



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

**Ufficio del Massimario e del Ruolo
(Servizio Penale)**

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

Anno 2011 - I quadrimestre

Estensore: Sergio Beltrani

SOMMARIO

PARTE I – LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 1 – Il concorso apparente di norme.

1. I rapporti tra la frode fiscale e la truffa aggravata ai danni dello Stato. **pag. 5**

2. I rapporti tra il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o a sequestro e l'illecito amministrativo di messa in circolazione da parte del custode del veicolo oggetto di sequestro amministrativo. **pag. 12**

Cap. 2 – I reati contro la pubblica amministrazione.

1. L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. La falsa attestazione del privato di trovarsi nelle condizioni di reddito per fruire delle prestazioni del servizio sanitario pubblico in esenzione dal pagamento del c.d. *ticket* sanitario. **pag. 18**

Cap. 3 – La legislazione speciale.

1. Sicurezza pubblica: la normativa in tema di stranieri. Il reato di cui all'art. 6 D. Lgs. n. 286 del 1998. **pag. 23**

SEZIONE II – PROCEDURA PENALE

Cap. 4 - I soggetti.

1. Il giudice. Astensione e ricusazione: l'efficacia degli atti compiuti *medio tempore* dal giudice astenutosi o ricusato. **pag. 33**

2. Il Pubblico Ministero. La delega per l'udienza di convalida del vice procuratore onorario o del magistrato ordinario in tirocinio. **pag. 39**

Cap. 5 – Le misure cautelari.

1. Le misure cautelari personali. Esigenze cautelari: la rilevanza del presofferto. **pag. 45**

2. Segue. Nuova domanda cautelare del P.M. per il medesimo fatto, in pendenza del giudizio di rinvio a seguito di annullamento della revoca della misura. **pag. 51**

PARTE II – LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 6 – La legislazione speciale.

1. Reati tributari. La frode fiscale: natura giuridica. **pag. 60**

SEZIONE II – PROCEDURA PENALE.

Cap. 7. – I soggetti.

1. Il giudice. Estensione dell'impugnazione ai coimputati che non hanno sollevato questione in tema di astensione o ricusazione. **pag. 62**

Cap. 8 – Le misure cautelari.

1. Le misure cautelari personali: condizioni di applicabilità. **pag. 64**

2. Segue. Incompatibilità tra pericolo di recidiva e possibile futura sospensione condizionale della pena irroganda. **pag. 64**

3. Segue. Le impugnazioni. **pag. 65**

3.1. Segue. L'interesse ad impugnare dell'indagato/imputato in relazione a misure *medio tempore* revocate o divenute inefficaci. **pag. 65**

PARTE I

LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 1

Il concorso apparente di norme

1. I rapporti tra la frode fiscale e la truffa aggravata ai danni dello Stato.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

<<se sussista o meno rapporto di specialità (o di consunzione) tra i reati di frode fiscale (nella specie, sotto il profilo dell'infedele dichiarazione IVA mediante ricorso a fatturazioni per operazioni inesistenti) e di truffa aggravata ai danni dello Stato>>.

Sotto la vigenza dell'abrogata legge n. 516 del 1982, la questione giuridica controversa era stata, seppure incidentalmente, affrontata dalla Sezioni Unite penali, a parere delle quali *«il delitto di frode fiscale può concorrere, attesa l'evidente diversità del bene giuridico protetto, con quello di truffa comunitaria, purché allo specifico dolo di evasione si affianchi una distinta ed autonoma finalità extratributaria non perseguita dall'agente in via esclusiva; il relativo accertamento, riservato al giudice di merito, se adeguatamente e logicamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità»*¹. Peraltro, questa condizione non ricorreva nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte; il principio necessitava, comunque, di una ulteriore meditazione all'indomani del D. Lgs. n. 74 del 2000, che ha riformato l'intera disciplina dei reati tributari.

Si erano, al riguardo, formati tre orientamenti:

(a) un orientamento, **minoritario**, escludeva l'esistenza di un rapporto di specialità tra le due ipotesi di reato in oggetto, ammettendo, pertanto, la configurabilità del concorso tra le due fattispecie: la ragione dell'inapplicabilità del principio di specialità era rinvenuta nella circostanza che si tratta di reati diretti alla tutela di interessi diversi, caratterizzati da elementi costitutivi disomogenei (in quanto la frode fiscale non richiede l'effettiva induzione in errore dell'Amministrazione finanziaria, né il conseguimento dell'ingiusto profitto con danno dell'Amministrazione)²;

¹ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2000, n. 27, Di Mauro, rv. 217032.

² Così, Cass., sez. 5, n. 6825 del 23 gennaio 2007, Melli, rv. 235632; sez. 3, n. 14707 del 14 novembre 2007, dep. 9 aprile 2008, Rossi, rv. 239659; sez. 3, n. 25883 del 26 maggio 2010, Tosato, n.m.); si precisava, talora, che *«la ravvisabilità del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato non costituisce violazione del principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., qualora dalla dinamica dei fatti e sulla base di obiettivi elementi di riscontro si configuri una condotta truffaldina tipica ed inequivoca desunta dalle particolari modalità esecutive della evasione fiscale»* (Cass., sez. 5, n. 6825 del 23 gennaio 2007, cit.).

(b) l'orientamento **maggioritario** sosteneva, al contrario, la sussistenza del rapporto di specialità tra le fattispecie *de quibus*, concludendo che l'unica fattispecie che poteva formare oggetto di contestazione era quella prevista dalla normativa tributaria. Le ragioni addotte a sostegno dell'esclusione del concorso, e della conseguente configurabilità dei soli reati tributari, erano molteplici: **(b1)** il reato tributario *de quo* è connotato da uno specifico artificio (costituito dall'utilizzo di fatture od altri documenti per operazioni inesistenti) e da una condotta a forma vincolata (l'indicazione di elementi passivi fittizi in una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi e alle imposte sul valore aggiunto); **(b2)** l'evento di danno, consistente nel conseguimento di un indebito vantaggio, non è sufficiente a porre le norme - quella tributaria e quella comune - in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi è stato deliberatamente posto dal legislatore al di fuori della fattispecie oggettiva, rendendo così indifferente che esso si verifichi, e postulandosi come necessaria soltanto la sussistenza del collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale; **(b3)** il reato tributario, quale delitto "speciale", si connota come reato di pericolo o di mera condotta, per il quale la tutela è anticipata, perché la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento di danno (l'indebito rimborso: v. art. 1, lett. d), D. Lgs., n. 274 del 2000), posto solo in rapporto teleologico dall'elemento intenzionale, caratterizzato come dolo specifico; **(b4)** la "specialità" del reato tributario rispetto al reato comune (art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.) è confermata dai meccanismi della repressione penal-tributaria e dai connessi incentivi al "ravvedimento": in particolare, l'esclusione della rilevanza del tentativo (art. 6 D. Lgs. n. 274 del 2000) e del concorso di persone (art. 9 D. Lgs. n. 274 del 2000) - che escludono che possano ascriversi anche a titolo di truffa ai danni dello Stato quelle condotte che previste e sanzionate nel D. Lgs. n. 274 del 2000 - non hanno altra diretta finalità che l'evasione o l'elusione della obbligazione tributaria; **(b5)** la negazione della sussistenza del rapporto di specialità tra la frode fiscale e la truffa ai danni dell'erario si porrebbe in palese contrasto con la linea di politica criminale e con la stessa *ratio* che ha ispirato il legislatore nel dettare le linee portanti della innovativa riforma introdotta con il D. Lgs. n. 74 del 2000: se, infatti, nonostante il cosiddetto condono e la previsione della non punibilità per i delitti di frode fiscale e per tutti quelli commessi per eseguirli od occultarli, residuasse il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, si verserebbe in un'inverosimile ipotesi di istigazione normativa alla commissione del delitto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361 cod. pen.); **(b6)** la "specialità" del delitto tributario rispetto a quello comune emerge anche dalla considerazione che qualsiasi condotta di frode al fisco, se non intende realizzare obiettivi diversi, non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dall'apposita normativa: se, invece, l'attività di "cartiera" (circostanza, peraltro, esclusa nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite), oltre che consentire a terzi l'evasione del tributo (o a permettere indebiti rimborsi) è destinata a finalità ulteriori - tipica l'ipotesi dell'emissione di false fatture per consentire ad un operatore di ottenere indebitamente contributi, comunitari

e non -, è evidente che non potrà sussistere alcun problema di rapporto di specialità fra norme, venendo in discorso una condotta finalisticamente "plurima" e tale da ledere o esporre a pericolo beni fra loro differenti³;

(c) un orientamento **intermedio**⁴ escludeva ugualmente la sussistenza del concorso tra le fattispecie criminose in esame, ma non sulla base del principio di specialità, in quanto mancherebbe l'identità naturalistica del fatto al quale le due norme si riferiscono (l'una, la frode fiscale, richiede un artificio peculiare; l'altra, la truffa, necessita per il suo perfezionamento di elementi - l'induzione in errore ed il danno - indifferenti per il reato tributario), bensì di quello di consunzione, *«per il quale è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave»*; *«l'apprezzamento negativo della condotta è tutto ricompreso nella prima norma [art. 2 D. Lgs. n. 74 del 2000] che prevede il reato più grave per cui il configurare anche la previsione meno grave [art. 640 cod. pen.], che di per sé integra una diversa fattispecie, comporterebbe un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni penali»*⁵.

La **dottrina** ravvisava, in prevalenza, la sussistenza del rapporto di specialità tra le due fattispecie, ritenendo conseguentemente contestabile il solo delitto tributario.

Con sentenza del **28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, n. 1235, Giordano ed altri**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza dominante. I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 248864 – 5

In caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità (art. 15 cod. pen.) richiede che, ai fini della individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli

³ Così, Cass., sez. 2, n. 7996 del 29 gennaio 2004, Grieco, rv. 228795; sez. 2, n. 8000 del 29 gennaio 2004, Passannante, n.m.; sez. 2, n. 40226 del 23 novembre 2006, Bellavita, rv. 235593; sez. 5, n. 3257 del 15 dicembre 2006, dep. 30 gennaio 2007, Barisano, rv. 236037; sez. 5, n. 7916 del 10 gennaio 2007, Cutillo, rv. 236053, n.m. sul punto; sez. 2, n. 5656 dell'11 gennaio 2007, Perrozzi, rv. 236126; sez. 2, n. 28676 del 5 giugno 2008, Puzella, rv. 241110; sez. 2, n. 30537 del 02 luglio 2009, Simone, n.m.; sez. 2, n. 46621 del 18 novembre 2009, Avallone, n.m.

⁴ Inaugurato da Cass., sez. 3, 10 luglio 2007, n. 37409, Colombari, rv. 237306.

⁵ Così Cass., sez. 3, n. 37410 del 10 luglio 2007, Sarti, n.m.; sez. 2, n. 28685 del 05 giugno 2008, Chinaglia, rv. 241111, n.m. sul punto; sez. 2, n. 8357 del 10 dicembre 2008, dep. 24 febbraio 2009, Liggeri, n.m.; sez. 2, n. 8362 del 10 dicembre 2008, dep. 24 febbraio 2009, Giarrata, n.m.; sez. 2, n. 21566 dell'08 maggio 2008, Puzella, rv. 240910, n.m. sul punto; sez. 2, n. 41488 del 29 settembre 2009, Rimoldi, rv. 245001, n.m. sul punto; sez. 1, n. 27541 del 31 marzo 2010, Barbara, n.m.

elementi costitutivi che concorrono a definirle.

È configurabile un rapporto di specialità tra le fattispecie penali tributarie in materia di frode fiscale (artt. 2 ed 8, D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74) ed il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.), in quanto qualsiasi condotta fraudolenta diretta alla evasione fiscale esaurisce il proprio disvalore penale all'interno del quadro delineato dalla normativa speciale, salvo che dalla condotta derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni. (La Corte, richiamando il cosiddetto principio di assimilazione sancito dall'art. 325 del T.F.U.E., ha precisato che le predette fattispecie penali tributarie, repressive anche delle condotte di frode fiscale in materia di I.V.A., esauriscono la pretesa punitiva dello Stato e dell'Unione Europea perchè idonee a tutelare anche la componente comunitaria, atteso che la lesione degli interessi finanziari dell'U.E. si manifesta come lesiva, in via diretta ed indiretta, dei medesimi interessi).

Il Supremo collegio ha premesso che la soluzione della questione giuridica controversa richiedeva la preliminare specificazione dei presupposti per la configurabilità o meno del concorso di reati. In proposito, sulla scia di precedenti orientamenti delle stesse Sezioni unite, oltre che della giurisprudenza costituzionale, si è osservato che *<<il criterio di specialità è da intendersi in senso logico-formale, ritenendo, cioè, che il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dal citato art. 15, possa ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse>>.*

Peraltro, secondo un orientamento giurisprudenziale accolto in passato dalle Sezioni unite⁶, occorrerebbe verificare se, al di là del principio di specialità, il concorso materiale dei reati debba essere escluso o meno, tenendo conto della volontà normativa eventualmente manifestata di valutare in termini di unitarietà le pur omogenee fattispecie. Si richiamava, in tal modo, il c.d. principio di consunzione (o di assorbimento), che troverebbe riconoscimento legislativo nello stesso art. 15 cod. pen.: detta disposizione, infatti, se, da un lato, sancisce il principio di specialità, dall'altro lato, ammette che esso subisca deroghe in favore della norma che prevede il reato più grave.

Successivamente, le stesse Sezioni unite⁷ hanno, peraltro, osservato in senso contrario che *<<i> i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento normativo,*

⁶ Così Sez. U, n. 23427 del 2001 cit., nonché Sez. U, n. 22902 del 28 marzo 2001, Tiezzi, rv. 218873.

⁷ Sez. U, n. 47164 del 2005 cit.

perché l'inciso finale dell'art. 15 cod. pen. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria>>; inoltre, <<i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale>>: infatti, <<un'incertezza incompatibile con il principio di legalità deriva anche dalla mancanza di criteri sicuri per stabilire quali e quante fra più fattispecie, pur ben determinate, siano applicabili>>.

Concludendo sul punto, si è evidenziato che *<<certamente, non può trascurarsi l'esigenza sottesa alla giurisprudenza che fa ricorso al criterio della consunzione, cioè il rispetto del principio del ne bis in idem sostanziale, ma tale rispetto è assicurato da una applicazione del principio di specialità, secondo un approccio strutturale, che non trascuri l'utilizzo dei normali criteri di interpretazione concernenti la ratio delle norme, le loro finalità e il loro inserimento sistematico, al fine di ottenere che il risultato interpretativo sia conforme ad una ragionevole prevedibilità>>*, secondo quanto univocamente richiesto anche dalla giurisprudenza della Corte EDU⁸, che considera la *<<prevedibilità>>* (*foreseeability*) della sanzione, e prima di essa, dell'interpretazione della norma penale incriminatrice, fatta propria dall'elaborazione giurisprudenziale, e quindi con riferimento (non alla mera, astratta, previsione della legge, bensì) alla norma "vivente" quale risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici⁹, alla stregua di un corollario del principio di legalità sancito dall'art. 7 della Convenzione EDU¹⁰. D'altro canto, anche quella giurisprudenza che fa riferimento al criterio di consunzione¹¹, lo utilizza ad integrazione o a conferma delle conseguenze applicative del principio di specialità, ed in funzione garantistica rispetto al destinatario della norma penale.

Le Sezioni Unite hanno, pertanto, concluso che, in caso di concorso di norme penali che regolano la stessa materia, il criterio di specialità sancito dall'art. 15 cod. pen. richiede che, ai fini dell'individuazione della disposizione prevalente, il presupposto della convergenza di norme può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le norme stesse, alla cui verifica deve procedersi mediante il confronto strutturale tra le fattispecie astratte configurate e la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definirle.

⁸ Corte EDU 02 novembre 2006, ric. Milazzo c. Italia; Grande Camera 17 febbraio 2004, ric. Maestri contro Italia; 17 febbraio 2005, ric. K.A. et A.D. contro Belgio; 21 gennaio 2003, ric. Veeber c. Estonia; 08 luglio 1999, ric. Baskaya e Okcuoglu c. Turchia; 15 novembre 1996, ric. Cantoni c. Francia; 22 settembre 1994, ric. Hentrich c. Francia; 25 maggio 1993, ric. Kokkinakis c. Grecia; 08 luglio 1986, ric. Lithgow e altri c. Regno Unito.

⁹ Prevedibilità che si articola nei due sotto principi di precisione e di stretta interpretazione.

¹⁰ Oltre che nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, oggi espressamente richiamata nel *corpus* comunitario attraverso l'art. 6, par. 1, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

¹¹ Cass., Sez. un., n. 23427 e n. 22902 del 2001, cit.

Applicando i principi affermati in generale al caso di specie, il Supremo collegio ha ritenuto la sussistenza di un rapporto di specialità tra la frode fiscale (*lex specialis*) e la truffa aggravata ai danni dello Stato (*lex generalis*). Si è, in particolare, evidenziato che *<<la frode fiscale è connotata da uno specifico artificio, costituito da fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. Una volta chiarito che la condotta di cui alla frode fiscale è una specie del genere "artificio", non si può far leva, per affermare la diversità dei fatti, sugli elementi danno e profitto, giacché questi dati fattuali di evento non possono trasformare una tale situazione di identità ontologica dell'azione in totale diversità del fatto>>*; per quanto riguarda l'evento di danno, esso è specificato nell'art. 1, comma 1, lett. d), D. Lgs. n. 74 del 2000, che include nel "fine di evadere le imposte" anche il fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, *<<e il conseguimento di tale fine è posto come scopo della condotta tipica, cioè come caratterizzante l'elemento intenzionale e non rileva il suo conseguimento, in quanto il delitto di frode fiscale si connota come reato di pericolo o di mera condotta, perché il legislatore ha inteso rafforzare in tal modo la tutela, anticipandola al momento della commissione della condotta tipica, intendimento ulteriormente confermato dalla misura della sanzione, superiore (sia nel minimo che nel massimo) a quella prevista per il delitto di truffa aggravata>>*.

