

**OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE**

Direzione  
ALFREDO GAITO

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

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



## INDICE-SOMMARIO

### EDITORIALE

Il bilancio di quattro anni in vista di una nuova “avventura” <i>La Direzione</i> .....	pag.	V
--	------	---

### IL PUNTO SU

Ancora incertezze sulla sorte delle informazioni acquisite “illegalmente” di <i>C. Carini</i> .....	pag.	1
--	------	---

### DECISIONI IN PRIMO PIANO

Sul regime di impugnazione della sentenza di proscioglimento del G.i.p. investito della richiesta di condanna per decreto di <i>N. Mani</i> .....	pag.	5
Questioni di esecuzione penale: in tema di limiti all'applicabilità della sospensione condizionale della pena e dell'indulto di <i>L. Cianferoni</i> .....	pag.	10
Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità “negativi” di <i>R. Aprati</i> .....	pag.	13
Confisca e vincolo solidaristico di <i>R. Governa</i> .....	pag.	19

### STUDI

La struttura della sentenza: diritto alla prova e obbligo di motivazione di <i>M. Petrini</i> .....	pag.	23
Scenari italiani visti dalla Corte di Strasburgo di <i>E. Fonseca</i> .....	pag.	30

### OPINIONI

Rapporti tra prescrizione del reato e confisca di <i>A. Dello Russo</i> .....	pag.	33
--	------	----



## Il bilancio di quattro anni in vista di una nuova “avventura”

Quando nel Duemilasette con il n. “0” partì l’“avventura” dell’*Osservatorio del processo penale*, ci proponevamo di realizzare «un modesto contributo all’inizio di un moto di riconversione della vecchia editoria giuridica codicistica ai suoi peculiari attributi di aggiornamento, completezza, precisione e correttezza di informazione nonché di tempestiva razionalizzazione dei materiali non solo giurisprudenziali... mai rinunciando però all’importanza della rimeditazione accademica e applicativa che si concreta nelle ipotesi di tentata giustizia...».

I propositi iniziali, grazie ai contributi di accademici, magistrati e avvocati e alla “sensibilità” dell’Editore, hanno raccolto consenso ponendo l’*Osservatorio* all’avanguardia in un settore dell’editoria giuridica desideroso di approcci innovativi e mai ovattati per il timore di scuotere taluni settori del complesso mondo giudiziario.

In questo quadriennio il legislatore e la giurisprudenza sono stati particolarmente fervidi in termini di produzione e l’*Osservatorio* ha sempre cercato di non far mancare meditate e propulsive considerazioni, non indulgiando nel distribuire “caramelle e carbone”, incondizionatamente, senza adottare posizioni preconcepite e perciò irresponsabili.

Dapprima è stata la volta della legislazione dell’emergenza sul fronte della sicurezza con le robuste e disarticolate riforme delle estati 2008 e 2009 che hanno offerto l’impressione che il processo penale stia tramutandosi in strumento per ottenere risultati che stanno al di là del diritto penale e che riguardano invece la bieca soddisfazione di istanze di difesa sociale, che non vogliono la punizione del colpevole, ma la dimostrazione che lo Stato, con il suo apparato repressivo, è in grado di colpire in tempi rapidi e con sanzioni di rilevante gravità il singolo che si è contrapposto alla generalità dei consociati. L’esemplarità e non la giustizia diventa l’obiettivo del processo penale in una sorta di giustizia *prêt à porter* contrassegnata da una produzione legislativa affetta dalla sindrome di simbolismo repressivo e da una diffusa prassi giurisprudenziale, tendenti alla realizzazione di un sistema penale funzionale informato ai principi del “diritto penale del nemico”, con conseguente ricaduta sull’elezione di un modello processuale in sintonia con tale obiettivo, anche se estraneo alla tavola dei valori del giusto processo. Questa deriva dei valori si enfatizza oltremodo, laddove la tendenziale contaminazione della verifica del fatto viene influenzata in maniera sensibile dal pregiudizio indotto dalla personalità dell’imputato e dalla sua ipotizzata pericolosità, con l’effetto di determinare un “doppio binario” anche processuale – piuttosto che procedimentale e cioè limitato alla fase delle indagini ed ai mezzi

di ricerca della prova – con moduli di procedimento probatorio, che in concreto si proiettano oltre le deroghe già presenti nel codice e attengono anche ai criteri di valutazione della prova, a seconda della personalità dell'imputato.

Altro fenomeno “pericoloso” che, però, va diffondendosi con sempre maggior frequenza è costituito dal ricorso alla dislocazione normativa delle garanzie processuali e del diritto delle prove nel ristretto ambito di una sorta di efficientismo processuale, quale derivato di una singolare quanto strumentale interpretazione del principio di ragionevole durata del processo volta quasi esclusivamente ad elidere i tempi ed i modi dei poteri processuali dell'imputato, con perniciose ricadute anche nella configurazione del contenuto garantistico della giurisdizione.

Per tacere poi della tendenza a contrastare l'effettività del giusto processo sotto il profilo del giudice più idoneo, privando di valore il requisito della precostituzione per legge a fronte di una riforma dell'ordinamento giudiziario (l. n. 111/2007) tendente a confinare nell'illecito disciplinare certe violazioni che la Corte di Cassazione aveva, in maniera ortodossa, ritenuto in grado di vulnerare i principi costituzionali che presidiano la figura del giudice (esemplarmente, Sez. I, 7 maggio 2003, Solito).

L'attuale progetto di riforma costituzionale della giustizia pare destinato a risolvere una volta per tutte il tema della separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e magistrati requirenti in vista della piena attuazione dei canoni della “terzietà” e della “imparzialità” che per dettato costituzionale definiscono la posizione del giudice nell'ambito di qualsiasi processo. Anche se la differenziazione non sarà mai la panacea dei mali che affliggono il processo penale; può dirsi, anzi, che, ove attuata, potrebbe addirittura accentuare gli aspetti peggiori che quotidianamente sono offerti dall'assetto impermeabile del potere di indagine e dalla piega ormai assunta dal processo, caratterizzato sempre più dall'acquisizione della prova anticipata nella fase delle indagini, lasciando in concreto una “zona franca” al P.M. che, apparentemente “imbrigliato” dal legislatore in determinate modalità di esercizio dell'azione penale, mediante “truffe delle etichette”, si trova al cospetto di apparenti scelte obbligatorie in presenza di presupposti la cui sussistenza è in realtà discrezionale, vanificando in radice il senso della novella legislativa. È il caso dell'evidenza della prova nel giudizio immediato “tipico” o il non pregiudizio per le indagini nell'immediato “custodiale”.

Tutto ciò, mentre va assistendosi al tramonto della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione che, sempre più orientata verso la tutela della ragionevole durata del processo a discapito delle garanzie dell'imputato, va smarrendo quel ruolo di rimedio alle iniquità realizzatesi nel corso dell'intero processo. Puntando l'attenzione su altro aspetto del giudizio di legittimità, resta l'amara constatazione che ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di Cassazione risulti in concreto negato il riesame del ragionamento probatorio

fondante la decisione di merito, si realizza il rischio della superfluità del giudizio di legittimità. Al contrario, trattandosi dell'atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione deve essere capace di porre rimedio all'ingiustizia della decisione impugnata; sicché, il giudice di ultima istanza non può sottrarsi alla conoscenza delle questioni di fatto, seppure nella prospettiva del giudizio di diritto, dei vizi procedurali e dei vizi di ordine motivazionale.

Una cosa è certa: ogni ingiustificata restrizione ovvero ripulsa conoscitiva da parte della Corte decidente del percorso argomentativo del provvedimento *a quo* e della sua fedeltà alle emergenze probatorie del giudizio di merito, andrebbe a determinare la celebrazione di una fase inutile e non consona alla bisogna (o il giudice dell'impugnazione esplica un controllo pieno oppure viene meno la stessa effettività dell'impugnazione, che degrada all'infimo livello del rimedio ingannevole), e pertanto da considerare "complessivamente iniqua".

E non si trascurino i poteri censori del Primo Presidente della Suprema Corte nello "soltire" le questioni devolute alle Sezioni Unite che sollevano non poche perplessità sulle coordinate di politica criminale alle quali va oramai piegandosi anche il giudice di legittimità.

E gli esempi che hanno connotato l'evolversi del processo penale in questi anni potrebbero continuare, ma la sensazione rimarrebbe inesorabilmente la stessa. Insomma, tanti rimedi, senza che qualcosa di realmente significativo si sia realizzato, nonostante l'Europa chiami (il Trattato di Lisbona *docet*) ad una rieditazione di fondo per allinearsi ai principi fondamentali della nuova comunità. Ma il vero problema, a nostro avviso, non è tanto quello della necessità di intervenire in un settore piuttosto che in un altro, bensì una questione culturale: la cultura degli "addetti ai lavori" e quella dei destinatari delle norme.

Per i primi è necessaria una rilettura dell'evoluzione del processo penale al fine di comprendere il sistema e le disfunzioni del processo di ieri, e di decifrare la complessa esperienza normativa di oggi con un filo conduttore con il passato, proiettandola verso le esigenze nuove dettate dall'inevitabile evoluzione della società. Epperò non può trascurarsi che permane una perniciosa resistenza da parte di molti che funge da freno verso un innovato approccio al passo con i tempi. Il processo, infatti, deve viaggiare parallelamente allo sviluppo economico, tecnologico, sociale, deve, cioè, essere capace di rispondere alle esigenze di una società in costante trasformazione.

Quanto ai secondi, invece, il livello di autorevolezza delle norme processuali è strettamente legato al grado di fiducia che riesce a trasmettere al cittadino in relazione alla sua funzionalità e alla risposta dello Stato. Come dire: il diritto processuale certo è efficace.

Concludendo con le parole di Giovanni Leone, «la civiltà di una nazione avanzata si misura non solamente dalla capacità di legiferare ad ogni costo, ma dalla

capacità di gestire efficacemente le realtà ed i problemi nell'interesse prioritario dei cittadini e nello spirito di osservanza della Costituzione».

§ § §

I risultati di questa esperienza ci portano a raccogliere un'altra sfida assieme ad un più vasto gruppo di cultori delle materie penalistiche, confidando che l'*Osservatorio del processo penale* costituisca il punto di partenza per un approccio nuovo alle molteplici sfaccettature del complesso, ma per ciò stesso affascinante, microcosmo penale.

*La Direzione*

## TAVOLA ROTONDA

### Ancora incertezze sulla sorte delle informazioni acquisite “illegalmente”

di Camillo Carini

*Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto processuale penale  
nell'Università di Perugia*

1. Quando nel 2006 il legislatore, con il d.l. 22 settembre 2006, n. 259, conv. con modificazioni nella l. 22 novembre 2006, n. 281, decise di porre un argine ad un'improvvida minaccia di diffusione di notizie riservate, carpite attraverso metodi tutt'altro che commendevoli (sulla novella cfr., variamente, C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 196-198; ID., *Le intercettazioni "illegali": lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 158 ss.; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 152 ss.; A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 1, 1 ss. e in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. - Atti del Convegno. Milano, 5-7 ottobre 2007*, Milano, 2009, 151 ss.; BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida dir.*, 2006, 47, 18 ss.; FRIGO, *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in *Guida dir.*, 2006, 39, 41; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato "con riserva"*, in *Guida dir.*, 2006, 47, 11), non era facilmente immaginabile che di lì a qualche anno un fenomeno analogo di dimensioni planetarie avrebbe scosso l'assetto dell'intero sistema politico internazionale (secondo una definizione reperita nella sedicente enciclopedia libera *Wikipedia*, *WikiLeaks* (*dall'inglese*

*"leak"*, *"perdita"*, *"fuga [di notizie]"*) è un'organizzazione internazionale senza scopo di lucro che riceve in modo anonimo, grazie a un contenitore (drop box) protetto da un potente sistema di cifratura, documenti coperti da segreto (segreto di stato, segreto militare, segreto industriale, segreto bancario) e poi li carica sul proprio sito web).

Dobbiamo prendere atto che quella situazione d'emergenza, che all'epoca aveva imposto l'adozione di una "misura tampona" nel nostro ordinamento, destinata, per sua natura, ad incanalarsi sul binario morto della (dis)applicazione esauriti gli effetti connessi ai procedimenti per i quali era stata pensata (evidenziava il "respiro corto" della novella FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, cit., 152 ss.) rischia oggi di protrarsi per un tempo indefinito. Ridestandosi così l'interesse intorno alla sorte degli atti formati attraverso raccolta illegale di informazioni più o meno riservate. È dunque, se è con un occhio rivolto al passato che occorre saggiare l'efficacia della disciplina attuale, con l'altro, al contempo, si deve avere la capacità d'immaginare il futuribile, quando lo scenario potrebbe essere occupato da nuove e "sensazionali" rivelazioni e quando, probabilmente, il legislatore si vedrà costretto ad affrontare *funditus* la regolamentazione di questi ed altri inquietanti fenomeni di divulgazione di notizie segrete e/o riservate.

2. L'occasione per tornare sull'argomento si presenta oggi con il provvedimento del G.i.p. del Tribunale di Milano, 25 ottobre 2010.

Quest'ultimo, chiamato a pronunciarsi sull'istanza di distruzione del Pm procedente da alcuni "rapporti informativi" concernenti la "persona offesa" e di "quelli oggetto del capo d'imputazione", sul presupposto, evidentemente, che gli stessi fossero acquisiti o formati illegalmente, glieli restituisce, senza mezzi termini, affinché ne faccia "libero uso anche come notizia e prova di reato", poiché degli stessi non sarebbe possibile affermarne l'illegalità. In estrema sintesi, l'organo giurisdizionale pronuncia questa sorta di *non liquet* per il seguente ordine di ragioni: a) non ci sarebbe modo alcuno – a detta del G.i.p. ambrosiano – per discostarsi dall'"esito del giudizio di merito (in qualunque sua fase) – che abbia avuto ad oggetto proprio la illiceità o meno dei dossier interessati dalla procedura – che sia stato già svolto"; b) sarebbe da escludere che "la procedura di cui all'art. 240 c.p.p." possa "essa stessa trasformarsi nel processo di merito"; c) non sarebbe "certo possibile svolgere, in questa sede, una istruttoria dibattimentale parallela a quella che dovrebbe eventualmente avere luogo nel processo, dando ingresso alle prove a difesa"; d) non sarebbe nemmeno possibile "decidere definitivamente sulla base dei soli atti di indagine, giacché questo equivarrebbe ad imporre – ex lege e senza benefici – una sorta di abbreviato 'parziale' a tutti gli imputati"; e) "In definitiva, ove vi sia contestazione circa la presenza di 'documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni' ed ove la prova positiva o negativa di tale circostanza non possa prescindere dall'esame del contenuto della notizia riportata, non è possibile procedere a procedura di distruzione".

3. Ridotto così all'osso, il ragionamento non ci persuade del tutto. Senza entrare nel merito della vicenda, della quale, per inciso, non ci è dato conoscere tutti i dettagli, ci limitiamo solo a qualche spigolatura.

Registriamo subito una dissonanza (ammessa dallo stesso G.i.p. a pag. 3 del provvedimento in commento) rispetto a quanto da ultimo affermato dal giudice delle leggi (cfr. C. cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Guida dir.*, 2009, 29, 36 e C. cost., ord. 11 gennaio 2010, n. 12,

in *www.cortecostituzionale.it*) nell'incidente di costituzionalità a suo tempo provocato, fra gli altri, proprio da quel Tribunale di Milano (G.i.p. Milano, ord. 30 marzo 2007, r.o. 508 del 2007, in *www.dirittoegiustizia.it*, 18 aprile 2007, con nota di NATALINI, *Intercettazioni illegali: la legge antidossieraggio sospettata di irragionevolezza*) il cui intervento non aveva mancato di riscontrare adesioni (cfr. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. - Atti del Convegno. Milano, 5-7 ottobre 2007*, cit., 37), ma anche di suscitare vibrante reazioni critiche, soprattutto per quell'improvviso scrupolo per le esigenze difensive che sarebbero state ingiustamente compresse dalla nuova disciplina (cfr. A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, cit., 4, il quale non esitava a definire icasticamente la preoccupazione come "carità pelosa", precisando: "esteriormente sensibile alle esigenze difensive degli spioni, l'impostazione sottende la conservazione materiale dei risultati delle intercettazioni illegali, con ovvia moltiplicazione del rischio della divulgazione"). In effetti, il vero intento del rimettente appariva quello di non "disperdere" l'eventuale prova contro (Il G.i.p. di Milano, nell'ordinanza di rimessione, aveva sottolineato che l'udienza di distruzione era non già una modalità di anticipazione della formazione della prova, bensì di anticipata eliminazione definitiva della stessa).

