



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**9/2018**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



9/2018

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPER

S. CORTI, <i>Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?</i> .....	5
N. PIACENTE, <i>Overview of Italian Legislation and Case Law on Judicial Cooperation</i> .....	25

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

V. GRAMUGLIA, <i>Le Sezioni unite tornano sui confini dell'onere di motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpus delicti</i> .....	69
L. SCOLLO, <i>Il credito garantito da ipoteca su beni oggetto di una misura di prevenzione può essere ceduto anche dopo la trascrizione del sequestro o della confisca (purché non sia un mezzo per eludere la misura e vi sia buona fede)</i> .....	76

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

G. CENTAMORE, <i>Incompetenza per materia per eccesso e giudice di pace. Alle Sezioni unite un'interessante questione sulla disciplina del vizio</i> .....	81
C. BRESSANELLI, <i>Procedibilità d'ufficio e "connessione": una nuova pronuncia della Corte di cassazione</i> .....	84

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

F. MAZZACUVA, <i>Sorveglianza speciale nei confronti di soggetto detenuto: nuove indicazioni dalla giurisprudenza in punto di attualità della pericolosità</i> .....	89
--	----





9/2018

## GIUSTIZIA RIPARATIVA E VIOLENZA DOMESTICA IN ITALIA: QUALI PROSPETTIVE APPLICATIVE?

di Silvia Corti

**Abstract.** *Il presente contributo si propone in primo luogo di analizzare le caratteristiche della violenza domestica e approfondire le criticità dell'azione di contrasto a tale fenomeno da parte del sistema penale nazionale. A fronte delle inefficienze evidenziate dalla risposta giudiziaria tradizionalmente intesa, il fuoco dell'indagine muove poi sulla restorative justice e, in particolare, sulla mediazione autore-vittima, allo scopo di ponderarne l'applicabilità ai casi di abusi domestici non solo valutandone l'idoneità a soddisfare le esigenze di cui sono portatori i diversi soggetti interessati dalla violenza, ma altresì vagliando l'attitudine recettiva dell'ordinamento interno nei confronti di principi e strumenti propri di realtà giuridiche differenti.*

SOMMARIO: 1. La violenza domestica. – 2. Le inefficienze del sistema penale nel contrasto alla violenza domestica. – 3. La giustizia riparativa. – 4. La mediazione autore-vittima. – 5. La complementarietà del paradigma riparativo-mediatorio. – 6. La discussa applicabilità della mediazione ai casi di violenza domestica. – 7. Conclusioni: l'opportunità di un modello di giustizia ibrido.

### 1. La violenza domestica.

La violenza domestica, inserita nel più ampio contesto della violenza di genere contro le donne, è definita dalla Convenzione di Istanbul come: «*tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima*»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 3 lett. b) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata il 7 aprile 2011 a Istanbul dal Consiglio d'Europa ed entrata in vigore, dopo aver raggiunto il numero minimo di ratifiche richiesto, il 1° agosto 2014. Fra la vasta bibliografia in tema di violenza domestica si segnalano C. VENTIMIGLIA, *Nelle segrete stanze: violenza alle donne tra silenzi e testimonianze*, Milano, 1996; P. BAGNARA, *Violenza familiare: prevenzione e trattamento*, Milano, 1999; M.-F. HIRIGOYEN, *Sottomesse. La violenza sulle donne nella coppia*, Torino, 2006; M. AMANN GAINOTTI – S. PALLINI (a cura di), *La violenza domestica: testimonianze, interventi, riflessioni*, Roma, 2008; R. CANU, *La violenza domestica contro le donne in Italia e nel contesto internazionale ed europeo*, Cagliari, 2008; A. C. BALDRY, F. ROIA, *Strategie efficaci per il contrasto ai maltrattamenti e allo stalking: aspetti giuridici e criminologici*, Milano, 2011.



9/2018

Intesa nella sua accezione di violenza di coppia (agita dal coniuge, convivente o fidanzato), la violenza domestica registra una diffusione «democratica»<sup>2</sup> all'interno delle diverse fasce sociali e può assumere forme differenti.

Alla violenza fisica si accompagna – e anzi la precede – la violenza psicologica, posta in essere per il tramite di atteggiamenti intimidatori, denigratori e tattiche di isolamento da parenti, amicizie, luoghi e abitudini, che consegnano al maltrattante una vittima il cui impianto emotivo appare già altamente destrutturato. Le conseguenze della violenza psicologica possono essere severe: oltre alla perdita dell'autostima e dell'autodeterminazione, nei casi più gravi si innesca un processo di distruzione morale che può condurre al plagio della vittima.

Gli abusi domestici possono inoltre concretarsi nella violenza sessuale ovvero nella violenza economica, la quale si manifesta attraverso atteggiamenti volti ad ostacolare l'autonomia della donna (privazione dello stipendio, controllo ossessivo delle spese quotidiane, ecc.).

Qualunque veste assuma, la violenza domestica è destinata a non cristallizzarsi in isolati e sporadici episodi, ma tende a configurarsi quale cronica e quotidiana modalità relazionale<sup>3</sup>. Ciò nonostante, il timore di non essere credute e sostenute, la rassegnazione e il senso di fallimento personale e sociale, la speranza di cambiamento del partner e la volontà di non esporlo a procedimenti giudiziari, costituiscono spesso un coacervo di sentimenti che impediscono alle vittime di abbandonare la spirale della violenza<sup>4</sup>. Giungere ad avanzare una richiesta di aiuto non è mai un percorso semplice, né veloce: si tratta piuttosto di un percorso a tappe, ciascuna delle quali determinata da una consapevolezza maturata in tempi che non possono essere precorsi e segnata da ingenti costi in termini di sofferenza.

La complessità del fenomeno sembra, tuttavia, sfuggire alle anguste maglie di un sistema penale che si dimostra ancora incapace di apprezzare le dinamiche criminologiche proprie della violenza domestica, mancando di cogliere il peso specifico dell'ambivalenza di sentimenti sperimentata dalle donne nei confronti del partner maltrattante<sup>5</sup>. L'inevitabile conseguenza di tale deficit è rappresentata dalla

---

<sup>2</sup> A. SORGATO, *Giù le mani dalle donne*, Milano, 2014, p. 53.

<sup>3</sup> La violenza può essere costante (la c.d. violenza perversa descritta in M.-F. HIRIGOYEN, *Sottomesse*, cit., pp. 59 ss.) o ciclica (il riferimento è al c.d. «ciclo della violenza» teorizzato da Lenore E. Walker nel 1979 in L. E. WALKER, *The battered Woman*, New York, 1979).

<sup>4</sup> Secondo l'indagine condotta in F. SANTANGELO, *Denunciare la violenza alla polizia: una comparazione internazionale*, in G. CREAZZO (a cura di), *Se le donne chiedono giustizia. Le risposte del sistema penale alle donne che subiscono violenza nelle relazioni di intimità: ricerca e prospettive internazionali*, Bologna, 2012, pp. 59 ss., le donne che non denunciano la violenza fisica nel 63,1% dei casi non hanno ritenuto si trattasse di un reato abbastanza grave da essere denunciato, per il 17,2% hanno preferito gestire la situazione da sole o coinvolgendo un amico, per il 7,7% non volevano che il partner fosse arrestato o comunque avesse problemi con la giustizia; il 4,7% delle donne lo ha ritenuto un fatto esclusivamente privato, il 4,3% aveva paura della reazione del partner ed infine il 4% provava vergogna e si colpevolizzava per la violenza subita.

<sup>5</sup> Occorre infatti evidenziare che in seguito all'avvio dell'iter giudiziale, il riavvicinamento della donna vittima di violenza al partner maltrattante è un esito tutt'altro che infrequente, dettato dalla speranza di un suo cambiamento (30,7%), dal desiderio di offrirgli un'altra possibilità (27,3%), ovvero dal persistere di sentimenti di affetto nei suoi confronti (20,3%). Cfr. L.L. SABBADINI – G. MURATORI, *Le violenze contro le donne*, in

distanza sempre più ampia fra le modalità dell'azione di contrasto alla violenza e la possibilità di promuovere l'attivazione di un percorso che, pur preservando l'incolumità delle vittime, sia in grado di valorizzare quelle istanze rieducative troppe volte frustrate dall'instaurazione di un procedimento penale i cui binari conducono inesorabilmente verso l'irrogazione di una pena improduttiva di qualsivoglia positivo effetto sul reo<sup>6</sup>.

A tal proposito risulta determinante porre l'attenzione sull'uomo maltrattante, sulle dinamiche criminogeniche dell'agire violento e sui possibili percorsi trattamentali attivabili, proponendo un approccio psicoterapeutico ed insieme culturale che interpreti la violenza come frutto amaro non solo dei tratti psicopatologici del reo, ma anche degli stereotipi di genere in lui radicati, allo scopo di favorire il riesame critico degli agiti e l'incremento dell'empatia con la vittima<sup>7</sup>.

Si tratta invero di un processo di *responsabilizzazione* del partner maltrattante che prescinde – e talvolta persino rifugge – dall'*iter* del procedimento penale e dalla esecuzione della pena come tradizionalmente intesi, implicando una presa di coscienza che superi «il limite dell'orizzonte giuridico ed asfitticamente endopenalistico dell'essere responsabili solo rispetto alla legge»<sup>8</sup>, al fine di coniare soluzioni istituzionali differenti da quelle approntate da un paradigma repressivo ancora insensibile alle esigenze dei soggetti che si trovano a dover con esso interagire.

## 2. Le inefficienze del sistema penale nel contrasto alla violenza domestica.

Nel corso degli anni gli strumenti normativi adottati da parte delle istituzioni internazionali ed europee per incentivare la lotta alla violenza domestica e di genere sono stati numerosi (da ultimo la già citata Convenzione di Istanbul adottata dal Consiglio d'Europa nel 2011)<sup>9</sup>.

Quanto al panorama legislativo italiano, nel quale la norma cardine in tema di violenza domestica è rappresentata dall'art. 572 c.p. che punisce le condotte di maltrattamenti contro familiari o conviventi<sup>10</sup>, la repressione del fenomeno ha di recente

---

Rapporto sulla criminalità in Italia. Analisi, prevenzione, contrasto, Roma, 2007, p. 147.

<sup>6</sup> Cfr. A. PAUNCZ, *Verso il luogo delle origini: riflessioni di una operatrice eretica*, in A. Bozzoli – M. Merelli – M.G. Ruggerini, *Il lato oscuro degli uomini. La violenza maschile contro le donne: modelli culturali di intervento*, Roma, 2014, pp. 341 ss.

<sup>7</sup> Sulla c.d. «questione maschile» è possibile consultare I. MERZAGORA BETSOS, *Uomini violenti: i partner abusanti e il loro trattamento*, Milano, 2009; G. CREAZZO – L. BIANCHI (a cura di), *Uomini che maltrattano le donne: che fare? Sviluppare strategie di intervento con uomini che usano violenza nelle relazioni di intimità*, Roma, 2009; A. BOZZOLI – M. MERELLI – M.G. RUGGERINI, *Il lato oscuro degli uomini*, cit.

<sup>8</sup> G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, commento a Trib. Sorveglianza di Venezia, ord. 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 842.

<sup>9</sup> Per una esaustiva ricognizione di tali strumenti si rimanda a R. CANU, *La violenza domestica contro le donne in Italia e nel contesto internazionale ed europeo*, cit., pp. 51 ss.; G. BELLANTONI, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 645 ss. Sulla Convenzione di Istanbul si veda in particolare A. DI STEFANO, [La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica](#), in questa *Rivista*, 11 ottobre 2012.

<sup>10</sup> Per una completa disamina della fattispecie si consultino F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle*



9/2018

ritrovato impulso grazie alle novità introdotte dalla l. 119/2013 (c.d. legge sul femminicidio), molte delle quali mutuata dalla Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Si tratta di novelle legislative di carattere processuale volte ad attribuire alla vittima di violenza di genere una centralità inedita nell'ambito della vicenda giudiziaria che la vede coinvolta<sup>11</sup>.

Accanto alla tutela penalistica si rinvengono inoltre strumenti di tutela amministrativa, anch'essi introdotti con la l. 119/2013 (ammonimento da parte del Questore e permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica)<sup>12</sup>, nonché strumenti propri dalla tutela civile della famiglia, come gli ordini di protezione contro gli abusi familiari che siano causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale, ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, attraverso i quali il giudice, oltre ad ingiungere la cessazione della condotta pregiudizievole e l'allontanamento dalla casa familiare, può adottare prescrizioni ulteriori volte a comprimere in modo più o meno incisivo la libertà del destinatario dell'ordine<sup>13</sup>.

Vi è dunque da chiedersi perché, nonostante la parvenza di una protezione quasi «sistemica» per la donna vittima di violenza, la cifra nera relativa agli abusi domestici raggiunga il 93,7% per le violenze subite ad opera del partner attuale e l'85,5% per quelle perpetrate dall'ex partner<sup>14</sup>. Se, da un lato, la risposta è indubbiamente da ricercare nelle dinamiche stesse della violenza, d'altro lato tali numeri sono imputabili alle debolezze

---

*indagini difensive agli ordini di protezione*, Milano, 2006; G. PAVICH, *Il delitto di maltrattamenti: dalla tutela della famiglia alla tutela della personalità*, Milano, 2012; A. SORGATO, *Reati endofamiliari e contro i soggetti deboli*, Torino, 2014.

<sup>11</sup> Fra le più significative si possono ricordare il dovere di informazione sul mutamento del regime cautelare (art. 299 c.p.p.), gli obblighi di notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione e dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (artt. 408 co. 3-bis e 415-bis co. 1 c.p.p.), nonché le modifiche apportate alla disciplina dell'incidente probatorio e dell'escussione protetta della vittima vulnerabile anche qualora maggiorenne (artt. 398 co. 5-ter e 498 co. 4-quater c.p.p.). La disamina di tali novità legislative è approfonditamente affrontata in P. DE MARTINO, [Le innovazioni introdotte nel codice di rito dal decreto legge sulla violenza di genere, alla luce della direttiva 2012/29/UE](#), in questa *Rivista*, 8 ottobre 2013; L. PISTORELLI, [Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgono minori. Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di cassazione](#), in questa *Rivista*, 18 ottobre 2013; A. MARANDOLA, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, in *Studium iuris*, 2014, pp. 527 ss.; R. A. RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2352 ss.

<sup>12</sup> Sul punto cfr. E. LO MONTE, [Repetita \(non\) iuvant, una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/2013, conv. in l. n. 119/2013, in tema di 'femminicidio'](#), in questa *Rivista*, 12 dicembre 2013 e F. BARTOLINI, *Considerazioni su alcune delle misure anti violenza contenute nella l. n. 119/2013 su sicurezza pubblica e femminicidio*, in *Riv. pen.*, 2013, pp. 1203 ss.

<sup>13</sup> Per approfondimenti si consultino P. PITTARO, *Limitata, ma incisiva modifica alla legge sulle misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2004, pp. 5 ss.; S. SILVANI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (Artt. 2-8 Legge 4 aprile 2001, n. 154 – Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, pp. 154 ss.; M. PALADINI (a cura di), *Gli abusi familiari. Misure personali e patrimoniali di protezione. Profili di diritto civile, penale e comparato*, Padova, Cedam, 2009; A. SCALERA, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. mer.*, 2013, pp. 231 ss.

<sup>14</sup> ISTAT, *La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia. Anno 2014*, Roma, 2015, disponibile a questo [link](#).

che minano la credibilità del sistema giudiziario penale nel porsi come risposta concreta ed effettiva per le vittime che chiedono giustizia<sup>15</sup>.

In primo luogo, si riscontrano alcune criticità relative all'operato delle forze dell'ordine: invero, pur registrando un complessivo calo dei giudizi negativi nel corso degli anni, si biasimano ancor oggi scarsa specializzazione degli operanti nella ricezione delle denunce di violenza domestica, nonché pratiche di minimizzazione sistematica e inopportuni tentativi di conciliazione attuati senza considerare adeguatamente le esigenze di protezione della vittima; né può dirsi che tali mancanze siano sanate da prassi virtuose poste in essere da altri attori istituzionali dell'*iter* giudiziario, dovendosi con rammarico rilevare come solo pochi uffici della Procura siano dotati di *pool* di pubblici ministeri che si occupino specificamente di reati contro soggetti deboli, e come altresì difetti una formazione mirata fra i professionisti degli ordini forensi<sup>16</sup>.

Le vittime devono inoltre fronteggiare un modello di giustizia altamente burocratizzato che oltre a minare alla radice la possibilità di instaurare un rapporto di fiducia con le istituzioni, compromette sensibilmente la ragionevole durata dei processi, pregiudicandone di fatto la funzione stessa.

A ciò si aggiunga che spesso, in assenza di un adeguato sforzo investigativo, l'impianto probatorio si basa esclusivamente sulla testimonianza della vittima, con la conseguenza che il ritiro della querela ovvero la ritrattazione della denuncia inficiano gravemente la solidità dell'accusa<sup>17</sup>. Invero, l'impunità caratterizza in modo significativo

---

<sup>15</sup> In argomento P. ROMITO, *Violenza alle donne e risposte delle istituzioni. Prospettive internazionali*, Milano, 2000; A. CERETTI, *Violenza intrafamiliare e mediazione*, in M.A. Guida (a cura di), *I figli di genitori separati. Ricerca e contributi sull'affidamento e la conflittualità*, Atti del Convegno Milano, 8 Ottobre 2005, Milano, 2006; D. DANNA, *Stato di famiglia: le donne maltrattate di fronte alle istituzioni*, Roma, 2009; CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Iniziative per migliorare la risposta di giustizia nell'ambito della violenza familiare*, 8 luglio 2009, consultabile all'indirizzo [www.csm.it](http://www.csm.it); G. CREAZZO, *Se le donne chiedono giustizia*, cit. Sulle motivazioni che inducono le donne dei Paesi dell'Unione Europea a non sporgere denuncia è inoltre possibile consultare i dati dell'indagine FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY, *Violence against women: an EU-wide survey*, disponibile sul sito [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu), analizzati e commentati in C. PECORELLA, *Sicurezza vs libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in questa *Rivista*, 5 ottobre 2016, pp. 12 ss.

<sup>16</sup> È quanto emerge in E. BASCELLI, P. ROMITO, *L'intervento della polizia nei casi di maltrattamento domestico*, in P. Romito (a cura di), *Violenza alle donne e risposte delle istituzioni*, cit., pp. 169 ss. e in R. PALIDDA, *Protezione e giustizia per le donne che subiscono violenza: il punto di vista dei testimoni*, in G. Creazzo (a cura di), *Se le donne chiedono giustizia*, cit., pp. 207 ss.

<sup>17</sup> In primo luogo è bene evidenziare che di frequente, stante l'impossibilità di dimostrare la continuità della condotta vessatoria ovvero il dolo unitario e programmatico diretto alla sistematica oppressione della persona offesa, il delitto di maltrattamenti viene riqualificato in uno o più reati di minore gravità (percosse, lesioni personali di lieve entità, minaccia semplice) rispetto ai quali la remissione della querela comporta l'estinzione (come dimostrano i dati emersi in C. PECORELLA – P. FARINA, *La risposta penale alla violenza domestica: un'indagine sulla prassi del Tribunale di Milano in materia di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.)*, in questa *Rivista*, 10 aprile 2018, pp. 21 ss.); inoltre, quandanche la contestazione sia propriamente quella di cui all'art. 572 c.p., la procedibilità d'ufficio del delitto in parola non impedisce la compromissione dell'esito del giudizio in caso di ritrattazione o mancata collaborazione da parte della vittima, così come testimoniato dalle parole di un procuratore intervistato in A. GRIBALDO, *Violenza, intimità, testimonianza. Un'etnografia delle dinamiche processuali*, in G. CREAZZO (a cura di), *Se le donne chiedono giustizia*, cit., p. 257: «[...] se io ho in un processo una persona offesa, unica testimone, non collaborativa, il mio

il fenomeno della violenza domestica, traducendosi in una inesorabile lesione della correlazione tra effettività della sanzione ed effettività della norma penale, correlazione da cui la norma incriminatrice stessa trae conferma della propria efficacia<sup>18</sup>.

Connaturata alle dinamiche processuali si rivela inoltre la c.d. vittimizzazione secondaria<sup>19</sup>. L'esperienza del processo comporta infatti non solo l'esposizione pubblica di vissuti dolorosi e umilianti, ma anche l'adozione di un linguaggio – quello processuale – costruito per esprimere una contrapposizione di ruoli che impedisce alla persona offesa di superare una condizione di radicata vittimizzazione per il tramite di un confronto dialogico con il reo il quale, d'altra parte, non è in alcun modo incentivato ad assumere un atteggiamento "altro" rispetto ad una posizione processuale ancorata a logiche meramente difensive o premiali<sup>20</sup>.

In conclusione, si può parlare di una cronica insoddisfazione del bisogno di giustizia espresso dalle donne che subiscono violenza all'interno delle relazioni affettive. Le vittime domandano infatti al sistema penale di coniugare esigenze di protezione, che richiedono un intervento materiale volto a garantirne l'incolumità psicofisica, ed esigenze di giustizia che si sviluppano invece in una dimensione simbolica e pedagogica, legata alla necessità di ristabilire la verità e la responsabilità di quanto accaduto al fine di trasmettere un messaggio di ferma condanna della violenza<sup>21</sup>.

processo è già finito, perché è vero che io devo procedere d'ufficio, però devo anche andare a fare un processo dove la persona offesa va davanti a un giudice a ripetere le cose che ha dichiarato nella querela. Se non lo fa, o la fa parzialmente, o lo fa in modo renitente o altro, il mio processo è destinato al fallimento. Quindi è vero che io devo procedere lo stesso, ma è anche vero che non si arriverà mai a una condanna: sono due verità».

<sup>18</sup> Sul vasto tema del principio di effettività cfr. *ex multis* C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss. Per la consultazione di alcuni dati circa l'incidenza e i contenuti delle sentenze di condanna si rimanda a C. PECORELLA – P. FARINA, *La risposta penale alla violenza domestica*, cit., pp. 14 ss. e D. ARCIDIACONO, S. CROCITTI, *Le risposte del sistema della giustizia penale alle violenze nelle relazioni di intimità*, in G. Creazzo (a cura di), *Se le donne chiedono giustizia*, cit., pp. 309 ss.

<sup>19</sup> La vittimizzazione secondaria comprende i danni che «derivano dalle risposte che offrono le costruzioni sociali preposte alla tutela della vittima: il mancato riconoscimento della condizione della vittima, la frustrazione delle aspettative e la reazione sociale all'evento possono incidere sull'immagine che la persona ha di sé e sul proprio contesto relazionale» (I. PATERNOSTRO, *Vittimizzazione primaria e secondaria*, in A.M. Casale – P. De Pasquali – M. S. Lembo (a cura di), *Vittime di crimini violenti. Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici*, Rimini, 2014, pp. 23 ss.). Sul punto cfr. altresì G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, Vol. V, 3, 2011, pp. 53 ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, pp. 789 ss.; L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 654; R. PALIDDA, *Protezione e giustizia per le donne che subiscono violenza*, cit., pp. 183 ss.; A. GRIBALDO, *Violenza, intimità, testimonianza*, cit., pp. 251 ss.

<sup>21</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., pp. 647 ss.; G. CREAZZO, *Perché non denuncia? Prospettive internazionali: i risultati della ricerca in Italia, Spagna, Romania e Inghilterra*, in Id. (a cura di), *Se le donne chiedono giustizia*, cit., pp. 69 ss.; M. PIRRONE, *La denuncia/querela e le sue difficoltà dal punto di vista delle donne vittima di violenza in famiglia*, in P. Romito – M. Melato (a cura di), *La violenza sulle donne e sui minori: una guida per chi lavora sul campo*, Roma, 2013, pp. 211 ss.

Allo stato attuale, se l'applicazione di una pena può, al più, dare risposta alle esigenze di protezione delle vittime, non è invece in grado di imprimere nel reo un monito profondo che ne favorisca la rieducazione, né di assicurare alla donna, nonché alla collettività, garanzie circa il contenimento del rischio di recidiva<sup>22</sup>.

Tale insoddisfazione nei confronti del modello di giustizia tradizionale, unita al ruolo giocato dalla c.d. vittimologia<sup>23</sup> nella riscoperta della figura della persona offesa all'interno delle dinamiche processuali, ha indotto gli operatori del settore ad interrogarsi sulla possibilità di fare ricorso ad un nuovo paradigma di giustizia: quello riparativo.

### 3. La giustizia riparativa.

La giustizia riparativa (traduzione dell'anglicismo *restorative justice*) costituisce un tema sul quale si sono accesi, già da alcuni decenni, i riflettori di un dibattito assai vivace che in ragione della sua dimensione multidisciplinare coinvolge non solo il sapere giuridico, ma anche la criminologia, la sociologia, l'antropologia e la psicologia comportamentale e sociale<sup>24</sup>.

Configuratosi inizialmente come nuovo approccio per affrontare il conflitto generato dalla commissione di un fatto di reato, il paradigma riparativo si è ben presto affacciato ad altri ambiti del vivere comune (famiglia, scuola, ambiente di lavoro) al punto da poter oggi affermare, senza tema di smentita, l'esistenza di una vera e propria *cultura riparativa*, intesa come filosofia di prevenzione e gestione dei conflitti fondata su ascolto, dialogo e corresponsabilizzazione<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Nell'ambito del contrasto alla violenza domestica assistiamo a quella crisi del «mito della rieducazione» cui fanno riferimento G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964 ed E. DOLCINI, *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 469 ss. per descrivere l'atteggiamento di sfiducia nei confronti della funzione rieducativa della pena che negli anni Settanta ha fatto la fortuna delle tendenze neoretribuzionistiche, all'indomani della crisi dello Stato sociale e della diffusione di dati scoraggianti circa l'incidenza del finalismo rieducativo sull'abbassamento dei tassi di recidiva, anche relativi a Paesi con sistemi penali e penitenziari fra i più all'avanguardia quali Svezia e Stati Uniti (cfr. D. LIPTON, R. MARTINSON, J. WILKS, *The effectiveness of correction treatment. A survey of treatment evaluation studies*, New York, 1975).

<sup>23</sup> La vittimologia è una branca della criminologia che, sviluppatasi a partire dagli anni Quaranta dello scorso secolo, promuove la rivalutazione del ruolo della persona offesa nel binomio autore-vittima di reato tenendo in grande considerazione anche le conseguenze psicologiche – e non solo patrimoniali – derivanti alla vittima dall'aver subito un crimine (S. SICURELLA, *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, Vol. VI, 3, 2012, pp. 62 ss.). Fra gli scritti sul tema si segnalano ex multis G. GULOTTA, *La vittima*, Milano, 1976 e A. SAPONARO, *Vittimologia*, Milano, 2004.

<sup>24</sup> G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 155 ss. In particolare, il confronto sul tema ha preso avvio in Canada e negli Stati Uniti a partire dagli anni Settanta, per poi approdare nel continente europeo sul finire degli anni Ottanta (cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, pp. 30 ss.).

<sup>25</sup> Così G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa «al lavoro»: il progetto di «umanesimo manageriale»*, in G. MannoZZi – G. A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna,

Con specifico riguardo alla giustizia riparativa, essa è pressoché all'unanimità definita come un modello alternativo di giustizia penale che, nelle parole di colui che ne è considerato il fondatore, «coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo»<sup>26</sup>.

Il paradigma riparativo incentiva infatti l'instaurazione di una dinamica dialogica fra i soggetti coinvolti dalla commissione del reato, restituendo loro quella centralità necessaria affinché tornino ad essere protagonisti della gestione del conflitto che ne è derivato.

L'esperienza di vittimizzazione non solo viene riconosciuta, ma assume una rilevanza inedita grazie alla previsione di uno spazio comunicativo in cui la persona offesa può riscoprire l'importanza di una narrazione informale, libera dalle stringenti logiche processuali, della sofferenza provocata dal reato, intesa come «emozione che si impossessa della vita modificando il senso delle relazioni con se stessi e con gli altri, la forma degli affetti, lo scandire delle attività»<sup>27</sup>.

Il medesimo spazio comunicativo è altresì concesso alla comunità interessata dal reato affinché possa esporre quali ripercussioni il fatto abbia avuto sul tessuto sociale e rispetto al senso di sicurezza dei consociati, i quali sono spesso indotti a mutare comportamenti e stili di vita (basti pensare agli accorgimenti adottati dai cittadini che abbiano notizia di una serie di furti avvenuti in un determinato quartiere). La comunità colpita dal reato può inoltre dettare le condizioni per la riparazione dei danni subiti e svolgere così un ruolo primario nell'amministrazione della giustizia: tale aspetto è fondamentale poiché attraverso una gestione comunitaria del conflitto la comunità può ottenere quelle risposte di cui rimarrebbe priva, «spossata dei propri atti e deresponsabilizzata rispetto alle conseguenze degli atti altrui»<sup>28</sup>, allorché il sistema penale fallisca.

Nello schema dialogico della giustizia riparativa anche il reo diviene co-protagonista nella gestione del conflitto in quanto non vi può essere alcun

---

2015, pp. 209 ss.

<sup>26</sup> Definizione proposta da H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990, p. 181. Per altre nozioni di giustizia riparativa avanzate dai maggiori studiosi del fenomeno si veda G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 43 ss. Giova inoltre sottolineare che la giustizia riparativa non deve essere confusa con le procedure di ADR (acronimo di *Alternative dispute resolution*), ovverosia pratiche di risoluzione extragiudiziale delle controversie perlopiù attuate in ambito civilistico, non necessariamente consensuali, ispirate a modelli transattivo-conciliativi che non prevedono un rapporto marcatamente dialogico fra le parti (cfr. G. MANNOZZI, *La «visione» di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in G. MannoZZi – G. A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., pp. 232 ss.).

<sup>27</sup> A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, cit., p. 714. Nei sistemi di giustizia penale tradizionale alla vittima è invece attribuito un ruolo secondario e marginale, configurandosi come «termine di riferimento che continua [...] ad essere – prima, durante e dopo il processo – normalmente trattenuto nei sotterranei dell'edificio giurisdizionale. Nel migliore dei casi, implicito e silente. Si tratta, più che della vittima, dell'oggetto reale o simbolico dell'offesa: di volta in volta, una persona fisicamente individuata, la collettività, le istituzioni, quando non veri e propri valori ideologici dell'ordinamento» (M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, in *Quest. giust.*, 3-4, 1992, pp. 764 ss.).