Una conferma di tale assunto è desumibile dalla Relazione governativa al D. Lgs. n. 74 del 2000, nella quale si osserva che la dichiarazione fraudolenta *<<si connota come quella ontologicamente più grave: essa ricorre, infatti, quando la dichiarazione non soltanto non è veridica, ma risulta altresì "insidiosa", in quanto supportata da un "impianto contabile", o più genericamente documentale, atto a sviare o ad ostacolare la successiva attività di accertamento dell'amministrazione finanziaria, o comunque ad avvalorare artificiosamente l'inveritiera prospettazione di dati in essa racchiusi>>*: in tal modo, il legislatore ha mostrato di valutare *<<che la condotta descritta, oltre che essere connotata di particolare disvalore, è anche oggettivamente idonea a raggiungere lo scopo perseguito, cioè ad esporre concretamente a pericolo il bene tutelato; ciò spiega l'indifferenza dell'evento di danno nell'integrazione della fattispecie oggettiva. Lo stesso legislatore, peraltro, non considera irrilevante l'entità del profitto e del conseguente danno, posto che prevede una diminuzione della sanzione, parametrandola proprio ai suddetti elementi (artt. 2, comma 3, e 8, comma 3, D. Lgs. n. 74 del 2000), con la conseguenza che ritenere la configurabilità in concorso della truffa aggravata significherebbe svuotare di ogni valenza giuridica le soglie sanzionatorie>>*.

La negazione del rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa ai danni dell'Erario, si porrebbe, inoltre, in contraddizione con la linea di politica criminale e con la *ratio* che ha ispirato il legislatore nella riforma di cui al D. Lgs. n. 74 del 2000; la tesi prescelta trova, infine, conferma nella legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003), *<<poiché ai sensi del combinato disposto del comma 6, lett. c), dell'art. 8 («...il perfezionamento della*

procedura prevista dal presente articolo comporta.....c) l'esclusione ad ogni effetto della punibilità per i reati tributari di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, articoli 2...») e del comma 12 dello stesso articolo («La conoscenza dell'intervenuta integrazione dei redditi e degli imponibili ai sensi del presente articolo non genera obbligo o facoltà della segnalazione di cui all'art. 331 cod. proc. pen. L'integrazione effettuata ai sensi del presente articolo non costituisce notizia di reato») deve ritenersi che il legislatore abbia escluso il concorso con il delitto di truffa ai danni dello Stato. Diversamente, non avrebbe stabilito l'esonero dalla denuncia e non avrebbe espressamente disposto che l'integrazione effettuata ai sensi dell'art. 8, legge cit. "non costituisce notizia di reato". D'altro canto, se si facesse rientrare la condotta del soggetto agente nella sfera di punibilità del delitto di truffa ai danni dello Stato, si avrebbe l'effetto di impedire il perseguimento delle finalità a cui l'intervento normativo è rivolto, poiché la legge sul condono ha lo scopo di evitare costi all'Amministrazione finanziaria invitando l'evasore a definire ogni pendenza con l'Erario attraverso il pagamento di una somma di denaro predeterminata>>.

In definitiva, qualsiasi condotta di frode al fisco non può che esaurirsi all'interno del quadro sanzionatorio delineato dall'apposita normativa; e le novelle legislative sopravvenute rispetto al D. Lgs. n. 74 del 2000¹², dimostrano ulteriormente <<che il sistema sanzionatorio in materia fiscale ha una spiccata specialità che lo caratterizza come un sistema chiuso e autosufficiente, all'interno del quale si esauriscono tutti i profili degli interventi repressivi, dettando tutte le sanzioni penali necessarie a reprimere condotte lesive o potenzialmente lesive dell'interesse erariale alla corretta percezione delle entrate fiscali>>.

Si è, pertanto, concluso che <<i reati in materia fiscale di cui agli artt. 2 e 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sono speciali rispetto al delitto di truffa aggravata a danno dello Stato di cui all'art. 640, secondo comma, n. 1, cod. pen.>>. Si è anche precisato che, nelle ipotesi nelle quali dalla condotta di frode fiscale derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all'evasione fiscale, quale l'ottenimento di pubbliche erogazioni, deve ritenersi configurabile il concorso fra il delitto di frode fiscale e quello di truffa, poiché <<l'ulteriore evento di danno che il soggetto agente si rappresenta non inerisce al rapporto fiscale, con la conseguenza che se l'attività frodatoria sia diretta non solo a fini di evasione fiscale, ma anche a finalità ulteriori, non sussiste alcun problema di rapporto di specialità tra norme, perché una stessa condotta viene utilizzata per finalità diverse e viola diverse disposizioni di

¹² L'art. 1, comma 143, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria 2008) ha esteso le disposizioni di cui all'art. 322-ter cod. pen. (in tema di confisca per equivalente, in precedenza prevista soltanto in relazione al reato di truffa aggravata ai danni dello Stato ex art. 640-quater cod. pen.), in quanto applicabili, ai reati di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 D. Lgs. n. 74 del 2000: in tal modo le somme di denaro sottratte al pagamento dell'IVA dovuta costituiscono il profitto del reato, in ordine al quale è possibile la confisca per equivalente, con conseguente legittimità del sequestro preventivo, ex art. 321, comma 2, cod. proc. pen. Ulteriori interventi di contrasto contro il fenomeno delle frodi fiscali, in particolare contro le c.d. operazioni carosello, sono contenuti nel d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito con modificazioni in legge 22 maggio 2010, n. 73.

legge e non si esaurisce nell'ambito del quadro sanzionatorio delineato dalle norme fiscali, con la conseguenza della concorrente punibilità di più finalità diverse compresenti nell'azione criminosa>>¹³.

2. I rapporti tra il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a pignoramento o a sequestro e l'illecito amministrativo di messa in circolazione da parte del custode del veicolo oggetto di sequestro amministrativo.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

<<se sia configurabile il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro (art. 334 cod. pen.) nella condotta del custode del veicolo oggetto di sequestro amministrativo, ai sensi dell'art. 213 cod. strada, che si ponga alla guida dello stesso>>.

Con riguardo alla disciplina del concorso tra norme penali incriminatrici e norme amministrative sanzionatorie, introdotta dall'art. 9 legge n. 689 del 1981, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità – riprendendo sostanzialmente la posizione maggioritaria formatasi in relazione all'elaborazione dell'art. 15 cod. pen. con riguardo al concorso di norme penali incriminatrici – si era consolidato un orientamento che intendeva il criterio della specialità evocato dal citato art. 9 in senso logico-formale, ritenendo cioè che il presupposto della convergenza di norme – necessario ai fini dell'applicabilità della regola dell'individuazione della disposizione prevalente posta dall'articolo citato – fosse integrato solo in presenza di un rapporto di continenza strutturale tra le stesse, alla cui verifica doveva procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate. In tal senso, il fatto punito - cui fa riferimento la disposizione menzionata - non sarebbe quello in concreto realizzato dall'agente, bensì quello oggetto di incriminazione, e, pertanto, per accertare se norma penale e norma sanzionatoria amministrativa effettivamente interferiscono dovrebbe esclusivamente effettuarsi la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire la fattispecie tipica dalle stesse configurata. Marginali si sono rivelati invece gli interventi giurisprudenziali favorevoli ad accogliere una concezione della specialità in concreto, che rifugge dal confronto strutturale tra le fattispecie, ed analizza la convergenza tra norma penale ed amministrativa nella prospettiva del fatto concretamente realizzato, al fine di verificare la sua riconducibilità ad entrambe.

¹³ (in tal senso, già Sez. U, n. 27 del 2000, cit.; nonché: Sez. 2, n. 40266 del 23/11/2006, Bellavita, Rv. 235593; Sez. 2, n. 42089 del 08/10/2009, Carrera, n.m; Sez. 3, n. 14866 del 17/03/2010, Lovison, Rv. 246968).

Successivamente alla depenalizzazione dell'illecito previsto nell'art. 213, comma quarto, cod. strada, la giurisprudenza di legittimità ha espresso orientamenti tra loro contrastanti sui rapporti tra detta fattispecie e quella di cui all'art. 334 cod. pen.:

(a) un orientamento, sviluppatosi soprattutto nell'ambito della Terza Sezione, e che risultava di gran lunga **minoritario**, configurava il concorso apparente tra norma incriminatrice penale e norma sanzionatoria amministrativa, risolvendolo, ai sensi del disposto del primo comma dell'art. 9 legge n. 689 del 1981, in favore della seconda, ritenuta speciale rispetto alla prima: la fattispecie sopra descritta integrerebbe soltanto l'illecito amministrativo previsto dall'art. 213 cod. strada e non anche il reato di cui all'art. 334 cod. pen.¹⁴; il principio veniva argomentato seguendo percorsi differenti, a volte riconoscendo la specialità della norma amministrativa a seguito del riconoscimento di un rapporto di continenza strutturale tra le due disposizioni in giuoco, altre volte presupponendo lo schema della specialità in concreto, o addirittura affermando la specialità dell'illecito amministrativo in ragione della specialità del corpo normativo in cui è configurato rispetto al codice penale;

(b) l'orientamento decisamente **maggioritario** escludeva qualsiasi relazione di specialità tra l'art. 334 cod. pen. e l'art. 213, comma quarto, cod. strada, ritenendo di conseguenza che la condotta di circolazione abusiva del veicolo sottoposto a sequestro amministrativo poteva integrare anche il delitto previsto dalla prima delle due disposizioni citate, e non solo l'illecito amministrativo configurato dalla seconda, in concorso formale eterogeneo tra illeciti, escludendo il concorso apparente di dette norme. Le pronunzie che si riconoscevano in questo orientamento impostavano il problema dell'eventuale concorso apparente tra le norme menzionate nell'ottica esclusiva del confronto strutturale tra fattispecie astratte, in tal senso giungendo a negare la continenza strutturale tra le medesime, soprattutto in considerazione della diversità delle condotte rispettivamente punite, del differente ambito di applicazione soggettiva dei due illeciti (reato proprio quello penale, illecito comune quello amministrativo), e dell'eterogeneità dei beni giuridici rispettivamente tutelati¹⁵. Una volta affermata l'astratta configurabilità del concorso tra il reato di cui all'art. 334 cod. pen. e l'illecito amministrativo di cui all'art. 213 cod. strada,

¹⁴ In questo senso, Cass., sez. 6, 10 ottobre 2007, dep. 20 novembre 2007, n. 42792, P.g. in proc. Illiano, rv. 238124; sez. 6, 27 settembre 2007, dep. 31 ottobre 2007, n. 40345, P.g. in proc. Ferrara, rv. 238473; sez. 3, 24 gennaio 2008, dep. 5 maggio 2008, n. 17837, P.g. in proc. De Maio, rv. 239814; sez. 3, 4 aprile 2008, dep. 12 maggio 2008, n. 19124, P.g. in proc. Palmieri, n.m.; sez. 3, 20 marzo 2008, dep. 19 giugno 2008, n. 25116, P.m. in proc. Pisa, rv. 240731.

¹⁵ In questo senso, Cass., sez. 6, 1° ottobre 2007, dep. 30 novembre 2007, n. 44843, P.m. in proc. Castellano, rv. 238474; sez. 6, 16 ottobre 2007, dep. 19 ottobre 2007, n. 38919, P.m. in proc. Piscopo, rv. 238475; sez. 6, 28 novembre 2007, dep. 15 gennaio 2008, n. 2163, P.m. in proc. Ferreri, rv. 238477; sez. 6, 11 giugno 2009, dep. 8 luglio 2009, n. 28007, Tortora, rv. 244422; sez. 6, 2 luglio 2009, dep. 10 agosto 2009, n. 32405, P.m. in proc. Crupi, rv. 245195; sez. 6, 31 ottobre 2007, dep. 21 gennaio 2008, n. 3178, P.g. in proc. Altomare, rv. 238476; sez. 6, 22 settembre 2009, dep. 6 novembre 2009, n. 42582, P.m. in proc. Mazzone, rv. 244852 s.; sez. 6, 26 novembre 2009, dep. 10 marzo 2010, n. 9472, P.g. in proc. Auricchio, rv. 246429; sez. 6, 27 novembre 2009, dep. 22 febbraio 2010, n. 7029, P.m. in proc. Di Matola, rv. 246075; sez. 6, 10 marzo 2010, dep. 8 giugno 2010, n. 21782, Bisignano, rv. 247106.

nell'ambito dell'orientamento diverse erano le conclusioni quanto alle effettive condizioni di applicabilità della menzionata disposizione penale; alcune decisioni sembravano affermare che la circolazione abusiva del veicolo, punita autonomamente dalla norma amministrativa, integrerebbe in ogni caso la condotta di sottrazione prevista dalla norma penale incriminatrice¹⁶, altre affermavano che, se lo spostamento non più controllabile del bene risultava effettivamente in grado, in astratto, di sottrarlo alla procedura ablatoria cui il sequestro era strumentale, sarebbe poi necessario verificare l'effettiva offensività della condotta concretamente posta in essere dall'agente, nonché l'esistenza in capo al medesimo del necessario dolo, al fine di escludere la rilevanza di quelle condotte che si risolvano nella momentanea e circoscritta utilizzazione del veicolo, e non siano sorrette dall'effettiva volontà di eludere il vincolo cautelare¹⁷.

La questione controversa aveva ricevuto scarsa attenzione dalla **dottrina**.

Con sentenza del **28 ottobre 2010 – 21 gennaio 2011, n. 1963, P.M. in proc. Di Lorenzo**, le Sezioni Unite, hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza minoritario. I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 248721 – 2

In caso di concorso tra disposizione penale incriminatrice e disposizione amministrativa sanzionatoria in riferimento allo stesso fatto, deve trovare applicazione esclusivamente la disposizione che risulti speciale rispetto all'altra all'esito del confronto tra le rispettive fattispecie astratte.

La condotta di chi circola abusivamente con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, ai sensi dell'art. 213 cod. strada, integra esclusivamente l'illecito amministrativo previsto dal quarto comma dello stesso articolo e non anche il delitto di sottrazione di cose sottoposte a sequestro di cui all'art. 334 cod. pen., atteso che la norma sanzionatoria amministrativa risulta speciale rispetto a quella penale, con la conseguenza che il concorso tra le stesse deve essere ritenuto solo apparente.

¹⁶ Cass., sez. 6, 1° ottobre 2007, dep. 30 novembre 2007, n. 44843, P.m. in proc. Castellano, cit.; sez. 6, 16 ottobre 2007, dep. 19 ottobre 2007, n. 38919, P.m. in proc. Piscopo, cit.; sez. 6, 3 dicembre 2009, dep. 30 dicembre 2009, n. 49895, P.m. in proc. Ruocco, rv. 245543; sez. 6, 6 novembre 2008, dep. 21 gennaio 2009, n. 2730, Aiese, rv. 242681.

¹⁷ In questo senso, Cass., sez. 6, 28 novembre 2007, dep. 15 gennaio 2008, n. 2163, P.m. in proc. Ferreri, cit.; sez. 6, 22 settembre 2009, dep. 6 novembre 2009, n. 42582, P.m. in proc. Mazzone, cit.; sez. 6, 26 novembre 2009, dep. 10 marzo 2010, n. 9472, P.g. in proc. Auricchio; sez. 6, 27 novembre 2009, dep. 22 febbraio 2010, n. 7029, P.m. in proc. Di Matola, cit.; sez. 6, 10 marzo 2010, dep. 8 giugno 2010, n. 21782, Bisignano, cit.; sez. 6, 2 luglio 2009, dep. 10 agosto 2009, n. 32405, P.m. in proc. Crupi, cit.; sez. 6, 11 giugno 2009, dep. 8 luglio 2009, n. 28007, Tortora, cit.

Il Supremo collegio ha premesso alcune brevi considerazioni riguardanti il principio di specialità, sia in generale, per quanto riguarda le fattispecie penali, sia con riferimento al concorso tra norme penali e violazioni di natura amministrativa, in particolare precisando che l'art. 15 cod. pen., con l'espressione <<stessa materia>>, intende <<la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico di reato nel quale si realizza l'ipotesi di reato>>, e richiamando un proprio precedente orientamento, che aveva chiarito come <<il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, perché si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia>>¹⁸.

Si è poi chiarito che, nei casi di specialità c.d. unilaterale, caratterizzati dalla circostanza che tutti gli elementi della fattispecie c.d. generale sono ricompresi in quella c.d. speciale, che ne prevede anche di ulteriori, ricorre certamente l'ipotesi del "concorso apparente", per cui deve ritenersi applicabile soltanto la fattispecie speciale: <<ma perché possa ritenersi applicabile l'art. 15 cod. pen. è necessario che i reati abbiano la stessa obiettività giuridica nel senso che deve trattarsi di reati che devono disciplinare tutti la medesima materia ed avere identità di struttura. Tale è, per es., il rapporto tra le fattispecie criminose previste dagli artt. 610 e 611 cod. pen. o tra quelle previste dagli artt. 624 e 626 cod. pen.>>.

Diversamente, nel caso di specialità bilaterale o reciproca, nel quale entrambe le fattispecie (ma potrebbero essere anche più di due) presentano, rispetto all'altra, elementi di specialità, giurisprudenza e dottrina si rifanno a indici diversi: **(a)** i diversi corpi normativi in cui le norme sono ricomprese (per es. cod. civ. e legge fall.); **(b)** la specialità tra soggetti (per es. 616 e 619 cod. pen.); **(c)** la fattispecie dotata del maggior numero di elementi specializzanti. In tali casi, spesso è la stessa legge ad indicare quale sia la norma prevalente, attraverso una *clausola di riserva* che può essere: **(a)** determinata (al di fuori delle ipotesi previste dall'art. ...); **(b)** relativamente determinata (si individua una categoria: per es.: se il fatto non costituisce un più grave reato); **(c)** indeterminata (quando il rinvio è del tipo se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge).