La Consulta, invece di demolire la discussa figura del verbale di distruzione, come in realtà auspicavano i rimettenti (così C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, cit., 199), e di spedire nel dimenticatoio una procedura indubbiamente plasmata con scadente tecnica normativa (cfr. GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, cit., 32; PINNA, *Raccolta illecita di informazioni riservate: le dinamiche dell'accertamento tra distruzione e archiviazio-*

ne dei corpi di reato, in *Riv. dir. processuale*, 2008, 419; hanno rinvenuto difetti di tecnica redazionale soprattutto con riferimento al concetto di “illegalità” C. CONTI, *Le intercettazioni “illegali”: lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria?*, cit., 158 ss.; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già “vecchia”*, cit., 153; A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, cit., 5-6), ha preferito lavorare di cesello e ha saputo “sculpture” – di questo non si può non dargliene atto (cfr. C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, cit., 198-199; RIVELLO, *Apprezzabile sforzo del Giudice delle leggi di non intervenire in chiave demolitoria*, in *Guida dir.*, 2009, 29, 42; F. SIRACUSANO, *L’insufficienza dell’intervento additivo della Corte costituzionale in tema di intercettazioni “illegali” rende indispensabile il “ritorno” al legislatore*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4666) – i tratti rimasti incompiuti di quella stessa procedura (così facendo la Corte ha mostrato di tener in considerazione i rilievi provenienti dalla dottrina all’indomani dell’entrata in vigore della novella: cfr. variamente NICOLUCCI, *La nuova disciplina delle intercettazioni cd. “illegali”*, in *Cass. Pen.*, 2007, 1564; G. RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: fra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. Pen.*, 2007, III, 654; BRICCHETTI-PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell’imputato*, in *Guida dir.*, 2006, 39, 22; CHIAVARIO, *Passi avanti sulle intercettazioni illegali ma c’è bisogno di un ampio ripensamento*, *ivi*, 2006, 39, 13; FILIPPI, *Intercettazioni: decreto necessario, ma da correggere*, in *Unione Sarda*, 25 settembre 2006, 1; GIOSTRA, *Quale utilizzabilità per le intercettazioni abusive?*, in *Cass. Pen.*, 2006, 3820; GREVI, *L’«obbligo di distruzione» un’arma a doppio taglio*, in *Il Corriere della sera*, 26 settembre 2006).

Il compromesso, condivisibile, al quale è approdata la Corte è il seguente: aa) “È costituzionalmente illegittimo l’art. 240, commi 4

e 5, c.p.p. nella parte in cui, disciplinando la procedura per la distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche o informazioni illegalmente raccolte, attraverso un’udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari, non prevede, per la disciplina del contraddittorio, l’applicazione dell’art. 401, commi 1 e 2, c.p.p.”; ββ) “È costituzionalmente illegittimo l’art. 240, comma 6, c.p.p. nella parte in cui, disciplinando la procedura per la distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche o informazioni illegalmente raccolte, attraverso un’udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari, non esclude dal divieto di far riferimento, nel verbale di distruzione, al contenuto degli atti di cui è disposta la eliminazione, le circostanze inerenti all’attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti”.

4. Orbene, in nessun passaggio argomentativo che ha condotto a quella pronuncia additiva ci pare di scorgere un concreto appiglio a quanto viene ora sostenendo il G.i.p. del Tribunale di Milano. Anzi, ci sembra che la questione – come accennato – sia stata affrontata in termini diametralmente opposti, quanto meno a livello dell’enunciazione dei principi dianzi richiamati.

Affermando che “Il verbale non può esplicitare alcuna efficacia valutativa che non sia strettamente circoscritta alla decisione di distruggere il materiale, e, nella propria funzione concomitante (e primaria) di prova ‘sostitutiva’ del corpo di reato, non può esercitare alcun condizionamento sulla decisione da assumere nell’ambito del procedimento principale” e che “Il giudice del merito deve poter disporre di tutti gli elementi necessari per valutare, senza alcun condizionamento derivante dalla decisione presa nel procedimento incidentale, e nel contraddittorio tra le parti, se l’assunto accusatorio del pubblico ministero abbia o non fondamento” la Corte costituzionale ha spezzato (e impone all’interprete di spezzare) ogni collegamento tra il merito e la procedura incidentale. Non potrebbe essere altri-

menti, visto che gli oggetti dei due accertamenti si presentano completamente diversi: l'asserita strumentalità ed accessorietà della procedura prevista dall'art. 240 c.p.p. rispetto al processo principale (sull'illecita acquisizione delle informazioni riservate) non può (e non deve) sussistere, se è vero, come è vero, che la distruzione ha come finalità solamente quella di salvaguardare la riservatezza, e i diritti ad essa connessi, dei soggetti "interessati" (alla ricostruzione di tale *ratio* della novella la Consulta dedica ampio spazio, seguendo un'impostazione per certi versi inedita: cfr. C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, cit., 198-199). E se così è, appare chiaro che l'accertamento sull'illegalità della raccolta delle informazioni è un accertamento che deve rispettare il minimo etico del contraddittorio, ma al di là di questo nessuna influenza esso dovrebbe avere rispetto al processo principale. Il richiamo alle forme dell'incidente probatorio da parte del giudice delle leggi, in vero, non pare avere il significato di voler condurre alla preconstituzione di una prova da utilizzare in seguito, ma solamente di sostituire un possibile elemento di prova, con una sua rappresentazione esteriore, il più fedele, ma, al contempo, asettica possibile. Del resto, all'accertamento dell'eventuale reato non potranno non concorrere altri e diversi elementi. Postulare la perdita definitiva e anticipata della prova – come avevano mostrato di fare i rimettenti e come pare ancora lamentare, fra le pieghe della motivazione, il G.i.p. oggi – significa contrabbandare per prova ciò che prova non è e ancora non può essere: non occorrerebbe ricordare che la prova si forma in dibattimento, nel contraddittorio pieno tra le parti; ma tant'è!

5. Che dietro vi siano altre finalità – essenzialmente repressive – rispetto a quelle ostentate di salvaguardia delle esigenze della difesa è dimostrato dal fatto che, al postutto, con la scusa che non si sarebbe potuto procedere all'accertamento dell'illegalità, la procedura *de qua* è stata forzosamente arenata con la restituzione al P.M. di tutta la documentazio-

ne, della quale aveva chiesto la distruzione, affinché lo stesso possa farne l'utilizzo che più gli aggrada. Peccato, però, che il comma 2° dell'art. 240 c.p.p. si esprima in termini differenti: a prescindere dalla materiale distruzione della documentazione formata illegalmente, del suo "contenuto" non può esser fatto comunque alcun uso e poiché non è all'atto che la disposizione normativa sembra riferirsi, bensì, con prescrizione assai più stringente, al suo "contenuto", riteniamo che esso non possa valere nemmeno come *notitia criminis* o quale "spunto" investigativo. Di più, quella netta divaricazione che la norma pone tra la prescritta inutilizzabilità e la procedura di distruzione sembrerebbe lasciare impregiudicato l'apprezzamento dell'illegalità da parte del P.M.: se al G.i.p. spetta accertare l'illegalità dell'atto al fine di disporre la distruzione, al P.M. spetterà apprezzarne l'illegalità ai fini dell'inutilizzabilità. È ben vero che il mancato richiamo in sede di conversione del citato d.l. n. 59/2006 all'inutilizzabilità a fini processuali o investigativi e come *notitia criminis* potrebbe far pensare che si sia voluta mantenere una qualche utilizzabilità residuale del materiale "spurio" (cfr. Cass., Sez. I, 16 novembre 2007, n. 45566, P.M. in proc. Dionisi, in *Mass. Uff.*, 238143; Cass., Sez. V, 13 marzo 2007, n. 15598, Mancini, in *Cass. Pen.*, 2008, 1301, con nota adesiva di GABRIELLI, *Captazioni illecite come notizia di reato: dai ripensamenti del legislatore alle prime risposte della giurisprudenza*. Sul punto v. anche SCAGLIONE, *Problemi di utilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della recente riforma*, in *Indice Pen.*, 2007, 48). Ma non vorremmo che a forza di "limare" la sanzione si finisca per legittimare il sacrificio dei diritti e delle garanzie in nome di un (supposto) risultato finale. Non dovrebbe essere così: da tempo ormai abbiamo accettato che questo non può essere perseguito a tutti i costi, dipende strettamente dalle regole del gioco che ci si è dati, e alla cui osservanza sono tenuti tutti (diffusamente A. GAITO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, cit., 1 ss.).

## DECISIONI IN PRIMO PIANO

### Sul regime di impugnazione della sentenza di proscioglimento del G.i.p. investito della richiesta di condanna per decreto

La Cassazione chiarisce il mezzo per impugnare la sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. richiesto del decreto di condanna da parte del P.M.: «*la sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari investito della richiesta di decreto penale di condanna, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione*». Da qui ne consegue che l'impugnazione avverso la declaratoria del G.i.p. da parte dell'imputato che intenda rinunciare alla prescrizione in favore di una pronuncia sul merito non può essere

desunta dal mero ricorso in sede di legittimità: «*la rinuncia alla prescrizione richiede una dichiarazione di volontà espressa e specifica che non ammette equipollenti; che, pertanto, non si può desumere implicitamente dalla mera proposizione del ricorso per cassazione*» (Cass., Sez. Un., 30 settembre 2010, Della Serra).

Nelle *Osservazioni* che seguono l'Autrice, in adesione all'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, analizza il percorso della giurisprudenza sul punto.

#### *Osservazioni*

di Nicoletta Mani

1. La questione dell'impugnabilità delle sentenze di proscioglimento *ex art.* 459, comma 3°, c.p.p. era stata affrontata per la prima volta, con riferimento alle impugnazioni del P.M., nella sentenza delle Sezioni Unite "Amato" del 1993 [Cass., Sez. Un., 11 maggio 1993, P.M. in proc. Amato, in *Cass. Pen. Mass.*, 1993, 290, con nota di ROMEO, *Rimedio esperibile contro il proscioglimento in difformità da richiesta di decreto penale: lacune (o incongruenze?) legislative e supplenza (o incongruenza?) giudiziaria*]. In tale decisione, la Corte stabiliva che l'unico mezzo d'impugnazione ammissibile avverso la sentenza di proscioglimento pronunciata dal G.i.p. a seguito di richiesta di emissione di decreto penale fosse il ricorso per cassazione, per due ordini di ragioni, di cui una era costituita dalla stessa motivazione della sentenza in esame, cioè l'incompetenza funzionale del Giudice

d'appello ad emettere sentenze di annullamento con rinvio, e, in secondo luogo, in virtù di un dato letterale: l'art. 594 c.p.p. allora vigente prevedeva che il P.M. poteva impugnare la sentenza di proscioglimento soltanto nei casi consentiti, tra i quali non era annoverato quello dell'art. 459, comma 3°, c.p.p. (tale orientamento veniva seguito da pronunce successive: Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, P.G. in proc. Cardoni, in *Mass. Uff.*, n. 202.374; Cass., Sez. III, 24 marzo 2000, P.G. in proc. Jovanovic, *ivi*, n. 217.526; Cass., Sez. V, 25 settembre 2001, P.G. in proc. Adulai, *ivi*, n. 220.051; Cass., Sez. III, 30 gennaio 2003, P.M. in proc. Colella, *ivi*, n. 224.455; Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2005, P.G. in proc. Boscani). Con la sentenza Di Donna del 2007 (Cass., Sez. III, 17 ottobre 2007, P.G. in proc. Di Donna, in *Mass. Uff.*, n. 238.443), discostandosi dal consolidato orientamento giu-

risprudenziale formatosi successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite Amato, la Terza Sezione ebbe ad affermare che l'appello è l'unica impugnazione esperibile avverso la sentenza di proscioglimento emessa ex art. 129 c.p.p. dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del p.m. di emissione del decreto penale di condanna (dopo la sentenza in senso difforme "Di Donna", le Sezioni semplici della Corte di Cassazione hanno ripreso consapevolmente l'indirizzo inteso ad affermare la sola ricorribilità per cassazione della sentenza di proscioglimento. In tal senso, si è pronunciata, innanzitutto, Cass., Sez. VI, 6 giugno 2008, n. 31815, P.G. in proc. Fantini, Rv. 240926 e successivamente Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, P.G. in proc. Politano, in *Mass. Uff.*, n. 241.662; Cass., Sez. V, 9 dicembre 2008, P.G. in proc. Anello, *ivi*, n. 242.608; Cass., Sez. V, 26 novembre 2009, Bettega, *ivi*, n. 246.880).

I Giudici di legittimità, in particolare, pervennero a tale conclusione sulla scorta del sopravvenuto mutamento del quadro normativo di riferimento, segnatamente:

a) per effetto dell'abrogazione dell'art. 594 c.p.p. ad opera dell'art. 228, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del "giudice unico", così essendo venuto meno il dato letterale che giustificava l'esclusione dell'appellabilità per la sentenza di proscioglimento ex art. 459, comma 3°, c.p.p.;

b) per effetto delle modifiche subite dall'art. 593 c.p.p., sia per conseguenza dell'art. 1 della l. 20 febbraio 2006, n. 46, che ad opera della Corte costituzionale, modifiche che avevano fatto venir meno – secondo la Corte – qualsiasi ostacolo all'appellabilità del provvedimento emesso dal G.i.p.: l'art. 593 c.p.p. infatti, così come modificato dalla l. n. 46/2006, prevedeva che l'imputato e il P.M. potessero appellare soltanto nell'ipotesi dell'art. 603, comma 2°, c.p.p. e sempreché la nuova prova fosse decisiva. In tal caso, stabiliva l'art. 593, comma 2°, c.p.p., qualora il giudice d'appello non disponesse la rinnovazione dell'i-

strutturoria dibattimentale, doveva dichiarare con ordinanza l'inammissibilità dell'appello; la Corte costituzionale, con la sentenza n. 26/2007, aveva dichiarato poi costituzionalmente illegittimo l'art. 1, l. n. 46/2006 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che il P.M. potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, comma 2°, c.p.p., se la nuova prova è decisiva, consentendo così al p.m. di impugnare le sentenze di proscioglimento, comprese quelle ex art. 459 comma 3°, c.p.p. (cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, 671 ss.).

2. La pronuncia annotata, sebbene sia priva di aspetti innovativi o eclatanti, offre lo spunto per rimeditare sulla tematica dell'impugnabilità delle sentenze di proscioglimento modellate ex art. 129 c.p.p. (c.d. declaratoria di immediate cause di non punibilità) e sulla sua evoluzione codicistica.

La questione di diritto si prospettava nei seguenti termini: "se la sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari a seguito di una richiesta di decreto penale di condanna sia appellabile o ricorribile in Cassazione".

Nonostante alcune episodiche voci di segno contrario, è stato ribadito l'assunto già due volte affermato dalle stesse Sezioni Unite nel senso che contro la sentenza in questione è ammissibile il solo ricorso per cassazione, e non invece l'appello.

A tale conclusione, la Corte è giunta attraverso due fondamentali considerazioni:

a) L'impugnabilità della sentenza di proscioglimento ex art. 459, comma 3°, con il mezzo dell'appello violerebbe i principi di base del sistema delle impugnazioni.

In tale materia, il principio cardine è infatti quello della tassatività dei mezzi di impugnazione sancito dall'art. 568, comma 1°, c.p.p., unico principio a cui secondo la Corte si deve fare riferimento; inoltre, non può essere disatteso quanto prescritto dallo stesso art. 568 c.p.p. in attuazione del disposto dell'art. 111 della Costituzione, e cioè il principio della ricorribilità in cassa-

zione, quando non altrimenti impugnabili, dei provvedimenti coi quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo ad un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'art. 28.

Tale principio è finalizzato alla realizzazione di un difficile equilibrio tra la configurazione, per ragioni di giustizia, dell'apparato dei controlli cui dà corpo la disciplina delle impugnazioni e l'efficienza del sistema processuale e, quindi, del sistema penale nel suo complesso il quale, per converso, potrebbe esser negativamente influenzato proprio da tali eccessivi controlli. In sostanza, la tassatività è un principio "elastico" che si riferisce sia ai provvedimenti oggetto di impugnazione, sia alla impugnazione stessa: da un lato, un provvedimento giurisdizionale è impugnabile unicamente se la legge espressamente prevede tale possibilità ed esclusivamente con il mezzo di impugnazione indicato dal legislatore, unitamente ad una generale ricorribilità per cassazione di tutte le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, con rinuncia alla disciplina caso per caso. Dall'altro lato, il legislatore sembra far rientrare dalla finestra quello che ha fatto uscire dalla porta, in quanto dottrina e giurisprudenza ritengono ammissibile, anche in assenza di disposizioni specifiche in tal senso, che si possa ricorrere per cassazione avverso i provvedimenti "abnormi", cioè quei provvedimenti completamente al di fuori degli schemi normativi e tali da non poter essere neanche presi in considerazione, neppure sotto il profilo della impugnabilità (GAITO, *L'appello*, in DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGHER-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, 783 ss.).

Addirittura, l'ultimo comma dell'art. 568 c.p.p. esprime quel principio del *favor* per le impugnazioni che crea qualche perplessità sull'effettiva rigidità dell'applicazione del principio di tassatività, in quanto "l'impugnazione è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione ad essa data dalla parte che l'ha proposta". Una previ-

sione antiformalistica, che sottintende l'irilevanza della qualificazione del mezzo di impugnazione e sancisce, per l'effetto, che la proposizione di un mezzo di impugnazione non previsto dalla legge (per esempio l'appello avverso una sentenza inappellabile, come nel caso della sentenza in esame) si converte nel mezzo di impugnazione previsto (l'appello si converte in ricorso in cassazione!).

Alla configurabilità di questo principio, richiamato dalle Sezioni unite a risoluzione della questione in oggetto, manca invero la determinatezza che sarebbe congeniale alle regole della tassatività, ma anche, pertanto, alle preclusioni che ne originano.

b) Il ruolo e la funzione del giudice d'appello verrebbe snaturato per la sua impossibilità di incidere sulla regiodicanda con poteri di cognizione più ampi rispetto a quelli di cui è titolare il giudice di primo grado.

La logica che sottintende al giudizio di appello non è quella della reiterazione del giudizio di primo grado e nemmeno quella – posta alla base del giudizio di cassazione – di un'impugnativa a casistica limitata. L'appello è infatti un mezzo di impugnazione parzialmente devolutivo, nel senso che l'ambito di cognizione del giudice è delimitato dal principio "*tantum devolutum quantum appellatum*", principio peraltro varie volte derogato (le principali deroghe sono date dagli artt. 129, 587, 574, 597 c.p.p.).

