



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

LA GIURISPRUDENZA
DELLE SEZIONI UNITE PENALI

ANNO 2010
SECONDO QUADRIMESTRE

Roma – ottobre 2010

La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali

Anno 2010 - II quadrimestre

Sommario.

PARTE I – LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 1 – Legislazione speciale.

1. Circolazione stradale: la confisca del veicolo nei reati di guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi ai *tests* alcoolimetrici.

Cap. 2 – La pena.

1. Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: l'oggetto della prognosi di inadempimento delle prescrizioni.

SEZIONE II – PROCEDURA PENALE

Cap. 3 – Atti.

1. Nullità: le conseguenze dell'omesso avviso all'indagato (prima di procedere ad alcooltest) delle facoltà di rito.

Cap. 4 – Misure cautelari.

1. Riesame ed appello *de libertate*: gli effetti del diniego o mancato esame della richiesta di copia delle registrazioni delle intercettazioni.

2. Riparazione per l'ingiusta detenzione: la rilevanza ostativa del dolo o colpa grave dell'istante nei casi di cui all'art. 314, comma 2, c.p.p.

Cap. 5 – Indagini preliminari e udienza preliminare.

1. Chiusura delle indagini. Archiviazione: il rito da seguire all'esito delle indagini "coartate".

Cap. 6 – Esecuzione.

1. Il procedimento: principio della preclusione processuale e sopravvenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite.

1.1. Segue. Misure alternative alla detenzione: le formalità necessarie per la dichiarazione od elezione di domicilio del condannato.

PARTE II – LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I – PROCEDURA PENALE.

Cap. 7 – Misure cautelari.

1. Ricorso per cassazione. Non necessità dell'autentica della sottoscrizione apposta dalla parte privata in calce all'atto di impugnazione presentato a mezzo di incaricato.

1.1. Segue. Non necessità della notifica dell'avviso per l'udienza camerale anche al difensore nominato successivamente.

2. Riparazione per l'ingiusta detenzione. La rilevanza delle condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura ai fini della sussistenza del dolo o della colpa grave dell'istante.

Cap. 8 – Procedimenti speciali.

1. Procedimento per decreto. Abnormità della sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione.

PARTE I

LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 1

Legislazione speciale.

1. Circolazione stradale. La confisca del veicolo nei reati di guida in stato di ebbrezza e rifiuto di sottoporsi ai tests alcoolimetrici.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico abbia natura di misura di sicurezza o di sanzione amministrativa accessoria>>.

La questione controversa si era posta a seguito alle modifiche apportate dal d.l. n. 92 del 2008 (e dalla successiva legge di conversione n. 125 del 2008) agli artt. 186 e 187 Cod. strada.

Il citato decreto-legge, nell'aggravare il trattamento sanzionatorio delle diverse fattispecie incriminatrici di guida in stato di ebbrezza, aveva previsto la confisca del veicolo utilizzato per commettere la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza (quella prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), disponendone l'obbligatorietà anche attraverso il richiamo effettuato dalla novella al secondo comma dell'art. 240 c.p.; la successiva legge di conversione aveva, invece, introdotto l'obbligatorietà dell'ablazione del veicolo anche per il reato di rifiuto degli accertamenti alcoolimetrici (fattispecie la cui rilevanza penale era stata ripristinata proprio dal precedente d.l.): la confisca era stata, in questo caso, configurata attraverso una formula differente da quella utilizzata nel citato art. 186, comma 2, lett. c), e che a quest'ultimo si riferisce esclusivamente per richiamare le procedure e le modalità ivi previste per la misura ablativa.

L'innesto era lessicalmente consistito nell'aggiungere, nel terzo periodo del settimo comma del citato art. 186, la previsione della confisca subito dopo quella della sospensione della patente, di cui il testo precedente della disposizione

prevedeva l'applicazione attraverso la formula «*la condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni*», declinando al singolare la qualificazione di <<sanzione amministrativa>> (declinazione non mutata dalla modifica apportata in sede di conversione).

La citata sequenza testuale costituiva, per i giudici rimettenti, indice ineludibile della volontà del legislatore di attribuire alla confisca in oggetto natura di sanzione amministrativa accessoria, come tale ostativa all'adozione del sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., atteso che detta misura cautelare reale è riservata all'ipotesi in cui la misura ablativa sia disposta dalla legge penale.

Il d.l. n. 92 del 2008 aveva modificato l'art. 187 Cod. strada prevedendo, anche per la contravvenzione di guida in stato di alterazione da stupefacenti, la confisca del veicolo guidato dall'autore dei due reati: in questo caso, peraltro, la configurazione della misura ablativa era avvenuta attraverso il più generico rinvio al quinto periodo del secondo comma, lett. c), dell'art. 186, che la prevede; sempre per la contravvenzione di rifiuto degli accertamenti sull'assunzione di stupefacenti, la novella non aveva, al contrario, introdotto alcuna espressa modifica: pertanto, la relativa contravvenzione continua a mutuare il proprio trattamento sanzionatorio dall'art. 186, comma 7, cui l'art. 187, comma 8, espressamente rinvia.

E' dunque dubbio che, in tal caso, sia possibile procedere all'ablazione del veicolo, atteso che – in considerazione del tenore letterale del citato rinvio - la configurabilità della confisca anche in questo caso dipende proprio dalla sua qualificazione come sanzione (amministrativa o penale), ovvero come misura di sicurezza patrimoniale.

La giurisprudenza di legittimità in una occasione¹ aveva affermato la natura penale della misura ablativa introdotta dalla legge n. 125 del 2008 (senza peraltro specificare se si trattasse di misura di sicurezza, ovvero di vera e propria sanzione), riconoscendo che il tenore della disposizione in oggetto si presta ad

¹ Sez. IV, 13 maggio 2009, n. 21499, P.M. in proc. Benitez Gonzales, rv. 243967, relativa ad un ricorso avente ad oggetto la fattispecie di rifiuto dei test alcoolimetrici.

equivoci, nel momento in cui accosta, nella sequenza letterale, la confisca alla sanzione della sospensione della patente, espressamente qualificata come amministrativa dal Legislatore; tuttavia, la circostanza non appariva di per sé sufficiente ad escludere la natura penale della misura ablativa, poiché l'espresso rinvio operato dal settimo comma dell'art. 186 alla procedura stabilita dal secondo comma, lett. c), dello stesso articolo farebbe «chiaramente» intendere la volontà del legislatore di parificare i trattamenti previsti per le contravvenzioni contemplate dalle due disposizioni citate, anche con riferimento alla natura della confisca.

Successivamente², si era al contrario ritenuto che l'art. 186, comma 7, prevederebbe un'ipotesi di confisca obbligatoria, da classificare tra le misure di sicurezza patrimoniali: a ciò si era giunti valorizzando il richiamo all'art. 240, comma 2, c.p., contenuto nell'art. 4 della l. n. 125 del 2008, che avrebbe dimostrato l'intenzione del Legislatore di qualificare la misura ablativa in oggetto «*nell'ambito delle misure di sicurezza patrimoniali e quale confisca obbligatoria*». La concisa motivazione della pronunzia non consentiva, peraltro, di comprendere se il riferimento alla disposizione del codice penale evocata in motivazione fosse frutto di un *lapsus* (atteso che pacificamente tale riferimento è contenuto esclusivamente nel secondo comma, lett. c), dell'art. 186 e non anche nel successivo comma settimo), ovvero costituisse espressione di una eccessiva sintesi, avendo voluto gli stessi giudici in realtà ribadire quanto già sostenuto nella sentenza Benitez in ordine alla globalità del rinvio operato da un comma all'altro del citato art. 186.

Altre pronunzie³ avevano riconosciuto incidentalmente ed in maniera del tutto apodittica od implicita la natura penale della confisca prevista dal settimo comma dell'art. 186.

Quanto all'impossibilità di procedere al sequestro preventivo a fini di confisca, qualora la misura ablativa fosse prevista a titolo di sanzione

² Sez. IV, 10 giugno 2009, n. 32937, Iosia, rv. 245158, anch'essa relativa ad un ricorso avente ad oggetto la fattispecie di rifiuto dei test alcoolicometrici.

³ Sez. IV 28 ottobre 2009, n. 45935, Nieto, non massimata sul punto, e Sez. IV, 1° luglio 2009, n. 32965, Franchella, non massimata.

amministrativa, constava un unico precedente⁴: era stato ritenuto ammissibile il sequestro preventivo dell'immobile oggetto del reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (del quale detta disposizione prevede la confisca amministrativa) esclusivamente ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p., ma non anche ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, che configura la cautela reale in funzione anticipatoria della confisca penale.

La dottrina non si era specificamente interessata della questione controversa: gli Autori che avevano commentato a prima lettura il d.l. n. 92 e la l. n. 125 del 2008 si erano per lo più limitati a considerare scontata la natura penale della confisca prevista dall'art. 186, comma 7, Cod. strada, ponendo semmai il problema della sua esatta qualificazione come sanzione piuttosto che come misura di sicurezza patrimoniale, e rilevando l'assenza di profili di connessione strumentale tra il veicolo e la condotta di rifiuto dei test alcoolimetrici.

Con la sentenza del **25 febbraio – 18 giugno 2010, n. 23428, P.G. in proc. Caligo, rv. 247042**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 247042

La confisca del veicolo prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi ai test alcoolimetrici, così come per quella di guida in stato di ebbrezza, non è una misura di sicurezza patrimoniale, bensì una sanzione penale accessoria. (In motivazione, la Corte ha chiarito che, pertanto, la misura ablativa non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della sua introduzione).

Il Supremo collegio ha preliminarmente ricostruito la normativa che regola la materia in oggetto, ed in particolare il tormentato *iter* legislativo delle modifiche di recente ad essa apportate, evidenziando che *“il legislatore, dopo alcune incertezze, è approdato ad una completa parificazione, sotto il profilo*

⁴ Sez. III, 5 ottobre 2005, n. 39219, Amoroso, rv. 232347.

sanzionatorio, del rifiuto di sottoporsi ai test alcoolimetrici alla più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza. Ciò allo scopo evidente di rendere più efficace il sistema sanzionatorio e principalmente di impedire che il conducente, sottraendosi all'alcooltest, potesse evitare le sanzioni più gravi previste per la guida in stato di ebbrezza”, e sottolineando “l'importanza, riconosciuta dal legislatore, nella strategia del contrasto al fenomeno del drive drinking, di sanzioni diverse da quelle tradizionali dell'arresto e/o dell'ammenda, spesso rese inefficaci dalla sospensione condizionale della pena o dall'accesso a sanzioni alternative. La sospensione della patente di guida, e ancora di più la confisca obbligatoria del veicolo prevista in caso di condanna, anche se condizionalmente sospesa, per i reati di cui ai commi VII e II lettera c) dell'articolo 186 del codice della strada costituiscono, sotto il profilo general-preventivo, dei deterrenti assai efficaci e si iscrivono nella condivisibile filosofia di individuare sanzioni alternative, o, come nel caso di specie, accessorie, specifiche e strettamente connesse al reato da perseguire ed al fenomeno da contrastare.

Ha poi osservato che l'interpretazione letterale delle norme e la *ratio legis* consentono di delineare con precisione i contorni dell'istituto della confisca disciplinato dall'art. 186 Cod. strada, e di attribuire natura penale sia a quella prevista dal comma 2, che, conseguentemente, a quella prevista dal comma 7, in virtù della completa parificazione dei trattamenti sanzionatori previsti per la guida in stato di ebbrezza e per il rifiuto di sottoporsi all'*alcoholtest*.

La natura penale della confisca dell'autoveicolo *ex art. 186, comma 2, Cod. strada*, pacifica sia in giurisprudenza⁵ che in dottrina, “*risulta evidente non solo per la espressione letterale usata, non essendo stata essa qualificata esplicitamente dal legislatore come amministrativa, ma anche perché il riferimento all'art. 240 c.p., che disciplina in generale le ipotesi di confisca penale, non consente dubbi in proposito*”; d'altro canto, nessuna disposizione del

⁵ Cfr., tra le altre, Sez. IV, 11 febbraio 2009, n. 13831, Fumagalli, rv. 242749, orientata a ritenerla una sanzione penale accessoria e Sez. IV, 27 gennaio 2009, n. 9986, PG in proc. Favè, rv. 243297, che la considera, al contrario, una misura di sicurezza patrimoniale.

Codice della strada configura le condotte di guida in stato di ebbrezza o di rifiuto degli accertamenti alcoolimetrici anche come illeciti amministrativi, e quindi, ove mai si dovesse considerare la confisca prevista da tali disposizioni come avente natura amministrativa, si assisterebbe alla peculiare situazione per cui la confisca amministrativa non accedrebbe, come accade di norma, ad una sanzione amministrativa principale, ma ad una sanzione penale.

Trattasi, in realtà, di una sanzione penale vera e propria, come conferma il tenore letterale dell'art. 186, comma 2 (a norma del quale la confisca deve essere disposta in caso di condanna e/o di sentenza *ex art. 444 c.p.p., anche in caso di sospensione condizionale della pena*), che deroga esplicitamente all'art. 166, comma 1, c.p. (a norma del quale *la sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie*), laddove, se si fosse trattato di una misura di sicurezza patrimoniale, “*non vi sarebbe stato bisogno di una tale previsione perché la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza mancando una tale generale disposizione*”.

Si è anche precisato che il senso del richiamo all'art. 240, comma 2, c.p. “*è soltanto quello di rimarcare la obbligatorietà della confisca del veicolo quando venga pronunciata sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza, come è stato sottolineato dalla giurisprudenza*”⁶, non potendo essergli attribuita la funzione di qualificare la sanzione come misura di sicurezza patrimoniale in senso tecnico; in tal senso depone anche la considerazione che “*le sanzioni amministrative accessorie, a differenza di quelle, per così dire, principali, che assumono una funzione essenzialmente punitiva del contravventore, assolvono direttamente o indirettamente una funzione riparatoria dell'interesse pubblico violato, e sono definite, perciò, specifiche, ovvero riparatorie, oppure una funzione di prevenzione specifica, quando si tratti di fatti particolarmente pericolosi per la convivenza sociale*”⁷, laddove la sanzione penale assolve, al contrario, ad una

⁶ Cfr., tra le altre, Sez. IV 11 febbraio 2009, n. 13831, Fumagalli, cit.; Sez. IV 27 marzo 2009, n. 18517, Parodo, rv. 243997; Sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 45935, Nieto.

⁷ Cfr. Sez. Un., 27 maggio 1998, Bosio, rv. 210981.

funzione essenzialmente punitiva e di prevenzione generale: *“ebbene, se si pone mente al tormentato percorso legislativo dinanzi delineato teso alla ricerca degli strumenti più efficaci ed adeguati a contenere il fenomeno del drive drinking, non si può non rilevare che risulta particolarmente evidente la funzione affittiva assegnata dal legislatore alla confisca prevista dall’articolo 186, dovendosi tenere conto della complessiva strutturazione dell’istituto e della prevalente finalità della sanzione più che delle espressioni utilizzate”*.

Le conclusioni raggiunte risultano in linea con la più recente elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁸, come peraltro già riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità⁹.

L’esame puntuale della situazione legislativa consente, inoltre, di risolvere la questione della natura giuridica della sanzione della confisca prevista dall’art. 186, comma 7, Cod. strada e, quindi, di superare il potenziale contrasto di giurisprudenza segnalato in proposito dall’ordinanza rimettente.

L’esame dell’evoluzione della normativa *de qua*, anche alla luce dei Lavori preparatori, evidenzia chiaramente che *“il Ministero presupponesse la natura penale della confisca prevista dal comma VII dell’articolo 186”*, come d’altro canto ritenuto dalla stessa giurisprudenza, pur senza precisare se si trattasse di una misura di sicurezza ovvero di una vera e propria sanzione penale, anche se accessoria.

Pur ammettendo che *“la lettera della disposizione di cui al settimo comma dell’articolo 186¹⁰ può ingenerare degli equivoci”*, si è, peraltro, osservato che non è possibile ritenere che quella prevista dall’art. 186, comma 7, sia una ipotesi di confisca amministrativa, *“perché il Legislatore, anche dopo*

⁸ Cfr. Corte EDU, 16 dicembre 2008, Sud Fondi + 2 c. Italia.