Il concorso di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative (e quello tra norme che prevedono violazioni amministrative), è disciplinato dall'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in base al quale, se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale; l'art. 9 cit., diversamente dall'art. 15 cod. pen., invece di parlare di "stessa materia", fa riferimento allo "stesso fatto": <<non è però da ritenere che con questa formula il legislatore abbia inteso fare riferimento alla specialità in concreto dovendosi al contrario ritenere che il richiamo sia fatto alla fattispecie tipica prevista dalle norme che

¹⁸ Cass., Sez. un., sentenza 19 aprile 2007 n. 16568, Carchivi, rv. 235962.

vengono in considerazione evitando quella genericità che caratterizza l'art. 15 cod. pen. con il riferimento alla materia. Valgono infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni in precedenza espresse sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Il che, del resto, è confermato dal tenore dell'art. 9 che, facendo riferimento al "fatto punito", non può che riferirsi a quello astrattamente previsto come illecito dalla norma e non certo al fatto naturalisticamente inteso>>.

Ciò premesso, per risolvere la questione controversa si è preliminarmente proceduto ad esaminare la struttura del reato e della violazione amministrativa del cui concorso si discute.

Si è, in particolare, osservato che l'art. 334 cod. pen. disciplina due ipotesi, l'una prevista dal primo comma (che può essere commessa solo da chi ha in custodia la cosa e si realizza con condotte alternative analiticamente indicate - sottrazione, soppressione, distruzione, dispersione, deterioramento -), che richiede in capo all'agente l'esistenza del dolo specifico (lo scopo di favorire il proprietario della cosa); l'altra, che viene maggiormente in considerazione, prevista dal secondo comma, nella quale le condotte tipiche già descritte sono realizzate dal proprietario che sia anche custode. Entrambe le ipotesi *<<sono caratterizzate, rispetto all'ipotesi prevista dal codice della strada, dalla circostanza che si tratta di reati "propri" che possono essere commessi esclusivamente dal custode (comma primo; ma anche l'ipotesi colposa prevista dall'art. 335) o dal proprietario custode (comma secondo); questa è una prima rilevante differenza con l'illecito di carattere amministrativo perché la condotta prevista dal comma 4 dell'art. 213 cod. strada può essere realizzata da "chiunque">>.*

A loro volta gli elementi specializzanti contenuti nell'art. 213 sono costituiti dalle circostanze che la norma si riferisce al solo sequestro amministrativo previsto dal medesimo articolo e che non ogni condotta prevista dall'art. 334 integra l'ipotesi di illecito amministrativo ma esclusivamente la condotta di chi "circola abusivamente".

Si è poi proceduto a verificare se una delle condotte descritte dalla norma del codice penale sia sovrapponibile alla condotta di chi circola abusivamente, se cioè la circolazione abusiva realizzi anche uno dei fatti tipici descritti nell'art. 334, affermando che tra le condotte descritte nell'art. 334 cod. pen., l'unica per la quale può affermarsi una corrispondenza e sovrapposizione tra i fatti descritti nelle due norme è la sottrazione (*amotio*), laddove il problema del concorso apparente neppure si pone per quanto riguarda le altre condotte previste dalla norma codicistica (soppressione, distruzione, dispersione e deterioramento), che nulla hanno a che vedere con la circolazione del veicolo. Si è, tuttavia, precisato che la condotta di sottrazione deve essere effettivamente caratterizzata da offensività *<<che valga a far ritenere esistente una reale sottrazione, eventualmente anche temporanea, non soltanto alla disponibilità del bene ma altresì all'esercizio dei poteri di controllo esercitati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa (non deve dunque trattarsi del semplice spostamento del veicolo da un luogo ad un altro senza che lo stesso*

venga sottratto alla possibilità di esercizio di questi poteri ma si deve trattare di un uso incompatibile con le finalità del sequestro)>>.

Fatte queste considerazioni, si è ritenuto che nel caso proposto in esame dovesse essere ritenuta l'esistenza della sola violazione amministrativa prevista dall'art. 213 cod. strada: *<<l'esame della struttura delle due ipotesi di illecito in considerazione conferma l'ipotesi della sola apparenza del concorso; in particolare questo esame consente di escludere che il concorso di norma possa essere inquadrato nella fattispecie della specialità bilaterale o reciproca. Infatti tutti gli elementi specializzanti qualificanti l'illecito sono contenuti nell'art. 213: la circolazione abusiva e la natura amministrativa del sequestro>>.*

Si tratta di elementi specializzanti "per specificazione", essendo entrambi già ricompresi nella fattispecie tipica dell'art. 334 cod. pen. e non si aggiungono al fatto descritto nella norma codicistica: *<<se la sottrazione si realizza anche con la sola amotio del veicolo questa condotta è prevista dalla norma del codice penale che, sotto il diverso profilo indicato, prevede espressamente anche il sequestro disposto dall'autorità amministrativa>>.*

Nell'art. 213 è individuabile un ulteriore elemento specializzante: *<<la circostanza che la violazione amministrativa possa essere commessa da "chiunque" e questo elemento può essere ritenuto specializzante "per aggiunta" (l'illecito può essere commesso – in aggiunta ai soggetti indicati nell'art. 334 cod. pen. – anche da persone che non hanno quelle qualità)>>.*

Sulla base di queste considerazioni, la risoluzione della questione controversa è apparsa obbligata: *<<gli elementi specializzanti sono tutti contenuti nell'art. 213, comma 4, cod. strada e dunque questa norma deve essere ritenuta speciale ai sensi dell'art. 9, comma primo, legge 24 novembre 1981, n. 689 (ma lo sarebbe anche con l'applicazione dell'art. 15 cod. pen.) con la conseguenza che il concorso con l'art. 334 cod. pen. - limitatamente alla condotta di chi circola abusivamente con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo in base alla medesima norma – deve essere ritenuto apparente. Né l'identità del fatto può essere negata in considerazione della (peraltro parziale) diversità dell'oggetto giuridico della tutela nel caso in esame per le considerazioni già svolte sull'irrilevanza di questo criterio che porterebbe ad escludere la specialità nei casi già indicati per i quali è pacificamente da sempre riconosciuta l'apparenza del concorso>>.*

Si è, pertanto, conclusivamente ritenuto che, nel caso in esame, il concorso tra gli artt. 334 cod. pen. e 213, comma quarto, cod. strada fosse solo apparente, risultando configurabile soltanto la violazione amministrativa prevista da quest'ultimo.

Cap. 2

I reati contro la pubblica amministrazione

1. L'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. La falsa attestazione del privato di trovarsi nelle condizioni di reddito per fruire delle prestazioni del servizio sanitario pubblico in esenzione dal pagamento del c.d. *ticket sanitario*.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<quale sia la corretta qualificazione giuridica del fatto criminoso consistente nella falsa attestazione del privato di trovarsi nelle condizioni di reddito per fruire, a termini di legge, delle prestazioni del servizio sanitario pubblico senza il versamento della quota di partecipazione alla spesa sanitaria>>.

Un orientamento, che appariva **dominante**, riteneva che la condotta artificiosa consistente nella falsa attestazione di trovarsi nelle condizioni di legge per beneficiare dell'esenzione dal pagamento del *ticket sanitario* non potesse essere ricondotta alla previsione di cui all'art. 316-ter cod. pen., perché l'elemento dell'esenzione da un pagamento resta estraneo alla nozione di "contributo, finanziamento o mutuo agevolato", elementi questi ricompresi tutti nella generica accezione di sovvenzione. Essa, piuttosto, essendo connotata dall'artificiosa rappresentazione di circostanze di fatto, dovrebbe integrare gli estremi della truffa¹⁹.

In senso contrario, altre pronunce ritenevano che, nell'ambito delle erogazioni pubbliche di natura assistenziale, indicate dall'art. 316 ter cod. pen., potessero rientrare anche quelle concernenti l'esenzione dal *ticket* per prestazioni sanitarie: nel concetto di erogazione è compreso, infatti, non solo l'ottenimento di una somma di denaro a titolo di contributo, ma anche l'esenzione dal pagamento di una somma dovuta ad enti pubblici, perché anche in tal caso il richiedente ottiene un vantaggio che viene posto a carico della comunità²⁰.

¹⁹ In tal senso, Cass., sez. 2, n. 32849 del 26 giugno 2007, dep. 13 agosto 2007, Mannarà, rv. 236966; sez. 2, n. 24817 del 25 febbraio 2009, dep. 16 giugno 2009, Molonia, rv. 244736; sez. 2, n. 32578 del 27 aprile 2010, dep. 01 settembre 2010, Di Costanzo, rv. 247974.

²⁰ In tal senso, Cass., sez. 5, n. 41383 del 17 settembre 2008, dep. 06 novembre 2008, Capalbo, rv. 242594, e sez. 6, n. 41329 del 21 ottobre 2010, dep. 22 novembre 2010, Gelsi, n.m.

La **dottrina** non si era occupata della questione controversa.

Con la sentenza del **16 dicembre 2010 – 25 febbraio 2011, n. 7537, Pizzuto**, le Sezioni Unite, hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 249104 – 5

Integra il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato la falsa attestazione circa le condizioni reddituali per l'esenzione dal pagamento del ticket per prestazioni sanitarie e ospedaliere che non induca in errore ma determini al provvedimento di esenzione sulla base della corretta rappresentazione dell'esistenza dell'attestazione stessa. (La Corte ha precisato che si ha erogazione, pur in assenza di un'elargizione, quando il richiedente ottiene un vantaggio economico che viene posto a carico della comunità).

Il reato di falso di cui all'art. 483 cod. pen. resta assorbito in quello di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato in tutti i casi in cui l'uso o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi costituiscano elementi essenziali di quest'ultimo, pur quando la somma indebitamente percepita o non pagata dal privato, non superando la soglia minima di erogazione - Euro 3.999,96 -, dia luogo a una mera violazione amministrativa.

Il Supremo collegio ha premesso che nel termine "erogazioni", che si rinviene nell'art. 316-ter cod. pen., *<<rientrano non solo le somme versate dall'ente pubblico, ma anche le somme non richieste o richieste in misura minore per servizi resi dal predetto ente>>*, ed ha richiamato una **propria precedente decisione**²¹ che, quanto ai rapporti tra il reato di truffa aggravata e quello di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato o di altri enti pubblici, aveva osservato che l'art. 640-bis cod. pen. *<<prevede una circostanza aggravante del delitto di truffa, che si pone in rapporto di specialità con la circostanza aggravante di cui all'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen.>>*, e che la circostanza prevista dall'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen. si applica a qualsiasi truffa commessa "a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare", mentre quella prevista dall'art. 640-bis cod. pen. si applica solo quando la truffa abbia comportato l'indebita erogazione di contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee. Nella citata decisione, si osservava, inoltre, che *<<l'introduzione nel codice penale dell'art. 316-ter ha risposto all'intento di estendere la punibilità a condotte "decettive" (in danno di enti*

²¹ Cass., Sez. un., sentenza n. 16568 del 19 aprile 2007, dep. 27 aprile 2007, Carchivi, rv. 235962.

pubblici o comunitari) non incluse nell'ambito operativo della fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche>>. E, con riguardo alla questione all'epoca controversa²², si era optato per la soluzione che teneva fermi i limiti tradizionali della fattispecie di truffa, riconducendo alla fattispecie di cui all'art. 316-ter le condotte alle quali non conseguiva un'induzione in errore o un danno per l'ente erogatore, con la conseguente compressione dell'art. 316-ter a situazioni del tutto marginali, <<come quello del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale>.

La **giurisprudenza costituzionale** aveva, d'altro canto, ritenuto che fosse inequivoco il carattere sussidiario e residuale dell'art. 316-ter rispetto all'art. 640-bis del codice penale, chiarendo che, alla luce del dato normativo e della *ratio legis*, l'art. 316-ter assicura una tutela aggiuntiva e "complementare" rispetto a quella offerta agli stessi interessi dall'art. 640-bis, coprendo in specie gli eventuali margini di scostamento – per difetto – del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della frode; all'interpretazione giurisprudenziale veniva rimesso l'accertamento, in concreto, se una determinata condotta formalmente rispondente alla fattispecie dell'art. 316-ter integrasse anche la figura descritta dall'art. 640-bis, dovendosi, in tal caso, fare applicazione solo di quest'ultima²³.

Ciò premesso, le Sezioni unite hanno ritenuto che <<l'art. 316-ter cod. pen. punisce condotte decettive non incluse nella fattispecie di truffa, caratterizzate (oltre che dal silenzio antidoveroso) da false dichiarazioni o dall'uso di atti o documenti falsi, ma nelle quali l'erogazione non discende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore, che non viene indotto in errore perché in realtà si rappresenta correttamente solo l'esistenza della formale attestazione del richiedente>>.

Si è, al riguardo, evidenziato che la giurisprudenza di legittimità, in relazione al reato di truffa, ha gradualmente svalutato il ruolo della condotta, orientandosi sempre più verso una configurazione del delitto in senso causale, ove ciò che rileva non è tanto la definizione dei concetti di artifici e raggiri, quanto, piuttosto, l'idoneità di quelle condotte a produrre l'effetto di induzione in errore del soggetto passivo. Si è così assistito al consolidarsi della affermazione secondo la quale, ai fini della sussistenza del reato di truffa, l'idoneità dell'artificio e del raggiro deve essere valutata in concreto, ossia con riferimento diretto alla particolare situazione in cui è avvenuto il fatto ed alle modalità esecutive dello stesso. E le Sezioni Unite avevano già messo in risalto la rilevanza della questione <<se il concetto di "artifici e raggiri" sia integrato anche dalla menzogna pura e semplice e cioè dalla menzogna che, senza particolari modalità ingannatorie aggiuntive, abbia determinato l'errore nel soggetto passivo>>, poiché si poteva ritenere <<che la

²² Si discuteva, in concreto, se ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 316-ter in termini di radicale marginalità, o ridurre in maniera sostanziosa l'ambito di applicazione della fattispecie di truffa.

²³ Corte cost., ord. n. 95 del 2004.

menzogna pura e semplice integra soltanto la condotta che induce in errore, ma non la condotta posta in essere con artifici e raggiri>>²⁴. A fronte di tale avvertimento, sempre le Sezioni Unite hanno statuito che <<vanno ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 316-ter – e non a quella di truffa – le condotte alle quali non consegua un'induzione in errore per l'ente erogatore, dovendosi tenere conto, al riguardo, sia delle modalità del procedimento di volta in volta in rilievo ai fini della specifica erogazione, sia delle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto>>²⁵.

Questo principio è stato ribadito: *<<alla stregua di esso la truffa va ravvisata solo ove l'ente erogante sia stato in concreto "circuito" nella valutazione di elementi attestativi o certificativi artificiosamente decettivi. La sussistenza della induzione in errore, da un lato, e la natura fraudolenta della condotta, dall'altro, deve formare oggetto (come segnalato dalla Corte Costituzionale) di una disamina da condurre caso per caso, alla stregua di tutte le circostanze che caratterizzano la vicenda in concreto. Significazioni in tal senso possono trarsi, del resto, dalla stessa collocazione topografica dell'art. 316-ter cod. pen. e dagli elementi descrittivi che compaiono tanto nella rubrica che nel testo della norma, chiaramente evidenziando la volontà del legislatore di perseguire sostanzialmente la percezione sine titolo delle erogazioni in via privilegiata rispetto alle modalità attraverso le quali l'indebita percezione si è realizzata>>.*

Il principio dianzi enunciato è stato poi specificato nel senso che: *<<integra il delitto di cui all'art. 316-ter cod. pen. anche la indebita percezione di erogazioni pubbliche di natura assistenziale, tra le quali rientrano quelle concernenti la esenzione del ticket per prestazioni sanitarie ed ospedaliere, in quanto nel concetto di conseguimento indebito di una 'erogazione da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di 'contribuzione ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di danaro ma pure attraverso la concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, perché anche in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità>>.*

La nozione di "contributo" va intesa, infatti, *<<quale conferimento di un apporto per il raggiungimento di una finalità pubblicamente rilevante e tale apporto, in una prospettiva di interpretazione coerente con la ratio della norma, non può essere limitato alle sole elargizioni di danaro>>.*

Quanto ai rapporti della fattispecie di cui all'art. 316-ter cod. pen. con i reati di falso, le Sezioni unite avevano già ritenuto che *<<il reato di cui all'art. 316-ter assorbe quello di falso previsto dall'art. 483, in quanto l'uso o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi costituisce un elemento essenziale per la sua configurazione, nel senso che la falsa*

²⁴ Cass., Sez. un., sentenza n. 2780 del 24 gennaio 1996, dep. 15 Marzo 1996, Panigoni, rv. 203965-78.

²⁵ Cass., sez. un., sentenza n. 16568 del 2007, Carchivi, cit.

dichiarazione rilevante ex art. 483, ovvero l'uso di un atto falso, ne costituiscono modalità tipiche di consumazione>>²⁶.

Nell'ambito del quadro giurisprudenziale delineato, sono stati conclusivamente affermati i seguenti principi:

(a) *<<il reato di cui all'art. 316-ter cod. pen. assorbe quello di falso previsto dall'art. 483 dello stesso codice in tutti i casi in cui l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o documenti falsi costituiscono elementi essenziali per la sua configurazione>>: la fattispecie di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato o di altri enti pubblici, infatti, si configura come fattispecie complessa, ex art. 84 cod. pen., che contiene tutti gli elementi costitutivi del reato di falso ideologico. Né può attribuirsi rilievo alla diversità del bene giuridico tutelato dalle due norme, considerato che in ogni reato complesso si ha, per definizione, pluralità di beni giuridici protetti, a prescindere dalla collocazione sistematica della fattispecie incriminatrice;*

(b) *<<l'assorbimento del falso ideologico nel delitto di cui all'art. 316-ter cod. pen. si realizza anche quando la somma indebitamente percepita o non pagata dal privato, non superando la soglia minima dell'erogazione (euro 3.999,96), integri la mera violazione amministrativa di cui al secondo comma dello stesso art. 316-ter>>: rientra, infatti, nelle valutazioni discrezionali del legislatore la scelta della natura e qualità delle risposte sanzionatorie a condotte antigiuridiche, e quindi l'assoggettabilità dell'autore, in una determinata fattispecie, a sanzioni amministrative, pure se frammenti di queste condotte, ove non sussistesse la fattispecie complessa, sarebbero sanzionabili con autonomo titolo di reato.*

²⁶ Cass., sez. un., sentenza n. 16568 del 2007, Carchivi, cit.