La sentenza in commento intendeva demarcare proprio tale differenza fra i due mezzi d'impugnazione: la necessità di un giudizio di rinvio fa sì che alla fase rescindente svoltasi avanti alla Corte di Cassazione segua una fase rescissoria, a conclusione della quale dovrà essere emanata una nuova pronunzia, in sostituzione di quella annullata, prerogativa che spetta solo ed unicamente al giudice di legittimità, e non al giudice d'appello; quest'ultimo è infatti funzionalmente incompetente ad emettere sentenza di annullamento della decisione impugnata – in questo caso una declaratoria *ex art. 129* – spettando tale possibilità solo alla Corte di Cassazione.

Non si può, in altri termini, limitare il gravame al solo annullamento della decisione del G.i.p., a meno che non si rientri in quei casi, tassativamente previsti dall'art. 604 c.p.p., dice la Corte, e cioè i casi in cui il giudice d'appello può dichiarare la nullità della sentenza o del provvedimento del giudice di primo grado, tra i quali non rientra l'ipotesi della sentenza di proscioglimento ex art. 459 c.p.p.

In sintesi, e nel contesto segnato dal principio di tassatività delle impugnazioni, si ritiene decisiva la regola generale per la quale il giudice di appello conferma o riforma i provvedimenti impugnati (art. 606 c.p.p.): non potrebbe, nei casi di specie, ordinare la restituzione degli atti al pubblico ministero (alternativa decisoria che invece spetta al giudice di primo grado), né potrebbe deliberare una decisione di condanna dell'imputato in caso di impugnazione del Pubblico Ministero.

Optando per tale ultima soluzione, si precisa, la Suprema Corte mette volutamente in disparte l'art. 597, comma 2°, lett b), c.p.p. tuttora vigente, alla stregua del quale *“se l'appello riguarda una sentenza di proscioglimento, il giudice può pronunciare condanna ed emettere i provvedimenti indicati nella lettera a) ovvero prosciogliere per una causa diversa da quella enunciata nella sentenza appellata”*.

Si tratta di un reliquato del passato: la stessa situazione si verificava, in tempi precedenti, con l'appello alla Sezione Istruttoria della Corte d'Appello. Non potendo il giudice istruttore pronunciare sentenza di condanna, la Sezione Istruttoria, nel momento in cui veniva proposto appello da parte del P.M. avverso una sentenza di proscioglimento, null'altro poteva se non disporre il rinvio a giudizio.

Anche in quest'aspetto prettamente procedurale, si coglie il dilemma di fondo del processo penale attuale: alcune norme del codice esistono ma non possono trovare applicazione in quanto “bloccate” in strade senza uscita, che in questo caso sono i principi di fondo della giurisdizione (il giu-

dice di secondo grado non può avere poteri più ampi del primo giudice). In sostanza, nell'eterna lotta fra principi, la giurisdizione non è più “piena” ma corre il rischio di diventare un simulacro ingannevole, di cui ci si appaga, non potendo possedere la realtà.

4. Interessante, infine, è anche il «punto» della decisione in commento relativo alle impugnazioni promosse dopo la prescrizione del reato. Il Supremo Collegio ribadisce che la rinuncia alla prescrizione deve consistere in una manifestazione di volontà espressa e puntuale, non potendo dunque essere desunta dal fatto stesso dell'impugnazione. Nel contempo, in caso di ricorso per un reato estinto, i poteri di annullamento della Cassazione sono circoscritti ai casi della immediata constatazione di ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 129, comma 2°, c.p.p. (proscioglimento di merito): l'annullamento con rinvio è incompatibile con la declaratoria di estinzione del reato stabilita dagli artt. 129, comma 1°, e 620, comma 1°, lett. a), dello stesso codice di rito. Connesso a questo principio è l'altro secondo cui, qualora già risulti una causa di estinzione del reato, la sussistenza di una nullità, anche di ordine generale, non è rilevabile nel giudizio di legittimità, con la sola eccezione dei casi in cui non siano richiesti accertamenti e valutazioni riservati al giudice di merito o nei quali la nullità afferisca direttamente alle modalità di rilevazione della causa estintiva.

La Suprema Corte ha dunque toccato anche il punto relativo alla previsione, da parte del legislatore, di numerose forme di proscioglimento, costruendo così una normativa a carattere generale che attraversa un po' tutta la disciplina del codice: nell'art. 129 c.p.p., in particolare, ha reso palese l'applicazione di uno dei principi cardine del processo penale, ovvero quello del *favor rei*, in quanto prescrive che alcuni provvedimenti del giudice debbano essere presi immediatamente.

Il giudice, si legge nell'art. 129 c.p.p., emette il provvedimento di chiusura del procedimento con sentenza e, ancor più incisiva-

mente, d'ufficio: il fatto che il giudice possa emettere un provvedimento di questo tipo anche senza sollecitazioni di parte è ancor più significativo in un processo di tipo accusatorio, in quanto appalesa lo zelo, in termini di immediatezza di tempi, che la legge impone al giudicante ai fini della tutela della posizione dell'imputato e, non per ultimo, ai fini di economia del giudizio.

L'istituto attualmente in vigore, come la maggior parte nel codice di rito attuale, è il risultato di un'armonica evoluzione del modello che ha trovato sempre più ampie applicazioni nel succedersi degli ordinamenti processuali penali italiani.

Tracce se ne trovano fin dal codice del 1865, nell'art. 120, nel quale l'immediata declaratoria di cause di non punibilità era ammissibile solo nel caso di mancanza di querela e molto dubbia era la sua applicabilità nel giudizio dinanzi la Corte di Cassazione. Con l'introduzione del codice successivo, del 1913, venne ampliata la gamma dei casi in cui il giudice poteva procedere alla declaratoria di proscioglimento in questione, precisando inoltre che tale potere il giudice aveva in qualsiasi grado del procedimento, e dunque, anche in Cassazione. Tale assetto interpretativo trasmigrò nel codice Rocco del 1930, all'art. 152, e da esso, senza notevoli variazioni, nel codice attuale, ma con una fondamentale differenza: mentre infatti, vigente il codice Rocco, l'immediata declaratoria di cause di non punibilità poteva aver luogo anche nella fase istruttoria precedente al giudizio vero e proprio, ora, si parla di "ogni stato e grado del processo", con esclusione, dunque, della fase delle indagini preliminari.

Tale conclusione appare lapalissiana nell'ottica moderna di un processo accusatorio: il comma 2° dell'art. 129 c.p.p. si mostra, pertanto, come un'ulteriore attuazione del principio del *favor rei* o, come più esattamente definito, del *favor innocentiae*, non prevedendo il comma 1° un obbligo per il giudice, che abbia ravvisato una delle ipotesi previste, di porre in essere ulteriori attività d'indagine al fine di accertare l'esistenza di situazioni

ancor più favorevoli per l'imputato. Nel comma 2° si provvede infatti a disciplinare la gerarchia fra le varie formule di proscioglimento dando la priorità, nei confronti delle formule di estinzione del reato (es. prescrizione), ad alcune formule di proscioglimento nel merito.

La fattispecie del 2° comma dell'articolo in esame è connotata dalla presenza dell'espressione "evidente", la cui portata continuerà ad essere probabilmente oggetto di diatribe tra gli interpreti. Il processo penale è infatti il luogo meno adatto ad evidenze cartesiane, e tra gli interpreti e gli operatori giudiziari vi sarà chi si limiterà ad un'evidenza *prima facie* basata su una mera constatazione allo stato degli atti, al solo scopo di far prevalere il *favor rei* sull'economia processuale e chi si inoltrerà in un'analisi più particolareggiata al fine di far risultare l'evidenza come l'esito, per l'appunto, di tale indagine.

La sentenza che si annota, tra l'altro, ribadisce sul punto i principi di diritto espressi con maggiore chiarezza nella sentenza delle Sezioni Unite Cardoni: il principio che la Corte reiteratamente afferma, facendo ricorso a criteri di ordine sistematico e logico, è quello della non omologabilità della norma posta dal comma 1° dell'art. 129 c.p.p. con quella di cui al comma 2° dell'art. 530 (in virtù della quale la sentenza di proscioglimento è ammessa anche in caso di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato, ecc.). La regola di giudizio indicata nell'art. 530, comma 2°, c.p.p. trova infatti applicazione solamente al termine del dibattimento e non anche in tutti i casi in cui il giudice è posto in condizioni di emettere sentenza di merito, essendo stato investito nelle fasi precedenti al dibattimento dei poteri cognitivi che gli derivano dall'art. 129, comma 1°, c.p.p. (Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, n. 18, P.G. in proc. Cardoni, in *Cass. pen.*, 1996, 473, con nota di VESSICHELLI, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 cod. proc. pen.*).

## Questioni di esecuzione penale: in tema di limiti all'applicabilità della sospensione condizionale della pena e dell'indulto

Oggetto della decisione delle Sezioni unite è il rapporto tra indulto e sospensione condizionale della pena. Secondo il Supremo Collegio «l'indulto non può concorrere con la sospensione condizionale della pena, prevalendo sul primo quest'ultimo beneficio. Per un verso, con la statuizione di sospensione condizionale della pena si realizza una fattispecie a formazione progressiva, da subito riferibile a quel reato ed a quella pena, solo risultando rinviata dalla legge ad un momento successivo la effettiva operatività della causa estintiva; per altro verso, il condono è applicabile solo ed esclusivamente in relazione a pene suscet-

*tibili di esecuzione, tant'è che esso viene a ripartirsi su tutte le pene cumulate; sicché è da escludere una applicazione dell'indulto in contestualità con una decisione di sospensione della pena ex art. 163 c.p., ossia in relazione ad una pena non suscettibile in quel momento di esecuzione e, quindi, in una situazione nella quale viene ad essere impedita l'operatività del beneficio indulgenziale» (Cass., Sez. Un., 15 luglio 2010, B. D.).*

L'Autore nelle Osservazioni che seguono spiega le ragioni che stanno alla base di una decisione chiarificatrice che si aspettava da tempo.

### Osservazioni

di Luca Cianferoni

La pronuncia in commento stabilisce finalmente un punto deciso e chiarificatore circa la disciplina della concomitante possibilità di applicazione della sospensione condizionale della pena, causa di estinzione del reato disciplinata dagli artt. 163 ss. c.p., e dell'indulto, causa di estinzione della pena prevista dall'art. 174 c.p. In materia, infatti, si erano registrati due differenti orientamenti (peraltro, singolarmente, anche di recente entrambi sostenuti, in due distinti procedimenti, dalla stessa Sesta Sezione della Suprema Corte, come riportato dall'ordinanza di rimessione della Terza Sezione nel procedimento *de quo*): un primo indirizzo ha ritenuto “cumulabili” sospensione condizionale della pena e indulto, in quanto operanti su piani distinti (si veda appunto la sentenza n. 508 emessa dalla Sesta Sezione il 15 ottobre 2008, Giannotti); secondo un'altra impostazione (ribadita sempre dalla Sesta Sezione nella pronuncia n. 41753 del 17 settembre 2009, No-

lana), invece, dovrebbe sempre prevalere la causa estintiva del reato in questione, essendo quest'ultima in grado di determinare effetti più favorevoli all'imputato.

Le Sezioni Unite, quindi, approfittano innanzitutto dell'occasione per ripercorrere lo sviluppo delle varie interpretazioni formatesi sul punto in decisione; a fronte delle due correnti esegetiche segnalate nell'ordinanza della Terza Sezione, le Sezioni Unite individuano una gamma appena più articolata di orientamenti giurisprudenziali, che comunque, in realtà, possono ricondursi nell'alveo delle due impostazioni principali. Ricordiamone sinteticamente i tratti essenziali.

L'indirizzo citato per primo in sentenza è quello – al quale già abbiamo accennato – che, in relazione all'ipotesi di concorso di una causa di estinzione del reato con una causa di estinzione della pena, sulla base della norma di cui all'art. 183, comma 2°, c.p., sostiene la prevalenza della sospensione con-

dizionale della pena (ancorché intervenuta successivamente), con esclusione dell'applicazione dell'indulto. Una volta realizzate le specifiche condizioni previste dalla relativa disciplina, infatti, la sospensione condizionale della pena determina l'estinzione non della sola pena, ma del reato *tout court*, risultando così obiettivamente più favorevole al condannato; oltretutto – si osserva – il reo, in caso di eventuale revoca della sospensione condizionale, potrebbe comunque richiedere l'applicazione dell'indulto in qualunque momento in sede esecutiva.

Il secondo orientamento di cui si dà conto nella sentenza in esame – anch'esso menzionato in esordio – considererebbe contestualmente applicabili, e con effetti "integrativi", le due cause estintive. Tra le molteplici ragioni addotte a sostegno della compatibilità tra sospensione condizionale della pena ed indulto, ricordiamo in particolare il principio del *favor rei* (per cui l'applicazione dell'indulto si sarebbe imposta quando ne fossero derivati ulteriori vantaggi non conseguibili attraverso la sospensione condizionale) e la ritenuta diversa operatività, per modi e tempi, dei due benefici: se l'indulto esplica immediatamente la propria efficacia sulla pena, la sospensione condizionale estingue il reato, ma solo in un futuro che è meramente ipotetico, dal momento che il condannato deve evitare di commettere un nuovo reato della stessa indole ed adempiere agli obblighi eventualmente impostigli. Secondo questo filone interpretativo, dunque, proprio in ossequio al principio del *favor rei*, i due benefici potrebbero essere applicati congiuntamente in modo da assicurare al condannato l'estinzione della pena; ciò anche nel caso in cui successivamente non si dovessero verificare le condizioni per l'estinzione del reato *ex art.* 167 c.p., oppure intervenisse la revoca della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 168 c.p.

Esaurita la ricognizione sullo stato della giurisprudenza in argomento, le Sezioni Unite impostano la soluzione della problematica escludendo preliminarmente che debba farsi applicazione del secondo comma dell'art.

183 c.p., proprio perché la norma in parola postulerebbe un "concorso attuale" tra cause estintive, che, nel caso di sospensione condizionale della pena ed indulto, in effetti – come visto – non sussiste.

La Corte, tuttavia, si affretta ad escludere una possibile cumulabilità di applicazione di entrambi i benefici, chiarendo, da un lato, che con la statuizione di sospensione condizionale della pena si realizza una fattispecie "*a formazione progressiva, da subito riferibile a quel reato ed a quella pena* [il differimento dell'inizio dell'esecuzione, infatti, ha effetto immediato; N.d.R.], *solo risultando rinviata dalla legge ad un momento successivo la effettiva operatività della causa estintiva*"; gli effetti della sospensione condizionale della pena seppur caratterizzati da una "*diversa concreta operatività temporale*" sarebbero tra loro strettamente collegati ed entrambi da subito contemplati, cosicché gli stessi non potrebbero essere scissi nemmeno quando si presentasse la possibilità di applicare un ulteriore beneficio quale l'indulto, poiché i concorrenti effetti estintivi di quest'ultimo "*verrebbero ad intersecare quel complesso iter procedimentale, ormai in atto*". Sotto un altro profilo, la Corte sottolinea come l'indulto sia applicabile solo ed esclusivamente in relazione a pene suscettibili di esecuzione (infatti, lo stesso viene concretamente "ripartito" su tutte le pene cumulate dopo che dal cumulo sono state espunte le pene già eseguite, estinte o comunque non altrimenti eseguibili): la conclusione cui giungono le Sezioni Unite è quindi coerentemente quella di escludere la contestuale applicazione dell'indulto e della sospensione condizionale della pena, proprio perché il primo non potrebbe trovare alcuno "sfogo operativo" in riferimento ad una sanzione non ancora eseguibile.

A tali – già condivisibili – argomenti di carattere tecnico-formale, la Suprema Corte, a supporto della prevalenza della causa estintiva del reato *de qua*, aggiunge infine anche alcune inoppugnabili ragioni logico-sistematiche, alla stregua delle quali ogni altro tipo di soluzione interpretativa in effetti porterebbe a "*conseguenze incompatibili con gli*

*obiettivi che si intendono realizzare con i benefici in questione”.*

In particolare, in primo luogo, l'istituto della sospensione condizionale della pena riveste una peculiare funzione giuridico-sociale di prevenzione della criminalità e di ravvedimento del condannato, che si manifesta tramite lo “strumento di pressione” della disposta (e revocabile) decisione di sospensione dell'esecuzione della pena (insieme ad eventuali obblighi di particolare valore sociale); è dunque evidente che una tale finalità risulterebbe frustrata da una simultanea applicazione dell'indulto, con cui, neutralizzandosi la pena *ab origine*, si eliminerebbe l'effetto “disincentivante” della revocabilità del beneficio di cui all'art. 163 c.p. Del resto, a ben vedere lo stesso condannato non avrebbe alcun reale interesse alla simultanea applicazione dell'indulto, in quanto la pena irrogata (e sospesa) è – come evidenziato – priva di esecutività.

La Corte, inoltre, rileva correttamente come in ogni caso la mancata contestuale concessione del beneficio di cui all'art. 174 c.p. non comporterebbe alcun effetto pregiudizievole per il condannato: il reo, infatti, anche ove non si verificasse l'estinzione del reato (a causa di un “infruttuoso” decorso del termine di rito) potrebbe comunque richiedere in qualsiasi momento l'applicazione del provvedimento indulgenziale tramite incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 672 c.p.p. (nessuna efficacia ostativa in sede esecutiva svolgerebbe la pregressa mancata applicazione del beneficio, dal momento che la stessa sarebbe maturata in un contesto procedurale affatto diverso e non troverebbe fondamento in valutazioni di merito del giudice della cognizione).