<sup>28</sup> J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000, p. 39.

riconoscimento dei soggetti coinvolti dal reato, né delle conseguenze dannose da essi subite, se egli non intraprende un percorso volto all'assunzione di responsabilità rispetto al proprio comportamento. Tale percorso, stimolato dal confronto con la vittima del reato e con la comunità, conduce al superamento della «logica della negazione sistematica»<sup>29</sup> della sofferenza derivante dal reato, favorendo nel reo un ripensamento critico dei propri agiti da cui può scaturire la sincera volontà di adoperarsi per riparare, materialmente o simbolicamente, il danno causato (inteso nella sua dimensione globale, quale sommatoria dei danni patrimoniali e non patrimoniali).

Si consideri infine che il paradigma riparativo, esaltando il principio rieducativo della pena, si pone come modello di giustizia intrinsecamente in grado di soddisfare le logiche della prevenzione generale e speciale (dalle quali purtuttavia si discosta). Invero, grazie alla capacità di favorire l'autocritica da parte del reo e la sua libera scelta di abbracciare, per il futuro, modelli comportamentali rispettosi delle norme in precedenza violate, la giustizia riparativa si dimostra in grado, da un lato, di neutralizzare il rischio di recidiva e, dall'altro, di promuovere nella comunità la riaffermazione del valore della norma violata<sup>30</sup>.

#### 4. La mediazione autore-vittima.

La natura «tentacolare»<sup>31</sup> della giustizia riparativa rende tanto molteplici le sue declinazioni quanto vari gli strumenti di cui dispone, calibrati sulle peculiarità di gestione del singolo caso concreto (ad es. tipo di reato commesso, soggetti coinvolti, ecc.)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> J. FAGET, *I «ragionevoli compromessi» della mediazione penale*, in *Studi quest. crim.*, IV, 1, 2009, p. 67.

<sup>30</sup> Significative sul punto le parole di L. EUSEBI in *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., p. 646, secondo cui «una norma che sappia imporsi su chi l'abbia violata consolida in maniera del tutto particolare, specie con riguardo all'ambiente di provenienza del trasgressore, la sua attitudine a orientare effettivamente le condotte».

<sup>31</sup> G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. De Francesco – E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, p. 120.

<sup>32</sup> I modelli di intervento annoverati nel paradigma riparativo dall'*International Scientific and Professional Advisory Council* (ISPAC) spaziano dalle scuse formali (c.d. *apology*), ai lavori socialmente utili svolti dal reo nei confronti della vittima o della comunità; dai «Consigli commisurativi» (*Community Sentencing/Peacemaking Circles*), una forma comunitaria di processo che ha lo scopo di addivenire alla predisposizione di un programma riparativo che contempra la ristorazione dei danni arrecati a tutti i soggetti interessati dal reato, ai *Victim Impact Panel*, istituti operanti in fase post-processuale con lo scopo di dare voce ai sentimenti delle vittime mediante l'incontro di un ristretto gruppo di vittime aspecifiche con alcuni autori di reati analoghi a quelli subiti. Deve inoltre registrarsi la vasta diffusione del *Community/Family Group Conferencing* («Dialogo esteso ai gruppi parentali»), un modello di mediazione c.d. allargata che coinvolge tutti i soggetti interessati dalla commissione del reato: non solo reo e vittima, ma anche i loro familiari e alcuni membri fondamentali delle comunità di appartenenza, gli operatori sociali e finanche la stessa Autorità che ha inviato il caso in mediazione. Cfr. G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della «Dichiarazione di Vienna»*, in *Rass. penit. crim.*, 1-3, 2000, pp. 13 ss.; ID., *La giustizia senza spada*, cit., pp. 125 ss.; G. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rass. penit. crim.*, 2, 2010, pp. 49 ss.; G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione,*

Ai fini del presente contributo, un approfondimento particolare è dedicato allo strumento della mediazione autore-vittima (*Victim-Offender Mediation*), considerata la «pietra angolare»<sup>33</sup> del paradigma riparativo, la quale si configura come un «processo dialettico di attivazione della conoscenza tra autore e vittima (che può funzionare anche come fattore di stabilizzazione sociale), in cui il mediatore è chiamato a ricostruire fra le parti lo spazio comunicativo intersoggettivo e a trovare un ‘segno’ comune che possa condurre al superamento del conflitto»<sup>34</sup>.

Sulla base di tale definizione è possibile cogliere e approfondire alcuni tratti distintivi della mediazione<sup>35</sup>.

In primo luogo, riveste un’importanza determinante la partecipazione attiva delle parti, fondata sul libero consenso. Nella prospettiva mediatoria il reato viene infatti considerato nella sua dimensione di «offesa contro le persone» e non già di «offesa contro lo Stato»<sup>36</sup>, riconsegnando ai soggetti direttamente interessati dalla sua commissione il diritto di gestire il conflitto che ne è derivato in un’ottica negoziale che, lungi dal comportare la mediazione del precetto penale violato, propone piuttosto un confronto «all’insegna del comando incluso nel precetto»<sup>37</sup>.

Grazie alla mediazione si apre un dialogo sul reato che consente alle parti di raccontarsi, di esternare i sentimenti ad esso collegati e di ottenere la ricostruzione della verità intesa non in senso processuale (sul fatto storico e sulla responsabilità), ma come verità sulle motivazioni del reato e sul contesto che ne ha determinato la genesi.

Tale sviluppo dialogico si dimostra idoneo a promuovere sia la responsabilizzazione del reo, sia l’avvio del processo di superamento del trauma da parte della vittima, rendendo possibile rispondere all’interrogativo «Perché? E perché proprio a me?» destinato a rimanere altrimenti irrisolto nella tradizionale dialettica processuale<sup>38</sup>. Attraverso il dialogo si accorda alle parti la possibilità di «riconoscersi» e superare (senza dimenticare) la dicotomia dei ruoli reo/vittima imposta dal diritto

---

riparazione ed empatia, cit.; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015, pp. 72 ss.; M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. Giust.*, 2, 2015, pp. 67 ss.

<sup>33</sup> G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della «Dichiarazione di Vienna»*, cit., p. 19.

<sup>34</sup> G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 359. Per una definizione normativa di mediazione si consideri l’art. 1 della Raccomandazione n. 99 (19) del Consiglio d’Europa sulla «Mediazione in materia penale», secondo cui per mediazione si intende «ogni processo che permetta alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, qualora vi consentano liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal conflitto, con l’aiuto di un terzo imparziale».

<sup>35</sup> In argomento M. BOUCHARD, *La mediazione: una terza via per la giustizia penale?*, cit.; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit.; J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, cit.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 339 ss.; A. ROMANO, *Il conflitto e la mediazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1, 2011, pp. 47 ss.; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., pp. 63 ss.

<sup>36</sup> J. FAGET, *I «ragionevoli compromessi» della mediazione penale*, cit., p. 60.

<sup>37</sup> A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit., p. 763.

<sup>38</sup> Interrogativo centrale nella riflessione di Gherardo Colombo nel docufilm «*Restorative Justice*». *Viaggio alla scoperta della giustizia riparativa*, 2014, disponibile all’indirizzo [www4.uninsubria.it](http://www4.uninsubria.it). Per alcune pregnanti considerazioni sull’interazione fra i concetti di verità processuale e verità effettiva nelle dinamiche del «fare giustizia» si rimanda inoltre a L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato*, cit., pp. 637 ss.

penale, consentendo alla nettezza delle contrapposizioni di attenuarsi ed evolvere positivamente<sup>39</sup>.

In tale contesto il mediatore svolge un ruolo fondamentale e irrinunciabile, proponendosi quale soggetto terzo, neutrale e imparziale: una sorta di «catalizzatore del conflitto»<sup>40</sup> che interpone fra le parti e i sentimenti di cui sono portatrici la distanza necessaria affinché tali sentimenti siano governabili, contenendone la forza potenzialmente distruttiva, e consentendo l'instaurazione di un flusso comunicativo fra i protagonisti del conflitto<sup>41</sup>.

## 5. La complementarità del paradigma riparativo-mediatorio.

I principi cardine della giustizia riparativa e della mediazione costituiscono novità dirompenti rispetto alla classica idea di giustizia: all'inedita centralità della figura della vittima e delle esigenze di cui è portatrice, si accompagna una altrettanto inedita concezione di «responsabilità attiva» che proietta l'inflizione della pena nell'orizzonte futuro della risocializzazione e della reintegrazione del reo, affrancato dalle logiche di una «responsabilità passiva» che cristallizza il passato e lo ancora alla commissione del reato, impendendo il ristoro delle conseguenze dannose che ne sono derivate<sup>42</sup>. Cionondimeno, occorre domandarsi se la *restorative justice* possa operare nell'ordinamento nazionale quale paradigma alternativo ed autonomo di giustizia, ovvero se non sia più utile valutare una sua interazione «complementare» rispetto a modalità di attuazione della giustizia penale già note, al fine di reperire innovative

---

<sup>39</sup> In tale percorso evolutivo possono essere individuate secondo J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, cit., pp. 67 ss., tre fasi fondamentali: la *teoria*, in cui autore e vittima esprimono sentimenti, pensieri e stati d'animo collegati al conflitto provocato dal reato; la *krisis*, che ospita le reazioni stimulate dai racconti delle parti e l'interrogazione delle emozioni e della sofferenza emerse; infine la *catarsi*, fase in cui le parti raggiungono una coscienza più profonda del conflitto che consente loro di allontanarsene, superandolo. Giova peraltro sottolineare che il superamento del conflitto e la sua rilettura in chiave futura non sono sinonimo di perdono, quantomeno non necessariamente, ed è fondamentale che ciò sia chiarito fin da subito alle parti che si accostano alla mediazione (cfr. G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia*, cit., pp. 170 ss.). Da un punto di vista più strettamente strutturale-organizzativo, invece, possono essere individuate nel percorso di mediazione quattro fasi: la presa in carico del caso, la preparazione della mediazione attraverso colloqui separati con le parti, lo svolgersi della mediazione e la fase di *follow up* per verificare l'attuazione dell'accordo eventualmente raggiunto (cfr. G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, cit., pp. 121 ss.).

<sup>40</sup> A. CERETTI in *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit., p. 797.

<sup>41</sup> Cfr. M. BOUCHARD – G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005, pp. 200 ss.

<sup>42</sup> I concetti di «responsabilità attiva» e «responsabilità passiva» sono proposti da G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, cit., pp. 131 ss. Nel paradigma riparativo risultano pertanto superate sia la vetusta concezione retributiva della pena, quale mero esercizio di forza da parte dello Stato, sia gli schemi della prevenzione generale e speciale, quantomeno intese nelle rispettive accezioni negative, che vedono la minaccia della pena quale strumento per orientare le condotte dei consociati, ovvero quale mezzo per rendere inoffensivo l'autore del reato per il tramite della detenzione (cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1157 ss.).

soluzioni ai problemi sollevati dalla necessità di un profondo ripensamento dei principi e degli istituti propri del diritto penale.

Invero, la mediazione autore-vittima ha da tempo trovato terreno fertile nell'ambito della giustizia minorile (il riferimento va agli articoli 9, 27 e 28 del D.P.R. 448/1988 che consentono alla mediazione di svolgere un ruolo importante in relazione agli istituti della tenuità del fatto e della sospensione del processo con messa alla prova), per poi prospettare la ragionevole speranza di una sua proficua applicazione anche in relazione ai reati di competenza del giudice di pace, settore in cui sono stati introdotti l'obbligo per il giudice di promuovere la conciliazione fra le parti, la non procedibilità per particolare tenuità del fatto e l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (artt. 29, co. 4, 34 e 35 d.lgs. n. 274/2000)<sup>43</sup>. Né si devono trascurare, nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, i connotati riparativi di cui si caratterizza l'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47 l. n. 354/1975), misura alternativa alla detenzione che prevede la possibilità per l'affidato di adoperarsi in favore della vittima del reato, realizzando una coincidenza di esigenze risocializzative e riparative<sup>44</sup>.

Quanto all'interazione fra la giustizia riparativa e il corpus delle norme di diritto penale sostanziale, alcuni istituti di recente introduzione si rivelano di particolare interesse.

Con la legge del 28 aprile 2014 n. 67 è stata introdotta la sospensione del procedimento con messa alla prova, istituto grazie al quale sembra per la prima volta configurarsi uno spazio di concreta operatività per la mediazione all'interno del procedimento penale ordinario<sup>45</sup>. Tale modalità alternativa di definizione del processo

---

<sup>43</sup> Tali istituti rappresentano esempi della c.d. *diversion*, intesa come l'insieme dei percorsi alternativi che, pur non coincidendo con l'inflizione della pena, consentono di raggiungere i medesimi scopi che il processo penale si prefigge. Per approfondimenti si vedano UFFICIO CENTRALE GIUSTIZIA MINORILE (a cura di), *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive. Atti del seminario di studi*, Milano, 1999; A. MORRONE, *Mediazione e riparazione del danno nella competenza penale del giudice di pace*, in *Rass. penit. crim.*, 1-3, 2000, pp. 55 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 245 ss. e 281 ss.; M. BOUCHARD – G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, cit., pp. 164 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, pp. 281 ss.; G. MANNOZZI, *Giustizia penale e giustizia riparativa: alternative o destini incrociati?*, in *Themis*, 9, 2011, pp. 37 ss.; B. BERTOLINI, [Esistono autentiche forme di 'diversione' nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, pp. 47 ss.; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 13 novembre 2017, pp. 8 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G. ROSSI, *La direttiva 2012/29/UE: vittima e giustizia riparativa nell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2, 2015, pp. 508 ss. Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha inoltre istituito nel 2009 l'Osservatorio permanente sulla giustizia riparativa e la mediazione penale, contribuendo alla promozione di alcuni interessanti progetti avviati nelle carceri di Bollate e Pavia che potrebbero fungere da modello per introdurre, in fase di esecuzione della pena, programmi di incontro reo-vittima o con vittima aspecifica, nonché lo strumento, ancora poco sfruttato, dei *Conference groups* (sul punto F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività*, in G. Manozzi – G. A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., pp. 189 ss.).

<sup>45</sup> In argomento V. BOVE, [Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14](#), in questa *Rivista*, 25 giugno 2014; D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, cit., pp. 207 ss.; R. BARTOLI, [La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova](#), in questa *Rivista*, 9 dicembre 2015; R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. e giust.*, 3, 2015, pp. 158 ss.

consente di pervenire ad una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato in seguito all'adozione di condotte riparatorie nell'ambito di un progetto di trattamento che può prevedere, ai sensi dell'art. 141-ter, co. 3, disp. att. c.p.p., il ricorso alla mediazione, anche avvalendosi di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

La sospensione del procedimento con messa alla prova merita sicuramente di essere salutata con favore, sebbene la sua incidenza risulti fortemente ridimensionata sia in ragione del ristretto spazio applicativo dell'istituto<sup>46</sup>, sia alla luce delle perplessità circa la sua rispondenza a logiche propriamente riparative, le quali sembrano invero cedere il passo a più pressanti istanze deflattive<sup>47</sup>.

Simili perplessità sono sorte altresì rispetto all'art. 162-ter c.p., introdotto dalla Riforma Orlando (l. n. 103/2017) e rubricato «Estinzione del reato per condotte riparatorie», in virtù del quale, per i reati procedibili a querela di parte soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, qualora l'imputato abbia interamente riparato, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, mediante restituzioni o risarcimento, il danno cagionato dal reato e ne abbia inoltre eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose.

I commentatori della norma hanno in particolare rilevato come l'ambito di applicazione dell'istituto, limitato ai reati perseguibili a querela, coinciderebbe di fatto con le ipotesi in cui risulta già evidente l'assenza di volontà conciliativa, avendo la persona offesa manifestato la volontà di non avvalersi della facoltà di procedere alla remissione, cosicché il vero intento dell'istituto sembrerebbe quello di ottenere una riparazione meramente materiale, e non simbolica, atta a giustificare l'estinzione del reato; è stata inoltre evidenziata la subalternità del ruolo ricoperto dalla persona offesa, la quale non dispone di alcun potere di veto rispetto all'eventuale dichiarazione di estinzione, potendo il giudice ritenere la congruità della somma offerta con le modalità di cui agli artt. 1208 ss. c.c. a titolo di risarcimento anche nel caso in cui tale somma non sia stata dalla persona offesa accettata<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> La sospensione del procedimento con messa alla prova può operare limitatamente ai reati di media gravità puniti con la sola pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, autonoma, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, e ai reati previsti dall'art. 550, co. 2, c.p.p. Non mancano peraltro le opinioni di chi ne caldeggia l'estensione anche ai reati di stalking e maltrattamenti proprio in virtù della possibilità, prevista dall'art. 168-bis c.p., che il programma da svolgere durante l'affidamento dell'imputato al servizio sociale implichi l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, previsione particolarmente significativa se si considera l'importanza riconosciuta ai percorsi trattamentali per uomini violenti nell'ottica di un contrasto serio e radicale del fenomeno della violenza di genere (C. MINNELLA, *Maltrattamenti, stalking, femminicidio quale effetto dell'incapacità relazionale*, in [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it), 20 luglio 2015).

<sup>47</sup> Cfr. R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti*, cit., pp. 170 ss.; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 10. Considerazioni differenti si rinvencono in V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, in questa *Rivista*, 22 dicembre 2015, pp. 3 ss., in cui l'A. cita altresì alcune pronunce di legittimità che riconoscono, esaltandola, la vocazione riparativa dell'istituto, pur non disconoscendone la funzione retributiva.

<sup>48</sup> Cfr. A. DE LIA, *"I delitti senza pena": note a margine del nuovo art. 162-ter c.p.*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu),

Tali aperture al paradigma riparativo-mediatorio, per quanto timide e controverse, testimoniano il «processo di disgregazione del monopolio del *castigo* quale istanza caratterizzante il sistema sanzionatorio»<sup>49</sup> ed offrono spunti di riflessione per una sua più ampia applicazione sia in un contesto pre-processuale, onde sterilizzare l'esercizio dell'azione penale, sia in fase di giudizio (configurandosi come *probation*) sia, da ultimo, in fase esecutiva, ove comporterà la sospensione della condanna ovvero inciderà sulle modalità di attuazione della pena, consentendo così di superare il tradizionale iato fra esecuzione carceraria della pena e rinuncia *tout court* alla pretesa punitiva<sup>50</sup>. Si conferma pertanto l'opportunità di guardare alla *restorative justice* quale paradigma di giustizia alternativo e al contempo complementare rispetto a quello tradizionale, nell'ottica di una proficua interazione che conduca ad una progressiva *istituzionalizzazione* degli strumenti e dei principi innovativi che le sono propri, nella speranza di colmare il vuoto di effettività che affligge l'ordinamento penale nel suo complesso<sup>51</sup>.

---

20 febbraio 2018, pp. 4 ss.; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., pp. 25 ss.; R. G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 20 giugno 2017; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1274 ss., Id., *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter c.p.: la conferma di una norma con valenza simbolica*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 8 gennaio 2018, pp. 5 ss.; R. MUZZICA, *Sull'art. 162-ter c.p.: una norma dannosa per la Giustizia riparativa, inutile a fini deflattivi*, in *Arch. pen.*, 1, 2018, pp. 10 ss. È inoltre significativo notare, ai fini del tema che qui ci occupa, come l'istituto in parola avesse inizialmente trovato applicazione, trattandosi di reato procedibile a querela rimettibile e consentendolo pertanto il dettato normativo, anche al delitto di atti persecutori non commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, co. 2, c.p. (v. sentenza G.u.p. Trib. Torino n. 1299 del 2.10.2017 commentata da V. TEVERE, *Stalking: offerta di 1.500 euro può estinguere il reato*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 25 ottobre 2017). Ciò ha destato uno scalpore tale da indurre il legislatore a modificare con l. 172/2017 il testo dell'art. 162-ter c.p. vietandone l'applicazione nei casi di cui all'articolo 612-bis c.p., esplicitando così la portata prettamente simbolica dell'istituto a cui rimane estraneo quel percorso dialogico, proprio della *restorative justice*, volto alla ricerca di una riparazione condivisa (sul punto C. PERINI, *Primi ripensamenti del legislatore sull'art. 162-ter c.p.*, cit., pp. 1 ss.).

<sup>49</sup> C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., p. 4.

<sup>50</sup> Cfr. M. PAVARINI, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una «recherche»*, in *Rass. penit. crim.*, 1-3, 2000, pp. 126 ss.; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 81. Vi è chi ad esempio propone di consentire al paradigma riparativo di condizionare la determinazione del *quantum* di pena prevedendo l'introduzione, accanto al titolo che disciplina il «delitto tentato», di un titolo dedicato al «delitto riparato», abbracciando altresì la possibilità che la pena non sia solo *subita*, ma anche *agita* dal soggetto passivo attraverso la riparazione dell'offesa arrecata (cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 241 ss. e, del medesimo A., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, pp. 236 ss.). Per una riflessione circa la natura della sanzione penale secondo una chiave di lettura progettuale e non già retributiva si veda altresì L. EUSEBI, *Cautela in poena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 466 ss.

<sup>51</sup> In tal senso G. SCARDACCIONE, *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. penit. crim.*, 1-2, 1997, p. 14; G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della «Dichiarazione di Vienna»*, cit., pp. 17 ss.; PAVARINI, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata?*, cit., pp. 123 ss.; A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, cit., p. 729; J. FAGET, *I «ragionevoli compromessi» della mediazione penale*, cit., pp. 60 ss. Una simile prospettiva non libera tuttavia gli studiosi da alcune

## 6. La discussa applicabilità della mediazione ai casi di violenza domestica.

Benché nell'ottica del legislatore nazionale il ricorso a strumenti di giustizia riparativa sia perlopiù teorizzato nell'ambito della micro-conflittualità (reati non violenti contro il patrimonio o reati contro la persona di lieve entità), sulla scena internazionale la *restorative justice* si è altresì imposta con riguardo alla commissione di crimini contro l'umanità e in relazione a reati violenti contro la persona (ad es. violenze sessuali e omicidi)<sup>52</sup>. Per quanto concerne in particolare la violenza domestica, aperture positive si riscontrano già da tempo in Canada, Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda, mentre in Europa si registrano sia posizioni di totale chiusura (nell'ordinamento spagnolo è fatto esplicito divieto di ricorrere alla mediazione nei casi di abusi all'interno della coppia), sia interessanti progetti che ne sperimentano l'applicazione riportando risultati incoraggianti (Austria, Germania ed Estonia)<sup>53</sup>.

Quanto al panorama nazionale, gli unici spiragli applicativi si rinvencono nel micro-sistema penale del giudice di pace, nella cui competenza rientrano i c.d. reati

---

preoccupazioni: l'intersezione fra giustizia riparativa e sistema penale potrebbe infatti comportare il rischio che sia snaturata l'essenza della mediazione quale strumento «altro» rispetto alle logiche del diritto penale (cfr. G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, cit., pp. 122 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., pp. 243 ss.).

<sup>52</sup> Un illuminato esempio di applicazione del paradigma riparativo rispetto ai crimini contro l'umanità è offerto dall'operato della Commissione «Verità e riconciliazione» nata nella Repubblica Sudafricana per rendere giustizia ai delitti commessi durante il regime dell'*apartheid* (in argomento si vedano M. BOUCHARD – G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, cit., pp. 113 ss. e G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. Palazzo – R. Bartoli, *La mediazione penale nel diritto penale e internazionale*, Firenze, 2011, pp. 112 ss.). Quanto all'applicazione relativa ai reati violenti contro la persona, si consulti B. MORETTI, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, in G. Mannozi (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, pp. 86 ss.; per un approfondimento sui reati sessuali si rimanda inoltre a B. MORETTI, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, Milano, 2005, pp. 294 ss.

<sup>53</sup> Cfr. H. STRANG, J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Family Violence*, Cambridge, 2002; J. PTACEK, *Restorative justice and violence against women*, New York, 2010; M. E. TORRES FERNÁNDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia? Limiti giuridici e possibilità concrete in un confronto fra diritto spagnolo e italiano*, in E. Urso (a cura di), *Le ragioni degli altri. Mediazione e famiglia tra conflitto e dialogo. Una prospettiva comparatistica e interdisciplinare*, Firenze, 2013, pp. 301 ss.; C. PELIKAN, *Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases – A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research*, in *Forum: Qualitative Social Research*, Vol. III, 1, 2002; F. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Violence Against Women: Restorative Justice Solutions in International Perspective*, in [www.justiciarestaurativa.org](http://www.justiciarestaurativa.org), settembre 2012; J. SALLA – L. SURVA, *Perevõigivalla juhtumite menetluspraktika: 2010 (Procedural practice of domestic violence cases: 2010)*, in *Kriminaalpoliitika analüüs*, dicembre 2011, Tallinn, Ministry of Justice. Peraltro, dal punto di vista strettamente normativo, è bene sottolineare che il testo originale dell'art. 48 della Convenzione di Istanbul si limita a vietare che il ricorso a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie nei casi di violenza di genere possa essere previsto come *obbligatorio*, sebbene nella traduzione italiana proposta unitamente alla ratifica della Convenzione nel 2013 fosse stato erroneamente configurato un divieto assoluto in tal senso, rendendo in seguito necessaria una rettifica pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 28.11.2017.

sentinella del delitto di maltrattamenti (percosse e minacce non aggravate), nonché nella possibilità per il giudice civile, prevista dall'art. 342-ter c.c., di abbinare all'ordine di protezione contro gli abusi domestici l'intervento di un centro di mediazione familiare<sup>54</sup>.

Occorre a questo punto indagare quali siano le considerazioni che ostacolano un'applicazione diffusa della giustizia riparativa nell'ambito della violenza domestica, e quali le argomentazioni che hanno reso possibile il loro superamento in alcune realtà giuridiche<sup>55</sup>.

Un primo profilo di criticità riguarda la possibilità che i contatti favoriti dagli incontri di mediazione si trasformino in occasioni di pericolo ulteriore per la donna già vittima di violenza; tuttavia, per scongiurare tale eventualità, i fautori del paradigma riparativo propongono di affiancare al percorso di mediazione l'adozione di misure cautelari e il monitoraggio del rischio di recidiva attraverso appositi meccanismi di valutazione<sup>56</sup>, ovvero di prevedere colloqui separati che precedano l'incontro di mediazione vero e proprio (c.d. *shuttle mediation*<sup>57</sup>), onde vagliare preliminarmente la mediabilità del caso senza sacrificare le imprescindibili esigenze di protezione delle vittime.

Secondariamente, è stato osservato che la mediazione rischia di divenire teatro del medesimo squilibrio di poteri che ha caratterizzato il rapporto di coppia in termini di prevaricazione, uno squilibrio cui nemmeno il mediatore sarebbe capace di porre rimedio. Il rischio descritto è, invero, estremamente concreto, ma può essere

---

<sup>54</sup> La mediazione familiare nasce come servizio per fornire un luogo neutrale in cui le coppie che in fase di separazione o divorzio non siano in grado di gestire la propria conflittualità possano trovare soluzioni condivise alle questioni derivanti dalla rottura del legame coniugale o di convivenza (cfr. A. C. BALDRY, *Mediazione e violenza domestica. Risorsa o limiti di applicabilità?*, in *Rass. penit. crim.*, 1-3, 2000, p. 43); con la previsione di cui all'art. 342-ter c.c., tuttavia, tale forma di mediazione viene a configurarsi quale potenziale mezzo di gestione di situazioni di violenza familiare conclamata, rendendo dunque attuale e necessaria una riflessione sul confine fra casi mediabili e non mediabili (Cfr. S. SILVANI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., pp. 175 ss.).

<sup>55</sup> In argomento cfr. A. C. BALDRY, *Mediazione e violenza domestica*, cit., pp. 38 ss.; S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano*, in G. Mannozi (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, cit., pp. 133 ss.; J. STUBBS, *Domestic Violence and Women's Safety: Feminist Challenges to Restorative Justice*, in H. STRANG, J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Family Violence*, cit., pp. 50 ss.; L. PARKINSON, *Maltrattamenti domestici e mediazione*, in *Mediares*, 14, 2009, pp. 105 ss.; F. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Violence Against Women*, cit.; A. M. SÁNCHEZ DURÁN, *Il confine tra casi mediabili e non mediabili: una comparazione fra le realtà spagnola e italiana alla luce dell'esperienza*, in E. Urso (a cura di), *Le ragioni degli altri*, cit., pp. 293 ss. e nello stesso volume M. E. TORRES FERNÁNDEZ, *La mediazione è ammissibile in caso di violenza nella coppia?*, cit., pp. 301 ss. Si noti che molte delle riflessioni proposte sono mutate dal dibattito sorto in merito all'opportunità di ricorrere, anche nei casi violenza all'interno della coppia, alla mediazione familiare, strumento proprio del diritto di famiglia che trova una diffusione molto più ampia rispetto alla mediazione autore-vittima di reato.

<sup>56</sup> Si fa in particolare riferimento al metodo SARA (*Spousal Assault Risk Assessment*) messo a punto in Canada e pensato specificamente per la violenza interpersonale all'interno di una relazione di coppia, attuale o pregressa, fondato sulla ponderazione di venti fattori di rischio connessi ai precedenti penali, alle dinamiche della violenza, alla salute mentale e all'adattamento sociale del maltrattante. Per approfondimenti A. C. BALDRY, *Dai maltrattamenti all'omicidio: la valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, 5ª ed., Milano, 2014, pp. 106 ss.

<sup>57</sup> Cfr. G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, pp. 257 ss.

neutralizzato mediante una formazione mirata e specifica dei mediatori, in grado di fornire loro le competenze e le abilità necessarie ad evitare che possano smarrire la propria condizione di neutralità e imparzialità, esponendosi all'influenza della parte dotata di maggior potere, ovvero di quella per cui provi maggior empatia<sup>58</sup>.

È inoltre importante sottolineare che il percorso di mediazione presenta caratteristiche atte ad assolvere l'arduo compito di restituire fiducia, autostima e potere comunicativo alla vittima di violenza: durante la mediazione la donna trova infatti uno spazio di ascolto e dialogo che le consente di riappropriarsi della gestione del conflitto in una dimensione libera dalle stringenti logiche processuali, esprimendo i propri sentimenti e le proprie necessità in ordine ad una riparazione che sia realmente soddisfacente<sup>59</sup>.

In tale prospettiva, presso l'ATA (*Außergerichtlicher Tatausgleich*) Bureau di Vienna e Salisburgo, ufficio che si occupa della *Out-of-Court-Offence-Compensation* (la versione austriaca della mediazione autore-vittima), è stata adottata la procedura del c.d. doppio misto: si tratta di un percorso in cui due mediatori, uomo e donna, procedono a colloqui preliminari separati con il partner del corrispondente sesso («*single talks*»), dando a ciascuno la possibilità di esternare i propri vissuti, i sentimenti provati rispetto ad essi, le aspettative sul contenuto che dovrebbe assumere la riparazione (materiale o simbolica) e sullo sviluppo della relazione. In seguito si giunge ad un colloquio collettivo («*the talk of the four*») nel quale i mediatori espongono quanto emerso nei colloqui singoli senza interruzioni, consentendo alle parti solo in un secondo momento di commentare i racconti ascoltati; in questo modo prende avvio lo scambio verbale tra i partner sulla percezione del conflitto e sulle aspettative future, favorendo sia il riconoscimento reciproco sia l'*empowerment* della donna<sup>60</sup>.