Cap. 3

La legislazione speciale

1. Sicurezza pubblica: la normativa in tema di stranieri. Il reato di cui all'art. 6 D. Lgs. n. 286 del 1998.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la modificazione dell'art. 6 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, ad opera dell'art. 1, comma 22 lett. h) della legge 15 luglio 2009 n. 94, abbia circoscritto i soggetti attivi del reato - di inottemperanza <<all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato>> - esclusivamente agli stranieri "legittimamente" soggiornanti nel territorio dello Stato, con conseguente abolitio criminis per gli stranieri extracomunitari clandestini>>.

Sotto la vigenza della precedente formulazione dell'art. 6, comma terzo, D. Lgs. n. 286/98, che sanzionava la mancata esibizione del passaporto (o di altro documento di identificazione) ovvero del permesso o della carta di soggiorno, le **Sezioni Unite**²⁷ avevano ritenuto:

(a) la punibilità della mancata (ed ingiustificata) esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione, commessa dallo straniero (extracomunitario), a prescindere dalla regolarità o meno della sua presenza nel territorio nazionale;

(b) l'irrelevanza penale, invece, dell'omessa esibizione, da parte dello straniero clandestino, del permesso o della carta di soggiorno, ovvero del documento di identificazione per stranieri di cui all'art. 6, comma nono, D. Lgs. cit., trattandosi di un obbligo da lui inesigibile, attesa l'inconciliabilità del possesso di uno di detti ultimi documenti con la condizione stessa di straniero clandestino.

Questo orientamento era stato costantemente ribadito dalle successive decisioni della giurisprudenza di legittimità²⁸.

²⁷ Così, Cass., Sez. un., n. 45801 del 29 ottobre 2003, dep. 27 novembre 2003, Mesky, rv. 226102.

²⁸ Da ultimo, Cass., sez. 2, n. 34068 del 3 luglio 2009, dep. 4 settembre 2009, Diakate; sez. 1, n. 17315 del 9 aprile 2009, dep. 23 aprile 2009, Cheikh; sez. 6, n. 16047 del 5 marzo 2009, dep. 16 aprile 2009, Wagane; sez. 1, n. 3604 del 16 gennaio 2009, dep. 27 gennaio 2009, Uica; sez. 1, n. 1837 del 9 dicembre 2008, dep. 19 gennaio 2009, Chen Guanghua ed altri; sez. 2, n. 48062 del 28 novembre 2008, dep. 24 dicembre 2008, Lakhdari; sez. 1, n. 26589 dell'8 maggio 2007, dep. 9 luglio 2007, Laraichi, rv. 2369018.

Anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 6, comma terzo, cit. dall'art. 1, comma 22, lett. h), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica")²⁹, la **giurisprudenza di legittimità**³⁰ aveva ribadito i principi in precedenza enunciati dalle Sezioni Unite, ritenendo tuttora esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti di soggiorno, osservando **a)** che la novella ha comportato un inasprimento sanzionatorio, ovviamente (ex art. 25 Cost. e art. 2 c.p.) non applicabile ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, ed un mutamento lessicale dal valore pressoché esclusivamente formale nella descrizione della fattispecie; **b)** che il problema del valore copulativo o correlativo, ovvero alternativo, della congiunzione "e", posta tra le classi dei documenti di identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, e adottata nella nuova formulazione in luogo di quella sicuramente disgiuntiva ("o") del testo precedente, *<<non può incidere sulla condizione di esigibilità dell'ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, nè, in ogni caso, sulle situazioni pregresse>>*.

Non si registravano pronunce di segno contrario.

Al contrario, nell'ambito della **giurisprudenza di merito**³¹ le prime decisioni sembravano orientate diversamente, nel senso che, in virtù della nuova formulazione della norma in esame, sarebbe ora sanzionata l'omessa, contestuale (e non alternativa), esibizione da parte dello straniero, sottoposto a controllo, sia di un documento idoneo a stabilirne l'identità, sia di un documento idoneo a comprovarne la regolare presenza sul territorio dello Stato. In favore di tale conclusione militava la *ratio* giustificatrice delle innovazioni apportate dalla l. n. 94 del 2009, attraverso l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio italiano (all'art. 10-*bis* D. Lgs. cit.), che avrebbe dato vita ad un «doppio binario» sanzionatorio: **a)** l'uno, per gli stranieri regolarmente presenti sul territorio (onerati dell'esibizione contestuale, a richiesta, dei documenti indicati nell'art. 6 D. Lgs. cit.); **b)** l'altro, per gli stranieri «clandestini punibili — in via gradatamente sempre più grave — con le (nuove) previsioni di cui agli art. 10 - *bis*, 14, comma 5 - *ter*, 14, comma 5 - *quater*, e 13, comma 13, D. Lgs. cit.

Il collegio rimettente riteneva non condivisibile l'orientamento dominante nell'ambito della giurisprudenza di legittimità; secondo la diversa impostazione ermeneutica seguita dal collegio rimettente, la *quaestio iuris* atteneva alla tipicità, piuttosto che alla esigibilità

²⁹ Che ha sostituito il precedente testo normativo, disponendo che *<<Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000>>*.

³⁰ Cass., sez. 1, n. 44157 del 23 settembre 2009, dep. 18 novembre 2009, P.G. in proc. Calmus ed altro, rv. 245555; sez. 1, 20 gennaio 2010, n. 6343, Wainan; sez. 1, 30 settembre 2010, n. 785/2010.

³¹ Fra le tante, Trib. Bologna, sez. G.I.P., 28 ottobre 2009.

della condotta, dovendosi verificare, in particolare, se la novella abbia o meno comportato una parziale *abolitio criminis* con riguardo alla figura del soggiornante irregolare, stante la tipizzazione del “soggiornante regolare” quale esclusivo soggetto attivo del reato proprio in esame. Nella costruzione del precetto normativo risulterebbe, infatti, con evidenza l'estromissione dei clandestini dal novero dei soggetti attivi del reato, poiché gli stessi sono necessariamente privi, proprio per la condizione di clandestinità in cui versano, sia del permesso che di ogni altro titolo di soggiorno, laddove il contenuto del disposto normativo concerne indefettibilmente l'esibizione “*del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato*”.

Due sono essenzialmente le argomentazioni al riguardo sviluppate nell'ordinanza di rimessione: **(a)** il rilievo storico-sistematico della contestuale introduzione, ad opera della stessa novella, del nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato; **(b)** lo stesso tenore letterale della disposizione incriminatrice, che tipizzerebbe chiaramente la fattispecie nel senso che, ai fini dell'integrazione del reato, è necessaria la concorrenza dell'omessa esibizione dei documenti di identificazione e del titolo che abilita al soggiorno

La **dottrina** era estremamente divisa:

(a) l'orientamento prevalente riteneva che la modifica introdotta dal legislatore del 2009 comportasse la necessità di un complessivo ripensamento della portata stessa della fattispecie incriminatrice, nel senso che la richiesta del pubblico ufficiale dovrebbe oggi necessariamente avere ad oggetto i documenti identificativi “**e**” quelli relativi al soggiorno: in questa prospettiva, l'ottemperanza prescritta dalla disposizione in esame si riferirebbe esclusivamente ad una richiesta congiunta dei documenti di entrambi i tipi, con la conseguenza che essa sarebbe esigibile solo dallo straniero regolarmente soggiornante nel territorio. D'altro canto, l'esclusione dal novero dei destinatari della nuova norma incriminatrice di cui all'art. 6, comma terzo, cit., degli stranieri illegalmente presenti in Italia risulterebbe coerente con la contestuale introduzione, ad opera della stessa novella del 2009, del reato di cui all'art. 10-bis cit. Si osservava che <<*l'aver introdotto il reato di clandestinità rende non punibile per lo straniero il rifiuto di eseguire condotte, come l'esibizione dei documenti, che hanno come necessaria conseguenza quella di autoaccusarsi del nuovo reato*>>; invero, con la penalizzazione del soggiorno irregolare dello straniero clandestino dai cui documenti emerge lo *status* di irregolarità, il relativo dovere di esibizione configurerebbe un vero e proprio obbligo di autoincolpazione, che si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*, introducendosi in tal modo in capo allo straniero irregolare, che non ottemperi all'ordine, quel giustificato motivo evocato dalla norma incriminatrice. Nell'ambito di questo orientamento si era anche sostenuto che l'inserimento dell'incriminazione che sanziona penalmente l'ingresso ed il soggiorno illegale dello straniero extracomunitario ex art. 10-bis cit., e la contemporanea modifica dell'art. 6, comma 3, scindono in astratto la coppia

dei possibili soggetti attivi (stranieri regolari/irregolari), mantenendo nell'ambito della fattispecie tipica esclusivamente gli stranieri regolari (conseguenza, questa, prodottasi con l'inserimento della congiunzione copulativa "e" fra le classi di documenti da mostrare). Gli extracomunitari irregolari, non colpiti da un precedente ordine di espulsione ovvero di allontanamento, rispondono, invece, esclusivamente del reato di cui all'art. 10-*bis*: per il passato, dunque, si è verificata una perdita di rilevanza penale della sottofattispecie relativa alla mancata esibizione del documento di identificazione. La riformulazione dell'art. 6, comma 3, ha comportato, infatti, la sostituzione della previgente incriminazione con una nuova che si pone rispetto alla precedente in rapporto di specialità, restringendo il novero dei possibili soggetti attivi del reato ai soli stranieri "regolari", che non esibiscono sia un documento di identificazione sia il permesso di soggiorno. L'indispensabile esibizione di entrambi i documenti (quello identificativo e quello attestante la regolarità della presenza in Italia) specializza, pertanto, la tutela penale, riducendo l'ambito applicativo della menzionata incriminazione rispetto al passato; tuttavia, la delimitazione del perimetro del penalmente rilevante è compensata dall'introduzione della nuova figura di reato di cui all'art. 10-*bis*, la quale rende non più necessario incriminare la mancata esibizione di un documento di identità da parte dell'immigrato clandestino. Ne consegue che la novella avrebbe abolito quella parte della previgente incriminazione riguardante l'immigrato clandestino il quale non mostrava un documento di identificazione: siffatta condotta, attualmente, deve ritenersi assorbita nel nuovo reato di immigrazione clandestina - che risulta, peraltro, palesemente eterogeneo, sotto il profilo strutturale, rispetto al previgente illecito previsto dall'art. 6, comma 3 – con la conseguenza che, per questa tipologia di fatto, si è prodotta una *abolitio criminis* quanto alle condotte pregresse, ed una nuova incriminazione per il futuro. Per quanto concerne, invece, la posizione dello straniero regolare (unica classe residua di possibili soggetti attivi), la novella ha unicamente comportato un inasprimento sanzionatorio, con la conseguenza che essa non potrà applicarsi ai fatti anteriormente commessi;

(b) un diverso, ma isolato, orientamento riteneva invece sussistente un'ipotesi di concorso formale tra i reati di cui agli artt. 6, comma 3, e 10-*bis*, il che avrebbe comportato l'attrazione della competenza al giudice ordinario anche per il reato di cui all'art. 10-*bis* e l'impossibilità di giudicare lo straniero con il nuovo rito sommario dinanzi al giudice di pace, così come previsto alla l. n. 94/2009 per il reato punito dall'art. 10-*bis*;

(c) altro orientamento riteneva, infine, che, quand'anche la norma *de qua* dovesse leggersi secondo il suo significato letterale (poiché potrebbe essersi trattato anche di un mero refuso legislativo), nulla cambierebbe rispetto agli approdi interpretativi cui erano pervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia del 2003; muovendo dal presupposto, delineato dalle stesse Sezioni Unite, secondo cui la "esibizione" di un documento presuppone che lo stesso esista nel mondo fenomenico, apparirebbe evidente che della contravvenzione non poteva (e non potrà nemmeno in futuro) essere chiamato a

rispondere l'immigrato clandestino, per il solo fatto di non essere stato in grado di esibire il permesso di soggiorno o altro documento equipollente, atteso che per definizione esso non può esistere.

Con ordinanza del **24 febbraio – 27 aprile 2011, n. 16453, P.M. in proc. Alacev**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249546

Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o dell'attestazione della regolare presenza nel territorio dello Stato è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e non anche degli stranieri in posizione irregolare, a seguito della modifica dell'art. 6, comma terzo, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recata dall'art. 1, comma ventiduesimo, lett. h), L. 15 luglio 2009, n. 94, che ha comportato una *abolitio criminis*, ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare.

Il Supremo collegio ha richiamato il proprio precedente orientamento relativo alla previgente formulazione dell'art. 6, comma terzo, cit., ricordando che la *ratio decidendi* della sentenza Mesky, era dichiaratamente fondata sul contenuto della norma posta dall'art. 6, comma 3, D. Lgs. 286 del 1998, interpretata nel "senso fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore" (art. 12, comma primo, disp. prel.). La norma, nel testo vigente all'epoca della decisione, indicava quattro tipi di documenti che lo straniero (senza alcuna distinzione tra legittimamente o irregolarmente presente sul territorio nazionale) era abilitato a esibire a richiesta degli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza; l'esibizione di uno qualsiasi di tali documenti ("il passaporto o altro documento di identificazione ovvero il permesso di soggiorno o la carta di soggiorno") escludeva la sussistenza del reato. La citata decisione aveva rilevato che i primi due (passaporto o altro documento d'identificazione) non hanno alcun rilievo ai fini della regolarità dell'ingresso e della giustificazione della presenza nel territorio dello Stato, ma attengono solo alla certa identificazione del soggetto; il permesso e la carta di soggiorno attestano, invece, la regolare presenza dello straniero in territorio nazionale e di tale regolarità sono idonei a dare esaustiva contezza, ma valgono nel contempo alla sicura identificazione del soggetto. La locuzione <<ovvero>> attribuiva agli ultimi due valore di equipollenza e ne derivava che l'esibizione di uno qualsiasi di tali documenti escludeva la sussistenza del reato, con la conseguenza che lo straniero in

posizione irregolare aveva l'obbligo di esibire i documenti d'identificazione, mentre non era da lui esigibile l'esibizione dei documenti di soggiorno. La *ratio* della norma non era quella di consentire agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza di verificare, *illico et immediate*, attraverso l'esibizione di uno di quei documenti, la regolarità o meno della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma solo quella di procedere alla sua documentale identificazione. L'interesse protetto dalla norma veniva individuato non già nella verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, ma nell'identificazione dei soggetti stranieri presenti (regolarmente o meno) nel territorio dello Stato, potendo l'accertamento di regolarità del soggiorno essere effettuato in un momento successivo.

La novella del 2009 ha inciso sul testo dell'art. 6, comma terzo, cit. non soltanto inasprendo il trattamento sanzionatorio (aumento del massimo edittale), ma precisando anche la condotta tipica (inottemperanza all'ordine di esibizione, anziché mancata esibizione alla richiesta di ufficiali e agenti di p.s.), in particolare attraverso la sostituzione della locuzione <<e>> alla disgiunzione <<ovvero>> relativamente alle due categorie di documenti da esibire: quelli d'identificazione e quelli attestanti la regolarità del soggiorno nel territorio dello Stato.

L'orientamento giurisprudenziale di legittimità, secondo il quale l'intervenuta modificazione normativa non avrebbe determinato mutamenti di alcun genere, in quanto la precisazione della condotta tipica ha valore esclusivamente formale, mentre l'introduzione della congiunzione "e" posta tra le classi dei documenti d'identificazione e dei documenti di soggiorno da esibire, adottata nella nuova formulazione in luogo di quella precedente, sicuramente disgiuntiva ("ovvero"), non può incidere sulla condizione di esigibilità dell'ottemperanza che è implicita nella clausola del giustificato motivo, né, in ogni caso, sulle situazioni pregresse>> non è stato condiviso, poiché <<*il tenore oggettivo della disposizione incriminatrice tipizza la condotta contravvenzionale nel senso che, ai fini dell'adempimento del precetto normativo, è necessaria la concorrenza dell'esibizione dei documenti d'identificazione unitamente a quella del titolo di soggiorno. A tanto conduce l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 6, comma 3, d. lgs. cit., seguendo i canoni dettati dall'art. 12 delle preleggi (secondo i criteri seguiti dalla stessa sentenza Mesky), al fine di attribuire significato alla norma per misurarne la precisa estensione e la possibilità di applicazione alla concreta fattispecie. È vero che, in astratto, la congiunzione "e" può essere utilizzata in funzioni di collegamento di tipo copulativo (nel senso di "e anche") sia di tipo disgiuntivo ("e/o"), ma l'analisi testuale del dettato normativo nel suo sviluppo diacronico (rispetto al precedente testo) e sincronico (rispetto alle coppie alternative poste all'interno delle due categorie di documenti) assegna alla congiunzione "e" il significato della necessaria compresenza delle due categorie di documenti: quelli d'identità (passaporto o altro documento identificativo) e quelli di regolarità (permesso di soggiorno o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato)>>.*

Dalla successione delle congiunzioni emerge che i collegamenti sono di disgiunzione ed alternatività all'interno di ciascuna categoria (stante la fungibilità dei documenti richiamati per attestare rispettivamente l'identità e la regolarità del soggiorno), di addizione e compresenza delle due diverse categorie (essendo palese l'infungibilità tra documenti d'identificazione e quelli relativi al soggiorno): il legislatore ha *<<consapevolmente operato la sostituzione della congiunzione da disgiuntiva ("ovvero") a congiuntiva ("e"), modificando la connessione delle parole e facendo venir meno l'equipollenza degli adempimenti evidenziata dalla sentenza Meski, così imponendo allo straniero di esibire, oltre ai documenti d'identificazione personale, anche quelli attestanti la regolarità della presenza nel territorio dello Stato. Ciò all'evidente scopo, per parafrasare la motivazione della sentenza Meski, di consentire agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza non soltanto di procedere all'esatta e compiuta identificazione dello straniero, ma anche "di verificare, illico et immediate, attraverso l'esibizione di uno di quei documenti, la regolarità o meno della presenza dello straniero nel territorio nazionale", al fine di procedere al confronto tra dati identificativi e dati risultanti dai documenti concernenti la legalità dell'ingresso e del soggiorno, in maniera da far subito emergere l'eventuale non corrispondenza tra essi o l'utilizzazione di documenti falsi>>.*

Lo scopo della predetta modifica normativa, volta a porre un freno al diffuso fenomeno dell'uso di documenti di soggiorno falsi o contraffatti, può essere desunto dalla contestuale e coerente introduzione³² di una nuova fattispecie penale, che estende la pena della reclusione da uno a sei anni anche all'utilizzazione di uno dei documenti, contraffatti o alterati, relativi all'ingresso e al soggiorno.