Da ultimo, le Sezioni Unite ricordano anche come da un cumulo simultaneo tra i due benefici possano derivare financo dei possibili svantaggi (che la Corte giustamente definisce come “inaccettabili”) per il condannato, in patente spreggio del principio del *favor rei* (cui pure – sottolinea la Corte – avrebbe fatto riferimento alcune di quelle stesse

pronunce di legittimità che avevano sostenuto una diversa soluzione interpretativa): qualora, infatti, concorressero o sopravvenissero altri titoli esecutivi, il reo, nel corso del periodo di cui all'art. 163 c.p., non potrebbe avvalersi pienamente dell'indulto per queste ulteriori pene.

Le Sezioni Unite concludono, dunque, negando un concorso tra indulto e sospensione condizionale della pena, in considerazione della prevalenza di quest'ultima sul primo beneficio. Tuttavia, se sin qui la decisione in commento si presenta lineare, esauriente e condivisibile nei suoi esiti interpretativi, pare comunque opportuno accennare – in modo estremamente sintetico, non essendo questa la sede per un approfondimento sul punto – alle possibili questioni applicative lasciate aperte dalla Corte.

In particolare, un primo profilo critico potrebbe riguardare il rilievo da riconoscersi ad un eventuale interesse del condannato a richiedere la revoca della sospensione condizionale della pena con applicazione del solo indulto, in modo da “conservare” il primo beneficio ad una nuova futura sentenza di condanna. Al riguardo, la stessa Suprema Corte, se ha già avuto modo di escludere perentoriamente la sussistenza di una simile facoltà in sede esecutiva (Cass., Sez. I, 1° luglio 2010, n. 24854, L.V.), non ha invece apportato alcun contributo realmente risolutivo in relazione al giudizio di cognizione (Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, 7394, Mazza). Parimenti, un'ulteriore ipotesi cui porre attenzione sarebbe quella in cui il reo, avendo già beneficiato di una contestuale applicazione dei due istituti in epoca antecedente alla sentenza in esame, intendesse adesso adire il giudice dell'esecuzione per ottenere la revoca dell'indulto: sul punto, non potendosi ragionevolmente sostenere un sovvertimento del giudicato, sembrerebbe però ipotizzabile la revoca dell'indulto ove il cumulo dei due benefici fosse intervenuto in sede esecutiva [siffatta impostazione troverebbe conforto anche nella recente sentenza delle Sezioni Unite del 21 gennaio 2010, n. 18288, Be-

schì, in cui sostanzialmente si sostiene la possibilità di superare il limite di ammissibilità di cui all'art. 666, comma 2°, c.p.p. a

seguito di un mutamento di giurisprudenza di legittimità (in quanto quest'ultimo integerebbe "un nuovo elemento di diritto").

## Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"

Di fronte ad una nuova decisione delle Sezioni unite che conferma "l'efficacia preclusiva locale" del provvedimento di archiviazione, si pone la necessità di verificare se le preclusioni possano o meno essere caratterizzate da una valenza solo locale. Di qui la possibilità di intravedere dietro l'autorizzazione ad indagare *ex art. 414 c.p.p.* non già il fenomeno delle preclusioni, quanto piuttosto un inedito criterio di priorità. Secondo la Cassazione, infatti, «*il difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini determina l'inutilizzabilità degli atti di inda-*

*gine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione e preclude l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto di reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, da parte del medesimo ufficio del pubblico ministero. (La Corte ha poi precisato che il provvedimento di archiviazione adottato nel regime normativo del codice di rito penale del 1930 non produce l'indicato effetto preclusivo)*» (Cass., Sez. Un., 24.6.2010, Giuliani).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autrice si concentra sulle problematiche conseguenti.

### Osservazioni

di Roberta Aprati

(Il presente scritto è destinato a *Diritto penale e processo*)

1. *Premessa.* – Nel 1995 la Corte costituzionale attribuisce al provvedimento di archiviazione efficacia preclusiva: senza l'autorizzazione del giudice *ex art. 414 c.p.p.* non è possibile né avviare nuovamente le indagini preliminari, né - soprattutto - esercitare l'azione penale (C. cost., sent. 12 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1371, con nota di F. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale* e in *Cass. Pen.*, 1995, 1147 con osservazioni di A. MACCHIA).

Sono ben note le reazioni suscitate dalla pronuncia: in dottrina c'è chi l'ha ritenuta una interpretazione doverosa e chi, al contrario, l'ha considerata un errore manifesto di pro-

spettiva; in giurisprudenza, non dissimilmente, alcune decisioni hanno abbracciato tale interpretazione, altre invece l'hanno ignorata (in dottrina cfr. da una parte A.A. DALIA M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 545 s., A. NAPPI, *Giuda al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 405; G. PIZIALI, *Sull'efficacia preclusiva del provvedimento d'archiviazione*, in *Ind. pen.*, 1996, 409, nonché, già prima della pronuncia della Corte, G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, Torino, 1994, 99 ss.; C. VALENTINI REUTER, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e misure coercitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 321 ss.; e in senso contrario F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2007,

434; A. MACCHIA, *Osservazioni*, cit., 1150 Per una posizione intermedia v. F. CAPRIOLI, *Archiviazione*, cit., 1387 ss., e Id, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova 2010, 623 s. e 493. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 30 aprile 1996, Zara, in *C.E.D. Cass.*, n. 205283; nonché, con la precisione della portata "locale" della preclusione, Cass., Sez. VI, 12 settembre 1996, Taglieri, *ivi*, n. 205902; Cass., Sez. I, 2 maggio 1996, Carfora, *ivi*, n. 205136; Cass., Sez. I, 11 giugno 1996, Morici, *ivi*, n. 205157; Cass., Sez. IV, 18 dicembre 1998, Bruno, *ivi*, n. 213140; Cass., Sez. VI, 5 agosto 1997, Audino, *ivi*, n. 208863; e in senso contrario Cass., Sez. I, 30 novembre 1995, Greco, in *C.E.D. Cass.*, n. 203871; Cass., Sez. I, 1° ottobre 1996, Palumbo, *ivi*, n. 206004; Cass., Sez. II, 12 novembre 1996, Palazzo, *ivi*, n. 206362; Cass., Sez. VI, 24 giugno 1998, Migliaccio, *ivi*, n. 212910).

Preso atto della divisione, la Corte di cassazione a Sezioni unite è costretta ad intervenire, recependo il discorso della Consulta, ma con un correttivo: efficacia preclusiva dell'archiviazione sì, ma solo "locale"; il divieto di agire senza autorizzazione del giudice riguarda il medesimo ufficio e non già un ufficio diverso (Cass., Sez. Un., 22 marzo 2000, Finocchiaro, in *Cass. Pen.*, 2000, 2610, e *ivi*, 2001, 40 con nota di L. NORCIO e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 337 con nota di P. STOJA, e *ivi*, 2001, 253 con nota di G. RUTA).

In Cassazione tuttavia perdurano i contrasti e dunque si arriva all'attuale sentenza: si conferma l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, si esclude però che tale carattere possa essere attribuito alle archiviazioni concesse sotto la vigenza del codice Rocco. Il permesso di non agire prima del 1989 non aveva tale efficacia perché si collocava all'inizio del procedimento penale e non già - come oggi - alla conclusione delle indagini preliminari; insomma, l'efficacia preclusiva o meno di un provvedimento dipende dal grado di approfondimento dell'ipotesi.

2. *Efficacia preclusiva locale dell'archiviazione*

*e criteri di priorità negativi.* - Di fronte ad una pronuncia della Corte costituzionale e due decisioni delle Sezioni unite non vale più la pena di discutere se la soluzione adottata - l'archiviazione ha efficacia preclusiva - sia o meno la più corretta, piuttosto bisogna prenderne atto.

Eppure non appare inutile la seguente osservazione: i Giudici di legittimità hanno in realtà aderito solo formalmente all'impostazione del Giudice della legge, perché sostanzialmente vi è stata un'elusione.

La Corte costituzionale, infatti, ha affermato che in assenza dell'autorizzazione del giudice delle indagini l'azione penale è preclusa, pertanto deve essere dichiarata l'improcedibilità. Qui la Consulta non si è servita - quanto a tipologia - di una sentenza interpretativa in senso stretto, bensì ha solo dichiarato non fondata la questione: nondimeno anche con tale genere di decisione c'è il rischio che, se la disposizione non venga letta nel modo indicato, la Corte arrivi successivamente a dichiararne l'illegittimità costituzionale (Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 239 ss. e 257 ss.).

Orbene, la Corte di cassazione, si è rimessa alla volontà della Corte costituzionale, ma con un *escamotage*, ritenendo che l'azione penale è preclusa solo nello stesso ufficio giudiziario e non già in un diverso.

Ma così sorge il dubbio che tutta l'impostazione che la Corte costituzionale aveva dato sia destinata a cadere: come si può ritenere che l'archiviazione sia un provvedimento giurisdizionale, analogo alla sentenza di non luogo a procedere, ad efficacia limitatamente preclusiva, se poi tale carattere è solo locale? E' giuridicamente corretto ritenere che la preclusione abbia un'efficacia territorialmente limitata, ovvero siamo in presenza di un altro fenomeno giuridico; e allora quale? (A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXIV, 1985, 893 ss.; V. ANDRIOLI, *Preclusione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1976, 567 ss.; G. GUARNIERI, *Preclusioni (diritto processuale penale)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1976, 570 ss.).

L'esistenza di una preclusione locale comporta che la riapertura delle indagini preliminari sia regolata da due diversi moduli: nella stessa sede il procedimento si può aprire nuovamente solo all'esito di un sub-procedimento (richiesta motivata del Pubblico Ministero, decisione motivata del Giudice sul presupposto di un *novum*); nelle sedi diverse, invece, il procedimento riprende avvio con la semplice iscrizione della notizia di reato su iniziativa dell'organo dell'azione. In tutti e due i casi, poi, la nuova indagine si chiude o con una seconda archiviazione o con una richiesta di rinvio a giudizio. Quindi il Pubblico Ministero deve nuovamente essere autorizzato - se decide ancora una volta di non formulare l'imputazione - a non esercitare l'azione penale.

Allora qual è la natura giuridica di questa autorizzazione ad indagare, prevista solo per il medesimo ufficio che già ha ottenuto l'archiviazione, e la cui mancanza può essere dichiarata anche dopo che è stata esercitata l'azione penale con una sentenza di improcedibilità?

A ben vedere essa assomiglia ad un modulo organizzativo delle singole procure: nel governo delle indagini preliminari è necessario privilegiare quelle per cui non si è già svolta l'inchiesta preliminare, è necessario anteporre le nuove notizie di reato rispetto a quelle già archiviate; tale preferenza non deve essere accordata solo nel caso in cui vi sia un *novum*.

In pratica gli uffici si devono organizzare in maniera tale da non impegnare le loro forze inutilmente: ed è inutile riavviare un'inchiesta già risultata infondata, a meno che non ci siano delle sopravvenienze che fanno supporre di poter superare quel giudizio di insostenibilità dell'accusa.

Sembrerebbe allora essere di fronte ad una logica che richiama non già le preclusioni processuali, quanto piuttosto "i criteri di priorità", in tal caso negativi: nella gestione delle notizie di reato quelle già archiviate devono essere riconsiderate solo se risulti l'esigenza di nuove investigazioni (Sui criteri di priorità in generale v. V. BORRACCETTI, *Il*

*dirigente dell'ufficio della procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Quest. giust.*, 2009, 9; L. BRESCIANI, *Commento al d.lg. 19.2.1998, n. 51 sub art. 227*, in *Leg. pen.*, 1999, 475; D. CARCANO, *Stabilire i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti è un dovere dei capi ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1490 ss.; E. CATALANO, *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *Quad. cost.*, 2008, 98; G. D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà, ed eguaglianza a proposito dei criteri di priorità*, in *Giur. cost.*, 1998, 1878 ss.; P. DI MAGGIO, *Brevi riflessioni sui criteri di priorità nella trattazione delle cause dettati dalla riforma del giudice unico*, in *AA.VV.*, *Il giudice unico nel processo penale*, Milano, 2001, 243 ss.; G. DI FEDERICO, *Il p.m.: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in *Ind. pen.*, 1995, 411; G. FIDELBO, *Le disposizioni transitorie, in Il giudice unico*, a cura di Lattanzi, Milano, 2000, 409; G. ICHINO, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, 121; G. MELILLO, *L'organizzazione della procura della repubblica*, in *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di Carcano, Milano, 2009, 211; E. MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 387; U. NANUCCI, *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 1670; G. NEPI MODONA, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, il *AA.VV.*, *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 121; F. PINTO, *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione delle procure circondariali*, in *Quest. giust.*, 1991, 430; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 273; V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., 101. Sui criteri di priorità dibattimentali, F. DI NACCI, *I criteri di priorità nella formazione*

nella formazione dei ruoli d'udienza e rinvio dei processi in corso, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, 211; G. ILLUMINATI, *Corsie preferenziali e binari morto*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2008, 359; S. SOTTANI, *Il pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I,1, Torino, 2009, 389; G. FRIGO, *Un primo serio intervento normativo sulla priorità nella trattazione dei processi*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di Lorusso, Padova, 2008, 422; D. VICOLI, *Un mosaico normativo dagli incerti esiti applicativi*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza e Viganò, Padova, 2008, 371).

E il considerare l'autorizzazione alla riapertura delle indagini alla stregua di un criterio di priorità negativo permetterebbe di giustificare la valenza locale: i criteri di priorità sono rivolti alle singole procure, regolano il funzionamento del singolo ufficio.

Si tratterebbe, poi, di un criterio di priorità privo di quei limiti che normalmente si addebitano a tali scelte selettive: non è individuato dai singoli responsabili degli uffici, non differenzia fra le varie procure, non è un criterio che di fatto depenalizza alcuni illeciti; qui la priorità è imposta dal legislatore, vale allo stesso modo per tutte le procure, è applicabile a qualsivoglia fattispecie incriminatrice (su tali problemi v. M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., 97; G. FIDELBO, *Le disposizioni transitorie*, cit., 409 ss.; G. MELILLO, *L'organizzazione delle procure*, cit., 213 ss.; A. ROSSI, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, 315 ss.; G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità*, cit., 124).

Infine, sarebbe "storicamente" il primo criterio di priorità "effettivo": perché il mancato rispetto viene sanzionato attraverso la dichiarazione di improcedibilità (cfr. S. SOTTANI, *Il pubblico ministero*, cit., 390, che si pone il problema della mancata previsione di sanzioni nel caso in cui non siano rispettati i

criteri di priorità nella trattazione dei dibattimenti).

Esso, quindi, tecnicamente avrebbe lo stesso funzionamento di una condizione di procedibilità: tuttavia mentre con tale criterio di priorità il Pubblico Ministero postulante chiede al giudice di verificare la ricorrenza di un presupposto fattuale (le esigenze investigative), con le altre condizioni di procedibilità, in cui il Pubblico Ministero è parte richiedente, organi per lo più politici decidono se avviare il processo sulla base di parametri altamente discrezionali, se non addirittura in assenza di indicazioni normative (cfr. M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà*, cit., 86 ss.). Non a caso, mentre la Corte costituzionale ha dovuto puntualizzare che le condizioni di procedibilità lasciate in mano a soggetti diversi dalle persone offese devono essere poste a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, perché devono bilanciarsi con il principio di obbligatorietà, analogo ammonimento non è necessario per tale criterio di priorità (C. cost., sent. 5 maggio 1959, n. 22, in *Giur. cost.*, 1959, 319). È noto, infatti, che i criteri di priorità sono considerati come strumenti volti proprio a garantire l'obbligatorietà dell'azione penale (cfr. V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità*, cit., 105). Non va dimenticato che "il principio di obbligatorietà si confronta giornalmente con prassi applicative che ne determinano uno svuotamento" (G. FIDELBO, *Le disposizioni transitorie*, cit., 410). Basti pensare alla enorme massa di notizie che pervengono agli uffici giudiziari e all'impotenza strutturale nel fronteggiare la domanda di giustizia. La cernita di ciò che deve essere trattato resta di fatto affidato allo strumento della prescrizione se non a scelte selettive personali dell'indagante. Con la riapertura delle indagini, invece, è il legislatore che impone di trascurare certe inchieste, andando così a sostituirsi alla autogestione del singolo indagante.

3. *Profili problematici: la trasmissione degli atti alla Procura che già aveva archiviato.* – La costruzione di un criterio di priorità genera alcuni dubbi interpretativi che vale la pena di risolvere. Il problema consiste nella

individuazione della soluzione da privilegiare nel caso in cui il procedimento si riapra in una sede diversa da quella in cui era stato precedentemente archiviato ma, per evenienze legate alla individuazione dell'esatta competenza, ritorni nella originaria sede dove era stata autorizzata l'azione.

Varie sono le evenienze ipotizzabili. Un Pubblico Ministero potrebbe avviare un'indagine preliminare e successivamente trasmettere - in virtù di una diversa identificazione della competenza territoriale - gli atti all'ufficio che prima aveva archiviato. Il giudice delle indagini preliminari, investito della richiesta di una misura cautelare, potrebbe ordinare di indirizzare gli atti al Pubblico Ministero ritenuto competente senza emettere il provvedimento cautelare o potrebbe, sul presupposto dell'urgenza, emettere la misura cautelare e poi inviare gli atti per la conferma della misura. Esercitata l'azione penale, gli atti potrebbero essere spediti all'ufficio competente a seguito della risoluzione dell'incidente sulla competenza.

Quali sono, in definitiva, i presupposti giuridici che potrebbero giustificare l'una o l'altra opzione interpretativa?

Problemi analoghi non si creano rispetto alla sentenza di non luogo a procedere ovvero alla sentenza passata in giudicato: qui l'efficacia preclusiva, se pur diversamente modulata, riguarda tutti gli uffici.