Altra spinosa questione è rappresentata dai timori per la (ri-)privatizzazione della violenza e per la conseguente compromissione della funzione generalpreventiva affidata al diritto penale. Nell'opinione di alcuni il ricorso ad un paradigma di giustizia che si prefigga l'obiettivo di riconsegnare alle parti la gestione del conflitto rischia, infatti, di istituire una giustizia «di seconda classe» che nega il valore dei diritti violati e accredita l'errata convinzione che la violenza domestica sia un fenomeno da confinare entro il perimetro inviolabile delle relazioni affettive<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> È bene sottolineare che non comporta una perdita di imparzialità la ferma condanna della violenza in quanto, come già ricordato, non è il precetto violato ad essere oggetto di mediazione, ma è la mediazione a svolgersi «all'insegna del comando incluso nel precetto» (v. *supra* nota 33).

<sup>59</sup> In particolare osserva A. CERETTI, *Violenza intrafamiliare e mediazione*, cit., p. 115: «L'ascolto reciproco di un racconto svolto in mediazione arriva a conferire alle parti un *potere* (inedito) positivo (*empowerment*). [...] Riacquistare *potere* rispetto alla gestione e alla sicurezza della propria vita quotidiana non può prescindere da un'esperienza di base: ri-collocarsi al centro degli eventi in una posizione *attiva*, provando a iniziare a controllare la situazione *narrando* la *propria* versione, e attraverso il *proprio* linguaggio».

<sup>60</sup> Tale schema mediativo è descritto in C. PELIKAN, *Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases*, cit., ed è altresì comune ai progetti tedeschi «Hamburg» e «Hannover» di cui in F. VÁSQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, *Violence Against Women*, cit.

<sup>61</sup> Per un approfondimento sulla concezione di violenza domestica alla stregua di un «affare privato» si vedano I. MERZAGORA BETSOS, *La violenza in famiglia*, in V. Schimmenti, G. Craparo (a cura di), *Violenza sulle donne. Aspetti psicologici, psicopatologici e sociali*, Milano, 2014, pp. 49 ss.; D. DANNA, *Ginocidio: la violenza contro*

A tale proposito si rende tuttavia necessaria una precisazione: la volontà – propria della *restorative justice* – di sottrarre il conflitto al consueto iter giudiziario non persegue l’obiettivo di salvare la violenza dal pubblico biasimo, bensì quello di gettare nuova luce sulle esigenze delle parti coinvolte, conferendo alle stesse un’importanza predominante rispetto alle esigenze pubblicistiche del processo. Peraltro – come già si è avuto modo di osservare – la responsabilizzazione del reo promossa dalla mediazione non solo favorisce la sua positiva adesione a modelli comportamentali non devianti, conferendo nuovo impulso alla funzione specialpreventiva della pena<sup>62</sup>, ma induce altresì nei consociati una rinnovata riflessione sul senso delle norme violate, in grado di sostituire all’obbedienza coartata dal timore della punizione il naturale rispetto dei precetti imposti dalle norme penali.

Alla luce della riflessione testé condotta sembra potersi affermare che le argomentazioni addotte dai detrattori della mediazione applicata ai casi di maltrattamenti non costituiscano vere e proprie condizioni ostative alla diffusione del paradigma riparativo-mediatorio nell’ambito della violenza domestica, ma si configurino piuttosto quali profili critici da valutare attentamente al fine di determinare la mediabilità del singolo caso concreto, predisponendo modelli di intervento adeguati alle specificità di volta in volta riscontrate<sup>63</sup>.

## 7. Conclusioni: l’opportunità di un modello di giustizia ibrido.

L’analisi e le considerazioni svolte nel presente contributo evidenziano, da un lato, le numerose inefficienze della tradizionale risposta penalistica nei casi di violenza domestica e, d’altro lato, come non sia possibile affermare che la soluzione di tali inefficienze sia da ricercare nel ricorso incondizionato allo strumento della mediazione autore-vittima.

In forza di tali premesse, fra spiragli applicativi, netti divieti e facili entusiasmi, pare ragionevole concludere che anche nell’ambito degli abusi domestici il paradigma riparativo-mediatorio possa trovare legittimazione attraverso una progressiva integrazione con l’ordinario assetto del sistema penale.

Se infatti «la giustizia riparativa non intende farsi carico in via esclusiva del conflitto originato da un reato» poiché «essa lavora su un conflitto che è pur sempre

---

*le donne nell’era globale*, Milano, 2007, pp. 74 ss.

<sup>62</sup> Sotto il profilo della specialprevenzione positiva nell’ambito della violenza domestica è interessante notare che in base ad uno studio condotto sui programmi di mediazione applicati in Estonia è risultato che solo il 15% degli uomini maltrattanti che vi hanno preso parte tornano a delinquere nell’arco dell’anno successivo alla conclusione del percorso mediativo, contro il 24% dei soggetti che hanno invece scontato una condanna in carcere (J. SALLA – L. SURVA, *Perevõigvõllatsejate retsidiivsus (Recidivism of Domestic Abusers)*, in *Kriminaalpoliitika analüüs*, 8, 2012, Tallinn, Ministry of Justice).

<sup>63</sup> S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica*, cit., p. 138. Risultando difficile affermare a priori la mediabilità dei casi di violenza domestica, in alcune realtà si è per esempio proposto di ricorrere a una “diagnostica dei casi” condotta dalla magistratura in collaborazione con i servizi di mediazione e i servizi di assistenza alle vittime (cfr. C. PELIKAN, *Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases*, cit.).

“definito” dal diritto penale»<sup>64</sup>, è altresì innegabile che la tradizionale risposta dell’ordinamento necessiti di un ripensamento nell’ambito della violenza domestica, declinandosi nelle forme di una giustizia dialogica e flessibile che sappia farsi carico dei sentimenti ambivalenti che caratterizzano le relazioni di intimità, proponendo l’attivazione di un percorso che non sia sinonimo della scelta irrevocabile di porre fine alla *relazione*, bensì di porre fine alla *violenza*.

Occorre dunque guardare con favore all’avvento di un modello di giustizia riparativa *integrata* che renda possibile attuare strategie di *diversion* rispetto al consueto *iter* giudiziario laddove ciò sia ritenuto proficuo per la donna e concretamente positivo per il reo, senza negare la possibilità di proseguire lungo i binari delle logiche processuali in caso contrario. E pur nell’ipotesi in cui non sia possibile addivenire ad una vera e propria diversione riparativo-mediatoria, nulla esclude che i principi della *restorative justice* possano comunque influenzare le prassi – non solo giudiziarie – di contrasto al fenomeno della violenza domestica, connotandole di una più marcata attenzione per la vittima e di un più fattivo impegno nel perseguire la rieducazione del reo<sup>65</sup>.

Tale modello ibrido di giustizia, lungi dall’implicare un «arretramento delle pretese»<sup>66</sup> del paradigma riparativo-mediatorio, costituisce piuttosto una soluzione di ragionevole compromesso che ne garantirebbe la piena operatività, in un’ottica di reciproca penetrazione fra sistemi.

---

<sup>64</sup> G. MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della «Dichiarazione di Vienna»*, cit., p. 17.

<sup>65</sup> Tale conclusione trova supporto nel pensiero di S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica*, cit., p. 143, secondo cui «la complessità degli abusi domestici rende necessario predisporre un sistema di ‘risposte integrate’ dal quale poter attingere, a seconda delle peculiari condizioni del caso concreto, gli strumenti messi a disposizione dalla giustizia penale ‘classica’ e da quella riparativa, onde offrire alla vittima un ‘percorso di giustizia’ che soddisfi le sue esigenze di sicurezza e di protezione e assicuri, al contempo, la sua attiva partecipazione nella scelta delle possibili soluzioni al conflitto che la vede coinvolta». Quanto alle prassi innovative che nei settori del sociale tentano di contrastare la violenza domestica fornendo risposte *altre* rispetto a quelle finora sperimentate, esempi virtuosi sono forniti dai Centri Antiviolenza, strutture divenute nel corso degli anni sempre più qualificate nell’offrire percorsi personalizzati di uscita dalla violenza all’interno dei quali le donne possono maturare scelte libere e consapevoli, nonché dai Centri di ascolto che propongono programmi trattamentali per uomini violenti favorendo una rivoluzione culturale veicolata dalla speranza che cambiare è (deve essere) possibile (in argomento S. BORGHETTI, *I Centri antiviolenza in Italia: strategie di intervento*, in A.M. Casale – P. De Pasquali – M. S. Lembo (a cura di), *Vittime di crimini violenti*, cit., pp. 319 ss. e A. BOZZOLI – M. MERELLI – M.G. RUGGERINI, *Il lato oscuro degli uomini*, cit., pp. 79 ss.). Un’attenzione particolare merita poi il Centro italiano per la Promozione della Mediazione di Milano (CIPM) il quale nel 2012 ha lanciato il «Progetto Concordo», in collaborazione con l’Associazione SVS Donna Aiuta Donna ONLUS, che prevede l’attuazione di un modello di intervento integrato per i casi di violenza domestica, capace di favorire l’attivazione di risorse adeguate nella gestione delle conflittualità intrafamiliare, creare una rete istituzionale di servizi ed enti che sostengano le famiglie altamente conflittuali, prevenire l’*escalation* del conflitto e trattare le condotte disfunzionali, incoraggiando, ove possibile, il dialogo e la riconciliazione tra le parti attraverso il lavoro di un’équipe composta da diverse figure professionali (criminologi, avvocati, psicologi e mediatori). Per approfondimenti sul punto v. F. GARBARINO, P. GIULINI, *Il «campo del trattamento» per gli autori della violenza di genere*, in A. Bozzoli – M. Merelli – M.G. Ruggerini, *Il lato oscuro degli uomini*, cit., pp. 388 ss. È inoltre possibile consultare il sito [www.cipm.it](http://www.cipm.it).

<sup>66</sup> S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica*, cit., p. 148.





9/2018

## OVERVIEW OF ITALIAN LEGISLATION AND CASE LAW ON JUDICIAL COOPERATION

di Nicola Piacente

**Abstract.** *Italian domestic legislation until 31 October 2017 provided a role of primacy to the International binding instruments such as the European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, its 1978 first additional protocol, with respect to the rules of the criminal procedural code. The 149/2017 law, amending the rules of the criminal procedural code on extradition and judicial cooperation, while recognizing such role of primacy to International binding instruments, introduced into the criminal procedural code also the principle of mutual recognition of EU judicial authorities decisions and orders, providing that mutual recognition is ruled by the aforementioned law 149/2017 and by the relevant EU legislation as well as by the domestic legislation transposing the relevant EU Framework Decisions and Directives on cooperation in criminal matters.*

*National Courts issued the own decisions by balancing the obligation falling on national authorities to implement the relevant rules on mutual legal assistance and timely execute letters rogatory and as well as orders and decisions issued by EU Member States judicial authorities, with the need to ensure the effective exploitation of the evidence correctly collected through proper cooperation channels and the respect of the fundamental principles and rights as enshrined in the national Constitution and the European Convention on Human Rights. In fact, the decisions issued the Supreme Court led to a solid case law on the legitimate use before domestic courts of the evidence collected in or provided with by foreign Countries and to the identification of further grounds of refusal of legal assistance and extradition other than those provided by the relevant international instruments, so confirming the paramount value of judicial cooperation, but within the respect of such values.*

SOMMARIO: 1. Foreword. – 2. The rules on judicial cooperation in the criminal procedural code. – 3. The law 149/2017. – 3.1. Mutual legal assistance pursuant to law 149/2017. – 3.2. Requests of mutual legal assistance addressed to foreign authorities. – 3.3. Extradition pursuant to the 149/2017 law. – 3.4. Transfer of criminal proceedings pursuant to the 149/2017 law. – 3.5. Other relevant provisions in law 149/2017. – 4.0. The procedural framework until 31 October 2017. – 4.1. Letters rogatory addressed by foreign authorities. – 4.2 Letters rogatory addressed to foreign authorities. – 5. The recommendations issued by the Ministry of Justice in 2015. – 6. National case law before law 149/2017. – 6.1. National case law in case of requests of mutual legal assistance addressed to national authorities. – 6.1.1. Jurisdiction of the Constitutional Court. – 6.1.2. Challenges against decisions on admissibility of requests of mutual legal assistance. – 6.1.3. Double criminality. – 6.1.4. Execution of requests of mutual legal assistance. – 6.2. Execution of requests of mutual



9/2018

legal assistance in case of requests of mutual legal assistance addressed to foreign authorities. – 6.2.1. Copies of documents acquired abroad and/or transmitted by the requested country. – 6.2.2. Participation of the accused and of his/her defence counsel. – 6.2.3. Evidence collected abroad. – 6.2.4. Interceptions of communications. – 6.2.5. Evidence spontaneously tendered by foreign authorities. – 6.2.6. Appeals. – 7. Joint investigation teams. – 7.1. EU council framework decision 2002/465/JHA. – 7.2. Bilateral instruments. – 8. Italian legislation transposing relevant European Union instruments on mutual recognition of judicial decisions and orders. – 8.1. Law 69/2005. – 8.1.1. Execution of EAW. – 8.1.2. Domestic judicial authority issuing an EAW. – 8.2. Case law. – 8.2.1. Duties of the court of appeal in the execution of an EAW. – 8.2.2. Double criminality. – 8.2.3. Safeguard of human rights. – 8.2.4. Grounds of refusal. – 8.2.5. Transfer of nationals. – 8.2.6. Appeals. – 8.3. Law 35/2016. – 8.3.1. Legislation of Italy as executing Member State. – 8.3.2. Legislation of Italy as issuing Member State. – 8.4. Law 137/2015. – 8.4.1. Legislation of Italy as executing Member State. – 8.4.2. Legislation of Italy as issuing Member State. – 8.4.3. Confiscation orders issued pursuant to law 159/2011 on preventive measures. – 8.4.4. Other cases of enforcement abroad of confiscation orders issued by domestic courts in proceedings on preventive measures. – 8.5. Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters. – 8.5.1. Law 108/2017 transposing directive 2014/41/EU. – 8.5.2. Italy as executing country of an EIO. – 8.5.3. Italy as issuing country of EIO. – 9. Cooperation with the International Criminal Court. – 10. Conclusions. – 10.1. The change of approach to judicial cooperation in criminal matters. – 10.2. Extension of judicial cooperation to confiscation orders on crime-related proceeds, instrumentalities and property. – 10.3. The role of suspects, accused and other private parties within the legal framework of EIOs and law 149/2017. – 10.4. The added value of the case law.

## 1. Foreword.

National rules on Judicial cooperation are contemplated:

a) by the criminal procedural code (that entered into force in October 1989),

b) by legislation

- ratifying the bi- and multilateral International binding instruments on mutual legal assistance,
- transposing into the national system framework decisions and directives adopted by the European Union (hereinafter EU),
- ensuring legal assistance to International Courts.

Italy is a Party of bilateral agreements on Judicial cooperation in Criminal Matters signed with several Countries including: Algeria, Argentina, Australia, Austria, Bolivia, Brasil, Canada, Chile, El Salvador, Germany, Japan, Hong Kong, Lebanon, Monaco, Morocco, Montenegro, Paraguay, Perù, China, San Marino, Mexico, U.S.A., Switzerland, Tunisia, Venezuela<sup>1</sup>.

The most relevant International Multilateral binding Instruments on mutual legal assistance ratified by Italy are

- the [1957 Council of Europe Convention on Extradition](#) (ETS 24);
- the [Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition](#) (ETS 98),
- the [1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters](#) (ETS 20) and the [1978 Additional Protocol](#) (ETS 099);

---

<sup>1</sup> See [here](#).



9/2018

- the [2000 European Union Convention on Judicial Assistance in Criminal Matters](#);
- the [2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985](#) between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders;
- EU Council Framework [Decision 2002/465/JHA](#) on joint investigation teams,
- Council Framework [Decision 2002/584/JHA](#) of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member State;
- Council Framework [Decision 2003/577/JHA](#) of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence;
- Framework [Decision 2006/783/JHA](#) of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders - of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters.

## 2. The rules on judicial cooperation in the criminal procedural code.

The National legislation until 31 October 2017 provided a role of primacy to the International binding instruments such as the European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters<sup>2</sup> (that was ratified in Italy pursuant to law 215/1961), its 1978 first additional protocol<sup>3</sup> (that was ratified in Italy by the law 436/1985), with respect to the rules of the criminal procedural code.

The 149/2017 law, amending the rules of the criminal procedural code on extradition and judicial cooperation, while recognizing such role of primacy to International binding instruments, introduced into the criminal procedural code also

- the principle of mutual recognition of EU judicial authorities' decisions and orders, providing that mutual recognition is ruled by the aforementioned law 149/2017 and by the relevant EU legislation;

---

<sup>2</sup> Under this Convention, Parties agree to afford each other the widest measure of mutual assistance with a view to gathering evidence, hearing witnesses, experts and prosecuted persons, etc.

The Convention sets out rules for the enforcement of letters rogatory by the authorities of a Party ("requested Party") which aim to procure evidence (audition of witnesses, experts and prosecuted persons, service of writs and records of judicial verdicts) or to communicate the evidence (records or documents) in criminal proceedings undertaken by the judicial authorities of another Party ("requesting Party").

The Convention also specifies the requirements that requests for mutual assistance and letters rogatory have to meet (transmitting authorities, languages, refusal of mutual assistance): see [here](#).

<sup>3</sup> The Protocol completes provisions contained in the Convention. It withdraws the possibility offered by the Convention to refuse assistance solely on the ground that the request concerns an offence which the requested Party considers a fiscal offence. It extends international co-operation to the service of documents concerning the enforcement of a sentence and similar measures (suspension of pronouncement of a sentence, conditional release, deferment of commencement of enforcement of a sentence or interruption of such enforcement). Finally, it adds provisions relating to the exchange of information on judicial records (see [here](#)).



9/2018

- the consequent principle of reciprocity within EU Countries in the application of the principle of mutual recognition of Judicial decisions and orders.

### 3. The law 149/2017.

New rules in the national criminal procedural code on judicial cooperation (articles from 696 to 746) as amended by 149/2017 law entered into force on 31 October 2017. Law 149/2017 included in the criminal procedural code duties related to judicial cooperation falling on Italy in its position of Member of European Union and extended the mutual legal assistance to investigations and cases being run against legal entities (law 231/2001 establishes in fact the liability of legal entities for a number of felonies-including corruption, fraud, tax evasion, organized crime and terrorism crimes committed in their own interests).

The new article 696 of the criminal procedural code as amended by the aforementioned law mentions EU Treaties and attributes to them, as well as to the International binding instruments on judicial cooperation and extradition ratified by Italy, a role of primacy in mutual legal assistance between Italy and other Countries.

When dealing with Countries not being EU Member States on

- extradition,
- mutual cooperation in criminal matters (aimed at acquiring evidence as well as at freezing assets with the view to confiscate them),
- enforcement of sentences issued by foreign authorities, as well as the
- enforcement in foreign Countries of sentences issued by Italian Courts

Italy is bound by International binding Instruments (such as the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (ETS 20) and 1957 European Convention on Extradition (ETS 24).

When dealing with EU Member States on the same topics, Italy is thus bound by EU Treaties and by the principle of mutual recognition of judicial decisions.

Pursuant to Article 82(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), judicial cooperation in criminal matters in the EU is to be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions, which is, since the Tampere European Council of 15 and 16 October 1999, commonly referred to as a cornerstone of judicial cooperation in Criminal Matters within the Union.

Such principle can be defined as a process by which a decision usually taken by a judicial authority in one EU Member State (so called requesting Country) is recognized, and, where necessary, enforced by other EU countries (requested countries) as if it was a decision taken by the judicial authorities of the latter countries.

It means that each national judicial authority must recognize decisions made by the judicial authority of another EU Member State with a minimum of formalities, and with very few exceptions.



9/2018

This is a key concept in the sphere of judicial cooperation, as it helps to expedite the acquisition of evidence by overcoming the difficulties stemming from the diversity of judicial systems throughout the EU.

The principle of mutual recognition of judicial decisions and orders therefore replaces and improves the previous system of letters rogatory, through the direct implementation within a EU Member State (executing Country) of a decision/order issued by the Authorities of another EU Member State (requesting Country).

Pursuant to article 696-*bis* of the criminal procedural code, as introduced by 149/2017 law,

- 1) decisions and orders issued by the competent judicial authorities of EU Member States (related either to individuals or legal entities) are
  - a. recognized by the competent domestic judicial authorities (to be identified – as far as the acquisition of evidence in the national territory is concerned – in the District Prosecution Offices and judges of preliminary investigations at Courts of first instance) and
  - b. timely executed in Italy (unless, pursuant article 696 ter of the Procedural criminal code, as introduced by 149/2017 law, solid grounds are found that the accused and/or the sentenced person will be subject to serious violations of the own fundamental rights as enshrined in article 6 of The Treaty on European Union and in EU Charter of Fundamental Rights);
- 2) domestic competent judicial authorities are thus entitled to have the own decisions and orders (related either to individuals or legal entities) recognized and executed within EU Countries.

Pursuant to article 696-*quater* of the Procedural criminal law, as introduced by 149/2017 law,

- the competent domestic judicial authority receives directly from the requesting EU judicial authority the decisions and orders to be recognized and executed in the National territory,
- the competent National judicial authority transmits directly to the relevant EU Member State authority the decisions and orders to be recognized and executed in the requested Country. The Minister of Justice is entitled to be informed of such transmission.

Pursuant to article 696-*quinquies* of the criminal procedural code, as introduced by 149/2017 law, the recognition of decisions and orders issued by EU Member States judicial authorities does not imply any duty falling on domestic authorities on the (re)evaluation on the evidence and the grounds supporting such decisions and orders.

The Minister of Justice guarantees also, pursuant to article 696-*sexies* of the criminal procedural rule, as introduced by 149/2017 law, the observance of the conditions indicated

- by the requesting country and related to the execution of their decisions and orders in Italy, unless such indications infringe the national fundamental legal principles,



9/2018

- by the competent national judicial authority and related to the execution of their decisions and orders in the relevant EU Member State

Pursuant to article 696-*nonies* of the criminal procedural code, decisions and orders issued by the competent national judicial authorities on recognition and execution of decisions and orders issued by EU judicial authorities can be challenged by the concerned accused. Decisions of the executions of orders of arrest can be challenged before the Supreme Court (*Corte di Cassazione*).

### 3.1. Mutual legal assistance pursuant to law 149/2017.

As well as it was provided with by the previous legislation, the Ministry of justice can still be considered the Central Authority (as it was provided in the National legislation before law 149/2017) and is entitled to forward the requests of mutual legal assistance within 30 days since it has been received to the competent National judicial authority.

Articles 723 and 724 of the procedural criminal code, as amended by 149/2017 law, provide a number of grounds of refusal (by the Ministry of Justice and by the judge of preliminary investigations at the District Court or by the district public prosecutor<sup>4</sup>) of the letter rogatory addressed by a foreign law enforcement agency such as:

- jeopardy of the National security and/or of the fundamental interests of the Country (in case of request of mutual legal assistance issued by a non-EU Member State);
- infringement, through the acquisition of the requested evidence and investigation, of the law or of the National fundamental legal principles (as enshrined in the Constitution and in the Council of Europe Convention on Human Rights);
- the investigation against the accused being run in the requesting Country due to his/her race, religion, sex, nationality, language, political opinions, social status and
- lack of evidence, in the abovementioned case, that the accused has communicated the own consent to the execution of letter rogatory;
- lack of the principle of double criminality, since the misconduct prosecuted in the requesting country is not criminalized in Italy and the accused has not expressed the own consent to the execution of the letter rogatory.

Pursuant to article 724 of criminal procedural code, as amended by 149/2017 law, the judicial authority receiving and executing the letter rogatory is the District Prosecutor Office.

The execution of the letter rogatory could be suspended or delayed if it could jeopardize other investigations being run by domestic law enforcement agencies.

---

<sup>4</sup> Public district Prosecutor Offices operate in towns where Courts of Appeal are established. Pursuant to article 51 of the criminal procedural code, they have jurisdiction on organized crime and terrorism cases.



9/2018

In this case the District Prosecution Offices are currently in a better position than Prosecutor General Offices were in the previous legislation before 31 October 2017 in evaluating the impact that requests of mutual legal assistance from foreign judicial authorities might have on ongoing investigations being run by National law enforcement agencies. It must be also highlighted that the duty to execute the requests of mutual legal assistance falls on District Prosecution Offices and not on all Prosecution Offices.

Despite it is not contemplated by the law,

- effective communications and consultations between District Prosecution Offices being addressed of requests of mutual legal assistance and local Prosecution Offices running investigations that could be interested and/or affected by the letter rogatory addressed to the domestic authorities are necessary;
- members of District Public Prosecution Offices should replace members of Prosecutor General Offices as national contact points within European Judicial Network<sup>5</sup>.

Many heads of District Prosecution Offices are currently issuing directives establishing specialized units dealing with mutual legal assistance;

The relevant District Prosecutor Office, once the requests of mutual legal assistance are directly delivered by the requesting Foreign judicial authority or is forwarded by the Ministry of Justice,

- executes the request of mutual legal assistance  
or if the requested evidence must be acquired following an order by the competent Court pursuant the relevant rules of the national criminal procedural code (such as intercepts of communications),
- files a reasoned request to the judge of preliminary investigations at the District Court (hopefully taking into account, where appropriate, the indications and recommendations of local Prosecution Offices).

Pursuant to the law 149/2017, in fact, any decision on the execution of any investigation/acquisition of evidence that pursuant to domestic legislation falls within the competence of the Court must be taken by the Judge for preliminary investigations at the relevant District Court, following the non binding arguments filed by the District Prosecution Offices.

The acquisition of the requested evidence/investigations must be run pursuant to the National criminal law unless the way of acquisition of the requested evidence

---

<sup>5</sup> The European Judicial Network in Criminal Matters (EJN) is a network of national contact points for the facilitation of judicial cooperation in Criminal Matters. The EJN was created by Joint Action 98/428 JHA of 29 June 1998 to fulfill recommendation n°21 of the Action Plan to Combat Organized Crime adopted by the E.U. Council on 28 April 1997 ([EJN Welcome Package](#)).

The EJN is composed of Contact Points in the Member States designated by each Member State among central authorities in charge of international judicial cooperation and the judicial authorities or other competent authorities with specific responsibilities in the field of international judicial cooperation.



9/2018

indicated by the requesting authority is compatible with the National legal principles and rules.

In case of evidence to be acquired in more than one district, the competence to execute the request of mutual legal assistance falls on the district prosecutor or the judge of preliminary investigation within the district where the most relevant and/or the biggest number of pieces of evidence have to be collected.

The National executing authority may also authorize the participation to the acquisition of the requested evidence of the requesting judicial authority (in case the participating requesting Authority is from a non-EU Member State, the Minister of Justice must be informed)

### *3.2. Requests of mutual legal assistance addressed to foreign authorities.*

After the entry into force of law 149/2017, the Minister of Justice is still the central Authority for the requests of Mutual assistance addressed to Foreign Authorities.

The request of mutual legal assistance filed by the domestic judicial authority is forwarded by the Minister of Justice to the requested foreign authority within thirty days.

The Minister of Justice may decide not to forward such requests in all cases the International binding instruments so provide.

Pursuant to article 727 of the criminal procedural code (as amended by law 149/2017), if the request of mutual legal assistance is addressed to non-EU Member States, the Minister of Justice may decide not to transmit it if such request or its execution may harm the essential national security interests.

If within thirty days the Minister of Justice decides not to forward the request of mutual legal assistance and does not communicate such decision to the domestic requesting judicial authority, such authority is entitled to address the letter rogatory to the relevant foreign law enforcement agency.

In urgent cases the request of mutual legal assistance can be directly addressed to the foreign requested authority (as provided by article 15 of the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters). Copy of that request has to be sent to the Minister of Justice

If the acquisition of the evidence in a foreign country is subject to restrictions or preconditions, the requesting national authority has to obey such preconditions and restrictions.

If the requested foreign authority executes the request of mutual assistance without respecting the indications and instructions provided with by the domestic requesting authority, the evidence acquired cannot be tendered to domestic Courts if the domestic law so provides.

The evidence properly acquired is inserted in the prosecution file as well as any piece of evidence spontaneously provided with by foreign law enforcement agencies.



9/2018

In the framework of the procedures related to requests of judicial assistance, the accused must be legally assisted pursuant to the relevant rules of the requesting and requested Country.

Pursuant to article 729-*quinquies* of the criminal procedural rule, as introduced by law 149/2017, if the relevant binding International instruments ratified/transposed into the national systems and national systems so provide, the domestic Prosecutor can always promote the establishment of a joint investigation team<sup>6</sup>. If the establishment of such joint investigation teams involves law enforcement agencies of non-EU Member States, the Minister of Justice must be noticed.

### 3.3. Extradition pursuant to the 149/2017 law.

After 31.10.2017, the Ministry of Justice, Prosecutor General Offices and Courts of Appeal are still involved in extradition procedures (whereas the national law 69/2005 transposing the relevant EU Framework Decision on European arrest warrant does not apply).

The Minister of Justice is still competent to decide on the admissibility of the extradition request by foreign Authorities.

The request of extradition may be declared inadmissible

- in case it may jeopardize the National sovereignty, the National Security or any other National fundamental interests,
- when the accused, if extradited to the requesting Country, may be subject to death penalty and/or inhuman treatment, unless the requesting Country ensures not to apply and or execute the death penalty.

When such request concerns an Italian National and the relevant International instruments so provide, the Minister of Justice rejects the extradition request taking into account

- the seriousness of the crime the National is charged with,
- the relevance of the interests that have been jeopardized by the perpetration of the crime and
- the personal conditions of the concerned accused.

If deemed admissible by the Minister of justice, the request of extradition is forwarded to the District Prosecutor General Office. The Prosecutor General proceeds to question the accused also in order to ascertain whether he/she accepts to be extradited and then files the own arguments to the Court of Appeal. The acceptance of the extradition is not deemed valid if the accused is not assisted by the own defence counsel.

