE, grande sezione, 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, HF, § 102-110). V. anche l'art. 11 lett. d dell'accordo tra l'Unione europea e il Giappone relativo all'assistenza giudiziaria in materia penale (in GUUE L39 del 12 febbraio 2010, pp. 20-35) che, invece, considera il *ne bis in idem* alla stregua di un motivo di rifiuto all'assistenza giudiziaria.

<sup>51</sup> Cfr. N. Galantini, *Effetti delle sentenze penali straniere e trasferimento dei procedimenti penali*, in *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, a cura di F. Ruggieri, vol. II, Torino, Giappichelli, 2018, p. 159 ss.; D. Vigoni, sub *Art. 739 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, diretto da A. Giarda-G. Spangher, t. III, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 3109 ss.

Resterebbe da chiarire se, in simili ipotesi, il *ne bis in idem* possa comunque operare anche qualora la fonte che regola l'estradizione ne limiti la portata alle sole sentenze emesse dalle Parti contraenti. È pur vero che, una volta effettuato il riconoscimento, la sentenza straniera è equiparata a quella emessa dall'autorità giudiziaria interna ai sensi dell'art. 738 c.p.p. e potrebbe, dunque, rientrare nel concetto di "sentenze emesse dalle Parti contraenti". Viene però da chiedersi se, così operando, non si finisca per eludere il principio del primato della fonte pattizia di cui all'art. 696 comma 2 c.p.p., facendo prevalere una convenzione piuttosto che un'altra. Sull'interazione fra norme di diritto internazionale, norme pattizie e diritto interno, cfr., *ex multis*, M. Paglia, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., t. II, Torino, Utet, 2005, p. 927 ss.

<sup>52</sup> Ove simili accordi non fossero stati conclusi, in effetti, neppure potrebbe ipotizzarsi un vero e proprio *ne bis in idem*, dal momento che la sentenza straniera non riconosciuta non esiste per l'ordinamento.

Le vicende del *ne bis in idem* in materia estradizionale pongono in piena luce la necessità che, proprio in simili contesti, venga valorizzata la natura di diritto fondamentale del divieto di secondo giudizio, poiché la discrezionalità nel riconoscere il giudicato straniero amplifica il rischio di aggiramento della garanzia. Se davvero viene in gioco un diritto fondamentale, non ne è predicabile una tutela differenziata a seconda dell'ordinamento in cui il giudicato si è formato.

Va, però, fatto salvo un limite invalicabile, perfettamente esemplificato – per quanto concerne la disciplina italiana – dalle condizioni di cui all'art. 733, comma 1, lett. b-c, c.p.p. La tutela del *ne bis in idem* deve, cioè, cedere il passo in presenza di un giudicato iniquo o che violi i principi fondamentali dell'ordinamento: per riconoscere un diritto si finirebbe altrimenti per legittimare la violazione di altri diritti parimenti fondamentali. In breve, ci si troverebbe di fronte a un «socio tiranno», capace di assoggettare altri diritti<sup>53</sup>.

### GIOCO DI PROSPETTIVE SULLA PERDURANTE COMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 11 C.P.

Nella scena interna riveste un ruolo da protagonista l'art. 11 c.p., massima espressione del primato della sovranità punitiva perché volto a legittimare la rinnovazione del giudizio – ove si versi nelle ipotesi *ex artt.* 6-10 c.p. – attraverso l'esercizio di una «giurisdizione penale ubiquitaria»<sup>54</sup>.

Se il reato è commesso sul territorio italiano (art. 6 c.p.), poco importa che la giurisdizione estera, anch'essa ubiquitaria, sia già stata esercitata: la rinnovazione del giudizio scatta automaticamente in forza dell'art. 11, comma 1, c.p. stante la prevalenza del principio di territorialità<sup>55</sup>. Se, poi, il reato è commesso all'estero (artt. 7-10 c.p.), la rinnovazione del giudizio è invece subordinata alla richiesta del Ministro della giustizia, che integra dunque un'autentica condizione di procedibilità<sup>56</sup>.

Balza subito all'occhio come una simile disposizione – d'impronta autoritaria e, perciò, intrisa di nazionalismo – rappresenti un robusto ostacolo al riconoscimento e all'affermazione del *ne bis in idem* transnazionale nell'ordinamento interno.

Eppure, la legittimità costituzionale dell'art. 11 c.p. non è mai stata in discussione, talvolta sostenendo l'estraneità del divieto di doppio giudizio al novero delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute *ex art.* 10 Cost.<sup>57</sup>, talaltra riconducendo la rinnovazione del giudizio sotto la copertura del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>58</sup>.

Proprio su tali basi la giurisprudenza di legittimità prosegue, ancora oggi, a ritenere che, in assenza di convenzioni internazionali ratificate che lo prevedano, il *ne bis in idem* transnazionale debba ritrarsi a fronte delle norme interne in forza delle quali è esercitabile la giurisdizione<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Riprendendo la celebre espressione coniata da T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 431 ss., pur con riguardo al rapporto fra diritto penale processuale e sostanziale.

<sup>54</sup> Cfr. E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberris-G.P. Voena, vol. XXI.1, Milano, Giuffrè, 2012, p. 515.

<sup>55</sup> A temperarne gli esiti – seppur sul piano relativo all'esecuzione della pena inflitta all'esito del secondo giudizio e dunque funzionale a scongiurare il *bis in idem* esecutivo – provvede l'art. 138 c.p., ai sensi del quale la pena o la detenzione cautelare già scontate all'estero devono essere scomutate dalla pena irrogata dal giudice italiano. Sul decisivo rilievo del *ne bis in idem* in fase esecutiva, *ex multis*, C. cost., sent. 30 luglio 2003, n. 284, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2317 ss.

<sup>56</sup> Cfr. E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 516-517 e, già, N. Galantini, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 121.

<sup>57</sup> C. cost., sent. 18 aprile 1976, n. 48, cit., spec. pp. 307-308, secondo cui la difformità delle discipline penali e processuali penali degli ordinamenti rappresenta il fondamento al permanere del principio di territorialità, sì da giustificare la legittimità costituzionale dell'art. 11 c.p. D'altronde, la necessità avvertita dagli Stati di concludere convenzioni confermerebbe che il *ne bis in idem* internazionale non è generalmente riconosciuto nella comunità internazionale.

<sup>58</sup> C. cost. sent. 8 aprile 1976, n. 69, cit., spec. p. 434 ss., che richiama sent. cost. n. 48/1967 e ribadisce la preminenza del principio di territorialità e di obbligatorietà dell'intervento punitivo statale, di cui sono espressione gli artt. 6-10 c.p., precisando come il riconoscimento del *ne bis in idem* sul piano interno e internazionale (in relazione alle sentenze emesse dai tribunali internazionali) non comporti «quale logica conseguenza l'applicabilità del medesimo principio come norma generale regolatrice delle relazioni tra le competenze giurisdizionali e le decisioni in materia penale di organi giudiziari appartenenti ad ordinamenti diversi» (p. 435).

<sup>59</sup> V., oltre alla giurisprudenza riportata *supra* alla nota 13, da ultimo, anche Cass., sez. I, sent. 9 maggio 2018, n. 24795, *P.G. in*

Simili conclusioni appaiono anacronistiche, non solo se si volge lo sguardo alle avanzate tutele in ambito europeo, ma soprattutto se si tiene conto dell'evoluzione giurisprudenziale nel frattempo intervenuta a proposito della dimensione interna del *ne bis in idem*: la Corte costituzionale, qui, ha riconosciuto la natura di diritto fondamentale del divieto, arrivando a definire "ingiusto" e dunque non «conforme a Costituzione» «un processo che viola i diritti fondamentali»<sup>60</sup>.

Allora, delle due l'una: un diritto fondamentale vale e dev'essere riconosciuto in quanto tale, senza poter far leva, in senso contrario, su argomenti formalistici come l'esistenza di un giudicato interno. Sostenere che la garanzia operi solo laddove vi sia un giudicato interno equivale a negarne la portata assoluta e intangibile, in evidente contrasto con il principio dell'equo processo<sup>61</sup> e con la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo *ex art. 2 Cost.*<sup>62</sup>. La cessione di sovranità in ambito penale diviene funzionale alla tutela di un valore superiore, qual è il diritto fondamentale in parola: si pensi, ad esempio, al caso in cui l'Italia rifiuti la consegna richiesta da uno Stato nel quale la persona rischierebbe di subire una condotta contraria all'art. 3 Cedu<sup>63</sup>, diversamente generando appunto la violazione del medesimo parametro pattizio.

Va poi incidentalmente rammentato che, in quanto Stato membro vincolato alla Carta di Nizza, l'Italia s'impegna a tutelare i diritti fondamentali ivi riconosciuti. È pur vero che per gli Stati membri l'obbligo di rispettare l'art. 50 CDFUE è circoscritto all'attuazione del diritto dell'Unione in forza dell'art. 51 CDFUE<sup>64</sup>. Potrebbe, però, dubitarsi della perdurante compatibilità dell'art. 11 c.p. con il parametro euro-unitario: imponendo la rinnovazione del giudizio ove si versi nell'ipotesi *ex art. 6 c.p.* e legittimandola se vengano in gioco gli artt. 7-10 c.p., la previsione codicistica finisce per ledere un diritto fondamentale previsto dalla Carta e, dunque, in definitiva, il diritto dell'Unione. Nella prospettiva di assicurare l'espansione dei diritti fondamentali, non parrebbe irragionevole sostenere che l'art. 50 CDFUE operi come causa d'improcedibilità dell'azione penale in presenza del giudicato straniero, restando indifferente che questo si sia formato in uno Stato membro o in uno Stato extra-UE, perché solo in tal modo garantisce uno dei requisiti propri di quell'equo processo che l'Unione si impegna a salvaguardare<sup>65</sup>.

*proc. Prijic*, in *CED Cass.* 273287; *Cass.*, sez. III, sent. 13 marzo 2018, n. 21997, I., in *CED Cass.* 273158; *Cass.*, sez. I, sent. 5 aprile 2013, n. 20464, *Bonito FMS*, in *CED Cass.* 256162.

<sup>60</sup> C. cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, cit., punto 6 del considerando in diritto. Sulla natura di diritto fondamentale del *ne bis in idem*, sempre con riguardo alla dimensione interna, v., da ultimo, C. cost., sent. 24 maggio 2023, n. 121, in G.U., Serie speciale – Corte costituzionale, del 21 giugno 2023, n. 25, p. 23 ss.; nonché già C. cost. 16 giugno 2022, n. 149, cit., p. 1554 ss., su cui cfr. anche la nota di S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 1381 ss. Sulla «consapevolezza» che le «dimensioni soggettive del divieto di *bis in idem*» rappresentino ormai la «chiave di volta dell'arco», G. Di Chiara, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, cit. p. 12.

<sup>61</sup> Il *ne bis in idem* concorre ad assicurare l'equo processo, «locuzione che rientra in quella più ampia di giusto processo»: così G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2017, p. 25. Ne deriva che, pur non essendo espressamente contemplato nell'art. 111 Cost., il *ne bis in idem* rientra nel concetto di giusto processo ivi sancito, completandone la nozione (sul punto, ad ulteriore conferma, seppur in relazione alla dimensione interna del diritto, v. anche C. cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, cit., punto 6 del considerando in diritto, che riconduce il *ne bis in idem* – appunto – fra i diritti fondamentali ricompresi nel giusto processo *ex art. 111 Cost.*).

<sup>62</sup> Riconduce l'unicità del procedimento penale a carico del medesimo soggetto al novero dei diritti inviolabili protetti dall'art. 2 Cost., N. Galantini, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 123.

<sup>63</sup> Cfr., da ultimo, sui rapporti fra tutela dei diritti fondamentali, rischio di violazione dell'art. 3 Cedu ed estradizione, *Cass.*, sez. VI, sent. 26 aprile 2023 n. 24348 e *Cass.*, sez. VI, sent. 1 marzo 2023, n. 21125, in *Sist. pen.*, 13 luglio 2023, con nota di C. De Luca.

<sup>64</sup> *Ex multis*, C. giust. CE, sez. III, sent. 13 luglio 1989, causa 5-88, *Wachauf*; C. giust. CE, sent. 18 giugno 1991, causa 260/89, *ERT*; C. giust. CE, sez. I, sent. 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*.

<sup>65</sup> Pronunce risalenti hanno, per vero, ritenuto che il rinvio alla Carta *ex art. 6 TUE* non debba essere inteso come un'estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri da considerarsi «attuazione del diritto dell'Unione» (C. giust. CE, sent. 17 febbraio 1998, C-249/96 *Grant*, punto 45). Tuttavia, il vincolo sprigionato dall'art. 51 par. 2 CDFUE – secondo cui la Carta non può avere l'effetto di estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione stabilite nei trattati – sembra per vero superabile alla luce dell'armonizzazione, intervenuta a seguito del Trattato di Lisbona, con le innumerevoli direttive adottate in materia penale e processuale penale e, da ultimo, con il regolamento istitutivo della Procura europea [reg. (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), in GUUE L283 del 31 ottobre 2017]. Sulla portata dell'art. 50 CDFUE quale «oc-

Inoltre, neppure pare convincente la tesi che riconduce al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale il fondamento della rinnovazione del giudizio *ex art. 11 c.p.* L'interesse dello Stato alla persecuzione penale tutelato dall'art. 112 Cost., in effetti, «è concepito non come valore di per sé preminente in termini assoluti su ogni altro», bensì come inserito in «un quadro sistematico plurale di valori e relativizzato in tale contesto di salvaguardie»<sup>66</sup>. Pertanto, ove si tratti di garantire un diritto fondamentale, l'impossibilità di instaurare un nuovo procedimento penale non si porrebbe in contrasto con l'art. 112 Cost. poiché «sarebbe comunque giustificat[a] dal bisogno di salvaguardare altri valori costituzionali ritenuti prevalenti su quello tutelato dall'art. 112 Cost.»<sup>67</sup>. Del resto, già dalla disciplina codicistica emerge come l'art. 112 Cost. non rappresenti un valore in sé assorbente, dal momento che, ove si subordina la persecuzione dei reati alla previa esistenza di condizioni di procedibilità<sup>68</sup>, si ammette la prevalenza di queste ultime sulla pretesa punitiva dello Stato. E, che le condizioni di procedibilità costituiscano un limite all'operatività dell'art. 112 Cost. è ormai pacifico: per la Corte costituzionale, la necessità di proteggere interessi di rango costituzionale contrapposti al principio di obbligatorietà dell'azione penale vale ad escludere la lesione di quest'ultimo<sup>69</sup>.

Se così è, non si comprende il motivo per cui simili conclusioni non possano egualmente valere in presenza di un diritto fondamentale qual è il *ne bis in idem*, in tutte le sue declinazioni – interna, sovranazionale o transnazionale.

La rotta è dunque segnata: il riconoscimento della natura fondamentale del diritto in parola implica che, di fronte a un giudicato straniero, la pretesa punitiva dello Stato sull'*idem factum* deve cedere, a prescindere dal luogo in cui sia stato commesso il reato.

È evidente, però, che una simile affermazione muove dalla necessaria premessa che il provvedimento straniero definitivo sia riconosciuto dall'ordinamento interno, non configurandosi altrimenti neppure un *bis in idem*. È altrettanto evidente che il giudicato straniero non dev'essere esso stesso iniquo, ad esempio perché formatosi all'esito di un procedimento svolto nonostante l'incolpevole mancata conoscenza dell'accusa da parte dell'imputato<sup>70</sup>.

Tuttavia, a ben vedere, il riconoscimento della sentenza straniera sconta anch'esso istanze nazionalistiche, nella parte in cui è subordinato alla condizione che non sia pendente un procedimento penale o che non vi sia un giudicato nello Stato (art. 733, comma 1, lett. f-g, c.p.p.). Viene, così, ribadito il primato della territorialità a discapito del divieto di doppio giudizio. L'istituto andrebbe, quindi, radicalmente ripensato<sup>71</sup>, magari vincolando l'effetto preclusivo del *ne bis in idem* (per i giudicati stranieri extra-UE) alla sola condizione che, nello Stato del giudicato, siano stati rispettati i diritti fondamentali del già imputato.

Sotto questo profilo, spunti concreti paiono offerti da ordinamenti – come quello di San Marino – che, sebbene estranei all'Unione europea e, quindi, neppure vincolati all'art. 50 CDFUE, non hanno esi-

---

casione di fondamentale rilievo per la futura costruzione di uno statuto dei diritti dell'accusato», potenzialmente idoneo a elevare il divieto di secondo giudizio a norma di diritto internazionale generale, cfr. E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 543 ss. (e, per la citazione, p. 547).