Si è, pertanto, concluso che, rispetto alla precedente formulazione, secondo cui il reato era integrato per il fatto di non esibire una delle due categorie di documenti (d'identificazione ovvero di regolare soggiorno), a seguito della novella del 2009 la fattispecie contravvenzionale è integrata dallo straniero che, a richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, omette di esibire entrambe le categorie di documenti: *<<così ricostruita la fattispecie, ne deriva che essa non può più applicarsi allo straniero in posizione irregolare, cioè a colui che è entrato illegalmente in Italia o qui è rimasto nonostante la scadenza del titolo di soggiorno>>;* in particolare, la norma incriminatrice non può riguardare tale straniero *<<perché egli, in quanto irregolarmente presente nel territorio dello Stato, non può, per ciò stesso, essere titolare di permesso di soggiorno; la condotta dello straniero irregolare non può essere ricompresa nella nuova fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, D. Lgs. cit. in forza del principio di tipicità, risultando chiaro dal contenuto della norma e dall'interesse da essa tutelato che il soggetto attivo del reato è stato circoscritto allo straniero regolarmente soggiornante>>.*

³² Ad opera dell'art. 1, comma 22, lett. f), l. n. 94 del 2009, che ha modificato l'art. 5, comma 8-bis, d. lgs. 286 del 1998.

Queste conclusioni sono avvalorate dall'esame dell'intero contesto normativo in cui il legislatore ha introdotto la modificazione dell'art. 6, comma 3, cit., costituito non soltanto dall'introduzione dell'indicata estensione della fattispecie delittuosa dell'art. 5, comma 8-bis, D. Lgs. n. 286 del 1998, all'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsificati o contraffatti, ma anche dall'introduzione nell'ordinamento del delitto di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato" e dalle disposizioni penali e processuali che l'accompagnano (art. 10-bis stesso D. Lgs., inserito dall'art. 1, comma 16, lett. a), l. n. 94 del 2009): *<<con la modificazione del predetto art. 6, comma 3 (inasprimento sanzionatorio per l'omessa esibizione dei documenti da parte dello straniero regolarmente soggiornante), e con l'inserimento nell'art. 5, comma 8-bis della punizione dell'utilizzazione dei documenti di soggiorno falsi o contraffatti, il legislatore ha inteso facilitare, innanzitutto per le forze di polizia, la distinzione tra le due categorie di stranieri (regolari e irregolari), allo scopo di sottoporre quelli in posizione irregolare (la cui condotta integra il reato di cui all'art. 10-bis D. Lgs. 286 del 1998) a sanzione pecuniaria, inflitta dal giudice di pace, a seguito di rapido e semplificato processo penale, finalizzato alla più veloce estromissione dal territorio dello Stato>>.*

Si è osservato che *<<al legislatore, in effetti, interessa poco la sanzione penale per gli stranieri che sono entrati o soggiornano illegalmente nello Stato; interessa piuttosto attivare il meccanismo rapido volto all'espulsione, tant'è che il reato di cui all'art. 10-bis è sanzionato soltanto con pena pecuniaria, salva la ricorrenza dei più gravi reati, in forza dell'espressa clausola di sussidiarietà, all'evidenza prevista con riferimento ai delitti previsti dai successivi artt. 13 e 14 (non già per la contravvenzione prevista dal precedente art. 6, comma 3)>>.*

Il legislatore ha, pertanto, introdotto un "doppio binario", *<<sanzionando gli stranieri regolarmente soggiornanti per la mancata esibizione dei documenti con la pena inasprita dall'art. 6, comma 3, cit. (costringendoli a circolare sempre muniti di completa documentazione d'identità e di soggiorno) e gli stranieri in posizione irregolare con un crescendo sanzionatorio-repressivo scandito sulle diverse eventuali condotte illecite in progressione (artt. 10-bis, 14, comma 5-ter, 14, comma 5-quater, 13, comma 13, D. Lgs. cit.), sempre finalizzato all'espulsione dal territorio nazionale nel più breve tempo possibile, obiettivo che rischierebbe di essere compromesso dai tempi processuali di accertamento e di eventuale esecuzione di pena per il reato di cui all'art. 6, comma 3 (per il quale non sono previsti i meccanismi facilitatori dell'espulsione di cui all'art. 10-bis). Al fine di attivare la dinamica repressiva-espulsiva appena indicata è funzionale la stessa previsione dell'art. 6, comma 3, D. Lgs. n. 286 del 1998, nell'interpretazione sopra formulata. Come si è notato, l'interesse protetto da questa norma è quello di procedere immediatamente alla verifica della regolarità della presenza dello straniero in territorio nazionale, per poter il più rapidamente possibile mettere in opera il meccanismo*

processual-penale e amministrativo volto all'espulsione dal territorio nazionale dello straniero in posizione irregolare>>.

L'identificazione e l'accertamento di regolare presenza degli stranieri legalmente soggiornanti costituiscono, infatti, attività prodromiche e funzionali a innescare il procedimento di espulsione di quelli in posizione irregolare: <<invero, la mancata esibizione di documenti attestanti la regolarità del soggiorno, di per sé, costituisce un indizio del reato di cui all'art. 10-bis, con tutto ciò che consegue in termini di accertamenti di polizia giudiziaria, a cominciare dai poteri d'identificazione di cui all'art. 349 cod. proc. pen. In ogni caso, ritenere che la fattispecie dei cui all'art. 6, comma 3, D. Lgs. cit. escluda come soggetto attivo lo straniero in posizione irregolare, non implica affatto che egli sia sciolto dai vincoli connessi al dovere di farsi identificare, a richiesta anche di ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, applicandosi comunque a tutti gli stranieri (in posizione regolare o irregolare) l'art. 6, comma 4, che consente di sottoporre a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici lo straniero (in posizione regolare o irregolare) nel caso che vi sia motivo di dubitare della sua identità personale>>.

In conclusione, si è conclusivamente ritenuto che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, cod. pen., a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 1, comma 22, lett. h), l. n. 94 del 2009 sia intervenuta l'*abolitio criminis* del reato già previsto dall'art. 6, comma 3, D. Lgs. n. 286 del 1998 nei confronti dello straniero in posizione irregolare.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 4

I soggetti

1. Il giudice. Astensione e ricusazione: l'efficacia degli atti compiuti *medio tempore* dal giudice astenutosi o ricusato.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

<<se, in assenza di un'espressa dichiarazione di conservazione di efficacia nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato possano essere utilizzati>>.

L'**orientamento prevalente** riteneva che, ai sensi dell'art. 42, comma secondo, cod. proc. pen., la declaratoria di efficacia degli atti (in tutto od in parte) compiuti dal giudice successivamente astenutosi o ricusato fosse imprescindibile, dovendo in difetto ritenersi l'inefficacia di tutti gli atti in precedenza compiuti: il piano dell'efficacia degli atti precedentemente compiuti, cui fa riferimento l'art. 42, comma secondo, non andava confuso con quello dell'utilizzabilità degli stessi mediante il meccanismo delineato dall'art. 511 cod. proc. pen. Si evidenziava anche che, dal contenuto logico della disposizione di cui all'art. 42, comma secondo, *<< traspare, in termini univoci e concludenti, che, in caso di accoglimento della richiesta di astensione o di ricusazione, non può mai mancare l'accertamento relativo alla conservazione o non dell'efficacia degli atti compiuti dallo iudex suspectus, sicchè deve riconoscersi che ogni volta che gli stessi atti trovino una qualche possibilità di utilizzazione (e tale è indubbiamente quella, sussistente nel caso di specie, che ne consente il mantenimento nel fascicolo del dibattimento ai fini della lettura ex art. 511) il giudice che accoglie l'istanza di astensione o di ricusazione non può mai esimersi dall'osservanza del dovere di controllare l'eventuale incidenza sul contenuto dei singoli atti delle specifiche situazioni che hanno dato causa alla stessa astensione o ricusazione >>³³. A fondamento del principio si porrebbe la garanzia dell'imparzialità del giudicante, più volte indicata dalla giurisprudenza costituzionale quale perno centrale del << giusto processo >>. Non sarebbe conferente richiamare il principio di conservazione degli atti compiuti dal giudice suspectus, <<per l'ovvia ragione che (...) può avere senso parlare di conservazione degli atti fino a quando non sia stata accolta l'istanza di*

³³ Così per prima Cass., sez. 4, n. 2799 del 16 aprile 1997, dep. 27 maggio 1997, Confl. Comp. in proc. Zuccotti ed altri, rv. 207741 – 2. Conformi, Cass., sez. 6, n. 23657 del 16 maggio 2001, dep. 11 giugno 2001, Calabrò, rv. 219004; sez. 1, n. 4824 del 18 aprile 1997, dep. 22 maggio 1997, Galli, rv. 207588; sez. 1, n. 25096 del 26 febbraio 2004, dep. 03 giugno 2004, Alampi; sez. 2, n. 21831 del 28 gennaio 2002, dep. 05 giugno 2002, Tripodi, rv. 221986 – 8.

astensione o di ricusazione, e che dopo la pronuncia di accoglimento, il riconoscimento della perdurante efficacia degli atti è subordinato alla verifica imposta dal secondo comma dell'art. 42>>. Si rilevava, infine, che <<l'obbligatorietà di una siffatta pronuncia, correlata all'insopprimibile esigenza di imparzialità del giudice, trova significativa conferma nel recente intervento normativo attuato col d.l. 23.10.1996, n. 553, convertito nella l. 23.12.1996, n. 652, il cui secondo comma dell'art. 1 statuisce che conservano efficacia gli atti compiuti anteriormente al provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione per una delle situazioni di incompatibilità stabilite dall'art. 34, comma 2°, del codice, restando, con ciò, inequivocamente confermato che per la altre cause di astensione o di ricusazione è sempre prescritto il controllo di efficacia imposto dal secondo comma dell'art. 42 >>. A sostegno dell'orientamento, con implicazioni anche relative alla successiva valutazione di utilizzabilità degli atti, riservata al giudice all'esito del dibattimento, all'esito di un'ampia disamina, si era anche affermato che <<qualora la Corte d'appello abbia accolto la dichiarazione di ricusazione del presidente della Corte d'assise, spetta allo stesso giudice della ricusazione e non al nuovo collegio giudicante, indicare, ai sensi dell'art. 42, comma secondo, cod. proc. pen., se e in quale parte, gli atti compiuti precedentemente conservino efficacia, cioè possano essere mantenuti nel fascicolo per il dibattimento, ferma restando la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva, ai fini del decidere, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 511 in relazione all'art. 525 cod. proc. pen.>>³⁴. Pertanto, soltanto con riguardo agli atti dei quali sia stata espressamente conservata l'efficacia, l'imputato, in caso di rinnovazione del dibattimento per mutata composizione del collegio, potrà esprimere il consenso alla utilizzabilità, laddove detto consenso non potrebbe essere né richiesto né prestato se il giudice che ha deciso sull'astensione o sulla ricusazione non abbia effettuato la dichiarazione di conservazione dell'efficacia.

L'orientamento era condiviso dalla **dottrina dominante**. Si riteneva, in particolare, che la formulazione letterale dell'art. 42, comma secondo, cod. proc. pen., generalmente considerato espressione del principio di conservazione degli atti (così espressamente la Relazione al progetto preliminare del Cod. proc. pen., 29, che non contiene ulteriori riferimenti di rilievo ai fini della soluzione della odierna questione controversa), non indicasse <<che nel silenzio del giudice competente sopravviva l'intera attività giurisdizionale posta in essere dal ricusato, bensì proprio al situazione opposta, in quanto, come è stato attentamente osservato, ove si fosse voluto attagliare la disposizione al principio di conservazione degli atti la si sarebbe dovuta formulare secondo uno schema antitetico del tipo “ se e in quale parte gli atti compiuti perdano efficacia”>>.

³⁴ Cass., sez. 1, n. 32800 del 07 luglio 2005, dep. 30 agosto 2005, Di Mauro, rv. 231889; conforme, sez. 6, n. 1391 del 26 ottobre 2006, dep. 19 gennaio 2007, Cremonesi.

Altro orientamento, inizialmente formatosi sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito³⁵, riteneva che gli atti compiuti dal giudice successivamente astenutosi (o ricusato) sono validi se non sia diversamente disposto nel provvedimento che accoglie l'istanza di astensione (o la dichiarazione di ricusazione)³⁶; all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, l'orientamento è stato ripreso, con la precisazione che la tesi accolta *<<si ricollega (...) ai principi della conservazione degli atti e dell'economia processuale, particolarmente sentiti in processi di notevole complessità, in cui sarebbe troppo macchinoso elencare le attività processuali ritenute ancora valide>>*³⁷. Sulla risoluzione della questione controversa potrebbe, pertanto, influire anche la specifica natura dei singoli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, dei quali, di volta in volta, sia discussa – nel silenzio del provvedimento che ha accolto l'astensione o la ricusazione – l'efficacia.

L'orientamento è stato autorevolmente sostenuto dalla dottrina, per la quale l'ordinanza [che accoglie l'astensione o la ricusazione] *<<dichiara se e in quale parte>>* valgano ancora gli atti in precedenza compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, *<<rectius, li invalida o no; l'ipotesi è che fossero validi>>*; si precisava che la disciplina vigente *<<vuole tutelare la continuazione e la conservazione dell'attività processuale del giudice ricusato, salvo interventi diretti del giudice competente a decidere sulla ricusazione ancor prima della decisione e salvo il controllo circa l'efficacia in relazione ad ogni singolo atto prima compiuto, controllo da effettuarsi con l'eventuale provvedimento finale di accoglimento. Pertanto, anche quando le dichiarazioni vengono accolte, gli atti compiuti in precedenza rimangono pienamente efficaci salvo che il giudice competente a decidere sull'astensione o sulla ricusazione ne dichiari espressamente l'inattitudine a produrre effetti giuridici>>*.

Con sentenza del **16 dicembre 2010 – 5 aprile 2011, n. 13626, Di Giacomantonio ed altri**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, aderendo all'orientamento in precedenza prevalente. Il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 249299

In assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato

³⁵ Il cui art. 70, comma 2, disponeva che *<<L'ordinanza [che accoglie l'astensione o la ricusazione] determina se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal magistrato astenutosi o ricusato o con il concorso di lui, conservano validità>>*.

³⁶ In tal senso, Cass., sez. 2, n. 12233 del 04 aprile 1978, dep. 12 ottobre 1978, Governatori, rv. 140129.

³⁷ In tal senso, Cass., sez. 1, n. 4227 del 19 giugno 1997, dep. 16 luglio 1997, Barreca, rv. 208409; sez. 1, n. 27604 del 04 giugno 2001, dep. 09 luglio 2001, Sciarabba, rv. 219145.

devono considerarsi inefficaci. (La Suprema Corte ha precisato che la nozione di <<efficacia>> indica, nella specie, la possibilità di inserimento degli atti, compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, nel fascicolo per il dibattimento, e che la valutazione di efficacia od inefficacia, operata dal giudice che decide sull'astensione o sulla ricusazione, pur autonomamente non impugnabile, è successivamente sindacabile, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione).

Le Sezioni unite hanno premesso che gli istituti della incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione tutelano specificamente il principio fondamentale della imparzialità del giudice, <<principio che implica, come chiarito da autorevole dottrina, non soltanto l'assenza di vincolo di subordinazione rispetto agli interessi delle parti in causa, ma, in una prospettiva più ampia, la non soggezione a condizionamenti di ogni genere che possano prevalere sulla necessità di accertamenti e valutazioni serene ed esclusivamente ispirate dallo scopo di decidere secondo diritto e giustizia>>, e trova fondamento costituzionale nel vigente testo dell'art. 111 Cost.

E' stato, in primo luogo, valorizzata l'interpretazione letterale dell'art. 42, comma secondo, cod. proc. pen.: *<<la disposizione, infatti, nello stabilire che "il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia" determina in primo luogo con precisione il giudice che deve adottare il provvedimento. Si tratta, invero, del giudice dell'astensione o della ricusazione, come affermato dalla richiamata sentenza Zuccotti, e come si desume dalla lettera della disposizione. Del resto è proprio il giudice che decide sulla astensione che conosce i profili di incompatibilità del giudice astenutosi e che può quindi valutare con precisione gli effetti di tale rilevata incompatibilità sugli atti di natura probatoria assunti in precedenza. Inoltre, proprio perché si tratta di un profilo molto delicato perché attiene alla imparzialità e terzietà del giudice, il provvedimento che decide la sorte degli atti posti in essere dal giudice astenuto deve essere adottato con la maggiore celerità possibile al fine di evitare dubbi sulla parzialità del giudizio>>.*

Questa affermazione di principio risultava, peraltro, pacifica, laddove vi è contrasto in ordine alla necessità o meno della declaratoria di efficacia degli atti precedentemente assunti dal giudice astenuto; in proposito, le Sezioni unite hanno, peraltro, osservato che *<<ancora una volta l'interpretazione letterale della disposizione non lascia adito a dubbi perché il comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen. precisa che "il provvedimento [...] dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia". È vero che la disposizione in discussione, che sostanzialmente riproduce quella dell'articolo 70 del codice previgente, viene tradizionalmente considerata espressione del principio di conservazione degli atti (vedi Relazione al Progetto preliminare del cod. proc. pen., 29), ma, come è stato attentamente osservato da autorevole dottrina,*

ove si fosse voluto attagliare la disposizione al principio di conservazione degli atti la si sarebbe dovuta formulare secondo uno schema antitetico del tipo "se e in quale parte gli atti compiuti perdano efficacia" >>.