⁹ Per l’accentuazione sia della finalità general-preventiva sia di quella sanzionatoria della confisca, desunta dalla previsione dell’obbligatorietà della confisca per un sempre più rilevante numero di reati, cfr. ad es., Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 10280, Miragliotta, rv. 238700, e Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. ed altri, rv. 239922 – 7.

¹⁰ <<La condanna ... comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente.. e della confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2, lettera c)>>.

l'introduzione dell'inciso concernente la confisca, ha confermato la originaria declinazione al singolare della qualificazione sanzione amministrativa, fatto dal quale si deve legittimamente desumere che tale espressione si riferisca esclusivamente alla sospensione della patente e non anche alla confisca, altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale”.

Quanto poi al rinvio contenuto nel comma VII <<alle modalità e procedure previste dal comma II>>, non può accogliersi l'interpretazione secondo la quale si tratterebbe di modalità e procedure attinenti alla fase esecutiva della confisca che non inciderebbero sulla qualificazione giuridica della stessa, poiché l'ultimo periodo del comma II, lett. c), chiarisce cosa debba intendersi per <<procedura>> ai sensi e per gli effetti previsti dalla legge *de qua*, precisando che <<la procedura di cui ai due periodi precedenti si applica anche nel caso di cui al comma 2-bis>>, che prevede l'ipotesi del conducente in stato di ebbrezza che provochi un incidente stradale: “*ebbene la procedura di cui ai due periodi precedenti è esattamente quella che impone la confisca obbligatoria del veicolo ai sensi dell'articolo 240 comma II c.p. e quella che consente la possibilità di affidare in custodia il veicolo al trasgressore. È allora evidente che quando il legislatore con l'emendamento in esame ha introdotto la confisca anche per l'ipotesi disciplinata dal comma VII facendo riferimento alle procedure e modalità di cui al comma II non può che avere utilizzato il termine procedure nel senso proprio della legge 125 del 2008, già adoperato dall'ultimo periodo del comma II; pertanto il legislatore non poteva che fare riferimento alla confisca obbligatoria del veicolo del trasgressore”.*

Resta, pertanto, confermato che il rinvio contenuto nel comma da ultimo citato è fatto all'art. 240, comma 2, c.p., nel senso che anche la confisca prevista dall'art. 186, comma 7, Cod. strada è obbligatoria: “*tale ultima considerazione conferma ulteriormente la natura di sanzione penale accessoria della confisca prevista per la ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest perché, come si è avuto già modo di rilevare più volte, è del tutto evidente che siffatta sanzione non è per nulla assimilabile alle misure di sicurezza patrimoniali non rientrando il veicolo nelle cose per le quali è obbligatoria la confisca indicate dal comma II dell'articolo 240 c.p., né potendo, in mancanza del richiamo esplicito, per opera*

del rinvio di cui si è detto all'articolo 240 comma II, il veicolo essere confiscato ai sensi del comma I dell'articolo 240 c.p., non trattandosi di cosa servita per commettere il reato previsto dal comma VII dell'articolo 186”.

La soluzione adottata comporta conseguenze rilevanti: trattandosi di sanzione penale, infatti, non vi è dubbio che debba esserne identificato l'ambito di applicazione temporale ai sensi dell'art. 2 c.p., laddove, se si trattasse di misura di sicurezza, in virtù del combinato disposto degli artt. 199 e 200 c.p. e dei principi affermati dall'art. 25 Cost., si dovrebbe escludere l'operatività del principio di irretroattività della legge di cui all'art. 2 c.p., potendo la confisca essere disposta anche in riferimento ai reati commessi nel tempo in cui non era legislativamente prevista ovvero era diversamente disciplinata.

Questa pronuncia delle Sezioni Unite ha anticipato la più radicale soluzione adottata dalla Corte costituzionale¹¹, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (limitatamente alle parole <<*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*>>) dell'art. 186, comma 2, lett. c), Cod. strada, nel testo da ultimo modificato con l. n. 125 del 2008: il Giudice delle leggi, dopo avere affermato la natura di sanzione penale della confisca del veicolo, coerentemente ha cancellato dalla disposizione *de qua* quella parte che l'assimilava ad una misura di sicurezza patrimoniale. Di conseguenza, una volta attratta tale misura nell'area delle sanzioni penali, non ne è consentita l'applicazione retroattiva, per l'espresso divieto di cui agli artt. 25, comma 2, Cost. e 2, comma 1, c.p.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 196 del 2010.

Cap. 2

La pena.

1. Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: l'oggetto della prognosi di inadempimento delle prescrizioni.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

«se, in tema di sostituzione delle pene detentive brevi, la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che impedisce la sostituzione, attenga anche all'obbligo di pagamento della somma di denaro determinata in sostituzione della pena detentiva, ovvero riguardi esclusivamente le prescrizioni relative alla semidetenzione e alla libertà controllata».

Un orientamento¹² aveva ritenuto che la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che preclude l'applicazione delle sanzioni sostitutive, attenesse anche al pagamento della sanzione pecuniaria; a sostegno del principio, erano stati valorizzati i seguenti argomenti:

(a) il concetto di <<prescrizione>> ex art. 58, comma 2, L. n. 689 del 1981 non può essere restrittivamente interpretato con riguardo agli obblighi ed ai divieti in senso “tecnico” afferenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata, dovendo essere riferito anche alla concreta possibilità che il condannato ottemperi alla statuizione relativa alla sanzione pecuniaria sostitutiva;

(b) il secondo comma dell'art. 58 va letto in relazione al primo comma della medesima disposizione, che richiama, tra l'altro, l'art. 133 c.p., riferito anche alle condizioni di vita individuale e familiare del soggetto: detto riferimento suggerisce una valutazione onnicomprensiva dello *status* del soggetto, non esclusa quella di carattere economico;

¹² Per il quale, cfr. Sez. V, 23 novembre 2006, n. 528/07, Ferraro, rv. 235695 e Sez. III, 19 settembre 2008, n. 39495, Diop, rv. 241323.

(c) siffatta conclusione non si pone in contrasto con il principio di uguaglianza, attesa la ragionevole esigenza di non vanificare la funzione della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

Un diverso orientamento¹³ riteneva che la prognosi di inadempimento delle prescrizioni, che impedisce l'applicazione della sanzione sostitutiva, riguardasse esclusivamente le prescrizioni relative alla semidetenzione ed alla libertà controllata; a sostegno del principio, erano stati valorizzati i seguenti argomenti:

(a) sul piano testuale, solo con riferimento alla semidetenzione ed alla libertà controllata gli artt. 55 e 56, l. n. 689 del 1981, impartiscono prescrizioni che il condannato può non adempiere, e che il giudice deve valutare nell'esercizio del suo potere discrezionale;

(b) la contraria interpretazione dell'art. 58, comma 2, l. 689 del 1981, secondo la quale il soggetto che non versi in condizioni economiche soddisfacenti non potrebbe ottenere il beneficio della sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, risulterebbe incostituzionale, creando disparità di trattamento tra soggetti che si trovano in situazioni analoghe;

(c) la *ratio* dell'art. 58, comma 2, cit. consiste nel garantire che il soggetto che ottiene il beneficio della sostituzione della pena detentiva con la libertà controllata o con la semidetenzione fornisca garanzie di rispettare le relative prescrizioni, mentre con riguardo alla pena pecuniaria sostitutiva non si prevede alcuna prescrizione particolare;

(d) l'art. 58, comma 1, l. 689 del 1981 richiama i criteri indicati dall'art. 133 c.p., tra i quali non rientra quello delle condizioni economiche del soggetto, previsto invece dall'art. 133 *bis* c.p. (introdotto dalla stessa l. n. 689 del 1981);

(e) nell'esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, se viene accertata la violazione delle relative prescrizioni, è prevista la conversione nella pena detentiva sostituita *ex* artt. 65 e 66 l. n. 689 del 1981, laddove nell'esecuzione della pena pecuniaria sostitutiva, a norma dell'art. 71 della stessa

¹³ Per il quale, cfr. Sez. V, 12 novembre 2001, n. 42324, Cangeri, rv. 220880, e Sez. III, 12 febbraio 2008, n. 13845, Diasse ed altro, rv. 239689.

l. n. 689 del 1981, si applica la disciplina dettata dall'art. 660 c.p.p. per le pene pecuniarie non sostitutive;

(f) sempre sul piano sistematico, il legislatore non ha escluso la pena pecuniaria per i cittadini meno abbienti, ma ha introdotto, con l'art. 133 *bis* c.p., la possibilità di ridurre le pene pecuniarie quando il giudice ritenga che la misura minima sia eccessivamente gravosa; agli stessi principi si ispira l'art. 133 *ter* c.p.

Con la sentenza del **22 aprile – 30 giugno 2010, n. 24476, Gagliardi, rv. 247274**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247274

La sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la prognosi di inadempimento, ostativa alla sostituzione in forza dell'art. 58, comma secondo, L. 24 novembre 1981 n. 689 ("Modifiche al sistema penale"), si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni, ossia alla semidetenzione ed alla libertà controllata, e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna particolare prescrizione. (La Corte ha anche affermato che, nell'esercitare il potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, il giudice deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche)».

Le Sezioni Unite muovono da una puntuale disamina della disciplina delle sanzioni sostitutive, dettata dalla L. n. 689 del 1981, evidenziando che il Legislatore ha delineato un «*un doppio binario, distinguendo nettamente tra la semidetenzione e la libertà controllata, da un lato, e le pene pecuniarie sostitutive, dall'altro*»: soltanto per le prime – come confermano le disposizioni di cui agli artt. 62, 63, 64, 65 e 66, l. n. 689 del 1981 - è stabilito un sistema di

esecuzione, di modalità esecutive e di controllo sull'adempimento delle prescrizioni imposte con la sentenza di condanna; al contrario, con riguardo all'esecuzione delle pene pecuniarie, la legge non fa cenno a prescrizioni, mentre l'art. 71 si limita a richiamare il dettato dell'art. 660 c.p.p.

Un triplice ordine di riferimenti conferma che il Legislatore ha inteso tracciare una precisa distinzione:

(a) il valore non solo formale del dato letterale dell'art. 58 cit., che rinvia a <<prescrizioni>> previste in concreto – attraverso una complessa ed articolata disciplina – soltanto per le sanzioni sostitutive più afflittive;

(b) la ricostruzione della *ratio legis*, apparendo evidente che l'adempimento di <<prescrizioni>> dettagliatamente indicate nei successivi articoli deve necessariamente riconnettersi all'osservanza di specifici adempimenti prescrittivi, non previsti per la pena pecuniaria;

(c) l'introduzione, ad opera della stessa legge n. 689 del 1981, degli artt. 133 *bis* e 133 *ter* c.p. conferma sistematicamente l'orientamento generale del Legislatore, nel senso della personalizzazione delle pene pecuniarie in considerazione delle condizioni economiche del condannato.

Dopo avere enunciato il principio di diritto di cui alla massima sopra riportata, le Sezioni Unite hanno, conclusivamente, evidenziato che *«cerniera del sistema diventa il primo comma dell'art. 58, poiché il giudice, nell'esercitare il suo potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, con la semidetenzione o con la libertà controllata, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche. La valutazione discrezionale del giudice deve essere, quindi, sorretta da congrua ed adeguata motivazione, che dovrà tenere in particolare considerazione, tra gli altri criteri, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato»*.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 3

Atti.

1. Nullità: le conseguenze dell'omesso avviso all'indagato (prima di procedere ad alcooltest) delle facoltà di rito.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la nullità a “regime intermedio” integrata dall'omesso avviso all'indagato – da parte della polizia giudiziaria prima di procedere ad un atto di indagine urgente (nella fattispecie, l'alcooltest) – della facoltà di farsi assistere dal difensore debba essere eccepita: a) prima del compimento dell'atto o, se ciò non è possibile, immediatamente dopo; b) dal difensore subito dopo la nomina ovvero entro il termine di cinque giorni previsto per l'esame degli atti; c) non oltre la deliberazione della sentenza di primo grado>>.

La giurisprudenza di legittimità era divisa sulle seguenti questioni:

(a) sussistenza o meno dell'obbligo di depositare, ai sensi dell'art. 366, comma 1, c.p.p., il verbale dell'accertamento alcoolimetrico;

(b) se l'omesso deposito costituisca una mera irregolarità in grado di influenzare la decorrenza del termine per l'esercizio delle attività difensive, ovvero una nullità relativa oppure a regime intermedio.

La questione giuridica controversa sottoposta all'esame del Supremo Collegio sembrava, pertanto, evidenziare un ulteriore profilo di contrasto che, tuttavia, mostrava implicitamente di accogliere, in ordine al secondo profilo di contrasto innanzi rappresentato, la tesi della nullità a regime intermedio, costituente logico presupposto dell'ulteriore problema della deducibilità e della sanatoria della stessa.

Nell'ambito delle decisioni che qualificavano la nullità in oggetto come nullità a regime intermedio, erano registrabili approdi diversi sul tema della deducibilità della nullità in esame:

(a) un orientamento più restrittivo, interpretava l'art. 182, comma 2, c.p.p. in maniera rigorosa, ritenendo che l'assistenza della parte (nel caso di specie, l'imputato, presente all'atto dell'accertamento del tasso alcolemico) comportasse la necessità di sollevare immediatamente (ossia, prima del compimento dell'atto) l'eccezione, oppure, nel caso in cui ciò risultasse impossibile (per impossibilità soggettiva, ovvero ignorando l'interessato la facoltà di farsi assistere dal suo difensore, proprio in difetto del previo avviso della polizia giudiziaria, *ex art. 114 disp. att. c.p.p.*), di sollevarla comunque <<immediatamente dopo>>, ovvero senza poter attendere il primo atto del procedimento, ma attivandosi attraverso il meccanismo delle memorie (art. 121 c.p.p.);

(b) altro orientamento, meno rigoroso, muovendo da una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 354, 356, 366 c.p.p., e 114 disp. att. c.p.p., giungeva all'opposta conclusione di considerare come tempestiva l'eccezione di nullità sollevata con il primo atto procedimentale utile, ritenendo non pertinente il richiamo all'art. 121 c.p.p., e non potendosi considerare intempestiva un'eccezione di nullità sollevata in sede di opposizione, tenuto conto della brevità dei termini previsti dalla legge processuale per esercitare il diritto di impugnare il provvedimento emesso *inaudita altera parte*.

La questione giuridica controversa non risultava sufficientemente approfondita in dottrina.

Con la sentenza del **25 marzo – 4 giugno 2010, n. 21243, P.G. in proc. Zedda, rv. 246910**, le Sezioni Unite si sono trovate nell'impossibilità di risolvere il contrasto, avendo dovuto rilevare l'abnormità del provvedimento oggetto di ricorso (cfr. *amplius* cap. 8, § 1), il che assorbiva l'ulteriore motivo di ricorso in ordine al quale era stato registrato l'indicato contrasto.

Vale la pena di evidenziare in proposito l'esistenza di una ingiustificabile lacuna normativa.

L'art. 363, comma 3, c.p.c. (introdotto dall'art. 4 D.Lgs. n. 40 del 2006)

prevede che <<Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza>>.

Analogo istituto non è previsto dal codice di procedura penale, che al contrario, in presenza di un ricorso inammissibile (art. 606, comma 3, c.p.p.) privilegia unicamente l'esigenza di rapida definizione del procedimento, attraverso il rito speciale di cui agli artt. 610 s. c.p.p. e la costituzione di apposita sezione.

Il quadro normativo attualmente vigente preclude, pertanto, al Supremo Collegio penale l'esercizio della funzione nomofilattica (al contrario, recuperata e potenziata nel settore civile), differendo, in caso di inammissibilità del ricorso, la risoluzione del contrasto di giurisprudenza ad altra remissione, ed imponendo nelle more il perdurare delle incertezze interpretative¹⁴.

La discrasia appare sistematicamente poco coerente con la funzione istituzionale della Corte di legittimità di enunciare la corretta applicazione della legge, anche allo scopo di assicurarne l'uniforme applicazione.

Il problema si pone, naturalmente, nei medesimi termini in tutti i casi nei quali sussistano questioni preliminari la cui decisione risulti (come nel caso di specie) assorbente rispetto alla decisione della questione controversa.