<sup>66</sup> O. Dominioni, *Un conflitto endemico tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria*, in *Penale – Diritto e procedura*, ed. on-line, 27 maggio 2020; nonché Id., *L'obbligatorietà dell'azione penale dal Codice Rocco alla Costituzione: il bilanciamento fra l'interesse alla persecuzione penale e altri interessi a copertura costituzionale*, in AA.VV., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 16.

<sup>67</sup> G. Uberris, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale* (2010), in Id., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 270-271.

<sup>68</sup> Nel contesto del *ne bis in idem* transnazionale, l'esistenza di un provvedimento straniero definitivo (sia pure condizionato al previo riconoscimento) vale quale condizione di (im)procedibilità. Cfr., *ex multis*, Cass., sez. V, sent. 19 febbraio 2020, n. 15818, P.G. in proc. *Cuomo* in *CED Cass.* 279202, secondo cui l'improcedibilità dell'azione penale per violazione del divieto di *bis in idem* nazionale e internazionale è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. In generale e sul tenore, circoscritto alla dimensione interna, della preclusione *ex art. 649 c.p.p.*, in dottrina, T. Rafaraci, voce *Ne bis in idem*, cit., pp. 877-878.

<sup>69</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, C. cost., ord. 23 maggio 2003, n. 178, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1385 ss.; e già, fra le altre, C. cost., sent. 12 luglio 1967, n. 105, *ivi*, 1967, p. 1166.

<sup>70</sup> Cfr., sul tema, ad esempio, da ultimo Cass., sez. VI, sent. 27 giugno 2013, n. 30831, *Ieva*, in *CED Cass.* 256755.

<sup>71</sup> Sulla «rivalutazione applicativa» e la «revisione strutturale» dell'istituto, cfr. già N. Galantini, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., pp. 140-143.

tato a riconoscere il diritto fondamentale a non essere reiteratamente processato, ritenendolo prevalente sulle concorrenti pretese punitive statuali<sup>72</sup>.

Per far sì che i diritti fondamentali «non [restino] teorici o illusori ..., ma [siano] concreti ed effettivi»<sup>73</sup>, è ormai non più procrastinabile un mutamento prospettico: ad una visione circoscritta alle esigenze repressive dello Stato, meglio sostituirla una più ampia, capace di coniugare persecuzione dei reati e garanzie individuali.

È tempo di superare il luogo comune secondo cui non perseguire un reato significhi necessariamente cedere sovranità, quando una simile scelta ha lo scopo di salvaguardare valori superiori.

All'occhio attento non può sfuggire come la tutela dei diritti fondamentali rappresenti, in definitiva, un modo *diverso e più nobile* di esercitare la sovranità.

---

<sup>72</sup> Trib. San Marino, sent. 5 aprile 2020, ric. Colombelli, in *Sist. pen.*, 16 giugno 2020, su cui N. Galantini, *Il giudice per i rimedi straordinari di San Marino riconosce e applica il principio del ne bis in idem internazionale*, *ivi*. Cfr., altresì, G.S. Califano, *Il ne bis in idem internazionale nella giurisprudenza sammarinese: asimmetrie di un principio «convenzionalizzato»*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1375 ss.; G. Gaeta, *Una lezione da San Marino sulla dimensione europea del diritto fondamentale di non bis in idem*, in *Arch. pen. web*, 2020, 2, p. 1 ss.

<sup>73</sup> Richiamando la consolidata espressione della giurisprudenza di Strasburgo: cfr., con particolare riguardo alle garanzie di cui all'art. 6 Cedu, fra le molte, C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 29 marzo 2006, Scordino c. Italia (n. 1), § 192, nonché già C. eur. dir. uomo, sent. 13 maggio 1980, Artico c. Italia. Cfr., per ulteriori riferimenti, per tutti, S. Buzzelli-R. Casiraghi-F. Cassibba-P. Concolino-L. Pressacco, *Art. 6 – Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis-F. Viganò, Torino, Giappichelli, 2022, p. 166 ss.

PASQUALE RAUCCI

*Dottore di ricerca in Diritto processuale penale – Università della Campania Luigi Vanvitelli*

## Soluzione nomofilattico-interpretativa e poteri del Giudice dell'esecuzione in caso di imprevedibilità ed inaccessibilità della legge

### *Nomophylactic-interpretational solution and powers of the Judge of the execution in case of unpredictable and inaccessibility of the law*

---

Per giurisprudenza consolidata, a seguito di *overruling* giudiziario, pur anche *in bonam partem*, il Giudice dell'esecuzione non può mai incidere sul giudicato penale ordinando la revoca della sentenza penale di condanna ex artt. 666-673 c.p.p. Tali norme del codice di rito attribuiscono, infatti, natura obbligatoria all'intervento del giudice dell'esecuzione, solo in presenza d'una *abolitio criminis*. Ciò in quanto un sistema giuridico di *civil law*, quale il nostro ordinamento, contempla una netta separazione tra "legge" e "sentenza" tale per cui il concetto di legalità penale non può essere esteso fino a ricomprendere anche le pronunzie giurisprudenziali, nonostante che per la Corte e.d.u. il concetto di "law" possa ricomprendere tanto il diritto scritto quanto quello di matrice giudiziale.

Orbene, nel presente studio si affronta una diversa – sebbene per certi versi affine – prospettiva, costituita dall'intervento del giudice di legittimità volto a dirimere un conflitto interpretativo, di portata tale per cui si potesse dire che i presupposti di "accessibilità" e "prevedibilità" della legge fossero minati. In effetti, è noto che tali presupposti della legge sono considerati indispensabili ai sensi del diritto pattizio ex art. 7 Cedu. Se, allora, il diritto positivo per come (diversamente) interpretato non mette i consociati in condizione di prevedere ragionevolmente le conseguenze delle proprie scelte, una volta accertata tale situazione di fatto, dovrebbe consentirsi a che una sentenza nomofilattica che metta fine a tale conflitto interpretativo e chiarisca i (profondi) dubbi ermeneutici costituisca un "nuovo elemento di diritto" sulla scorta del quale riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di incidere sul giudicato.

*According to consolidated jurisprudence, following judicial overruling, even if also in bonam partem, the Judge of the execution can never affect the criminal judgment by ordering the revocation of the criminal sentence pursuant to articles 666-673 c.p.p. In fact, these provisions of the code of procedure attribute a mandatory nature to the intervention of the Judge of the execution, only in the presence of an abolitio criminis. This is because a legal system of civil law, such as our legal system, contemplates a clear separation between "law" and "judgment" such that the concept of criminal legality cannot be extended to include also jurisprudential rulings, despite the fact that the ECtHR the concept of "law" can include both written law and that of judicial origin.*

*However, in the present study we deal with a different – although in some ways similar – perspective, consisting of the intervention of the judge of legitimacy aimed at settling an interpretative conflict, of such an extent that it could be said that the assumptions of "accessibility" and "foreseeability" of the law were undermined. In fact, it is known that these presuppositions of the law are considered indispensable pursuant to the contractual law pursuant to art. 7 of the ECHR. If, then, the positive law as (differently) interpreted does not put the associates in a condition of reasonably foresee the consequences of one's choices, once this factual situation has been ascertained, it should be allowed that a nomophylactic sentence that puts an end to this interpretative conflict and clarifies the (profound) hermeneutical doubts constitutes a "new element of law" on the basis of which recognize the enforcement judge the power to affect the final judgment*

---

## L'OVERRULING GIUDIZIARIO E I POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

È noto, in particolar modo a partire dalla sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale<sup>1</sup>, così come nella più recente sentenza n. 25/2019<sup>2</sup>, che al giudice dell'esecuzione non sia consentito di intervenire per la rimozione del giudicato *ex art. 673, comma 1, c.p.p.* in ragione di un mutato orientamento giurisprudenziale (cd. *overruling*), pur adottato con pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>3</sup>.

Prima di tale pronuncia, tuttavia, si sono registrati orientamenti differenti nella giurisprudenza di legittimità.

In effetti, è stato sostenuto il principio secondo cui il Giudice dell'esecuzione ha il potere di rimuovere il giudicato allorquando una nuova pronuncia della Cassazione, meglio se a sezioni unite stante il vincolo processuale di cui all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., formuli un principio di diritto *in bonam partem*, in conformità all'interpretazione del concetto di legge penale fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nella specie, il Supremo Consesso ha affermato che «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione, di cui al secondo comma dell'art. 666 cod. proc. pen., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle sezioni unite, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente". Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva»<sup>4</sup>. Su tale scia interpretativa, è stato successivamente affermato che «Il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni unite o anche di una delle Sezioni della Corte di cassazione, purché connotato da caratteristiche di stabilità e univocità, integra un "nuovo elemento" di diritto, che rende ammissibile la riproposizione in sede esecutiva della richiesta di revoca della confisca in precedenza rigettata»<sup>5</sup>.

In tali pronunce la Cassazione assume come interrogativo essenziale la *vexata quaestio* del rapporto tra legge e giurisprudenza, tra *law in book* e *law in action*, tra norma e interpretazione. Un conflitto che la Corte risolve alla luce del principio di legalità espresso dall'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, la quale le attribuisce un carattere materiale e non formale, volto ad includere e ad attribuire rilievo anche al diritto giurisprudenziale, purché accessibile e prevedibile<sup>6</sup>. Si afferma dunque quale sia il rapporto tra legge (scritta) e l'interpretazione della stessa, stabilendo che il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, "una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto

<sup>1</sup>C. cost., sent. 8 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 5, p. 3440 (pubblicazione in GU 17 ottobre 2012, n. 41, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 673 del codice di procedura penale, promosso dal Tribunale di Torino nel procedimento di esecuzione nei confronti di D.M. con ordinanza depositata il 21 luglio 2011, iscritta al n. 3 del registro ordinanze 2012 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 5, prima serie speciale, dell'anno 2012), con note di O. Mazza e V. Manes.

<sup>2</sup>C. cost., sent. 24/01/2019, n. 25, in *Giur. cost.*, 2019, 1, p. 344 (nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159), in cui espressamente si afferma che «Va innanzi tutto condivisa l'affermazione della Corte rimettente secondo cui l'abolitio criminis – per ius superveniens o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all'esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato».

<sup>3</sup>Le cui pronunce sono ora assistite dal particolare vincolo processuale di cui all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p., in ragione del quale se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso.

<sup>4</sup>Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *CED Cass.* n. 246651, par. 9 del "considerato in diritto"; Cass., sez. un., 10 luglio 2008, n. 36527, in *Cass. pen.*, 2009, 1, p. 57 ss., con osservazioni di R.M. Geraci; Cass., sez. un., sent. n. 14535/2007; Cass., sez. un., 4 febbraio 2004, n. 23016; Cass., sez. III, 5 dicembre 2003, n. 5195; Cass., sez. V, 23 aprile 2002, n. 21344. In senso conforme: Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, sent. n. 15099. In senso difforme: Cass., sez. I, 11 marzo 2009, n. 23817; Cass., sez. V, 27 aprile 2004, n. 25079.

<sup>5</sup>Cass., sez. III, 1 aprile 2014, n. 27702, in *CED Cass.* 260232, ove la Corte ha ritenuto ammissibile la riproposizione dell'istanza di revoca della confisca degli immobili abusivamente lottizzati, presentata dai terzi acquirenti in buona fede, i quali avevano invocato l'applicazione del sopravvenuto mutamento giurisprudenziale che aveva recepito i principi della Corte e.d.u. riguardanti i limiti di applicazione della misura ablatoria nei confronti dei soggetti estranei al reato.

<sup>6</sup>R. Russo, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte Europea dei diritti umani al vaglio delle sezioni unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, p. 26.



socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa<sup>7</sup>. Il ruolo del giudice, in tale operazione ermeneutica, allora, consiste nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data, sicché la struttura – necessariamente generica – della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza<sup>8</sup>.

Rispetto a tale impostazione le voci critiche in dottrina si sono incentrate soprattutto sul “valore” che in quella pronuncia le sezioni unite della Cassazione hanno attribuito alla propria decisione, ossia il fatto di ritenere che essa sia da ritenere vincolante alla stessa stregua della fonte scritta. In altre parole, si muove dall'idea che la giurisprudenza, sia pure senza varcare la linea di rottura con il dato positivo ed evadere da questo, partecipi alla produzione del diritto per arrivare a sostenere che, se cambia il “diritto vivente”, il giudice dovrà tenerne conto come se vi sia stato un mutamento normativo<sup>9</sup>. Il problema che si affronta in questa sentenza è, cioè, quello del valore vincolante del precedente, finendosi per aderire alla dottrina, molto autorevole, ma sicuramente minoritaria, che ravvisa, anche nei sistemi di *civil law*, un dovere giuridico di conformità ai precedenti, al fine di realizzare il principio dell'interpretazione conforme della legge e, dunque, un'uguaglianza effettiva dei cittadini di fronte a questa<sup>10</sup>.

Altra dottrina, poi, ha posto in risalto l'apprezzabile riduzione della distanza del nostro sistema giuridico rispetto ai sistemi di *common law* nel riconoscere sempre più al diritto giurisprudenziale la natura di fonte di diritto<sup>11</sup>. E tale avvicinamento si è compiuto soprattutto tramite il modello di protezione dei diritti fondamentali adottato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>12</sup>. Pertanto il fatto che l'*overruling* giurisprudenziale produca un mutamento del “diritto”, che appare antinomico riguardo a un'accezione stretta della “legalità penale”, è sostanzialmente un fenomeno ormai accettato nel nostro ordinamento qualora provochi effetti *in bonam partem*.

Tutt'altro discorso è invece collegare all'*overruling* giurisprudenziale favorevole efficacia abrogativa: il conflitto tra il principio di retroattività della *lex mitior* e quello della divisione dei poteri non può che risolversi qui nella prevalenza di quest'ultimo principio, restando dunque fermo che nel nostro ordinamento la volontà del legislatore costituisce l'unico metro di riconoscimento degli effetti abrogativi di una norma<sup>13</sup>.

La Consulta, allora, dovendo pronunciarsi sul “vertiginoso interrogativo”<sup>14</sup> centrato sulla (prospettata) equiparabilità tra mutamento giurisprudenziale favorevole e *abolitio criminis* (art. 2, comma 2, c.p.), e dunque – prima e più in alto – sulla possibile omologazione del diritto giurisprudenziale alla legge, non lascia adito a dubbi, respingendo ogni forma di omologazione, dichiarando “non fondata la questione di legittimità costituzionale”.

Pur dando atto che la nozione di «diritto» («*law*»), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale, viene posto in risalto come siffatto principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno –

<sup>7</sup> Cass., sez. un., n. 18288/2010, cit., par. 7 del “considerato in diritto”.

<sup>8</sup> In questo senso, *Ibidem*.

<sup>9</sup> F. Biondi, *La decisione delle sezioni unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2010, 3, p. 4.

<sup>10</sup> *Ibidem*; cfr. sulla teoria de qua G. Gorla, *Introduzione ad una raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966, p. 13 ss.; Id., *Precedente giudiziario*, in *Enc. giur.*, XXIII, 1990.

<sup>11</sup> M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 2014, p. 655.

<sup>12</sup> Cfr. V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 71 ss.; V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 34 ss.

<sup>13</sup> M. Gambardella, *Legge penale nel tempo*, cit., p. 655.

<sup>14</sup> Si esprime così V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra «diritto giurisprudenziale» e «legge»*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, p. 3474, nota a Corte costituzionale, 12 ottobre 2012, n. 230.

della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, comma 2, Cost.; principio che demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale<sup>15</sup>, il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione<sup>16</sup>.

Si segna così, un limite oltre il quale l'accentuazione del ruolo del giudice comporterebbe un disequilibrio inaccettabile per il sistema, alterandone la stessa quadratura costituzionale<sup>17</sup>. Lo sfondo concettuale – lo si condivida o meno – sembra, peraltro, chiaro: dalla pronuncia si staglia infatti una precisa fisionomizzazione dello Stato di diritto, quale «parallelogramma di forze» in cui convergono sia il potere di emanare le leggi che il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti, vettori opposti la cui convergenza – e la cui immanente tensione – genera la stessa spinta che garantisce l'equilibrio del sistema<sup>18</sup>.

Sintetizzando la pronuncia *de qua*, allora, la dottrina ha pertanto evinto la tenuta del giudicato penale di fronte ai mutamenti del «diritto giurisprudenziale» favorevoli al condannato, nonostante le potenti contropinte di una giurisprudenza ordinaria che da tempo traligna gli argini dell'ermeneutica per sostituire le proprie scelte di politica criminale alla colpevole inerzia del legislatore<sup>19</sup>.