The extradited accused cannot be subject to any other restriction falling within the execution of a sentence and/or an arrest warrant issued by a foreign authority and

---

<sup>6</sup> A joint investigation team is an international cooperation tool based on an agreement between competent authorities – both judicial (judges, prosecutors, investigative judges...) and law enforcement – of two or more States, established for a limited duration and for a specific purpose, to carry out criminal investigations in one or more of the involved States (see among others [here](#)).



9/2018

related to a crime committed before the extradition or the crime for which the extradition was accepted.

#### 3.4. *Transfer of criminal proceedings pursuant to the 149/2017 law.*

Pursuant to articles 746 ff. of the criminal procedural code, as amended by 149/2017 law, criminal proceedings can be transferred to foreign judicial authorities.

The foreign judicial authority having jurisdiction is identified by taking into account:

- a) the place where the biggest part of the criminal action has been run and/or the following event has occurred;
- b) the place where most of witnesses, victims and other sources of evidence are located;
- c) the impossibility to obtain the extradition of the accused from the requested Country,
- d) the place where the accused resides.

When a domestic Public Prosecutor takes notice that a foreign law enforcement agency is running a case based on the same facts/charges of a domestic case, consultations must be run with the relevant foreign law enforcement agency in view to decide which Authority must proceed, in order to avoid *ne bis in idem* cases.

The decision on the transfer of the proceeding must be communicated to the Ministry of Justice. The Minister of Justice may, within thirty days after receiving the prosecution files to be transferred, forbid the transfer, if such transfer may jeopardize the public security, the sovereignty of the State or other relevant national interests.

No case can be transferred to a foreign law enforcement agency if solid grounds are found that

- the concerned foreign law enforcement agency would not ensure to the accused the respect of his/her fundamental rights and the respect of the fundamental principles (as enshrined in the National Constitution and/or the European Convention on human rights),
- the accused will be subject to persecutory and/or discriminatory acts due to his/her race, religion, sex, nationality, language, political ideas, personal/social conditions and/or to cruel, inhuman, degrading treatments, or to any violation of the fundamental rights.

After the transfer of the proceeding, the national case is dismissed.

A case can be re-opened by the National Prosecution Offices if the same case has been dismissed by the foreign law enforcement agency. The reopening of the case is communicated to the foreign law enforcement agency.

Cases can also be transferred to National Prosecution Offices by foreign law enforcement agencies, following a request addressed to the Ministry of Justice or to the relevant domestic Prosecution Offices.

The decision on the acquisition of the proceeding is communicated by the relevant domestic Prosecution Offices to the victim.



9/2018

The arrest warrants issued by the competent foreign Court must be renewed by the domestic Court at the request of the domestic Public Prosecution Offices.

The evidence collected by the foreign law enforcement agency is deemed valid unless they infringe the National fundamental principles.

### *3.5. Other relevant provisions in law 149/2017.*

The new rules on mutual legal assistance as introduced by law 149/2017 include also

- a) testimony through audio/video conference,
- b) the temporary transfer abroad for investigation purposes of individuals detained in Italy (to be executed by the Ministry of Justice after consultation with the competent National judicial authority, unless the detainee to be temporarily transferred refuses to be transferred or the transfer abroad may prolong the restriction of the concerned person),

Pursuant to a decision issued by the national Constitutional Court (n. 143/08), that should currently bind the domestic executing authorities also in the implementation of law 149/2017, in case of extradition to Italy, the custody in a foreign country is equivalent to custody in Italy and must be deducted from the period of detention which the person concerned is or will be obliged to undergo. The aforementioned decision applies also in case of transfer and mutual recognition of orders and decisions.

## **4. The procedural framework until 31st October 2017.**

### *4.1. Letters rogatory addressed by foreign authorities.*

The Minister of Justice was the Central Authority to assist the competent judicial authorities in mutual legal assistance, unless bilateral/multilateral binding instrument ratified by Italy differently provided. Decision on the *exequatur* of the request of mutual legal assistance used to fall within the competence of the Court of Appeal.

The designated executing authority of requests of mutual legal assistance (including acquisition of evidence, extradition, freezing/confiscation of assets) until 31st Oct. 2017, after a former evaluation by the Minister of Justice of the admissibility of the request of judicial cooperation, was in fact the Court of Appeal within the district where the requested evidence had to be collected and the concerned person to extradite and/or the assets to be frozen/confiscated were located.

If the letter rogatory requested evidence to be collected in more than one judicial district, pursuant to article 724 of the criminal procedural code, the Supreme Court (*Corte di Cassazione*) had to designate one District Court of Appeal to be tasked to execute the letter rogatory. The designation of the competent Court of Appeal depended on the place where the requested evidence or investigation had to be collected or run.



9/2018

Once the Minister of Justice had, on the basis of a political evaluation, decided that the letter rogatory was admissible, that letter rogatory was forwarded to the Office of the Prosecutor General. The Prosecutor General had then to submit the own arguments to the Court of Appeal about the legal admissibility of such letter.

Upon decision of the Court of Appeal on the admissibility of the letter rogatory, the requested evidence was collected, following a specific designation, by a judge of the Court of Appeal or by the Judge of Preliminary Investigations at the Court of first instance. The Office of Public Prosecutor had in this case no role, unless it was delegated by the Judge of first instance to execute the letter rogatory.

Such rule made the procedures on the admissibility and execution of requests of mutual legal assistance coming from foreign countries more lengthy and complex than in other European Countries.

Despite such length and complexity of those procedures, the Supreme Court in 2001 stated that articles of 15 of the European Convention on Mutual Legal Assistance and 53 of the 2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, allowing direct communications on judicial cooperation between requesting and requested law enforcement agencies, do not either overlap or conflict with the relevant rules of domestic criminal procedural code, designating Courts of Appeal as competent national Authorities on the “*exequatur*” of letter rogatory coming from foreign judicial authorities and Prosecutor General Offices as national Competent Authorities in submitting the own arguments to the Court of Appeal (*Corte di Cassazione*, Sez. 1, sent. n. 43950 del 18/10/2001 (dep. 06/12/2001) CED Rv. 220337).

The preeminent role of the Prosecutor General Offices in judicial cooperation led the National Authorities to designate magistrates of the domestic Prosecutor General Offices (and not of Public Prosecutor Offices) as national contact points within European Union Institutions facilitating mutual legal assistance such as the European Judicial Network<sup>7</sup>.

Articles 723 and 724 of the procedural criminal code as well as article 737 bis (with reference to freezing and confiscation of assets) provided a number of grounds of refusal of the letter rogatory (by the Minister of Justice and by the Court of Appeal) such as:

- jeopardy of the National security and/or of the fundamental interests of the Country (letter rogatory whose execution would infringe state secrecy as defined by 124/2007 law and/or national security would thus be declared inadmissible by the Ministry of justice),
- infringement due the requested acquisition of evidence, of the National legislation or of the National fundamental legal principles (as enshrined in the Constitution and in the Council of Europe Convention on Human Rights),

---

<sup>7</sup> In December 2008, a new legal basis entered into force, [Council Decision 2008/976/JHA of 16 December 2008](#) on the European Judicial Network (hereinafter the “EJN Decision”), which reinforced the legal status of the EJN, while maintaining the spirit of 1998.



9/2018

- lack of double criminality, since the misconduct prosecuted in the requesting Country was not criminalized in Italy and the accused has not expressed the own consent to the execution of the letter rogatory,
- the investigation against the accused being run due to his/her race, religion, sex, nationality, language, political opinions, social status and
- lack evidence that the accused has communicated the own consent to the letter rogatory.

Pursuant to article 2 of the European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters and the first Additional Protocol, assistance may be also refused if the request concerns

- an offence which the requested Party considers a political offence,
- an offence connected with a political offence. Pursuant to article 8 of the Domestic Penal code, political offence is
  - a) an offence violating
    - i. a political interest of the Country,
    - ii. a political right of the Nationals and
  - b) any violation of the law for political rather than private reasons.

Pursuant to the national case law (National Courts have obeyed to the principle enshrined in article 26 of the Constitution and in the abovementioned article 2 of the European Convention on Mutual Legal Assistance not allowing extradition if there are concrete risks that the rights of the accused to a fair trial may be jeopardized) an offence is political in case it

- jeopardizes political interests of the State and/or
- has been committed for political reasons,
- there are grounds to predict that due to the nature of the alleged misconduct the accused might not be subject to a fair trial (*Corte di Cassazione, Sez. 1, sent. n. 23181 del 28/04/2004 (dep. 17/05/2004) CED Rv. 228663*).

Pursuant to law 436/1985 ratifying the First Additional Protocol to the European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters,

- Italy is no more entitled to refuse Judicial cooperation solely on the ground that the request concerns an offence which the requested Party considers a fiscal offence;
- the principle of double criminality is fulfilled, as regards fiscal offences, if the offence is punishable under the law of the requesting Party and corresponds to an offence of the same nature under the Italian law.

Italy (as well as any requested Country bound by the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance and the first Additional Protocol) cannot therefore refuse a request of legal assistance on the ground that the own National law does not impose the same kind of tax or duty or does not contain a tax, duty, customs and exchange regulation of the same kind as the law of the requesting Party.

Pursuant to article 724 of criminal procedural code, the execution of the letter rogatory could be suspended or delayed if it could jeopardize other investigations being run by national Authorities.



9/2018

Considering this article, despite it was not contemplated by the law, it was necessary to set up effective communications and consultations between Prosecutor General Offices and law enforcement agencies running investigations that could be impacted by the letter rogatory addressed to the National Authorities.

#### *4.2. Letters rogatory addressed to foreign authorities.*

Until 31st October 2017, The Ministry of Justice, being the Central Authority having the political power to decide on the admissibility of letters rogatory, was entitled to receive and eventually forward to the correspondent Central Authority of the requested Country the letter rogatory issued by the National Public Prosecutors (during the preliminary investigations) and by National Courts (when cases needing judicial assistance by foreign Authorities were pending before the Courts). The Minister of Justice had the power, within thirty days after receiving the letter rogatory, to deny the transmission to the foreign Central Authority if it was deemed that the National security and any other relevant interests of the Country could be jeopardized. No judicial remedy was possible against the decision taken by the Minister of justice. If, within thirty days after receiving the letter rogatory, the Ministry of justice had not issued any decision on the transmission of the letter rogatory, such letter could be transmitted to the requested Country through diplomatic channels.

In urgent cases the requesting Public Prosecutor or the Court was entitled to the direct transmission of the letter rogatory to the requested Country (pursuant to article 15 of the European Convention in mutual legal assistance). The Ministry of justice was entitled to receive a copy of it.

Articles 727 and 729 of the criminal procedural code provided the following duties for the requesting National Authority:

- to ask the requested authorities to run the investigations indicated in the letter rogatory pursuant the Italian procedural rules,
- to ask the requested authorities to run the investigations indicated in the letter rogatory pursuant to the existing binding International Instruments such as European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters.

Any infringement of these rules was a legal obstacle to a valid tendering to the national Courts of the evidence that had been collected abroad through letter rogatory.

#### **5. The recommendations issued by the ministry of justice in 2015.**

The Ministry of Justice issued in 2015 a circular incentivizing Public Prosecutors, in order to expedite the procedures on the execution of requests of mutual legal assistance, to address letter rogatory:

- straight to the requested foreign law enforcement agencies or



9/2018

- to the requested foreign law enforcement agencies through the European Judicial Network or Eurojust<sup>8</sup> and not through the Ministry of justice (that should be simply informed on the relevant requests of mutual legal assistance by being mailed copy of the letter rogatory) or diplomatic channels.

Legal basis for such direct transmission are article 15 of The Council of Europe Convention on mutual legal assistance, article 53 of the the 2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 and bilateral treaties.

Taking into consideration such legal basis, pursuant to above mentioned circular issued by the Ministry of Justice, letter rogatory can be addressed directly to law enforcement agencies of 49 Countries (Including Russian Federation, Turkey, Ukraine, Chile).

## 6. National case law before law 149/2017.

The National case law of the Supreme Court has been inspired by the balance between

- the obligation falling on national authorities to implement the relevant rules on mutual legal assistance and execute letter rogatory and
- the respect the fundamental principles as enshrined in the Constitution and the European Convention on human rights,
- the legitimate use before national courts of evidence legally acquired and handed over by foreign law enforcement agencies either according to requests of mutual legal assistance, either spontaneously, no matter whether that evidence was not acquired pursuant to the relevant rules of the domestic criminal procedural code.

Several issues have been dealt with by the Supreme Court. The case law listed below can be (in part) applicable also to the amendments to the criminal procedural code as introduced by law 149/2017.

---

<sup>8</sup> To reinforce the fight against serious organized crime, the European Council, in a Meeting in Tampere, Finland, on 15 and 16 October 1999, agreed in its Conclusion 46 that a Judicial cooperation unit (Eurojust) should be set up, composed of national prosecutors, magistrates, or police officers of equivalent competence, detached from each Member State according to their own legal systems. Eurojust stimulates and improves the coordination of investigations and prosecutions between the competent authorities in the Member States and improves the cooperation between the competent authorities of the Member States, in particular by facilitating the execution of international mutual legal assistance and the implementation of extradition requests. Eurojust supports in any way possible the competent authorities of the Member States to render their investigations and prosecutions more effective when dealing with cross-border crime At the request of a Member State, Eurojust may assist investigations and prosecutions concerning that particular Member State and a non-Member State if a cooperation agreement has been concluded or if an essential interest in providing such assistance is demonstrated (see [here](#)).

Eurojust's core business is to assist the competent authorities of Member States, when they deal with serious cross-border and organized crime, such as: terrorism; trafficking in human beings; illegal immigrant smuggling; drugs and arms; the sexual exploitation of women and children; cybercrime; online child abuse; various kinds of fraud and money laundering; counterfeiting; environmental crime.



9/2018

6.1. *National case law in case of requests of mutual legal assistance addressed to national authorities.*

#### 6.1.1. Jurisdiction of the Constitutional Court.

Pursuant to the Supreme Court, only National laws ratifying International binding instruments on mutual legal assistance and judicial cooperation can be challenged before the Constitutional Court, not the International binding Instruments themselves (*Corte di Cassazione*, sent. n. 2082/1996).

6.1.2. Challenges against decisions on admissibility of requests of mutual legal assistance.

Pursuant to the National case law, the decision of the Minister of Justice as well as of the Court of Appeal on the admissibility of a letter rogatory cannot not be challenged. Appeals, on the contrary, can be filed against any order (such as searches, forfeiture orders) issued while executing a letter rogatory, following the (not challengeable) decision issued by the Court of Appeal (*Corte di Cassazione*, sent. n. 3812/1993).

#### 6.1.3. Double criminality.

Double criminality is ensured not only in case of perfect correspondence of the relevant penal laws, but when similar misconduct is criminalized in both the requesting and requested Country (*Corte di Cassazione*, sent. n. 42777/2014).

#### 6.1.4. Execution of requests of mutual legal assistance.

There is no violation of fundamental rights and of International binding instruments on judicial cooperation if the judge of the Court of Appeal, after having been designated for the acquisition of the evidence requested by the foreign law enforcement agency (such as the interview of a witness), instead of designating the judge of preliminary investigations, orders directly the police to acquire that piece of evidence (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 5743 del 09/01/2014 (dep. 05/02/2014)).



9/2018

## 6.2. Execution of requests of mutual legal assistance in case of requests of mutual legal assistance addressed to foreign authorities.

### 6.2.1. Copies of documents acquired abroad and/or transmitted by the requested country.

The 1959 European Convention on legal mutual legal assistance in Criminal Matters (as well as National law) does not bind judicial authorities to acquire the originals or certified copies of the requested documents (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 1768 del 07/10/2002 (dep. 16/01/2003) CED Rv. 223180).

Unless the Italian Prosecutor/Court expressly asks the requested country the transmission of the originals of the relevant documents, the relevant authority of the requested country is fully entitled to hand over to the requesting national authorities copies of the relevant documents. These copies, if provided with by the requested authorities through the official channels can be tendered as valid evidence to the National Courts since they are deemed to have the same legal value of the originals and certified copies (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 30062 del 16/06/2003 (dep. 17/07/2003) CED Rv. 226568).

### 6.2.2. Participation of the accused and of his/her defence counsel

No infringement of the rights of the accused can be envisaged and the testimony acquired in a foreign country is thus deemed as valid evidence if the accused was assisted by a defence counsel who was given the chance to cross examine the witness and verify his/her credibility, no matter if the testimony was acquired in the absence of the accused (*Corte di Cassazione*, sent. n. 11109 del 13/07/1999 (dep. 28/09/1999) CED Rv. 214338).

The testimony given by the witness in a foreign country pursuant a letter rogatory filed by the domestic judicial authorities without being cross examined by the defence counsel of the accused (since the date of that testimony had not been previously notified to the defence counsel of the accused) can be tendered as valid evidence to the Italian Court, in all cases when

- the testimony was given pursuant to the procedural rules of the requested country and
- those rules do not infringe the Italian National fundamental legal principles (*Corte di Cassazione*, Sez. 3, sent. n. 17379 del 16/12/2014 (dep. 27/04/2015) CED Rv. 263347).

The validity of the evidence collected abroad is thus jeopardized only if in the requested Country the rights of the accused are not safeguarded due a lack of proper legislation (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 43534 del 24/04/2012 (dep. 09/11/2012) CED Rv. 25379).



9/2018

No infringement of the rights of accused leading to a total jeopardy of the evidence collected abroad can be envisaged when the requested country, in executing the letter rogatory,

- does not fully respect the Italian procedural rules and, at the same time,
- does not infringe the fundamental rights of the accused (*Corte di Cassazione*, Sez. 1, sent. n. 21673 del 22/01/2009 (dep. 26/05/2009)).

The missed mentioning to the accused the right not to answer the questions does not jeopardize the questioning run in a foreign country in the framework of a request of mutual legal assistance (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 43534 del 24/04/2012 (dep. 09/11/2012) CED Rv. 253797).

The allegations made against other co perpetrators by an accused being questioned by the requested judicial authority, without the assistance of a defence counsel are valid if

- the accused waived the right to be assisted and
- the questioning was run abroad pursuant to the procedural rules of the requested country (*Corte di Cassazione*, *Corte di Cassazione* Sez. 5, sent. n. 39020 del 21/09/2007 (dep. 23/10/2007) CED Rv. 238207).

### 6.2.3. Evidence collected abroad.

Requests of mutual legal assistance addressed to foreign Authorities must be executed pursuant to “*lex loci*” and the relevant outcomes can be used as valid evidence in domestic proceedings, unless the relevant rules of the requested Country infringe the Italian fundamental principles and the rule of law (*Corte di Cassazione*, n. Sez. 2, sent. n. 2173 del 22/12/2016 (dep. 17/01/2017) CED Rv. 269000).

The evidence collected abroad directly by the Italian law enforcement authorities, pursuant to a letter rogatory and a decision issued by the foreign judge, following the procedure allowed by the foreign judge, can be legally tendered before National Courts (*Corte di Cassazione*, sent. n. 11109/1999; *Corte di Cassazione*, n. Sez. 6, sent. n. 53435 del 06/11/2014 (dep. 22/12/2014) CED Rv. 261859).

### 6.2.4. Interceptions of communications.

#### 6.2.4.1. Use in different proceedings.

Interceptions of communications run in a foreign Country and acquired pursuant to a letter rogatory can be tendered as valid evidence not only in the criminal proceeding where the letter rogatory was filed but also in different proceedings, unless the requested Country sets up restrictions to such use. Article 50 of the 2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, binding the requesting Authority to use the interception of communications only in the relevant case where the request of mutual legal assistance has been filed has been abrogated by article 8 of the 2001 Protocol to the



9/2018

European Convention on Mutual legal Assistance (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 1926 del 13/12/2016 (dep. 16/01/2017) CED Rv. 268760).

#### 6.2.4.2. Intercepted mobile phones, cars and other electronic devices.

Items than can be moved to another Country, such as mobile phones, cars, can be subject to electronic surveillance.

Pursuant to the general principle set up by the Supreme Court, letters rogatory are not necessary if the interceptions of communications of mobile phones as well as e mail correspondence are run only in the national territory through proper routing procedures (*Corte di Cassazione*, Sez. 4, sent. n. 40903 del 28/06/2016 (dep. 30/09/2016) CED Rv. 268230).

The interceptions of phone calls made in Italy and addressed to fixed/mobile phones located in a foreign Country do not thus need any letter rogatory from the Italian Prosecution Offices, since the whole activity of interception and recording of phone calls is carried on in Italy.

Pursuant to the national case law, if a bugged car moves to a foreign country, there is no need to request judicial cooperation (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 51034 del 04/11/2016 (dep. 30/11/2016) CED Rv. 268514).

There is no need to request judicial cooperation if a mobile phone being intercepted is carried abroad and

- the electronic surveillance focuses only on national telephone numbers being contacted or
- the telephone communications involving that telephone device are channeled to a domestic operator (*Corte di Cassazione*, Sez. 3, sent. n. 25833 del 03/03/2016 (dep. 22/06/2016) CED Rv. 267090).

This happens when a national sim card located in a foreign country communicates with other sim cards of its same nationality. If it is deemed necessary to intercept the communications of a non national mobile phone located abroad with other foreign mobile phones, in that case the request of judicial cooperation is necessary (*Corte di Cassazione*, Sez. 4, sent. n. 35229 del 07/06/2005 (dep. 30/09/2005) CED Rv. 232080).

#### 6.2.5. Evidence spontaneously tendered by foreign authorities.

Pieces of evidence spontaneously tendered by foreign Authorities to Italian Law enforcement agencies in a framework of an Exchange of information among law enforcement agencies can be tendered as valid evidence to Italian Courts.

In particular, the outcomes of interceptions of communications, if

- legally run by Foreign authorities and
- transmitted to the Italian law enforcement agencies pursuant to Articles 3 of the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters and 46 of the 2000 Convention implementing the Schengen



9/2018

Agreement of 14 June 1985, without any restriction on their use imposed by the transmitting foreign Authorities.

can be legally acquired by the National Public Prosecutor and tendered as valid evidence to the National Courts (*Corte di Cassazione*, Sez. 1, sent. n. 42478 del 31/10/2002 (dep. 17/12/2002) CED Rv. 222984).

Police reports and documents spontaneously transmitted to the Italian Authorities outside any procedure of mutual legal assistance can be used as valid evidence, before the Italian Courts, since that transmission does not infringe any fundamental national legal system (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 51127 del 28/11/2013 (dep. 18/12/2013) CED Rv. 258221).

Any information/piece of evidence spontaneously transmitted to the Italian law enforcement Agencies by a correspondent foreign law enforcement agency is not subject to the national procedural rules on letter rogatory (*Corte di Cassazione*, n. 6346/2013).

#### 6.2.6. Appeals.

Letters rogatory requesting a forfeiture in a foreign country can be challenged before the Italian National Courts, since such request implies a forfeiture order issued by the Italian Authorities to be implemented abroad through an order issued by the relevant foreign Authority (*Corte di Cassazione, Sezioni Unite*, sent. n. 21420/2003).

A freezing order issued by the Court of requested Country cannot be challenged before the Italian Courts, but only before the relevant Authorities of the requested Country (*Corte di Cassazione*, sent. n. 23112/2004)

The outcomes of a letter rogatory executed only in part by the Foreign Authority are deemed as valid evidence, since the validity of these outcomes are affected only in case of unjustified execution of a letter rogatory by the Foreign Authorities through the infringement of the Italian procedural rules or through different procedures than those indicated by the Italian judicial authority (*Corte di Cassazione*, sent. n. 3375/2003).

### 7. Joint investigation teams.

The abovementioned article 729-*quinquies* of the criminal procedural code currently entitles all domestic Public Prosecution Offices to promote the establishment of joint investigation teams.

The establishment of such teams is provided by among others by,

- the 2000 United Nations Convention on transnational Organized crime, article 19 (ratified by Italy with law 146/2006),
- EU [Council Framework Decision 2002/465/JHA on joint investigation teams](#),
- 2003 UN Convention against corruption – article 49 (ratified by Italy with law 116/2009),
- bilateral agreements with Albania, Switzerland, U.S.A.



9/2018

### 7.1. EU Council Framework Decision 2002/465/JHA.

Italy transposed the Framework Decision of joint investigation teams only in 2016, by passing the law 36/2016

Pursuant to that law, any Public Prosecutor (not only District Prosecutors), in all cases when dealing with investigations on

- crimes committed for terrorism purposes or
- crimes falling within the programs of a criminal associations, or
- crimes punished with life imprisonment or with more than five years imprisonment,

or when dealing with investigations to be carried on in one or more EU Member States may require the setting up of one or more Joint investigation teams.

The relevant request is addressed to the EU Member States the Prosecutor deems necessary should be involved in the establishment of a joint investigation team.

The initiative to set up a joint investigation team may be undertaken by any EU Member State judicial authority.

In that case the National prosecutor dealing with investigations that need to be coordinated with an enquiry carried on in another EU Member State may refuse the request to set up a joint investigation team only if the establishment of the investigation team contemplates investigations infringing

- the domestic law,
- the fundamental principles as enshrined in the National Constitution and/or the Council of Europe Convention on Human Rights.

The members of Joint investigation teams operating in Italy

- have the position (and consequent duties) of public officers,
- must obey the domestic criminal procedural rules.

The evidence acquired by the joint investigation teams can be used as valid evidence

- before a National Court in charge of the case that led to the establishment of the joint investigation team and
- in other cases, under authorization of the EU judicial authorities of the Member States involved in the investigation teams.

### 7.2. Bilateral instruments.

The Joint investigation teams are contemplated in bilateral treaties with:

- Albania (article X of the Agreement between Italy and Albania, Additional to the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters),
- Switzerland (article XXI of the 1988 bilateral treaty on mutual assistance),
- U.S.A. (article 18-ter of the 2006 bilateral treaty on mutual assistance).



9/2018

Italy Article 18-ter of the 2006 bilateral treaty on mutual assistance between U.S.A. and

- mirrors article 5 of The Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between EU and U.S.A. signed in Washington on 25 June 2003,
- provides the establishment of joint investigation teams in case of enquiries to be run in U.S.A., Italy and any other EU Country,
- does not specify the investigated crimes entitling the relevant Authorities to set up a joint investigation team.

## **8. Italian legislation transposing relevant European Union instruments on mutual recognition of judicial decisions and orders.**

As it was highlighted above, mutual legal assistance in criminal matters among EU Member States is currently inspired and regulated by the principle of mutual recognition of judicial decisions.

Italy has since 2005 transposed the following main relevant EU Framework decisions and directives applying the principle of mutual recognition of judicial decisions:

- Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member State,
- Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence,
- Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders,
- Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in Criminal Matters,

All those instruments bind EU Member States to derogate to the principle of double jeopardy in mutual recognition of judicial orders and decisions and in complying with a warrant/order issued by a EU Member State with reference to a number of serious crimes such as

- participation in a criminal organization,
- terrorism,
- trafficking in human beings,
- sexual exploitation of children and child pornography,
- illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances,
- illicit trafficking in weapons, munitions and explosives,
- corruption,
- fraud, including that affecting the financial interests of the European Communities within the meaning of the Convention of 26 July 1995 on the protection of the European Communities' financial interests,
- laundering of the proceeds of crime,
- counterfeiting currency, including of the euro,
- computer-related crimes,



9/2018

- environmental crime, including illicit trafficking in endangered animal species and in endangered plant species and varieties,
- facilitation of unauthorized entry and residence,
- murder, grievous bodily injury,
- illicit trade in human organs and tissue,
- kidnapping, illegal restraint and hostage-taking,
- racism and xenophobia,
- organized or armed robbery,
- illicit trafficking in cultural goods, including antiques and works of art,
- swindling,
- racketeering and extortion,
- counterfeiting and piracy of products,
- forgery of administrative documents and trafficking therein,
- forgery of means of payment,
- illicit trafficking in hormonal substances and other growth promoters,
- illicit trafficking in nuclear or radioactive materials,
- trafficking in stolen vehicles,
- rape,
- arson,
- crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court,
- unlawful seizure of aircraft/ships,
- sabotage

Following a similar rule provided by the 1978 First Additional Protocol to the 1959 European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters in relation to taxes, customs, duties and exchange activities, pursuant to the abovementioned Framework Decisions and Directives, execution of orders/warrants subject to mutual recognition may not be refused on the ground that the law of the executing State does not impose the same kind of tax or duty or does not contain the same types of rules concerning taxes, duties, customs duties and exchange activities as the law of the issuing State.

Pursuant to all the laws transposing the abovementioned EU instruments, The Minister of Justice is the designated central authority to assist the competent judicial authorities.

The duty to recognize and execute Judicial decisions and orders issued by an EU judicial authority falls on

- the Court of Appeal in case of EAW and confiscation order,
- the Public Prosecutor in case of orders freezing property or evidence,
- the District Public Prosecutor in case of European Investigation Order (hereinafter EIO),

All the mentioned instruments provide with grounds of refusal of warrants issued by a Member State.



9/2018

### 8.1. Law 69/2005 transposing into the national legislation the Framework Decision on European Arrest Warrant.

Italy transposed into the National legislation the Framework Decision on European Arrest Warrant (hereinafter EAW) by adopting law 69/2005 that entered into force on 14 May 2005.

Pursuant to that law, only EAWs issued after 14 May 2005 can be executed in Italy.

The law 69/2005 binds the national courts to execute EAWs issued by foreign courts only if such enforcement does not infringe the fundamental rights of the accused (as enshrined in the National Constitution and in the European Convention of Human Rights).

The execution can be ordered only if the principle of double jeopardy is respected, unless the EAW is issued for one of the serious crimes listed in article 2 of 2002 Framework Decision.

Grounds of refusal are set up by article 18 of 69/2005 law and they concern cases when it is ascertained that

- a) an EAW was issued
  - for discriminatory aims,
  - for a crime which cannot be prosecuted or punished pursuant to the National legislation,
  - following a sentence violating the rules of fair trial as envisaged by the European Convention of Human rights,
  - for a crime under amnesty,
  - for a crime having been already prosecuted in Italy,
  - for a crime having been committed also in part in the national territory,
- b) in case of transfer to the issuing Country of an EAW, the person concerned may be subject to inhuman and degrading treatment,
- c) at the time of the commission of the crime the person concerned was less than 14.

The case law identified another ground of refusal of a EAW (although not mentioned in the relevant Framework Decision): mothers of children less than three years old at the time of enforcement of the EAW cannot be transferred (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 8555 del 24/02/2015 (dep. 25/02/2015) CED Rv. 262504).

#### 8.1.1. Execution of EAW.

An EAW can be enforced pursuant to an order issued by the Court of Appeal within the district where the accused resides.

In all other cases the transfer is executed pursuant to an order issued by the Court of Appeal of Roma.