La Corte di cassazione ha giustificato la sua interpretazione affermando che sarebbe impossibile per il Pubblico Ministero venire a conoscenza delle precedenti archiviazioni perché non esiste un registro accessibile a tutti sulle notizie di reato (i registri delle notizie di reato, oggi informatizzati, sono regolati da una disciplina che impedisce la conoscenza generalizzata: ogni sostituto procuratore ha accesso alle sole notizie di reato che esso stesso ha iscritto e gestisce, solo il Procuratore capo può accedere ai registri di tutto l'ufficio. A sua volta quest'ultimo non può accedere ai registri che fanno capo ad una diversa procura. Cfr., A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, Padova, 2001).

Se si sfrutta tale argomento, ben si potrebbe

dire che quando il processo per diverse vie arrivi nuovamente alla sede in cui era stato archiviato, l'ufficio d'accusa potrebbe conoscere tale precedente, e pertanto scatterebbe l'effetto preclusivo. In definitiva se si configura l'archiviazione come un provvedimento giurisdizionale preclusivo (anche se solo territorialmente), si dovrebbe ritenere che in tutti questi casi è sempre necessaria l'autorizzazione del giudice, l'assenza determinerebbe sempre la possibilità di dichiarare l'improcedibilità (per tale soluzione G. PIZIALI, *Sull'efficacia preclusiva*, cit., 420 s.).

Tuttavia a tale soluzione si oppongono una serie di dati.

In primo luogo, se il trasferimento del procedimento avviene durante le indagini preliminari, potrebbe accadere che il giudice delle indagini preliminari non autorizzi *ex art.* 414 c.p.p. la riapertura delle indagini. In tal modo il procedimento rimarrebbe pendente: in una sede è stato iscritto e poi trasferito, ma nella sede di trasferimento esso non può essere nuovamente protocollato in assenza del provvedimento del giudice. Di fatto ci sarebbe un procedimento penale formalmente avviato, privo però di un soggetto legittimato a chiuderlo.

Nel caso in cui, poi, il trasferimento avvenga dopo l'esercizio dell'azione penale, le cose si complicherebbero ulteriormente. Da una parte abbiamo l'azione penale esercitata legittimamente dal Pubblico Ministero "incompetente"; dall'altra abbiamo l'azione penale che diviene improcedibile nella sua sede di competenza. La possibilità di celebrare o meno il processo, in definitiva, dipenderebbe dalla individuazione della sede competente; o meglio, nella sede incompetente il processo si potrebbe tenere, in quella competente invece no. Si cade così in un paradosso. Senza trascurare nemmeno che se il difetto di competenza si sana, di conseguenza anche l'efficacia preclusiva va a caducarsi. La possibilità di dichiarare l'improcedibilità in definitiva dipenderebbe dalla tempestività dello spostamento, e a sua volta la preclusione sarebbe di fatto preclusa dopo l'apertura del dibattimento.

Eppure nelle situazioni in cui c'è un'autentica preclusione processuale, il difetto non è mai sanabile.

Ebbene, se si configura il permesso di agire ex art. 414 c.p.p. come un criterio di priorità negativo, come un'organizzazione della gestione delle singole procure, si potrebbe ritenere che in tutti i casi in cui il procedimento riprende avvio in una sede diversa e poi transita nella precedente dove era stato archiviato, ormai il criterio di priorità è superato: il *novum* investigativo - necessario per la riapertura nel medesimo ufficio - è sostituito dall'invio degli atti dalla nuova sede alla vecchia; il *novum* qui è dato dalla diversa indagine che ormai è stata compiuta legittimamente prima dello spostamento. A questo punto su tale indagine il giudice non può più pronunciarsi ai sensi dell'art. 414 c.p.p. perché altrimenti esso non sarebbe chiamato a verificare l'esigenza di nuove investigazioni da compiersi, quanto piuttosto la bontà di quelle già compiute: ma tale valutazione il giudice deve farla solo in sede di archiviazione o di controllo sul corretto esercizio dell'azione penale (sul punto v. le riflessioni di F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., 1381 ss.). Insomma, un conto è che il giudice autorizzi la riapertura delle indagini anche sulla base di una novità accidentalmente scoperta dal Pubblico Ministero che prima aveva archiviato, un conto che si pronunci su una nuova inchiesta già compiuta, legittimamente organizzata da un diverso Pubblico Ministero (cfr. Cass., Sez. Un., 22 marzo 2003, Finocchiaro, cit.).

In definitiva, per evitare effetti paradossali si dovrebbe ritenere che se il procedimento si riavvia in una nuova sede, a prescindere dal momento in cui poi transita nella vecchia sede in cui era stato archiviato, la condizione di procedibilità non è più operativa; il criterio di priorità non ha più ragione di esistere, perché esso è surrogato dalle indagini preliminari già compiute dal diverso Pubblico Ministero.

#### 4. *Profili problematici: le nuove contestazioni.*

– Del pari, di non agevole soluzione è il problema relativo alle nuove contestazioni di

battimentali di fatti precedentemente archiviati.

In linea di massima la giurisprudenza segue sempre il modello dell'efficacia preclusiva locale: se è in corso un processo, non è possibile integrare l'imputazione con fatti già oggetto di un provvedimento di archiviazione adottato da un'autorità giudiziaria incardinata nella medesima sede (cfr. Cass., Sez. I, 6 luglio 2005, Baldone, in *C.E.D. Cass.*, n. 231659; Cass., Sez. II, 6 luglio 2004, Nocito, *ivi*, n. 229729; Cass., Sez. III, 24 novembre 2000, Puppo, *ivi*, n. 218665. In senso contrario; Cass., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Cass. Pen.*, 1998, 2996, con osservazioni di P. BRONZO).

Tuttavia, considerando l'autorizzazione ad indagare come un criterio di priorità, come un'organizzazione delle Procure per gestire le notizie di reato attraverso criteri prestabiliti di ordine, si potrebbe sostenere qualcosa di diverso.

A ben vedere anche la contestazione supplementiva del fatto connesso o nuovo altro non è che una corsia preferenziale delle notizie di reato: si tratta nella sostanza di un criterio di priorità, perché consente al Pubblico Ministero di esercitare immediatamente l'azione penale. In particolare, poi, si è in presenza di una disciplina speciale, come tale derogatoria, della ordinaria procedura di iscrizione (cfr. R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, 82). Infatti con la contestazione di un fatto connesso o nuovo il normale iter processuale è invertito: se normalmente prima si iscrive e dopo si esercita l'azione penale, qui prima si esercita l'azione penale e dopo, di conseguenza, si iscrive.

Inoltre, mentre l'autorizzazione ad indagare è un criterio di priorità negativo, la nuova contestazione è un criterio di priorità positivo: si tratta allora di due norme che in "concreto" possono porsi come antinomiche ("Si ha un'antinomia in concreto o contingente allorché – in sede di applicazione – due norme connettono conseguenze giuridiche incompatibili ad una medesima fattispecie concreta. Ciò accade ogniqualvolta un fatti-

specie concreta o una sotto classe di fatti concreti ricada simultaneamente in due classi di fattispecie diverse e concettualmente irrelate, per le quali il diritto statuisca conseguenze giuridiche incompatibili. Sicché l'antinomia può essere identificata solo in sede di applicazione della norma al caso concreto alla quale, appunto, per avventura siano applicabili entrambe, così R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 219.) ; il conflitto va quindi risolto alla

luce del generale criterio di specialità (cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 227 s.; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959).

In definitiva si potrebbe allora ritenere che la contestazione di un fatto nuovo o connesso possa sempre avere ad oggetto un fatto precedentemente archiviato, senza che sia necessaria l'autorizzazione del giudice *ex art.* 414 c.p.p.; senza, pertanto, dover distinguere fra le diverse sedi processuali.

## Confisca e vincolo solidaristico

Oggetto della decisione in esame è quello del vincolo solidaristico tra i concorrenti del reato. In particolare per la Cassazione *«la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto*

*accertato, anche se l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso»* (Cass., Sez. II, 18 giugno 2010, Roberto).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autrice traccia un esaustivo quadro degli arresti giurisprudenziali in materia.

### Osservazioni

di Rossella Governa

1. Nella pronuncia in esame si riafferma il principio secondo il quale *“il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, anche se l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel 'quantum' l'ammontare complessivo dello stesso”*.

La tematica è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, date le rilevanti implicazioni che sul piano pratico presenta l'infliggere la sanzione della confisca per equivalente nelle ipotesi di manifestazione plurisoggettiva del reato.

Sulla natura sanzionatoria della confisca per

equivalente, infatti, sembra oramai potersi riscontrare unanimità. È stato in proposito già da tempo affermato *“che la confisca, salvo i casi in cui opera più o meno esplicitamente come misura di prevenzione* (nel primo senso, si veda la l. n. 575/1965; nel secondo l'art. 12-sexies, d.l. n. 306/1992, che peraltro le Sezioni Unite della Cassazione hanno qualificato come “misura di sicurezza atipica”), *tenda ad una trasformazione non solo nel senso – già consolidatosi – della pena accessoria* (l'assunzione di tale carattere da parte delle nuove ipotesi di confisca è evidenziata anche da MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 839 ss.), *ma addirittura nella assunzione delle vesti di una pena principa-*

le. Questa sensazione deriva dal progressivo sganciamento della stessa dal quantum del reato (ovvero dal profitto, prezzo o prodotto dello stesso): la confisca è chiamata a svolgere una funzione afflittiva autonoma e primaria. Lo dimostrano le applicazioni dell'esperienza processuale nelle quali, in relazione alla contestazione del concorso di persone, si è prospettata la "moltiplicazione" della confisca come si trattasse della sanzione prevista per un determinato reato, estendendola a ciascuno dei correi. Così è possibile prefigurare (come in effetti è accaduto in un caso di riciclaggio) che venga disposto il sequestro (a fini di confisca) sia della somma oggetto di trasferimento reperita presso taluno dei correi (sub specie "profitto"), sia del valore ad esso equivalente appreso dal patrimonio dell'autore del trasferimento. In tal modo ciascuno dei correi viene punito con l'inflizione di una pena patrimoniale coincidente ovvero di valore equivalente al profitto: come nel caso della pena detentiva, la pena della confisca verrebbe ad essere espiata da ciascuno per l'intero. Ma l'ipotesi testé formulata trova supporto anche nella previsione dell'art. 19, d.l. n. 231/2001 che contempla la confisca tra le pene principali applicabili alle persone giuridiche" (FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 37).

Ma se la valenza sanzionatoria delle ipotesi speciali di confisca appare indiscutibile, incerta ne appare la giustificazione. Infatti la confisca viene proposta come pena che elimina il vantaggio "ingiustificato" ottenuto dal reo: ma l'interrogativo circa il "perché" si debba ricorrere a tale meccanismo resta senza risposta. Il principio per cui "il delitto non paga" introduce valutazioni di tipo specialpreventivo, ma deve fare i conti con la previsione della confisca di valore, che sottende una funzione palesemente repressiva.

2. Le ipotesi speciali di confisca assumono le sembianze di una misura ablativa, ma producono gli effetti di una pena (per di più anticipata nel caso di sequestro preventivo). Dal punto di vista della struttura, esse costituiscono una anomalia che riflette le contraddizioni del *diritto penale del rischio* (in

tal senso BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986) che caratterizza il dibattito attuale. Se infatti, da un lato, il diritto penale assurge a rango di strumento di soluzione dei conflitti che si fa carico dei principali problemi della società moderna (salubrità dell'ambiente, criminalità organizzata, economia ecc.); dall'altro, in questa prospettiva si ritiene che al diritto penale *si debba* fare ricorso per rendere effettive le misure di intervento. La gran parte delle forme di confisca per equivalente esistenti nell'ordinamento si limitano, secondo le diverse formulazioni, a disporre l'ablazione di una somma corrispondente all'utilità effettivamente proveniente dal reato, senza spingersi fino a ricomprendere anche ciò che è stato solo "promesso". L'osservazione vale in particolar modo in relazione alla confisca di valore prevista in tema di usura: il tenore letterale del 6° comma dell'art. 644 c.p., infatti, è con evidenza diverso da quello dell'art. 322 *ter* c.p. poiché non solo non prevede, ma neppure autorizza un'interpretazione estensiva che preveda la confiscabilità per equivalente di quanto promesso e non corrisposto. Tuttavia, il Supremo Collegio ha più volte ribadito l'orientamento, sostanzialmente univoco, sulla base del quale la confisca per equivalente viene ad essere definita una pena accessoria piuttosto che una misura di sicurezza (Cass., Sez. Un., 22 novembre 2005, Muci, in *Guida dir.*, 2005, n. 47, 52 ss.), ritenendosi consequenzialmente applicabile in modo indiscriminato a ciascun concorrente nel reato finanche "qualora questi non abbia visto transitare nel proprio patrimonio neppure in parte l'utilità derivante dal reato appresa materialmente da altri" (Cass., Sez. II, 21 febbraio 2007, Alfieri, in *CED Cass.*, n. 235842; cfr. anche Cass., Sez. II, 15 settembre 2006, n. 30729, Carere, in *Guida dir.*, 2006, n. 40, 117 ss., con nota di AMATO; Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, Grassi, in *Foro it.*, 2007, II, 265; Cass., Sez. II, 14 giugno 2006, Troso, *ibidem*; Cass., Sez. V, 15 gennaio 2004, Napolitano, in *Foro it.*, 2004, II, 685). Si applica, dunque, il principio del trattamento sanzionatorio

unitario dei correi. Sennonché, a “contatto” con la confisca, dalla adesione alla teoria c.d. monistica si era desunto che “*questo principio solidaristico, che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, quale che sia l'entità del contributo prestato, comporta anche solidarietà nella pena a norma dell'art. 110 c.p.*”, per cui “*ciascuno risponde della pena stabilita per il reato, salve le disposizioni di legge volte a graduare la sanzione penale a seconda della valenza che ciascuna partecipazione assume nel contesto generale del concorso*” (Cass., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l., in *www.reatisocietari.it*). Ma l'orientamento sembra confondere i piani di lettura, qualificando come “solidaristico” un criterio di applicazione della pena che, al contrario, risponde ad una tipizzazione unitaria della responsabilità: per contro, nella prospettiva della decisione, il modello unitario di tipizzazione del fatto diventa espressione del principio solidaristico, che implica tutt'altre conseguenze. In realtà, mentre l'art. 110 c.p. impone che a ciascun correo sia applicata una sanzione, al di fuori di qualunque ipotesi di solidarietà (tanto che non è consentito ad uno di essi di farsi carico dell'esecuzione della pena inflitta all'altro), con riferimento alla confisca l'attribuzione a tutti i compartecipi dell'evento delittuoso nella sua globalità, che viene considerato come l'effetto dell'azione combinata di tutti, comporta che tale “sanzione” possa interessare “*ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo ovviamente l'eventuale riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti, che, però, in quanto fatto interno tra concorrenti, non può ovviamente interessare l'ottica penale*” (Cass., Sez. II, 27 settembre 2006, n. 31989, in *www.reatisocietari.it*). Tuttavia, occorre all'uopo rilevare come svincolare l'applicabilità della confisca di valore dalla necessità che la stessa sia indirizzata nei confronti di chi abbia percepito l'utilità derivante dal reato e che sia contenuta nella misura della medesima, la rende incompatibile con il concetto di sanzione. Que-

st'ultima, infatti, deve essere proporzionata ed avvertita come tale anche dal soggetto che a questa venga sottoposto, “*salvo che non si ritenga di voler abdicare ad ogni finalità rieducativa della pena in favore delle prevalenti finalità preventive generali con l'impiego di mezzi esclusivamente ispirati al criterio dell'effettività politico-criminale*” (PULITANO, *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale. Problemi di diritto penale*, Milano, 1979, 44) il che, evidentemente, non appare accettabile. Il principio del trattamento sanzionatorio unitario dei correi, infatti, ben si attaglia alla valenza risarcitoria – compensatoria della confisca, ma appare del tutto estraneo a quella sanzionatoria – punitiva (salvo accogliere la tesi della riparazione – risarcimento quale terzo binario del sistema sanzionatorio penale). Che il profilo della solidarietà sia determinante nella costruzione della pronuncia si evince da un passaggio della nota sentenza Napolitano, secondo la quale “*sarebbe sufficiente parcellizzare tra i vari concorrenti il prezzo o profitto del reato per impedire o neutralizzare qualsivoglia misura cautelare volta ad assicurare all'autorità lo stesso provento delittuoso. Ma questa prospettiva, giuridicamente errone, finirebbe con il frustrare le ragioni che hanno portato all'introduzione della stessa confisca per equivalente*”. L'argomentazione, riferita in generale alla confisca, è infatti “pensata” con riguardo alla confisca per equivalente: questa, infatti, mette i patrimoni di tutti i concorrenti a disposizione dell'Autorità, che ad essi può attingere fino alla concorrenza del valore da sottoporre a provvedimento ablativo. Così, in ordine all'applicazione dell'art. 322 *ter* c.p., si è affermato che un correo può essere onerato dalla confisca, anche se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorge non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte nel suo patrimonio (in questi termini Cass., Sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445, Napolitano, in *Foro it.*, 2004, II, 685 ss.; la decisione è richiamata anche da Cass., Sez. II, 27 settembre 2006, n. 31989, in *www.reatisocietari.it*), con la conseguenza che il bene, la cui confi-

sca non sia possibile, continua ad essere fonte di profitto (potenzialmente anche nella direzione del reimpiego a fini criminosi) per il concorrente che lo detiene (condivide il principio solidaristico, non senza qualche contraddizione con riferimento alla confisca stabilita dall'art. 19, d.lgs. n. 231/2001, Cass., Sez. II, 27 settembre 2006, n. 31989 in *www.reatisocietari.it*). Alla stregua di tale interpretazione, la "solidarietà passiva" che avvince la confisca sembrerebbe riflettere il trattamento riservato all'obbligazione al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale che riguarda i "condannati per uno stesso reato" (art. 187, comma 2°, c.p.), da un lato, evocando un parallelismo tra confisca per equivalente, e risarcimento/riparazione; dall'altro, rendendo la prima simile ad uno strumento compensatorio diretto, appunto, a riequilibrare il "danno" subito dallo Stato. Proprio alla motivazione della pronuncia Napolitano si deve la formula secondo cui la confisca per equivalente costituisce una "*forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti*" (FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 1 ss.).