#### IL CONCETTO DI «LEGGE» IN AMBITO INTERNAZIONALE RILEVANTE EX ART. 666 C.P.P.

Ferma restando la inesistenza di una norma interposta, *ex art.* 117 Cost. in relazione all'art. 7, par. 1, Cedu o, soprattutto, in forza dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo, che postuli la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato per effetto del sopravvenire di una innovazione giurisprudenziale favorevole al reo<sup>20</sup>, è utile comunque verificare quale sia il concetto di «*law*» ai sensi delle norme sovranazionali, nonché i suoi imprescindibili connotati, ai sensi e per gli effetti dell'art. 666 c.p.p.

Disposizione rilevante sul punto è, *in primis*, l'art. 7 Cedu<sup>21</sup>, oltre che l'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>22</sup>.

Quanto alle interpretazioni fornite dalla Corte e.d.u., è rilevante verificare come l'espressione «dirit-

<sup>15</sup> C. cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 6, p. 4127 ss.; C. cost., 23 ottobre 1989, n. 487.

<sup>16</sup> Così C. cost., sent. n. 230/2012, cit., par. 7, 6° cpv.

<sup>17</sup> V. Manes, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3481-3482.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> O. Mazza, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, p. 3467, nota a C. cost., sent. n. 230/2012.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 3468; V. Manes, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3480, secondo cui «la sentenza in commento rimprovera al giudice torinese di aver tratto da premesse «vere» desumibili dai tracciati giurisprudenziali della Corte e.d.u. – la ricomprensione nella nozione di «diritto» utilizzata dall'art. 7 Cedu non solo del «diritto di produzione legislativa» ma anche del «diritto di produzione giurisprudenziale»; l'affermazione del principio della retroattività della legge penale più mite come corollario dello stesso art. 7 Cedu, secondo quanto stabilito dalla recente sentenza della Grande camera, *Scoppola c. Italia* – una deduzione «falsa», ossia la necessaria retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole: sottoprincipio diverso e peculiare mai affermato dai giudici di Strasburgo, e come tale insuscettibile di essere posto a base della censura imperniata sull'art. 117, comma 1, Cost., essendo lo specifico «obbligo convenzionale» di cui si è supposta la violazione – in realtà – inesistente»; cfr. C. cost., sent. n. 230/2012, cit., par. 7, 7° cpv.

<sup>21</sup> Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

<sup>22</sup> Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne.

to» contenuto nell'art. 7 sia tale da ricomprendere tanto la legge scritta quanto gli orientamenti giurisprudenziali, che ovviamente però siano connotati da una certa stabilità e dunque prevedibilità. In effetti, orientamento consolidato della Corte europea è quello in virtù del quale la nozione di «diritto» («*law*»), utilizzata nella norma pattizia, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura «sostanziale», e non già «formale», del concetto di «legalità penale», se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte – posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di *common law* – è stata ritenuta favorevole dalla Corte europea anche in rapporto agli ordinamenti di *civil law*, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale<sup>23</sup>.

Per la Corte e.d.u., allora, l'aspetto da segnalare tanto per il “diritto positivo” quanto per quello “giurisprudenziale” ha riguardo alle condizioni di “accessibilità” e “prevedibilità”. La Corte di Strasburgo, in effetti, ha avuto modo di affermare che la nozione di «diritto» utilizzata nell'art. 7 corrisponde a quella di «legge» presente in altri articoli della Convenzione, nozione che ricomprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quelle di accessibilità e di prevedibilità<sup>24</sup>. Questa include ovviamente la giurisprudenza dei Tribunali<sup>25</sup>, ma anche alcuni testi di rango infra-legislativo o regolamentari<sup>26</sup>. La Corte deve avere riguardo al diritto interno «nel suo insieme» e al modo in cui era applicato all'epoca pertinente<sup>27</sup>.

La nozione di «legge» nel senso dell'art. 7, come quella contenuta in altri articoli della Convenzione (ad esempio, gli artt. 8-11), implica delle condizioni qualitative, in particolare quelle di accessibilità e di prevedibilità<sup>28</sup>. Queste condizioni qualitative devono essere soddisfatte per quanto riguarda sia la definizione di un reato<sup>29</sup> che la pena che esso implica, o la sua portata<sup>30</sup>, che concerne la prevedibilità degli standard di pena applicabili, che dipendevano interamente dalla scelta, da parte del procuratore, dell'organo giudicante competente, piuttosto che dai criteri fissati dalla legge.

L'assenza di siffatte «qualità della legge», tanto sul versante della “definizione del reato”, quanto sul fronte della “pena applicabile”, non può che comportare la violazione dell'art. 7 della Convenzione<sup>31</sup>.

Circa il requisito di «prevedibilità», invece, i giudici sovranazionali hanno ritenuto suscettibile di violare il precetto convenzionale la condanna per un reato frutto di un'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi dopo la commissione dei fatti contestati<sup>32</sup> o, ancora, la condanna in applicazione di una disposizione ambigua di diritto interno che è oggetto di interpretazioni divergenti<sup>33</sup>. A tal uopo, si è detto, una giurisprudenza che presenta incongruenze manca della precisione necessaria per evitare i rischi di arbitrarietà e per consentire a ciascuno di prevedere le conseguenze dei propri atti<sup>34</sup>.

La “prevedibilità” ed “accessibilità” della norma, dunque, ai sensi della normativa pattizia per come

<sup>23</sup> Così C. cost. n. 230/2012, cit., par. 7, 5° cpv. Per le sent. Corte e.d.u., cfr. tra le altre: Corte e.d.u., sent. 8 dicembre 2009, Previti c. Italia; Corte e.d.u., grande camera, sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte e.d.u., grande camera, sent. 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia; Corte e.d.u., grande camera, sent. 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia.

<sup>24</sup> Corte e.d.u., grande camera, sent. 21 ottobre 2013, Del Río Prada c. Spagna, § 91; Corte e.d.u., grande camera, sent. 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, par. 35.

<sup>25</sup> Corte e.d.u., sent. S.W. c. Regno Unito, cit., parr. 36 e 41-43.

<sup>26</sup> Un regolamento penitenziario in Corte e.d.u., grande camera, sent. 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro, parr. 145-146.

<sup>27</sup> Ibidem, § 145; Corte e.d.u., sent. Del Río Prada c. Spagna, cit., par. 90.

<sup>28</sup> Corte e.d.u., grande camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia, par. 242; Corte e.d.u., sent. 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, par. 29; Corte e.d.u., sent. Kafkaris c. Cipro, cit., par. 140; Corte e.d.u., sent. Del Río Prada c. Spagna, cit., par. 91; Corte e.d.u., grande camera, sent. 15 ottobre 2015, Perinçek c. Svizzera, par. 134.

<sup>29</sup> Corte e.d.u., sent. 12 luglio 2007, Jorgic c. Germania, parr. 103-114.

<sup>30</sup> Corte e.d.u., sent. Kafkaris c. Cipro, cit., par. 150; Corte e.d.u., sent. 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta, parr. 39-45.

<sup>31</sup> Corte e.d.u., sent. Kafkaris c. Cipro, cit., parr. 150 e 152.

<sup>32</sup> Ad esempio, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso in Corte e.d.u., sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia (n. 3), parr. 64-76.

<sup>33</sup> Corte e.d.u., sent. 4 ottobre 2016, Žaja c. Croazia, parr. 99-106.

<sup>34</sup> *Ivi*, par. 103.

interpretata dalla Corte europea, non possono che costituire delle qualità imprescindibili del diritto, sia esso di origine legislativa oppure di matrice giurisprudenziale. Tale dato normativo è suscettibile di asurgere a “norma interposta” ai fini del parametro di legittimità delle norme interne, in quanto principio consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo.

#### ACCERTATA MANCANZA DI “PREVEDIBILITÀ” ED “ACCESSIBILITÀ” DELLA LEGGE: LA SOLUZIONE DEL CONTRASTO INTERPRETATIVO QUALE (POSSIBILE) “NUOVO ELEMENTO DI DIRITTO” RILEVANTE EX ART. 666, COMMA 2, C.P.P.

Ferma restando la inidoneità dell'*overruling* in quanto tale a costituire quel *novum* in termini di “elemento in diritto” (condizioni necessarie e sufficienti per adire il giudice dell’esecuzione ex art. 666, comma 2, c.p.p., in specie ai fini di cui all’art. 673, comma 1, c.p.p., e dunque ai fini della rimozione del giudicato) ci si deve a questo punto interrogare sul se la stessa sorte debba essere riservata ai casi in cui sia riscontrabile un “conflitto di interpretazioni” giurisprudenziali, anche – ed eventualmente – poi risolto da un intervento nomofilattico delle sezioni unite.

In questo caso, in effetti, a differenza che di un “mero *overruling*”, in cui per definizione esiste ed è certo un determinato orientamento interpretativo del dato positivo, nella segnalata ipotesi di “contenzuali interpretazioni contrastanti” del dato medesimo normativo, una effettiva certezza non esiste. In tali evenienze, allora, potrebbe inverarsi la situazione per cui la “legge” sia carente dei requisiti di “accessibilità” e “prevedibilità” come indicati dalle norme ed orientamenti sovranazionali; ovvero, sotto differente angolo prospettico, risulti essere “oscura” e comunque di difficile o addirittura impossibile determinazione dell’esattezza del contenuto o dei suoi effetti.

Tali differenti, ma speculari, situazioni concernono – il primo – l’ambito della ontologica costruzione del dettato normativo, mentre – il secondo – l’aspetto soggettivo del lettore della norma.

Quanto al secondo profilo, già una storica sentenza del Giudice delle Leggi ha avuto modo di affermare che «l’assoluta, “illuministica” certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di “entrate in vigore” di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori “secondo” mediazioni»<sup>35</sup>. L’analisi del requisito dell’“inevitabilità” dell’errore sul divieto, secondo siffatta giurisprudenza costituzionale, deve essere condotta secondo criteri oggettivi tra cui la «mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.»<sup>36</sup>. Ecco, allora, che il dato di fatto costituito dal «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» assume rilievo ai fini della valutazione del cosiddetto “foro interiore” del soggetto, al punto tale da giustificare anche l’ignoranza della legge penale.

Orbene, alla luce dei parametri convenzionali di “prevedibilità” e “accessibilità” della legge, tale multiforme attività interpretativa degli organi giurisdizionali deve essere intesa come idonea ad inficiare altresì la “qualità della legge” e, in questo senso, incidente non solo sull’elemento soggettivo dell’agente bensì sul dato positivo stesso, così interessando anche il primo dei sopra menzionati profili.

In effetti, come riportato *supra*, la Corte europea ha già ritenuto di censurare quella normativa nazionale che abbia condotto ad una condanna in ragione di una disposizione ambigua di diritto interno, oggetto di interpretazioni divergenti, proprio in forza del canone imprescindibile di “prevedibilità”<sup>37</sup>.

La questione, allora, interessa (e non può non interessare) anche il piano oggettivo della “legge”, non

<sup>35</sup> C. cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364, par. 18, nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 5, 42, 43 e 47 del codice penale e dell’art. 17, lett. b), della l. 28 gennaio 1977, n. 10, in cui si continua ancora affermandosi che «La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.)».

<sup>36</sup> C. cost., sent. n. 364/1988, cit., par. 27.

<sup>37</sup> Corte e.d.u., sent. Žaja c. Croazia, cit., parr. 99-106.

nella sua “costituzione” o “abrogazione” (come invece per i sistemi di *common law*) bensì nella sua oggettiva “efficacia applicativa e percettiva”.

Si vuol dire che la funzione giurisdizionale in quanto deputata a fornire l'esatta applicazione ed interpretazione della legge è essa stessa connaturale estrinsecazione della stessa, di cui è imprescindibile dato ermeneutico. Sicché la variegata proliferazione di indirizzi interpretativi non può che ingenerare confusione nei consociati rispetto all'esatto contenuto della legge, a sicuro scapito della “prevedibilità” delle conseguenze delle loro azioni. Quanto all'altro requisito convenzionale della “accessibilità”, poi, sarebbe assolutamente inutile rendere accessibili le leggi (mediante la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) qualora il loro contenuto non fosse effettivamente ed uniformemente intelligibile.

La questione, allora, si ritiene essere differente da quella affrontata dalla Corte costituzionale indicata *a principio*.

In tale pronuncia, invero, il giudice delle leggi ha affermato come sia da escludere che dal principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza “convenzionale” di rimuovere, in nome del principio di retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale in *bonam partem*, e ciò in ragione di un differente fondamento logico-giuridico.

L'irretroattività della norma penale sfavorevole, si è affermato, rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale della fattispecie. Nessun collegamento con la predetta libertà ha, per converso, il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca<sup>38</sup>.

In ciò si ritiene consistere la segnalata differenza tra “mero *overruling*” e “contestuali interpretazioni contrastanti”, poi risolte da una pronuncia nomofilattica a tacitazione della *querelle* esegetica: in tale ultima circostanza, invero, non può affermarsi con certezza che «l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca», stante un difetto di accessibilità e prevedibilità del dato normativo.

D'altronde, se i contrasti interpretativi – poi risolti dalle sezioni unite della Corte di Cassazione sino a formare “diritto vivente”<sup>39</sup> – davvero non influissero sulla qualità della legge in quanto tale (di talché l'azione nomofilattica non compartecipasse del processo “formante” della legge almeno in ambito operativo-esegetico) probabilmente non sarebbe neanche possibile sollevare questioni di legittimità costituzionale rispetto al “diritto vivente” stesso.

Al contrario, è noto che sia ammissibile sottoporre ai Giudici di Palazzo della Consulta questioni di legittimità costituzionale su norme ordinarie «per come interpretate» dai giudici di legittimità, allorché ciò rappresenti diritto vivente<sup>40</sup>. La Corte costituzionale ha in effetti affrontato, ed accolto, que-

<sup>38</sup> C. cost., sent. 230/2012, cit., par. 7, 9° cpv., in cui si precisa tuttavia che la retroattività della norma più favorevole troverebbe fondamento piuttosto nel “principio di eguaglianza”, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore (cfr. anche C. cost., sent. n. 394/2006, cit.; analogamente C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 4, 2011; C. cost., sent. 9 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008).

<sup>39</sup> «Diritto vivente» costituisce un sintagma utilizzato in diversi contesti ed in differenti accezioni, per indicare – in estrema sintesi e con l'inesattezza che questa rende ineludibile – la *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione. Secondo la prevalente dottrina, «la verbalizzazione del formante giurisprudenziale nella dottrina del diritto vivente» nel nostro Paese è conseguita proprio «alla riflessione condotta dalla Corte costituzionale che con la propria giurisprudenza ha riconosciuto espressamente il suo valore», così L. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, febbraio 2015; cfr. anche M. Cavino, *Diritto vivente [aggiornamento]*, in *Dig. pubbl.*, 2010.

<sup>40</sup> L. Salvato, *Profili del «diritto vivente»*, cit., p. 27, sul punto afferma che «La dottrina del diritto vivente, secondo un'opinione pressoché unanime, ha permesso di dare soluzione alla questione del rapporto tra giurisdizione costituzionale e funzione esegetica dei giudici comuni. Il suo accoglimento da parte della Corte costituzionale ha, infatti, comportato che quest'ultima si è auto-limitata, astenendosi dal fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, qualora una stabile elaborazione giurisprudenziale – nei termini sopra precisati – abbia identificato ed enunciato il significato normativo da attribuirle».

stioni in cui «ciò che viene in discussione nel presente giudizio non è la disposizione in quanto tale, ma l'interpretazione che di essa ha dato il diritto vivente»<sup>41</sup>. Lo scrutinio di legittimità costituzionale, allora, non veniva invocato allo scopo di ottenere l'avallo di una determinata interpretazione piuttosto che un'altra, ma atteneva, piuttosto, al significato in cui le disposizioni censurate «vivono» secondo l'indirizzo giurisprudenziale consacrato nelle decisioni delle Sezioni unite penali e ampiamente condiviso, denunciandone il contrasto con i richiamati parametri costituzionali<sup>42</sup>.

Non v'è dubbio, allora, che la Corte costituzionale sia ben consapevole del ruolo "con-formativo" della giurisprudenza rispetto al diritto vigente<sup>43</sup>. Tuttavia, una tale constatazione non significa affatto che la giurisprudenza possa formulare "norme" incompatibili con il testo della legge, a un simile esito ostando il principio della supremazia gerarchica della legge sul diritto giurisprudenziale; ma implica, questo sì, la necessità che tutti coloro che esercitano una funzione giurisdizionale siano consapevoli – persino in materie dominate da una stretta riserva di legge, come il diritto penale – della realtà del "diritto giurisprudenziale", e della sua essenziale funzione di garanzia di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Garanzia, quest'ultima, che è a sua volta condizione per un'applicazione uniforme delle norme, in ossequio tra l'altro al principio costituzionale di eguaglianza<sup>44</sup>.