¹⁴ Il problema si pone, naturalmente, ma con minori conseguenze negative, anche per le Sezioni semplici penali.

Cap. 4

Misure cautelari.

1. Riesame ed appello *de libertate*: gli effetti del diniego o mancato esame della richiesta di copia delle registrazioni delle intercettazioni.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<< quali effetti abbiano il diniego o il mancato esame della richiesta difensiva di ottenere le registrazioni delle conversazioni o delle comunicazioni intercettate - i cui risultati siano stati posti a fondamento dell'ordinanza cautelare personale - sulla procedura di riesame, sulla validità e/o efficacia del provvedimento applicativo della misura cautelare, e della stessa ordinanza di riesame, e sul regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni >>.

La giurisprudenza costituzionale¹⁵, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 293, comma 3, c.p.p., così come novellato dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del P.M. e degli atti presentati con la stessa, aveva rilevato che la *ratio* della modifica introdotta dalla legge n. 332 del 1995 era quella di consentire al difensore il pieno accesso agli atti depositati dal P.M., ed attraverso esso il pieno esercizio del diritto di difesa, attraverso la più ampia ed agevole conoscenza degli elementi su cui fondava la richiesta del P.M., così da rendere attuabile una adeguata ed informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta alla misura cautelare *ex art. 294 c.p.p.*, nonché di valutare con piena cognizione di causa quali fossero gli strumenti più idonei per tutelare la libertà personale del proprio assistito. Si era, peraltro, precisato che le operazioni di rilascio delle copie non potevano interferire con i termini brevi e vincolanti previsti per l'interrogatorio

¹⁵ Corte cost., sentenza n. 192 del 1997.

e, poi, per la presentazione dell'istanza di riesame e la relativa decisione, *“essendo evidente che né il difensore potrà pretendere, né l'autorità giudiziaria potrà concedere dilazioni di tali termini ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l'interrogatorio e per l'udienza di riesame”*.

Successivamente¹⁶, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate; in particolare, veniva in considerazione la peculiarità di taluni atti di indagine allegati alla richiesta cautelare, i c.d. “brogliacci di ascolto”, ovvero i verbali nei quali è sommariamente trascritto, a cura della polizia giudiziaria, il contenuto delle comunicazioni intercettate (art. 268, comma 2 c.p.p.). La costante ed uniforme giurisprudenza di legittimità era orientata nel senso di ammettere che il P.M. presentasse al G.i.p., a supporto di una richiesta di emissione di misure coercitive, i soli “brogliacci”, e non anche le trascrizioni o le stesse registrazioni delle comunicazioni intercettate, in ragione dell'urgenza del provvedere (potendo addirittura non essere possibile il loro deposito per la persistenza dell'attività di intercettazione al momento in cui quelle esigenze insorgono), e, conseguentemente, che il G.i.p. ponesse a base dell'ordinanza cautelare le intercettazioni telefoniche, anche se contenute unicamente nei “brogliacci”. Il giudice *a quo* - chiamato a valutare una istanza di revoca o sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere, fondata su elementi desunti da intercettazioni telefoniche ed ambientali, che il P.M. richiedente aveva sottoposto al G.i.p. solo per il mezzo di trascrizioni riassuntive operate dalla polizia giudiziaria, ed ai quali la difesa dell'indagato non aveva avuto accesso per il diniego opposto dal P.M. alla richiesta di accesso - aveva dubitato della legittimità costituzionale del citato art. 268 c.p.p., perché lo stesso, non

¹⁶ Corte cost., sentenza n. 336 del 2008.

prevedendo il diritto della difesa ad avere diretta cognizione di registrazioni di comunicazioni poste a base della richiesta e del successivo provvedimento restrittivo della libertà personale dell'indagato, menomava il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), alterava a sfavore dell'indagato, la parità delle parti nel processo (art. 111, comma 2, Cost.), e non consentiva alla persona accusata di disporre delle condizioni necessarie a preparare la sua difesa (art. 111, comma 3, Cost.)

La Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione, affermando che l'effettività del diritto di difesa, in sede di procedimento cautelare, dovesse essere garantita efficacemente, in vista dell'esperimento di tutti i rimedi previsti dalle norme processuali, attraverso la messa a disposizione, in favore del difensore, del supporto magnetico delle conversazioni oggetto di captazione, non potendo l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate essere surrogato dalle trascrizioni – che per legge possono essere anche sommarie - effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria. Non poteva essere limitato il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che avevano indotto il P.M. a richiedere, ed il G.i.p. ad emanare, un provvedimento restrittivo della libertà personale, trattandosi in ogni caso di atti non più coperti da segreto, per essere il loro contenuto rivelato a seguito della presentazione da parte del P.M., a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria. Secondo la Corte, non appariva, al contrario, necessario l'accoglimento della soluzione più ampia prospettata dal rimettente, che ipotizzava la previsione di una procedura di deposito successiva all'esecuzione del provvedimento coercitivo, poiché essa, non imprescindibile per la garanzia dell'interesse difensivo tutelato dall'art. 24 Cost., *“si risolverebbe in una regola processuale nuova e per molti versi anomala, a cominciare dal fatto che l'adempimento riguarderebbe atti non presentati al giudice, e sarebbe curato da un soggetto diverso dal giudice medesimo, il quale provvede direttamente, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 293 cod. proc. pen., al deposito degli atti sui quali ha fondato la propria decisione”*.

La giurisprudenza di legittimità, nell'applicare il *dictum* della Corte costituzionale, ha concordemente ritenuto che la violazione del diritto riconosciuta dalla Consulta non determinasse l'invalidità della misura cautelare, trattandosi atto sopravvenuto all'emissione del provvedimento cautelare, né l'inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto non prevista dalla legge.

Ciò premesso, la questione effettivamente controversa rimessa alle Sezioni Unite riguardava la deducibilità della violazione del diritto di accesso nella procedura del riesame; al riguardo, si contrapponevano due orientamenti:

(a) indeducibilità della violazione del diritto di accesso in sede di riesame. Secondo questo orientamento¹⁷, l'inadempimento da parte del P.M. della richiesta di accesso, in quanto atto sopravvenuto, avrebbe potuto essere fatto valere solo innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento, mentre il controllo effettuato dal riesame attiene al provvedimento impositivo <<di base>> al momento del deposito degli atti *ex art. 293 c.p.p.*; la violazione del diritto di accesso non inciderebbe sulla procedura di riesame e sui tempi in cui questa deve essere conclusa, in quanto la decisione della Consulta non è intervenuta sulla disciplina della procedura incidentale del riesame, ovvero non ha indicato una regola suscettibile di invalidare l'epilogo della richiesta cautelare e ritardare i tempi di definizione della procedura stessa, essendo comunque la difesa, una volta ottenuta la copia del supporto magnetico, abilitata, in relazione al *novum*, a proporre ogni ulteriore rimedio incidentale previsti dal codice di rito. Si escludeva, pertanto, che il Tribunale del riesame fosse tenuto, in pendenza della richiesta di accesso, a ritardare la celebrazione dell'incidente, stante la regola dettata dall'art. 309, comma 10, c.p.p. che fa discendere la perdita di efficacia della misura dal mancato rispetto del termine di 10 giorni ivi previsto. Né sarebbe stato possibile prospettare la perdita di efficacia della misura cautelare per violazione dell'art. 309, comma 5, c.p.p., posto che tale norma si riferisce soltanto alla mancata trasmissione al Tribunale del riesame non oltre il quinto giorno dall'avviso degli <<*atti presentati a norma dell'articolo 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona*

¹⁷ Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44127, Mamone, rv. 241608; Sez. VI, 7 maggio 2009, n. 29386, Gullo, rv. 244392; Sez. III, 30 settembre 2009, n. 41256, Kasa, rv. 244938.

sottoposta alle indagini”, mentre i nastri magnetici non rientrano in tali categorie. L’inadempimento del P.M. avrebbe soltanto potuto far attivare, da parte della difesa, i rimedi consentiti per ottenere copia dei nastri e su di essi presentare domanda di revoca del provvedimento cautelare;

(b) deducibilità in sede di riesame. Altro orientamento¹⁸ riteneva che la richiesta di accesso dovesse essere presentata al P.M. in tempo utile rispetto alla procedura del riesame, stante le rigide scadenze per essa previste, così da consentire che il P.M. fosse in grado di soddisfare la richiesta del difensore, e ove necessario porre tempestivamente a disposizione del Tribunale del riesame le registrazioni stesse (che non era obbligato a trasmettere al G.i.p.). Qualora il diritto fosse esercitato dalla difesa con congruo anticipo rispetto alla procedura di riesame, la violazione del diritto di ottenere le copie della traccia fonica, traducendosi in una violazione del diritto di difesa, avrebbe originato una nullità, non assoluta, in quanto non riconducibile all’art. 179 c.p.p., e quindi suscettibile di sanatoria *ex art.* 183 c.p.p.

La dottrina era tendenzialmente orientata nel senso che, in caso di mancato o ritardato accesso (se pregiudizievole) dovesse ravvisarsi una nullità (stante la funzionalità dell’accesso al concreto esercizio del diritto di difesa, alla stregua di quanto ritenuto in giurisprudenza con riferimento alla violazione dell’art. 293, comma 3, c.p.p.); in particolare, si sarebbe trattato di una nullità a regime intermedio, riguardante gli atti compiuti decorsi cinque giorni (termine desunto dall’art. 268 c.p.p.) dalla presentazione della richiesta di accesso, ove quest’ultima fosse preordinata all’esercizio del diritto di difesa nell’ambito delle attività propedeutiche alla formazione degli stessi. Si era anche sostenuto che, dopo la riforma del sistema probatorio operata dalla legge n. 63 del 2003, in virtù del «nuovo» art. 273, comma 1-*bis*, c.p.p. (che impone al giudice di controllare la validità del «risultato» probatorio, ovvero se sia stata rispettata la

¹⁸ Sez. VI, 26 marzo 2009, n. 19150, Ben El Kodja, rv. 243320; Sez. V, 24 giugno 2009, n. 39930, Richiamo ed altri, rv. 245379; Sez. III, 9 novembre 2009, n. 46704, Kasa D., rv. 245407; Sez. I, 10 novembre 2009, n. 44226, Campolo ed altri, rv. 245688; Sez. II, 18 dicembre 2009, n. 4021/10, Fantini; Sez. I, 14 gennaio 2010, n. 46414, Cavalieri, non massimata.

disposizione di cui all'art. 268, comma 1, c.p.p.), il P.M. avrebbe dovuto allegare alla domanda cautelare la registrazione relativa alle operazioni d'intercettazione.

Con la sentenza del **22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala, rv. 246907 - 8**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi di diritto così massimati:

Massime n. 246906 – 8

In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al pubblico ministero, e non al giudice per le indagini preliminari che ha emesso il provvedimento cautelare.

In tema di riesame, l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire al difensore, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Ne consegue che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, nono comma, cod. proc. pen., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio "de libertate". (In motivazione, la Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le

ragioni testé indicate, non preclude al G.I.P. di accogliere una nuova richiesta cautelare, se corredata dal relativo supporto fonico)

In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale "de libertate", obbligo il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M. (In motivazione, la Corte ha precisato che, al fine di porre il pubblico ministero in grado di adempiere tale obbligo, è del pari necessario che la richiesta del difensore venga tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente ricordato che la Corte Costituzionale¹⁹, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, aveva osservato che, alla stregua del diritto vivente, *“in caso di incidente cautelare, se il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta di misura restrittiva della libertà personale, può depositare, a supporto della richiesta stessa, solo i <<brogliacci>> e non le registrazioni delle comunicazioni intercettate”*, e che *“la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica”*.

¹⁹ Sentenza n. 336 del 2008.

Aveva, quindi, ritenuto che “l’ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, c.p.p.), anche sommarie”, e che “la possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i <<brogliacci>> a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell’indagato, se giustificata dall’esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa di accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale”.

Aveva, poi, considerato che, “in caso di richiesta ed applicazione di misura cautelare personale..., le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria”, con la conseguenza che “la lesione del diritto di difesa garantito dall’art. 24, secondo comma, Cost., si presenta quindi nella sua interezza, giacché la limitazione all’accesso alle registrazioni non è bilanciata da alcun altro interesse processuale riconosciuto dalla legge”.

Aveva, ancora, sottolineato che “l’interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”, e che, pertanto, “i difensori devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest’ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria”, ed “il diritto all’accesso implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime”.

Aveva, infine, osservato che il conseguimento di tale diritto non può essere assicurato dalla disciplina di cui all’art. 116 c.p.p., giacché “la suddetta norma (...), vista congiuntamente all’art.

43 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, non attribuisce – secondo la giurisprudenza di legittimità – un diritto incondizionato alla parte interessata ad ottenere copia degli atti, ma solo una mera possibilità”.

Il ricordato intervento della Corte costituzionale non aveva riguardato l’assetto normativo delineato dall’art. 309 c.p.p., “*ma è di tutta evidenza come quella regola affermata dal Giudice delle leggi incida, poi, (anche) sulla procedura di riesame, segnatamente sotto il versante dell’esercizio del diritto di difesa, delle prospettazioni di merito in quella sede proponibili, del controllo attuale del giudice sulla sussistenza degli elementi giustificativi della imposta misura cautelare, alla stregua della evidenza procedimentale delineata e concretizzata dagli atti tutti al riguardo presentati dal pubblico ministero a supporto della richiesta di emissione del provvedimento coercitivo: inequivoco, d’altronde, è il riferimento della Corte Costituzionale a <<tutti i rimedi previsti dalle norme processuali>>”.*

Dopo aver ricostruito i contrapposti orientamenti, le Sezioni Unite hanno rilevato che “*il diritto di accesso, così come configurato dalla Corte Costituzionale, è riconosciuto solo al difensore: soltanto a questo, difatti, l’art. 268, sesto comma, cod. proc. pen., riconosce <<la facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche>>; e, quanto al procedimento di riesame, l’art. 309, ottavo comma, cod. proc. pen., ancora una volta riconosce solo al difensore la facoltà di esaminare gli atti e di estrarne copia; solo al diritto di accesso del difensore ha fatto riferimento la sentenza della Corte Costituzionale”.*

Senza alcun dubbio, il rilascio della copia spetta al P.M., poiché i documenti in questione si trovano, nel corso delle indagini preliminari, nella sua disponibilità materiale e giuridica; e, d’altro canto, “*solo il pubblico ministero è in grado di procedere alla selezione delle registrazioni all’uopo rilevanti, nell’intero contesto di tutte quelle effettuate, ad individuare solo quelle poste a fondamento della richiesta della misura cautelare ed a verificare, quindi, gli eventuali limiti al rilascio delle copie richieste, in relazione alla tutela della riservatezza di altri soggetti estranei ai fatti, le cui conversazioni siano state*

captate, o a contenuti delle registrazioni che non siano rilevanti ai fini che occupano”.

Il diritto all’acquisizione della copia può concernere solo le intercettazioni i cui esiti captativi siano stati posti a fondamento della richiesta della emissione del provvedimento cautelare, non altri, diversi esiti captativi concernenti persone diverse dall’indagato e non rilevanti al fine di valutare la posizione indiziaria di quest’ultimo, ed è esercitabile dopo la notificazione o l’esecuzione dell’ordinanza che dispone una misura cautelare personale, come espressamente specificato dalla Corte Costituzionale; *“essendo esso finalizzato ad <<esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali>>, non è dato individuare un termine ad quem nella proposizione dell’atto che quel rimedio sollecita, in particolare nella proposizione della richiesta di riesame, nel senso, cioè, che quella istanza debba necessariamente intervenire prima della richiesta di riesame: nessun termine perentorio al riguardo è ravvisabile ai sensi dell’art. 173 c.p.p.; la richiesta di riesame può non enunciare i motivi della sua proposizione (art. 309, comma 6, c.p.p.) e può riguardare anche profili ulteriori e diversi da quello in questione”.*

Al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo a carico del P.M. di assicurarlo, la cui violazione è sanzionabile disciplinarmente ex art. 124 c.p.p., nonché persino in sede penale.