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato non tiene in considerazione i suaccennati principi di carattere fondamentale nell'ambito della normativa penalistica, ma la ragione di tali scelte si è rinvenuta nella volontà di utilizzare lo strumento della confisca nel modo più ampio possibile, con finalità afflittive, tendenza che, lungi dall'essere determinata dall'influenza degli accordi sovranazionali e dall'elevata considerazione che viene riconosciuta alla confisca di valore quale efficace strumento per reprimere il crimine economico anche in dottrina, sembra

in realtà scontare i gravi problemi che affliggono il sistema penale in ordine alla carenza della certezza della pena. Nessuno degli accordi internazionali in materia, infatti, arriva ad affermare che si debba applicare la misura ablativa nei confronti di chi non abbia tratto alcuna utilità economica dal reato. Peraltro, bisogna conferire peculiare rilevanza ad una successiva pronuncia in cui la Corte di Cassazione esprime un orientamento decisamente contrastante con quello estrinsecato nella decisione Napolitano affermando che "*in caso di pluralità di indagati, concorrenti nel medesimo reato, il sequestro preventivo funzionale alla confisca, compresa quella per equivalente ai sensi dell'art. 322 ter c.p., non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura del profitto allo stesso attribuibile*" (Cass., Sez. VI, 5 giugno 2007, Giallongo, in *Giust. Pen.*, 2009, III, 30 ss.). Tale soluzione non è stata però accolta dalla sentenza in commento laddove consente una estensione generalizzata ed indiscriminata della confisca affermando che in ipotesi di illecito commesso da una pluralità di soggetti deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso delle persone nel reato, implicando l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e comportando solidarietà nella pena. In tal senso, secondo un consolidato orientamento della Corte, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato ed entro i limiti quantitativi dello stesso (Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Cass. Pen.*, 2008, 4560 ss., con nota di PISTORELLI).

## STUDI

### **La struttura della sentenza: diritto alla prova e obbligo di motivazione**

di *Marco Petrini*

La motivazione della sentenza penale può essere definita come la giustificazione razionale del dispositivo già deliberato e, al tempo stesso, requisito essenziale della sentenza medesima.

Premessa la sua qualificazione nei termini di decisione presa a seguito di un giudizio motivato, si è autorevolmente affermato che la sentenza, considerata sotto il profilo logico, si articola in una attività di decisione e in una attività di argomentazione; considerata sotto il profilo giuridico, essa è un atto a struttura complessa – dispositivo e motivazione – a formazione contestuale o successiva.

Quindi la motivazione non è un atto processuale, bensì un segmento di un atto processuale, avente natura accessoria rispetto al dispositivo, il quale solo possiede autonomia funzionale ed efficacia costitutiva.

Gli effetti giuridici della sentenza infatti discendono dal dispositivo, non dalla motivazione, la quale non è idonea a produrre effetti esterni propri.

Tuttavia, è proprio la mancanza o il vizio della motivazione a determinare l'effetto interno della invalidità della sentenza e così della rimovibilità degli effetti giuridici esterni già prodotti dal dispositivo.

Di qui la assoluta centralità della motivazione, per sua natura destinata a condensare e cristallizzare in un unico contesto tutto il processo appena definito, come prodotto finale con il quale il giudice dà conferma o al contrario invalida la ipotesi accusatoria sottoposta al suo vaglio cognitivo e decisorio. Tale centralità risulta ancora più evidente nel nostro ordinamento in conseguenza della rilevanza costituzionale attribuita all'obbligo di motivare tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 6°).

Il dovere del giudice di enunciare per iscritto le ragioni di fatto e di diritto della decisione assunta costituisce la massima garanzia di legalità e di giustizia nell'esercizio della giurisdizione penale.

Esso funge da stretto corollario alla affermazione del carattere terzo e imparziale dell'attività di applicazione della legge; completa il sistema di tutela del diritto di difesa, articolato nel diritto al contraddittorio e alla prova; rende la pronuncia giudiziale concretamente sindacabile dalle parti del processo, dal giudice dell'eventuale impugnazione e dall'opinione pubblica intera – atteso che, secondo l'art. 101, comma 1°, Cost. – la giustizia è amministrata in nome del popolo.

È stato in proposito osservato che l'ottica privatistica del controllo esercitato dalle parti e l'ottica burocratica del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell'ottica democratica del controllo, che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo, nel cui nome la sentenza viene pronunciata.

Si tratta, per tornare all'uso di termini meno aulici, della questione delle funzioni che la motivazione è chiamata a svolgere: vengono in considerazione, in primo luogo, e per quanto in questa sede interessa, la funzione endoprocessuale (o interna) e la funzione extraprocessuale (o esterna).

La prima ha natura essenziale ed irrinunciabile, imponendo al giudice estensore della sentenza la chiara estrinsecazione delle ragioni della decisione, in modo che le parti siano poste in condizione di adeguatamente controdedurre nell'atto di gravame, e che i giudici dei gradi successivi possano valutare la correttezza del percorso argomentativo seguito in relazione al materiale probatorio acquisito.

Fondamentale conquista del moderno Stato di diritto è invece la funzione extraprocessuale, atteso che per il tramite della motivazione si rende concretamente praticabile l'esercizio del controllo pubblico sull'amministrazione della giustizia: grazie alla redazione dei motivi, si forma una traccia intelligibile, pure in futuro, del perché una certa statuizione è stata pronunciata, e si rassicura la pubblica opinione sul fatto che non si è compiuto alcun abuso della potestà giurisdizionale.

In effetti, l'obbligo di motivazione può reputarsi correlato al principio del libero convincimento del giudice, e allora emerge il rilievo di una ulteriore funzione, implicita e sottesa alle altre due poiché vale a intimamente ricordarle, ossia quella della motivazione quale necessario criterio di giudizio logico e giuridico, nel senso che il giudicante deciderà in relazione a quanto sarà poi capace di motivare: egli, cioè, condannerà o assolverà, riconoscerà o negherà determinate circostanze, accoglierà o respingerà le domande di parte civile, solo se e nella misura in cui potrà fornire, in ordine alla statuizione concretamente adottata, una congrua giustificazione logico-processuale.

Più nello specifico.

È pur vero che l'interpretazione degli elementi probatori acquisiti nel processo può essere suscettibile di una pluralità di letture, ciò che pone il giudice nella condizione di scegliere fra diverse alternative decisorie; tuttavia, l'elenco delle opzioni possibili risulterà notevolmente rimaneggiato proprio dalla previsione dell'obbligo di motivazione, poiché non tutti gli esiti che potrebbero prospettarsi come conclusione del giudizio saranno adeguatamente giustificabili.

Pertanto, il dovere di motivare si pone come limite legale al libero convincimento del giudicante, il quale propenderà per una determinata scelta decisoria solo se sarà in grado di dimostrarne la razionale sostenibilità.

In altri termini, nel momento della deliberazione il giudice è senz'altro titolare di una libertà assoluta, potendosi pronunciare, eventualmente, anche in contrasto con i dati conoscitivi emersi nel processo, ma di fatto

tale alternativa gli sarà sostanzialmente impedita dal dovere di motivare.

Infatti, egli si troverà di fronte a un dilemma radicale: decidere disinteressandosi completamente della possibilità di esporre la correttezza della sua deliberazione, nella consapevolezza di emanare una pronuncia che quasi sicuramente verrà riformata negli ulteriori gradi del processo; oppure prediligere quella soluzione interpretativa che sa di poter dimostrare in termini di logica e razionalità, munendo così la sua statuizione dei caratteri della tendenziale stabilità processuale e della accettabilità sociale.

La motivazione, quindi, costituisce un elemento essenziale della decisione giudiziale, in quanto, prima ancora di consentire la possibilità di un controllo sulla congruità e adeguatezza della deliberazione adottata, obbliga il giudice a preferire, fra le varie opzioni decisorie, quella rispetto alla quale sia concretamente attuabile l'onere di giustificazione.

Si è condivisibilmente affermato che l'organo decidente, nel proporre la sua spiegazione, deve illustrare esaurientemente i seguenti profili: la realizzata comprensione delle argomentazioni delle parti, pubblica e privata; l'avvenuta considerazione di tutto il materiale probatorio formatosi nel processo per effetto dell'esperimento dei mezzi di prova; l'adozione, fra le alternative decisorie praticabili, di quella dotata di maggiore credibilità in punto di diritto e di logica, e della maggiore capacità di resistenza agli eventuali, successivi controlli giurisdizionali.

Si delinea così un tratto essenziale della pronuncia giudiziale, quello per cui il carattere imperativo della decisione – rinvenibile nel dispositivo – deve necessariamente raccordarsi a un precedente giudizio, inteso come atto di conoscenza e ponderazione, la cui articolazione e fondatezza va spiegata dal giudice in sede di motivazione.

E di essenziale importanza rilevare che la sentenza deve avere sempre un nesso di collegamento con la attività processuale che l'ha preceduta, in quanto si impedisce, in questo modo, l'affermarsi di un modello di decisione del tutto irrazionale.

Sono ovviamente preclusi sia il verdetto immotivato (e inappellabile) tipico del processo anglo-americano, sia il riconoscimento illimitato del principio del libero, arbitrario e insindacabile convincimento del giudice.

(Non sembra inopportuno ricordare al riguardo che la formula del giuramento dei giudici popolari, esonerati dall'obbligo di redigere alcuna motivazione, parla invece di "intimo convincimento", quasi a voler rimarcare la natura inevitabilmente atecnica del loro apporto deliberativo).

Posto infatti che la sola spiegazione accettabile di una decisione giurisdizionale è quella costituita dalla verità dei suoi presupposti giuridici e fattuali, risulterebbe certamente priva di legittimazione quella sentenza pronunciata senza che il giudice abbia previamente acquisito alcun elemento conoscitivo in ordine alla vicenda di cui si tratta, così come sarebbe sprovvista di ogni giustificazione una decisione adottata sulla base di dati probatori di cui l'organo giudicante abbia ommesso di considerare l'attendibilità o la fondatezza.

In questa prospettiva il processo si configura come lo strumento indispensabile tramite il quale il soggetto decidente si procura gli elementi necessari per la deliberazione della statuizione finale, garantendo così il carattere cognitivo della stessa.

Senza processo, la sentenza troverebbe fondamento unicamente nella elaborazione solipsistica e inconoscibile del giudice, e in questo caso non si darebbe alcuna possibilità di contestarne la validità, atteso che non sarebbero neanche individuabili i criteri alla cui stregua stabilirne la correttezza.

Al contrario, una volta riconosciuta la dipendenza del giudizio-decisione (ossia la sentenza, appunto), dal giudizio-processo (ossia la acquisizione degli elementi di prova), una volta cioè affermato che la decisione giurisdizionale fonda la sua essenziale legittimazione nella sua corrispondenza rispetto a quanto accertato nel corso del processo, diventa allora possibile sostenere che grava sul giudice l'onere specifico, oltre che di rendere una giustificazione logicamente corretta e coe-

rente della sua decisione, di dimostrare la effettiva sussistenza di una totale corrispondenza fra gli elementi probatori come formati durante il procedimento e quanto da lui ritenuto nella sentenza.

Egli ha pertanto il dovere di convincere che è pervenuto a certe conclusioni sulla base di un ragionamento svolto avendo riguardo a quanto provato in precedenza.

In tal modo si conclude e perfeziona il percorso di legittimazione della decisione giurisdizionale: dai dati epistemologici emersi durante il giudizio-processo, il giudicante giunge al giudizio-risultato, per ritornare poi sui primi mediante la redazione del discorso motivazionale.

Si può con tutta sicurezza affermare a questo punto che il soggetto decidente deve necessariamente radicare la stesura della motivazione agli elementi conoscitivi acquisiti nella svolta fase processuale, i quali si delineano perciò come presupposti necessari del ragionamento giuridico che sorregge la definizione del procedimento.

Appare peraltro evidente che l'espletamento della attività istruttoria può far insorgere una molteplicità di dati cognitivi, dal significato anche incerto o divergente, per cui le prove come formatesi, a disposizione del giudice per la decisione finale, potrebbero risultare idonee a potenzialmente fondare sia l'una che l'altra delle ricostruzioni alternative della medesima vicenda fattuale, come proposte dalle parti pubblica e privata.

Si pone allora la questione delle modalità con cui gli elementi conoscitivi emersi durante la istruzione del processo debbano essere correttamente articolati e valutati all'interno della motivazione, ossia di quale debba essere la cosiddetta struttura dell'argomentazione della decisione giurisdizionale.

Va premesso che la Corte di Cassazione ha più volte ribadito la regola secondo cui, nel conseguire la verità processuale, e cioè la verità limitata, umanamente accertabile e accettabile del caso concreto, il criterio fondamentale che deve orientare il giudice nella valutazione delle prove consiste nella disamina di ciascuno dei singoli fatti e degli stessi

nel loro insieme, in modo non parcellizzato né avulso dal generale contesto probatorio. Si deve d'altronde tenere presente che nessuna prova, per quanto pregevole e rassicurante, può fornire la garanzia scientifica della sua perfetta coincidenza con la verità, atteso che questa è sempre più estesa della capacità umana di renderne la dimostrazione; inoltre, l'accertamento della realtà si identifica con la accettazione dell'ipotesi notevolmente più probabile dell'ipotesi alternativa, la quale, per quanto di gran lunga improbabile, rimane pur sempre possibile, dato che, sotto il profilo strettamente razionale, le probabilità contrarie non possono mai ridursi allo zero. In questa prospettiva, occorre che, alla valutazione analitica sulla fondatezza di ogni prova, segua subito dopo la considerazione integrata delle singole prove, nel quadro di una ipotesi di ricostruzione globale della vicenda accaduta, in modo che la motivazione consterà di una ponderazione comparata delle rispettive probabilità logiche di effettiva verifica delle delineate soluzioni antagoniste. È per queste ragioni che il discorso giustificativo del giudice deve muoversi lungo i binari predefiniti dal legislatore.

Il codice di rito contempla una serie di disposizioni processuali che valgono a configurare un modello legale di motivazione della sentenza penale, al quale dovrà necessariamente conformarsi ciascuna giustificazione giudiziale.

Tale schema normativo del ragionamento decisorio esige che ogni passaggio argomentativo dal risultato probatorio al fatto oggetto della prova sia spiegato dal giudice, che, appunto, “valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati” (art. 192, comma 1°, c.p.p.).

Viene anzitutto delineato lo standard tipico della motivazione con riguardo a una decisione assunta su un singolo tema (c.d. microstruttura); sono poi indicate le modalità di argomentazione in presenza di una pluralità di prove o di punti di decisione, con riferimento al profilo della completezza e della estensione del discorso giustificativo (c.d. macrostruttura).

Con specifico riguardo all'aspetto macrostrutturale, si suole ritenere che esso metta in rilievo i requisiti della completezza e della esaustività della trama motivazionale, intesi rispettivamente quale valutazione di tutti i punti afferenti all'originario impianto accusatorio e attitudine a rispondere idoneamente a tutte le questioni sollevate dalle parti nel corso del processo.

Precisato che si tratta di categorie concettuali a valenza essenzialmente descrittiva, si deve evidenziare che anche nel rito penale è suscettibile di applicazione il criterio della ragione più liquida – termine questo di natura e origine processualciviltistica – dovendosi intendere per tale quel motivo assorbente che da solo è atto a definire il processo, sebbene l'astratta sequenza logica delle questioni imporrebbe un percorso diverso e più lungo.

Nel codice di procedura penale si individua il luogo di emersione di questo criterio nell'art. 527, il quale, nell'elencare le questioni da affrontare durante le deliberazioni collegiali, stabilisce in via prioritaria la disamina delle questioni preliminari, poi l'esame di altre, eventuali questioni sempre concernenti il processo, e infine, se la loro soluzione non è stata tale da precludere l'esame del merito, dispone che si trattino le questioni di fatto e di diritto inerenti all'imputazione.

Appare ovvio che, qualora durante il percorso logico-motivazionale appena delineato, si accerti una ragione idonea a rendere definitiva quella che invece dovrebbe essere una deliberazione puramente intermedia, il giudice, per evidenti ragioni di economia, debba prenderne immediatamente atto, tralasciando di considerare tutte le altre questioni – in quell'ordine successive pure potenzialmente rilevanti.

Esempio puntuale di questa regola è fornito dalla norma dell'art. 129 c.p.p., dettato in materia di proscioglimento: la sua corretta applicazione illustra con chiara evidenza che una motivazione può risultare esauriente, anche se non si può qualificare completa nei termini di cui sopra.

Nessun dubbio che i motivi della decisione

debbano riguardare tutto ciò che forma oggetto del capo di accusa, sottoposta dall'organo requirente al vaglio giudiziale.

Soccorre in proposito il disposto dell'art. 187 c.p.p., il quale prescrive che sono oggetto di prova – e così pure di motivazione – i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena e della misura di sicurezza, nonché i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali e i fatti inerenti alla responsabilità civile da reato.

Quindi, tutto ciò che è oggetto di prova formerà anche oggetto di motivazione.