Sul punto, si è sottolineato<sup>45</sup> come la Consulta abbia da tempo interiorizzato la distinzione, risalente a Vezio Crisafulli, tra disposizione e norma<sup>46</sup>: l'oggetto effettivo del giudizio della Corte non è la "disposizione" – il *testo* normativo – oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati del rimettente; bensì la "norma", e cioè l'enunciato che costituisce il *frutto dell'interpretazione* di quel testo<sup>47</sup>.

L'interpretazione nomofilattica della "norma", allora, soggiunta a casi di conflittualità ermeneutica, non può non assurgere a quel "nuovo elemento di diritto" di cui all'art. 666 c.p.p. che fonda la cognizione del giudice dell'esecuzione.

Su queste premesse, il "formante giudiziale" (nei limiti di fatto e di diritto come sopra indicati) costituendo nuovo elemento di diritto sarebbe idoneo a giustificare interventi specifici del giudice dell'esecuzione, in tema ad esempio di riqualificazione giuridica del fatto *ex art.* 521 c.p.p., per il cui tramite – ricorrendone i presupposti – si potrebbe anche revocare la sentenza di condanna *ex art.* 673 c.p.p.<sup>48</sup>.

In definitiva, i nuovi orientamenti giurisprudenziali intervenuti in funzione risolutiva di contrasti esegetici, tali per cui vi era un'obiettiva situazione di incertezza interpretativa del dato normativo suscettibile di violare i canoni di "accessibilità" e "prevedibilità" per come sanciti dalla Convenzione europea, devono essere intesi quali "nuovi elementi di diritto" *ex art.* 666, comma 2, c.p.p. Ciò posto, tale *ius novum* è da ritenere suscettibile di conferire al giudice dell'esecuzione il potere di intervenire per operare i relativi correttivi al titolo esecutivo e, ricorrendone i presupposti, anche di revocare il giudicato allorquando – ad esempio a seguito di una riqualificazione giuridica del fatto – l'azione delittuosa non costituisca (più) alcuna ipotesi di reato.

<sup>41</sup> Così C. cost., sent. 9 maggio 2022, n. 111, in *Giur. cost.*, 2022, par. 4, nel giudizio di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 129, 568, comma 4, 591, comma 1, lett. a), 601, 605 e 620 del codice di procedura penale, promosso dalla Corte di cassazione, sez. I penale.

<sup>42</sup> In questo senso C. cost., sent. n. 111/2022, cit., par. 3, 4° cpv.; cfr. altresì C. cost., sent. 08 febbraio 2017, n. 122, in *Giur. cost.*, 2017; C. cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016; C. cost., sent. 28 aprile 2015, n. 126, in *Giur. cost.*, 2015; C. cost., sent. 7 ottobre 2014, n. 242, in *Giur. cost.*, 2014.

<sup>43</sup> F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, rivista giuridica on-line, 19 gennaio 2021.

<sup>44</sup> Così F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., abstract.

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 9.

<sup>46</sup> V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, p. 195 ss. Sulla distinzione, fra i tanti, cfr. anche R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 333.

<sup>47</sup> Così F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale*, cit., p. 9; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, vol. II, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 202 ss.

<sup>48</sup> Cfr., in specie, quanto si dirà successivamente in relazione ad un caso specifico.

## UN CASO PARADIGMATICO DI POSSIBILE RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO AD OPERA DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

La storia giudiziaria ci consegna un caso paradigmatico di giurisprudenza conflittuale in punto di sussunzione di un fatto concreto nella sua fattispecie astratta: “la falsa attestazione circa la esenzione dal ticket sanitario”.

Si vedrà come tale condotta materiale sia stata (troppo) diversamente qualificata giuridicamente dalla giurisprudenza, anche di legittimità, sino alla emanazione di ben due pronunce della Suprema Corte a sezioni unite che, attraverso una effettiva opera di *finium regundorum*, ne ha identificato i confini di responsabilità e qualificazione giuridica.

Ci si riferisce, in particolare alle sentenze emesse da Cassazione penale, sez. unite, sentenza 27 aprile 2007, n. 16568<sup>49</sup> e Cassazione penale, sez. unite, sentenza 25 febbraio 2011, n. 7537<sup>50</sup>.

*Cass. pen., sez. un., sentenza 27 aprile 2007, n. 16568*

Con il principio di diritto espresso dalle sezioni unite del 2007 si è risolto il contrasto interpretativo riferito alla esatta determinazione del confine delle norme di cui ai reati di Truffa aggravata (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.), Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (640-bis c.p.) e Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (316-ter c.p.); ma anche la questione circa l'oggetto del reato, ovvero se sia possibile ricomprendere in essi anche prestazioni di tipo assistenziale.

Sicché, è stato ivi affermato il seguente principio di diritto: «*I delitti di cui agli artt. 316 ter e 640 bis c.p., configurabili entrambi, diversamente dal delitto previsto dall'art. 316 bis c.p., anche nel caso di indebita erogazione di contributi di natura assistenziale, sono in rapporto di sussidiarietà e non di specialità. Sicché il residuale e meno grave delitto di cui all'art. 316 ter, che diversamente da quello di cui all'art. 640 bis c.p. assorbe anche i delitti di falso ideologico previsto dall'art. 483 c.p. e di uso di atto falso previsto dall'art. 489 c.p., è configurabile solo quando difettino nella condotta gli estremi della truffa*»<sup>51</sup>.

In altre parole, sia l'art. 316-ter che l'art. 640-bis c.p. sono configurabili anche per “prestazioni assistenziali”, laddove il 316-ter sussiste allorché difettino gli elementi tipici della truffa e, dunque, quando l'errore sia stato effettivamente determinato nella vittima, ma senza uso di artifici o raggiri da parte dell'autore.

Le sentenze di legittimità che, invece, ritenevano non sussumibili nelle norme di cui agli artt. 640-bis e 316-ter c.p. le “prestazioni assistenziali”, ritenendo invece configurabile la truffa aggravata ex art. 640 comma 2, c.p., sono ravvisabili in Cass., sez. VI, 11 maggio 2005, Belcastro, m. 231865; Cass., sez. VI, 16 febbraio 2006, Liva, m. 233852; Cass., sez. VI, 2 marzo 2006, Pantorno, m. 234587.

In tali pronunce si rilevava in particolare che gli artt. 316-ter e 640-bis c.p., laddove definiscono le “erogazioni pubbliche” rilevanti come “contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate”, recepiscono la terminologia propria della sola legislazione di sostegno alle attività economiche e produttive. E si è sostenuto che le severe sanzioni previste dagli artt. 316-ter e 640-bis c.p. appaiono specificamente destinate a reprimere solo la devianza economico finanziaria, certamente più grave e sofisticata.

Per l'opposto orientamento (il quale riteneva configurabile la norma di cui all'art. 316-ter c.p.), invece, sono state segnalate le seguenti pronunce: Cass., sez. VI, 12 giugno 2006, Russo, m. 234873; Cass., sez. VI, 10 ottobre 2003, Riillo, m. 228191.

In tali decisioni si è affermato che il termine “contributo” è riferibile anche alle erogazioni pubbliche assistenziali, come confermato dal comma 2 dello stesso art. 316-ter c.p., laddove impone quale condizione di rilevanza penale del fatto una soglia minima di quattromila euro, certamente non giustificabile se la fattispecie si riferisse alle sole erogazioni di sostegno alle attività economico produttive.

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 27 aprile 2007, n. 16568, in *Cass. pen.*, 2007, vol. 12, con nota di V. Valentini, *Le sezioni unite consacrano la primazia dell'art. 316ter c.p.: un epilogo consapevole?*, p. 4526 ss.

<sup>50</sup> Cass., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 7537, in *Cass. pen.*, 2011, vol. 9, con nota di F. Baldi, *Circa la qualificazione giuridica delle false dichiarazioni ai fini dell'esenzione dal pagamento del ticket sanitario*, p. 2911 ss.

<sup>51</sup> Cfr. punto 6. dei “Motivi della decisione”.

ve. È l'art. 316-bis c.p., si aggiunge, che si riferisce esplicitamente solo a "contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse". Mentre sarebbe irragionevole ritenere che proprio le attività illecite di minore gravità, come quelle destinate all'indebita percezione di erogazioni assistenziali, debbano in definitiva essere sanzionate più gravemente, posto che, ove escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 316-ter c.p., esse risulterebbero riconducibili alle concorrenti fattispecie della truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma 2, n. 1, c.p.) e del falso ideologico in atto pubblico commesso dal privato (art. 483 c.p.).

*Cass. pen., sez. un., sentenza 25 febbraio 2011, n. 7537*

Con la pronuncia resa dalle sezioni unite del 2011, poi, si è venuto integrando il principio di diritto espresso dalla suddetta sentenza Carchivi del 2007, affermando *in primis* che rientrano nel concetto di prestazioni assistenziali anche «*quelle concernenti la esenzione del ticket per prestazioni sanitarie ed ospedaliere*» e, *in secundis*, che tali condotte configurano il reato di cui all'art. 316-ter c.p.

In effetti, ivi si legge testualmente il seguente principio di diritto: «*Integra il delitto di cui all'art. 316 ter c.p., anche la indebita percezione di erogazioni pubbliche di natura assistenziale, tra le quali rientrano quelle concernenti la esenzione del ticket per prestazioni sanitarie ed ospedaliere, in quanto nel concetto di conseguimento indebito di una erogazione da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di contribuzione ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di danaro ma pure attraverso la concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, perché anche in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità*»<sup>52</sup>.

Invero, già prima si è specificato che la questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle sezioni unite è stabilire «*quale sia la corretta qualificazione giuridica del fatto criminoso consistente nella falsa attestazione del privato di trovarsi nelle condizioni di reddito per fruire, a termini di legge, delle prestazioni del servizio sanitario pubblico senza il versamento della quota di partecipazione alla spesa sanitaria*», affermando immediatamente dopo (al punto 2.) che «*Sul punto si rinvia effettivamente un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte*»<sup>53</sup>.

Si è giunti alla pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite, dunque, al fine di dirimere un contrasto interpretativo in punto di qualificazione giuridica.

E difatti, prima di tale pronuncia, alcune decisioni hanno affermato che la condotta dianzi descritta, connotata, com'è, dall'artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto, deve essere qualificata in termini di truffa, *ex art. 640 c.p., comma 2* e non *ex art. 316-ter*<sup>54</sup>.

Al contrario, altre decisioni esplicitamente hanno interpretano il concetto di erogazione di cui all'art. 316-ter come comprensivo «*sia di somme versate dall'ente pubblico, sia di somme non richieste o richieste in misura minore per servizi resi da detto ente*»<sup>55</sup>.

È chiaro, allora, che prima della summenzionata pronuncia della Cassazione a sezioni unite, vi erano contrastanti interpretazioni che non consentivano una prevedibilità della futura decisione, ma al contrario rendevano ancor più nebulosa la configurazione in diritto del fatto concreto.

#### *Effetti della soluzione interpretativa*

Alla luce dell'evidenziato contrasto interpretativo, si può riassumere la vicenda interpretativa delle norme in esame come segue.

Nell'anno 2007, risolvendo un contrasto interpretativo, la sezioni unite hanno chiarito che l'art. 316-ter è configurabile quando non si configurano gli estremi degli artifici e/o raggiri della truffa ed anche quando l'oggetto dell'indebita percezione riguarda "contributi assistenziali".

Nel 2011, invece, le sezioni unite, risolvendo un ulteriore contratto interpretativo, hanno specificato

<sup>52</sup> Cfr. il punto 7. dei "Motivi della decisione".

<sup>53</sup> Cfr. il punto 1 dei "Motivi della decisione".

<sup>54</sup> Così: Cass., sez. II, 26 giugno 2007, n. 32849; Cass., sez. V, 9 luglio 2008, n. 38478; Cass., sez. II, 25 febbraio 2009, n. 24817.

<sup>55</sup> Così: Cass., sez. V, 9 luglio 2009, n. 39340; Cass., sez. V, 26 giugno 2009, n. 31909; Cass., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 28665.



rispetto al precedente nomofilattico di quattro anni prima che anche il “pagamento del ticket” deve essere considerato alla stregua di un “contributo assistenziale”.

È altrettanto evidente che tale complesso iter ermeneutico non può non consistere in un “nuovo elemento di diritto”, in quanto tale rilevante *ex art. 666, comma 2, c.p.p.* al fine di fondare la cognizione del giudice dell’esecuzione. Tale ultimo, allora, sarà investito della questione sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto materiale riportato nel titolo esecutivo.

In effetti, trattandosi di nuovo elemento di diritto, in ragione di ben due pronunce nomofilattiche che dirimono un evidente conflitto interpretativo che ha ingenerato una “non prevedibilità” e “non accessibilità” della norma e dei suoi effetti penali, il giudice dell’esecuzione sarà chiamato a conferire al fatto l’esatto *nomen iuris*.

Di poi, sussistendo i presupposti per la riqualificazione ai sensi dell’art. 316-ter c.p., rientrando nei limiti della soglia di non punibilità fissata in € 3.999,96 prevista al secondo comma di tale disposizione, è da riconoscere in capo a tale organo giurisdizionale il potere di revocare il giudicato *ex art. 673 c.p.p.*

VALENTINA VASTA

Assegnista di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano

## Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni \*

### *The evolutionary lines of the joint investigation teams regulation*

Questo lavoro intende ricostruire la disciplina delle squadre investigative comuni, anche alla luce dei più recenti sviluppi del diritto dell'Unione europea, sottolineando gli irrisolti problemi applicativi nell'ambito dell'ordinamento interno.

*This paper provides a reconstruction of the joint investigation teams regulation, also in light of the most recent developments in EU law, aiming to highlight the unsolved application issues in domestic proceedings.*

#### PREMESSA

Le squadre investigative comuni (SIC) sono uno strumento d'investigazione che consente alle autorità di diversi Stati di svolgere congiuntamente attività d'indagine a livello transnazionale, condividendone i risultati acquisiti<sup>1</sup>.

Nel quadro europeo, la possibilità di costituire squadre investigative comuni si inserisce nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia<sup>2</sup> c.d. orizzontale, «cioè quella tra le autorità nazionali dei Paesi membri»<sup>3</sup>, rappresentando una «forma di assistenza di carattere operativo e non “rogatorio”, finalizzata alla repressione di fenomeni criminosi che coinvolgono l'ambito territoriale di due o più Stati»<sup>4</sup>. Si tratta, cioè, dell'individuazione di uno specifico e unico «spazio investigativo comune»<sup>5</sup>, nel quale i componenti della squadra operano «direttamente e in tempi reali»<sup>6</sup>, compiendo tutti gli atti e le operazioni necessari allo scopo per cui la medesima è stata costituita e in tutti i territori degli Stati che

---

\*Il presente contributo sarà pubblicato anche nel volume che raccoglie le relazioni svolte nel ciclo di seminari per avvocati e magistrati in tema di diritto penale internazionale ed europeo.

<sup>1</sup>Per tale ragione, secondo G. De Amicis, *Scambio di informazioni e di intelligence, squadre investigative comuni*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 815, le SIC rappresentano «un modulo di cooperazione sui generis rispetto alle tradizionali forme di assistenza».

<sup>2</sup>Per L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari, Cacucci, 2023, p. 2, «proprio perché ci si muove lungo una linea di confine, appare preferibile esprimersi in termini di “cooperazione investigativa”, locuzione con cui si vorrebbe sottintendere la coesistenza di entrambe le aree di cooperazione in materia penale nella fase d'indagine».

<sup>3</sup>Così M. Gialuz, *Le forme e gli strumenti della cooperazione di polizia*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 307, per il quale la stessa «rappresenta un elemento centrale su cui si regge lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea».

<sup>4</sup>Questa è la definizione data da G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 322; cfr. anche G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 49.

<sup>5</sup>L'espressione è di R.M. Geraci, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari, Cacucci, 2020, p. 238, riferendosi alla «somma dei territori degli Stati partecipanti al pool».

<sup>6</sup>Così si esprime C. Bottino, *Procedimento penale ed intelligence: poche regole tra prevenzione e cooperazione*, in questa *Rivista*, 2022, p. 1014; negli stessi termini v. anche S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, in F. Falato (a cura di), *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, II ed., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, p. 193; M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1009.

ne fanno parte, senza dover ricorrere ad altre forme di assistenza giudiziaria e applicando, di volta in volta, le regole processuali secondo il c.d. criterio della *lex loci*<sup>7</sup>.