9/2018

An EAW can be executed by the police also by initiative, if it is loaded in the Schengen Information System (SIS) database<sup>9</sup>.

Within five days from the arrest of the accused, the competent Court of Appeal proceeds to question the arrested person in order to ascertain whether he/she consents to be transferred to the EAW issuing Country.

The Court of Appeal issues a decision on the transfer of the accused to the issuing country within twenty days from the execution of the arrest.

The Court of Appeal may postpone the transfer of the accused to the issuing Member State in order to allow the accused to be prosecuted/tried in Italy for a crime other than the felony for which the EAW was issued. It is a discretionary decision depending on comparison between the seriousness of the crime falling under the Italian Jurisdiction and of the crime prosecuted by the Issuing Country.

The Italian Court of Appeal may also, at the request of the issuing country, or ex officio, order the forfeiture/confiscation of any kind of relevant evidence and or the proceeds of the crimes committed by the accused.

When ordering the transfer of the accused to the issuing Member State, the Court of Appeal is entitled to request some specific safeguards in the interest of the person arrested:

- that, if sentenced in absentia without being properly informed of the case against him/her, the person arrested is granted the right to be retried,
- that the sentenced person is entitled to a review of the case against him/her,
- that the sentenced/arrested person, in case he/she is in Italian national, is given the possibility, if sentenced to serve that sentence in Italy, at his request

#### 8.1.2. Domestic judicial authority issuing an EAW.

The EAW is issued

- by the same Court that issued the arrest warrant (at a request by the Public Prosecutor) or
- by the Public Prosecutor when a sentence to more than one year imprisonment has to be enforced.

The decision on issuance of an EAW falls within the competence and the discretion of the Court or of the Public Prosecutor, taking into account the seriousness of the crime related to the arrest warrant and to the sentence to be executed in another EU Member State.

---

<sup>9</sup> The Schengen Information System (SIS) is a large-scale information system that supports external border control and law enforcement cooperation in the Schengen States. The SIS enables competent authorities, such as police and border guards, to enter and consult alerts on certain categories of wanted or missing persons and objects. An SIS alert not only contains information about a particular person or object but also clear instructions on what to do when the person or object has been found. Specialized SIRENE Bureaux serve as single points of contact for any supplementary information exchange and coordination of activities related to SIS alerts (see also here).



9/2018

Once it is issued, the EAW is transmitted to the Ministry of Justice, in order to be translated into the language of the executing Country and forwarded to it.

In case the person to be arrested must be tracked down, the EAW is inserted in the SIS database and Interpol is charged to carry on the researches.

The EAW is revoked once the arrest warrant issued by the National Authority is revoked.

Since arrest warrants issued by the domestic Courts may provide confinement into detention facilities or house arrests, in case of issuance of a EAW related to house arrests, the executing country is not bound to confine the person concerned into house arrests if the own legislation does not contemplate such measure. The person concerned can thus be confined into a detention facility until he/she is transferred to Italy.

The Prosecutor General may file a request to the executing Country to implement also a forfeiture or a confiscation order issued by the Italian Court.

## 8.2. Case law.

### 8.2.1. Duties of the Court of Appeal in the execution of an EAW.

The domestic Courts of Appeal cannot execute in Italy an EAW issued before the entry into force of the relevant national legislation, but such restriction does not apply to EAW issued by domestic Courts (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 27098 del 30/03/2017 (dep. 30/05/2017) CED Rv. 270401).

An EAW can be executed to enforce an arrest warrant also when it is issued to ensure that the person arrested is questioned or appears before the Court (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 43386 del 11/10/2016 (dep. 13/10/2016) CED Rv. 268305).

The EAW can be executed when the Court of Appeal has ascertained that it is grounded on indicia collected by the issuing State leading to the conclusion that the person to be transferred has committed the crime (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 28281 del 06/06/2017 (dep. 07/06/2017) CED Rv. 270415).

The issuing State has therefore to indicate the indicia collected against the accused and make them available to the domestic Courts of Appeal. The only Authority entitled to evaluate the indicia is the issuing Country judicial authority (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 44911 del 06/11/2013 (dep. 07/11/2013) CED Rv. 257466).

### 8.2.2. Double criminality.

The prerequisite of the double criminality can be considered satisfied when a misconduct is criminalized in both the concerned systems, no matter if the elements of the concerned crime are different in the issuing and executing country (*Corte di Cassazione*, sez. 6, sent. n. 27483 del 29/05/2017 (dep. 01/06/2017) CED Rv. 270405).



9/2018

The principle of double criminality is satisfied when the misconduct is criminalized in the executing country at the time when the EAW was issued, not at the time when the crime was perpetrated in the issuing country (*Corte di Cassazione*, sent. 6, n. 42042 del 04/10/2016 (dep. 05/10/2016) CED Rv. 268072).

#### 8.2.3. Safeguard of human rights.

Domestic Courts of Appeal are called to order the transfer of the person arrested pursuant to an EAW unless following the transfer, on the basis of information provided with by the issuing Country the concerned accused would be subject in the issuing Country to inhuman and degrading treatment. The same principle has been set up by the Court of Justice of EU (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 3679 del 24/01/2017 (dep. 25/01/2017) CED Rv. 269211).

The transfer of the person arrested pursuant to an EAW cannot be ordered if the legislation of the issuing Country does not provide with a periodical judicial supervision and review of the pre-trial detention (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 34439 del 11/07/2017 (dep. 13/07/2017) CED Rv. 270761).

#### 8.2.4. Grounds of refusal.

One of the grounds for refusal of the transfer (although not mentioned in the relevant Framework decision) is the age of the children of the woman arrested and to be transferred to the issuing Country. Mothers of children less than three years old at the time of enforcement of the EAW cannot be transferred. The supreme Court has identified the interest of children of the person arrested as a further ground for refusal (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 8555 del 24/02/2015 (dep. 25/02/2015) CED Rv. 262504).

If the crime prosecuted in the issuing Country is criminalized as such in Italy and the punishable misconduct has been partly committed in Italy, the National Authorities may refuse the transfer of the accused (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 13446 del 01/04/2016 (dep. 04/04/2016) CED Rv. 267167).

When an EAW has been issued for a crime barred by statute limitations pursuant to domestic laws, the domestic Court of Appeal can refuse the transfer only if the relevant crime can be prosecuted in Italy (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 51 del 30/12/2014 (dep. 05/01/2015) CED Rv. 261574).

A sentenced person can be transferred to the issuing country also when the status of *res iudicata* is not certified by the issuing country (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 23695 del 11/05/2017 (dep. 12/05/2017) CED Rv. 269980).

Once the person arrested in Italy has given the own consent to be transferred to the issuing country, that consent cannot be revoked and that revocation cannot be deemed as a ground of refusal (*Corte di Cassazione*, Sez. 2, sent. n. 4864 del 04/02/2016 (dep. 05/02/2016) CED Rv. 266378).



9/2018

The lack of translation into Italian of the EAW cannot be deemed as an infringement of the rights of the accused. Such rights are safeguarded if the accused is informed in a language he/she understands about the EAW and the charges against him/her (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 19025 del 05/04/2017 (dep. 20/04/2017) CED Rv. 269838).

#### 8.2.5. Transfer of nationals.

The domestic Court of Appeal that refuses the transfer of a sentenced person (be him/her a national or a resident in Italy) and orders that the sentence issued by the concerned EU Member State be enforced in Italy, must recognize that sentence (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 21912 del 27/05/2014 (dep. 28/05/2014) CED Rv. 262269).

#### 8.2.6. Appeals.

The person arrested in Italy in execution of an EAW issued by another EU judicial authority cannot ask the EAW to be reviewed by an Italian Court.

The only judicial remedy against the execution in Italy of an EAW is a motion to the Supreme Court grounded on alleged infringement of the law (*Corte di Cassazione*, Sez. 6, sent. n. 24891 del 11/06/2015 (dep. 12/06/2015) CED Rv. 263816).

### 8.3. Law 35/2016 transposing EU Framework Decision 2003/577/JHA.

Law 35/2016 transposed into the domestic legislation EU framework decision 2003/577/JHA on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence.

It must be taken into account that EU Framework Decision 2003/577/JHA on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, as far as freezing of evidence is concerned, has been replaced by Directive 2014/41/JHA on European Investigation Order (article 34 of the Directive).

#### 8.3.1. Legislation of Italy as Executing Member State.

Pursuant to article 4 of the 35/2016 law, the domestic recognizing and executing Authority of a freezing order concerning property that could be subject to evidence issued by an EU judicial authority is the Public Prosecutor.

If the freezing order concerns property that could be subject to confiscation, the domestic executing Authority is the Court. The Public Prosecutor in this case submits the own arguments to the Court.

The executing order can be challenged by the accused and/or third bona fide parties.



9/2018

Article 6 of the 35/2016 law lists the grounds of refusal to the execution of the freezing order (among them the violation fundamental Constitutional principles and of “*ne bis in idem*” principle are mentioned).

Pursuant to article 7 of the 35/2016 the execution of the freezing order can be postponed if

- it can jeopardize a domestic investigation,
- the evidence/property to be frozen has already been frozen pursuant to an order issued by a domestic law enforcement agency.

### 8.3.2. Legislation of Italy as Issuing Member State

A freezing order concerning evidence or property may be transmitted to the executing EU judicial authority directly or through the European Judicial network.

### 8.4. Law 137/2015 transposing EU Framework Decision 2006/783/JHA.

Law 137/2015 transposed into the domestic legislation EU framework decision 2006/783/JHA and included, among the targets of confiscation orders to be implemented, assets belonging to individuals and legal entities.

### 8.4.1. Legislation of Italy as Executing Member State.

Pursuant to article 1 of the law 137/2015, the National recognizing and executing Authority is the Court of Appeal of the district area where the assets to be confiscated are located. The decisions of the Court of Appeal on the execution of a confiscation order can be challenged before the Supreme Court.

Pursuant to Article 6, the confiscation order issued by an EU judicial authority cannot be executed if

- a) the individual whose assets are subject to confiscation is granted immunity,
- b) the rights of any interested party, including bona fide third parties, under the domestic law make it impossible to execute the confiscation order,
- c) the person concerned did not appear personally and was not represented by a legal counselor in the proceedings resulting in the confiscation order, unless the same concerned person
  - was informed personally, or via his defence counsel of the proceedings in accordance with the law of the issuing State, or
  - has indicated that he/she does not contest the confiscation order;
- d) the confiscation order is based on criminal proceedings in respect of criminal offences which
  - under the domestic law are regarded as having been committed wholly or partly within the National territory, or in a place equivalent to its territory, or



9/2018

- were committed outside the territory of the issuing State, and the domestic law does not permit legal proceedings to be taken in respect of such offences where they are committed outside that State's territory;
- e) the execution of the confiscation order cannot be executed since the predicate offense is barred by domestic statutory time limitations;
- f) outside the cases of derogation to the principle of double criminality, the confiscation order has been issued for a misconduct which is not criminalized in the country (in relation to taxes, duties, customs duties and exchange activities, pursuant to law 137, execution of orders/warrants subject to mutual recognition may not be refused on the ground that the law of the executing State does not impose the same kind of tax or duty or does not contain the same types of rules concerning taxes, duties, customs duties and exchange activities as the law of the issuing State);
- g) it is impossible to execute the confiscation order for the reason that the property to be confiscated has already been confiscated, has disappeared, has been destroyed, cannot be found in the location indicated by the issuing Authority

The execution of the confiscation order may be suspended and/or postponed if:

- in case of a confiscation order concerning an amount of money, there is a risk that the total value derived from its execution may exceed the amount specified in the confiscation order
- the execution of the confiscation order might damage an ongoing criminal investigation or proceedings, until such time as it deems reasonable
- it is considered necessary to have the confiscation order or parts thereof translated at the expense of the executing State, for the time necessary to obtain its translation, or
- the property is already subject to confiscation proceedings in Italy (including the forfeiture/confiscation procedures, pursuant to the relevant law 159/2011 on preventive measures).

Pursuant to the Italian legislation (law 159/2011, as amended by law 161/2017), preventive measures are legal remedies not aimed at investigating or prosecuting a crime, but

- a) at preventing that persons that are considered a danger to the public from committing crimes and
- b) at depriving them of assets
  - whose value is disproportionate to the value of their legal incomes and
  - having therefore an illegal source.

The prerequisite for these proceedings is not the perpetration of a crime but the alleged current dangerousness to the public of individuals, due to their tendency to commit crimes or their addiction to misconduct and to attend other criminals.

The dangerousness of these individuals can be deducted from suspicions.

Within these proceedings, the Public Prosecutor can coordinate investigations (and/or use the outcomes of investigations in criminal proceedings) aimed at detecting assets deriving from the perpetration of crimes belonging to persons deemed as



9/2018

dangerous to the public, no matter if the person deemed as dangerous has been sentenced.

These assets can be confiscated pursuant to a decision issued by the Court within a proceeding where the rights of defence, pursuant to articles 6 ff. of the European Convention on human rights, are safeguarded.

#### 8.4.2. Legislation of Italy as Issuing Member State.

Law 137/2015 has designated Public Prosecutors (not only the District Public Prosecutors) as the judicial authority entitled to request the executing EU Member State the recognition and execution of confiscation orders issued pursuant to

- a sentence,
- a decision of confiscation of assets being deemed as deriving from criminal activities and/or disproportionate to the legal incomes of the suspect, issued pursuant law 159/2011 on preventive measures.

#### 8.4.3. Confiscation orders issued pursuant to law 159/2011 on preventive measures.

Pursuant to paragraph 8 of the EU Framework decision 2006/783/JHA: "This Framework Decision is linked to Council Framework Decision 2005/212/JHA of 24 February 2005 on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property.

The purpose of that Framework Decision is to ensure that all Member States have effective rules governing the confiscation of proceeds of crimes in relation, inter alia, to the onus of proof regarding the source of assets held by a person convicted of an offence related to organized crime.

The possibility that the domestic issuing Authorities may have a confiscation order recognized and executed in E.U., pursuant to a Court decision on the application of a financial preventive measures (and not to a sentence issued in a criminal proceeding) has been provided by 2014/42/EU Directive on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union (that has been transposed into the law 212/2016).

Pursuant to EU Directive 2014/42/JHA on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union - paragraphs 19-21, in order to effectively tackle organized criminal activities there may be situations where it is appropriate that a criminal conviction be followed by the confiscation not only of property associated with a specific crime, but also of additional property which the court determines constitutes the proceeds of other crimes.

This approach is referred to extended confiscations. Framework Decision 2005/212/JHA provides for three different sets of minimum requirements that Member States can choose from in order to apply extended confiscation.



9/2018

Pursuant to EU Directive 2014/42/JHA, extended confiscation should be possible where a court is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct. This does not mean that it must be established that the property in question is derived from criminal conduct. Member States may provide that it could, for example, be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities. In this context, the court has to consider the specific circumstances of the case, including the facts and available evidence based on which a decision on extended confiscation could be issued. The fact that the property of the person is disproportionate to his lawful income could be among those facts giving rise to a conclusion of the court that the property derives from criminal conduct. Member States could also determine a requirement for a certain period of time during which the property could be deemed to have originated from criminal conduct.

It has to be taken into account that Pursuant to the case law of the Supreme Court, the rules on confiscations provided by EU Framework Decision 2005/212/JHA do not contemplate the possibility to confiscate assets having an equivalent value of the proceeds directly derived from the perpetration of a crime (*Corte di Cassazione*, n. 38691/2009).

#### 8.4.4. Other cases of enforcement abroad of confiscation orders issued by domestic Courts in proceedings on preventive measures.

The enforcement abroad of Confiscation orders issued by domestic Courts in proceedings on preventive measures has been either

- ensured by National Courts, such the French Supreme Court (in 2003)<sup>10</sup> and the Swiss Federal Court (in 2011)<sup>11</sup> or
- provided also by bilateral instruments, such as the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Italian Republic concerning Mutual Assistance in Relation to Traffic in Narcotic Drugs or Psychotropic Substances and the Restraint and Confiscation of the Proceeds of Crime, signed in Rome, 16 May 1990.

Pursuant to article 11 of the Agreement, the Enforcement of Confiscation Orders applies to an order, made by a court of the requesting Party, for the purpose of confiscating the proceeds of crime, including: (a) in relation to the United Kingdom, a confiscation order made as a result of a conviction for an offence; (b) in relation to Italy, a confiscation order made as a result of a conviction for an offence, or as a preventive measure ("*misura di prevenzione*") in respect of a person involved in criminal activity.

---

<sup>10</sup> Arrêt n° 5848 du 13 novembre 2003 (see [here](#)).

<sup>11</sup> Sentenza del 21 gennaio 2011 – II Corte dei reclami penali (see [here](#)).



9/2018

*8.5. Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3rd April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters.*

The Directive 2014/41 replaces, as from 22 May 2017, the corresponding provisions of the following conventions applicable between the EU Member State:

- a) European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of the Council of Europe of 20 April 1959, as well as its two additional protocols, and the bilateral agreements concluded pursuant to Article 26 thereof,
- b) 2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985,
- c) 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union and its protocol (that was ratified by Italy with law 52/2017),
- d) Framework Decision 2003/577/JHA (in particular provisions concerning freezing of evidence),
- e) Framework Decision 2008/978/JHA.

The European Investigation Order (hereinafter EIO) is to be issued for the purpose of having one or several specific investigative measure(s) carried out in the State executing the EIO ('the executing State') with a view to gathering evidence. This includes the obtaining of evidence that is already in the possession of the executing authority.

The issuing State of the Investigation order is the one entitled to decide which investigative measure is to be used.

The investigation order can concern the temporary

- transfer to the issuing and/or the executing member State of persons held in custody for the purpose of carrying out an investigative measure,
- hearing by videoconference or other audiovisual transmission,
- hearing by telephone conference,
- information on bank and other financial accounts,
- information on banking and other financial operations,
- investigative measures implying the gathering of evidence in real time, continuously and over a certain period of time,
- covert investigations, interception of telecommunications.

Pursuant to 2014/41 Directive, EIO does not contemplate

- spontaneous exchange of information among law enforcement agencies of EU Member States (provided by 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union and its protocol),
- freezing of assets for confiscation purposes,
- restitution to victims of assets and properties they have been deprived with,
- establishment of joint investigation teams,
- trans border observations.



9/2018

#### 8.5.1. Law 108/2017 transposing Directive 2014/41/EU.

Italy transposed Directive 2014/41/EU into law 108/2017. Until 1<sup>st</sup> February 2018, eighteen other EU Member States have transposed the directive into National legislation<sup>12</sup>.

Law 108/017 was passed after law 52/2017 that ratified 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union.

Law 52/2017 provides that

- requests of mutual legal assistance can be submitted directly to the requested Authority,
- the Domestic executing Authority is the District Prosecution Offices,
- the requested domestic judicial authority can execute a request of acquisition of evidence following the indications provided by the requesting Authority, unless such acquisition infringes the national fundamental legal principles,
- spontaneous exchange of information among Member States can be used for investigative purposes.

Despite such transposition and despite directive 2014/41/EU replaced the above mentioned 2000 Convention on Mutual Assistance, Italy is in any case bound

- by that Convention and its protocol when dealing with mutual assistance with Denmark and Ireland (these countries did not in fact adhere to the 2014/41 Directive) and with the other EU Member States not having implemented yet directive 2014/41/EU as well as
- by European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters when dealing with non-EU Countries.

#### 8.5.2. Italy as Executing Country of an EIO.

The 108/2017 law mirrors the Directive. Pursuant to article 4 of 108/2017 law, the executing authority of the EIO in Italy is The District Public Prosecutor (as well in law 52/2017). The District Public Prosecutor has to deal with the recognition and execution of EIO, unless

- the issuing Country specifically requests the order to be executed by the Court,
- the domestic legislation provides that the requested investigation activity be run by the Court (such in case of intercepts of communications).

In these cases the judge of preliminary investigations at the relevant District Court has been designated by the law as the authority entitled for the execution of EIO

---

<sup>12</sup> Belgium, Croatia, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, The Netherlands, Poland Portugal, Romania, Sweden, Slovak Republic, United Kingdom.



9/2018

(after the recognition of EIO and the request of execution filed by the District prosecutor).

In case of EIO is related to acquisition of documents concerning bank accounts, pursuant to article 20 of law 108/2017, the acquisition of bank material must be executed by the District Public Prosecutor.

The electronic monitoring of bank transactions, as well as any other electronic surveillance, must be executed by the district judge of preliminary investigations.

Pursuant article 4 of law 108/2017, recognition and execution of the EIO coming from a EU Member State should be provided within 90 days from the receipt of the EIO, unless the Issuing Country indicates matters of urgency. The defence counsel of the accused, if the National Legislation so provide, is entitled

- to be informed about the recognition and execution of the EIO and
- to take part to the investigation (such as questioning, searches, inspections) ordered by the issuing Country,
- to have made available to him/her the records of the investigations run within the execution of the EIO.

The decision on recognition and execution of an EIO issued by the District Public Prosecutor can be challenged by the defendant before the Judge for preliminary investigations. The challenge does not suspend the recognition and the execution of EIO. The Decision issued by the Court can be challenged before the Supreme Court.

The execution or the refusal of EIO are immediately communicated to the issuing EU Member State

The EIO is executed following the indications provided with by the issuing EU Authority, unless such indications infringe the domestic laws. In this case, the EIO is executed pursuant the domestic procedural rules.

Article 7 of 108/2017 law provides the principle of proportionality in the execution of EIO. Pursuant to article 7, the EIO is not proportionate if the restriction of the rights and freedoms of the accused and/or of third persons involved in the investigations contemplated in the EIO is not justified, taking into account the seriousness of the investigated/prosecuted crimes.

Pursuant to a circular issued on 26 October 2017 by the Ministry of justice on the enforcement of law 108/2017, proportionality is ensured, taking into account article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others<sup>13</sup>.

Pursuant to article 9 of law 108/2017 the domestic executing judicial authority, wherever possible, recourse to an investigative measure other than that provided for in the EIO when the measure indicated in the EIO

- does not exist under its national law or

---

<sup>13</sup> Ministero della Giustizia-Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo (see [here](#)).



9/2018

- would not be available in a similar domestic case, or
- lacks the abovementioned principle or proportionality and
- the investigative measure selected by the executing authority would achieve the same result through less intrusive means than the investigative measure indicated in the EIO (in order to avoid disproportionate restrictions of individual rights, such as the right to privacy in case of investigations of minor offences).

In any case the Prosecutor/Judge, in their position of executing National Authority must execute the EIO when it concerns

- the acquisition of information stored in databases accessible to the Judiciary,
- the questioning of the accused,
- the interview of victims, witnesses,
- the acquisition of evidence records from other domestic criminal proceedings,
- the identification of individuals through a phone number or IP address,
- any other investigation of non-intrusive nature.

Article 9 of law 108/2017 provides grounds of refusal and non execution of an EIO if

- a) the accused is granted immunity, preventing the criminal action pursuant to the National legislation,
- b) the misconduct prosecuted in the requesting Country is not criminalized in Italy (since for example it was committed in the exercise of rights – such as the right of expression – provided by the law) and no derogation of the principle of double criminality is contemplated,<sup>14</sup>
- c) it is impossible to execute an EIO, due to the nature of the investigation activity to be run,
- d) the execution of the relevant EIO
  - infringes the *ne bis in idem* principle (including judgements issued by National and EU Member States Courts),

---

<sup>14</sup> On 26 October 2017 The Ministry Of Justice issued the above mentioned circular on law 108/2017 (Ministero della Giustizia-Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo), recommending to the District Public Prosecutor Offices, when dealing with the issue of double criminality,

- to obey the (mentioned in this paper) relevant decisions adopted by the Supreme Court concerning double criminality in the execution of EAWs (The prerequisite of the double criminality can be considered satisfied when a misconduct is criminalized in both the concerned systems, no matter if the elements of the concerned crime are different in the issuing and executing country),
- to derogate to that principle all the times the EIO to be executed concerns
  - a) information stored in databases accessible to the Judiciary,
  - b) the questioning of the accused,
  - c) the interview of victims, witnesses,
  - d) the acquisition of evidence records from other domestic criminal proceedings,
  - e) the identification of individuals through a phone number or IP address, any other investigation of non-intrusive nature.



9/2018

- infringes the fundamental legal principles (as enshrined in article 6 of the EU Treaty and in the EU Chart on fundamental rights),
- jeopardizes the National security and/or
- jeopardizes the fundamental interests of the Country (EIO whose execution would infringe state secrecy as defined by 124/2007 law and/or national security would thus be refused)<sup>15</sup>.

Pursuant to article 23 of 108/2017, in case of investigations of intrusive nature, such interception of communications, the Judge of preliminary investigations may refuse the execution if the EIO does not match the prerequisites allowing intercepts of communications contemplated by the Italian national legislation (articles 266 ff of the criminal procedural code, as amended by law 216/2017).

Pursuant to article 24 of law 108/2017 (mirroring article 21 of law 52/2017, ratifying the 2000 Convention on Mutual Legal Assistance between EU member States), in case of interception by a EU member State of a car/device located in the National territory, non requiring the technical assistance of domestic Authorities, the competent District Public Prosecutor must

- be noticed and notified by the relevant EU Authority about the beginning of such interceptions and then
- inform the Judge of preliminary investigation.

The Judge orders

- the execution of the interceptions or
- the immediate cessation of such interceptions if they were ordered for a crime which cannot be investigated with interceptions, pursuant to the domestic legislation.

The EU Authority having ordered the interceptions must be timely informed about the decisions issued by the judge of preliminary investigations.

Pursuant to article 14 of the 108/2017 law, recognition and execution on an EIO can be delayed if

- its execution jeopardizes a domestic ongoing investigation (in this case the execution of the EIO can be postponed until the end investigation and the disclosure of the relevant material),
- the evidence/material to be acquired has been seized within a domestic criminal proceeding.

In this case the issuing judicial authority must be timely informed about the delay.

The issuing EU judicial authority may request to participate to the execution of the EIO. In this case the District Public Prosecutor may

---

<sup>15</sup> Pursuant to the abovementioned circular by the Ministry of Justice, In case of interception of relevant communications among Officers of national intelligence agencies, before the transmission of such communications to the issuing Authority, the Public Prosecutor must, as well as it is provided by national law (article 270-*bis* of the criminal procedural code) before such communications are used as evidence before domestic Courts request the Prime Minister a specific authorization. In this case the Prime Minister may oppose the State secrecy and prevent any use of the concerned interceptions.



9/2018

- promote, pursuant to the abovementioned law 34/2016, the establishment of a joint investigation team (such establishment is not provided by the law if the executing Authority is the judge for preliminary investigations) or
- set up and stipulate with the issuing Authority the way of participation to the investigations executing the EIO.

The Officer of the issuing EU Member State participating to the investigations executing the EIO has the position and duties of a national public officer.

In case of execution of an EIO, the evidence acquired has to be handed over directly to the Issuing Authority of the EU Member State.

When EIO concerns covert investigations, these investigations are run pursuant law 146/2006 that ratified the 2000 UN Convention of Organized Transnational Crime and the domestic executing Authority can promote the establishment of a joint investigation team.

### 8.5.3. Italy as Issuing Country of EIO.

All Public Prosecutors (not only District Prosecutors) as well as Judges of preliminary investigations may issue an EIO, pursuant to the National legislation.

Public Prosecutors may request to participate to the execution of the EIO and promote the establishment of a joint investigation team.

Pursuant to article 31 of law 108/2017, EIO may be issued also at the request of the defence counsel of the accused and/or of the person being subject to a preventive measure. Victims are not explicitly mentioned as private parties being entitled to request the relevant Public Prosecutor to issue an EIO.

Before 31 October 2017, pursuant to the case law of the Supreme Court, the defence counsel was not entitled to run in foreign countries the own enquiries in the interest of the accused and the relevant outcomes could be tendered as evidence to the Court, but had to submit a specific request to the Public Prosecutor to acquire exculpatory evidence abroad (*Corte di Cassazione, Sez. 1, sent. n. 23967 del 29/05/2007 (dep. 19/06/2007) CED Rv. 236594*).

If the Public Prosecutor assumes that the request of an EIO filed by the accused has to be rejected, submits the own arguments to the domestic competent Court for the relevant decision.

Both the Directive and 108/2017 law do not mention legal entities as involved in the recognition and execution of an EIO.

If it is needed to carry on intercepts of communications in another EU member States when the apparatus to be intercepted is not located in the National territory, pursuant to article 43 of law. 108/2017, the Public Prosecutor issues the relevant EIO. Pursuant to the National legislation, however intercepts of communications can be carried on pursuant to a reasoned order issued by the Court. It can be therefore assumed that an EIO can be issued by the Prosecutor on the bases of an order issued by the relevant Italian Court. In absence of that order, the outcomes of intercepts carried on in



9/2018

a EU member States pursuant an EIO issued by the Public Prosecutor without a previous order by the Judge cannot be tendered as valid evidence to a National Court.

Pursuant to article 44 of the 108/2017 law, in case of interception of

- mobile phones as well as of
- e-mail correspondence being run only in the national territory through proper routing procedures, as well
- of communications within cars.

If such items move to a EU Member State and no assistance by the relevant Authority of the concerned Member State is needed to carry on such interception, the domestic Public Prosecutor running such interceptions must inform the relevant Authority of the concerned EU Member State.

If the relevant Authority of the concerned EU Member State communicates that such interceptions cannot be carried on pursuant to the relevant legislation of the concerned EU member State, the domestic Public Prosecutor must order the immediate termination of the interceptions. The outcomes of terminated interceptions can be used before domestic Courts only within the conditions set up by the Authority of the concerned EU Member State.

Pursuant to the national case law before law 108/2017, if a bugged car moved to a foreign country, there was no need to request judicial cooperation, as well as there was no need to request judicial cooperation if a mobile phone being intercepted was carried abroad and

- if the electronic surveillance focused only on national telephone numbers being contacted or
- if the telephone communications involving that telephone device were channeled to a domestic operator.

A formal request of judicial cooperation was necessary in case domestic law enforcement agencies had to intercept the communications of a non-national mobile phone located abroad with other foreign mobile phones.

The EIO issued by the Public Prosecutor concerning freezing of evidence can be challenged before a domestic Court.

Pursuant to article 36 of the 108/2017 law,

- documents acquired abroad pursuant to an EIO;
- the records of investigative acts such as searches, forfeitures;
- the outcomes of investigations run with the participation of the defense counsel of the accused in a EU Member State pursuant to an EIO issued in Italy
- records of Statements given during the investigations by witnesses residing in a EU Member State who for whatever reason, cannot be examined before an Italian Court

are deemed as valid evidence and can be inserted in the case file immediately available to the Court.