Si è poi osservato che, pur mancando l’espressa indicazione di un termine entro il quale quella richiesta debba essere esaudita, nondimeno, essendo *“la richiesta della copia finalizzata ad esperire il diritto di difesa nel procedimento incidentale de libertate, ne consegue che essa deve essere rilasciata, comunque, in tempo utile perché quel diritto di difesa possa essere in quella sede esercitato”.* Il relativo termine scaturisce, pertanto, dalla disciplina di cui all’art. 309 c.p.p., il cui primo comma indica in dieci giorni il termine per proporre la richiesta di riesame, ed i cui commi quinto e nono scandiscono le susseguenti scadenze temporali: *“ed altrettanto noti, perché pur essi normativamente prefigurati, sono gli ancor più ristretti termini per l’interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.). Tanto appare comportare, sotto il profilo organizzativo, la opportunità che il pubblico ministero, al momento di formulare la richiesta del*

provvedimento cautelare, si attrezzò anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla sentenza della Corte Costituzionale”.

Naturalmente, al fine di consentire al P.M. la possibilità di adempiere il proprio obbligo, è del pari necessario che la richiesta venga proposta in tempo utile rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali, e segnatamente, per quanto nella specie rileva, dall’art. 309, comma 9, c.p.p.: *“tanto va considerato tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni (poche o moltissime; facilmente estrapolabili o meno; ecc.). Ove il pubblico ministero ritenga che le copie richieste non possano, per tali o altri simili motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest’ultimo la disponibilità dell’intero compendio delle attività captative. Se quella cadenza temporale non è possibile ragionevolmente osservare, per essere stata la richiesta proposta in tempo non utile ad essere assolta, o a motivatamente giustificare la impossibilità di adempiere alla stessa, prima della relativa udienza camerale, anche alla stregua delle ragioni prospettate dal pubblico ministero, il tribunale del riesame deve comunque decidere alla stregua degli atti trasmessigli nel termine impostogli dalla legge”.*

Il mancato rilascio della copia degli atti richiesti in tempo utile potrà essere fatto valere dinanzi al Tribunale del riesame ed appello *de libertate*, chiamato a verificare, alla stregua degli artt. 273, 274, 275 e 280 c.p.p., la legittimità della adozione della misura cautelare, avendo anzitutto riguardo alla situazione processuale coeva al provvedimento impugnato, senza, tuttavia, omettere di valutare anche gli elementi sopravvenuti purché adottati nell’udienza camerale: *“l’eventuale accertamento della difformità tra le indicazioni contenutistiche indicate nei <<brogliacci>> e l’effettivo tenore delle conversazioni captate è elemento di valutazione sopravvenuto alla situazione rappresentata e, in quanto tale, esaminata dal giudice che impose la misura, deducibile davanti al giudice del riesame che deve, a quel momento, deliberare la sussistenza, tra l’altro, delle*

condizioni di cui al precitato art. 273 c.p.p. Può soggiungersi che la regola della deducibilità del novum nel procedimento incidentale de libertate trova applicazione anche nel procedimento di appello, ex art. 310 c.p.p., improntato al principio devolutivo, in relazione ad elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti, pur sempre nell'ambito dei confini segnati dal devolutum; in particolare, non si è revocata in dubbio alcuno la possibilità che al difensore, nel giudizio di appello de libertate, sia consentito, dopo aver esaminato gli atti su cui si fonda l'ordinanza appellata e nel contraddittorio camerale, produrre a favore del proprio assistito la documentazione relativa a materiale informativo, sia preesistente che sopravvenuto, acquisito anche all'esito di investigazioni difensive”.

In definitiva, l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate “è finalizzato proprio al controllo della legittimità della misura genetica emessa nei confronti dell'indagato: e proprio tale scrutinio è demandato al giudice del riesame”. Naturalmente, la circostanza che il P.M. non abbia ottemperato tempestivamente alla richiesta di accesso alle registrazioni e di trasposizione su nastro magnetico delle conversazioni o comunicazioni captate dovrà essere portata a conoscenza del giudice del riesame su impulso della parte interessata, sulla quale grava, pertanto, uno specifico onere di allegazione e probatorio, laddove, in caso contrario, si avrebbe rinuncia implicita alla possibilità di contestare la <<presunzione d'esistenza e di conformità>> del contenuto dei <<brogliacci>> a quello delle conversazioni o comunicazioni captate, ed il Tribunale del riesame non sarebbe tenuto, *ex officio*, a disporre nessun accertamento al riguardo: “*ne consegue che il rilievo non può essere formulato per la prima volta in Cassazione*”.

Al contrario, se l'omissione abbia costituito oggetto di specifica e documentata doglianza, il giudice del riesame è attributario, in relazione ai successivi accertamenti dei quali dovesse ravvisarsi la necessità, di poteri officiosi: “*tale attività officiosa può, peraltro, essere compiuta solo in tempi utili per l'espletamento delle conseguenti incombenze e la valutazione dei relativi esiti entro l'improcrastinabile termine nel quale il tribunale deve rendere la sua decisione, ai sensi dell'art. 309, comma 9, c.p.p.*”.

Quanto alle conseguenze dell'ingiustificato diniego di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta cautelare del P.M., le Sezioni Unite hanno ritenuto che:

(a) non si determina la nullità del provvedimento impositivo genetico, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti dal P.M. a sostegno della sua richiesta;

(b) non risultano inutilizzabili gli esiti delle captazioni effettuate, perché l'inutilizzabilità scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, comma 1, c.p.p.;

(c) non si verifica la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302, 303, 309, comma 10, c.p.p.).

Si determina, al contrario, *“un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per l'illegittima compressione del diritto di difesa che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.”*, che, se tempestivamente e ritualmente dedotto in sede di riesame, e se riconosciuto sussistente dal giudice, comporta che *“egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica. Esso, difatti, è stato, bensì, legittimamente considerato, nella sua forma cartacea, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale distrettuale (ri)esaminare la sussistenza delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata. In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo*

quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso”.

Il giudice del riesame “dovrà, semmai, procedere alla c.d. prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario. Se, invece, il provvedimento cautelare si fondi decisamente su quel dato, quella nullità tempestivamente e ritualmente dedotta comporta l’annullamento della ordinanza cautelare, proprio perché la verifica effettuata nel giudizio di riesame induce ad una valutazione di insussistenza del richiesto grave quadro indiziario. E lo stesso è da dirsi, mutatis mutandis, nel caso di appello cautelare, ex art. 310 c.p.p.”.

L’eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni innanzi indicate, non precluderebbe, peraltro, al P.M. la possibilità di reiterare la richiesta, ed al G.i.p. di accoglierla, se la nuova richiesta sia, questa volta, corredata dal relativo supporto fonico, e non più solo cartaceo, e ciò perché *“l’effetto preclusivo endoprocedimentale dispiega i suoi effetti quando la nuova misura cautelare venga richiesta sugli stessi presupposti ed elementi già esaminati e decisi, quando il quadro processuale e probatorio rimanga integro ed immutato ed immutata rimanga, perciò, la già esaminata situazione processuale e probatoria di riferimento. Tale effetto, invece, non si verifica ove, a seguito di nuovi e diversi elementi, venga a mutare il quadro probatorio di riferimento in relazione al quale è stata esaminata la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la imposta misura cautelare, perché in tal caso, la nuova richiesta si fonda su dati probatori che non hanno costituito oggetto di valutazione da parte del precedente giudice della cautela ed alla stregua di questi la richiesta e la misura possono essere rispettivamente nuovamente formulata e disposta. Se, quindi, il tribunale del riesame non abbia valutato la situazione probatoria in riferimento agli esiti delle intercettazioni, a causa della suindicata nullità, ove questi vengano, poi, legittimamente acquisiti con la produzione della traccia fonica, muta il quadro di riferimento probatorio, ed alla stregua di quello così diversamente delineatosi il giudice della cautela è*

pienamente integrato nel suo potere-dovere di valutare, a quel momento, la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la nuova richiesta di misura cautelare”.

Nel caso in cui la predetta nullità venga riscontrata e dichiarata solo in sede di legittimità, il provvedimento impugnato, affetto da tale vizio, andrebbe annullato con rinvio, comportando la dichiarazione di nullità la regressione del procedimento allo stato in cui è stato compiuto l’atto nullo e la necessità della rinnovazione di quest’ultimo, con emenda dei vizi riscontrati (art. 185 c.p.p.); in sede di rinvio, non più soggetto ai termini perentori indicati dall’art. 309, comma 10, c.p.p., il Tribunale del riesame sarebbe reintegrato *in toto* nei suoi poteri-doveri.

2. Riparazione per l’ingiusta detenzione: la rilevanza ostativa del dolo o colpa grave dell’istante nei casi di cui all’art. 314, comma 2, c.p.p.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la condizione ostativa al riconoscimento del diritto all’equa riparazione per ingiusta detenzione, consistente nell’aver dato o concorso a dare causa alla misura cautelare per dolo o colpa grave, operi anche nel caso di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 cod. proc. pen.>>.

Un orientamento, sostenuto da una sola decisione²⁰, riteneva che “*in tema di equa riparazione, ostacolo alla concessione del beneficio e' l'efficienza causale della condotta del richiedente nella determinazione dello stato di detenzione anche nell'ipotesi di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle condizioni di applicabilita' di cui agli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., accertata ex post all'esito del dibattimento*”.

²⁰ Sez. IV, 23 gennaio 2009, n. 6628, Totaro, rv. 242727.

La natura solidaristica dell'istituto avrebbe giustificato la scelta del Legislatore, compatibile con i parametri costituzionali, di escludere il diritto alla riparazione in tutti i casi in cui l'interessato, per dolo o colpa grave, abbia dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare sofferta: *“proprio in ragione della natura e del fondamento dell'istituto in parola, deve ritenersi che la previsione dei limiti al riconoscimento del diritto all'equa riparazione, lungi dal configurare una condizione negativa limitata soltanto all'ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., comma 1, costituisce un limite interno allo "stesso diritto" che opera, sempre ed in ogni caso, nei confronti dei richiedenti che hanno colposamente o dolosamente dato causa o concorso a dare causa alla detenzione ingiusta”*.

Ne deriverebbe l'impossibilità di operare una distinzione tra il diritto alla riparazione nei casi di cui al comma 1 ed in quelli di cui al comma 2 dell'art. 314 c.p.p., sì da giungere ad affermare che solo nel primo caso si impone la verifica dell'efficacia causale della condotta, in ipotesi dolosa o gravemente colposa, tenuta dall'imputato: *“tale distinzione, infatti, finisce per rendere disomogenee, rispetto al fondamento e alla ratio legis, le due ipotesi di riparazione, con evidenti problemi di compatibilità costituzionale, quanto meno sotto il profilo della ragionevolezza. Alla luce anche di una lettura costituzionalmente orientata della norma in contestazione, si deve, allora, ritenere che la condotta ex ante tenuta dalla persona sottoposta a misura custodiale debba essere necessariamente valutata anche nell'ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., comma 2”*.

Tale conclusione non risultava decisamente contrastata dall'interpretazione meramente letterale della norma (l'art. 314, comma 2, c.p.p. non richiama pedissequamente l'ultimo inciso del comma 1); le ipotesi di cui al comma 1 e quelle di cui al comma 2 dell'art. 314 c.p.p. si distinguerebbero, infatti, soltanto in riferimento alle ragioni dell'obiettivo ingiustizia della privazione della libertà personale.

Questo orientamento era sostenuto dalla dottrina dominante, a parere della quale il principio generale di autoresponsabilità della condotta individuale consentiva – superando il dato letterale - di affermare l'efficacia della predetta condizione ostativa anche con riguardo ai casi di c.d. ingiustizia formale della detenzione.

Altro orientamento riteneva che “*la condizione ostativa contenuta nel 1° comma dell’art. 314 (non avere dato o concorso a dare causa alla misura cautelare per dolo o colpa grave) non [fosse] applicabile all’ipotesi di ingiustizia formale in cui l’illegittimità della custodia sia stata accertata con giudicato cautelare, con la conseguenza che il titolo legittimante il riconoscimento del diritto ex art. 314, 2° comma, c.p.p. si concretizza unicamente nel provvedimento irrevocabile anzidetto*”²¹.

Questo orientamento era sostenuto dalla dottrina minoritaria, che valorizzava la collocazione della causa ostativa *de qua* (non aver dato causa alla detenzione ingiusta con dolo o colpa grave) all’interno del primo comma dell’art. 314 c.p.p., quale indice della precisa volontà del Legislatore di limitarne l’efficacia con riguardo alle sole ipotesi di c.d. ingiustizia sostanziale della detenzione.

La Relazione al Progetto preliminare del c.p.p. (p. 171, all. 5), nell’evidenziare che erano stati previsti due grandi gruppi di ipotesi di custodia cautelare, nelle quali si profilavano i presupposti di una situazione di <<ingiustizia>> rilevante ai fini di una <<equa riparazione>>, sembrava ricollegare la possibile valenza ostativa (alla riparazione per l’ingiusta detenzione) del dolo o colpa grave dell’istante, ai soli casi di cui all’art. 314, comma 1, c.p.p. (c.d. ingiustizia sostanziale).

La *ratio* solidaristica dell’istituto della riparazione per ingiusta detenzione (valorizzata dalla dottrina certamente dominante) sembrava indurre a ritenere che il dolo e/o la colpa grave dell’istante avessero sempre valenza ostativa, sia nei casi di cui all’art. 314, comma 1 (in presenza di espressa previsione di legge), che in quelli di cui al comma 2 della norma (pur in difetto di analoga previsione di legge). Tuttavia, il dato letterale (cui i Lavori preparatori mostrano di attribuire il significato di consapevole contraria opzione del Legislatore) sembrava indurre a conclusioni opposte: in tal senso, l’opzione poteva sembrare inevitabile, da un punto di vista logico, considerata l’impossibilità di ricollegare

²¹ Sez. IV, 16 aprile 2009, n. 28599, Fortunato, rv. 244686; nel medesimo senso, Sez. IV, 14 febbraio 2007, n. 10985, Aligi ed altro, rv. 236201, e Sez. IV, 4 giugno 2009, n. 38192, Catacchio, rv. 245310, non massimata sul punto.

causalmente al dolo o colpa grave dell'istante l'emissione di una misura cautelare detentiva che si affermi *ex post*, con decisione irrevocabile, essere stata comunque (e, quindi, nonostante il comportamento in ipotesi incauto del soggetto che ne sia risultato destinatario) indebitamente disposta.

Con la sentenza del **27 maggio – 30 agosto 2010, n. 32383, D'Ambrosio, rv. 247663**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247663

La circostanza di avere dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare per dolo o colpa grave opera, quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, anche in relazione alle misure disposte in difetto delle condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen.. (La Corte ha, peraltro, precisato che tale operatività non può concretamente esplicarsi, in forza del meccanismo causale che governa l'indicata condizione ostativa, nei casi in cui l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura in oggetto avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha reso il provvedimento cautelare, in ragione unicamente di una loro diversa valutazione).

Premesso che l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione è stato introdotto nel nostro sistema solo con il nuovo codice di procedura penale del 1989, in adeguamento (art. 2, comma 1, l. delega n. 81 del 1987) alle Convenzioni internazionali ratificate dal nostro Paese e relative ai diritti della persona ed al processo penale²², e che la disciplina dell'istituto introdotta dal Legislatore è, per certi aspetti, più ampia e, per altri, più ristretta dell'ambito ad

²² Tali fonti si identificano in particolare nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge n. 848 del 4 agosto 1955, e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1977.

esso riconosciuto dalle citate fonti internazionali, e riepilogati i plurimi interventi della giurisprudenza costituzionale in argomento, oltre che i contrapposti orientamenti giurisprudenziali, le Sezioni Unite hanno aderito al primo degli indirizzi innanzi riportati, osservando, innanzi tutto, che il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione è definito, in via diretta ed espressa, solo nel primo comma dell'art. 314 c.p.p. (che parla di <<diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora [il soggetto] non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave>>), laddove il secondo comma dice che <<lo stesso diritto spetta>>: “se, dunque, il diritto in questione è definito, nelle sue componenti positiva (riparazione per la custodia cautelare subita) e negativa (non aver dato o concorso a dare causa alla custodia per dolo o colpa grave), nel primo comma dell'articolo, è interpretazione del tutto fedele alla lettera della legge quella secondo cui il diritto oggetto del richiamo operato dal secondo comma sia inclusivo di entrambe le dette componenti”.