La variabilità da Stato a Stato del regime di utilizzabilità dei singoli atti processuali porta con sé il rischio che i risultati dell'indagine, svolta secondo le regole previste nello Stato in cui la SIC agisce, non conservino efficacia probatoria nello Stato nel quale gli stessi debbano essere impiegati.

Le possibili incongruenze tra *lex loci* e *lex fori*, peraltro, innalzano il pericolo del c.d. *forum shopping*, laddove, a fronte di uno Stato in cui vigono regole di utilizzabilità dell'atto eseguito all'estero «più elastiche» rispetto ad altri, si possa favorire lo svolgimento del processo in tale Stato, con possibili ed evidenti compromissioni del principio del giudice naturale precostituito per legge<sup>8</sup>.

## IL QUADRO NORMATIVO SOVRANNAZIONALE

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, le conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999 rappresentano il primo atto nel quale è stata delineata in maniera esplicita la necessità di costituire «senza indugio» le squadre investigative comuni quale strumento orientato al potenziamento della cooperazione nella lotta alla criminalità transazionale<sup>9</sup>.

Tale strumento è stato poi disciplinato dall'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale<sup>10</sup> (c.d. MAP), nonché dall'art. 20 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, adottato l'8 novembre 2001<sup>11</sup>.

La mancata ratifica in breve tempo di tali disposizioni internazionali da parte dei singoli Stati ha portato il legislatore europeo ad adottare la Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni (2002/465/GAI)<sup>12</sup>, riproponendo sostanzialmente il contenuto della precedente Convenzione<sup>13</sup>. Tuttavia, se la decisione quadro concepisce le squadre investigative comuni come principale strumento di contrasto al terrorismo, al traffico di stupefacenti e alla tratta degli esseri umani<sup>14</sup>, la Convenzione di Bruxelles, invece, «sembra abbracciare l'intera materia dell'assistenza giudiziaria penale»<sup>15</sup>.

<sup>7</sup>In questo senso L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 54, osserva che «la circoscrizione dell'insieme individua l'ampiezza territoriale entro cui gli elementi possono compiere la loro attività: si tratta di un perimetro che non coincide con i confini territoriali nazionali propri di ciascun partecipante alla squadra, all'interno del quale non è necessario ricorrere a forme di assistenza giudiziaria tradizionale (come le rogatorie) o moderne (OEI)».

<sup>8</sup>Così L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 80 ss.; dello stesso avviso sono anche R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, Aracne, 2014, p. 170, per la quale potrebbe esserci la tendenza a favorire «il sistema che più facilmente rispetto ad altri consente il transito del materiale raccolto all'estero nel procedimento penale»; A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *Quest. giust.*, 2011, 5, p. 145, secondo cui «il pericolo del *forum shopping* si palesa quanto mai attuale, con buona pace delle esigenze che in ambito interno trovano tutela nel principio di naturalità e precostituzione del giudice».

<sup>9</sup>Cfr. considerando n. 43 delle *Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999*, per cui «il Consiglio europeo chiede di istituire senza indugio le squadre investigative comuni previste nel trattato, inizialmente per combattere il traffico di droga, la tratta di esseri umani e il terrorismo. Le norme da definire a tale riguardo dovrebbero consentire ai rappresentanti dell'Europol di partecipare, se opportuno, a tali squadre con funzioni di supporto».

<sup>10</sup>V. *Atto del Consiglio del 29 maggio 2000 che stabilisce, conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *GIUE*, 12 luglio 2000, C 197/01.

<sup>11</sup>Ratificato con l. 24 luglio 2019, n. 88 *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatto a Strasburgo l'8 novembre 2001; b) Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Strasburgo il 10 novembre 2010; c) Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, fatto a Vienna il 20 settembre 2012*, in *Gazz. uff.*, 19 agosto 2019, n. 193.

<sup>12</sup>*Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni (2002/465/GAI)*, in *GIUE*, 20 giugno 2002, L 162/1.

<sup>13</sup>Sul punto e per altri riferimenti dottrinali, cfr. A. Barrocu, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1326; per un confronto tra la Convenzione e la decisione quadro cfr. G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 51 ss.

<sup>14</sup>Sottolineano la spinta alla tempestiva adozione della decisione quadro impressa dagli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, tra gli altri, G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di*

Nella prospettiva del legislatore europeo le SIC sono costituite d'intesa dalle autorità competenti di ciascuno Stato membro quando uno di questi avvii indagini per reati che comportano «inchieste difficili e di notevole portata» oppure mostrano «un collegamento con altri Stati membri», o anche laddove, per le circostanze del caso, le medesime «esigono un'azione coordinata e concertata» (art. 1, par. 1<sup>16</sup>).

La squadra investigativa comune non è quindi una «struttura permanente»<sup>17</sup>, ma è creata *ad hoc* per mezzo di un accordo costitutivo sottoscritto dalle autorità degli Stati interessati, che reca indicazione del suo scopo, della sua durata e della sua composizione.

Fermo tale contenuto necessario, l'atto costitutivo rimane «espressione di autonomia delle autorità competenti», le quali possono liberamente adeguarlo «agli interessi investigativi concreti»<sup>18</sup>. A supporto delle autorità nazionali, il Consiglio dell'Unione europea ha, però, nel tempo, adottato una serie di raccomandazioni e risoluzioni che hanno introdotto modelli *standard* di accordo per la costituzione di squadre investigative comuni, che seppur non vincolanti, hanno rappresentato nel tempo una guida aggiornata<sup>19</sup> agli aspetti più rilevanti in ordine al funzionamento dello strumento investigativo<sup>20</sup>.

Il *team* si costituisce «in uno degli Stati membri in cui si svolgeranno presumibilmente le indagini» (art. 1, par. 1). L'appartenenza o meno dei membri della squadra investigativa comune allo Stato di costituzione consente di distinguere tra membri nazionali e membri distaccati; a quest'ultimi viene riconosciuto il diritto di partecipare, pur nei limiti previsti dalle normative nazionali, allo svolgimento di atti d'indagine anche nel territorio di un altro Stato membro. Tra i membri della squadra investigativa comune, infine, deve essere individuato, e designato nell'atto costitutivo, il direttore, ossia «un rappresentante dell'autorità competente che prende parte alle indagini penali dello Stato membro nel cui territorio la squadra interviene» (art. 1, par. 3, lett. a).

La decisione quadro, inoltre, ammette, in via generale e nella misura consentita dal diritto degli Stati membri, la partecipazione alle squadre investigative comuni anche di altri «funzionari di organismi istituiti ai sensi del Trattato» (art. 1, par. 12)<sup>21</sup>, quali ad esempio i rappresentanti di Eurojust<sup>22</sup>,

---

*procedura penale europea*, cit., p. 322; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 18; S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 194; R.M. Geraci, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, cit., p. 240, nt. 7; A. Saccucci, *Verso la costituzione di squadre investigative comuni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1050, il quale, peraltro rispetto all'adozione della decisione quadro parla di superamento «del principio consensualistico cui è subordinata l'efficacia di un accordo internazionale stipulato tra gli Stati membri».

<sup>15</sup> Così L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 56.

<sup>16</sup> Questo e i successivi articoli citati nel presente paragrafo sono da intendersi riferiti alla decisione quadro 2002/465/GAI.

<sup>17</sup> L'espressione è presa da S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 149.

<sup>18</sup> L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 68, il quale ravvisa nell'atto di costituzione l'emblema del «primato della volontà degli Stati», che, nell'ambito della loro autonomia negoziale, possono scegliere di servirsi dello strumento, di modellarlo secondo le proprie esigenze, di modularlo in maniera flessibile via via che si attingono gli obiettivi investigativi»; R.M. Geraci, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, cit., p. 242, la quale, a tale riguardo, ritiene che «un certo livello di "autosufficienza" gestionale connota le dinamiche costitutivo-operative del nuovo strumento».

<sup>19</sup> L'opera è iniziata con la *Raccomandazione del Consiglio dell'8 maggio 2003 su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune*, in *GUUE*, 23 maggio 2003, C 121/1 (sulla quale v. A. Saccucci, *Verso la costituzione di squadre investigative comuni*, cit., p. 1050), è proseguita con la *Risoluzione del Consiglio del 26 febbraio 2010 su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune*, in *GUUE*, 19 marzo 2010, C 70/1, fino alla più recente approvazione della *Risoluzione del Consiglio su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune (SIC)*, in *GUUE*, 19 gennaio 2017, C 18/1, da cui è scaturito il *Testo consolidato del modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune*.

<sup>20</sup> Si guardi, a titolo di esempio, all'attenzione dedicata da parte della Risoluzione del Consiglio del 2017, cit., alla comunicazione dei membri della SIC con i media (il punto 15 del modello di accordo allegato prevede che «i tempi e i contenuti della comunicazione con i media, se prevista, sono concordati dalle parti e rispettati dai partecipanti») o al tema delle comunicazioni alla difesa (il punto 17.1 tra le «norme di divulgazione» indica che «le parti possono voler chiarire qui le norme nazionali applicabili in materia di comunicazione alla difesa e/o allegarne una copia o una sintesi»).

<sup>21</sup> La medesima previsione è contenuta all'art. 13 par. 12 della Convenzione di Bruxelles, cit.

<sup>22</sup> Cfr. art. 8, par. 1, lett. d), *Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio*, in *GUUE*, 21 novembre 2018, L 295/138.

Europol<sup>23</sup>, OLAF<sup>24</sup>, o anche rappresentanti di organismi internazionali e di Stati terzi<sup>25</sup>; tutti con funzione di supporto specialistico, consulenza e di coordinamento.

Rispetto ai rappresentanti di Europol ed Eurojust, peraltro, le rispettive normative di riferimento<sup>26</sup>, oltre a prevederne la partecipazione alle squadre investigative comuni, riconoscono anche un potere d'iniziativa in ordine alla loro costituzione, nonché funzioni di sostegno tecnico, operativo e anche finanziario all'attività investigativa del *team*<sup>27</sup>.

Lo strumento delle squadre investigative comuni, nel quadro del diritto dell'Unione europea, si confronta con altri organismi e istituti di cooperazione orientati alla raccolta della prova all'estero.

In primo luogo, le SIC si intersecano con l'ordine europeo d'indagine penale (OEI), introdotto dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014<sup>28</sup>, il quale, nell'intento di superare il classico sistema rogatorio, basato sulla mutua assistenza, ha introdotto un meccanismo ispirato al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni e finalizzato all'acquisizione transnazionale della prova e degli atti investigativi, che permette il loro trasferimento attraverso un «titolo giudiziale unico»<sup>29</sup>.

Mentre, però, l'attivazione dell'OEI necessita comunque di una richiesta di assistenza da parte delle autorità giudiziarie nazionali, le SIC, operando tramite azioni investigative congiunte, fanno sì che i risultati investigativi e le prove raccolte siano immediatamente condivisi tra gli Stati membri partecipanti. Tale differenza spiega il «rapporto di alterità-indipendenza» tra i due istituti fissato dall'art. 3 della direttiva 2014/41/UE, che prevede l'applicazione dell'OEI «a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale

<sup>23</sup> Cfr. art. 5 Regolamento 2016/794/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, in *GUUE*, del 24 maggio 2016, L 135/53.

<sup>24</sup> Cfr. art. 12-ter Regolamento (UE, Euratom) 2020/2223 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 dicembre 2020 che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 per quanto riguarda la cooperazione con la Procura europea e l'efficacia delle indagini dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode, in *GUUE*, 28 dicembre 2020, L 437/49, per cui «l'Ufficio può partecipare alle squadre investigative comuni istituite conformemente al diritto dell'Unione applicabile e procedere, in tale ambito, allo scambio delle informazioni operative ottenute a norma del presente regolamento».

<sup>25</sup> L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 79, individua in FRONTEX, un'altra agenzia in grado di fornire supporto alle squadre», mediante vari strumenti e modalità, «tra cui si ricordano, in particolare, il trasferimento del *know-how* relativo alla gestione delle frontiere; l'organizzazione di *workshops* dedicati; l'offerta di formazione (ad esempio sull'uso pratico di attrezzature tecniche e del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere Eurosur); la fornitura dei servizi Eurosur per la fusione dei dati (ad esempio immagini satellitari, monitoraggio/tracciamento e rilevamento delle navi)».

<sup>26</sup> Cfr. nt. nn. 22 e 23.

<sup>27</sup> Cfr. art. 4, apr. 1, lett. h), Regolamento 2016/794/UE, cit.; art. 4, par. 1, lett. f), Regolamento (UE) 2018/1727, cit., nonché la previsione contenuta nel *considerando* n. 56, per cui «Eurojust ed Europol dovrebbero tenersi reciprocamente informati sulle attività che comportino il finanziamento di squadre investigative comuni».

<sup>28</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, in *GUUE*, 1° maggio 2014, L 130/1; a commento *ex multis* v. M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in questa *Rivista*, 2015, p. 1 ss.; L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3522 ss.; M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2016, p. 86 ss.; Á. Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, in questa *Rivista*, 2017, p. 346 ss.; F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 275 ss. L'atto europeo ha trovato attuazione nell'ordinamento interno con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Gazz. uff.*, 13 luglio 2017, n. 162; a commento *ex multis* v. R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 400 ss.; L. Camaldo, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo d'indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4196 ss.; M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2017; R.E. Kistoris, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1437 ss.; A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 158 ss.; M.R. Marchetti, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, *La giustizia penale riformata*, p. 827 ss.; F. Ruggeri, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in questa *rivista*, 2018, p. 131 ss.

<sup>29</sup> L'espressione è di Á. Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 347.

squadra»<sup>30</sup>, fatta eccezione per l'eventualità in cui la squadra necessiti dell'assistenza giudiziaria di uno Stato membro che non ha partecipato alla sua costituzione<sup>31</sup>.

In secondo luogo, le squadre investigative comuni condividono con la Procura europea<sup>32</sup> la funzione di svolgere indagini transfrontaliere senza ricorrere agli ordinari mezzi di cooperazione giudiziaria. L'art. 32 del regolamento (UE) 2017/1939 stabilisce che «qualora una misura debba essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo decide in merito all'adozione della misura necessaria e la assegna a un procuratore europeo delegato avente sede nello Stato membro in cui la misura in questione deve essere eseguita». Tale procedura consente di escludere il ricorso alla costituzione di una squadra investigativa comune per lo svolgimento di indagini transfrontaliere tra Stati membri aderenti a EPPO e per i reati di competenza di quest'ultima. Solo al di fuori dell'ambito operativo della Procura europea, quindi, le SIC potrebbero essere costituite al fine di cooperare con l'organo inquirente europeo<sup>33</sup>.

Ancora, ulteriori e recenti sviluppi del diritto europeo sono destinati a impattare sul funzionamento delle squadre investigative comuni.

Innanzitutto, il recente *Regolamento (UE) 2023/969 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce una piattaforma di collaborazione come ausilio al funzionamento delle squadre investigative comuni e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1726*<sup>34</sup> si pone l'obiettivo di colmare la lacuna della nor-

---

<sup>30</sup> Le ragioni sono spiegate nel *considerando* n. 8 del medesimo atto, per il quale «l'OEI dovrebbe avere una portata orizzontale e pertanto dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove. Tuttavia, l'istituzione di una squadra investigativa comune e l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra richiedono disposizioni specifiche, che è più opportuno disciplinare separatamente». In un caso italiano, Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 2022, in *C.E.D. Cass.* n. 283998, invece, ha escluso l'esistenza di un vero e proprio divieto probatorio di utilizzazione dell'OEI per l'acquisizione di prove frutto del lavoro di una squadra investigativa comune, poiché «dalla piana lettura delle norme [...] si trae che è stata prevista, all'art. 3 della Direttiva, per le ragioni di opportunità espresse nel *considerando* 8, non l'impossibilità di acquisire risultati di attività investigativa già compiuti (in ipotesi anche da squadre investigative comuni) – che, stando al *considerando* 7 costituisce l'in sé dell'ordine d'indagine europeo (L'OEI deve essere emesso affinché nello Stato che lo esegue, lo Stato di esecuzione, siano compiuti uno o più atti di indagine specifici ai fini dell'acquisizione di prove. Ciò include anche l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione) – bensì il divieto di istituire con l'OEI le squadre comuni investigative e il conseguente divieto di acquisizione di prove acquisite nell'ambito di una squadra eventualmente così costituita». Cfr. anche *Joint Investigation Teams: Practical Guide*, 2021, p. 33 «JITs facilitate the gathering and exchange of information and evidence, which should in principle exclude the use between the parties of judicial cooperation instruments that have the same purpose and scope (particularly EIOs or MLA)».