Article 36 mirrors the provisions of article 431 of the national criminal procedural code, related to the use in Court of evidence collected in a Foreign Country, other than EU Countries bound by the 2014 EU Directive



9/2018

Pursuant to the case law on article 431 of the criminal procedural rules, in case of request of mutual legal assistance, any piece of evidence collected in a foreign country pursuant to the relevant national law can be tendered as evidence before the Italian Court, unless the national law of the relevant requested Country infringes the fundamental principles of the Italian legal system.

## 9. Cooperation with the International Criminal Court.

Pursuant to laws 237/2012 (on cooperation with the International Criminal Court – hereinafter ICC)

- the Central Authority to assist the competent judicial authorities is the Minister of Justice,

- the judicial authorities entitled to execute the requests of cooperation are the Office of the Prosecutor General in Roma the Court of Appeal in Roma,

- when the cooperation requested by the abovementioned Courts concerns investigations and/or acquisition of evidence, the Prosecutor General Office in Roma files a request to the Court of Appeal in Roma to execute such request,

- upon decision of the Court of Appeal the requested evidence is collected, following a specific designation, by a Judge of the Court of Appeal of Roma or by the Judge of Preliminary Investigation at the Court of first instance,

- upon request, members of the Office of the Prosecutor at ICC and ICTY, as well as Judges of the Courts can participate to the requested investigation and/or acquisition of evidence.

Pursuant to article 4 law 237/2012, the Office of the Prosecutor General is empowered to assist the Office of the Prosecutor at ICC pursuant to article 99 para 4 of the Statute of ICC, *“where it is necessary for the successful execution of a request which can be executed without any compulsory measures, including specifically the interview of or taking evidence from a person on a voluntary basis, including doing so without the presence of the authorities of the requested State Party if it is essential for the request to be executed, and the examination without modification of a public site or other public place...”*.

Laws 237/2012, as far as execution of requests of legal assistance, enforcement of ICC sentences and transfer of accused are concerned, refers to the relevant rules of the criminal procedural rules.

These rules, as it was highlighted above, were recently amended by law 149/2017. It will be up to the Court of Appeal of Roma and to the Supreme Court to decide whether such amendments impact also on the judicial authority that will have to execute the requests from ICC (since 31 October 2017 the District Public Prosecutor of Roma and the Judge of preliminary Investigations at the District Court in Roma).



9/2018

## 10. Conclusions.

The overview on the national system and case law on judicial cooperation that has been elaborated leads to highlight the following items.

### *10.1. The change of approach to judicial cooperation in criminal matters.*

The National approach to judicial cooperation changed significantly in the last two years.

Pursuant to the criminal procedural code, before law 149/2017, the execution of requests of mutual legal assistance filed by foreign law enforcement agencies fell within the duties and powers of Courts of Appeals and Prosecutor General Offices.

Before the entry into force of law 35/2016 that transposed into the domestic legislation EU framework decision 2003/577/JHA on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, the execution of orders and decisions issued by EU Member States (such as EAWs) fell also Courts of Appeals and Prosecutor General Offices.

Public Prosecutor Offices and judges of preliminary investigations at first instance Courts were actively involved only as requesting authorities of mutual legal assistance addressed to foreign Authorities as well as issuing authorities of decisions and orders to be recognized and executed in EU Member States.

Despite the efforts and dedication that must be recognized to Courts of Appeals and Prosecutor General Offices when dealing on decisions and executions on requests of mutual legal assistance, the relevant procedures resulted lengthy, especially when after the designation by Courts of Appeal, other authorities such as judges of preliminary investigations and public prosecutors (when the latter were delegated by the judges of preliminary investigations) were called to execute such requests and then transmit the acquired evidence to the Courts of Appeal that forwarded such evidence to the requesting foreign law enforcement agencies.

The Supreme Court (see the abovementioned decision n. 43950/2001) stated that such procedures were compatible with the obligations falling on the domestic judicial authorities pursuant to articles 15 of the European Convention on Mutual Legal Assistance and 53 of the 2000 Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985, allowing direct communications on judicial cooperation between requesting and requested law enforcement agencies.

The Ministry of Justice recommended, by issuing in 2015 the abovementioned recommendation (see Chapter 4), to expedite the procedures related to judicial cooperation. Such recommendations, however, called on domestic judicial authorities to transmit the own requests straight to the relevant foreign law enforcement agencies directly or through the European Judicial Network or Eurojust and focused therefore only on requests of judicial cooperation issued by domestic judicial authorities.

After



9/2018

a) the transposition into the National Legislation of the following EU framework Decisions and Directives  
b) the ratification of the 2000 European Union Convention on Judicial Assistance in Criminal Matters  
c) the entry into force, on 31 October 2017, of law 149/2017, the judicial authorities being entitled to request mutual legal assistance and issue decisions and orders to be executed in EU Member States are all Public Prosecutors and judges of preliminary investigations (consistently with the rules of the criminal procedural rules before 31.10.2017).

The duty to recognize and execute judicial decisions and orders issued by an EU Member State judicial authority as well as to execute requests of mutual legal assistance falls on

- the Court of Appeal (after the arguments file by the General Prosecution Offices) in case of EAW and confiscation order,
- the Public Prosecutor in case of orders freezing property or evidence,
- the District Public Prosecutor and the judge of preliminary investigations in case of European Investigation Order (EIO) issued by a EU Member State judicial authority and requests of mutual legal assistance filed by foreign (including EU) law enforcement agencies.

There is therefore no perfect identity between

- the domestic authorities requesting judicial cooperation and issuing orders and decisions to be executed in EU Member States,
- the domestic authorities called to execute requests, decisions and orders issued by foreign (including EU Member States) law enforcement agencies.

This lack of identity between requesting/issuing and executing judicial authorities might raise difficulties in the implementation of the current national legislation and for the requesting/issuing foreign authorities.

The assistance that Institutions such as the European Judicial Network, Eurojust, the Ministry of Justice, liaison magistrates<sup>16</sup> are going to be asked to provide will be significant.

---

<sup>16</sup> Joint Action 96/277/JHA of 22 April 1996, adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning a framework for the exchange of liaison magistrates to improve judicial cooperation between the Member States of the European Union established a framework for the posting or the exchange of magistrates or officials with special expertise in judicial cooperation procedures, referred to as 'liaison magistrates', between Member States, on the basis of bilateral or multilateral arrangements (see [here](#)).

The tasks of liaison magistrates shall normally include any activity designed to encourage and accelerate all forms of judicial cooperation in criminal and, where appropriate, civil matters, in particular by establishing direct links with the relevant departments and judicial authorities in the host State (see [here](#)).



9/2018

*10.2. Extension of judicial cooperation to confiscation orders on crime-related proceeds, instrumentalities and property.*

The current legal framework (EU Directive 2014/42/JHA and article 27 of law 108/2017) entitles domestic judicial authorities to issue EIO and confiscation orders within national proceedings on the application of preventive measures. Such framework provides an extended legal basis to investigate, trace and confiscate crime related assets and deprive therefore transnational criminal organizations of significant financial sources.

*10.3. The role of suspects, accused and other private parties within the legal framework of EIOs and law 149/2017.*

Pursuant to article 31 of law 108/2017, the defence counsels of the accused and of the suspect being subject to a proceeding for the application of preventive measures are entitled to file a motion to the domestic Public Prosecutor in order to have an EIO issued aimed at acquiring exculpatory evidence or in any case evidence favorable to them.

Such right has not yet explicitly provided for the victims (whose rights in criminal proceedings are in any case safeguarded pursuant to Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25th October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime) as well as for legal entities.

Article 696-septies of law 149/2017 provides legal basis for the mutual recognition of judicial decisions concerning the liability of legal entities for offences committed to their benefit.

*10.4. The added value of case law.*

Due to the recent entry into force of above mentioned laws 137/2015, 35/2016, 52/2017, 108/2017, 149/2017, it will take some time to have a consolidated case law by the Supreme Court.

The abovementioned case law on the relevant articles of the criminal procedural code before law 149/2017 and on bilateral agreements on extradition and mutual legal assistance, law 69/2005 (that transposed into the National legislation the Framework Decision on European Arrest Warrant) leads to the conclusion that the Supreme Court issued the own decisions by balancing

- the obligation falling on national authorities to implement the relevant rules on mutual legal assistance and timely execute letters rogatory and as well as orders and decisions issued by EU Member States judicial authorities,
- the respect the fundamental principles as enshrined in the Constitution and the European Convention on Human Rights,



9/2018

- the exploitation before national Courts of evidence legally acquired and handed over by foreign law enforcement agencies either according to requests of mutual legal assistance, either spontaneously, no matter whether that evidence was not acquired pursuant to the relevant rules of the domestic criminal procedural code.

The Supreme Court stated in fact that domestic Courts can be addressed appeals and challenges only related to requests, orders and decisions issued by domestic judicial authorities and cannot be tasked to decide on appeals against decision issued by foreign authorities.

The evidence legally collected and handed over by foreign law enforcement agencies, pursuant to the relevant laws of the concerned country either according to a request of mutual legal assistance, either spontaneously, can be legally tendered before domestic courts, no matter if the relevant rules of the domestic criminal procedural codes are not fully observed.

Consistently with such principle, copies of documents handed over by foreign law enforcement agencies as well as any piece of evidence acquired in the absence of the accused if his/her legal assistance was ensured can be tendered to and/or used as valid evidence before domestic courts.

Finally, no judicial cooperation can be provided to foreign law enforcement agencies if there are grounds to believe that due to such cooperation the accused will be subject to an unfair trial, and/or inhuman or degrading treatment.

The respect of fundamental rights of the accused and of national security must therefore be given priority over mutual legal assistance as well as over recognition and execution of decisions and orders.

Such prioritization of the fundamental human rights led the Supreme Courts to identify further grounds of refusal other than those provided by the relevant international instruments and to confirm and ensure the paramount value of judicial cooperation, but within the respect of such values.



9/2018

## NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

### Le Sezioni unite tornano sui confini dell'onere di motivazione del decreto di sequestro probatorio del *corpus delicti*

Cass., Sez. un., sent. 19 aprile 2018 (dep. 27 luglio 2018),  
n. 36072, Pres. Carcano, Rel. Andreazza

di Vincenzo Gramuglia

1. Le **Sezioni Unite** della Corte di Cassazione hanno affermato, con la sentenza in commento, il principio di diritto secondo cui «*il decreto di sequestro (così come il decreto di convalida di sequestro) probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti*».

La pronuncia in esame si colloca nell'alveo di un'accesa discussione giurisprudenziale incentrata sui confini dell'onere motivazionale del decreto di sequestro probatorio. In particolare, i Giudici del Supremo Consesso hanno avallato un orientamento ermeneutico di stampo garantistico già affermato in precedenza dalle Sezioni Unite, rispondendo al quesito di diritto che può riassumersi nei termini che seguono: «*se, anche per le cose che costituiscono corpo del reato, il decreto di sequestro (o di convalida del sequestro) probatorio debba essere comunque motivato quanto alla finalità in concreto perseguita per l'accertamento dei fatti*».

2. Prima di addentrarsi nel cuore della nota *querelle* giurisprudenziale, conviene premettere una breve **descrizione della vicenda sotto il profilo fattuale**.

Il Tribunale di Nuoro, in accoglimento della richiesta di riesame di un decreto di convalida del sequestro probatorio (avente ad oggetto **beni immobili, tra cui magazzini ed appartamenti**), aveva annullato con ordinanza il decreto stesso, disponendo la restituzione dei beni agli aventi diritto.

Avverso tale provvedimento, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro aveva proposto ricorso per cassazione, deducendo, con un primo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. c), c.p.p., in relazione all'**art. 253 c.p.p.**

In sintesi, il P.M. ricorrente si doleva del fatto che i giudici del riesame avessero annullato il provvedimento di convalida del sequestro probatorio, ritenendo **“obiettivamente insussistente” la motivazione in relazione alle esigenze probatorie poste a base del medesimo**.

E infatti, pur dando atto dell'esistenza di due diversi orientamenti interpretativi sul punto, **il P.M. ricorrente aderiva ad un orientamento giurisprudenziale incline ad ammettere che il provvedimento di sequestro probatorio, sotto il profilo motivazionale, possa essere sorretto dall'utilizzo di “formule sintetiche” allorché il compendio sequestrato risulti ontologicamente avvinto da una funzione probatoria di immediata evidenza, stante la peculiarità delle res che lo costituiscono**. In particolare, secondo le prospettazioni difensive, nel caso di specie, il requisito della finalità probatoria sarebbe stato *in re ipsa*, in ragione della precipua natura dei beni immobili, i quali, relativamente ai reati edilizi, sono caratterizzati da una finalizzazione probatoria intrinseca.



9/2018

Portata la questione al vaglio della Corte di cassazione, i Giudici della terza sezione hanno riscontrato la presenza di **orientamenti interpretativi non omogenei** in seno alla più autorevole sezione della stessa Corte.

Peraltro, gli stessi Giudici remittenti, rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema, hanno valorizzato gli orientamenti interpretativi tesi ad ammettere che il decreto di sequestro probatorio, allorché sia indirizzato all'apprensione di beni costituenti il *corpus delicti*, possa essere caratterizzato da una motivazione di minor pregnanza o addirittura assente, in ragione della finalità probatoria *in re ipsa* del corpo di reato [1].

Nonostante l'apprezzamento manifestato verso siffatti orientamenti interpretativi, **i Giudici della terza sezione ritenevano comunque necessario rimettere la questione al vaglio del Supremo Consesso in virtù del novellato art. 618, comma 1 bis, c.p.p.** [2] La norma, recentemente modificata sulla falsariga del rito civile, prevede adesso come "obbligatorio" l'intervento delle Sezioni Unite in tutti i casi in cui una delle Sezioni semplici intenda discostarsi dalle prime.

3. Così ricostruita la vicenda, al fine di comprendere l'*humus* concettuale in cui si inserisce la pronuncia in commento, s'impone un rapido *excursus* sulle principali tappe del **travagliato iter giurisprudenziale** che ha nel tempo contrapposto i Giudici della più autorevole Sezione della Corte di cassazione.

Il dibattito sorto in seno alle Sezioni Unite, come si vedrà, appare caratterizzato da forti **contrastanti interpretativi** in merito alla latitudine dell'onere motivazionale del sequestro probatorio volto all'apprensione del *corpus delicti*. Una questione che, negli anni, ha intaccato la tendenziale certezza del diritto, specie in considerazione del fatto che i perduranti dubbi ermeneutici, sorti intorno all'art. 253 c.p.p., sono stati alimentati da continue oscillazioni giurisprudenziali in seno alle singole Sezioni semplici della Corte di cassazione. La tematica, oltre ad essere stata nel "mirino" del dibattito giurisprudenziale, ha assunto altresì centralità nella riflessione dottrinale, ove si registrano soluzioni ermeneutiche contrastanti intorno ad «*un dubbio interpretativo di non poco conto*» [3].

Ciò che risulta, all'alba della più recente pronuncia delle Sezioni Unite, è un quadro quanto mai frastagliato e incerto.

Pare opportuno, dunque, mettere ordine.

4. Un primo intervento sul tema risale al 1991, quando le **Sezioni Unite cd. "Raccah"** [4] si dissociarono dall'orientamento interpretativo che affermava la superfluità della motivazione allorché il sequestro probatorio fosse indirizzato all'apprensione del *corpus delicti*. In quest'occasione, i Giudici della Cassazione si soffermarono anche sui **profili sintattico-grammaticali** concernenti l'interpretazione dell'art. 253 c.p.p. [5], smentendo quelle letture intese ad attribuire valore dirimente all'utilizzo dell'aggettivo "**necessarie**", di genere femminile, e quindi asseritamente riferito alle "cose pertinenti al reato", e non anche al "corpo di reato" (per il quale, evidentemente, non sarebbe stata necessaria una motivazione in ordine alla finalità perseguita nelle indagini) [6]. Come stretta conseguenza, veniva sostenuta **la necessità di parametrare la legittimità del provvedimento all'indicazione della finalità perseguita per le indagini anche laddove il sequestro probatorio abbia ad oggetto il corpo di reato.**

Sotto diversa prospettiva, le Sezioni Unite smentirono l'assunto secondo cui il *corpus delicti* è sempre necessario per l'accertamento dei fatti. Invero, tale affermazione, oltre ad essere contraddetta dal dato naturalistico [7], mal si concilia con il tenore dell'**art. 262, comma 1, c.p.p., che impone la restituzione delle cose quando viene meno la necessità del sequestro ai fini di prova.**

5. L'orientamento ermeneutico in parola non fu, tuttavia, molto longevo.

È nel 1994, infatti, che si registra una radicale inversione di tendenza attraverso la **sentenza a Sezioni Unite cd. "Carella"** [8].

Con questa pronuncia, **le Sezioni Unite affermarono che la finalità probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa***, sconfessando così platealmente quanto affermato dalla precedente sentenza. Come conseguenza giuridica di tale assunto, veniva sostenuta la **non necessità, per le cose costituenti corpo del reato, di una specifica motivazione del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, essendo al tal fine necessario richiamarsi alla qualificazione della cosa come *corpus delicti*.**

A tal proposito, le Sezioni Unite, accogliendo le soluzioni interpretative offerte da una parte minoritaria della dottrina [9], ritennero di doversi soffermare sulla nozione di **corpo di reato**, rilevando come il concetto rimandi ad un **rapporto di immediatezza tra la *res* e l'illecito per cui si procede**, tale da rendere **superflua la motivazione** del provvedimento in ordine alle finalità probatorie in concreto perseguite.

In questa prospettiva, veniva altresì sottolineato – in antitesi rispetto a quanto affermato dalla sentenza a Sezioni Unite cd. "Raccah" – come la presenza nell'art. 253 c.p.p. dell'aggettivo "necessarie" fosse indice della volontà del legislatore di prescrivere l'indicazione della finalità probatoria solo per le cose pertinenti al reato e non anche per il corpo di reato [10].

6. L'orientamento ermeneutico meno garantistico, inaugurato dalle Sezioni Unite cd. "Carella", benché più longevo rispetto al precedente, non riuscì tuttavia a mettere la parola "fine" alla nota *querelle* interpretativa. Infatti, le puntuali sentenze di segno opposto, maturate in seno alle Sezioni semplici della Cassazione, hanno contribuito ad inficiare la solidità dell'orientamento in parola, aprendo così la strada ad un successivo, ed inevitabile, intervento delle Sezioni Unite.

È nel 2004, infatti, che si registra un'ulteriore "virata" interpretativa: con la **sentenza a Sezioni Unite cd. "Bevilaqua"** [11], sulla scia delle posizioni condivise dalla dottrina maggioritaria [12], vennero rivangate sostanzialmente le affermazioni contenute nella sentenza "Raccah" del 1991.

Anche in questa occasione, si ritenne che, **per le cose costituenti corpo di reato, il decreto di sequestro debba essere sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti.**

Sebbene i profili motivazionali posti a fondamento della pronuncia risultino, in parte, coincidenti con quelli con quelli fatti propri dalle Sezioni Unite "Raccah", giova evidenziare come le Sezioni Unite abbiano, in questa occasione, posto l'accento sull'**assenza nel codice di rito della figura autonoma del "sequestro del corpo di reato", quale *quartum genus* suscettibile di essere ricondotto sotto regole diverse rispetto a quelle che disciplinano il sequestro delle cose pertinenti al reato.**

7. Anche al seguito di tale ultimo intervento delle Sezioni Unite l'**incertezza interpretativa, intorno alla latitudine dell'onere motivazionale del sequestro probatorio del corpo di reato, non è venuta meno.**

Invero, accanto a sentenze attraverso cui la Cassazione ha recepito il *dictum* delle Sezioni Unite cd. "Bevilaqua" [13], si registrano orientamenti di segno opposto, attraverso i quali la Cassazione, sia pur con diversi accenti, ha continuato a legittimare un minor rigore dell'onere motivazionale del sequestro volto all'apprensione del *corpus delicti*.

Alcune pronunce, espressione di un orientamento ermeneutico più radicale, hanno recepito il *dictum* formulato dalle sezioni Unite cd. Carella, affermando la legittimità del decreto di



9/2018

sequestro probatorio del corpo di reato privo dell'indicazione delle finalità perseguite per le indagini, attesa la circostanza per cui l'esigenza probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa* [14].

Nella medesima prospettiva, ma con toni più moderati, altre sentenze hanno affermato il principio secondo cui *«la motivazione del provvedimento impositivo del vincolo reale deve essere modulata in relazione al caso concreto e dovrà, in particolare, essere rafforzata ogni qual volta il nesso tra il bene e il reato per cui si procede sia indiretto, mentre potrà farsi ricorso ad una formula sintetica nei casi in cui la funzione probatoria del sequestro sia di immediata evidenza»* [15].

8. In questo quadro, dunque, si inserisce il recente intervento delle Sezioni Unite. Ed è questo, al contempo, il contesto di incertezza interpretativa che permette ora di cogliere appieno il valore della pronuncia in commento che, nel ribadire le posizioni più garantistiche, sembrerebbe – almeno fino ad ora – aver contribuito a far luce sulla corretta interpretazione dell'art. 253 c.p.p. Pare utile, a questo punto, ripercorrere i principali **passaggi motivazionali** tracciati dalle Sezioni Unite a sostegno del principio di diritto secondo cui la motivazione del decreto di sequestro probatorio, anche ove abbia ad oggetto il corpo di reato, deve contenere l'indicazione circa la finalità in concreto perseguita per l'accertamento dei fatti.

Innanzitutto, le Sezioni Unite, riprendendo le argomentazioni contenute nella sentenza cd. Bevilaqua, **hanno nuovamente evidenziato la mancanza nel nostro ordinamento di una regolamentazione autonoma del sequestro probatorio del corpo di reato**, non essendo quindi consentite *«differenziazioni di sorta»* rispetto al sequestro delle cose pertinenti al reato. Del resto, è lo stesso tenore letterale dell'art. 253 c.p.p. a confermare tale assunto, posto che **la necessità della motivazione viene esplicitata «in termini assoluti nell'incipit della disposizione e, dunque, indipendentemente dalla natura delle cose da apprendere ai fini di prova»**.

Peraltro, anche quelle sentenze che hanno "ritagliato" un onere motivazionale diversificato per il sequestro probatorio del *corpus delicti* [16], calibrato sulla valorizzazione di aspetti diversi, quali la relazione di immediatezza tra bene e reato per cui si procede, hanno in sostanza ammesso la necessità di motivare il decreto. Sul piano logico, infatti, viene precisato come **l'esigenza, fatta propria da siffatto orientamento, che il decreto dia conto del reato per cui si procede (tramite indicazione degli estremi di tempo, luogo e fatto) «è evidentemente elemento-presupposto richiesto proprio in funzione della valutazione del collegamento tra bene e accertamento del fatto stesso»**.

In linea con tali asserti, la sentenza in commento riprende alcuni passaggi argomentativi già esplorati in precedenza dalle Sezioni Unite.

Ci si riferisce, in particolare, alla **valorizzazione dell'art. 262, comma 1, c.p.p., secondo cui i beni sequestrati devono essere restituiti agli aventi diritto al venir meno delle esigenze probatorie** [17].

La norma, caratterizzata da una valenza generale, non si concilia con l'assunto secondo cui il corpo di reato avrebbe una valenza probatoria *in re ipsa*: se così fosse, infatti, *«nessuna possibile restituzione potrebbe prospettarsi»*.

Anche alla luce di tali considerazioni, sostengono i Giudici, **il sequestro probatorio del corpo di reato non può che avere una natura "facoltativa"**, posto che *«sarebbe illogico garantire lo scrutinio sull'opportunità di mantenere il sequestro già disposto e non consentire una analoga facoltà all'atto stesso della decisione di applicare la misura»* [18].

Nella medesima prospettiva, le Sezioni Unite, utilizzando lo strumento argomentativo della **interpretazione sistematica**, hanno valorizzato altresì il dato normativo ricavabile dall'**art. 354, comma 2, c.p.p.** La norma, afferente agli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, attribuisce alla polizia giudiziaria il potere, **«se del caso»**, di procedere al sequestro del *corpus delicti* e alle cose ad esso pertinenti.



9/2018

Ebbene, secondo la Cassazione, l'utilizzo della locuzione «se del caso» non avrebbe alcun senso se si sostenesse un automatismo tra sequestro e corpo di reato, quale conseguenza della intrinseca valenza probatoria di quest'ultimo.

Del resto, sostengono i Giudici, se così non fosse si rischierebbe anche di svilire il significato di quelle norme (come, ad esempio, l'art. 103, comma 2, c.p.p. in tema di sequestro presso i difensori [19]) che impongono sempre l'apprensione del *corpus delicti*. Esse, infatti, non avrebbero alcun senso se si sostenesse che l'art. 253 c.p.p. configuri un'ipotesi "obbligatoria" di sequestro del corpo di reato.

9. Fatta chiarezza sulla portata dell'onere motivazionale del decreto di sequestro probatorio del corpo di reato, la Corte di cassazione, sulla scia delle pronunce precedenti, si è soffermata a precisare come la soluzione ermeneutica in parola sia l'unica compatibile con i principi costituzionali e convenzionali.

Tra questi, in particolare, assume speciale rilievo il **diritto alla "protezione della proprietà", sacralizzato dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo**.

E infatti, la motivazione del decreto di sequestro probatorio assurge a strumento di garanzia per vagliare la legittimità del provvedimento sotto il profilo dell'equo sacrificio degli interessi tutelati [20]. Nello specifico, il **requisito motivazionale** della strumentalità probatoria del bene rispetto all'accertamento del reato diventa «*indispensabile affinché il decreto di sequestro, per sua vocazione inteso a comprimere il diritto della persona a disporre liberamente dei propri beni, si mantenga appunto nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati*».

Se così non fosse, verrebbero irrimediabilmente frustrate le prerogative della Difesa, privata in radice della possibilità di opporsi all'apprensione coattiva del bene. Senza parlare del *vulnus* che si configurerebbe nell'ipotesi in cui i beni, costituenti corpo di reato, siano di proprietà della vittima o addirittura di soggetti estranei alla vicenda criminosa.

Sempre sul piano dei principi, osservano i Giudici, il rigore dell'onere motivazionale risulta altresì espressione del requisito della "**proporzionalità**" della misura che, in quanto corollario del principio costituzionale di "**ragionevolezza**", dischiude nel suo perimetro assiologico l'ulteriore requisito della "**residualità**" della stessa.

A tal proposito, le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno richiamarsi, per analogia, a quella giurisprudenza della Corte di cassazione che ha considerato applicabili anche alle "misure cautelari reali" i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 c.p.p. con specifico riferimento alle misure cautelari personali [21].

Sempre per le stesse ragioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto pertinente il richiamo alla giurisprudenza della Corte Edu che pone l'accento sull'esigenza di ponderare il ricorso ai provvedimenti cautelari reali sull'esigenza che essi non comportino un eccessivo sacrificio verso il diritto di proprietà avanzato dall'individuo sui beni sottoposti a vincolo restrittivo [22].

Viene ritenuto, infatti, che non vi siano ragioni valide per escludere che analoghe affermazioni, seppur enunciate con riferimento alle "misure cautelari reali", possano valere – per evidente identità di *ratio* – anche per il sequestro probatorio che, invece, è un "mezzo di ricerca della prova".

10. Sono queste, in definitiva, le principali argomentazioni attraverso cui le Sezioni Unite hanno ribadito la corretta portata ermeneutica dell'art. 253 c.p.p.

Una norma che, come dimostrato in precedenza, ha sempre sofferto la conflittuale forza attrattiva delle due istanze rappresentanti il "cuore pulsante" della dialettica processual-penalistica. Quelle che, nell'ottica inquisitoria, spingono verso il rafforzamento delle prerogative dell'Accusa, e



9/2018

quelle inclini a garantire che anche gli strumenti nella disponibilità del Pubblico Ministero (come, appunto, il sequestro probatorio) siano utilizzati in conformità ai canoni del “giusto processo”. Ed è appunto in quest’ultimo filone che la sentenza in commento si colloca, nella misura in cui viene escluso che automatismi probatori insiti nel *corpus delicti* possano riflettersi sulla motivazione del decreto di sequestro.

Per questo, in definitiva, si ritengono pienamente condivisibili i *dicta* affermati dalla pronuncia in commento; essa, infatti, in ragione delle limpide posizioni garantistiche, lascia ben pochi spazi ai rilievi critici.

Sicché, resta solo da auspicarsi che la giurisprudenza, nei futuri contesti applicativi, si orienti sui principi di diritto da ultimo affermati – *rectius* “ribaditi” – dalle Sezioni Unite, onde evitare che successive pronunce dell’organo nomofilattico possano riportare nuovamente il sequestro probatorio del *corpus delicti* nel limbo dell’incertezza interpretativa

[1] L’ordinanza di rimessione, in prima battuta, valorizza un orientamento interpretativo incline ad ammettere che il decreto di sequestro probatorio, sotto il profilo motivazionale, possa basarsi sull’utilizzo di formulazioni sintetiche nel caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono. Ancora, più radicalmente, i giudici della terza sezione mostrano successivamente di aderire all’orientamento interpretativo secondo cui la motivazione del sequestro probatorio del corpo di reato può essere limitata alla qualificazione del bene come *corpus delicti*, posto che in relazione a quest’ultimo la finalità probatoria è *in re ipsa*.

Per una maggiore comprensione dell’orientamento interpretativo sostenuto dai giudici remittenti (con i relativi riferimenti giurisprudenziali) si rimanda al contenuto dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. III, ord. 1 dicembre 2017 (dep. 25 gennaio 2018) n. 03677, Pres. Cavallo, Rel. Scarcella) pubblicata in questa *Rivista*.

[2] Il comma 1 bis dell’art. 618 c.p.p. è stato aggiunto dall’art. 1, comma 66, della L. 23 giugno 2017, n. 103, a decorrere dal 3 agosto 2017.

[3] Bricchetti, *Tra pretese lacune legislative e problemi di sintassi le Sezioni unite optano per la violazione di legge*, in *Guida Dir.*, 2004, 9, 61.

[4] Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 1991, n. 10, Raccah, in *Cass. Pen.*, 1991, 925.

[5] Per una dettagliata analisi dei principali nodi interpretativi concernenti i profili sintattico-grammaticali dell’art. 253 c.p.p., si rimanda a Fiorelli, *Automatismi legati al corpus delicti: un nodo “immotivatamente” insoluto*, in *Cass. Pen.*, 2014, 1737. Secondo l’Autrice, i problemi interpretativi della norma in parola – e la relativa «ambiguità» – derivano «dall’imprecisione del linguaggio legislativo adottato dall’articolo».