Vi è quindi una sorta di presunzione di inefficacia degli atti posti in essere dallo *iudex suspectus* prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o della ricusazione, che può essere rimossa con la declaratoria di efficacia di tutti o di alcuni atti dal giudice della ricusazione, che abbia verificato se malgrado la riconosciuta carenza di imparzialità del giudice, vi siano atti che non abbiano subito alterazione, così da poter essere conservati.

L'obbligatorietà della declaratoria di efficacia degli atti ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen. trova significativa conferma nella disposizione di cui all'art. 1 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 553, convertito nella legge 23 dicembre 1996, n. 652: *<<tale decreto-legge intervenne subito dopo la sentenza della Corte cost. n. 371 del 1996, con cui fu dichiarata l'illegittimità dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. "nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia stata compiutamente valutata". L'art. 1, comma 2, del citato decreto-legge dispose che conservano efficacia gli atti compiuti anteriormente al provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione del giudice per una delle cause di incompatibilità stabilite dall'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. quando sia già stata dichiarata l'apertura del dibattimento. Si tratta di una norma transitoria e perciò eccezionale che deroga all'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., cosicché risulta confermato che la regola non è quella della conservazione di efficacia degli atti, bensì quella contraria della inefficacia degli atti, salva la diversa espressa dichiarazione di cui all'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.>>.*

La mancanza di una declaratoria di efficacia degli atti determina, pertanto, l'inefficacia di tutti gli atti compiuti dal giudice prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o dell'accoglimento della istanza di ricusazione.

Le Sezioni unite hanno, peraltro, rilevato che le parti potrebbero non essere d'accordo con tale decisione, e potrebbero dissentire anche sull'apprezzamento negativo, o parzialmente negativo, del giudice che ha accolto la ricusazione o ha autorizzato l'astensione, sia subito dopo l'adozione del provvedimento, sia, a maggior ragione, dopo l'espletamento della istruttoria dibattimentale e, quindi, *causa cognita*; d'altro canto, le norme procedurali vigenti non prevedono l'impugnabilità del provvedimento emesso ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

Ed, in proposito, si è osservato che *<<l'impugnabilità del provvedimento in discussione, se non temperata da un sistema di rivedibilità o di sindacabilità della decisione del giudice dell'astensione e della ricusazione, finirebbe con il sottrarre*

definitivamente gli atti a contenuto probatorio dichiarati erroneamente inefficaci, o ritenuti tali per mancata pronuncia da parte del giudice dell'astensione e/o della ricusazione, all'apprezzamento del giudice del dibattimento che, fondandosi sul contraddittorio tra le parti, è il vero dominus nel sistema processuale vigente degli atti a contenuto probatorio. Del resto, se la decisione del giudice dell'astensione e della ricusazione non fosse sindacabile dal giudice del processo, le norme processuali, che prevedono la inoppugnabilità del provvedimento ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen., non si sottrarrebbero ad una censura di illegittimità costituzionale>>.

La **giurisprudenza civile** ha già avuto modo di affermare che l'illegittimità costituzionale dell'art. 53 cod. proc. civ., derivante dalla inoppugnabilità dei provvedimenti in materia di astensione e ricusazione, è stata esclusa soltanto perché il contenuto del provvedimento è suscettibile di essere riesaminato nel corso del processo: *<<un siffatto principio di portata generale non può non essere valido anche in materia penale; da ciò discende la necessità di una sindacabilità della declaratoria di efficacia, o della mancata declaratoria, ad opera del giudice del processo proprio per evitare, con una interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto, una illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.>>³⁸.*

Invero, il provvedimento ex art. 42, comma secondo, cod. proc. pen., ha natura non decisoria, ma dichiarativa, essendo fondato su una ricognizione degli atti a contenuto probatorio compiuta, *inaudita altera parte*, dal giudice della ricusazione, che ha in materia una competenza per così dire interinale, che non può frustrare la competenza esclusiva del collegio giudicante a statuire in merito alla loro utilizzabilità effettiva, ai fini del decidere.

Il Supremo collegio ha anche osservato che non bisogna confondere il piano della efficacia degli atti precedentemente compiuti, al quale fa riferimento il secondo comma dell'art. 42 cod. proc. pen., con quello della utilizzabilità degli stessi mediante il meccanismo di acquisizione e di recupero delineato dall'art. 511 dello stesso codice riguardante le letture consentite, ma che è necessario chiarire il significato della espressione "efficacia degli atti" contenuta nel comma 2 dell'art. 42 cod. proc. pen.: *<<il legislatore mentre definisce con precisione i concetti di inutilizzabilità e nullità degli atti a contenuto probatorio, non chiarisce cosa debba intendersi per inefficacia degli atti. Orbene l'atto a contenuto probatorio ritenuto efficace è quello in grado di produrre effetti giuridici, e, quindi, in materia processuale penale è l'atto che può essere legittimamente mantenuto nel fascicolo per il dibattimento, fatto che costituisce il presupposto logico per una successiva, ed eventuale, utilizzazione dello stesso per la decisione>>.*

Richiamata la giurisprudenza costituzionale per la quale il provvedimento ex art. 42, comma secondo, *<<vale [...] a delimitare l'area del possibile "recupero" dell'attività*

³⁸ Cass., Sez. un. civ., n. 17636 del 20 novembre 2003; sez. I civ., 23 aprile 2005, n. 8569.

istruttoria già espletata>>³⁹, recupero che può avvenire soltanto se gli atti a contenuto probatorio siano stati inseriti nel fascicolo del dibattimento, si è concluso che <<sono efficaci gli atti che legittimamente possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento; tali atti possono in una fase successiva essere dichiarati utilizzabili ai fini della decisione>>.

Si è precisato che <<non vi è dubbio che quando venga autorizzata l'astensione o accolta la istanza di ricusazione si assiste necessariamente ad un mutamento dell'organo giudicante, monocratico o collegiale che sia. Ebbene in siffatta ipotesi, in ossequio al principio della immutabilità del giudice di cui all'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., il dibattimento deve essere rinnovato e deve essere riproposta tutta la sequenza procedimentale prevista, a meno che le parti non consentano, o meglio non si oppongano alla lettura dei verbali relativi alle prove in precedenza acquisite. Ed è esattamente questo il momento in cui il provvedimento ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen. può essere sindacato, perché le parti, prima di prestare il consenso alla lettura dei verbali delle prove già acquisite, ed il giudice, prima di dichiarare utilizzabili le prove stesse secondo il combinato disposto degli artt. 525 e 511 cod. proc. pen., valuteranno le prove acquisite anche per i profili che potrebbero determinarne la inefficacia ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.>>.

D'altro canto, <<la soluzione prospettata di sindacabilità del provvedimento di declaratoria di efficacia degli atti a contenuto probatorio assunti dal giudice poi astenutosi o ricusato elimina i dubbi di costituzionalità dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen. e restituisce alle parti ed al giudice del dibattimento la piena disponibilità del materiale probatorio conformemente alla previsione del sistema processuale vigente>>.

Si è, pertanto, conclusivamente affermato che <<in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci>>; inoltre, le Sezioni unite hanno stabilito che <<la dichiarazione di inefficacia degli atti può essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione, con conseguente eventuale utilizzazione degli atti medesimi>>.

2. Il Pubblico Ministero. La delega per l'udienza di convalida del vice procuratore onorario o del magistrato ordinario in tirocinio.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

³⁹ Corte cost., ordinanza n. 25 del 2010.

<<se il vice procuratore onorario, delegato dal procuratore della Repubblica a partecipare all'udienza di convalida dell'arresto in flagranza e al contestuale giudizio direttissimo, abbia il potere di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale in assenza di una specifica ed espressa delega>>.

Un **orientamento** affermava che al vice procuratore onorario delegato a partecipare all'udienza di convalida ed al conseguente giudizio direttissimo, dovesse riconoscersi anche il potere di richiedere in quell'udienza l'applicazione della misura cautelare personale: l'art. 72 ord. giud., nel prevedere espressamente la possibilità per il Pubblico Ministero onorario di partecipare all'udienza di convalida ed al contestuale giudizio direttissimo, attribuirebbe evidentemente allo stesso soggetto anche la competenza a richiedere l'applicazione della misura cautelare, trattandosi di una fase concettualmente e strutturalmente collocata all'interno della procedura attraverso la quale si articola la convalida dell'arresto ed il conseguente giudizio direttissimo⁴⁰.

Altro orientamento escludeva che la delega alla partecipazione all'udienza di convalida racchiudesse in sé il conferimento dei poteri di richiesta delle misure coercitive⁴¹.

Una volta ritenuto che la delega per la convalida non possa fondare il potere del v.p.o. di richiedere l'applicazione di misure coercitive, si porrebbe il problema delle conseguenze in ordine alla misura ciononostante emessa: le Sezioni Unite⁴² avevano in precedenza ritenuto che, *<<ove si verifichi l'inosservanza della preclusione nascente dal principio della domanda cautelare, si configura, sul piano interpretativo ... la nullità, di ordine generale ed assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, dell'ordinanza del giudice, riferita, ai sensi degli artt. 178 lett. b) e 179, comma 1 c.p.p., all'iniziativa indefettibile e riservata in via esclusiva al pubblico ministero nell'esercizio dell'azione cautelare>>.* Una successiva decisione della III sezione⁴³, pronunciata in fattispecie analoga a quella attualmente devoluta alle Sezioni Unite, aveva inquadrato gli eventuali vizi derivanti dalla carenza della delega nell'ambito delle nullità a regime intermedio, con conseguente onere di eccezione tempestiva nell'udienza di convalida.

Con ordinanza del **24 febbraio – 6 aprile 2011, n. 13716, Fatihi**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto. I principi affermati sono stati così massimati:

⁴⁰ Cass., sez. 4, n. 28104 del 23 maggio 2007, dep. 16 luglio 2007, Jemmali, rv. 236913.

⁴¹ Cass., sez. 5, n. 4438 del 06 novembre 2009, dep. 02 febbraio 2010, Kharifo, rv. 246143.

⁴² Cass., Sez. un., n. 8388 del 22 gennaio 2009, dep. 24 febbraio 2009, Novi, non massimata sul punto.

⁴³ Cass., sez. 3, n. 2350 del 14 dicembre 2010, dep. 25 gennaio 2011, Karras, non massimata.

Massime nn. 249301 - 2

La delega conferita dal procuratore della Repubblica al vice procuratore onorario e al magistrato ordinario in tirocinio da almeno sei mesi per lo svolgimento delle funzioni di Pubblico Ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo, nei rispettivi ambiti stabiliti dall'art. 72, comma secondo, lett. b), ord. giud., comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale.

In tema di delega conferita dal procuratore della Repubblica al vice procuratore onorario e al magistrato ordinario in tirocinio per lo svolgimento delle funzioni di Pubblico Ministero, devono considerarsi come non apposte le condizioni o restrizioni non previste dalla legge ivi eventualmente inserite, delle quali, quindi, il giudice non deve tenere alcun conto.

Dopo aver riepilogato le norme inerenti alla posizione giuridica del vice procuratore onorario, il Supremo collegio ha evidenziato che *<<è proprio la delega ad instaurare quel nesso di immedesimazione organica che, per i magistrati ordinari, si rinviene nell'inserimento nell'ordinamento giudiziario; detta delega è l'atto con il quale il procuratore della Repubblica affida a soggetti esterni l'esercizio di determinate attività e la rappresentanza del pubblico ministero in udienza conservando la piena titolarità delle funzioni delegate>>.*

Ciò premesso, si è osservato che *<<la legittimazione derivata del magistrato onorario trae il suo fondamento giuridico non dalla volontà delle parti, ma dalle norme dell'ordinamento giudiziario e del codice di procedura penale alle quali l'interprete deve fare riferimento. Infatti, pur partendo dalla considerazione della estraneità del pubblico ministero onorario all'ordine giudiziario, nessuna disposizione giustifica la conclusione di un sua subordinazione gerarchica rispetto al procuratore della Repubblica>>.* Invero, una simile ipotesi ricostruttiva dell'istituto è testualmente sconfessata dall'art. 162, comma terzo, disp. att. cod. proc. pen., che prevede solo la facoltà (non l'obbligo) che il delegato si consulti con il procuratore della Repubblica prima di prestare il consenso alla applicazione di pena su richiesta o se deve procedere a nuove contestazioni. Questa facoltà ha, peraltro, una limitata rilevanza processuale dal momento che la sospensione della udienza a tale fine è lasciata alla discrezionalità del giudice (art. 162, comma quarto, disp. att. cod. proc. pen): *<<dall'art. 162 si ricava di conseguenza il principio che il pubblico ministero onorario, anche quando deve prendere posizioni di particolare rilevanza, non ha il dovere di confrontarsi con il procuratore della Repubblica, e che l'avviso del delegante, ove sollecitato dal delegato, non è vincolante>>.*

Il procuratore della Repubblica può, peraltro, dare direttive di carattere generale alle quali devono attenersi tutti i rappresentanti del pubblico ministero dell'ufficio, di carriera od onorari: *<<è quindi ben possibile che il procuratore della Repubblica dia indicazioni di massima al magistrato onorario delegato, al quale, tuttavia, compete la prerogativa di esercitare le sue funzioni in udienza con la piena autonomia garantita dall'art. 70, comma quarto, ord. giud. e dall'art. 53, comma primo, cod. proc. pen., che non include eccezioni per gli onorari>>*. Quest'ultima norma (che attua l'art. 68 della legge-delega n. 81 del 1987) sancisce infatti la piena autonomia del magistrato del pubblico ministero designato nelle udienze penali; questi non riceve e non è tenuto ad eseguire eventuali particolari istruzioni del capo dell'ufficio, fermo restando il suo dovere deontologico di recepire le direttive sulle modalità operative dell'ufficio impartite in via generale.

La *ratio* della previsione è ordinamentale e processuale: *<<il rappresentante del pubblico ministero deve essere indipendente non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno dell'ufficio, e deve potersi determinare liberamente sulla base degli sviluppi e delle risultanze acquisite nel corso della udienza. Tale autonomia, non essendo riscontrabile alcuna previsione di segno contrario, deve dunque trovare applicazione anche rispetto al magistrato onorario; e la circostanza che l'atto di delega non crei un rapporto di dipendenza tra delegato e delegante e che anche il primo agisca in piena autonomia in udienza secondo il disposto dell'art. 53, comma 1, cod. proc. pen., è stata evidenziata dalla Corte cost. con la sentenza n. 333 del 1990>>*.

Alla luce di questi rilievi, si è concluso che *<<la funzione del pubblico ministero, sia esso magistrato di carriera od onorario, implica un medesimo status di tale organo in udienza>>*; da questa affermazione conseguono i seguenti principi:

- il contenuto della delega è circoscritto per materia dall'ordinamento giudiziario e non dalle disposizioni del procuratore della Repubblica (il quale, ad esempio, non potrebbe conferire al vice procuratore onorario il potere di proporre appello, in quanto non normativamente previsto);
- la delega costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, ma non segna il confine entro il quale l'onorario può determinarsi in modo autonomo in udienza;
- le condizioni o restrizioni eventualmente inserite nella delega devono considerarsi come non apposte, per cui il giudice non deve tenerne alcun conto, spettandogli solo di controllare se la delega sia conferita con il rispetto degli artt. 72 ord. giud. e 162 disp. att. cod. proc. pen.

Tanto premesso quanto al contenuto della delega, con più specifico riguardo alla questione controversa si è ritenuto che il potere di sollecitare l'applicazione di una misura cautelare non possa dirsi inibito dalla mancanza, in capo al magistrato onorario, di uno specifico titolo autorizzatorio.

La giurisprudenza ha affermato che l'oggetto del contraddittorio nella udienza prevista dall'art. 391 cod. proc. pen. deve ritenersi esteso all'intero tema della decisione, che comprende non solo la valutazione sulla legittimità dell'operato della polizia, ma, anche, e se del caso, la richiesta di applicazione di una misura cautelare personale⁴⁴: *<<questa constatazione è decisiva per la risoluzione del caso. Si deve, infatti, prendere atto che il legislatore ha permesso al magistrato onorario di partecipare alle udienze previste dagli artt. 391 e 558 cod. proc. pen., che si svolgono secondo la seguente sequela procedimentale: controllare retroattivamente se sussistevano i presupposti per l'arresto in flagranza e chiederne, o meno, la convalida, indi, verificare se siano riscontrabili i requisiti richiesti in via generale per l'applicazione di una misura cautelare personale>>.*

Ne deriva che implicitamente, ma chiaramente, il legislatore ha attribuito al magistrato onorario la possibilità di interloquire in relazione a tutte le attività da espletare nelle menzionate udienze in rapporto alla peculiare procedura: *<<tale conclusione è confortata dal testo dell'art. 72 ord. giud., che non opera alcun riferimento alle funzioni che l'onorario svolge nel procedimento e non distingue tra i momenti della convalida dell'arresto e del giudizio direttissimo, tra i quali si pone in modo eventuale, ma fisiologico, la richiesta di una misura cautelare personale>>.*

Nessuna norma richiede che, per il procedimento applicativo di tale misura, il magistrato onorario sia munito di una specifica delega e, quindi, nessuna norma prevede l'invalidità della misura non preceduta dall'assenso del delegante; la necessità di una specifica autorizzazione al magistrato onorario, non imposta dalla legge e non desumibile dal sistema, non può essere affermata in via interpretativa: *<<di conseguenza, si deve ritenere che quanto già detto sulla non possibilità di introdurre limitazione alla delega e sulla autonomia del procuratore onorario in udienza valga anche per quanto concerne la richiesta di applicazione di misure cautelari personali>>.*

Si è anche osservato che l'imposizione al magistrato onorario di seguire le istruzioni del delegante equivarrebbe a vincolarlo ad una condotta processuale e ad una richiesta cautelare eventualmente incongrua, in palese violazione della funzione che il pubblico ministero deve esercitare quale custode della legge, e che il rilievo, secondo cui la richiesta sulla libertà deve essere ponderata in esito ai risultati della udienza, si desume, in modo inequivoco, dalla norma ordinamentale (inserita con l'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 106 del 2006) che non prevede la necessità dell'assenso scritto del procuratore capo ai sostituti per le misure applicabili in occasione della convalida dell'arresto o del fermo.