Tuttavia, non è vera la reciproca, in quanto l'obbligo di razionale giustificazione si estende anche ad altri passaggi del ragionamento probatorio, quale ad esempio la individuazione dei criteri inferenziali utilizzati nella valutazione della prova, come ad esempio le massime di esperienza.

La condotta, l'elemento soggettivo, il nesso di causalità e l'evento costituiscono i temi su cui il giudice è tenuto necessariamente a motivare in caso di condanna, mentre la pronuncia di assoluzione può fondarsi anche sulla esclusione di uno solo dei profili in cui si articola l'imputazione.

Specifiche motivazioni vanno dedicate, in questo ambito, alla riconduzione del fatto da essa descritto alla fattispecie incriminatrice, operazione a sua volta logicamente preceduta dalla compiuta ricostruzione del primo e dalla corretta interpretazione della seconda.

Il giudicante ha poi il dovere di decidere e motivare sulle richieste ritualmente avanzate dalle parti, in quanto ammissibili.

In materia di profilo microstrutturale della motivazione, invece, non si dispone di riferimenti specifici, per cui è necessario muovere dalla considerazione di particolari aspetti motivazionali, e, fra questi, degli aspetti posti in luce più di frequente dalla quotidiana esperienza giurisprudenziale.

Rileva soprattutto la tematica della motivazione della pena.

È noto che, in vista della determinazione del trattamento sanzionatorio, non occorre che il giudicante esamini tutti i parametri

enucleati dall'art. 133 c.p., risultando al contrario sufficiente la semplice indicazione di quale di essi abbia fatto concreta applicazione – esempio più ricorrente è dato dalla valorizzazione della pregressa biografia penale dell'imputato.

In giurisprudenza è pacifica l'affermazione secondo la quale la specifica e dettagliata motivazione circa la quantità di pena irrogata è necessaria solo se questa risulti di gran lunga superiore alla misura minima editale, potendo altrimenti essere sufficienti a dare conto dell'utilizzo dei criteri di cui alla suddetta norma le espressioni del tipo "pena congrua" o "pena equa", come pure il mero richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere.

Di conseguenza, quanto più il giudice intenda discostarsi da quella misura, tanto più ha lo specifico obbligo di dare ragione del corretto esercizio del suo potere discrezionale, indicando puntualmente, tra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati dall'art. 133 c.p., quelli assunti come rilevanti ai fini di tale giudizio.

Se ne deduce che altro requisito della motivazione sufficiente è l'adeguatezza, ovvero la sua diretta proporzionalità, alla posta in gioco: il *quantum* di un certo passaggio della giustificazione dipenderà anche dall'importanza che esso riveste nella decisione del singolo capo o punto in questione, e più specificamente, in relazione al livello di sacrificio del bene di cui si discute – come appunto nella nostra ipotesi, ossia la libertà personale dell'imputato.

Passando a una più approfondita disamina delle previsioni di cui agli artt. 192, commi 1° e 2°, e 546, comma 1°, lett. e), c.p.p., si osserva quanto segue.

La prima di tali disposizioni regola la valutazione dei singoli dati probatori, prescrivendo di indicare, quale contenuto necessario della motivazione, i risultati acquisiti e i criteri impiegati per giungere ai risultati medesimi. La norma contiene una chiara descrizione della operazione concettuale da compiersi allorché si valuta la prova: l'esperimento, in sede di istruzione processuale, di un deter-

minato mezzo di prova dà luogo alla individuazione di un certo elemento conoscitivo, il quale però, affinché diventi significativo per il giudice al momento della decisione, va ulteriormente interpretato ed elaborato alla luce dei criteri di cui fa menzione il citato art. 192, comma 1°, c.p.p.

In altre parole, l'istruttoria fa venire in emersione una sorta di informazione, alla quale si deve applicare un criterio di interpretazione, per desumerne poi un dato probatorio utile alla deliberazione finale.

L'accertamento del fatto risulta scandito secondo la classica sequenza del sillogismo giudiziale, all'interno del quale come premessa maggiore si pone una massima di esperienza o una legge scientifica, e come premessa minore il fatto noto, mentre il risultato conoscitivo finale tende a connotarsi in termini di alta probabilità di coincidenza con il fatto storico da provare, piuttosto che di certezza assoluta.

Secondo questo modello normativo di motivazione, dunque, il ragionamento giudiziale si articola imprescindibilmente in tre momenti: la enunciazione del risultato probatorio di partenza; la indicazione del criterio di inferenza adottato; il fatto secondo questo schema accertato.

L'imposta adozione dei criteri di inferenza per la interpretazione della prova, e soprattutto la circostanza che solitamente tali criteri non sono costituiti solo da leggi scientifiche o da regole della logica, ma anche da massime di esperienza, da leggi statistiche o da semplici generalizzazioni di senso comune, dalla attendibilità talora dubbia o comunque discutibile, fa sì che potrebbe crearsi un inevitabile spazio di opinabilità nella decisione giudiziale.

Proprio al fine di ridurre tale potenziale margine di indeterminazione della prova, il codice predispone diversi rimedi normativi.

Anzitutto, il dovere imposto al giudice di specificare i criteri di inferenza impiegati preclude di interpretare i dati conoscitivi conseguiti utilizzando metodi logicamente incoerenti o in contrasto con il senso comune.

Inoltre, sussiste l'ulteriore obbligo, concluso l'esame dei singoli elementi probatori, di effettuare una valutazione integrata e complessiva delle varie "informazioni" emerse nel corso dell'istruttoria: è questo il senso della norma di cui all'art. 192, comma 2°, c.p.p., laddove si prevede che "l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti", con ciò affermandosi che la attitudine dimostrativa dei singoli dati cognitivi può variare, per rafforzarsi o al contrario attenuarsi, nel momento in cui essi siano sottoposti a una valutazione globale.

Ancora, il giudice ha il dovere di motivare pure in ordine alle prove contrarie ex art. 495 c.p.p., di carattere decisivo, di cui sia stata chiesta e ottenuta la assunzione.

Si è già in precedenza sottolineato il ruolo centrale che assume, all'interno della motivazione, la valutazione comparata delle rispettive probabilità logiche delle ipotesi ricostruttive del fatto accaduto, l'una antagonista all'altra, rispettivamente prospettate dalla parte pubblica e dalla parte privata.

È stato acutamente osservato in proposito che, in un processo di tipo inquisitorio, sarebbe stata sufficiente la previsione dei commi 1° e 2° dell'art. 192 summenzionato, il primo destinato a disciplinare la valutazione della singola prova, il secondo concernente la valutazione di tutte le prove nel loro complesso.

Invece, in un processo accusatorio come quello delineato dal legislatore del 1989, il soggetto giudicante non può limitarsi a optare per una ipotesi di ricostruzione della vicenda e ad elencare le relative prove confermatrice, piuttosto è gravato dal dovere di specificare i motivi in base ai quali ha escluso la validità della ricostruzione opposta e ha qualificato come non attendibili le prove contrarie addotte, così come in effetti richiesto dall'art. 546, lett. e).

In realtà, l'attuale modello di processo penale si connota per ispirarsi, quale presupposto epistemologico fondante, al principio del contraddittorio fra le parti nella formazione e nella organizzazione della conoscenza giu-

diziale, e la motivazione del provvedimento giurisdizionale conclusivo non può limitarsi ad enucleare e prendere in considerazione i soli elementi probatori atti a valorizzare la fondatezza dell'alternativa prescelta, ma deve anche compiutamente dare conto delle ragioni idonee a falsificare le eventuali rappresentazioni difformi dello stesso fatto, assumendo dunque la stessa procedura argomentativa un carattere binario e dialettico.

Si è in proposito autorevolmente affermato che il diritto alla prova, in quanto forma di estrinsecazione del più ampio diritto di difesa, estende il suo ambito fino a ricomprendere il diritto ad una valutazione legale, completa e razionale della medesima.

Viene munito in questo modo di concreta effettività un ulteriore contenuto del diritto di difesa, oggetto di protezione costituzionale già ai sensi dell'art. 24 e ora pure dell'art. 111 come di recente novellato, cioè il diritto dell'imputato di dimostrare compiutamente la sua innocenza: esso, infatti, non può essere limitato alla sola facoltà di ottenere in giudizio la assunzione dei mezzi di prova a discarico, ma deve potersi estendere fino a esigere anche che gli elementi eventualmente accertati a favore dello stesso imputato entrino a far parte di quanto formerà oggetto della valutazione decisoria del giudice, con la conseguenza che l'omesso esame delle prove contrarie determinerà la carenza sostanziale della giustificazione della deliberazione assunta.

In effetti, la più significativa manifestazione del diritto alla prova è proprio il diritto alla prospettazione della prova contraria.

L'imputato ha interesse e diritto non solo a contrastare le prove formulate a suo carico dall'organo dell'accusa, mediante la illustrazione della loro inconsistenza o infondatezza, ma anche ad ottenere dal giudice la acquisizione di tutti gli elementi a sé favorevoli, idonei a dimostrare plausibili spiegazioni alternative della vicenda oggetto di giudizio.

Il principio del giusto processo esige parità delle armi fra accusa e difesa, mentre il principio della terzietà e imparzialità del giudice – vale a dire, la sua “purezza” e la sua neu-

tralità anche “metodologica” – impone che questi si ponga come garante della legalità dello stesso procedimento probatorio, e perciò che sia dalle parti equidistante nella fase della raccolta in contraddittorio del materiale conoscitivo, come in quella successiva della selezione e valutazione del medesimo in vista della decisione del merito: questa, infatti, non potrà che fondarsi su una uguale considerazione delle ipotesi su sponde opposte formulate e sul corretto apprezzamento comparato delle rispettive argomentazioni.

In tale prospettiva, la motivazione della sentenza potrà reputarsi adeguata giustificazione di un esito di colpevolezza in quanto, oltre a dimostrare la fondatezza della originaria impostazione dell'accusa con molteplici elementi di conferma, si faccia carico di puntualmente confutare le delineate ricostruzioni alternative.

Sembra opportuno citare a questo punto la introduzione, di recente effettuata nell'art. 533, comma 1°, c.p.p., del criterio dell'“oltre il ragionevole dubbio”, rilevante in vista della emissione di un deliberato di colpevolezza. Si tratta di una significativa caratterizzazione dello *standard* probatorio del giudizio penale, idonea a incidere sul libero convincimento del soggetto giudicante in punto di corretta dimostrazione della veridicità del *factum probandum*.

Premesso che il fondamentale principio costituzionale della non considerazione di colpevolezza vale a radicare l'onere probatorio a carico del soggetto pubblico accusatore, tale regola di giudizio impone che la condanna sia fondata su una prova della colpevolezza di grado particolarmente elevato, e che pertanto il ragionamento probatorio debba concludersi con la formazione di una verità processuale forte, idonea a consentire la dimostrazione di tale colpevolezza con un livello altissimo di conferma, praticamente quasi equivalente a quello della certezza.

In definitiva, il procedimento decisivo giudiziale, come configurato dalle norme sopra considerate, deve portare ad una conclusione connotata da un alto grado di credibilità razionale o di probabilità logica,

quindi alla “certezza processuale”, che un fatto-reato si è consumato e che l'imputato lo ha commesso.

Altrimenti, la insufficienza, la contraddittorietà o la incertezza del materiale probatorio, che dia luogo a un plausibile e ragionevole dubbio, come avvalorato nel caso concreto

da specifici elementi fattuali attinenti alla effettiva attribuibilità del reato al medesimo imputato, sotto il profilo oggettivo o soggettivo, implica necessariamente la non verifica della originaria ipotesi accusatoria, così imponendosi l'esito assolutorio previsto dall'art. 530, comma 2°, c.p.p.

## Scenari italiani visti dalla Corte di Strasburgo

di *Eleonora Fonseca*

Una autorevole rivista europea (BALCI, *L'Europa esporta giustizia*, in *Trouw*, 2010 con traduzione a cura di <http://www.presseurope.eu/it/>) riporta un nuovo adagio: “per fortuna che esistono ancora dei giudici a Strasburgo”, a dimostrazione del fatto che l'intervento assiduo della Corte europea dei diritti dell'uomo è richiesto dai diversi popoli europei, tanto da poter essere valida per tutti una considerazione di un giurista di Istanbul, il quale sostiene che, per la stragrande maggioranza dei giudici, l'interesse dello Stato è superiore a quello del singolo ed occorre promuovere una nuova mentalità, altrimenti questa verrà imposta a livello sovranazionale (“Pare proprio che non siamo in grado di governare il nostro paese. Non ci resta che chiedere alla Corte di farlo per noi”, così *Aslaner*, in occasione dell'intervista *Lo Stato prima dell'individuo*, in BALCI, cit.). Queste parole sembrano essere sovrapponibili all'odierna condizione dello Stato italiano in materia di estradizione e confermate dalla Circolare del Ministero della Giustizia del 27 maggio 2010, rivolta agli Uffici giudiziari. Per esaminare la *Circolare* occorre fare un passo indietro rispetto alla definizione del processo davanti la Corte europea dei diritti dell'uomo a causa della violazione delle misure provvisorie adottate dalla Corte di Strasburgo. In sostanza, oltre alle condanne inflitte al nostro Paese per aver violato i diritti sostanziali si subiscono anche condanne per non aver rispettato le norme procedurali

(Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, Titolo II - Procedura, Capitolo I - Norme generali), non permettendo così alla Corte europea dei diritti dell'uomo la valutazione definitiva dei ricorsi. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha quindi disposto (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 13 aprile 2010, *Trabelsi c. Italia*) che *l'inservanza delle misure provvisorie ex art. 39 CEDU da parte di uno Stato contraente* si considera come un fatto che *impedisce* alla Corte di esaminare efficacemente il motivo del ricorso del ricorrente e ostacola l'esercizio efficace del suo diritto e, pertanto, come una violazione dell'art. 34 CEDU.

La Circolare è stata inviata in occasione della condanna dell'Italia nell' appena citato caso *Trabelsi* con la seguente motivazione: «si invia [agli Uffici intestatari] breve disamina del crescente numero di ricorsi proposti innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo *ex art. 3 CEDU* e piano d'azione in esecuzione di quanto disposto dalle sentenze della Corte». Il diritto di adire la Corte (Ricorsi individuali) è stato *raggiato* dal governo mediante l'esecuzione anticipata delle decisioni nazionali. Non si tratta di eventi rari ma di un vero e proprio *modus operandi*, tanto da costringere il Presidente della Corte di Strasburgo ad inviare una nota allo Stato italiano, con la quale si avverte che questo atteggiamento «è presupposto per l'applicazione di misure previste dallo Statuto del Consiglio d'Europa per ipotesi di reiterate violazioni»

(nota inoltrata con Telespresso del 19 maggio c. a. n. 694/RIC/2010 dalla Rappresentanza Permanente d'Italia a Strasburgo).

Il pregio della Circolare è la sua concretezza: si ricorda, infatti, la procedura da seguire ai fini della valutazione delle condizioni interne al Paese di destinazione. In primo luogo, in caso di espulsione non ancora avvenuta, occorre valutare il rischio di futuri maltrattamenti ed inoltre, al fine di garantire l'integrità fisica e psichica delle persone i rischi sopra richiamati possono accertarsi mediante una diretta consultazione dei rapporti annuali di associazioni internazionali quali Amnesty International e Human Rights Watch (la Corte di Cassazione ha tenuto conto delle relazioni a cura delle ONG soltanto in un sola pronuncia recente, in Cass., Sez. VI., 8 luglio 2010, Seven). In secondo luogo, se l'espulsione è già avvenuta, è onere del governo italiano chiedere continue informazioni («Provvede regolarmente» è la formula utilizzata nella nota in esame) relative allo *status* giuridico ed alle condizioni di vita dell'espulso. La nota sembra indicare proprio una disciplina operativa del governo *post-espulsione*. Dunque, la responsabilità dello Stato italiano non si risolve in un solo momento procedurale ma, è rintracciabile nella fase per la valutazione della violazione degli articoli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848) ovvero nell'adempimento delle direttive ordinate dalla Corte in materia di misura cautelare ovvero a seguito della consegna dell'espulso/estradando allo Stato Richiedente. In altri termini, se la soluzione della consegna è stata fino ad oggi considerata come la *soluzione di tutti i mali* (conclusione di accordi diplomatici e di procedure interne e sovranazionali) in realtà, non è che l'inizio di una nuova fase di accertamento.

Una sola eccezione può permettere l'espulsione immediata nonostante l'applicazione delle misure cautelari imposte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ma, nulla è lasciato al caso bensì, è onere dell'Autorità Giudiziaria verificare innanzitutto se la Autorità Amministrativa competente abbia

richiesto ed ottenuto revoca delle misure *ex art. 39 Reg. CEDU* ed in seguito, devono poi essere indicate le ragioni del pericolo di *Sicurezza dello Stato in caso di non espulsione del ricorrente*.

La nota conclude sul punto con un'indicazione chiara e quindi al di sopra di ogni altra interpretazione fuorviante: «nel caso di diniego della revoca della misura da parte della Corte, il Governo italiano sarà vincolato ad attenersi alle disposizioni conferite in *itinerem ex art. 39* o in via definitiva *ex art. 46 CEDU*».