<sup>31</sup> A riguardo la disposizione circoscrive la portata del divieto, consentendo l'utilizzo dell'OEI per l'istituzione delle squadre investigative comuni «ai fini dell'applicazione, rispettivamente, dell'articolo 13, paragrafo 8, della convenzione e dell'articolo 1, paragrafo 8 della decisione quadro». In particolare, quest'ultimo considera l'ipotesi in cui «se la squadra investigativa comune ha bisogno dell'assistenza di uno Stato membro che non ha partecipato alla costituzione della squadra, ovvero di un paese terzo, le autorità competenti dello Stato d'intervento ne possono fare richiesta alle autorità competenti dell'altro Stato interessato conformemente agli strumenti o disposizioni pertinenti». Secondo L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 178, anche al di là del dato strettamente normativo «sotto il profilo logico, ancora, non vi sono ragioni per escludere che, al di fuori dell'area geografica di operatività della squadra, rappresentata dalla sommatoria dei territori degli Stati che alla stessa prendono parte, gli strumenti di cooperazione improntati all'assistenza giudiziaria reciproca o al riconoscimento reciproco conservino le loro possibilità di impiego»; in tema v. anche S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 205.

<sup>32</sup> Istituita con *Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della procura europea («EPPO»)*, in *GIUE*, 31 ottobre 2017, L 283/1; a commento v. *ex multis* L. Camaldo, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 958 ss.; L. Pressacco, *Profili ordinamentali del Pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4399 ss.; S. Ruggeri, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in questa *Rivista*, 2018, p. 602 ss.; L. Salazar, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen. (web)*, 2017, 3, p. 1 ss.; ID, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2017; R. Sicurella, *Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 845 ss.; e volendo anche V. Vasta, *Il regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo della procura europea*, in questa *Rivista*, 2018, p. 25 ss.

<sup>33</sup> Così L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 173, il quale precisa che EPPO «assume in tal caso il ruolo di autorità nazionale competente (circostanza che si ricava dall'art. 25, par. 1, del regolamento EPPO, secondo cui se questi “decide di esercitare la sua competenza, le autorità nazionali competenti non esercitano la loro competenza in relazione alla stessa condotta criminosa”)».

<sup>34</sup> *Regolamento (UE) 2023/969 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce una piattaforma di collaborazione come ausilio al funzionamento delle squadre investigative comuni e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1726*, in *GIUE*, 17 maggio 2023, L 132/1.

mativa europea rispetto alle modalità per lo scambio di informazioni e di comunicazioni fra i soggetti partecipanti a una squadra investigativa comune, i quali, ad oggi, ricorrono di volta in volta alla stipula di specifici accordi in base alle esigenze e ai mezzi disponibili.

In particolare, eu-LISA, l'agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrà essere incaricata della progettazione, dello sviluppo e del funzionamento della piattaforma. La Commissione dovrebbe, poi, adottare i relativi atti di esecuzione necessari allo sviluppo tecnico della stessa e successivamente determinarne la data di entrata in funzione, una volta che eu-LISA ne abbia effettuato un collaudo generale, con il coinvolgimento degli Stati membri. Sarà poi lasciata a ogni Stato membro l'adozione delle disposizioni tecniche necessarie per l'accesso da parte delle proprie autorità competenti alla piattaforma, e ugualmente a Eurojust, Europol, EPPO, OLAF e altri organi, uffici e agenzie competenti dell'Unione europea.

V'è, poi, all'esame delle istituzioni europee una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>35</sup> di modifica, tra gli altri, anche della decisione quadro 2002/465/GAI, per quanto riguarda la digitalizzazione della cooperazione giudiziaria. Nello specifico, si prevede di aggiungere un ulteriore paragrafo all'art. 1 della decisione quadro, per cui le comunicazioni scritte tra Stati membri per la costituzione di una squadra investigativa comune e la firma del relativo accordo costitutivo dovranno avvenire in conformità al c.d. Regolamento sulla digitalizzazione<sup>36</sup>.

Peraltro, va sottolineato che ai fini dell'attuazione dello strumento investigativo non è imprescindibile l'appartenenza del Paese interessato all'Unione europea.

Esistono, infatti, diversi accordi e convenzioni internazionali tra Stati che prevedono l'istituzione di squadre investigative anche in ambito extra UE. Così, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, adottata dalla Conferenza nella sua VI seduta plenaria, il 19 dicembre 1988, all'art. 9, par.1, lett. c), si riferisce a «squadre miste» incaricate di attuare le disposizioni della Convenzione relative a talune forme di cooperazione; l'Accordo bilaterale Italia-Svizzera del 10 settembre 1998 in materia di assistenza giudiziaria, all'art. XXI<sup>37</sup>, prevede che le autorità nazionali per «fatti oggetto di procedimenti penali in ciascuno dei due Stati» possano operare in «gruppi di indagine comuni», cui si aggiungono le successive direttive dell'Ufficio federale di giustizia elvetico (UFG) che ne prescrivono l'interpretazione «alla luce e in conformità dei più recenti testi internazionali vigenti in materia»<sup>38</sup>; le Convenzioni delle Nazioni Unite rispettivamente sulla criminalità organizzata transnazionale del 15 dicembre 2000<sup>39</sup>, all'art. 19, e contro la corruzione del 10 dicembre 2003 (c.d. Con-

<sup>35</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2003/8/CE del Consiglio, le decisioni quadro del Consiglio 2002/465/GAI, 2002/584/GAI, 2003/577/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI, 2008/947/GAI, 2009/829/GAI e 2009/948/GAI e la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, per quanto riguarda la digitalizzazione della cooperazione giudiziaria, final 2021/0395 (COD).

<sup>36</sup> Cfr. art. 3 Regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria, in GUUE, 27 dicembre 2023, L 02844.

<sup>37</sup> Sul quale v. E. Calvanese, *L'Accordo di assistenza giudiziaria con la Svizzera: innovazioni significative ancora da ratificare*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1998. L'Accordo è stato ratificato in Italia con la l. 5 ottobre 2001, n. 367 *Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatto a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale ed al codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, 8 ottobre 2001, n. 234, sulla quale a commento v. G. Brogginì, *Le Rogatorie Italo-Svizzere alla luce della l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 116 ss.; G. De Amicis, *Le carenze delle l. n. 367 del 2001 si ratifica ed esecuzione dell'accordo Italia-Svizzera del 10 settembre 1998 in materia di assistenza giudiziaria*, in *Giur. merito*, 2002, 1, pt. 4, p. 283 ss.; M.R. Marchetti, *Ratificato l'accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1563 ss.

<sup>38</sup> *Direttive relative all'Accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione*, p. 23; in argomento v. G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo. Da eurojust all'ordine di indagine*, Milano-Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2017, p. 186 ss.; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 160 ss.

<sup>39</sup> *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC)*, adottata a Palermo il 12-16 dicembre 2000 e ratificata con L. 16 marzo 2006, n. 146 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*, in *Gazz. uff.*, 11 aprile 2006, n. 85-Suppl. Ordinario n. 91, sulla quale *ex multis* A. Di Martino, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della cd. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 11 ss.

venzione di Merida)<sup>40</sup>, all'art. 49, entrambi sotto la rubrica "Indagini comuni", invitano le Parti contraenti a valutare «l'opportunità di stringere accordi o intese bilaterali o multilaterali per mezzo dei quali, rispetto a questioni oggetto di indagini, azioni penali o procedimenti giudiziari in uno o più Stati, le autorità competenti interessate possono creare organi investigativi comuni»; l'Accordo su estradizione e mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America<sup>41</sup>, all'art. 5, contempla l'adozione delle «misure necessarie per consentire l'istituzione e la gestione di squadre investigative comuni nei rispettivi territori di ciascuno Stato membro e negli Stati Uniti d'America»<sup>42</sup>; l'Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione e alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale<sup>43</sup>, all'art. X, regola in maniera particolareggiata la costituzione e il funzionamento di squadre investigative<sup>44</sup>.

## LE FONTI DELL'ORDINAMENTO INTERNO

Con notevole ritardo nell'attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI – ben tredici anni dal termine di trasposizione fissato nell'atto europeo – il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34<sup>45</sup> ha introdotto nell'ordinamento interno la disciplina regolatrice delle squadre investigative comuni. Inoltre, il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 di attuazione della Convenzione di Bruxelles<sup>46</sup>, all'art. 18, ha previsto un rinvio integrale al d.lgs. n. 34/2016 per quanto attiene alla disciplina delle squadre investigative comuni, in osservanza della stessa decisione quadro 2002/465/GAI, per cui essa avrebbe dovuto dettare una normativa provvisoria destinata a perdere di efficacia fino a che la Convenzione fosse entrata in vigore tra tutti gli Stati membri<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, ratificata con l. 3 agosto 2009, n. 116 Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonché norme di adeguamento interno e modifiche al codice penale e al codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.*, 14 agosto 2009, n. 188, sulla quale v. E. Kindani, *La legge italiana di ratifica della Convenzione di Merida contro la corruzione*, in *Leg. pen.*, 2010, 2, p. 119 ss.

<sup>41</sup> *Accordo sull'extradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America*, in *GUUE*, 19 luglio 2003, L 181, a cui è stata data ratifica ed esecuzione dalla l. 16 marzo 2009, n. 25 *Ratifica ed esecuzione dei seguenti atti internazionali: a) Strumento così come contemplato dall'articolo 3(2) dell'Accordo di estradizione tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea firmato il 25 giugno 2003, in relazione all'applicazione del Trattato di estradizione tra il Governo degli Stati Uniti d'America e il Governo della Repubblica italiana firmato il 13 ottobre 1983, fatto a Roma il 3 maggio 2006; b) Strumento così come contemplato dall'articolo 3(2) dell'Accordo sulla mutua assistenza giudiziaria tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea firmato il 25 giugno 2003, in relazione all'applicazione del Trattato tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica italiana sulla mutua assistenza in materia penale firmato il 9 novembre 1982, fatto a Roma il 3 maggio 2006*, in *Gazz. uff.*, 27 marzo 2009, n. 72.

<sup>42</sup> La disposizione al comma 3 prevede anche la comunicazione diretta alle autorità competenti designate dagli Stati, con l'eccezione delle situazioni di maggiore complessità, vastità di intervento o altre circostanze che impongano «un maggiore accentramento e coordinamento», nelle quali «gli Stati possono concordare altri canali di comunicazione appropriati». Escludono che nell'ordinamento interno tale ruolo possa essere attribuito al Ministro della giustizia *ex art. 729-quinquies*, comma 2, c.p.p. G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, cit., p. 187 ss.; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodrumi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 159 ss.

<sup>43</sup> *Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, ed inteso a facilitarne l'applicazione, ratificato con l. 14 giugno 2011, n. 97 Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 ed alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, ed inteso a facilitarne l'applicazione, fatto a Tirana il 3 dicembre 2007, con Scambio di Note effettuato a Tirana il 18 e 19 settembre 2008*, in *Gazz. uff.*, 6 luglio 2011, n. 155.

<sup>44</sup> Per una descrizione del contenuto della disposizione cfr. L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodrumi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 163, nt. 84.

<sup>45</sup> D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 *Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni*, in *Gazz. uff.*, 10 marzo 2016, n. 58.

<sup>46</sup> D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 *Norme di attuazione della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *Gazz. uff.*, 27 aprile 2017, n. 97.

<sup>47</sup> V. art. 5 della decisione quadro, per il quale i «suoi effetti cesseranno allorché la convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea entrerà in vigore in tutti gli Stati membri».



In occasione dell'opera di riscrittura del libro XI del c.p.p.<sup>48</sup>, v'è stata, poi, anche codificazione dello strumento investigativo attraverso l'art. 729-*quinquies* c.p.p.<sup>49</sup>, che ne stabilizza l'impiego sia nei rapporti con gli Stati membri UE, sia in quelli con le autorità giudiziarie di Stati extraeuropei, nei casi previsti e alle condizioni stabilite dai relativi accordi internazionali<sup>50</sup>.

La norma va raccordata alla disciplina generale contenuta nell'art. 696 c.p.p. "Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale", con il quale il legislatore ha dato una ridefinizione al sistema delle fonti in materia di cooperazione penale internazionale<sup>51</sup>, tale per cui i rapporti giurisdizionali con gli Stati membri sono regolati dalle disposizioni del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Nel caso in cui questi manchino o non dispongano diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale, le quali rappresentano pure la base giuridica nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea. In via sussidiaria, laddove lo Stato italiano non è vincolato al rispetto delle regole di diritto internazionale, trovano applicazione le norme interne contenute nel libro XI del codice di rito; a queste norme, peraltro, va riconosciuta anche una funzione integrativa, sul piano interno, per ciò che resta privo di disciplina nelle fonti internazionali<sup>52</sup>.

L'art. 696 c.p.p. applicato alle squadre investigative comuni fa sì che queste possano essere costituite con gli Stati membri dell'Unione europea, in forza della DQ 2002/465/GAI o della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria, con quelli che non avessero dato attuazione alla decisione quadro, mentre con gli Stati terzi sulla base dei trattati e delle convenzioni bilaterali o multilaterali in vigore o, in via residuale, ai sensi del 729-*quinquies* c.p.p., a norma del quale il Procuratore della Repubblica può richiedere la costituzione di una o più squadre investigative comuni con le modalità e alle condizioni stabilite dalla legge e nei casi previsti dagli accordi internazionali<sup>53</sup>.

In quest'ultima ipotesi, rimane incerta, però, la disciplina applicabile, in quanto il codice di procedura penale non regola il funzionamento dell'istituto se non con la sola previsione dell'obbligo di comunicazione al Ministro della giustizia della costituzione della squadra investigativa comune nel caso di accordo con Stati terzi. L'unica disciplina compiuta esistente è, infatti, quella contenuta nel d.lgs. n. 34/2016, che,

<sup>48</sup> Il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 *Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Gazz. uff.*, 16 ottobre 2017, n. 242, emanato in attuazione della l. 21 luglio 2016 n. 149 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000 e delega al governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI c.p.p. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive*, in *Gazz. uff.*, 4 agosto 2016, n. 18. In argomento v. S. Arasi, "Nuovi" rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: le modifiche al codice di procedura penale, in questa *Rivista*, 2018, p. 577 ss.; G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019; F. Falato, *Gli strumenti tradizionali di cooperazione giudiziaria*, in F. Falato (a cura di), *Appunti di cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 47 ss.; S. Marcolini, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in F. Ruggeri (a cura di), *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, II, Torino, Giappichelli, 2018, p. 3 ss.

<sup>49</sup> Ne criticano la collocazione nell'ambito della disciplina delle «rogatorie all'estero», in quanto «anomala» M. Chiavario-A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 203 «posto che le squadre investigative comuni possono costituire uno strumento di acquisizione all'estero di elementi probatori, alternativo o complementare alle rogatorie ma comunque diverso da esse».

<sup>50</sup> A riguardo, v. *Relazione annuale del Membro nazionale italiano di Eurojust, relativa al 2022*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2023, p. 11, per cui «il fatto che possano essere coinvolte nelle SIC anche autorità di paesi extraeuropei, grazie alla base giuridica offerta dalla disposizione di cui all'art. 729-*quinquies* c.p.p. – che a sua volta rimanda ai molteplici accordi internazionali che disciplinano lo strumento cui l'Italia ha aderito – rende poi evidente le potenzialità di tale strumento, concepito per fronteggiare le sfide poste da un tessuto criminale che presenta un carattere sempre più transnazionale».

<sup>51</sup> In merito G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, cit., p. 6, mette in luce che «le forme della cooperazione giudiziaria penale vengono così rimodulate secondo un triplice livello di operatività: a) nel rapporto con gli Stati membri UE; b) nel rapporto con quegli Stati con i quali vigono trattati o convenzioni multilaterali o bilaterali; c) nelle ipotesi in cui la domanda di cooperazione venga avanzata sulla base della cd. "cortesia internazionale", cioè in assenza di trattati o convenzioni».

<sup>52</sup> Lo sottolineano M. Chiavario-A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, cit., p. 8.

<sup>53</sup> V. F. Ruggeri, *Il libro XI del codice di rito. Guida minima*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1771; P. Spagnolo, sub. *Art. 729-quinquies c.p.p.*, a cura di G. Illuminati-L. Giuliani, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2020, p. 3539, sottolinea che anche in tali casi «la possibilità di istituzione di una squadra è subordinata alla esistenza di un accordo internazionale che le preveda»; in argomento v. anche L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 151.

però, attiene a «rapporti “privilegiati” nell’ambito della cooperazione speciale tra Stati membri dell’Unione europea», e, pertanto, non è estensibile in via analogica ai rapporti con gli Stati extraunitari<sup>54</sup>.