L'esattezza della tesi sostenuta dalle Sezioni Unite trova conferma nella *ratio* dell'istituto della riparazione, il cui fondamento giuridico è ravvisato dalla giurisprudenza (sia costituzionale, che di legittimità) “nel rischio funzionale inerente intrinsecamente all'esercizio della giurisdizione penale cautelare, comportante di per sé l'accollo per lo Stato di un onere riparatorio nei confronti di chi, per effetto di quell'esercizio, abbia subito una lesione nel bene fondamentale della libertà personale, che lo stesso Stato abbia poi comunque giudicato oggettivamente (a prescindere cioè da qualsiasi profilo di illiceità nella condotta dell'organo che l'abbia causata) ingiusta”.

Le Sezioni Unite hanno anche osservato “da un lato, che è riduttivo parlare di <<ingiustizia formale>> per la ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. e, dall'altro, che, all'interno di questa, l'accertamento, con valutazione ex ante, della insussistenza originaria delle condizioni ex artt. 273 e 280 c.p.p. per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale è solo una species del genus accertamento, comunque avvenuto, della ingiustizia obiettiva costituita da tale insussistenza. L'elemento della accertata 'ingiustizia' della custodia patita, che caratterizza entrambe le ipotesi del diritto alla equa riparazione (diverse solo per le ragioni che integrano l'ingiustizia stessa) ne disvela il comune

fondamento e ne impone una comune disciplina quanto alle condizioni che ne legittimano il riconoscimento. Tale ricostruzione, conforme alla logica del principio solidaristico, implica in definitiva l'oggettiva 'inerenza' al diritto in questione, in ogni sua estrinsecazione, del limite della non interferenza causale della condotta del soggetto passivo della custodia".

D'altro canto, le fonti sovranazionali che riconoscono il diritto all'indennizzo in favore di chi sia stato <<vittima>> di una detenzione illegale, *"legittimano comunque una disciplina interna che preveda l'esclusione dal beneficio di chi, avendo contribuito con la sua condotta a causare la restrizione, non possa esserne considerato propriamente <<vittima>>. Una simile interpretazione concilia pienamente, fra l'altro, le dette fonti con il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione (e il principio, che ne è alla base, di cui all'art. 2 Cost., seconda parte), alla cui stregua è ragionevole che il ristoro assicurato dall'ordinamento sia riconosciuto a chi abbia <<patito>>, e non concorso a determinare, l'applicazione del provvedimento restrittivo".*

Peraltro, l'insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura custodiale può emergere non soltanto da elementi cognitivi acquisiti successivamente al procedimento cautelare, ma anche all'interno di tale procedimento, nel quale, com'è noto, è ammessa la produzione, in sede impugnatoria, di nuovi elementi istruttori²³, con la conseguente possibilità di una decisione basata su un materiale diverso e arricchito rispetto a quello conosciuto dal GIP.

In proposito, le Sezioni Unite hanno conclusivamente precisato che il giudice della riparazione dovrà verificare *"se l'accertamento dell'insussistenza ab origine delle condizioni di applicabilità della misura custodiale sia avvenuto (vuoi nel procedimento cautelare vuoi nel procedimento di merito) sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del*

²³ Con riferimento al riesame, cfr. Sez. VI, 2 dicembre 1992, Pedicini, rv. 192766; Sez. IV, 23 marzo 2004, n. 41151, rv. 231000; Sez. II, 14 novembre 2007, n. 6816, rv. 239432; con riferimento all'appello, cfr. Sez. VI, 3 novembre 1997, Eliseo; Sez. 3, 13 dicembre 2005, n. 2924/06, rv. 233264; Sez. 2, 21 dicembre 2006, n. 7225/07, rv. 235935.

provvedimento della cautela, o alla stregua di un materiale contrassegnato da diversità (purché rilevante ai fini della decisione) rispetto ad essi, posto che la problematica della condotta sinergica viene praticamente in rilievo solo nel secondo e non anche nel primo dei suddetti casi”.

Cap. 5.

Indagini preliminari e udienza preliminare.

1. Chiusura delle indagini. Archiviazione: il rito da seguire all'esito delle indagini "coartate".

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se, dopo l'espletamento delle indagini disposte in esito al non accoglimento, su opposizione della persona offesa, di una prima richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari, riproposta dal pubblico ministero la richiesta di archiviazione, sia tenuto a provvedere in udienza camerale o possa decidere in assenza di contraddittorio>>.

Un orientamento riteneva che *"qualora il P.M. ritenga, dopo lo svolgimento dell'ulteriore attività di indagine disposta dal G.i.p. che non ha accolto la richiesta di archiviazione a seguito di opposizione della persona offesa, di reiterare la sua istanza, deve essere consentito alla parte che ha proposto l'opposizione di esercitare il suo diritto di difesa anche in ordine ai risultati del supplemento di indagine, sicché il G.i.p., prima di provvedere sulla seconda richiesta di archiviazione, ha l'obbligo di instaurare il contraddittorio e fissare una nuova udienza camerale nelle forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen."*²⁴: il giudice non avrebbe, pertanto, potuto decidere *de plano*, ma - indipendentemente dalla rinnovazione dell'opposizione della persona offesa - avrebbe dovuto instaurare il contraddittorio camerale, per la valutazione, in contraddittorio fra le parti, dei risultati delle nuove indagini. Peraltro, talune pronunce avevano ritenuto la necessità di una nuova opposizione, ma il mero atto oppositivo sarebbe stato, comunque, sufficiente a determinare l'obbligo di

²⁴ Così per prima Sez. I, 21 maggio 1996, n. 3474, Maimone, rv. 205586.

ricostituire il contraddittorio camerale²⁵: a sostegno di queste conclusioni si richiamava, principalmente, il ruolo della persona offesa - particolarmente valorizzato proprio nello stadio delle indagini preliminari entro le quali si colloca il procedimento di archiviazione - nonché lo stato del procedimento il cui svolgimento abbia già di per sé escluso la ricorrenza delle due condizioni che legittimano l'archiviazione *de plano* (inammissibilità dell'opposizione ed infondatezza manifesta che avrebbe reso superflue tali nuove indagini)". Con la conseguenza che la verifica iniziale dell'ammissibilità dell'opposizione e della fondatezza della notizia di reato, positivamente eseguita, non avrebbe consentito una decisione *de plano*²⁶.

Nell'ambito dell'orientamento in esame, era, pertanto, pacifico che, nella fattispecie concretamente devoluta all'esame delle Sezioni Unite, dovesse procedersi con rito camerale; per talune decisioni, tuttavia, questa necessità prescindeva dall'esistenza di una nuova opposizione, mentre altre decisioni mostravano di subordinare la sua adozione alla proposizione della nuova opposizione della p.o., che sarebbe stata comunque di per sé sufficiente a determinare l'obbligo del contraddittorio camerale. Si concordava, peraltro, che la necessità di procedere con rito camerale fondasse sulla necessità di consentire alla persona offesa la discussione sugli esiti delle investigazioni suppletive già disposte dal G.i.p. al termine dell'udienza camerale inizialmente fissata su opposizione della persona offesa alla precedente richiesta di archiviazione.

Altro orientamento riteneva che *“nel caso in cui il P.M. reiteri la richiesta di archiviazione, dopo una precedente richiesta di archiviazione cui avevano fatto seguito l'opposizione e le indagini suppletive, è consentito al G.i.p. provvedere de plano senza fissare l'udienza, ex art. 127 c.p.p., qualora la nuova opposizione sia inammissibile e la notizia di reato sia infondata, in quanto tale facoltà attribuita al giudice dall'art. 410, comma 2, c.p.p., non prevede limitazioni nel*

²⁵ Cfr., in tal senso, Sez. VI, 17 giugno 1998, n. 2174, Cardella, rv. 211791; Sez. V, 6 maggio 2002, n. 23899, Ouatela, rv. 221582; Sez. VI, 16 maggio 2000, n. 2319, Negro, rv. 220551.

²⁶ Cfr., in tal senso, Sez. VI, 30 maggio 2006, n. 21988, Ballarani, rv. 234768; Sez. VI, 13 novembre 2006, n. 40691, Tollari, rv. 235551; Sez. VI, 20 settembre 2009, n. 40113, Pian, rv. 244560; Sez. VI, 8 giugno 1998, n. 2100, Oulai, rv. 211957.

caso di reiterazione dell'opposizione"²⁷. Si evidenziava, tuttavia, che il giudice potrebbe pervenire *de plano* ad una dichiarazione di inammissibilità della nuova opposizione, purché il provvedimento fosse adeguatamente motivato in merito alla maturata completezza delle indagini ed alla superfluità degli ulteriori accertamenti richiesti.

Nell'ambito di questo orientamento, in posizione che potrebbe ben definirsi intermedia, si riteneva anche che i "*margini per la dichiarazione di inammissibilità sono in questo caso più ampi*", in considerazione del ruolo importante e addirittura determinante di vari fattori, quali il fatto che "*il tema delle nuove indagini da svolgere*" sia stato "*già discusso in camera di consiglio*", e che in relazione ad esso il giudice abbia "*provveduto all'esito del confronto tra le tesi delle parti*"²⁸. In altri termini, per queste pronunce, nel caso di reiterazione della richiesta di archiviazione a seguito delle indagini disposte con l'ordinanza di cui all'art. 409, comma 4, c.p.p., il contenuto del sindacato di inammissibilità del G.i.p. sull'opposizione della p.o. sarebbe più ampio.

Era, peraltro, comune la convinzione che, in virtù e per effetto dell'ordinanza che dispone le indagini coartate, si modificano i poteri del G.i.p.: a parere del primo orientamento, in senso limitativo, essendogli precluso di provvedere *de plano*; a parere dell'altro orientamento, in senso estensivo, giacché si amplia il sindacato di inammissibilità dell'opposizione.

Con riguardo alla natura giuridica dell'ordinanza *ex art. 409, comma 4, c.p.p.*, le Sezioni Unite²⁹, investite di due distinte questioni, entrambe attinenti all'ampiezza dei poteri del G.i.p., *ex art. 409, comma 4, c.p.p.*, avevano già posto alcuni punti fermi, esaminando i limiti del potere di controllo del G.i.p., in caso di dissenso sulla richiesta di archiviazione: nel tracciare "*la linea di demarcazione tra l'attività del P.M. ed il potere di controllo del G.i.p.*", si era affermato che "*è abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione, l'ordinanza con*

²⁷ Così Sez. V, 27 ottobre 2000, n. 2825/01, Gismondi, rv. 218831, e Sez. II, 28 aprile 2003, n. 26676, Abbagnato, rv. 225162.

²⁸ In tal senso, Sez. IV, 8 novembre 2001, n. 2009/02, Ianeselli, rv. 220790; Sez. VI, 30 ottobre 1997, n. 4229, Nannarone, rv. 210310; Sez. IV, 27 maggio 2003, n. 34405, Basile, rv. 225718.

²⁹ Sez. Un., 31 maggio 2005, n. 22909, Minervini, rv. 231162 s.

la quale il G.i.p., all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del P.M., dopo aver ordinato l'espletamento di nuove indagini, fissi contestualmente una nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto crea un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio", perché "la fissazione di un'udienza in prosecuzione costituisce, in un simile contesto, un imprevedibile e non previsto vincolo per il P.M. che può andare ad incidere sull'esercizio dell'azione penale a lui rimesso e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o meno degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.)". L'udienza in prosecuzione comporta che il G.i.p. abbia sospeso la propria decisione sulla richiesta di archiviazione, e che il relativo procedimento non si sia concluso, con la conseguenza che, richiesta l'archiviazione (che si pone in rapporto di alternatività con l'esercizio dell'azione penale), al P.M. sarebbe precluso nello stesso procedimento l'esercizio dell'azione penale; a parere delle Sezioni Unite, il provvedimento in questione non sarebbe meramente illegittimo, ma abnorme, ovvero del tutto estraneo al sistema processuale, incompatibile con i principi generali del sistema.

La premessa maggiore posta dalle Sezioni Unite a sostegno di questa conclusione era che l'ordinanza adottata dal G.i.p. ex art. 409, comma 4, c.p.p., in dissenso con la richiesta di archiviazione "fa tornare il procedimento nella iniziativa del P.M., il quale, nel seguire le indicazioni del gip, potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri a lui attribuiti dalla legge, primo fra tutti quello di adottare le determinazioni conseguenti all'esito delle indagini espletate"; in tal modo, si ribadiva implicitamente che l'intervento dell'organo giurisdizionale nel corso delle indagini non riveste carattere <<successivo>> alla fase delle investigazioni condotta dal P.M., ma si pone come incidentale rispetto a detta fase, impedendo al P.M. di assumere un ruolo attivo nella conduzione delle indagini e collocandolo in posizione di terzietà rispetto alle parti, in modo da scongiurare il pericolo di commistioni tra funzioni requirenti e giudicanti.

Le Sezioni Unite avevano anche riconosciuto la natura conclusiva - e non interlocutoria - dell'ordinanza *ex art. 409, comma 4, c.p.p.* con la quale il G.i.p. abbia disposto, in dissenso rispetto alla richiesta di archiviazione, lo svolgersi di ulteriori indagini.

In relazione alla questione controversa non si discuteva, peraltro, in merito ad alcuna udienza di prosecuzione, trattandosi piuttosto di stabilire se, all'esito delle indagini suppletive e delle conseguenti autonome determinazioni del P.M., il G.i.p. conservasse integralmente i poteri attribuitigli in presenza di un'ordinaria richiesta di archiviazione, compreso quello di provvedere, ove ne sussistano i presupposti, *de plano*, o se quest'ultimo potere gli fosse definitivamente precluso, con la conseguenza di dover fissare invariabilmente l'udienza camerale, anche in difetto di una nuova opposizione della p.o.

In proposito, deve necessariamente aversi riguardo alle conseguenze dei principi sanciti dalle stesse Sezioni Unite con la citata sentenza Minervini: attraverso l'affermazione che l'ordinanza di cui all'art. 409, comma 4, c.p.p. "*fa tornare il procedimento nella iniziativa del P.M.*", si era inteso evidenziare che detta ordinanza, ripristinando lo *status quo ante*, non ha natura interlocutoria, ma conclusiva; essa, pertanto, "chiude" il procedimento di archiviazione, comportando la conseguenza che successivamente il P.M. "*potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri a lui attribuiti dalla legge*".

Peraltro, in simmetria con queste conclusioni, ed in assenza di dati normativi suscettibili di indurre a contrarie conclusioni, sembrava doversi ritenere che, chiuso il precedente procedimento ed aperto quello nuovo, anche il G.i.p. potesse esercitare *ex novo* tutti i poteri attribuitigli dalla legge, compreso quello di provvedere *de plano*, secondo il percorso ordinario disegnato dagli art. 409 e 410 c.p.p.; d'altro canto, l'ambito del sindacato sull'ammissibilità dell'opposizione non può certo variare, e quindi non può essere più ampio, ma deve essere quello ordinario stabilito dal Legislatore, in accordo con il precedente insegnamento della Sezioni Unite, a parere delle quali "*le ragioni di inammissibilità, indicate tassativamente dall'art. 410, comma 1, cod. proc. pen., non possono essere dilatate od estese secondo discrezionalità da parte del giudice, né sotto il profilo qualitativo né sotto l'aspetto quantitativo, senza incorrere nella lesione*

dell'interesse della persona offesa di sottoporre a controllo la scelta del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale”, e neppure tali condizioni “possono consistere in valutazioni anticipate di merito ovvero in prognosi di fondatezza”, con la conseguenza che “ogni valutazione di merito anche apoditticamente enunciata – come sembra essere la mera locuzione ‘investigazioni irrilevanti’ con la quale si postula una valutazione prognostica di merito – non può avere ingresso nella verifica dell’idoneità dell’atto introduttivo”³⁰. E, nel caso in cui il G.i.p. ritenga insussistenti le condizioni legittimanti l’instaurazione del contraddittorio camerale, dovrà motivare compiutamente sulle ragioni della ritenuta inammissibilità dell’opposizione della persona offesa, “indipendentemente dall’apprezzamento dell’infondatezza della notizia di reato, costituendo la deliberazione di inammissibilità momento preliminare all’instaurazione del procedimento di archiviazione”³¹.