La formulazione esatta della Circolare non è casuale, il merito è del richiamo del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, che potrebbe essere qualificato come un *avviso di ultima chiamata*. L'Italia è stata condannata in ben cinque casi (considerando soltanto gli ultimi anni: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia; Id., NC., del 3 giugno 2010, Ben Khemais c. Italia; Id., Sez. II, 7 aprile 2009, Cherif c. Italia; Id., Sez. II, 5 maggio 2009, Sellemc. Italia Trabelsi c. Italia, cit.), ed è attuale il rischio di un'ulteriore condanna. Mi riferisco al caso *Schuchter*, riguardante l'extradizione della Sig.ra Schuchter verso gli Stati Uniti d'America. A seguito della pronuncia della Corte di cassazione (Cass., Sez. VI, 9 novembre 2010, Schuchter), che ha confermato la concessione dell'extradizione disposta dalla Corte di appello di Roma (Corte di appello di Roma, 20 aprile 2010, Schuchter), la ricorrente ha proposto ricorso dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU nel caso in cui venga consegnata alle Autorità statunitensi. E qui il "misfatto": la Corte di Strasburgo non ha avuto il tempo di chiedere al governo italiano ulteriori informazioni poiché immediatamente dopo la pronuncia della Corte di cassazione, il ministro della Giustizia aveva già emesso il Decreto concessivo di estradizione (decreto di estradizione n. EP-2360/2009/SR, emesso il 19 novembre 2010). Con la nota del 24 novembre 2010 il Presidente della Seconda Sezione

della Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiesto al governo italiano di conoscere quali siano le assicurazioni fornite dalle Autorità statunitensi in ordine alla possibilità per la Schuchter di beneficiare degli arresti domiciliari e di cure adeguate in caso di estradizione ma, nella nota del 6 dicembre 2010, inviata dal ministero, non sono rinvenibili le risposte auspiccate dai giudici europei. È necessario soffermarsi su questo strano atteggiamento del governo italiano, che si manifesta addirittura prima sia della definizione del giudizio sia della (eventuale e cautelare) sospensione dell'extradizione. Per il governo sembra esserci spazio soltanto per l'applicazione del Trattato di estradizione tra Stati Uniti d'America ed Italia, sono parole del ministero: «agli strumenti internazionali [Trattato di estradizione sottoscritto a Roma il 13 ottobre 1983 e dal Trattato di estradizione sottoscritto a Roma il 3 maggio 2006] prevedono l'obbligo di estradare... l'extradizione deve essere concessa per qualsiasi condotta che integri un reato per entrambi gli Stati... ne consegue l'obbligo per l'Italia di accogliere la domanda statunitense». Ci si pone in condizione di obbligo mentre, negli ultimi anni la Corte costituzionale prima e la Corte di Strasburgo dopo hanno disposto che non vi è alcun obbligo se non vi è conformità con le norme costituzionali e le norme convenzionali. Al riguardo, il Prof. Vassalli, in occasione del caso *Cipriani* (Cass., Sez. VI, 19 settembre 2005, Cipriani) si chiedeva come avessero potuto Corte d'appello, Corte di Cassazione e Ministero della Giustizia ritenere di potersi liberare dai vin-

coli che le sentenze costituzionali imponevano al loro comportamento nel risolvere il procedimento estradizionale (VASSALLI, *Pena di morte e richiesta di estradizione, quando il ministero scavalca la Consulta*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 22). La domanda viene riproposta, con l'aggravante dell'inosservanza dei vincoli dettati dai precedenti giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Schuchter non ha ritenuto adeguate le risposte fornite dal governo italiano ed ha saggiamente applicato l'art. 39 del Reg. CEDU per non correre il rischio di una consegna immediata, così disponendo: «Il governo è invitato a richiedere al governo degli Stati Uniti d'America l'assicurazione che, nel caso in cui l'extradizione venga eseguita, la richiedente potrà beneficiare del regime di detenzione al domicilio e di cure adeguate, tenuto conto della sua salute. Inoltre, è invitato a fornire informazioni concernenti la possibilità, per la richiedente in caso di condanna all'argastolo, di sollecitare ed ottenere le misure alternative della pena per la liberazione condizionale» (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 14 dicembre 2010, Schuchter c. Italia). La speranza è di non dover assistere, anche grazie al richiamo della *Circolare*, a dei colpi di scena ("Eppure mi rimane forte l'impressione che i "pesci piccoli", le persone comuni, quando sono processate dai tribunali stranieri, rischino più di quelli che avrebbero molto di cui rispondere davanti alla legge", *Il bel pasticcio delle estradizioni*, Cronin, in *The guardian*, 2009).

## OPINIONI

### Rapporti tra prescrizione del reato e confisca dei terreni

di Alessandro Dello Russo

L'art. 19 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, oggi trasfuso nell'art. 44, comma 2°, del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 stabilisce che *“la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite”*.

Il dato testuale che fa riferimento ad una sentenza definitiva e non già ad una sentenza di condanna ha indotto la giurisprudenza a ritenere che la confisca sia esclusivamente ricollegata all'accertamento, da parte del giudice penale, della avvenuta lottizzazione abusiva.

Ha quindi costituito, per diversi decenni, principio incontestato quello secondo cui *“la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite deve essere obbligatoriamente disposta ogni qual volta il giudice penale accerti che vi è stata lottizzazione abusiva e quindi anche quando non venga pronunciata sentenza di condanna, ma sentenza di proscioglimento per causa diversa dall'insussistenza del fatto-reato”* (ex multis, v. Cass., Sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, leggibile in *Giur. it.*, 1991, II, 118).

In forza di tale principio di carattere generale è stato ulteriormente specificato che:

– *“la confisca ex art. 19, l. n. 47 del 1985 va qualificata come sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale e trova applicazione anche in presenza di una sentenza di proscioglimento, esclusa soltanto l'ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste, giacché anche la carenza dell'elemento psicologico comporta l'accertamento dell'esistenza di una lottizzazione abusiva”* (tra le tante, v., a mero titolo esemplificativo, Sez. III, 8 novembre 2000, n. 12989);

– *“la confisca dei terreni abusivamente lottiz-*

*zati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma secondo, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'accertamento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva”* (cfr., Sez. III, 3 marzo 2005, n. 10916).

Tali principi hanno tuttavia subito un brusco ridimensionamento a seguito della celebre sentenza con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto costituire *“violazione del diritto di non essere soggetto a condanne e sanzioni arbitrarie, garantito dall'art. 7 Cedu, l'aver applicato la sanzione penale della confisca, in assenza dell'elemento soggettivo della responsabilità (coscienza e volontà) a soggetti prosciolti nel giudizio penale con la formula perché il fatto non costituisce reato”* (Cedu, Sez. II, 20 gennaio 2009, n. 75909, Sud Fondi/Italia, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 1278).

Per effetto di tale pronuncia la S.C. di Cassazione ha pure rivisto, sovvertendolo, il principio secondo cui la confisca possa anche attingere i terzi in buona fede (cfr., di recente, Sez. III, 12.12.2008, n. 12118).

A seguito di tale rimodulazione, la giurisprudenza è stata quindi chiamata a porre l'accento sulle modalità e sui tempi (processuali) degli accertamenti necessari a disporre la confisca e del loro rapporto con l'obbligo di immediata declaratoria dell'estinzione del reato.

Ciò in quanto, nell'analoga, ma diversa, materia relativa alla confisca ex art. 240 c.p., le Sezioni Riunite avevano stabilito che *“la con-*

*fisca delle cose costituenti il prezzo del reato non può essere disposta nel caso di estinzione del reato” in quanto, in tal caso, “il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale” (Sez. Un., 10 luglio 2008, n. 38834, in Foro it., 2009, 3, 156).*

Tali principi sono stati tuttavia rinnegati da una successiva pronuncia delle sezioni semplici, secondo cui l’affermazione del consenso plenario non terrebbe conto delle “*innovazioni legislative*” e della successiva “*evoluzione giurisprudenziale*” che, in materia di confisca, attribuiscono al giudice “*ampi poteri di accertamento del fatto*” (Cass., Sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, in Guida dir., 2010, 41, 87).

A fronte di tali principi il passaggio consequenziale è stato quello di individuare i limiti entro i quali è possibile svolgere accertamenti finalizzati alla confisca anche nel caso di reato estinto per prescrizione.

È stata, infatti, in proposito esclusa la possibilità di disporre la confisca in caso di prescrizione del reato intervenuta prima dell’esercizio dell’azione penale in quanto in tal caso “*il Pubblico Ministero avrebbe dovuto chiedere l’archiviazione*” (Cass., Sez. III, 19 maggio 2009, n. 30933).

In perfetta aderenza a tale pronuncia si innesta una recente decisione di merito che bene rappresenta i passaggi salienti dell’intera questione:

*Sentenza n. 324 del 28.9.2010 del Giudice Monocratico presso il Tribunale di Bari - Sezione Distaccata di Altamura, dott. Piero Silvestri.*

*... omissis...*

*L’insegnamento delle Sezioni Unite è quindi nel senso di ritenere che il giudice possa fare uso della funzione accertativa del processo, in alcuni specifici casi, ancorché il reato sia estinto per prescrizione, nonostante il disposto dell’art. 129 c.p.p.*

*E tuttavia, l’ulteriore profilo del quale ci si deve occupare è quello relativo alla individuazione di un eventuale limite, nelle ipotesi su indicate, al potere di accertamento del giudice*

*nel caso in cui il reato portato alla sua cognizione sia estinto.*

*Si vuole dire, cioè, che se è vero, in ossequio ai principi fissati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che, in determinate fattispecie, il giudice è titolare di poteri accertativi del fatto, sul piano oggettivo e soggettivo, anche nel caso in cui il reato per cui si proceda sia estinto per prescrizione, senza con ciò violare l’obbligo previsto dall’art. 129 c.p.p., è altrettanto vero che ci si deve chiedere se tale potere di accertamento sia sostanzialmente illimitato, sia cioè esercitabile anche nel caso in cui il reato non si prescriva nel corso di un processo ritualmente instaurato, ma sia già prescritto, come nel caso di specie, prima dell’esercizio dell’azione penale e, quindi, nell’ambito di un processo irrualmente avviato.*

*Ci si deve chiedere se da parte del Pubblico Ministero sia possibile esercitare l’azione penale, e quindi, rinviare a giudizio un imputato, per un reato già prescritto al solo fine di far accertare dal giudice del dibattimento il fatto reato e la sua attribuzione soggettiva in funzione strumentale alla esclusiva irrogazione, in via sostitutiva, di una sanzione amministrativa (la confisca).*

*Nel caso che ci occupa il giudice non è stato chiamato ad accertare un fatto reato e la sua attribuzione soggettiva nell’ambito di un rapporto processuale che, al momento della sua costituzione, aveva ad oggetto una “regiudicanda” penale, rispetto alla quale è riconosciuto il potere di irrogare in via sostitutiva una sanzione amministrativa; si è in presenza invece di un processo penale instaurato solo in funzione della irrogazione di una sanzione amministrativa in via sostitutiva, appunto la confisca.*

*Ne discende che i principi dettati dalla Corte di Cassazione non paiono adattabili alla fattispecie in esame.*

*Il tema è peraltro connesso alla possibilità per il giudice di disporre la confisca con il provvedimento che dispone l’archiviazione.*

*... omissis ...*

*In materia di lottizzazione, invece, la confisca può esser disposta solo con la sentenza definitiva, sicché non può che dubitarsi seriamente*

della possibilità che la confisca in questione possa essere disposta con un decreto di archiviazione.

Di qui la necessità che il processo sia ritualmente incardinato, essendo arduo ipotizzare che un processo penale possa essere celebrato al limitato fine di disporre, in via sostitutiva, una sanzione amministrativa.

... omissis ...

Alla luce della lunga ricostruzione effettuata, il corollario che discende è che, se è vero che il giudice dispone, anche nel caso in cui il reato sia estinto per intervenuta prescrizione, di poteri accertativi della lottizzazione al fine della confisca delle opere e delle aree interessate dal reato, non sussistendo in tali ipotesi violazione dell'obbligo di immediata declaratoria delle cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., è altrettanto vero che l'esercizio di tali poteri non è privo di limiti, nel senso che esso presuppone pur sempre che il processo sia stato ritualmente costituito e, cioè, che l'azione penale sia stata esercitata quando il reato non era ancora estinto, atteso che, diversamente, il Pubblico Ministero deve chiedere l'archiviazione della notizia di reato.

Si tratta tuttavia di una pronuncia che stabilisce il limite minimo da rispettare nell'esercizio di tale potere accertativo, senza tuttavia specificare se ve ne sia uno massimo.

Uno spunto in tale senso è offerto da una pronuncia in cui la S.C.:

- ha ribadito che, "per disporre la confisca prevista dall'art. 44, secondo comma, del T.U. 380/2001, il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflazione della pena";

- ha specificato che "nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva

esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria, sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata";

- ha concluso che lo svolgimento degli "accertamenti anzidetti non costituisce, rispetto all'obbligo di immediata declaratoria dell'estinzione del reato, superamento dei limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, allorché si consideri che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di una pronuncia sull'azione civile e lo stesso giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alla restituzioni ed al risarcimento del danno (vedi Cass., Sez. Un.: 29.3.2007, n. 27614, Lista; 11.7.2006, n. 25083, Negri)" (Sez. III, 30 aprile 2009, n. 970, Casasanta ed altri).

La S.C. ha dunque stabilito che l'unico parametro normativo in grado di fornire un valido appiglio argomentativo è costituito dal disposto dell'art. 578 c.p.p. anche alla luce dell'interpretazione fornita, in proposito, da parte delle SS.UU. secondo cui "il giudice d'appello può condannare l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile impugnazione anche ai soli effetti civili nonostante la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione e la mancanza di una sentenza di condanna in primo grado" (Sez. Un., 11 aprile 2006, n. 25083, Negri).

In tale pronuncia, tuttavia, il massimo organo giurisdizionale ha ribadito che una pronuncia sulle questioni civili è possibile solo nel caso in cui "l'estinzione del reato per prescrizione" sia "sopravvenuta" alla sentenza di primo grado.

In tal caso infatti "il giudice dell'impugnazione, adito ai sensi dell'art. 576 c.p.p., ha, nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare", cosicché "se si convince che tale giudice ha sbagliato nell'assolvere l'imputato ben può affermare la re-

sponsabilità di costui agli effetti civili e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale virtualmente oggi per allora alla condanna di cui all'art. 538 c.p.p., comma 1, che non venne non pronunciata per errore".

Laddove, al contrario, "la prescrizione si sarebbe dovuta pronunciare in primo grado, in luogo della formula più liberatoria, allora, e solo in questo caso, il giudice dell'impugnazione, sebbene adito ai sensi dell'art. 576 c.p.p., non può provvedere agli effetti civili".

Ne consegue che, se in materia di accertamento del reato di lottizzazione abusiva valgono, come precisato dal Supremo Collegio, gli stessi principi stabiliti per le questioni civili, lo sbarramento dovrebbe essere costituito dalla pronuncia della sentenza di primo grado: con l'ulteriore conseguenza che, laddove il reato si sia prescritto prima, al giudice non sarebbe (più) consentito pronunciarsi sulla confisca.

Diversamente opinando, ci si troverebbe dinanzi ad una possibile (quanto incostituzionale) compromissione del diritto di difesa, tale da rendere l'interpretazione delle norme che consentono di irrogare la confisca con sentenza dichiarativa della prescrizione del reato maturata prima della sentenza di primo grado, contraria ai principi sanciti dagli artt. 3, 24, 42 e 111 della Costituzione.

In tali ipotesi, infatti, il diritto di difesa dell'imputato verrebbe compromesso dal disposto del secondo comma dell'art. 129 c.p.p., a mente del quale "quando ricorre una causa di estinzione del reato" l'assoluzione con formula piena potrebbe ammettersi solo se "dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato".

Nei casi di sopravvenuta estinzione del reato, infatti, le esigenze di economia processuale prevalgono addirittura sul principio del *favor rei*, essendo pacifico che, laddove non "risulti evidente la prova dell'estraneità dell'imputato al fatto criminoso, non può essere applicata la regola di giudizio ex art. 530, comma

secondo, c.p.p. la quale equipara la prova incompleta, contraddittoria od insufficiente alla mancanza di prova" (Cass., Sez. VI, 18.11.2003, n. 48527, Tesserin e altri, in Riv. Pen., 2005, 449).

Ciò, tuttavia, nella consapevolezza da parte del legislatore che alla pronuncia di proscioglimento ex art. 129 non potesse (e non dovesse) scaturire per l'imputato alcuna statuzione e/o conseguenza di tipo sfavorevole quale, ad esempio, l'irrogazione di una sanzione accessoria.

L'eventuale irrogazione, in presenza di una causa di estinzione del reato, di una sanzione pesantissima quale la confisca privativa del diritto, costituzionalmente garantito, della proprietà privata costituirebbe dunque violazione dell'obbligo di immediato proscioglimento, nonché delle regole processuali ispirate al *favor rei*.

L'imputato, infatti, per essere assolto con formula piena (*conditio sine qua non*, secondo tal modo di procedere, per escludere la confisca) dovrebbe dimostrare l'evidenza dell'insussistenza dei reati ascrittigli, diversamente da quanto stabilito, per casi identici non prescritti, in cui varrebbe la regola opposta (*in dubio pro reo*) stabilita dal secondo comma dell'art. 530 c.p.p.

Il tutto in evidente violazione dei principi costituzionali innanzi richiamati.

La più recente giurisprudenza si muove proprio in tale direzione.

Si rammenti infatti come la Corte di Appello di Bari, infatti, abbia rimesso alla Consulta la "questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.p.r. 6.6.2001, n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità".

Come noto, la Corte delle Leggi non si è pronunciata nel merito della questione avendo rilevato preliminari cause di inammissibilità (C. cost., 24 luglio 2009, n. 239) di tal che allo stato, la questione deve ritenersi ancora non manifestamente infondata.

Da parte loro le SS.UU. hanno ribadito che

*“all’esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità”* (Sez. Un., 28 maggio 2009, n.

35490) con ciò, di fatto ribadendo che, per evitare la declaratoria di prescrizione e confisca, l’imputato avrebbe irritualmente ed incostituzionalmente l’onere di dimostrare in modo evidente la sua innocenza.