D'altro canto, non a caso *<<il legislatore ha garantito per i processi più impegnativi il massimo livello di professionalità del rappresentante del pubblico ministero, che deve essere di carriera; e ha ammesso la facoltà di delega solo per una fascia di reati, ritenuti*

⁴⁴ Il principio è stato desunto dalla sentenza delle Sezioni unite n. 36212 del 30 settembre 2010, dep. 11 ottobre 2010, G.

meno gravi, facendo una ponderazione preventiva sulla normale capacità del magistrato onorario, dopo il necessario periodo di formazione e tirocinio, a trattare i relativi procedimenti. Il giudizio sulla idoneità del delegato passa attraverso la valutazione astratta del legislatore e quella concreta del procuratore della Repubblica, che, prima di rilasciare la delega, deve considerare il livello di cultura giuridica e di esperienza del magistrato onorario e la sua capacità di fare fronte alle emergenze processuali non prevedibili>>.

Si è, pertanto, conclusivamente affermato che <<la delega conferita al vice procuratore onorario dal procuratore della Repubblica, a norma degli artt. 72, comma primo, lett. b), ord. giud. e 162 disp. att. cod. proc. pen., per lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo (art. 391 cod. proc. pen.) o in quella di convalida dell'arresto nel contestuale giudizio direttissimo (artt. 449 e 558 cod. proc. pen.), comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, dovendosi altresì considerare prive di effetto giuridico limitazioni a tale iniziativa eventualmente contenute nell'atto di delega>>.

Si è inoltre precisato che ad analoghe conclusioni, valendo la stessa *ratio*, deve pervenirsi con riferimento alla posizione dei magistrati ordinari in tirocinio (già "uditori giudiziari"), i quali, in base all'art. 72, comma primo, lett. b), ord. giud., possono essere delegati a svolgere le funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo (art. 391 cod. proc. pen.).

Cap. 5

Le misure cautelari

1. Le misure cautelari personali. Esigenze cautelari: la rilevanza del presofferto.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

<<se le esigenze cautelari, ai fini della prosecuzione della custodia in carcere, abbiano, come parametro di riferimento, la sanzione in concreto inflitta o che si ritiene possa essere inflitta>>.

A fronte dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza di merito (soprattutto dal Tribunale del riesame di Bologna), secondo il quale un presofferto cautelare corrispondente ai 2/3 della pena già inflitta nel corso del processo di merito costituirebbe presupposto autonomo che comporta la revoca della misura applicata allo stesso, la giurisprudenza di legittimità era orientata in assoluta prevalenza nel senso che la creazione, in via interpretativa, di siffatta regola, non prevista dalla normativa vigente e non ricavabile dalla stessa, finirebbe per contraddire lo stesso principio di proporzionalità, che invece in tal modo si intenderebbe attuare, atteso che è proprio quest'ultimo – nella sua più genuina essenza - ad imporre una valutazione globale e complessiva della vicenda cautelare, impedendo di prescindere ai fini della revoca della custodia dall'analisi comparativa delle circostanze addotte a sostegno della persistenza del *periculum libertatis*⁴⁵. In tal senso, si sottolineava che il tempo trascorso in custodia cautelare dall'imputato ed il suo raffronto con l'entità della pena inflitta non fossero elementi estranei alla valutazione prodromica alla decisione sul mantenimento della restrizione della libertà, e che indubbiamente i parametri menzionati dovessero essere presi in considerazione alla luce del canone di proporzionalità posto dall'art. 275, comma secondo, cod. proc. pen.; non è, invece, accettabile, perché non giustificata dal sistema normativo di riferimento, la configurazione di una regola che imponga di esaurire la suddetta

⁴⁵ In questo senso, tra le tante, Cass., sez. 1, 3 febbraio 2009, dep. 2 marzo 2009, n. 9233, P.g. in proc. Zochlami, non massimata; sez. 6, 8 ottobre 2008, dep. 9 ottobre 2008, n. 38511, P.g. in proc. Hassani, non massimata; sez. 5, 17 aprile 2007, dep. 12 settembre 2007, n. 34429, P.g. in proc. Escobar, non massimata; sez. 4, 10 luglio 2007, dep. 28 settembre 2007, n. 35713, P.g. in proc. Mohamed, rv. 237460; sez. 1, 19 settembre 2007, dep. 4 ottobre 2007, n. 36417, Alvarado Gallegos, rv. 237896; sez. 1, 18 novembre 2008, dep. 27 novembre 2008, n. 44364, Monfardini, rv. 242038; sez. 5, 12 febbraio 2009, dep. 20 maggio 2009, n. 21195, Occhipinti, rv. 243936; sez. 2, 12 dicembre 2008, dep. 9 gennaio 2009, n. 531, P.g. in proc. Zaki, non massimata.

valutazione nella ponderazione del rapporto tra presofferto cautelare e pena inflitta, addirittura ricorrendo ad una rigida proporzione aritmetica e pretermettendo così ogni considerazione sulla permanenza delle esigenze cautelari. In ultima analisi le pronunzie menzionate evidenziavano che gli illustrati parametri non rilevassero *ex se*, ma potevano risultare sintomatici di un mutamento della complessiva situazione cautelare dell'imputato, facendo emergere il ridimensionamento o l'esaurimento delle esigenze cautelari originariamente poste a fondamento della misura in corso di esecuzione.

In alcuni sporadici casi, la giurisprudenza di legittimità aveva, peraltro, confermato le pronunzie di merito che avevano accolto l'interpretazione del Tribunale del riesame di Bologna, osservando che, se l'entità della pena detentiva irrogata costituisce il limite massimo inderogabile della custodia cautelare, ai fini della deliberazione di istanze di revoca o sostituzione della cautela deve necessariamente tenersi conto, oltre che degli elementi di valutazione di cui agli artt. 273, 274 e 275 cod. proc. pen., anche del criterio della proporzionalità, onde evitare che, prima del giudicato, la custodia cautelare superi la pena irrogata, obbligando l'Amministrazione a risarcire i danni conseguenti all'ingiusta detenzione. Secondo tali pronunzie, il criterio della proporzionalità assumerebbe rilievo dirimente, specie quando la differenza tra il presofferto e la reclusione irrogata con la sentenza di condanna sia esigua, rendendo manifesto il pericolo di espiazione anticipata, se non di ingiusta eccedenza del sofferto, rispetto al giudicato⁴⁶.

In realtà, anche a parere dell'indirizzo indicato come minoritario nessuna disposizione specifica legittimerebbe il principio costantemente affermato dal Tribunale della libertà di Bologna per cui la custodia cautelare deve cessare allorché dal suo inizio sia decorso un periodo pari ad almeno due terzi della pena in concreto inflitta. In altri termini, anche per l'orientamento in esame, il ricorso al canone di proporzionalità non sembrava giustificare *tout court* la costruzione in via interpretativa di un inedito termine "massimo" di custodia cautelare da aggiungere a quelli positivamente configurati dalla legge processuale, ed in grado di provocare in maniera automatica ed autonoma la cessazione dello stato detentivo. Piuttosto, la proporzione tra presofferto cautelare e pena già irrogata (ancorché non in via definitiva) veniva considerata quale elemento idoneo a concorrere alla formazione della piattaforma cognitiva sulla cui base effettuare la valutazione circa la necessità della protrazione della detenzione, in una prospettiva assai diversa. Ed infatti, le pronunzie richiamate in precedenza sostanzialmente si limitavano a respingere il ricorso della pubblica accusa rilevando la non intrinseca irragionevolezza della valutazione

⁴⁶ In questo senso, Cass., sez. 5, 6 luglio 2007, dep. 19 ottobre 2007, n. 38927, P.g. in proc. Castrilli, non massimata; sez. 5, 11 luglio 2007, dep. 5 ottobre 2007, n. 36685, Mandakie, non massimata; sez. 2, 3 luglio 2008, dep. 11 settembre 2008, n. 35179, P.g. in proc. Kanibat, rv. 240661; sez. 6, 19 settembre 2007, dep. 28 settembre 2007, n. 35791, P.g. in proc. Hassan, non massimata; sez. 5, 26 giugno 2007, dep. 5 ottobre 2007, n. 36670, Gajdo, non massimata.

compiuta nelle diverse occasioni dal Tribunale della libertà sulla base del parametro costituito dall'entità assunta nel concreto della vicenda dal presofferto cautelare.

Non vi sono contributi della dottrina sulla questione controversa.

Con sentenza del **31 marzo - 22 aprile 2011, n. 16085, P.M. in proc. Khalil**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto. I principi affermati sono stati così massimati:

Massime nn. 249323 - 4

E' illegittimo il provvedimento di revoca della custodia cautelare motivato esclusivamente in riferimento alla sopravvenuta carenza di proporzionalità della misura in ragione della corrispondenza della durata della stessa ad una percentuale, rigidamente predeterminata ricorrendo ad un criterio aritmetico, della pena irroganda nel giudizio di merito e prescindendo da ogni valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione.

Il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza, opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità della misura applicata a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale.

Le Sezioni unite hanno preliminarmente richiamato la giurisprudenza costituzionale⁴⁷ per la quale sia l'applicazione che il mantenimento delle misure cautelari personali non può in nessun caso fondarsi esclusivamente su una prognosi di colpevolezza, né mirare a soddisfare le finalità tipiche della pena – pur nelle sue ben note connotazioni di polifunzionalità – né, infine, essere o risultare *in itinere* priva di un suo specifico e circoscritto “scopo”, cronologicamente e funzionalmente correlato allo svolgimento del processo. Il necessario raccordo che deve sussistere tra la misura e la funzione cautelare che le è propria, comporta, poi – sul versante del *quomodo* attraverso il quale si realizza la compressione della libertà personale – che questa abbia luogo secondo un paradigma di rigorosa gradualità, così da riservare alla più intensa limitazione della libertà, attuata mediante le misure di tipo custodiale – “fisicamente” simmetriche rispetto alle pene

⁴⁷ Corte cost., sentenza n. 265 del 2010.

detentive, e, dunque, da tenere nettamente distinte sul piano funzionale – il carattere residuale di *extrema ratio*.

Questo principio è stato affermato in termini netti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, in riferimento alla previsione dell'art. 5, paragrafo 3, della Convenzione, la carcerazione preventiva <<deve apparire come la soluzione estrema che si giustifica solamente allorché tutte le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti>>⁴⁸.

L'aspetto qualificante che caratterizza il sistema appena delineato e che lo rende conforme a Costituzione, è dunque quello di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni: *<<esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piana "individualizzazione" della coercizione cautelare>>⁴⁹.*

Ed, a parere del Supremo collegio, *<<è del tutto evidente che i postulati della flessibilità e della individualizzazione che caratterizzano l'intera dinamica delle misure restrittive della libertà, non possono che assumere connotazioni "bidirezionali", nel senso di precludere tendenzialmente qualsiasi automatismo – che inibisca la verifica del caso concreto - non soltanto in chiave, per così dire, repressiva, ma anche sul versante "liberatorio">>.*

Da questi rilievi si è desunto anzitutto che la vicenda cautelare *<<presuppone una visione unitaria e diacronica dei presupposti che la legittimano, nel senso che le condizioni cui l'ordinamento subordina l'applicabilità di una determinata misura devono sussistere non soltanto all'atto della applicazione del provvedimento cautelare, ma anche per tutta la durata della relativa applicazione. Adeguatezza e proporzionalità devono quindi assistere la misura – "quella" specifica misura – non soltanto nella fase genetica, ma per l'intero arco della sua "vita" nel processo, giacché, ove così non fosse, si assisterebbe ad una compressione della libertà personale qualitativamente o quantitativamente inadeguata alla funzione che essa deve soddisfare: con evidente compromissione del quadro costituzionale di cui si è innanzi detto>>.*

In tal modo, è stato immediatamente superato quell'orientamento minoritario, secondo il quale la valutazione sulla proporzionalità della custodia cautelare alla pena irrogata o irrogabile andrebbe operata esclusivamente nel momento applicativo della misura e non anche successivamente, nel corso della sua esecuzione, escludendosi, dunque, che la misura stessa possa essere revocata quando sia trascorso un termine ritenuto congruo dal giudice: è ben vero che a favore di tale soluzione, per così dire drastica, è stato evocato,

⁴⁸ Corte EDU, sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, ed 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio.

⁴⁹ Corte cost., sentenza n. 265 del 2010 cit..

quale argomento testuale indubbiamente suggestivo, il disposto dell'art. 299, comma 2, cod. proc. pen., *<<ma si tratta di argomento sistematicamente flebile, sia perché contrastato dal tenore della direttiva 59 della legge-delega (al cui espresso tenore deve, come è noto, conformarsi la lettura della disposizione delegata, altrimenti contra constitutionem) secondo la quale si sancisce la «previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia cautelare in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionata alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata»; sia perché in contrasto con la logica del "minor sacrificio possibile" per la libertà personale, che informa, come si è accennato, non soltanto la "statica" del sistema cautelare, ma anche la relativa "dinamica"; sia, infine, perché in antitesi con la stessa tradizione del principio che viene qui in discorso>>.*

La proporzionalità costituisce, infatti, *<<canone di commisurazione della "ragionevolezza" della compressione della libertà personale, non soltanto al momento della scelta "se" emettere una misura cautelare e "quale" misura concretamente prescegliere, ma anche nel corso della relativa applicazione, in rapporto alla durata della privazione della libertà già subita, ancora una volta da orientare non soltanto sul quomodo, ma anche sull'an della coercizione>>.*

Rispetto alla storia dell'istituto della proporzionalità, risulterebbe, quindi, palesemente regressivo un sistema che, in presenza di una misura divenuta "sproporzionata", consentisse al giudice soltanto di affievolirne l'incidenza sulla libertà (sostituendola con altra meno grave o disponendone l'applicazione con modalità meno gravose), ma non di rimuoverla *in toto*: *<<d'altra parte, se è indubitabile che, ove nel corso del procedimento muti in senso sfavorevole all'imputato il giudizio prognostico circa il quantum di pena irrogabile in caso di condanna, sia senz'altro consentita l'applicazione ex novo di una misura cautelare, non v'è ragione alcuna per ritenere preclusa l'ipotesi reciproca, ammettendo, dunque, la revocabilità di qualsiasi misura, ove lo scrutinio del caso conduca a ritenere funzionalmente superfluo il perdurare della cautela, in rapporto al "tipo" di condanna che si prevede verrà pronunciata>>.*

Si è, peraltro, osservato che "adeguatezza" e "proporzionalità" non costituiscono parametri autodefiniti ed indipendenti, giacché, entrambi, si riflettono – proprio perché iscritti nel panorama delle scelte circa l'an ed il quomodo della cautela – sull'esistenza e sulla qualità delle specifiche esigenze che possono ravvisarsi tanto all'esordio che nel divenire della vicenda cautelare: *<<è ben vero che l'origine storica del principio di proporzionalità (...) tradisce il suo intimo raccordo con l'istituto della "carcerazione preventiva" e con la finalità di impedire che la custodia ante iudicium possa comunque rivelarsi inutiliter data, alla luce della non eseguibilità della condanna, o quando risulti aver integralmente consumato la quantità di pena irrogabile o irrogata. Ed è altrettanto vero, come è stato osservato, che la funzione del principio risulti nel nuovo codice non poco sminuita, alla stregua della corposa gamma di presidi che mirano, appunto, ad*

impedire una “sproporzionata” applicazione o mantenimento della misura in rapporto alla condanna che si prevede possa essere inflitta, quali quelli delineati dagli artt. 273, comma 2, 275, comma 2-bis, 280, comma 2, 299, comma 2, e 300 cod. proc. pen. Ma tutto ciò non toglie che i criteri di commisurazione delle misure cautelari tracciati dall’art. 275, comma 2, cod. proc. pen., non possono far perdere di vista quella che è l’essenza cautelare delle misure e che ne giustifica l’applicabilità al lume dei già ricordati principi costituzionali: vale a dire l’inderogabile necessità che ogni misura – per non essere indebita anticipazione di pena – soddisfi funzionalmente una delle esigenze tassativamente previste dall’art. 274 cod. proc. pen.>>.

“Adeguatezza” e “proporzionalità” rappresentano, quindi, paradigmi di apprezzamento che si chiariscono solo nel quadro delle specifiche esigenze cautelari ravvisabili nel caso concreto e nel momento in cui lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità viene ad essere compiuto: *<<ove si postulasse, infatti, come il Tribunale a quo mostra di ritenere, che l’ipotetico raggiungimento del limite della proporzionalità sconti ex se l’automatica (e perciò stesso inammissibile, per quel che si è detto) dissoluzione delle esigenze cautelari che potessero comunque residuare, ne deriverebbe che l’altrettanto automatico venir meno della cautela, risulterebbe del tutto privo di “causa normativa”, posto che – nel quadro del sistema, come positivamente delineato - il permanere intonso delle condizioni di applicabilità della misura (ivi compresi, evidentemente, i relativi limiti di durata) non soltanto legittima, ma impone il relativo mantenimento>>.*

D’altra parte, che il canone della proporzionalità non possa essere semplicisticamente risolto sulla base di una supposta, quanto arbitraria, verifica di tipo aritmetico tra la durata della misura e l’entità della pena che in via di prognosi potrà essere applicata all’esito del giudizio, è dimostrato dalla circostanza che il legislatore colloca – in termini perfettamente simmetrici ed equivalenti ai fini del relativo scrutinio – accanto alla “entità della sanzione”, anche la “entità del fatto”: a sottolineare, quindi, come sia imposta una verifica non soltanto quantitativa ma anche qualitativa del fatto e, dunque, delle esigenze che la relativa gravità può continuare a far emergere.