In dottrina appariva dominante l’orientamento per il quale, avendo l’ordinanza resa *ex art. 409, comma 4, c.p.p.* natura conclusiva e definitiva della relativa procedura incidentale, dopo la sua emissione si restaura lo *status quo ante*, con la conseguenza che, ove all’esito delle indagini “coartate” il P.M. abbia reiterato la richiesta di archiviazione, il sindacato del G.i.p. in ordine ai presupposti di ammissibilità di una nuova opposizione eventualmente presentata dalla p.o. dovrebbe avere la stessa ampiezza del sindacato effettuabile sull’opposizione inizialmente presentata.

Con la sentenza del **27 maggio – 22 giugno 2010, n. 23909, P.O. in proc. Simoni, rv. 247124**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 247124

Il giudice può provvedere “de plano” sulla reiterata richiesta di archiviazione – proposta a seguito di indagini suppletive, indicate dal

³⁰ Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 2, Testa, rv. 204133.

³¹ Sez. Un., 14 febbraio 1996, n. 2, Testa, cit.

giudice a seguito del contraddittorio camerale – qualora la persona offesa non abbia presentato una nuova opposizione ovvero quest’ultima sia inammissibile.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, per risolvere il contrasto, rileva anzitutto la diversa lettura dell’obbligo di esercizio dell’azione penale nel Codice di rito vigente, rispetto a quello preesistente: il rito inquisitorio prevedeva che il P.M., in alternativa alla propria istruzione sommaria, chiedesse nei casi complessi al giudice di svolgere l’istruzione formale; quando era invece formulata la richiesta di archiviazione, il giudice istruttore poteva disporre con ordinanza che egli stesso proseguisse le indagini (art. 74, comma 2, c.p.p. 1930), nel rispetto dell’art. 112 Cost., perché il diritto vivente riteneva che la richiesta d’archiviazione del P.M. costituisse forma residua di esercizio dell’azione penale³²; ed anche a seguito del mutamento del rito, la giurisprudenza costituzionale ha riaffermato l’intangibilità del principio di obbligatorietà dell’azione penale, osservando che il rito accusatorio, teso ad evitare la <<superfluità del processo>>, affida al G.i.p. il controllo che il P.M. non si sottragga all’obbligo di esercizio di azione penale per <<mera inopportunità>>³³.

Attualmente, se la richiesta del P.M. risponde al parametro di inidoneità degli elementi acquisiti, il G.i.p. decreta incensurabilmente l’archiviazione; in caso contrario, dispone che il P.M. prosegua le indagini o eserciti l’azione penale, instaurando in entrambi i casi il contraddittorio, che ha in ciascuno dei predetti casi, diversa funzione.

Le alternative s’incentrano sulla sufficienza delle indagini svolte: se il G.i.p. le ritiene insufficienti, non accoglie la richiesta di archiviazione e fissa con ordinanza l’udienza camerale, cui partecipano l’indagato e la persona offesa, ed all’esito indica al P.M., se necessarie, le ulteriori indagini da compiere; se le

³² La Corte Costituzionale aveva, infatti, affermato l’intangibilità del principio di obbligatorietà dell’azione penale da parte del P.M., volto ad assicurare l’uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge: cfr. Corte cost., sentenza n. 84 del 1979.

³³ Corte cost., sentenza n. 88 del 1991 che ha ritenuto legittimo il dettato dell’art. 125 disp. att. c.p.p.

ritiene sufficienti, il G.i.p. dispone che il P.M. formuli l'imputazione (ovvero che eserciti l'azione penale), entro dieci giorni. Nel primo caso, dunque, la legge prevede un <<contraddittorio incidentale>>, a seguito del quale il G.i.p. indica in ordinanza al P.M. le altre indagini da svolgere o archivia la notizia di reato per infondatezza, restituendogli gli atti: *“la conclusione ineludibile è che, se l'indagato non può sottrarsi alla prosecuzione d'indagini, né l'offeso contestare l'archiviazione della notizia di reato, l'ordinanza conclusiva del g.i.p., sia o non propulsiva, è destinata esclusivamente al pubblico ministero”*.

Al fine propulsivo, la persona offesa può offrire un contributo al G.i.p., in ragione della sua conoscenza del fatto: l'art. 408 c.p.p. la autorizza a proporre opposizione entro dieci giorni dalla notifica d'avviso della richiesta di archiviazione, di cui abbia già chiesto al P.M. di essere eventualmente informata, e l'art. 410, comma 1, c.p.p. prevede che, con tale opposizione, la persona offesa <<chieda la prosecuzione delle indagini, indicando a pena di inammissibilità l'oggetto di investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova>>. Se il G.i.p. ritiene le indicazioni dell'opponente rilevanti e pertinenti, cioè tali da dimostrare che la richiesta di archiviazione del P.M. non vada accolta per incompiutezza delle indagini (difetto d'iniziativa del P.M., non erronea valutazione d'infondatezza della notizia), fissa l'udienza camerale; tuttavia, il G.i.p. può dichiarare inammissibile l'opposizione non autorizzata o tardiva, e disporre ugualmente l'udienza camerale, per indicare al P.M. proprio le indagini già suggerite dalla persona offesa: *“la proposizione dell'opposizione non è dunque per sé condizione di prosieguo del contraddittorio già instaurato. E non lo è nemmeno la consecutiva ordinanza del G.i.p.”*, cui spetta un potere di controllo sull'intera *notitia criminis* con facoltà di estenderla a persone diverse, imponendo al P.M. l'iscrizione relativa dei nomi nel registro delle notizie di reato e la prosecuzione delle indagini, ma non quello di fissare contestualmente nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto così si creerebbe un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, sicché sotto questo profilo il suo provvedimento ordinatorio è abnorme.

A parere delle Sezioni Unite, è evidente che, compiute le ulteriori indagini, il P.M. è ripristinato nella facoltà di richiedere l'archiviazione, dandone avviso alla persona offesa, che ha conservato il diritto di esserne informata a sensi dell'art. 408 c.p.p.; e la nuova opposizione non obbliga il G.i.p. ad emettere ordinanza per la fissazione di camera di consiglio, se la riconosce inammissibile, e ritiene conseguentemente di accogliere la reiterata richiesta di archiviazione del P.M.: ciò in quanto, come osservato dalle Sezioni Unite, *“il processo dev'essere non solo necessario, (...), ma anche di durata ragionevole, come rammenta la sopravvenuta novella dell'art. 111 Cost.”*.

Il rispetto combinato dei due principi *“è connaturato al sistema, che ha invertito l'economia del rito, confinando anzitutto la fase delle indagini in termini rigorosi, seppur prorogabili (art. 405 ss. c.p.p.) e correlando il contributo dell'offeso all'esigenza di proseguire le indagini in precisa direzione. La garanzia del contraddittorio incidentale assume dunque rilievo solo se funzionale alla prospettiva di esercizio dell'azione penale, in ipotesi di valutazione del g.i.p. discorde da quella del P.M. sulla sufficienza delle acquisizioni per decidere se archiviare, come richiestogli o che il P.M. eserciti l'azione penale. L'opposizione ha il fine di offrire al g.i.p. contributo conoscitivo. Ed il contraddittorio incidentale gli consente di riceverlo, eventualmente sulla premessa che l'opposizione è ammissibile, anche dall'indagato (posto che il P.M. deve accertare del pari quanto è a suo favore, giusto l'art. 358 c.p.p.) in posizione di terzietà, quando il g.i.p. ritiene di dover disporre il prosieguo delle indagini. Non ha altra funzione, se infine si osserva che l'art. 414 c.p.p. prevede che, disposta l'archiviazione, il g.i.p. possa riaprire le indagini con decreto motivato, su richiesta del P.M. motivata con l'esigenza di nuove investigazioni”*.

Alla luce di queste considerazioni, si è ritenuto che la soluzione della questione controversa fosse che *“il G.i.p. può provvedere con decreto se non vi sia nuova opposizione o se questa sia inammissibile”*.

Cap. 6

Esecuzione.

1. Il procedimento: principio della preclusione processuale e sopravvenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il mutamento di giurisprudenza intervenuto medio tempore con decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata>>.

Il contrasto è stato in fatto originato da una decisione delle Sezioni Unite³⁴ che, superando l'orientamento in precedenza dominante, ha riconosciuto che *“l'indulto si applica anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate”*.

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, sulla questione rimessa alle Sezioni Unite - relativa alla possibilità di qualificare il mutamento di giurisprudenza come nuovo elemento di diritto idoneo a rendere ammissibile la riproposizione dell'istanza già respinta dal giudice dell'esecuzione – erano enucleabili due diversi orientamenti, peraltro entrambi specificamente formati in relazione a materie diverse da quella dell'applicazione dell'indulto.

L'orientamento prevalente affermava che il mutamento di giurisprudenza non rappresenta un elemento nuovo che consenta di riproporre la questione già respinta in un precedente procedimento di esecuzione, rimuovendo la preclusione del c.d. “giudicato esecutivo”³⁵.

³⁴ Sez. Un., 10 luglio 2007, n. 36527, Napoletano, rv. 240399.

³⁵ In questo senso si erano espresse Sez. I, 11 marzo 2009, n. 23817, Cat Berro, rv. 243810 (che in motivazione aveva precisato quanto segue: *“se è vero infatti che in sede esecutiva il principio della immutabilità, valendo esso rebus sic stantibus, appare attenuato rispetto alla irrevocabilità delle*

L'opposto orientamento riteneva che il mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale – e, segnatamente, quello concretatosi in una pronuncia delle Sezioni Unite – può integrare una nuova motivazione giuridica che rende ammissibile la riproposizione al giudice dell'esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata³⁶.

Con riguardo ai limiti della preclusione processuale nel procedimento di esecuzione, soffermandosi sulle caratteristiche di fondo del procedimento di esecuzione, la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito che anche in esso è operante il principio della preclusione processuale derivante dal divieto di *bis in idem*, nel quale si inquadra la regola dettata dall'art. 666, comma 2, c.p.p.; tale preclusione processuale si applica qualora la successiva istanza “*sia fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto di quella*

sentenze e dei decreti penali, i limiti del riesame dei provvedimenti adottati in sede esecutiva (nonché di quelli cautelari e di sorveglianza) devono tuttavia ritenersi rigorosi e comunque subordinati di fatti nuovi o non considerati che incidano sulla situazione esecutiva in atto, fra i quali non possono certo essere annoverate prospettazioni diverse dei medesimi fatti ovvero evoluzioni giurisprudenziali di norme giuridiche già diversamente interpretate o applicate>>”; Sez. V, 27 aprile 2004, n. 25079, Giovannini, rv. 229868, per la quale “il mutamento di giurisprudenza e, quindi, di interpretazione di una norma, non può essere considerato assimilabile al mutamento del dato normativo che darebbe, invece, origine ad una nuova questione di diritto”; Sez. I, 28 marzo 1995, n. 1876, Marchesi, rv. 201624, per la quale “i limiti del riesame di tali provvedimenti devono ritenersi rigorosi e subordinati alla sopravvenienza di fatti nuovi ovvero non considerati che incidono sulla situazione cautelare o esecutiva in atto: né può considerarsi fatto nuovo ma evoluzione giurisprudenziale di norma giuridica già diversamente applicata o una prospettazione diversa dei medesimi fatti, costituendo entrambe le ipotesi censure giuridiche, ormai precluse, ad una decisione definitiva”.

³⁶ Sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15099, Aragno, rv. 228764, per la quale, “*in tema di procedimento di esecuzione, l'inammissibilità prevista dall'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen. - nell'ipotesi in cui l'istanza dell'interessato si risolva in una mera riproposizione di una richiesta, fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto, già rigettata dal giudice dell'esecuzione - deve essere ictu oculi evidente. Ne deriva che è illegittima la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza proposta, ex art. 673 cod. proc. pen. (revoca della sentenza per abolizione del reato), che richiami un precedente delle Sezioni Unite, successivo alla pregressa declaratoria del giudice dell'esecuzione, in quanto, in tale ipotesi, non ricorrono i presupposti dell'identità dei motivi che legittimano l'inammissibilità de plano, trattandosi di questioni nuove, in quanto tali, necessariamente suscettibili di essere valutate prima della relativa declaratoria”.*

precedente”, e quindi quando “*le questioni reiterate siano del tutto identiche a quelle già disattese*”.

Nel definire il contenuto degli <<elementi nuovi>>, che consentono la reiterazione della richiesta, sono state utilizzate espressioni connotate da una notevole ampiezza semantica e da una vistosa elasticità applicativa, che non sembravano escludere, di per sé, l’ipotesi del mutamento giurisprudenziale: ad esempio, si era parlato di “*questioni che non hanno formato oggetto della precedente decisione*”³⁷, di “*motivi di diritto prima non dedotti*”³⁸, di “*nuove eccezioni ovvero medesime questioni fondate su presupposti di fatto e motivi di diritto diversi da quelli già presi in considerazione*”³⁹.

Significative indicazioni sulla *ratio* dell’art. 666, comma 2, c.p.p. potevano essere tratte dalla relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, nella quale si rileva che “*l’assenza di preclusioni di sorta alla proposizione delle richieste, specie per quanto concerne il procedimento di sorveglianza, rende indispensabile, per ragioni di economia processuale, la previsione di un filtro. Ad evitare peraltro giudizi sommari, che pregiudichino i diritti del condannato, i presupposti della inammissibilità sono rigorosamente delimitati, in analogia a quanto previsto dall’art. 71-sexies della l. 354/75, al difetto delle condizioni di legge per la proposizione della richiesta e alla identità con altra richiesta già rigettata. A quest’ultimo riguardo va sottolineato che anche il decorso del tempo, ove assuma rilevanza (ad esempio, ai fini della valutazione del comportamento del condannato per la concessione di misure alternative), consente la riproposizione della richiesta, essendo questa inammissibile solo ove sia, oltre che identica alla precedente, basata sui medesimi elementi. Contro la dichiarazione di inammissibilità è esperibile il ricorso per cassazione, che appare nella specie offrire piena garanzia, essendo i presupposti della decisione agevolmente controllabili in punto di diritto*”.

In dottrina, sulla questione relativa alla qualificazione giuridica della preclusione processuale operante nel procedimento di esecuzione si erano

³⁷ Sez. III, 5 dicembre 2003, n. 5195/04, Prestianni, rv. 227329.

³⁸ Sez. V, 15 dicembre 2000, n. 770/01, Sinibaldi G., rv. 215997.

³⁹ Sez. V, 20 ottobre 1993, n. 3264/94, Colecchia, rv. 196033.

formati tre orientamenti:

(a) un orientamento riteneva che in relazione ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione fosse configurabile un <<giudicato allo stato degli atti>>, costituente espressione del principio del *ne bis in idem*;

(b) altro orientamento riteneva che non potesse farsi ricorso al concetto di <<giudicato>>, sia pure <<allo stato degli atti>> con riferimento ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione;

(c) un terzo orientamento riteneva che nel procedimento di esecuzione, pur non potendosi parlare di formazione del giudicato (poiché si tratta di decisioni formulate allo stato degli atti), si realizzasse comunque un effetto preclusivo operante *rebus sic stantibus*.

Quanto all'applicabilità o meno delle regole in materia di successione di norme penali (sostanziali e processuali) in presenza di un mutamento di giurisprudenza, appariva consolidato l'orientamento per il quale, in tal caso, non possono trovare applicazione né le regole dettate dall'art. 2 c.p. in materia di successione di norme penali sostanziali, né il principio *tempus regit actum*, che disciplina la successione nel tempo di norme processuali penali⁴⁰.