#### LE PROCEDURE “ATTIVE” E “PASSIVE” DI COSTITUZIONE DELLA SQUADRA INVESTIGATIVA COMUNE

La normativa italiana di recepimento contiene due procedure di costituzione della squadra investigativa comune: quella c.d. attiva (art. 2<sup>55</sup>), nella quale l’iniziativa di costituzione del *team* è delle autorità competenti italiane e quella c.d. “passiva” (art. 3), in cui la richiesta proviene da un altro Stato membro.

Nella procedura attiva il potere d’impulso è affidato in via esclusiva al Procuratore della Repubblica, il quale trasmette direttamente la richiesta di costituzione della squadra investigativa comune alla competente autorità dello Stato membro quando: a) l’indagine in corso riguarda delitti aventi a oggetto forme di criminalità organizzata o finalità di terrorismo di cui all’art. 2, comma 1<sup>56</sup>; b) sussista, al di fuori dei casi precedenti, l’esigenza di svolgere «indagini particolarmente complesse» nell’ambito di più Stati dell’Unione europea oppure di «assicurarne il coordinamento» (art. 2, comma 2)<sup>57</sup>.

Nel primo gruppo di casi, l’esigenza di ricorrere alla costituzione della squadra investigativa comune è già valutata in astratto dal legislatore, in considerazione «della natura delle condotte e della dimensione transnazionale che le stesse di frequente assumono»<sup>58</sup>, diversamente, nella seconda ipotesi la scelta di ricorrere al *pool* investigativo è rimessa alla valutazione del caso concreto da parte dell’autorità inquirente. È con tale previsione, infatti, che il legislatore italiano ha mostrato di cogliere meglio lo spirito della decisione quadro che concepisce la squadra investigativa comune come strumento, sì prioritario per combattere il terrorismo, il traffico di stupefacenti e la tratta di esseri umani, ma comunque non necessariamente circoscritto a specifici reati o categorie di reati<sup>59</sup>.

A livello interno, al fine di poter attuare il coordinamento investigato, il decreto di attuazione, da un lato, prevede che «quando diversi uffici del pubblico ministero procedono a indagini collegate» la richiesta di costituzione della squadra investigativa comune sia presentata «d’intesa fra loro» (art. 2 comma 3); dall’altro lato, pone in capo al Procuratore della Repubblica un onere di trasmissione dell’istanza, con finalità informative, al Procuratore generale presso la Corte d’appello e al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i casi di sua competenza<sup>60</sup> (art. 2, comma 4)<sup>61</sup>.

La richiesta proveniente da un altro Stato membro deve essere trasmessa al Procuratore della Repubblica che sia titolare di «indagini che esigono un’azione coordinata e concertata con quelle condotte all’estero», oppure al Procuratore «del luogo in cui gli atti di indagine della squadra investigativa comune devono essere compiuti», laddove siano già stati esattamente individuati.

<sup>54</sup> In questi termini G. Barrocu, *La Cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all’ordine di indagine*, cit., p. 183.

<sup>55</sup> Questo e i successivi articoli citati nel presente e nei successivi paragrafi sono da intendersi riferiti al d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34.

<sup>56</sup> La disposizione annovera, tra questi, i delitti di cui agli artt. 51, commi 3-bis, 3-*quater* e 3-*quinqies*, 407, comma 2, lett. a), c.p.p. nonché quelli puniti con la pena dell’ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni; in senso critico v. A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, cit., 2011, p. 226.

<sup>57</sup> La legge di recepimento prevede, altresì, la possibilità di svolgere operazioni sotto copertura (artt. 21 e 41), che sono richieste, ovvero riconosciute ed eseguite, nel rispetto delle disposizioni della l. 16 marzo 2006, n. 146 e possono costituire motivo per la creazione di una squadra investigativa comune.

<sup>58</sup> G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 326.

<sup>59</sup> Così osserva L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, cit., p. 22; nello stesso senso v. anche R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3887; G. De Amicis, *Scambio di informazioni e di intelligence, squadre investigative comuni*, cit., p. 821; S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 197.

<sup>60</sup> Analogo onere è previsto nella speculare ipotesi di ricezione della richiesta dall’autorità competente straniera (art. 3, comma 3).

<sup>61</sup> Per un approfondimento sugli avvisi al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e sui relativi poteri, si rinvia a G. Colaiocovo, *Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni*, in *Dir. pen. proc.-Riv trim.*, 2017, p. 173 ss.

Il Procuratore destinatario della richiesta può decidere di non darvi corso nel caso in cui nell'attività della squadra investigativa comune siano previsti «atti espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano» e solo dopo aver sentito il Procuratore generale presso la Corte d'appello e quello nazionale antimafia e antiterrorismo, previamente avvisati del pervenimento dell'istanza (art. 3, comma 4).

L'attribuzione all'autorità inquirente della decisione sulla legittimità degli atti d'indagine da compiersi è un significativo elemento di differenza tra l'istituto delle squadre investigative comuni e il classico sistema rogatorio di raccolta della prova all'estero, nel quale, invece, è previsto un controllo da parte del Ministro della giustizia sulla possibilità che l'atto da compiere possa o meno compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato (artt. 723, comma 1 e 727, comma 2, c.p.p.)<sup>62</sup>.

L'intento del legislatore è manifestamente quello di contribuire a “depoliticizzare” il sistema dell'assistenza giudiziaria<sup>63</sup>, garantendo un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri interessate allo svolgimento di indagini comuni, senza ulteriori filtri politico-governativi. Tale finalità non sembra essere intaccata dalla previsione per cui il provvedimento di diniego di costituzione della squadra investigativa comune debba essere comunicato al Ministro della giustizia, il quale in merito non detiene nessun tipo di potere decisionale<sup>64</sup>. Evidentemente la comunicazione all'organo politico si spiega in vista della necessità di giustificare il rifiuto della richiesta di cooperazione giudiziaria anche sotto il profilo della responsabilità internazionale dello Stato.

#### LA COMPOSIZIONE E L'OPERATIVITÀ DELLA SQUADRA INVESTIGATIVA COMUNE

L'istituzione della squadra investigativa comune avviene con la sottoscrizione da parte del Procuratore della Repubblica e delle competenti autorità degli Stati membri dell'atto costitutivo, contenente la composizione del *team*, il suo direttore, l'oggetto, la finalità e il termine<sup>65</sup> delle indagini da espletare (art. 4), al quale si allega il piano d'azione operativo con i dettagli tecnici e pratici dell'intesa.

Nello specifico, possono comporre la squadra investigativa comune, quali membri nazionali, solo «ufficiali e agenti di polizia giudiziaria» e «uno o più magistrati dell'ufficio del pubblico ministero che ha sottoscritto l'atto costitutivo». I membri distaccati, invece, sono designati dagli altri Stati membri firmatari dell'accordo secondo le rispettive normative interne<sup>66</sup>; tuttavia agli stessi il pubblico ministero che dirige la squadra, con provvedimento motivato, può vietare di compiere taluni degli atti d'indagine concordati.

Diversamente da quanto previsto dalla decisione quadro, la relativa normativa di recepimento non ha previsto la partecipazione dei membri di Europol ed Eurojust alle squadre investigative comuni. Giustificata espressamente con la necessità di preservare la segretezza delle indagini ai sensi dell'art. 329 c.p.p.<sup>67</sup>, l'esclusione merita di essere riletta alla luce dei regolamenti europei che disciplinano tali

---

<sup>62</sup> Così L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), cit., p. 24; G. De Amicis, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 327; M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, cit., p. 1011.

<sup>63</sup> Così Relazione illustrativa al d.lgs. n. 34/2016, p. 3.

<sup>64</sup> In questo senso G. De Amicis, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, in *Cass. pen.*, 2016, suppl. al n. 5, p. 10; di «fugace apparizione» del Ministro della giustizia parla G. Colaiocovo, *Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni*, cit., p. 171, nt. 8.

<sup>65</sup> Sono da ritenersi applicabili, quantomeno per le indagini che riguardano procedimenti già avviati in Italia con l'iscrizione della *notitia criminis*, i termini di durata massima delle indagini preliminari previsti dall'art. 405 c.p.p., suscettibili di relative proroghe (così R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, cit., p. 3889; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34), cit., p. 29; G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, cit., p. 59; S. Di Monte, *Le Squadre investigative comuni*, cit., p. 207).

<sup>66</sup> L'art. 5, comma 1, però, specifica che, esercitando funzioni di polizia giudiziaria, i membri distaccati assumono, agli effetti della legge penale, la qualifica di pubblici ufficiali.

<sup>67</sup> V. Relazione illustrativa al d.lgs. n. 34/2016, p. 4.

organismi, prevedendone la partecipazione dei rispettivi membri alle squadre investigative comuni (cfr. *supra* par. 2).

In mancanza di un esplicito divieto, dunque, non può escludersi che le autorità nazionali italiane possano comunque richiedere ai funzionari degli organismi internazionali di partecipare al *team*, fermo restando che questi ultimi, non potendo, in ogni caso, svolgere compiti operativi, non potrebbero sostituirsi ai membri preposti concretamente allo svolgimento degli atti d'indagine<sup>68</sup>. Sarebbe evidente il vantaggio della partecipazione dei membri di Europol ed Eurojust in termini di coordinamento dei partecipanti alla SIC provenienti da diversi Stati membri o anche Stati terzi, nella prospettiva di assicurare una maggiore e più rapida efficienza all'operato del *team*<sup>69</sup>.

Mediante l'atto costitutivo è, infine, necessario individuare il direttore della squadra investigativa comune, che, ai sensi della normativa di attuazione, deve essere un magistrato del pubblico ministero, (art. 4, comma 2, lett. b), e necessariamente italiano quando le indagini siano condotte sul territorio nazionale, in quanto, a norma dell'art. 327 c.p.p., devono svolgersi sotto la sua direzione<sup>70</sup>.

### LO SVOLGIMENTO DEGLI ATTI D'INDAGINE

Recependo le indicazioni della decisione quadro (art. 1, comma 3, lett. b, DQ 2002/465/GAI) sull'utilizzo della *lex loci* nello svolgimento degli atti d'indagine, il legislatore italiano, ha previsto che «la squadra investigativa comune opera sul territorio dello Stato in conformità alla legge italiana» (art. 6, comma 1).

In realtà, la disposizione, per quanto chiara, mostra una non trascurabile lacuna se posta a paragone con la disciplina delle rogatorie internazionali, dove è possibile che lo Stato richiedente domandi che l'atto venga eseguito con ulteriori garanzie (art. 725, comma 2, c.p.p.).

Mancando disposizioni di analogo tenore in relazione all'operato delle squadre investigative comuni, rimane in dubbio se la legge italiana sia l'unica applicabile al compimento dell'atto, o se rappresenti il minimo delle garanzie applicabili, a cui eventualmente aggiungere altre richieste da un diverso Stato membro. Il rigore letterale, oltreché il rischio di compiere atti estranei al sistema processuale<sup>71</sup>, suggerisce di propendere per la prima soluzione<sup>72</sup>.

Forme di intersezione tra le legislazioni nazionali dei partecipanti alle SIC sono previste, però, nei modelli di accordo resi disponibili dall'Unione europea alle autorità competenti degli Stati membri (v. *supra* par. 2). Il modello di accordo costitutivo approvato nel 2010<sup>73</sup> prevede, invero, che venga conferita a un

<sup>68</sup> Così S. Di Monte, *Le Squadre investigative comuni*, cit., p. 201.

<sup>69</sup> V. sempre S. Di Monte, *Le Squadre investigative comuni*, cit., p. 203; anche L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, cit., p. 27.

<sup>70</sup> In senso critico v. G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, cit., p. 54, orientato invece verso la scelta di un unico direttore, nominato d'intesa da tutti gli Stati partecipanti all'atto di costituzione della squadra; S. Di Monte, *Le Squadre investigative comuni*, cit., p. 204, la quale ritiene che il cambiamento della figura del direttore della SIC possa provocare «momenti di criticità in termini di efficienza complessiva dell'intervento di accertamento o di repressione del fenomeno per il quale la SIC è stata costituita»; a opinione di L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 121, la scelta italiana «più che riflettere una declinazione del principio della *lex loci* [...] sembra assecondare una sorta di resistenza a perdere margini di sovranità nazionale» oltreché «di riluttanza a cedere il "timone" della squadra alla direzione straniera, affidandole il compito di far rispettare al team gli obblighi di conformazione alla legge territoriale».

<sup>71</sup> A titolo di esempio si pensi alla richiesta dello Stato straniero che un atto d'indagine, che la legge riserva al pubblico ministero, sia invece compiuto dall'organo giurisdizionale. L'atto verrebbe allora eseguito da un organo al di fuori dei poteri che la legge gli attribuisce, potendosi configurare come un atto abnorme.

<sup>72</sup> Ritiene, invece, che non si pongano «difficoltà al compimento di un atto ultragarantito» L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 226; così anche G. Barrocu, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 415.

<sup>73</sup> Cfr. punto 9 *Risoluzione del Consiglio del 26 febbraio 2010 su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune*, cit.: «Prove. Le parti conferiscono al direttore o a uno o più membri della squadra la funzione di referente sull'assunzione delle prove. Rientra nel suo ruolo fornire orientamenti ai membri della squadra su aspetti e procedure di cui tenere conto nell'assunzione delle prove. Tale incarico è affidato alla persona o alle persone seguenti»; la risoluzione poi nel modello di piano d'azione operativo, appendice IV, fa riferimento alla possibilità di indicare la normativa, gli indirizzi e le procedure di cui tenere conto nella raccolta delle prove, in funzione della giurisdizione o di una pluralità di esse.

componente della squadra la funzione di referente nell'assunzione delle prove, potendo questi fornire orientamenti su aspetti e procedure di cui tenere conto. Il modello di accordo successivo del 2017<sup>74</sup>, anche se non riproduce tali contenuti, si riferisce alla possibilità per i direttori di concordare misure specifiche per la raccolta delle prove e la possibilità per le parti di conferire ai medesimi il ruolo di "consulenti" in materia di assunzione delle prove.

Inoltre, sebbene sia consentita la possibilità di assegnare ai membri distaccati il compimento di attività investigative (art. 5), non ha trovato attuazione a livello interno la previsione della decisione quadro che, in caso di necessità di adottare misure investigative nel territorio di uno Stato partecipante, attribuisce ai membri distaccati da tale Stato la facoltà di «farne direttamente richiesta alle proprie autorità competenti, tenute ad applicare le stesse condizioni che si applicherebbero in un'indagine svolta a livello nazionale» (art. 1, par. 7, DQ 2002/465/GAI)<sup>75</sup>.

## IL REGIME DI UTILIZZABILITÀ DEGLI ATTI D'INDAGINE

Strettamente connesso alla legislazione applicabile nello svolgimento degli atti da parte della squadra investigativa comune è il profilo della loro utilizzabilità: se, da un lato, infatti, la SIC opera in conformità al diritto dello Stato in cui di volta in volta interviene, dall'altro lato, gli atti compiuti in Stati diversi, secondo leggi diverse, sono però destinati a confluire in procedimenti penali di rilevanza nazionale.

L'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 34/2016 prevede che i verbali degli atti irripetibili compiuti in Italia o all'estero dalla squadra investigativa comune vengano acquisiti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p.

Profili problematici paiono profilarsi in relazione all'utilizzabilità di atti che, seppur irripetibili, sono stati assunti all'estero, in assenza delle garanzie difensive previste dal diritto nazionale. Un argine potrebbe essere rappresentato dalla partecipazione del membro distaccato italiano allo svolgimento dell'atto, con il compito di sollecitare le autorità procedenti dello Stato estero affinché garantiscano il rispetto delle garanzie previste dal diritto interno<sup>76</sup>.

Ipotesi diversa si configura per gli atti ripetibili compiuti all'estero, i quali hanno «la stessa efficacia dei corrispondenti compiuti secondo le norme del codice di procedura penale» (art. 6, comma 3), essendo soggetti, cioè, interamente alle regole di utilizzabilità interne<sup>77</sup>.

Tale previsione, oltretutto porsì in controtendenza rispetto alla natura tipicamente transnazionale dell'indagine e alla necessità di favorire, in un contesto ormai regolato dal principio del mutuo riconoscimento, la libera circolazione della prova penale nello spazio comune europeo, rischia di «ridurre notevolmente il valore e l'efficacia delle indagini svolte dall'equipe ogniqualvolta queste non si concretizzano in atti irripetibili»<sup>78</sup>.

Proprio per tali ragioni potrebbe rivelarsi estremamente utile il sistematico ricorso alla prassi di con-

---

<sup>74</sup> Cfr. punto 8 *Risoluzione del Consiglio su un modello di accordo volto alla costituzione di una squadra investigativa comune*, cit.: «Raccolta di informazioni e prove. I direttori della SIC possono concordare procedure specifiche da seguire per la raccolta di informazioni e prove da parte della SIC negli Stati in cui opera. Le parti conferiscono ai direttori delle SIC la funzione di consulente in materia di assunzione delle prove».