[6] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., Raccah, cit., secondo cui «per ragioni di immediata contiguità sintattica è possibile la concordanza dell’aggettivo con l’ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se preceduto da nomi maschili».

[7] In dottrina è stato sottolineato come la mera potenzialità probatoria insita nel corpo di reato non possa tradursi automaticamente in un giudizio di necessario apprendimento del bene in funzione di accertamento dei fatti. In tal senso, v. Massari, *La necessità ai fini dell’accertamento come presupposto del sequestro del corpo del reato*, in *Cass. Pen.*, 2004, 1921.

[8] Cass. pen., Sez. Un., 11 febbraio 1994, n. 2, Carella, in *Giur. It.*, 1994, II, 793 ss., con nota di Muncibì, *Sequestro probatorio del corpo del reato ed obbligo di motivazione*.

[9] Tafi, *In tema di oggetto del sequestro probatorio*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, 179. Sul punto, v. anche Selvaggi, *L’oggetto nel sequestro probatorio e nel sequestro preventivo*, in *Cass. Pen.*, 1991, 937.

[10] La valorizzazione del dato letterale, nella prospettiva di sostenere la sussistenza di un automatismo tra la qualifica di *corpus delicti* e la necessaria apprensione del bene ai fini investigativi, è stata criticata da una parte della dottrina. In tal senso, Fiorelli, *Automatismi legati al corpus delicti: un nodo "immotivatamente" insoluto*, cit., 1737, secondo cui «il mero dato letterale, a fronte della complessa tematica sottesa, non sembra, infatti, offrire argomento decisivo a delineare la portata del provvedimento. Appare, invero, assolutamente riduttivo che una tematica così delicata, quale la garanzia del controllo motivazionale, possa dipendere dall'ambigua declinazione di un aggettivo».

[11] Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2004, n. 5876, Bevilacqua, in *Guida Dir.*, 2004, 9, 54 ss.

[12] Cavallaro, *Ancora sulla motivazione del sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cass. Pen.*, 2003, 585; Filippi, *Sull'obbligo di motivare il sequestro del corpo di reato*, in *Cass. Pen.*, 1999, 1225; Coppi, *Sulla necessità di motivare il sequestro del corpo del reato*, in *Giur. it.*, 1992, II, 446.

[13] Fra le pronunce che hanno ribadito l'assunto di un onere motivazionale indifferenziato del decreto, a prescindere dalla tipologia di oggetto sottoposto ad apprensione, si veda in particolare Cass. pen, II sez., 13 luglio 2012, n. 32941, Rv. 253658, così massimata «il sequestro probatorio, anche quando abbia ad oggetto il corpo del reato, necessita di specifica motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza delle esigenze probatorie, non potendosi ritenere che queste siano "in re ipsa"». Nella medesima prospettiva, v. Cass. pen., II sez., 9 marzo 2009, n. 10475, in *Giur. It.*, 2010, 428 ss., con nota di Gabrielli, *Sequestro probatorio del corpo di reato*.

[14] In tal senso, con particolare riferimento al sequestro di sostanza stupefacente, v. Cass. pen., IV sez., 15 gennaio 2010, n. 8662, Rv. 246850, secondo cui «in tema di sequestro probatorio, non è richiesta la dimostrazione in relazione alle cose che costituiscono il corpo di reato, della necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del "corpus delicti" è in "re ipsa"».

[15] In questi termini, Cass. pen., II sez., 11 febbraio 2015, n. 11325, Rv. 263130 (fattispecie in materia di ricettazione, nella quale la Corte ha ritenuto adeguatamente motivato il sequestro probatorio di tre sacchetti di coppella di argento e un lingotto di metallo giallo giustificato dalla necessità di verificare se fossero di provenienza furtiva). Nella medesima prospettiva, la necessità di "modulare" la motivazione sulla base della tipologia di bene sottoposto a sequestro era stata precedentemente affermata da Cass. pen., IV sez., 24 ottobre 2007, n. 39371, in *Giur. It.*, 2008, 1244 ss., con nota di Anderlini, *Sequestro probatorio e motivazione*.

[16] Da ultimo, Cass. pen., II sez., 20 luglio 2016, n. 46357, Rv. 268510, così massimata: «Il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la res sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è in re ipsa».

[17] La tesi secondo cui l'art. 262, comma 1, c.p.p. sarebbe un ostacolo nei confronti delle posizioni interpretative improntate ad escludere che il sequestro probatorio del corpo di reato debba indicare anche la finalità perseguita per le indagini era stata sostenuta anche dalla dottrina. Sul punto, in particolare, v. Bellantoni, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, 122; Macchia, *I mille significati del "corpo di reato" ai fini del sequestro probatorio. Definizioni conformi, ma esiti decisionali contrastanti*, in *Dir. & giust.*, 2003, 39, 25.

[18] Questa soluzione ermeneutica, ribadita dalla sentenza in commento, è condivisa anche da una parte della dottrina. Sul punto, in particolare, v. Fiorelli, *Automatismi legati al corpus delicti: un nodo "immotivatamente" insoluto*, cit., 1737; Selvaggi, *L'oggetto nel sequestro probatorio e nel sequestro preventivo*, cit., 937.

[19] Il riferimento, tuttavia, può essere esteso anche alle seguenti norme: art. 235, c.p.p., in tema di sequestro di documenti; art. 240, c.p.p. in tema di acquisizione di documenti contenenti dichiarazioni anonime.



9/2018

[20] Sull'importanza della motivazione, quale strumento di garanzia per vagliare la legittimità del decreto di sequestro probatorio, v. Campilongo, *Brevi considerazioni sul decreto del p.m. che dispone o convalida il sequestro probatorio: l'omessa descrizione del fatto-reato*, in *Cass. Pen*, 2006, 2085 ss.

[21] Da ultimo, *Cass. pen.*, III sez., 07 maggio 2014, n. 21271, Rv. 261509.

[22] Da ultimo, *Corte Edu*, 13 dicembre 2016, S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Romania.

\* \* \* \* \*

**Il credito garantito da ipoteca su beni oggetto di una misura di prevenzione può essere ceduto anche dopo la trascrizione del sequestro o della confisca (purché non sia un mezzo per eludere la misura e vi sia buona fede)**

[Cass., Sez. un., sent. 31 maggio 2018 \(dep. 3 luglio 2018\), n. 29847.](#)  
[Pres. Carcano, Est. Zaza, ric. Island Refinancing s.r.l.](#)

di Luigi Scollo

1. Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 29847 del 2018, hanno stabilito che **le ragioni creditorie e la buona fede del terzo cessionario** non sono pregiudicate per il solo fatto che la cessione del credito sia avvenuta **dopo** la trascrizione del decreto di sequestro o confisca di prevenzione.

La Corte, risolvendo un precedente contrasto giurisprudenziale sulla corretta interpretazione dell'art. 52 del d.lgs. 159/2011 (Testo Unico Antimafia), ha osservato che il predetto articolo assicura al terzo cessionario gli stessi diritti del creditore cedente, compresa dunque la possibilità di **far valere il credito** contratto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di prevenzione, e di **dimostrare la buona fede** all'epoca in cui il credito è sorto, oltre che al momento della cessione.

Del resto, ha osservato la Corte, l'interesse dello Stato all'apprensione dei beni di origine illecita è «*subvalente*» rispetto alle ragioni creditorie sorrette da buona fede, anche nel caso in cui la cessione del credito avvenga "in blocco", come nel caso in esame, e sia successiva alla trascrizione del provvedimento di prevenzione.

2. Il tema oggetto della sentenza che qui segnaliamo è la **cessione** dei crediti garantiti da ipoteca sui beni oggetto di una misura di prevenzione, ed il rapporto con la **trascrizione del provvedimento ablativo**.

Nel caso in esame, infatti, **i ricorrenti avevano acquisito un credito (preesistente alla procedura di prevenzione) garantito da ipoteca sui beni oggetto di sequestro, dopo che il provvedimento di sequestro di quegli stessi beni era stato trascritto**.

Il Tribunale, per ciò, aveva rigettato l'istanza dei ricorrenti di ammissione del credito, garantito da ipoteca sui beni oggetto della confisca, ritenendo che la **trascrizione** del provvedimento ablativo, eseguita prima della **cessione** in capo a loro del credito, precludesse di per sé la possibilità di essere considerati in buona fede.

Avverso tale pronuncia, i creditori cessionari, esclusi dal Tribunale, avevano interposto ricorso per cassazione. La V Sez. Penale della Suprema Corte, con ordinanza del 9 gennaio 2018



9/2018

([pubblicata in questa Rivista con nota di L. Filieri](#)), rilevando l'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali contrastanti sull'interpretazione dell'art. 52 del T.U. Antimafia – l'uno, seguito dal giudice di primo grado, per il quale il terzo cessionario di un credito garantito da ipoteca su beni sottoposti a sequestro e a confisca di prevenzione gode della medesima tutela attribuita al creditore originario a condizione che risulti, anche nei suoi confronti, l'esistenza del dato temporale, individuabile «**nell'antiorità della cessione rispetto al sequestro**», quale presupposto necessario per la verifica della buona fede del cessionario; e l'altro per cui, invece, «**il riconoscimento di una situazione di affidamento incolpevole del cessionario non è precluso dal fatto che la cessione del credito sia avvenuta successivamente al sequestro**» –, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

3. Com'è noto, l'art. 52 del T.U. Antimafia dispone **che la confisca «non pregiudica»**: (a) i **diritti di credito dei terzi** risultano da atti aventi data certa **anteriore al sequestro**; (b) i **diritti reali di garanzia** costituiti in epoca **anteriore al sequestro**.

Ciò, a condizione che il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale, e che il credito non sia **strumentale** all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la «**buona fede**» e l'incolpevole affidamento.

Dunque, l'art. 52 cit. tutela il terzo, titolare di un diritto di credito nei confronti del proposto, nonché l'eventuale diritto reale di garanzia sui suoi beni, assicurandogli di potersi soddisfare, in mancanza di altri beni, su quelli oggetto della prevenzione, a condizione che la costituzione del credito o del diritto reale di garanzia siano precedenti alla trascrizione del provvedimento ablatorio, e sempre che ricorra la buona fede.

Un titolo di credito può essere **ceduto** a terzi. *Nulla quaestio* (o quasi) se ciò accade prima che il procedimento di prevenzione abbia inizio. Controverso era invece **cosa accadeva al credito garantito da ipoteca se veniva ceduto dopo che il provvedimento di sequestro o di confisca era stato trascritto**.

Sul punto, infatti, si erano formati **due contrapposti orientamenti**.

Il **primo**, seguito nel decreto del Tribunale di Palermo, avverso il quale i ricorrenti avevano interposto ricorso per cassazione, attribuiva **valenza preclusiva alla trascrizione del sequestro**, rispetto alla domanda di ammissione del credito ceduto dopo la trascrizione, osservando peraltro che quest'ultima – la trascrizione – impediva di riconoscere la buona fede in capo al terzo cessionario, poiché usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto conoscere del vincolo sul bene.

Il **secondo**, invece, riteneva di **tutelare l'affidamento incolpevole del cessionario**, sia nel caso di cessione di crediti in blocco, sia – per alcune pronunce – per la cessione di credito in genere.

4. Le **Sezioni Unite** con la pronuncia in esame **hanno avallato il secondo orientamento giurisprudenziale**, intervenendo così a favore della tutela del credito ipotecario ceduto dopo la trascrizione, ove ricorra la buona fede.

La Suprema Corte ha sottolineato che l'**antiorità del credito** e la **buona fede** sono requisiti imprescindibili per l'ammissione del creditore al soddisfacimento sui beni oggetto della misura di prevenzione ai sensi del sopra citato art. 52, ed hanno (il primo) la finalità di «*evitare che gli effetti della misura di prevenzione patrimoniale vengano elusi attraverso la simulazione di crediti incidenti sul valore del bene confiscato*», e (il secondo) di assicurare «*manca di strumentalità del credito all'attività illecita*», o quantomeno di «*escludere dalla tutela i crediti scaturiti da prestazioni connesse a quella attività*», come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale, richiamata nella sentenza in commento, con la sentenza n. 94 del 2015.



9/2018

La Corte ha poi precisato che occorre tenere distinte le due questioni: la prima attiene al **rapporto temporale** tra la cessione del credito e la trascrizione della misura di prevenzione; la seconda, invece, attiene al requisito della **buona fede** che il terzo cessionario deve comunque dimostrare, anche nel caso di cessione in blocco.

5. In merito alla prima, la Corte ha osservato che la disciplina del T.U. Antimafia tutela il credito, e non la posizione creditoria, e difatti *«la condizione dell' anteriorità rispetto al sequestro del bene oggetto di confisca, ai fini dell' ammissione al riparto del credito assistito da garanzia sul bene confiscato, è prevista per la costituzione del credito e non anche per l' eventuale cessione dello stesso»*.

Attenendosi al dato letterale, infatti, *«non vi è dubbio che l' ipotesi della cessione del credito non sia assolutamente considerata nella disciplina dettata dal d.lgs. n. 159 del 2011, art. 52»*. Per cui, *«l' attribuzione della condizione dell' anteriorità anche alla successiva evenienza della cessione del credito presupporrebbe un' interpretazione estensiva, o addirittura analogica (...) tale da richiedere ulteriori elementi indicativi dell' assimilabilità della cessione del credito alla costituzione dello stesso»*.

Ma gli elementi disponibili sono di segno contrario: *«La stessa natura della fattispecie giuridica della cessione del credito»* rende quest' ultima *«non assimilabile ad un fenomeno costitutivo del credito stesso e dei diritti reali di garanzia ad esso associati»*. La cessione, infatti *«non integra alcuna novazione del rapporto obbligatorio ceduto»*.

La Corte, in particolare, osserva che *«la novazione è invero descritta dall' art. 1230 cod. civ. quale estinzione dell' obbligazione originaria a seguito della sostituzione della stessa, ad opera delle parti, con una nuova obbligazione avente oggetto o titolo diverso, accompagnata dall' inequivoca manifestazione della volontà di estinguere l' obbligazione precedente. Tanto non si verifica nell' ipotesi della cessione del credito, nella quale, come disposto dall' art. 1263 c.c., comma 1, "il credito ceduto è trasferito al cessionario con i privilegi, le garanzie personali e reali e gli altri accessori" »*.

In sostanza, la cessione del credito ha *«efficacia meramente derivativa»* e *«non novativa o sostitutiva dell' obbligazione»*. Ciò implica che *«il cessionario, subentrando nella stessa posizione giuridica del cedente, assume la titolarità del credito anche nella possibilità di far valere le condizioni, a quel credito afferenti, per l' ammissione dello stesso al riparto in caso di confisca del bene oggetto del diritto di garanzia associato al credito; e fra esse, pertanto, l' anteriorità della costituzione originaria del credito rispetto al sequestro del bene, che ove sussistente permane in capo al cessionario anche laddove lo stesso abbia acquisito il credito successivamente al sequestro»*.

Lo stesso può dirsi per i diritti reali di garanzia, tutelati dalla disposizione normativa in quanto *«costituiti in epoca anteriore al sequestro»*.

6. Questione diversa è, come sopra osservato, *«l' incidenza della posteriorità della cessione rispetto al sequestro sulla buona fede del creditore»*.

La Corte ha osservato come *«il creditore cessionario può comunque avvalersi, per quanto detto in precedenza, della condizione di buona fede sussistente in questi termini in capo al creditore originario al quale è subentrato nella stessa posizione; ed è pertanto irrilevante nei suoi confronti la possibilità che egli sia o possa essere a conoscenza, al momento dell' acquisto del credito, di un vincolo che non gli impedisce il soddisfacimento del credito per effetto di quella condizione»*.

La buona fede del creditore *«ha ad oggetto (...) l' assenza di strumentalità del credito rispetto all' attività illecita del proposto o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego; e in quanto tale può ben ricorrere (...) anche laddove il bene sia successivamente sottoposto a sequestro»*. Il creditore cessionario, quindi, è chiamato a provare, ai fini dell' ammissione del credito, non tanto la mancata conoscenza del provvedimento di sequestro o di confisca, quanto *«la sussistenza originaria del requisito della buona fede»* e la *«buona fede propria sotto il profilo, segnalato dalla giurisprudenza di legittimità, della mancanza di accordi fraudolenti con il proposto»*.



9/2018

Con la cessione, difatti, il terzo cessionario subentra nei diritti del creditore originario, il cui esercizio sarà possibile a condizione che dimostri la mancanza di strumentalità rispetto all'attività illecita (accordi con il proposto). L'anteriorità della trascrizione del provvedimento di prevenzione, dunque, non preclude la possibilità per il cessionario di soddisfarsi sui beni sequestrati, dimostrando la buona fede del creditore originario e la propria.

5. Nel **caso in esame**, la cessione del credito era avvenuta **dopo la trascrizione** del sequestro sui beni, ma ciò non impediva ai ricorrenti di dimostrare la mancanza di strumentalità della cessione rispetto alle finalità della procedura, nonché la **buona fede**.

Come rilevato nella decisione, a supporto della propria buona fede, i ricorrenti avevano rappresentato che il credito era sorto originariamente con una società di capitali e che, dunque, l'originario creditore non aveva mai avuto rapporti con il proposto (mancanza di accordi elusivi con il proposto). Inoltre, era trascorso un considerevole lasso di tempo tra la costituzione del credito con l'iscrizione delle ipoteche e il provvedimento di prevenzione, tale per cui non era possibile rinvenire nel credito alcuna finalità elusiva della misura (mancanza di strumentalità del credito rispetto alle attività illecite).

Il Tribunale di Palermo, tuttavia, aveva ritenuto l'anteriorità della trascrizione preclusiva della domanda di ammissione al credito, giudicando comunque indimostrata la buona fede dal mero richiamo alle modalità di cessione "in blocco" del credito.

La Suprema Corte ha però osservato come le allegazioni difensive fornivano ben più ampia argomentazione a supporto della buona fede del terzo cessionario, e conseguentemente ha annullato il provvedimento per vizio di motivazione, disponendo il rinvio al Tribunale di Palermo per un nuovo esame che tenga conto del principio di diritto enunciato: *«Nel caso in cui la cessione di un credito ipotecario precedentemente insorto avvenga successivamente alla trascrizione del provvedimento di sequestro o di confisca di prevenzione del bene sottoposto a garanzia, tale circostanza non è in quanto tale preclusiva dell'ammissibilità della ragione creditoria, nè determina di per sè uno stato di mala fede in capo al terzo cessionario del credito, potendo quest'ultimo dimostrare la buona fede»*.





9/2018

## NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

### Incompetenza per materia per eccesso e giudice di pace. Alle Sezioni unite un'interessante questione sulla disciplina del vizio

[Cass., Sez. V, ord. 14 giugno 2018 \(dep. 24 luglio 2018\), n. 35292,](#)

[Pres. Vessichelli, Est. De Gregorio, ric. Balais;](#)

[Cass., Sez. V, ord. 14 giugno 2018 \(dep. 24 luglio 2018\), n. 35293,](#)

[Pres. Vessichelli, Est. De Gregorio, ric. Treskine](#)

di Giuseppe Centamore

1. Con le ordinanze che si annotano [1], la Quinta Sezione Penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito di diritto: se «*in caso di riqualificazione del fatto giudicato dal Tribunale, così ricondotto ad una fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, il Giudice debba dichiarare l'incompetenza, ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. 274/2000 e disporre la trasmissione degli atti al PM*».

Come evidenziato in motivazione [2], la questione devoluta si compone di due nuclei tematici strettamente legati fra loro.

In via preliminare, viene in rilievo la **natura giuridica degli artt. 48 del D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e 23 c.p.p.**

Come noto, il primo sancisce che «*in ogni stato e grado del processo, se il giudice ritiene che il reato appartiene alla competenza del giudice di pace, lo dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero*»; diversamente, il secondo prevede un termine a pena di decadenza stringente (art. 491 c.p.p.) per poter far valere il vizio di incompetenza per materia per eccesso.

La **prima tematica** con la quale le Sezioni Unite dovranno confrontarsi è dunque la seguente: se l'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000 sia norma speciale e derogatoria rispetto all'art. 23 comma 2 c.p.p.; oppure se, all'opposto, quest'ultimo sia norma generale ed inderogabile che, per l'effetto, comporta l'impossibilità di far valere l'incompetenza per eccesso del tribunale oltre le rigide scadenze ivi stabilite [3].

La **seconda** si incentra, invece, **sui casi nei quali il predetto vizio possa essere fatto valere**. In buona sostanza: se l'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000 sia applicabile esclusivamente nel caso in cui il reato per cui si procede fosse *ab origine* attribuito alla competenza del giudice di pace e, quindi, nella sola ipotesi di vizio "genetico" di incompetenza per eccesso (il pubblico ministero ha erroneamente adito un giudice incompetente sin da principio); oppure se, al contrario, l'incompetenza per eccesso debba essere dichiarata anche al sopraggiungere di evenienze processuali quali la riqualificazione giuridica del fatto (art. 521 c.p.p.) o l'assoluzione dell'imputato dal reato esercitante la *vis attractiva* verso il giudice superiore.

In attesa della decisione delle Sezioni Unite [4], le ordinanze meritano alcune riflessioni di fondo, utili per lo meno ad inquadrare correttamente i termini del problema.

2. Per linearità espositiva, iniziamo con l'analisi del **primo polo problematico**.

Sul punto esiste un contrasto giurisprudenziale, adeguatamente evidenziato dalla Corte.



9/2018

Si può partire da un punto fermo: secondo un consolidato indirizzo [5], la competenza del giudice superiore rispetto ai reati che sarebbero originariamente devoluti alla cognizione del giudice di pace è affermata dal legislatore con riferimento esclusivo al caso di connessione fra procedimenti determinata dal concorso formale (art. 6, D. Lgs. n. 274/2000). In altre parole: ci si riferisce al caso in cui l'imputato con una sola azione od omissione abbia commesso più reati, dei quali taluno è attribuito alla cognizione del tribunale (o della corte di assise) ed altri a quella del giudice di pace; qui, il giudice superiore è competente a conoscere di tutti i reati. Al di fuori di tale specifica ipotesi, la legge stabilisce l'incompetenza del giudice superiore: vuoi perché il reato sia riservato *ab origine* dal legislatore alla cognizione del giudice di pace ed il giudice superiore sia stato erroneamente adito; vuoi perché la riqualificazione giuridica del fatto (art. 521 c.p.p.) determini l'eccesso di competenza del giudicante; vuoi ancora perché in un procedimento, avente ad oggetto più reati, venga meno quello esercente la forza attrattiva (ad esempio, per intervenuta assoluzione).

Come noto, però, l'esistenza di un vizio procedurale e la possibilità concreta di farlo valere non viaggiano sempre congiuntamente. In altre parole: entro quale termine è possibile far valere l'incompetenza per eccesso del tribunale (o della corte di assise) rispetto ai reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace?

3. Secondo un **primo (maggioritario) indirizzo** [6], l'incompetenza va eccepita a pena di decadenza entro il termine stabilito dall'art. 491 comma 1 c.p.p., secondo quanto disposto dall'art. 23 comma 2 c.p.p. Alla stregua di tale impostazione, la funzione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000 – che effettivamente è di ben altro tenore letterale, come si è visto – **sarebbe unicamente quella di stabilire che l'incompetenza per eccesso è dichiarata con sentenza dal giudice, attraverso cui quest'ultimo ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero** [7]. L'art. 23 comma 2 c.p.p., pertanto, sarebbe norma generale ed inderogabile e la disciplina del regime di rilevanza del vizio in parola sarebbe unitaria.

Da tale ricostruzione, si trae logicamente la risposta alla seconda parte del quesito: **il mutamento del nomen iuris del fatto (art. 521 c.p.p.) non comporterebbe la dichiarazione di incompetenza del giudice superiore e la conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero**; lo confermerebbe il combinato disposto degli artt. 23 e 521 c.p.p., per cui l'incompetenza per materia è in linea di principio dichiarata anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, salva invece proprio l'ipotesi dell'incompetenza per eccesso (comprensiva, si afferma, anche dei casi di reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace).

Alla stessa soluzione si arriverebbe ove la riqualificazione giuridica avesse luogo nel grado di appello: giunti a tale stadio, la competenza del giudice superiore risulterebbe definitivamente consolidata, con la conseguenza che in tali casi il giudice di appello pronuncia nel merito.

Insomma, in base alla tratteggiata ricostruzione, l'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000 va interpretato nel senso per cui esso trova applicazione soltanto ove il reato contestato fosse già originariamente attribuito alla competenza del giudice di pace [8].

4. Secondo un **indirizzo di segno opposto** [9], invece, «la violazione della disciplina sulla competenza per materia del giudice di pace (art. 48, D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274) determina l'annullamento senza rinvio da parte della Corte di Cassazione della sentenza del giudice monocratico, con conseguente restituzione degli atti al Pubblico Ministero procedente». Così, l'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000 è **norma speciale e derogatoria rispetto all'art. 23 comma 2 c.p.p.**: d'altronde, aderire all'impostazione maggioritaria significherebbe svuotare di significato la parte (probabilmente) più pregnante del precetto contenuto nell'art. 48 del D. Lgs. n. 274/2000, così di fatto fornendone una (quasi totale) *interpretatio abrogans*.



9/2018

Da ciò, segue che la riqualificazione del fatto in termini di reato di competenza del giudice di pace comporta la dichiarazione di incompetenza del giudice superiore, mediante sentenza e con trasmissione degli atti al pubblico ministero.

5. Pur non inoltrandoci in avventati sguardi prospettici sulla possibile risposta delle Sezioni Unite, possiamo tuttavia svolgere alcune brevi considerazioni sulle potenziali ricadute dell'una o dell'altra opzione interpretativa.

Come si diceva, l'impostazione secondo cui l'art. 23 c.p.p. costituisce norma generale ed inderogabile fonda il filone giurisprudenziale maggioritario; alla base, **vi sono certamente esigenze quali la riconduzione ad unitarietà del sistema processuale con riguardo alla disciplina dell'incompetenza per eccesso**. Ma non solo, perché ad uno sguardo più attento, ci si rende conto che vi è sottesa anche quella dell'**economia processuale**. È chiaro, infatti, che l'adesione all'indirizzo minoritario si risolve nell'ammettere la possibilità di regressione di procedimenti giunti anche a fasi molto avanzate (si pensi al giudizio in cassazione): con la restituzione degli atti, il pubblico ministero sarebbe onerato del riesercizio dell'azione penale davanti al giudice di pace. Il maggior dispendio di risorse e di lavoro processuale è evidente.

Dall'altro lato, è doveroso osservare che l'impostazione di segno minoritario è più aderente alla lettera dell'art. 48 più volte richiamato: un'interpretazione tesa ad attribuire all'art. 23 comma 2 c.p.p. la portata di norma generale ed inderogabile si traduce nella **sostanziale obliterazione** della locuzione in cui (forse) si incentra la reale portata precettiva del primo: «*in ogni stato e grado del processo*».

Si tratta quindi, a ben guardare, di una questione spinosa, dove l'adozione di una soluzione in luogo dell'altra è gravida di conseguenze di non poco momento. Per fornire un altro esempio: ove la Corte di cassazione dovesse aderire all'orientamento minoritario, quali sarebbero le ricadute sui processi pendenti che versino in situazioni analoghe? Lo scenario di un numero non quantificabile di processi nei quali gli atti vengano restituiti al pubblico ministero, per il nuovo esercizio dell'azione innanzi al giudice di pace, è da prendere seriamente in considerazione, come saranno da prendere attentamente in considerazione gli equilibri e le esigenze suscettibili di essere coinvolti (o sacrificati) nella scelta dell'una o dell'altra opzione.

[1] Si fa riferimento alle ordinanze di rimessione nn. 1763/2018 e 1766/2018, emesse da Cass. Pen., Sez. V, 14 giugno 2018, est. De Gregorio. Come si può evincere dalla lettura delle motivazioni delle predette ordinanze, al netto delle specificità delle singole vicende processuali di ciascun procedimento, il quesito di diritto posto è il medesimo.

[2] Si vedano in particolare i §§ 2 e ss. delle ordinanze in commento.

[3] Le ordinanze annotate prendono in considerazione il problema dell'incompetenza per eccesso avendo unicamente a riguardo – così si desume dalla lettura delle motivazioni – il tribunale; nondimeno, la questione può del tutto analogamente porsi anche rispetto alla corte di assise, atteso che le disposizioni di legge richiamate formulano un generico riferimento al «giudice» superiore e, dunque, non al solo tribunale.

[4] L'udienza per la decisione è stata fissata per il 27 settembre 2018.

[5] A solo titolo esemplificativo, si richiamano: Cass. Pen., Sez. V, 26 febbraio 2009, n. 12734, Rv. 243336; Cass. Pen., Sez. I, 19 marzo 2008, n. 14679, Rv. 239406; Cass. Pen., Sez. I, 08 febbraio, 2008, n. 7803, Rv. 239240; Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 21357, Rv. 231963.

[6] Si vedano, fra le altre, le pronunce di: Cass. Pen., Sez. V, 27 marzo 2015, n. 25499, Rv. 265144; Cass. Pen., Sez. V, 22 gennaio 2014, n. 15727, Rv. 260560; Cass. Pen., Sez. III, 12 giugno 2008, n. 31484, Rv. 240752; Cass. Pen., Sez. V, 6 marzo 2007, n. 13827.



9/2018

[7] Con ciò, quindi, si effettua un implicito riferimento a: Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 76; Corte cost., 23 aprile 1993, n. 214. Con tali pronunce, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 23 comma 1 e 24 comma 1 c.p.p., nelle parti in cui rispettivamente dispongono che: «quando il giudice del dibattimento dichiara con sentenza la propria incompetenza per materia, ordina la trasmissione degli atti al giudice competente anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo»; «a seguito dell'annullamento della sentenza di primo grado per incompetenza per materia, gli atti siano trasmessi al giudice ritenuto competente, anziché al pubblico ministero presso quest'ultimo».

[8] Non è un profilo tematico affrontato esplicitamente dalla Sezione rimettente, ma tale impostazione, calibrata sul caso specifico della riqualificazione giuridica, dovrebbe a rigor di logica valere anche in altre ipotesi di incompetenza per eccesso "sopravvenuta": si pensi al caso in cui – come è avvenuto nel procedimento penale in seno al quale è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione n. 1766/2018 del 14 giugno 2018, qui annotata – l'imputato, al quale siano stati contestati due reati, venga assolto per quello esercitante la *vis attractiva* presso il giudice superiore; od, ancora, al caso di una riforma legislativa per cui un reato venga successivamente devoluto alla competenza del giudice di pace; od ancora – si può affermare senza timore di smentita – al caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante, la cui contestazione ha comportato la competenza del tribunale in luogo del giudice di pace.