Con la sentenza del **21 gennaio – 13 maggio 2010, n. 18288, P.G. in proc. Beschi, rv. 246651**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 246651

Il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. (La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti

⁴⁰ Sez. I, 11 luglio 2006, n. 27121, Aliseo, rv. 235265; Sez. I, 13 luglio 2006, n. 27858, La Cara, rv. 234978; Sez. I, 14 ottobre 2009, n. 43239, Ferraro; Sez. VI, 26 maggio 2008, n. 29684, Sorce ed altri, rv. 240455.

fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente osservato che “*è fuori discussione che, nel procedimento di esecuzione come in quello di sorveglianza (per il richiamo fatto dall’art. 678 c.p.p. alla stessa disciplina), opera il principio della preclusione processuale derivante dal divieto del bis in idem, nel quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, s’inquadra la regola dettata dal secondo comma dell’art. 666 c.p.p., che impone al giudice dell’esecuzione di dichiarare inammissibile la richiesta che sia mera riproposizione, in quanto basata sui <<medesimi elementi>>, di altra già rigettata*”.

Il problema di fondo che si pone, quindi, al di là del rilevato conflitto giurisprudenziale, “*peraltro molto circoscritto*”, è individuare l’esatta portata e i limiti di operatività della detta preclusione.

Al riguardo, si è premesso che il concetto di giudicato, così come elaborato con riferimento al processo di cognizione, viene impropriamente evocato in relazione ai provvedimenti adottati dal giudice dell’esecuzione, poiché nessuna norma del codice di rito (“*salva la precisazione di cui si dirà in seguito*”) consente “*di desumere l’efficacia preclusiva delle decisioni adottate dal giudice dell’esecuzione, le quali sono revocabili e, come tali, insuscettibili di passare in giudicato, posto che la competenza cognitiva di detto giudice ha carattere provvisorio*”, il che trova una convincente giustificazione sistematica nel divario strutturale esistente tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, tenuto conto delle peculiarità “*di accertamento giudiziale a contenuto limitato*” di quest’ultimo, “*le quali ostano ad una trasposizione tout court di concetti ed istituti propri del processo penale di cognizione, contraddistinto dall’accertamento del fatto oggettivo e della sua riferibilità all’imputato. La circostanza che nel procedimento di esecuzione non si ha mai un giudizio di merito sul fatto comporta necessariamente una diversa regolamentazione dell’efficacia preclusiva della decisione, nel senso che le richieste del soggetto*

interessato sono – di norma – suscettibili di essere riproposte in qualsiasi momento, con il solo limite, previsto dall’art. 666/2° c.p.p., che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui <<medesimi elementi>>”.

In tal modo si è inteso creare, per arginare richieste meramente dilatorie, un filtro processuale, necessario in un’ottica di economia ed efficienza processuale; la Relazione al Progetto preliminare del vigente codice di procedura penale precisa, peraltro, che i presupposti di operatività della preclusione sono rigorosamente delimitati, al fine di evitare valutazioni sommarie che possano pregiudicare i diritti dell’interessato.

L’art. 666, comma 2, c.p.p. *“inibisce, quindi, soltanto la reiterazione in executivis di una richiesta basata sui <<medesimi elementi>> di altra già rigettata”.*

Naturalmente, la verifica del *repetita in idem* *“non può prescindere da una comparazione tra le due richieste, per stabilire se la seconda, pur avendo ad oggetto lo stesso petitum, faccia leva o no su presupposti di fatto e/o su motivi di diritto diversi da quelli in precedenza apprezzati e, nell’affermativa, ritenerla conseguentemente ammissibile e non paralizzata dall’operatività della preclusione”*: e, nel caso oggetto del contrasto rimesso alle Sezioni Unite, la situazione di fatto è rimasta certamente immutata e non assume, pertanto, rilievo.

Con riguardo alla questione controversa, che impone di stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del Supremo Collegio di nomofilachia possa costituire quell’elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. <<giudicato esecutivo>>, a parere delle Sezioni Unite la soluzione positiva *“è imposta dall’obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo”*⁴¹.

Si è, in proposito, ricordato che l’art. 7 della Convenzione EDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato

⁴¹ Corte cost., sentenze n. 349 del 2007, e n. 239 del 2009.

dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*: “la richiamata norma, apparentemente <<debole>> e scarsamente <<incisiva>> rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem⁴², il principio implicito della retroattività della legge meno severa⁴³, ed ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di <<legalità materiale>>, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione”.

Secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa.

E la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza: “in definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non

⁴² Corte EDU, sentenza n. 32492 del 1996, Coeme ed altri c/ Belgio.

⁴³ Corte EDU, *Grande Chambre*, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c/ Italia.

tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma <<vivente>>, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici".

Le posizioni della Corte EDU sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. "diritto vivente" risultano in armonia con la giurisprudenza costituzionale⁴⁴.

Le considerazioni sin qui svolte "legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo <<elemento di diritto>>, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il <<diritto vivente>>. Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che – come si è detto – ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva".

⁴⁴ Il sintagma "diritto vivente" era apparso per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974, per focalizzare la figura - già elaborata in precedenti decisioni - della "norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici" (sentenza n. 3 del 1956), e "come vive nella realtà concreta" (sentenza n. 198 del 1972); è al "diritto vivente", infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all'esegesi dei giudici ordinari. La nozione di "diritto vivente" è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario: tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire "quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini". Per le decisioni di legittimità predomina sul "criterio quantitativo" quello "qualitativo del grado" e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente "anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite", posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (Corte cost., sentenze n. 317 del 2009, n. 260 del 1992, n. 292 del 1985, n. 34 del 1977).

In realtà, *“l’intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo e offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata. La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena e alla risocializzazione del condannato (si pensi all’accesso alle misure alternative alla detenzione), con l’effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell’indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s’impone, alla luce del novum interpretativo, diventato <<diritto vivente>>, la rivalutazione della posizione del condannato.*

L’opposta conclusione violerebbe il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., perché comporterebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell’indulto.

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che, alla luce dei principi generali che ispirano il sistema penale, *“non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata quaestio iuris, legittima, (...), il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell’art. 666 c.p.p. Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione contra reum di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l’art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole)”*.

1.1. Segue. Misure alternative alla detenzione: le formalità necessarie per la dichiarazione o elezione di domicilio del condannato.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se, ai fini dell'ammissibilità della richiesta di misura alternativa alla detenzione o di altro provvedimento attribuito alla competenza della magistratura di sorveglianza, la dichiarazione o elezione di domicilio possano essere validamente effettuate, oltre che personalmente dallo stesso condannato, anche dal difensore>>.

La giurisprudenza aveva ravvisato la *ratio* dell'art. 677, comma 2-bis, c.p.p. principalmente *“nella necessità di assicurare ab origine il rapporto tra condannato ed organi giurisdizionali del procedimento di sorveglianza, che per la sua peculiare natura e funzione propone specifiche esigenze di interconnessione ai fini di una costante verifica dell'andamento e dell'esito delle misure alternative”*⁴⁵, ovvero *“nell'esigenza di evitare lungaggini e ricerche nella fase di fissazione dell'udienza camerale”*⁴⁶ e di rendere pertanto *“più spedito il procedimento davanti alla magistratura di sorveglianza”*⁴⁷ - procedimento caratterizzato dall'urgenza⁴⁸ - e comunque di *“agevolare la trattazione della domanda”*⁴⁹.

Si riteneva pacificamente che si trattasse di un *“un obbligo assoluto”*, il cui adempimento prescindeva dal fatto che agli atti ed in precedenti fasi processuali risultasse il domicilio del condannato; conseguentemente, veniva ritenuta irrilevante ogni precedente dichiarazione o elezione di domicilio⁵⁰.

⁴⁵ Sez. I, 10 marzo 2004, n. 23907, Cisterna, rv. 229251; Sez. I, 10 gennaio 2006, n. 8834, Amoruso, non massimata.

⁴⁶ Sez. I, 25 settembre 2007, n. 37377, Avdiaj, non massimata; Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15425, Larocca, rv. 227758; sez. I, 22 aprile 2004, n. 23510, Scardino, rv. 228135.

⁴⁷ Sez. I, 11 maggio 2005, n. 34345, Elkhinni, rv. 232411; Sez. I, 19 febbraio 2004, n. 9678, Ronga, rv. 227233.

⁴⁸ Sez. I, 21 aprile 2004, n. 21359, Sanzo, non massimata; Sez. I, 18 maggio 2005, n. 21351, Piscopo, non massimata.

⁴⁹ Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 14934, Sollo, non massimata; Sez. I, 25 febbraio 2004, n. 14935, Izzo, non massimata.

⁵⁰ Sez. I, 28 gennaio 2004, n. 8739, Improta, non massimata; Sez. I, 12 marzo 2004, n. 15958, Savarese, non massimata.

L'orientamento dominante riteneva inidonea la mera <<indicazione>> dell'indirizzo anagrafico, in quanto, pure senza il ricorso a formule sacramentali, si riteneva essenziale, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, che il condannato esprimesse con chiarezza - così richiesto dall'art. 161 c.p.p. - la propria volontà che il luogo da lui indicato venisse considerato come quello nel quale egli desiderava che venissero effettuate le comunicazioni o notificazioni a lui destinate⁵¹; si considerava, inoltre, univocamente necessaria la dichiarazione od elezione di domicilio *ex art. 677, comma 2 bis c.p.p.* anche nell'ipotesi di istanza presentata dal difensore⁵².

Ugualmente dominante era l'orientamento per il quale l'obbligo *de quo* ineriva ad un atto personale, non delegabile al difensore, e comunque non surrogabile dalla mera indicazione di un domicilio nell'istanza sottoscritta e presentata dal difensore⁵³; in senso contrario, ma in difetto di specifiche argomentazioni, un isolato precedente aveva ritenuto validamente presentata l'istanza proposta dal difensore del ricorrente, contenente l'indicazione del domicilio di quest'ultimo, in quanto tale indicazione poteva "*essere ritenuta equipollente alla dichiarazione di domicilio richiesta dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p.*"⁵⁴.

La questione oggetto del contrasto presentava molti punti di convergenza con quella decisa dalle Sezioni Unite all'udienza del 29 ottobre 2009⁵⁵, avente ad oggetto la validità della richiesta di oblazione – pur ritenuta atto personalissimo dell'imputato - presentata dal difensore non munito di procura speciale: in quella occasione, le Sezioni Unite avevano desunto argomenti in favore della tesi affermativa dal principio generale sancito dall'art. 99 c.p.p. e dalla tassatività delle deroghe ivi previste, nonché dalla contraddittorietà di un sistema che attribuisse al difensore la possibilità di presentare l'atto di opposizione e

⁵¹ Sez. I, 19 ottobre 2004, n. 42290, Curci, non massimata; Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15429, Marrella, rv. 227760.

⁵² Sez. I, 16 marzo 2004, n. 15425, cit.; Sez. I, 26 aprile 2006, n. 18492, Gliori, non massimata.

⁵³ Sez. I, 13 febbraio 2004, n. 25666, Guarino, non massimata; Sez. I, 26 aprile 2006, n. 18492 cit.

⁵⁴ Sez. I, 12 marzo 2004, n. 153330, Poggi, non massimata.

⁵⁵ Sez. Un., 29 ottobre 2009, n. 47923, D'Agostino, rv. 244819 – 20.

(contestualmente) la domanda di oblazione, richiedendo al contempo – per una <<parte>> di quello stesso atto – il rilascio di una procura speciale.

La dottrina dominante riteneva che l'obbligo derivante dall'art. 677, comma 2-*bis*, c.p.p. fosse riferito alle sole istanze presentate dall'interessato e, stante il tenore letterale della disposizione, non potesse essere esteso *in malam partem* al caso in cui l'istanza fosse avanzata dal difensore, negandosi in tal modo quel ruolo attivo del difensore che gli consente – in mancanza di una riserva espressa a favore dell'assistito – di sopperire con la propria attività alle inerzie dell'interessato, riducendolo a mero tramite della volontà della parte.

Con la sentenza del **17 dicembre 2009 – 19 maggio 2010, n. 18775, Mammoliti, rv. 246720**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio di diritto così massimato:

Massima n. 246720

La richiesta di misura alternativa alla detenzione, ai sensi dell'art. 656, comma sesto, cod. proc. pen., deve essere corredata, a pena di inammissibilità, anche se presentata dal difensore, dalla dichiarazione o dalla elezione di domicilio effettuata dal condannato non detenuto. (In motivazione la Corte ha chiarito che il principio non trova applicazione per il condannato latitante o irreperibile).

Le Sezioni Unite hanno premesso che la risoluzione della questione comportava necessariamente un'analisi del procedimento di sorveglianza e della normativa che lo regola, non limitata alla norma più direttamente investita dal contrasto interpretativo segnalato nell'ordinanza di rimessione.

Si è, in proposito osservato che il procedimento di sorveglianza è regolato, atteso l'espresso richiamo contenuto nell'art. 678 c.p.p., dagli artt. 666 e 667 c.p.p., dettati per il procedimento di esecuzione, salvo alcune previsioni particolari (artt. 677, comma 2-*bis*, e 678, commi 2 e 3, c.p.p.), derivanti dall'oggetto della materia e dalla competenza distrettuale del Tribunale.

Anche nell'ambito del procedimento di sorveglianza trova dunque applicazione l'art. 666, comma 2, c.p.p. secondo il quale il giudice competente dichiara inammissibile la richiesta che *<<appare manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi>>*.

Questa situazione si verifica, quanto al primo profilo (l'unico rilevante ai fini della risoluzione del contrasto), quando difettino quei presupposti o requisiti che discendono direttamente dalla legge e la cui mancanza – in negativo o in positivo – è di immediata percezione, e non implica alcuna valutazione discrezionale da parte del giudice, così da rendere superfluo il contraddittorio sul punto.

Tra le “*condizioni di legge*” rientra certamente l'obbligo, posto a carico del condannato non detenuto dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p. e sancito a pena di inammissibilità *<<di fare la dichiarazione o l'elezione di domicilio con la domanda con la quale chiede una misura alternativa alla detenzione o altro provvedimento attribuito dalla legge alla magistratura di sorveglianza>>*: e ciò anche nelle ipotesi di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., come risulta dalla lettera del suddetto comma che richiede, senza distinguere tra domanda presentata direttamente dal condannato ovvero dal suo difensore, che l'istanza volta ad ottenere la concessione di una misura alternativa sia *<<corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie>>*, dovendosi ricomprendere tra le *<<indicazioni>>* che la domanda deve contenere, in mancanza di espressa deroga, quella di cui al citato art. 677, comma 2-bis, c.p.p., richiesta in generale per tutte le istanze concernenti il procedimento di sorveglianza; deve altresì tenersi presente che siffatta indicazione non è suscettibile di integrazione successiva, prevedendosi al comma 6 dell'art. 656 c.p.p. soltanto la possibilità di integrare la *<<documentazione>>* mancante, ma non anche le *<<indicazioni>>*”.

La *ratio* della disposizione prevista dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p. va individuata, a parere delle Sezioni Unite, nella finalità “*di rendere più spedito il procedimento davanti alla magistratura di sorveglianza, disponendo di un domicilio certo presso il quale procedere alle notifiche, e di evitare, conseguentemente, la possibilità di improprie sottrazioni del condannato alla*

corretta esecuzione, nelle forme e modalità di legge, delle sentenze di condanna a pena detentiva”.

Conseguentemente, si è ritenuto che la previsione di cui al più volte richiamato art. 677, comma 2-bis, c.p.p. sia tassativa (come, peraltro, si evince dal dettato legislativo che prescrive l’indicazione <<a pena di inammissibilità>>): è stato, quindi, escluso che l’obbligo incombente sul condannato non detenuto possa essere assolto attraverso il <<recupero>> di indicazioni equipollenti pur desumibili dagli atti processuali (quali le mere indicazioni circa il domicilio o la residenza dell’istante), o che possano considerarsi valide precedenti dichiarazioni o elezioni di domicilio. Esse, valide, ai sensi dell’art. 164 c.p.p., per ogni stato e grado del giudizio di cognizione, perdono efficacia in relazione al procedimento di esecuzione e di sorveglianza: *“questi procedimenti, non costituiscono, infatti, una fase od un grado del procedimento di cognizione, ma sono del tutto autonomi, con la conseguenza che la dichiarazione o la elezione di domicilio effettuata nel giudizio di cognizione non è suscettibile di <<trasmigrazione>> nel procedimento esecutivo ed in quello di sorveglianza”.*

L’unica eccezione a tale principio è quella prevista dall’art. 656, comma 5, c.p.p. per la notificazione al condannato ed al difensore dell’ordine di esecuzione e del decreto di sospensione della esecuzione della pena emessa dal P.M.: *“ma tale eccezione trova la sua logica giustificazione proprio nella necessità di pervenire in tempi brevi all’esecuzione della condanna, sia disponendo la carcerazione, momentanea sospesa, sia rendendo possibile l’applicazione di una delle misure alternative, per cui si presume, proprio per la quasi contemporaneità dell’irrevocabilità della sentenza con la sua esecuzione, che la notificazione presso i luoghi indicati nel procedimento di cognizione possa accelerare la complessa procedura di esecuzione delle pene <<brevi>>”.*

Ciò premesso, e tenuto altresì conto del richiamo operato dalla norma in esame alle disposizioni dell’art. 161 c.p.p. <<in quanto compatibili>>, le Sezioni Unite hanno affermato che, *“ai fini dell’assolvimento dell’obbligo di cui si discute, non è richiesta l’adozione di formule sacramentali e che (...) sia solo*

necessario che l'indicazione esprima con chiarezza la volontà del condannato in ordine al luogo ove egli intende ricevere la notificazione degli avvisi".