<sup>75</sup> A parere di L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, cit., p. 32, «si potrebbe attribuire a tale previsione, in quanto sufficientemente chiara, precisa e incondizionata, un "effetto diretto"»; *contra v. L. Pulito, Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 125 ss.

<sup>76</sup> La soluzione è proposta da R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, cit., p. 3893; secondo M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, cit., p. 1013, la «soluzione, che appare l'unica costituzionalmente compatibile» comporta che «tali atti non saranno automaticamente utilizzabili in un processo penale in corso in Italia, ma dovranno costituire oggetto di vaglio da parte dell'autorità giudiziaria, sulla base degli ordinari parametri di ammissione, acquisizione e valutazione probatoria».

<sup>77</sup> Ciò vorrà dire che gli atti ripetibili raccolti dalle squadre investigative comuni all'estero non potranno entrare nel fascicolo per il dibattimento *ex art. 431 c.p.p.*, se non con l'accordo delle parti, e dovranno essere al più sottoposti al vaglio dell'art. 493 c.p.p.

<sup>78</sup> L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, cit., p. 33.

cordare, già nella redazione del piano d'azione operativo allegato all'atto costitutivo, le forme e le modalità di acquisizione della prova il più possibile rispettose delle regole interne di tutti gli Stati membri coinvolti nella relativa attività e in special modo dei principi e delle garanzie fondamentali.

Al di là dell'incentivo di prassi virtuose, in assenza di una completa armonizzazione delle legislazioni processuali degli Stati membri, il regime di utilizzabilità delle prove raccolte all'estero nell'ordinamento del foro rimane il punto cruciale di ogni normativa che ambiziosamente voglia disciplinare la materia della circolazione delle prove penali raccolte nel contesto di investigazioni transnazionali<sup>79</sup>.

#### L'IMPIEGO DELLE INFORMAZIONI INVESTIGATIVE

Una disciplina specifica è poi prevista per l'uso delle informazioni ottenute dai componenti della squadra investigativa comune che non siano altrimenti reperibili per le autorità dello Stato membro nel quale sono state assunte: essa si articola in base alle finalità perseguite tramite il loro utilizzo.

Nel dettaglio, le informazioni raccolte dalla SIC possono essere utilizzate: in primo luogo, ovviamente, per le finalità per cui la squadra stessa è stata costituita (art. 6, comma 4, lett. a); per l'individuazione, l'indagine e il perseguimento di altri reati, previo consenso dello Stato membro dove sono state acquisite, il quale può negarlo solo in caso di grave pericolo per indagini condotte al suo interno, oppure nei casi di rifiuto di una domanda di assistenza giudiziaria formulata a tal fine (art. 6, comma 4, lett. b); per scongiurare una minaccia immediata e grave alla sicurezza pubblica (art. 6, comma 4, lett. c); infine, per qualunque altro scopo, purché nei limiti convenuti dagli Stati che hanno costituito la squadra (art. 6, comma 4, lett. d).

In ogni caso, il Procuratore della Repubblica che ha costituito il *team* può richiedere alle autorità degli Stati membri di ritardare l'utilizzazione delle informazioni ottenute dai componenti della SIC per fini investigativi e processuali diversi da quelli convenuti nell'accordo costitutivo, laddove ravvisi il pericolo di un pregiudizio per le indagini e i processi in corso; comunque, per un tempo non superiore ai sei mesi.

In materia, il decreto legislativo oltre ad aver previsto «clausole piuttosto elastiche»<sup>80</sup> non assistite da sanzioni processuali, ha mancato anche di regolare il regime di utilizzabilità interno delle informazioni raccolte nell'ambito dell'operatività delle squadre investigative comuni, le quali, nel silenzio della legge, dovrebbero essere trattate alla stregua di informazioni di polizia e quindi utilizzabili solo ai fini della prosecuzione delle indagini<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Sul tema v. A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2220; nello stesso senso si esprimono anche L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni. La normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, cit., p. 35; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 133.

<sup>80</sup> G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, cit., p. 62.

<sup>81</sup> Così R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, cit., p. 3896, sulla base del fatto che le stesse non sarebbero «condensate in atti»; S. Di Monte, *Le squadre investigative comuni*, cit., p. 206; R.M. Geraci, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, cit., p. 254; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, cit., p. 136.

# Indici | *Index*

pag.

## AUTORI | *AUTHORS*

<b>Giuseppe Biscardi</b> Processo penale e testimonianza tributaria / <i>Criminal trial and taxation testimony</i>	171
<b>Chiara Rosa Blefari</b> Corte costituzionale / <i>Constitutional Court</i>	31
<b>Giada Bocellari</b> Decisioni in contrasto / <i>Contrasting decisions</i>	40
<b>Elena Maria Catalano</b> Il ruolo del giudice nella stagione della celerità processuale / <i>The mission of the judge and the world of values in modern society</i>	1
<b>Marilena Colamussi</b> <i>De jure condendo</i>	16
<b>Agnese Del Giudice</b> Le prerogative parlamentari (e non solo) nell'era della <i>virtual communication</i> / <i>Parliamentary prerogatives (and not only) in the era of virtual communication</i>	141
<b>Nicolò Di Paco</b> Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	12
<b>Ada Famiglietti</b> Novità legislative interne / <i>National legislative news</i>	9
<b>Elisa Grisonich</b> Corte di Giustizia UE / <i>Court of Justice EU</i>	26
<b>Paola Maggio</b> La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto dei figli minori ad abbracciare durante i colloqui i genitori o i nonni ristretti al 41-bis ord. penit. / <i>The Constitutional Court rules on the right of minor children to hug their parents or grandparents 41-bis detainees</i>	101
<b>Lorenzo Pelli</b> Sezioni unite	33
<b>Pasquale Raucci</b> Soluzione nomofilattico-interpretativa e poteri del Giudice dell'esecuzione in caso di imprevedibilità ed inaccessibilità della legge / <i>Nomophylactic-interpretational solution and powers of the Judge of the execution in case of unpredictable and inaccessibility of the law</i>	215
<b>Roberta Rizzuto</b> La Cassazione aggiunge un altro tassello al suo disegno didascalico sul rinvio pregiudiziale / <i>The Supreme Court of Cassation adds another piece to its didactic design on interlocutory referral</i>	76

**Natalia Rombi**

Mentire sui propri precedenti penali equivale a difendersi? La soluzione della Corte costituzionale a tutela del diritto al silenzio / *Does lying about one's criminal record amount to defending oneself? The Constitutional Court's solution to protect the right to silence*

61

**Erica Sangiovanni**

Rassegna bibliografica / *Bibliographic review*

43

**Violette Sirello**

Rassegna bibliografica / *Bibliographic review*

43

Il *ne bis in idem* transnazionale, un diritto in cerca d'identità / *The transnational ne bis in idem: a right questing its identity*

202

**Veronica Tondi**

Corte di Giustizia UE / *Court of Justice EU*

26

**Francesco Trapella**

Corte europea dei diritti dell'uomo / *European Court of Human Rights*

21

**Nicola Triggiani**

Anche nel procedimento monocratico a citazione diretta spetta al giudice per le indagini preliminari la competenza a decidere sulla richiesta di giudizio immediato / *The judge for preliminary investigations has the power to decide on the request for immediate trial even in sole judge proceedings with direct summons*

162

**Valentina Vasta**

Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni / *The evolutionary lines of the joint investigation teams regulation*

226

**Angelo Zappulla**

Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e i suoi presupposti: un terreno accidentato bisognoso di manutenzione dalle sezioni unite e ristrutturazione dal legislatore / *The preventive seizure for confiscation and its requirements: an uneven land in need of maintenance by the United Sections of the Court of Cassation and restructuring by the legislator*

184

**PROVVEDIMENTI | MEASURES***Corte costituzionale*

C. cost., sent. 26 maggio 2023, n. 105

90

C. cost., sent. 5 giugno 2023, n. 111

49

C. cost., sent. 27 luglio 2023, n. 170

122

C. cost., sent. 26 ottobre 2023, n. 192

31

*Corte di cassazione – sezioni unite penali*

Cass., sez. un., 6 ottobre 2023, n. 40797

33

Cass., sez. un., 18 ottobre 2023, n. 42603

35

*Corte di cassazione – sezioni semplici*

Cass., sez. II, 3 luglio 2023, n. 28561

73

Cass., sez. I, 24 luglio 2023, n. 31927

159



pag.

*Decisioni in contrasto*

Cass., sez. V, 5 ottobre 2023, n. 43631	40
Cass., sez. VI, 29 novembre 2023, n. 47771	41

*Corte europea dei diritti dell'uomo*

Corte e.d.u., 3 ottobre 2023, <i>Vasile Sorin Marin c. Romania</i>	23
Corte e.d.u., 10 ottobre 2023, <i>Pengezov c. Bulgaria</i>	21
Corte e.d.u., 9 novembre 2023, <i>Lang c. Ucraina</i>	22
Corte e.d.u., 14 novembre 2023, <i>Y. c. Belgio</i>	23
Corte e.d.u., 16 novembre 2023, <i>W.A. e altri c. Italia</i>	23
Corte e.d.u., 16 novembre 2023, <i>A.E. e altri c. Italia</i>	24
Corte e.d.u., Grande Camera, 26 settembre 2023, <i>Yuksel Yalcinkaya c. Turchia</i>	24

*Corte di Giustizia UE*

Corte giust. UE, Quarta Sezione, 7 settembre 2023, causa C-209/22	27
Corte giust. UE, Quarta Sezione, 5 ottobre 2023, causa C-219/22	26

*Novità sovranazionali*

Regolamento (UE) 2023/2131 del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica del regolamento (UE) 2018/1727 e della decisione 2005/671/GAI	12
---	----

*De jure condendo*

Disegno di legge costituzionale n. 888 « <i>Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato</i> »	16
Proposta di legge C. 1220 « <i>Modifiche all'art. 100 del codice di procedura penale, concernente l'ufficio del difensore delle altre parti privat</i> »	17
Proposta di legge C. 1278 « <i>Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori</i> »	18

*Norme interne*

Legge 24 novembre 2023, n. 168 « <i>Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica</i> »	9
---	---

**MATERIE | TOPICS****Assenza**

- ◇ Caso Regeni: costituzionalmente illegittimo l'art. 420-bis, comma 3 c.p.p., laddove non prevede che il giudice possa procedere in assenza, per reati commessi con tortura, quando, per mancata assistenza dello stato di appartenenza, è impossibile avere la prova che l'imputato sia a conoscenza del processo (C. cost., sent. 26 ottobre 2023, n. 192)

**Competenza**

- ◇ Esteso il rigoroso criterio dell'autosufficienza all'ordinanza di rinvio pregiudiziale (Cass., sez. II, 3 luglio 2023, n. 28561), con nota di Roberta Rizzuto

**Cooperazione giudiziaria internazionale**

- ◇ Sulla revoca da parte di un giudice di uno Stato membro della sospensione condizionale della pena disposta con una decisione definitiva di condanna pronunciata in un altro Paese UE (Corte giust. UE, Quarta Sezione, 5 ottobre 2023, causa C-219/22)

pag.

- ◇ L'implementazione dello scambio digitale di informazioni nei casi di terrorismo ad opera del regolamento (UE) 2023/2131 [Regolamento (UE) 2023/2131 del Parlamento europeo e del Consiglio di modifica del regolamento (UE) 2018/1727 e della decisione 2005/671/GAI] 12
- ◇ Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni / *The evolutionary lines of the joint investigation teams regulation*, di Valentina Vasta 226

**Difesa e difensori**

- ◇ L'ambito di applicazione delle direttive sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e sul diritto ad avvalersi di un difensore, tra luci e ombre (Corte giust. UE, Quarta Sezione, 7 settembre 2023, causa C-209/22) 27
- ◇ Verso l'autodifesa della parte civile nel processo penale (P.d.l. C. 1220 «Modifiche all'art. 100 del codice di procedura penale, concernente l'ufficio del difensore delle altre parti private») 17
- ◇ La Corte costituzionale riconosce il diritto al silenzio sulle qualità personali dell'imputato (C. cost., sent. 5 giugno 2023, n. 111), con nota di Natalia Rombi 49

**Esecuzione penale**

- ◇ Soluzione nomofilattico-interpretativa e poteri del Giudice dell'esecuzione in caso di imprevedibilità ed inaccessibilità della legge / *Nomophylactic-interpretational solution and powers of the Judge of the execution in case of unpredictable and inaccessibility of the law*, di Pasquale Raucci 215

**Giudicato**

- ◇ *Ne bis in idem* (Corte e.d.u., 14 novembre 2023, Y. c. Belgio; Corte e.d.u., 3 ottobre 2023, Vasile Sorin Marin c. Romania) 23
- ◇ Il *ne bis in idem* transnazionale, un diritto in cerca d'identità / *The transnational ne bis in idem: a right questing its identity*, di Violette Sirello 202

**Giudice**

- ◇ Indipendenza della magistratura ed imparzialità degli organi di disciplina (Corte e.d.u., 10 ottobre 2023, Pengezov c. Bulgaria) 21
- ◇ Il ruolo del giudice nella stagione della celerità processuale / *The mission of the judge and the world of values in modern society*, di Elena Maria Catalano 1

**Giudizio immediato**

- ◇ Giudizio immediato e competenza del g.i.p. nel procedimento monocratico (Cass., sez. I, 24 luglio 2023, n. 31927), con nota di Nicola Triggiani 162

**Impugnazioni**

- ◇ Specifico mandato ad impugnare con dichiarazione o elezione di domicilio: vale anche per il ricorso per cassazione? (Cass., sez. VI, 29 novembre 2023, n. 47771) 41

**Notificazioni**

- ◇ La notifica al difensore d'ufficio che non ha accettato l'elezione di domicilio e l'abnormità della trasmissione degli atti al pubblico ministero (Cass., sez. un., 18 ottobre 2023, n. 42603) 35

**Ordinamento penitenziario**

- ◇ La storia infinita della convivenza in carcere tra detenute madri e figli senza colpa (P.d.l. C. 1278 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 21 aprile 2011, n. 62, in materia di tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori») 18

pag.

- ◇ Sul diritto dei figli ultradodicesenni al contatto con il genitore al 41-bis ord. penit. (C. cost., sent. 26 maggio 2023, n. 105), con nota di Paola Maggio 90

### Perquisizioni

- ◇ Perquisizione e sequestro di corrispondenza telematica nei confronti dei membri del Parlamento (C. cost., sent. 27 luglio 2023, n. 170), con nota di Agnese Del Giudice 122

### Persona offesa

- ◇ La tutela dell'offeso dal reato nella carta costituzionale (P.d.l. cost. n. 888 «Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato») 16

### Prove

- ◇ Giusto processo. Prova decisiva (Corte e.d.u., Grande Camera, 26 settembre 2023, Yuksel Yalcinkaya c. Turchia) 24
- ◇ Processo penale e testimonianza tributaria / *Criminal trial and taxation testimony*, di Giuseppe Biscardi 171

### Revisione

- ◇ Inconciliabilità tra giudicati: ammissibile la revisione della sentenza di patteggiamento (Cass., sez. V, 5 ottobre 2023, n. 43631) 40

### Sequestro preventivo

- ◇ L'obbligatorietà della confisca del profitto nei reati tributari comporta la prevalenza del sequestro preventivo rispetto alla liquidazione giudiziale (Cass., sez. un., 6 ottobre 2023, n. 40797) 33
- ◇ Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca e i suoi presupposti: un terreno accidentato bisognoso di manutenzione dalle Sezioni unite e ristrutturazione dal legislatore / *The preventive seizure for confiscation and its requirements: an uneven land in need of maintenance by the United Sections of the Court of Cassation and restructuring by the legislator*, di Angelo Zappulla 184

### Trattamenti inumani o degradanti (divieto di)

- ◇ Estradizione. Pericolo di morte e di trattamenti inumani o degradanti per l'estradando (Corte e.d.u., 9 novembre 2023, Lang c. Ucraina) 22
- ◇ Rimpatri. Pericolo di morte e di trattamenti inumani o degradanti per il migrante (Corte e.d.u., 16 novembre 2023, W.A. e altri c. Italia) 23
- ◇ Migranti. Condizioni di permanenza negli *hotspot*; rapporti con la polizia (Corte e.d.u., 16 novembre 2023, A.E. e altri c. Italia) 24

### Violenza sulle donne (contrasto alla)

- ◇ Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica (L. 24 novembre 2023, n. 168 «Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica») 9