[9] In quest'ultimo senso, si veda: Cass. Pen., Sez. III, 2 marzo 2010, n. 12636 del 02/03/2010, Rv. 246816.

\* \* \* \* \*

### **Procedibilità d'ufficio e "connessione": una nuova pronuncia della Corte di cassazione**

[Cass., Sez. III, sent. 6 marzo 2018 \(dep. 4 luglio 2018\), n. 30045, Pres. Sarno, Est. Rosi](#)

di Caty Bressanelli

1. Può dirsi ormai principio consolidato quello ribadito, in tema di **procedibilità "per connessione"**, dalla sentenza n. 30045/18 della Corte di Cassazione. L'occasione per ribadire l'orientamento assolutamente prevalente è fornita alla Corte dal ricorso proposto dalla Procura di Bari contro un'ordinanza del locale Tribunale del riesame il quale aveva annullato *in parte qua* un'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere. L'ordinanza cautelare applicava la misura sia in relazione al reato di cui all'art. 609-bis c.p. sia al reato di cui all'art. 612-bis c.p., entrambi in ipotesi commessi dal medesimo imputato in danno della medesima persona offesa. Il tribunale della libertà aveva ritenuto l'improcedibilità del reato di cui all'art. 609-bis c.p. in ragione della tardività della querela ed aveva confermato la misura per il solo reato di atti persecutori.

2. L'argomentare della suprema Corte, a fronte del ricorso del Pubblico Ministero, ruota inevitabilmente attorno alla corretta interpretazione della disposizione di cui all'art. 612-bis co. 4 c.p.

Com'è noto, il reato di cui all'art. 612-bis c.p., di per sé procedibile a querela, diviene procedibile d'ufficio, oltre che nell'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso nei confronti di minore o di una persona con disabilità, o da soggetto ammonito ai sensi dell'art. 8 d.l. n. 11 del 2009, anche



9/2018

«quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio». Diventa dunque essenziale stabilire che cosa significhi, nel contesto dell'art. 612-*bis* co. 4 c.p.p., «connessione»; problema peraltro del tutto analogo a quello che si era già più volte posto in giurisprudenza con riferimento alla disposizione “gemella” di cui all'art. 609-*septies* co. 4 n. 4 c.p. e, ancora prima, all'art. già *bis* co. 3 c.p.

Secondo la sentenza in commento, si ha connessione tale da determinare la procedibilità d'ufficio «sia quando vi è **connessione in senso processuale** (art. 12 c.p.p.), sia quando v'è **connessione in senso materiale**», cioè ogni qualvolta «l'indagine sul reato perseguibile di ufficio comporti necessariamente l'accertamento di quello punibile a querela, in quanto siano investigati fatti commessi l'uno in occasione dell'altro, oppure l'uno per occultare l'altro oppure ancora in uno degli altri collegamenti investigativi indicati nell'art. 371 c.p.p. e purché le indagini in ordine al reato perseguibile di ufficio siano state effettivamente avviate». Questa più estensiva ricostruzione è stata più volte ribadita dalla Suprema Corte, già con riferimento all'art. 609-*septies* co. 4 n. 4 c.p. Si era infatti sostenuto che la connessione ivi prevista «non è limitata alle ipotesi di connessione processuale di cui all'art. 12 c.p.p., ma va estesa altresì alla connessione meramente investigativa di cui all'art. 371 co. 2 c.p.p., ovvero alla presenza di reati commessi in occasione di altri reati, per eseguirne altri o allorché la prova di un reato o di una circostanza influisca sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza» (Cass., Rv. 232185). Così che, ad esempio, si è ritenuto procedibile d'ufficio il reato di violenza sessuale quando si accerti che l'esistenza di una **associazione di stampo mafioso** abbia agevolato la consumazione del reato sessuale, nel senso che le vittime hanno accettato di soggiacere alle violenze «esclusivamente per la forza intimidatoria del gruppo e per il timore di gravi conseguenze sui propri familiari»; ciò, si badi, anche se «il reato connesso non sia stato contestato all'autore della violenza oppure questi sia stato assolto ovvero non vi sia stata contestualità di indagini o procedimenti» (Cass., Rv. 218475). Unica condizione è che vi sia stato, ai fini della configurazione della connessione “investigativa”, l'avvio effettivo, da parte dell'Ufficio di Procura, delle indagini in ordine al reato perseguibile di ufficio. Nella medesima impostazione, è altresì irrilevante ai fini della perseguibilità d'ufficio dei delitti contro la libertà sessuale l'eventuale estinzione per **prescrizione** o la successiva **abrogazione del connesso reato** procedibile d'ufficio, purché quest'ultimo sia stato oggetto di indagini preliminari, essendo «venuta meno la soglia di riservatezza posta a base della perseguibilità a querela dei reati sessuali» (cfr. Cass., RV 251908). In particolare, la Cassazione ha rilevato connessione rilevante *ex art. 609 septies* c.p. nel caso di un imputato accusato di aver ripetutamente violentato una bracciante agricola, sfruttando la condizione di subalternità della stessa, dovuta, tra l'altro, alla violazione da parte del reo delle norme sul collocamento dei lavoratori agricoli; a nulla rilevando il fatto che, nelle more del processo, il reato di mediazione di manodopera agricola fosse stato abrogato.

Di particolare interesse, in questo quadro, il fatto che la Corte di cassazione abbia individuato la *ratio* della procedibilità a querela del reato di violenza sessuale nella «tutela della riservatezza», così che, nel caso in cui vi siano state indagini doverosamente iniziate in ragione della sussistenza di un connesso reato procedibile d'ufficio, tale esigenza verrebbe meno, ormai “pubblica” la notizia della violenza. Si tratta, a ben vedere, di motivazione arcaica; e tuttavia, pur in un mutato contesto sociale e normativo, l'ampiezza della interpretazione della «connessione» rilevante ai fini della procedibilità non è venuta meno.

3. In sostanza, l'impostazione assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità è che la connessione che rende procedibile d'ufficio un reato ordinariamente procedibile a querela, nei casi previsti dalla legge, è non solo quella processuale, di cui all'art. 12 c.p.p., ma anche quella «**materiale**», che si concretizza ogniqualvolta l'indagine sul reato procedibile d'ufficio comporti

necessariamente l'accertamento di quello punibile a querela, in presenza delle condizioni di **collegamento probatorio** di cui all'art. 371 c.p.p., purché le indagini sul reato procedibile d'ufficio siano state effettivamente avviate e sebbene all'esito del giudizio i relativi fatti siano stati diversamente qualificati.

Del tutto minoritario l'opposto orientamento, secondo il quale la procedibilità d'ufficio dei reati di violenza sessuale per connessione con altro reato a sua volta procedibile d'ufficio, presuppone l'esistenza di un collegamento «reale» secondo la previsione di cui all'art. 12 c.p.p., non bastando un collegamento meramente processuale, come quello che si ha quando in un medesimo contesto investigativo si abbia la scoperta di altro reato. Secondo tale impostazione, il riferimento ad ogni forma «atipica» di connessione si risolverebbe in una interpretazione *in malam partem*, esclusa in campo penale (cfr. Cass., Rv. 250894).

Tra gli argomenti portati a critica di questa impostazione minoritaria, vi è quello **letterale**. La Cassazione, infatti, ha avuto occasione di sottolineare, proprio con riferimento al co. 4 dell'art. 612-*bis* c.p., che la legge non richiama «alcuna norma sostanziale o processuale esplicativa del concetto di connessione» (cfr. Cass., Rv. 270901). Nella medesima occasione, la Corte aveva anche sottolineato come il comportamento persecutorio proprio del reato di stalking deve essere «valutato nella sua articolazione pluralistica, ma nel contempo complessiva, e che anche comportamenti che in sé potrebbero essere non punibili si presentano, in una considerazione complessiva, rilevanti ai fini di integrare il reato», così che il termine connesso di cui al co. 4 dell'art. 612-*bis* c.p. non può che assumere il significato di «necessaria interferenza fattuale ed investigativa tra la condotta già di per sé integrante reato ed il delitto di atti persecutori», con le conseguenti ricadute in tema di procedibilità. Se questa è l'impostazione del tutto prevalente, occorre sottolineare come non sia affatto infrequente che a comporre il mosaico degli atti persecutori siano fatti che, già di per sé considerati, integrano reati perseguibili d'ufficio: si pensi alla frequentissima **violazione di domicilio** punita dall'art. 614 c.p., oppure alla **violenza privata** di cui all'art. 610 c.p., ovvero ancora le **minacce gravi** ex art. 612 co. 2 c.p., non a caso considerate specificamente dall'art. 612-*bis* co. 4 c.p. Questa complessiva ricostruzione, abbandonata la più risalente impostazione ispirata alla tutela della riservatezza della persona offesa, aggancia la procedibilità d'ufficio alla sussistenza di condotte che, individualmente considerate, sono tali da integrare reati procedibili d'ufficio e, dunque, tali da ledere interessi non meramente individuali, così che, nel momento in cui il reato procedibile a querela «ingloba» in sé singole condotte punibili d'ufficio, non può che divenire a sua volta procedibile d'ufficio.

4. Proprio con particolare riferimento alle **minacce gravi**, la sentenza in commento coglie l'occasione per ribadire come debba considerarsi irrevocabile la querela presentata per il reato di atti persecutori quando la condotta sia stata realizzata con minacce «reiterate e gravi» (così già Cass., Rv. 266043). Sotto tale profilo, la Corte ha precisato che il rinvio alla disposizione di cui all'art. 612 co. 2 c.p. operato dall'art. 612-*bis* co. 4 c.p. deve essere inteso come onnicomprensivo, tale cioè da includere anche le condotte che, pur non connotandosi per essere state commesse «in uno dei modi di cui all'art. 339 c.p.», siano comunque tali da poter essere definite come «gravi». Si tratta, in sostanza, di situazioni nelle quali la particolare incidenza intimidatoria della condotta rende inopportuno, nell'ottica dell'ordinamento, affidare totalmente alla libera determinazione della persona offesa la decisione in ordine alla perseguibilità del reato, a prescindere dal ricorso alle armi, al travisamento o alla presenza di più persone riunite o alle altre situazioni di cui all'art. 339 c.p. Senza trascurare il rischio che la intervenuta remissione di querela possa non essere totalmente libera e volontaria, a fronte di minacce qualificabili quali «gravi». Del resto, se il legislatore avesse voluto limitare le ipotesi di irrevocabilità della querela alle sole minacce attuate «nei modi di cui all'art. 339 c.p.», avrebbe potuto farlo esplicitamente, invece di utilizzare (come



9/2018

ha fatto, evidentemente non a caso) il riferimento all'art. 612 co. 2 c.p. Peraltro, va sottolineato come, se è vero che le minacce reiterate «nei modi di cui all'art. 612 co. 2 c.p.» rendono irrevocabile la querela eventualmente presentata, è pure vero che le stesse non valgono a rendere procedibile d'ufficio tale delitto, rimanendo in tal caso affidata alla volontà individuale la scelta di procedere o meno.

5. Quasi a completare un affresco delle questioni inerenti la procedibilità del reato di atti persecutori, la Corte ha altresì ribadito il costante orientamento secondo il quale, data la **natura** pacificamente **abituale** del reato di cui all'art. 612-bis c.p., nell'ipotesi in cui il presupposto della reiterazione venga integrato da condotte poste in essere anche dopo la proposizione della querela, la condizione di procedibilità già avanzata si estende anche a queste ultime, poiché, unitariamente considerate con le precedenti, integrano l'elemento oggettivo del reato; inoltre, nell'ipotesi in cui il presupposto della reiterazione venga integrato da condotte poste in essere oltre i sei mesi previsti dalla norma rispetto alla prima o alle precedenti condotte, la querela estende la sua efficacia anche a tali pregresse condotte, indipendentemente dal decorso del termine di sei mesi per la sua proposizione, previsto dal quarto comma dell'art. 612-bis c. p. (cfr. Cass., Rv. 268163; nonché Cass., Rv. 263552). D'altro canto, è stato anche affermato che la querela estende i suoi effetti anche alle condotte poste in essere dopo la presentazione della stessa, proprio perché tali successivi comportamenti, considerati unitariamente con i precedenti, integrano l'elemento oggettivo del reato (in tal senso Cass., Rv. 267868).

Infine, la Cassazione rileva come l'estensione del regime di procedibilità per effetto dell'istituto della connessione tra procedimenti possa comportare una sorta di "**circolarità**" tra regimi, allorché, ad esempio, un reato connesso sia procedibile d'ufficio proprio perché commesso da soggetto autore anche del reato di stalking, come ad esempio nel caso di connessione del delitto di stalking con quello di lesioni aggravate dall'art. 576, e 1, n. 5.1 c.p. (così Cass., Rv. 266341). In tal caso le lesioni diventano procedibili d'ufficio perché commesse dallo stalker, e il delitto di cui all'art. 612-bis c.p. è procedibile anch'esso d'ufficio perché connesso a quello di lesioni aggravate.

6. Nel complesso, dunque, la decisione 30045/18 si inserisce nel solco tracciato da una **giurisprudenza consolidata** che appare, tanto più in un settore assolutamente delicato come quello dei reati con violenza alla persona, in linea di massima condivisibile. Nel momento in cui un reato la cui procedibilità è affidata alla scelta della persona offesa risulta collegato ad un reato tale da coinvolgere, invece, un interesse ulteriore, di rilievo "pubblico" e tale da essere sottratto alla libera disponibilità del singolo, ben si comprende come l'ordinamento non possa che farsi carico della procedibilità dell'intera vicenda. Ciò è tanto più vero ove si consideri che, come si è detto, se il legislatore avesse voluto limitare il rilievo della connessione ai soli casi di cui all'art. 12 c.p.p., ben avrebbe potuto farlo, come accade, ad esempio, nell'art. 371 co. 2 lett. a) c.p.p., ovvero nell'art. 210 co. 1 c.p. ovvero ancora nell'art. 197-bis co. 1 c.p.p. Le uniche perplessità riguardano l'ipotesi di connessione meramente «probatoria» di cui all'art. 371 co. 2 n. 3 c.p. In tale caso, infatti, la procedibilità d'ufficio del reato di *stalking* o di violenza sessuale, lungi dall'essere frutto di caratteristiche intrinseche della condotta di rilievo penale, sarebbe il risultato meramente "casuale" di un fatto processuale, quale quello della sussistenza di una fonte di prova comune. Considerate le gravi conseguenze sulla punibilità dell'autore del fatto della impostazione maggioritaria, sarebbe dunque certamente auspicabile l'adozione, nel caso di **connessione meramente probatoria**, di un atteggiamento di maggiore rigore.





9/2018

## NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

### **Sorveglianza speciale nei confronti di soggetto detenuto: nuove indicazioni dalla giurisprudenza in punto di attualità della pericolosità**

*Trib. Napoli, Sez. misure di prevenzione, ord. 17 aprile 2018*

di Francesco Mazzacuva

1. L'ordinanza in commento si iscrive in una recente tendenza della giurisprudenza a dare una più **rigorosa interpretazione ed applicazione dei presupposti delle misure di prevenzione**, dettata anche dalle sollecitazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se da un lato tale tendenza si è manifestata in una maggiore tipizzazione, almeno nella dimensione "vivente" del diritto, degli "elementi di fatto" che dovrebbero fondare il giudizio di appartenenza del preposto ad una delle categorie di soggetti "genericamente pericolosi" attualmente individuate dall'art. 1 del d. lgs. n. 159/2011 (c.d. "codice antimafia") [1] – ossia il profilo su cui maggiormente si è soffermata la Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota sentenza *De Tommaso contro Italia* –, la decisione in commento considera invece l'ulteriore requisito applicativo rappresentato dalla **pericolosità per la sicurezza pubblica del preposto** e, in particolare, dalla sua necessaria *attualità*.

In particolare, il Tribunale di Napoli ritorna in maniera innovativa sulla questione dell'**applicabilità della sorveglianza speciale rispetto a soggetto nei confronti del quale sia in corso di esecuzione una pena detentiva di lunga durata**. Se, infatti, la giurisprudenza si è mostrata nel tempo piuttosto consolidata nel dare una risposta affermativa a tale quesito, la pronuncia in commento prende spunto dalle recenti evoluzioni della disciplina delle misure di prevenzione per giungere alla conclusione opposta proprio in ragione dell'esigenza di accertare l'*attualità* della pericolosità del prevenuto.

2. L'ordinanza trae origine dalla richiesta di applicazione della sorveglianza speciale nei confronti di soggetto indiziato di appartenere ad associazione mafiosa e detenuto in esecuzione di diverse condanne con scadenza pena indicata nel 2 febbraio 2033. Affrontando la questione, il Tribunale di Napoli ricostruisce anzitutto i termini del contrasto giurisprudenziale che aveva portato all'intervento delle **Sezioni Unite con la sentenza Tumminelli** (Cass., Sez. Un., Sentenza n. 6 del 25/03/1993 Cc., dep. 14/07/1993, Rv. 194062).

In particolare, la compatibilità dell'applicazione della sorveglianza speciale con lo stato detentivo era stata esclusa da alcune pronunce in ragione della **condizione restrittiva del prevenuto** (tale da impedire comportamenti pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica) e delle **potenzialità rieducative della pena detentiva**, concludendo che l'applicazione della misura di prevenzione in queste ipotesi avrebbe comportato una scissione della correlazione temporale tra valutazione della pericolosità ed applicazione effettiva della misura, con un'inopportuna anticipazione della prima. Secondo altro indirizzo, invece, la formulazione di un giudizio di pericolosità sarebbe stata ammissibile anche nei confronti di soggetti detenuti, **non potendosi peraltro formulare con certezza una prognosi favorevole in ordine all'esito del trattamento penitenziario** ed essendo



9/2018

comunque prevista, in tale eventualità, la **possibilità di revoca della misura** (allora prevista dall'art. 7 della legge n. 1423/1956).

A fronte di tale contrasto, ricorda il Tribunale di Napoli, le Sezioni Unite avevano privilegiato proprio quest'ultimo orientamento sulla base della **distinzione tra momento deliberativo e momento esecutivo**, circoscrivendo esclusivamente al secondo una reale incompatibilità tra applicazione della misura di prevenzione personale e regime detentivo ed ammettendo nel primo la possibilità di formulare allo stato una prognosi di pericolosità – sempre rivalutabile – anche al fine di scongiurare una “soluzione di continuità” tra la liberazione del prevenuto e l'inizio dell'esecuzione della misura di prevenzione.

3. Ciò premesso, il Tribunale di Napoli osserva come sulla validità delle conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite non possa che incidere quanto affermato dalla **Corte costituzionale nella sentenza n. 291/2013**, in cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 12 comma 1 della legge n. 1423/1956 (e quindi l'omologo art. 15 del d.lgs. 159/2011, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87) nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

Tale soluzione, peraltro, è stata successivamente recepita dallo stesso legislatore con la riforma operata dalla legge n. 161/2017, in particolare mediante l'**introduzione dei commi 2-bis e 2-ter nell'art. 14 del codice antimafia** in base ai quali l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto alla misura della custodia cautelare ovvero a detenzione per espiazione di pena; in questo secondo caso, se lo stato di detenzione si è protratto per almeno due anni, dopo la cessazione del medesimo il tribunale verifica, anche d'ufficio, sentito il pubblico ministero che ha esercitato le relative funzioni nel corso della trattazione camerale, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, assumendo le necessarie informazioni presso l'amministrazione penitenziaria e l'autorità di pubblica sicurezza, nonché presso gli organi di polizia giudiziaria; all'esito della verifica, il tribunale ordina con decreto l'esecuzione della misura in caso di persistenza della pericolosità ovvero la revoca in caso di cessazione della stessa.

Orbene, ad avviso del Tribunale di Napoli, **tale evoluzione della disciplina finisce per incidere già sul giudizio di applicazione della misura di prevenzione personale**. Si osserva che, infatti, in caso di pena detentiva da scontare superiore a due anni, **la valutazione di pericolosità sociale risulterebbe inutilmente data («tamquam non esset»)** dovendo essere di fatto ripetuta successivamente alla scarcerazione, il che risulterebbe **contraddittorio con l'esigenza di accertare l'attualità della pericolosità del prevenuto**. Ancora, si sottolinea come in tale ipotesi oggi **si verificherebbe comunque quella soluzione di continuità** che le Sezioni Unite avevano indicato come eventualità da scongiurare, venendosi infatti in ogni caso a creare un intervallo temporale in cui la misura rimane sospesa in attesa della rivalutazione della pericolosità. Per tali ragioni, il Tribunale di Napoli **dichiara inammissibile la proposta di applicazione** della misura di prevenzione personale avanzata dal Pubblico Ministero, il quale peraltro nell'udienza camerale aveva concluso nello stesso senso richiamando la categoria processuale della mancanza di interesse ad agire.

\* \* \*

4. Come osservato in premessa, la pronuncia in commento testimonia una rinnovata sensibilità della giurisprudenza rispetto alle esigenze di **puntuale accertamento dei presupposti delle misure di prevenzione, tra cui anche (o soprattutto) il requisito della pericolosità per la sicurezza pubblica**, rispetto al quale si registrano approcci certamente più rigorosi rispetto ad un passato non tanto remoto in cui non era infrequente l'affermazione di vere e proprie presunzioni derivate dall'appartenenza del preposto ad una delle classi di destinatari [2]. Il pensiero corre, naturalmente, alla recente pronuncia delle Sezioni Unite in cui è stato chiarito che, anche con riguardo ai soggetti indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa, occorra comunque formulare un autonomo e specifico giudizio di attuale pericolosità per la sicurezza pubblica [3], conclusione in effetti obbligata nell'ambito di una disciplina la cui stessa legittimità costituzionale riposa, come noto, sulla qualificazione meramente preventiva delle misure applicate (per il momento "convalidata" anche dalla Corte europea).

E, in effetti, in relazione allo specifico tema in esame, nella già citata sentenza della Corte costituzionale n. 291/2013 veniva rilevata un'**irragionevole divergenza con la disciplina delle misure di sicurezza** (in cui è prevista una "doppia valutazione" della pericolosità in caso di condanna a pena detentiva che debba essere eseguita) proprio in ragione della forma di **presunzione relativa** che veniva a manifestarsi in tale ipotesi nel settore della prevenzione. In particolare, la Corte affermava che «non può nella specie parlarsi di una presunzione assoluta di persistenza della pericolosità, stante la facoltà, che l'indirizzo giurisprudenziale in questione riconosce alla persona cui la misura di prevenzione sia stata applicata, di contestare detta persistenza proponendo istanza di revoca della misura. Ma la possibilità in questione – che presuppone il trasferimento sull'interessato dell'onere di attivare un procedimento inteso a verificare, in negativo, l'attuale inesistenza della pericolosità, quale condizione per sfuggire al delineato "automatismo" – non vale ad evitare il denunciato vulnus dell'art. 3 Cost.».

L'incidenza delle conclusioni della Corte costituzionale già sul giudizio di applicazione della sorveglianza speciale, peraltro, è già stata rilevata nella giurisprudenza di merito, in cui si è sottolineato come la "combinazione" tra le indicazioni della Consulta e l'orientamento sposato dalle Sezioni Unite comporti di fatto una **duplicazione del giudizio di pericolosità contraria alle ragioni di economia processuale** (essendo la prima decisione *inutiliter data*) ed evidenziato alcune **carenze riguardanti il secondo momento valutativo** (soltanto in parte risolte dalla novella legislativa del 2017) [4]. Per altro verso, il collegamento tra le due valutazioni di pericolosità ha fatto riemergere nella giurisprudenza di legittimità il tema *della presunzione di pericolosità* nel giudizio da effettuarsi all'esito della scarcerazione del prevenuto, per quanto qualificata come *relativa*, ossia tale da non consentire automatismi e «destinata ad attenuarsi, facendo risorgere, quanto più gli elementi rivelatori siano lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio, la necessità di un'analitica motivazione sulla sua attualità, tenendo conto della situazione concreta e degli effetti del trattamento penitenziario patito» [5].

5. La decisione del Tribunale di Napoli pare quindi apprezzabile nella misura in cui, nel quadro normativo descritto, compie un **passo ulteriore nella direzione della valorizzazione del presupposto dell'attualità della pericolosità** nell'applicazione delle misure di prevenzione personali (mentre, come noto, per quelle patrimoniali si è assistito al contrario ad una progressiva recisione del legame con tale requisito).

L'argomento della distinzione tra momento deliberativo e momento esecutivo richiamato dalle Sezioni Unite nella sentenza *Tumminelli* (e poi anche in poche battute nella successiva sentenza Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 ottobre 2007, dep. 6 marzo 2008, n. 10281, Gallo, CED 238658) per affermare l'assoluta compatibilità della sorveglianza speciale con la detenzione di lunga durata, in effetti, non pare superare l'obiezione secondo cui durante l'esecuzione della pena il preposto



9/2018

non rappresenta alcun pericolo per la sicurezza pubblica. In altri termini, le Sezioni Unite sembrano suggerire che, in tale situazione, il giudice dovrebbe ragionare *come se* il preposto non fosse ristretto, ma evidentemente **tale ragionamento ipotetico finisce per stridere col requisito dell'attualità della pericolosità**, la cui sussistenza verrebbe in realtà giudicata "in anticipo" rispetto al momento della liberazione.

Certamente, per altro verso, si potrebbe obiettare che quanto attualmente disposto dai commi 2-*bis* e 2-*ter* dell'art. 14 d.lgs. 159/2011 presuppone, anziché escludere, che la sorveglianza speciale possa essere disposta nei confronti di soggetto che deve scontare una pena detentiva per un periodo superiore a due anni e che, pertanto, tali disposizioni non possono essere validamente richiamate per affermare l'inapplicabilità della misura. Tuttavia, sulla base di un'**interpretazione sistematica** (e, volendo, costituzionalmente e "convenzionalmente" orientata) con le già menzionate norme che disciplinano i fondamentali presupposti applicativi delle misure di prevenzione personali, alla luce della primaria rilevanza che essi hanno nella determinazione della loro natura, tali disposizioni potrebbero essere più opportunamente inquadrati quali **norme di fatto transitorie**, ossia tali da prevedere un rimedio "postumo" rispetto alle ipotesi in cui la sorveglianza speciale sia già stata applicata, ma pur sempre volte a suggerirne l'inapplicabilità a seguito della loro introduzione nelle ipotesi ivi contemplate.

Infine, neanche sembra che il frequente **parallelismo con la disciplina delle misure di sicurezza** (il quale compare, come detto, anche nella sentenza della Corte costituzionale del 2013) possa essere richiamato validamente per ritenere ammissibile la descritta duplicazione di giudizi di pericolosità, poiché in tale ambito essa è in qualche modo fisiologicamente dovuta al fatto che la misura viene applicata dal giudice della cognizione, mentre i caratteri di **specialità ed autonomia del procedimento di prevenzione** certamente consentono, e anzi dovrebbero imporre, una sua "attivazione" **soltanto nel momento in cui esso si riveli necessario**, senza alcuna separazione (oggi effettivamente ingiustificata) tra momento deliberativo e momento esecutivo.

[1] Sulla giurisprudenza di legittimità più recente che tenta di allinearsi alla sentenza *De Tommaso* attraverso interpretazioni "tassativizzanti" dell'art. 1 del codice antimafia, tali da ricondurre gli "elementi di fatto" alle precedenti condotte delittuose, v. soprattutto V. Manes, [Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"](#), in questa *Rivista*, 17 gennaio 2018, p. 22; R. Magi, [Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità](#), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 501 s.; F. Basile, [Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde](#), in questa *Rivista*, 20 luglio 2018. A commento di alcune pronunce di merito che si sono mosse nella medesima direzione, v. anche S. Finocchiaro, [Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità 'qualificata'](#), in questa *Rivista*, 5 febbraio 2018, e S. Recchione, [La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso v. Italia" \(e confermata dalle sezioni unite "Paternò"\)](#), in questa *Rivista*, 16 ottobre 2017.

[2] Oltretutto in diverse pronunce in tema di criminalità organizzata, tali da richiedere l'intervento delle Sezioni Unite su cui ora si tornerà, schemi argomentativi di stampo presuntivo sono filtrati talvolta nella giurisprudenza di legittimità anche in riferimento ai soggetti genericamente pericolosi (cfr. ad esempio i termini della sentenza (Cass. pen., sez. I, ud. 22 marzo 1996, dep. 24 aprile 1996, n. 1921, Ranasinghe, CED 204628, in *Cass. pen.*, 1997, 538, con osservazioni critiche di Molinari, in cui si affermava che relativamente a «soggetti o "abituamente dediti a traffici delittuosi", o viventi "abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose", ovvero



9/2018

ancora “dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica”, il giudizio di pericolosità (...) risulta pressoché connotato alla riscontrata sussistenza delle suindicate condizioni, essendo alquanto difficile immaginare che soggetti rispondenti alle descritte caratteristiche possano essere, al tempo stesso, non pericolosi per la sicurezza pubblica, latamente intesa»).

[3] Cfr. la recente pronuncia Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 novembre 2017, dep. 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso, CED 271512, in questa *Rivista*, 15 gennaio 2018, con nota di A. Quattrocchi, [Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite](#), in cui è stata affermato per l'appunto che anche nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di “appartenere” ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto. Nella stessa ottica di valorizzazione del presupposto della pericolosità sociale, peraltro, si può leggere altra recente pronuncia delle Sezioni Unite che, come al momento risulta da informazione provvisoria, al quesito «se il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sia configurabile nei confronti di un soggetto destinatario di una misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, anche in assenza di una rivalutazione dell'attualità e persistenza della pericolosità sociale del soggetto ad opera del giudice della prevenzione al momento della risottoposizione alla misura» ha risposto «il reato di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 non sussiste in mancanza della rivalutazione dell'attualità e persistenza della pericolosità sociale del proposto» ([Cass. pen., Sez. Un., ud. 21 giugno 2018, Marillo \(informazione provvisoria\)](#), in questa *Rivista*, 25 giugno 2018).

[4] Cfr. Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, ordinanza del 13 aprile 2016, in questa *Rivista*, 23 ottobre 2016, con nota di S. Risoli, [Applicabilità delle misure di prevenzione ai soggetti detenuti e condannati a pene “di lunga durata”: un provvedimento del tribunale di Santa Maria Capua Vetere](#).

[5] Cfr. Cass. pen., sez. I, c.c. 24 gennaio 2017, dep. 26 aprile 2017, n. 19657, Palermo, CED 269947, in questa *Rivista*, 18 maggio 2017, con nota di S. Risoli, [La Suprema Corte sulla valutazione della perdurante pericolosità del proposto in tema di misure di prevenzione personali](#).