Quello che maggiormente rileva, a parere delle Sezioni Unite, è, tuttavia, *“la riconducibilità all'imputato della relativa manifestazione di volontà, riconducibilità assicurata dalla dichiarazione <<raccolta a verbale>> ovvero dalle altre modalità indicate dall'art. 162, comma 1, c.p.p., che convergono nel riconoscere la natura strettamente personale dell'atto di elezione o dichiarazione di domicilio”.*

Le precedenti riflessioni, svolte alla stregua dell'analisi letterale e logico-sistemica della normativa di riferimento, conducono dunque ad affermare *“che la richiesta di misura alternativa proposta ai sensi dell'art. 656, comma 6, c.p.p. deve essere corredata, a pena di inammissibilità, dalla dichiarazione o dalla elezione di domicilio del condannato prevista dall'art. 677, comma 2-bis, c.p.p.; che tale obbligo non può essere assolto con modalità diverse da quelle previste; che l'obbligo in questione sussiste pur quando l'istanza sia presentata dal difensore, a meno che il condannato risulti in atti irreperibile o latitante”.*

PARTE II

LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I

PROCEDURA PENALE

Cap. 7

Misure cautelari.

1. Ricorso per cassazione. Non necessità dell'autentica della sottoscrizione apposta dalla parte privata in calce all'atto di impugnazione presentato a mezzo di incaricato.

Le Sezioni unite (sentenza 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cap. 4, § 1), hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246905

Qualora l'atto di impugnazione di una parte privata sia presentato in cancelleria da un incaricato non occorre l'autentica della sua sottoscrizione, poichè l'art. 582 cod. proc. pen., che le attribuisce la facoltà di avvalersi per la presentazione del relativo atto di un incaricato, non richiede siffatta formalità. (Nella specie, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione proposto a norma dell'art. 311 cod. proc. pen., sottoscritto personalmente dall'indagato in stato di detenzione e presentato dal difensore di fiducia, non iscritto all'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori, in quanto il rapporto difensivo fiduciario faceva ragionevolmente presumere l'incarico a presentarlo).

Nella specie, il ricorso (tempestivamente proposto) era stato sottoscritto personalmente dall'indagato, con firma autenticata dal difensore, avvocat non iscritto all'albo speciale di cui all'art. 613 c.p.p., e da quest'ultima depositato presso il Tribunale del riesame (il ricorrente era a quel momento detenuto).

Le Sezioni Unite, richiamando la propria giurisprudenza⁵⁶, hanno ribadito che, “*nel caso in cui l’atto di impugnazione di una parte privata sia presentato in cancelleria da un incaricato, non occorre l’autentica della sottoscrizione dell’impugnante, giacché l’art. 582 c.p.p., che gli attribuisce la facoltà di avvalersi di un incaricato per la presentazione del relativo atto, non richiede siffatta formalità*”; sulla scorta e nell’ambito di tale principio, la giurisprudenza è unanimemente orientata anche nel senso di ritenere che l’incarico alla presentazione del gravame non deve necessariamente sostanziarsi in un formale atto di delega, potendo esso essere anche orale: l’esistenza dell’incarico può in sostanza, ritenersi e presumersi ogni qualvolta, in ragione del rapporto dell’incaricato con il titolare del potere di impugnazione, si abbia la piena garanzia circa l’autenticità della sottoscrizione⁵⁷.

1.1. Segue. Non necessità della notifica dell’avviso per l’udienza camerale anche al difensore nominato successivamente.

La stessa decisione (**sentenza 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala**) ha inoltre avuto occasione di affermare, sempre ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 246905

L’avviso per l’udienza camerale (nella specie, quella davanti alla Corte di cassazione di cui all’art. 611 cod. proc. pen.), ritualmente e tempestivamente notificato al difensore non deve essere rinnovato in favore del difensore successivamente nominato. (Nella specie, il ricorrente aveva

⁵⁶ Sez. Un., 29 maggio 1992, n. 8141, Caselli, rv. 191180; nel medesimo senso, più recentemente, Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 7514, Berisha, rv. 242924.

⁵⁷ *Ex plurimis*, Sez. V, 4 febbraio 2002, n. 12162, P.G. in proc. Sommese, rv. 221141; Sez. II, 12 giugno 2002, n. 35345, P.M. in proc. Cordella, rv. 222920; Sez. VI, 29 ottobre 2003, n. 8/2004, Lula Ilir, rv. 228369; Sez. II, 7 luglio 2006, n. 29608, Sicurezza ed altri, rv. 234972; Sez. V, 25 settembre 2006, n. 506/2007, Genovese ed altri, rv. 235805; Sez. V, 11 gennaio 2007, n. 8096, Lussone ed altri, rv. 235735.

nominato altro difensore di fiducia, "revocando tutte le precedenti nomine", quando già erano stati espletati tutti gli incombeni di cui all'art. 610, quinto comma, cod. proc. pen.).

Nella specie, l'avviso per l'udienza camerale dinanzi alle Sezioni Unite era stato ritualmente e tempestivamente notificato al difensore di fiducia nominato, unico a risultare, in quel momento, investito del mandato difensivo; tre giorni prima dell'udienza, il ricorrente aveva nominato altro difensore di fiducia ("revocando tutte le precedenti nomine") ma, risultando già espletati tutti gli incombeni di cui all'art. 610, comma 5, c.p.p., il Supremo Collegio ha ritenuto che fosse onere del sopravvenuto difensore (che doverosamente avrebbe dovuto essere informato dalla parte) di comparire in udienza senza alcun avviso.

2. Riparazione per l'ingiusta detenzione. La rilevanza delle condotte precedenti e successive rispetto all'emissione della misura ai fini della sussistenza del dolo o della colpa grave dell'istante.

Le Sezioni Unite (**sentenza 27 maggio – 30 agosto 2010, n. 32383, D'Ambrosio**), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cap. 4, § 2), hanno anche avuto occasione di affermare, ai fini della decisione del ricorso, che

Massima n. 247664

Il giudice, nell'accertare la sussistenza o meno della condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, consistente nell'incidenza causale del dolo o della colpa grave dell'interessato rispetto all'applicazione del provvedimento di custodia cautelare, deve valutare la condotta tenuta dal predetto sia anteriormente che successivamente alla sottoposizione alla misura e, più in generale, al

momento della legale conoscenza della pendenza di un procedimento a suo carico.

Richiamando la propria giurisprudenza⁵⁸, le Sezioni Unite hanno confermato che *“la condotta colposa a cui consegue l’emissione del provvedimento restrittivo della libertà può essere posta in essere, al pari della condotta dolosa, anche prima dell’inizio del procedimento penale, e il giudice, nell’accertare la sussistenza o meno della condizione ostativa all’indennizzo data dall’incidenza causale del dolo o della colpa grave dell’interessato nella produzione dell’evento costitutivo del diritto (applicazione del provvedimento coercitivo), deve valutare la condotta da questi tenuta sia anteriormente che successivamente al momento restrittivo della libertà e, più in generale, a quello della legale conoscenza della pendenza di un procedimento a suo carico”*.

Quanto alla gravità della colpa ed alla sua incidenza causale, si è ribadito che:

- il giudice di merito deve, in modo autonomo e completo, apprezzare tutti gli elementi probatori a sua disposizione, con particolare riferimento alla sussistenza di comportamenti, anteriori e successivi alla perdita della libertà personale, connotati da eclatante o macroscopica negligenza, imprudenza o violazione di leggi o regolamenti, fondando la deliberazione conclusiva non su mere supposizioni ma su fatti concreti e precisi, che consentano di stabilire, con valutazione *ex ante*, se la condotta tenuta dal richiedente abbia ingenerato o contribuito ad ingenerare, nell’autorità procedente, la falsa apparenza della configurabilità della stessa come illecito penale, dando luogo alla detenzione con rapporto di causa ad effetto⁵⁹;

- per escludere il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è sufficiente che l’indagato abbia tenuto comportamenti dolosi o gravemente colposi che abbiano esplicato efficacia sinergica nell’instaurazione o nel mantenimento della custodia cautelare, anche se essi coincidano con quelli esaminati in sede penale,

⁵⁸ Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 43/1996, Samataro, rv. 203636.

⁵⁹ Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 34599, De Benedictis, rv. 222263.

poiché, nel procedimento di riparazione, essi vengono apprezzati ad effetti diversi⁶⁰;

- la sussistenza della colpa grave, quale fattore di esclusione del diritto alla riparazione, deve risultare o desumersi dal provvedimento restrittivo della libertà o dagli eventuali provvedimenti successivi di riesame o di appello⁶¹;

--- il giudice, per escludere o ritenere che sussista la diretta efficacia del comportamento gravemente colposo dell'interessato sull'adozione della misura cautelare, deve raffrontare specificamente la condotta dell'indagato e le ragioni che la motivazione dell'ordinanza ha posto a fondamento della misura stessa⁶², tenendo conto, quando rilevi, anche dell'eventuale carattere concorsuale del reato ascritto⁶³.

⁶⁰ Sez. IV, 24 giugno 1998, n. 2083, Nemala, rv. 212114.

⁶¹ Sez. IV, 3 dicembre 2002, n. 19253/03, Plaikner ed altro, rv. 224501.

⁶² Sez. IV, 7 giugno 2001, n. 27965, Rosini ed altro, rv. 219686.

⁶³ Sez. IV, 24 giugno 2008, Grigoli, n. 37528, rv. 241218.

Cap. 8

Procedimenti speciali.

1. Procedimento per decreto. Abnormità della sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. a seguito di opposizione.

Le Sezioni Unite (sentenza 25 marzo – 4 giugno 2010, n. 21243, P.G. in proc. Zedda), pur investite della decisione di diversa questione, oggetto di contrasto in giurisprudenza (cfr. cap. 3, § 1), hanno affermato che

Massima n. 246910

È affetta da abnormità genetica o strutturale la sentenza di proscioglimento emessa dal G.i.p. successivamente all'opposizione a decreto penale di condanna, poiché il giudice è vincolato in tale fase all'adozione degli atti di impulso previsti dall'art. 464 cod. proc. pen., e non può pronunciarsi nuovamente sullo stesso fatto-reato dopo l'emissione del decreto né revocare quest'ultimo fuori dei casi tassativamente previsti.

Pregiudiziale alla risoluzione della questione di diritto in ordine alla quale il ricorso era stato devoluto alle Sezioni Unite è risultato l'esame di quella relativa all'abnormità della sentenza impugnata, in quanto emessa *de plano* dopo l'opposizione a decreto penale: nel caso di specie, infatti, il G.i.p. aveva emesso una sentenza che nell'ultimo passaggio del "Rilevato" formalmente richiamava l'art. 129 c.p.p., mentre nel dispositivo erano contenuti il riferimento all'art. 425 c.p.p. e la statuizione di "non doversi procedere" non accompagnata da alcuna specifica formula liberatoria (pur potendosi ricavare dal contenuto del provvedimento che, stante la ravvisata nullità dell'alcooltest, il G.i.p. avesse ritenuto l'insussistenza del fatto-reato, per insanabile carenza probatoria).

Dopo avere accertato che, con la sentenza impugnata, il G.i.p. aveva inteso emettere una sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., le Sezioni

Unite hanno dovuto verificare se egli ne avesse il potere; in tema, erano enucleabili, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, due orientamenti discordanti:

(a) un orientamento riteneva che costituisse legittimo esercizio dei poteri previsti dalla legge la sentenza con la quale il G.i.p., investito di richiesta di giudizio immediato da parte dell'opponente a decreto penale, avesse pronunciato sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*⁶⁴;

(b) altro orientamento riteneva che, nella situazione anzidetta, il G.i.p. non potesse adottare *de plano* una sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, dovendo piuttosto emettere il decreto di giudizio immediato, in quanto l'esigenza di immediatezza nella declaratoria di una causa di non punibilità doveva pur sempre trovare attuazione nelle forme ordinarie e nel rispetto del contraddittorio e dei diritti delle parti⁶⁵, si precisava che una simile sentenza doveva ritenersi abnorme, dato che il G.i.p. ha il potere di pronunciare sentenza *ex art. 129 c.p.p.* allorché debba delibare la richiesta del P.M. di emissione di decreto penale, ma non quando, emesso tale decreto, sia investito dell'opposizione con richiesta di giudizio immediato⁶⁶.

Le Sezioni Unite hanno osservato che, nell'ambito del procedimento monitorio, la facoltà del G.i.p., che ritenga di non aderire alla richiesta di decreto penale del P.M., di <<*pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129*>>, prevista dall'art. 459, comma 3, c.p.p., consentendo al giudice di emettere una simile sentenza con procedura *de plano*, rappresenta una “*eccezione al sistema, giustificata dalla particolare tipologia del rito che governa il procedimento per decreto, contrassegnato dall'assenza di contraddittorio*”⁶⁷.

⁶⁴ Sez. III, 20 novembre 2008, n. 8838/09, Budel ed altri, rv. 242983 (nella specie, la sentenza impugnata aveva dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione maturata antecedentemente alla data di emissione del decreto penale); in senso conforme, sempre in presenza di cause di estinzione del reato, Sez. III, 10 marzo 1992, n. 444, P.M. in proc. Calza, rv. 189976.

⁶⁵ Sez. III, 16 marzo 2004, n. 20115, P.M. in proc. Prevedello, rv. 228967.

⁶⁶ Sez. V, 27 gennaio 2003, n. 15085, P.M. in proc. Grisotto, rv. 224749.

⁶⁷ Così Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 12283, P.G. in proc. De Rosa, rv. 230529 – 31.

Peraltro, una volta che il giudice abbia emesso il decreto di condanna, in accoglimento della richiesta del p.m., *“le successive fasi sono rigidamente scandite dalla procedura dettata dal codice in relazione alle scelte fatte dal condannato: in caso di opposizione, a seconda delle opzioni formulate dall’opponente, il giudice emette decreto di giudizio immediato ovvero provvede agli adempimenti connessi alla richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione di pena ex art. 444 c.p.p. o di oblazione (art. 464 c.p.p.); in caso di inerzia, o di opposizione inammissibile, il giudice ordina l’esecuzione del decreto di condanna (art. 461, comma 5, c.p.p.)”*.

Di conseguenza, a seguito dell’emissione del decreto di condanna, il G.i.p. *“è spogliato di poteri decisori sul merito dell’azione penale, incombendo sullo stesso, ove sia proposta opposizione, esclusivamente poteri-doveri di propulsione processuale, obbligati nell’an e nel quomodo, con la sola eccezione rappresentata dalla decisione sulla eventuale domanda di oblazione (v. art. 464, comma 2, c.p.p.)”*.

Si è, pertanto, conclusivamente ritenuto che la sentenza oggetto del ricorso, *“pur rientrando nominalisticamente nel novero dei provvedimenti adottabili dal giudice per le indagini preliminari investito del decreto di condanna, è stata emessa nel caso in esame al di là delle ipotesi previste e, quindi, in carenza di potere, ponendosi fuori del sistema normativo”*.

Ciò ha impedito l’esame della questione controversa, che è risultata assorbita.

Roma, 13 ottobre 2010

Estensore: Sergio Beltrani

Il Vice Direttore
(Domenico Carcano)