L’approdo ermeneutico cui ha ritenuto di pervenire il Tribunale di Bologna è stato considerato erroneo anche in relazione alla scelta (ritenuta <<eccentrica>>) di evocare il criterio dei due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza, di cui al comma 6 dell’art. 304 cod. proc. pen.: *<<la proporzionalità, come parametro di apprezzamento, è, infatti, principio tendenziale, che non sopporta automatismi aritmetici, sia perché, ove così fosse, sarebbe chiamato ad operare soltanto in chiave di durata della misura (surrogando, contra ius, la disciplina dei termini di cui agli artt. 303 e 304 cod. proc. pen.) e non anche in fase di prima applicazione, sia perché, concettualmente, il sindacato sulla “proporzione” non può non refluire sulle esigenze cautelari e viceversa. Se, per disposto costituzionale, al legislatore è fatto obbligo di prevedere dei termini di durata massima dei provvedimenti che limitano la libertà*

personale, è del tutto evidente che ove si ravvisino (in ipotesi anche al massimo grado) le condizioni e le esigenze che impongono il permanere della misura cautelare, risulterebbe addirittura contraddittorio rispetto alla garanzia costituzionale circa i limiti massimi di durata, un sistema che consentisse provvedimenti liberatori automatici anticipati (e senza “causa” cautelare) rispetto al relativo spirare>>.

Peraltro, l'intero sviluppo della vicenda cautelare deve essere sottoposto a costante ed attenta verifica circa la effettiva rispondenza dei tempi e dei modi di limitazione della libertà personale al quadro delle specifiche esigenze, dinamicamente apprezzabili, proprio alla stregua dei criteri di adeguatezza e proporzionalità, <<posto che, se, da un lato, l'approssimarsi di un limite temporale di applicazione della misura custodiale a quello della pena espianda non può risolversi nella automatica perenzione della misura stessa, è peraltro elemento da apprezzare con ogni cautela, proprio sul versante della quantità e qualità delle esigenze che residuano nel caso di specie e sulla correlativa adeguatezza della misura in corso di applicazione>>.

Si è conclusivamente affermato che <<il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 2, cod. proc. pen., opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale>>.

2. Segue. Nuova domanda cautelare del P.M. per il medesimo fatto, in pendenza del giudizio di rinvio a seguito di annullamento della revoca della misura.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere

<<se il pubblico ministero, dopo l'annullamento con rinvio della decisione del tribunale del riesame di revoca della misura cautelare, abbia il potere di richiedere nuovamente l'emissione di misura cautelare nei confronti dello stesso soggetto, per i medesimi fatti, sulla base di nuovi elementi prospettabili anche nel giudizio di rinvio>>.

L'ordinanza di rimessione aveva evidenziato che la sussistenza di una preclusione alla reiterazione dell'azione cautelare nella pendenza del giudizio di riesame sul precedente provvedimento applicativo della misura cautelare (giudizio celebrato a seguito di rinvio

disposto in sede di legittimità all'esito dell'annullamento della pregressa decisione del Tribunale di segno sfavorevole al pubblico ministero) fosse ricavabile dal *dictum* di Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, dep. 20 aprile 2004, n. 18339, Donelli, rv. 227357 - 8, per la quale il pubblico ministero, in pendenza di un appello cautelare da lui stesso promosso contro il rigetto della richiesta di una misura restrittiva della libertà, può valutare se proporre nuovi elementi di prova nello stesso giudizio impugnatorio o se utilizzare quegli stessi elementi per una nuova richiesta al giudice cautelare e che, tuttavia, nel caso di proposizione di nuova domanda, sussiste una preclusione per il giudice destinatario a provvedere, fino a quando non intervenga la decisione sull'appello. Nondimeno, sempre secondo l'ordinanza di rimessione, i principi della sentenza Donelli andrebbero coordinati con quelli affermati dalla successiva Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, dep. 28 settembre 2005, P.g. in proc. Donati, rv. 231800, che aveva, invece, ritenuto la sussistenza della preclusione all'esercizio dell'azione penale, anche prima della sentenza irrevocabile in un precedente giudizio per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona, avuto riguardo solo all'ufficio di procura che aveva già promosso la prima azione. E ciò in quanto la preclusione al nuovo esercizio del potere di azione consumato andrebbe riferita anche al potere d'iniziativa di qualunque procedura incidentale, compresa dunque quella cautelare.

La giurisprudenza successiva ai due interventi delle Sezioni Unite ha applicato i principi affermati dal Supremo Collegio in maniera non univoca.

In alcuni casi, la sentenza Donelli era stata interpretata restrittivamente, ancorando rigidamente il principio in essa affermato alla fattispecie oggetto della decisione e negandone l'applicabilità nelle altre situazioni che possono verificarsi nell'incidente cautelare (appello proposto dall'imputato, ricorso per cassazione avverso provvedimento del giudice del riesame, assenza di nuovi elementi probatori)⁵⁰.

In altri si era, per converso, interpretata l'alternatività tra gli strumenti cautelari offerti al pubblico ministero in senso "biunivoco", affermando che la preclusione può comportare altresì la soccombenza dell'impugnazione⁵¹.

Un orientamento si era posto in contrasto con i principi sanciti dalla sentenza Donelli, sostanzialmente tesa a negare la stessa sussistenza della preclusione a nuove iniziative cautelari della pubblica accusa⁵².

⁵⁰ Cass., sez. 6, 8 maggio 2008, dep. 13 giugno 2008, n. 24128, Del Nogal, rv. 240530; sez. 2, 16 dicembre 2004, dep. 22 febbraio 2005, n. 6798, Rizzo, rv. 230909; sez. 5, 22 marzo 2006, dep. 12 giugno 2006, n. 19855, Blandino, rv. 234095 (non massimata sul punto); Sez. 3, 11 ottobre 2005, dep. 10 novembre 2005, n. 40838, Ighodaro, rv. 232476.

⁵¹ Cass., sez. 2, 13 aprile 2005, dep. 13 maggio 2005, n. 18110, Russo, non massimata; sez. 1, 13 dicembre 2005, dep. 23 dicembre 2005, n. 47212, P.m. in proc. Romito, rv. 233272.

⁵² Cass., sez. 3, 9 luglio 2009, dep. 21 settembre 2009, n. 36360, Castiglione, rv. 244900.

Altro orientamento aveva esteso la portata della preclusione in oggetto anche al rapporto tra nuova azione cautelare e giudizio di riesame⁵³.

Infine, alcune pronunzie, formalmente aderendo al *dictum* di Sezioni Unite Donelli, ma in realtà distaccandosene in parte, avevano ritenuto che la preclusione alla nuova azione cautelare fosse determinata anche dall'esercizio dell'azione penale, e che in tal caso essa assumesse valenza temporanea fino alla pronunzia dell'eventuale sentenza di condanna di primo grado, successivamente alla quale la richiesta del pubblico ministero potrebbe essere accolta⁵⁴.

La prospettazione, operata dall'ordinanza di rimessione, della litispendenza come causa di preclusione dell'azione cautelare nell'ottica dei principi affermati dalla sentenza Donati era stata proposta anche da Cass., sez. 1, 13 maggio 2010, dep. 27 maggio 2010, n. 20297, De Simone, rv. 247659.

Il tema del c.d. "giudicando cautelare" era stato scarsamente elaborato alla dottrina, che generalmente aveva preso atto degli approdi interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza, limitandosi a respingere la configurabilità della preclusione da litispendenza ovvero a condividerne le ragioni fondanti, osservando come il suo riconoscimento, in riferimento alla fattispecie decisa dalla sentenza Donelli, non avrebbe pregiudicato le ragioni di eventuale urgenza cautelare del pubblico ministero, che avrebbe potuto ovviare alla paralisi di nuove iniziative rinunciando all'impugnazione.

Con sentenza del **16 dicembre 2010 – 1° marzo 2011, n. 7931, Testini**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249001

In tema di misure cautelari, qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale *de libertate*, intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi", può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio ovvero porli a fondamento di una nuova richiesta cautelare, ma, una volta effettuata, la scelta gli preclude la possibilità di coltivare l'altra iniziativa cautelare.

Le Sezioni unite, dopo avere preliminarmente riepilogato la portata dei principi dalle stesse già affermati nelle sentenze Donelli e Donati, hanno osservato che, per cogliere con esattezza i limiti di operatività del c.d. "giudicando cautelare", in relazione anche alle

⁵³ Cass., sez. 6, 26 febbraio 2009, dep. 18 marzo 2009, n. 11937, P.m. in proc. Mautone, rv. 242930.

⁵⁴ Cass., sez. 2, 8 aprile 2008, dep. 29 maggio 2008, n. 21718, Trisciuglio, non massimata.

implicazioni realmente derivanti dalle citate sentenze Donelli e Donati, è indispensabile partire dalla considerazione che la relativa problematica è inscindibile dal tema – di cui è in qualche modo una diramazione – del c.d. “giudicato cautelare”.

Quanto a quest'ultimo, si è ricordato che le condizioni e i limiti di operatività nell'incidente cautelare dei principi fissati dagli artt. 648 e 649 cod. proc. pen. sono stati via via affermati e precisati da una serie di pronunzie delle Sezioni Unite⁵⁵, alla luce della cui complessiva elaborazione il c.d. “giudicato cautelare” va inteso come *<<una preclusione endoprocedurale operante esclusivamente allo stato degli atti e con riguardo soltanto alle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte>>*. In tal senso, si è riconosciuto che le decisioni assunte a seguito delle impugnazioni cautelari, *<<in quanto accertamenti interni al procedimento de libertate, assumono un'efficacia preclusiva, che vincola il giudice e le parti ad assumere per definite le questioni effettivamente esaminate>>*⁵⁶, fermo restando che tale preclusione non può essere *tout court* assimilata a quella conseguente all'assunzione dell'autorità di cosa giudicata dei provvedimenti irrevocabili del giudizio principale di cognizione, e ciò in ragione della naturale instabilità di quelli adottati nell'incidente cautelare, riflesso dell'esigenza, espressamente sancita dalle disposizioni del codice di rito, del costante adeguamento dell'intervento cautelare all'eventuale evoluzione dei presupposti di fatto che legittimano la restrizione della libertà.

La preclusione del giudicato cautelare, dunque, *<<opera esclusivamente rebus sic stantibus, e cioè solo in caso di sostanziale immutazione della situazione presupposta, e solo in riferimento alle questioni dedotte e non anche a quelle deducibili (ma non dedotte)>>*.

Coerentemente a tale impostazione, le Sezioni unite⁵⁷ hanno già avuto modo di chiarire anche che la preclusione del giudicato cautelare attiene propriamente alle singole questioni, potendo in particolare il procedimento cautelare essere sempre attivato dall'interessato, attraverso l'istituto della revoca ex art. 299 cod. proc. pen., inteso come strumento teso a consentire non solo la valutazione *ex ante* delle condizioni di applicabilità delle misure, ma altresì quella *ex post* della persistenza delle medesime condizioni, nell'ottica (già evidenziata) di garantire la costante corrispondenza dello *status libertatis* dell'imputato all'effettiva attualità dei presupposti edittali, probatori o cautelari che legittimano l'adozione delle misure. Conseguentemente il giudice adito con la richiesta di

⁵⁵ Cass., Sez. un., n. 11 del 01 luglio 1992, dep. 10 settembre 1992, Grazioso, rv. 191183; Sez. un., n. 14 del 18 giugno 1993, dep. 21 luglio 1993, Dell'Omo, rv. 194312; Sez. un., n. 20 del 12 ottobre 1993, dep. 08 novembre 1993, Durante, rv. 195354; Sez. un., n. 26 del 12 novembre 1993, dep. 27 gennaio 1994, Galluccio, rv. 195806; Sez. un., n. 11 del 08 luglio 1994, dep. 28 luglio 1994, Buffa, rv. 198211 - 3; Sez. un., n. 2 del 15 gennaio 1999, dep. 31 marzo 1999, Liddi, rv. 212807; Sez. un., n. 14 del 31 maggio 2000, dep. 23 giugno 2000, Piscopo, rv. 216261; Sez. un., n. 18339 del 31 marzo 2004, dep. 20 aprile 2004, Donelli, rv. 227359; Sez. un., n. 29952 del 24 maggio 2004, dep. 09 luglio 2004, Cur. fall. in proc. Romagnoli, rv. 228117; Sez. un., n. 14535 del 19 dicembre 2006, dep. 10 aprile 2007, Librato, rv. 235908.

⁵⁶ Cass., Sez. un., sentenza Piscopo cit.

⁵⁷ Cass., Sez. un., sentenze Piscopo e Romagnoli cit.

revoca, o con la successiva impugnazione di una decisione di diniego della revoca, può limitarsi, per la giurisprudenza dominante, a richiamare le decisioni conclusive di precedenti procedure *de libertate*, qualora rilevi la riproposizione di questioni già valutate in precedenza, ma è sempre tenuto ad accertare d'ufficio la sussistenza di ragioni, pur diverse da quelle prospettate dall'interessato, indicative dell'insussistenza dei presupposti della misura⁵⁸.

La riconduzione del problema degli effetti delle pronunce sui provvedimenti cautelari alla categoria, non del "giudicato" in senso proprio (evocante una situazione di immutabilità e definitività, ritenuta, come detto, incompatibile con la natura contingente dei provvedimenti cautelari), ma della (mera) preclusione processuale (mirante ad impedire ulteriori interventi giudiziari in assenza di un mutamento del quadro procedimentale di riferimento), ha comportato anche la conseguenza che tale *<<effetto preclusivo viene ad essere determinato solo dall'esistenza di un provvedimento decisivo non più impugnabile>>*, in riferimento al quale siano stati cioè esauriti i previsti mezzi di impugnazione, *<<e non anche nell'ipotesi della mancata attivazione degli strumenti processuali di controllo>>*⁵⁹.

Con riguardo agli effetti del giudicato cautelare sul potere d'iniziativa del pubblico ministero, è ormai consolidato in giurisprudenza l'orientamento per il quale l'ulteriore esercizio dell'azione cautelare per lo stesso fatto, ed immutato lo stato degli atti, è precluso dalla caducazione del precedente provvedimento cautelare per ragioni non formali e cioè da una decisione negativa sui presupposti applicativi della misura assunta all'esito dei giudizi incidentali di impugnazione⁶⁰; quanto all'immutazione dello stato degli atti, che legittima invece la reiterazione dell'iniziativa cautelare (con le limitazioni previste dall'art. 297 cod. proc. pen. in ordine alla durata della custodia cautelare), si è precisato che la stessa può essere determinata anche da sviluppi investigativi relativi a circostanze maturate prima della deliberazione del giudice del gravame⁶¹.

All'esito di questo ampio ed articolato *excursus* giurisprudenziale, le Sezioni unite hanno osservato che, *<<se, da un lato, appaiono senza dubbio stringenti e pienamente*

⁵⁸ Cfr., in particolare, le già citate sentenze delle Sezioni unite Piscopo e Romagnoli, nonché Cass., sez. 5, n. 28437 del 10 giugno 2004, dep. 24 giugno 2004, Artale, rv. 228897, la quale ha sottolineato come in tal senso quella del giudicato cautelare non può intendersi come una preclusione in senso proprio con riguardo al procedimento di revoca, ancorché il giudice investito della relativa istanza non possa contraddire le decisioni già assunte in una precedente impugnazione *de libertate* in assenza di sopravvenienze o di prospettazioni non già dedotte in precedenza.

⁵⁹ Così espressamente la sentenza Romagnoli cit., che sulla base di queste premesse ha cristallizzato il principio per cui *«la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti»*. Sulla stessa linea, la sentenza Buffa cit., escludendo la natura impugnatoria dell'istanza di revoca ex art. 299 cod. proc. pen., ha affermato che la sua presentazione non preclude la successiva proposizione dell'istanza di riesame.

⁶⁰ Per tutte, cfr. le citate sentenze Grazioso e Durante.

⁶¹ Così Cass., sez. 6, n. 4112 del 30 novembre 2006, dep. 01 febbraio 2007, Di Silvestro, rv. 235610.

condivisibili le argomentazioni della sentenza Donati circa l'immanenza nell'ordinamento processualpenalistico di un generale principio di preclusione, di cui la regola dell'art. 649 cod. proc. pen. è solo una particolare pregnante espressione, e che opera quindi anche in altri ambiti procedurali, dall'altro è intuitivo che ai caratteri e meccanismi di tali ambiti esso si adegui nell'esplicazione dei propri effetti>>.

In particolare, deve ritenersi insita nella *ratio* del procedimento cautelare la natura contingente dei provvedimenti e la necessità del loro tendenziale adeguamento al mutare delle situazioni: *<<ciò è evidente, e di forte significato garantistico, per le tutele poste a presidio dell'indagato, attivabili e reiterabili con grande facilità e adottabili in vari casi anche d'ufficio. Ma vale, seppure in termini non sovrapponibili, anche dalla parte dell'accusa>>.*

Ne consegue che l'«*idem*» il cui «*bis*» è precluso *<<non può concretarsi ed esaurirsi, in ambito cautelare, come avviene invece nel processo cognitivo, nella mera identità del fatto (...), ma ricomprende necessariamente anche l'identità degli elementi posti (e valutati) a sostegno o a confutazione di esso e della sua rilevanza cautelare>>.*

Tale conclusione, pacificamente accolta per la determinazione dei limiti del giudicato cautelare, non può non valere simmetricamente, per comunanza di *ratio*, anche in tema di giudicando cautelare: *<<sarebbe, invero, oltremodo illogico, e contrario alle esigenze di tempestività tipiche del settore in discorso, negare, a causa di una pendenza in atto, l'immediato utilizzo dei nova utili a sostenere una determinata posizione, rinviandolo ex lege alla cessazione di quella pendenza. E' del resto prassi corrente, della cui legittimità non si dubita, la proposizione, da parte dell'indagato, di istanze di revoca o sostituzione della misura, purché basate su elementi nuovi, mentre è in corso, non importa in quale fase, un procedimento cautelare relativo alla stessa contestazione; con quanto poi ne può conseguire, in termini di interesse, sulla sorte di quest'ultimo>>.*

La soluzione non può essere diversa quando i *nova* siano fatti valere dal pubblico ministero: *<<le esigenze di una pronta tutela della collettività, costituenti il pendant di quelle che presidiano il favor libertatis, sono parimenti incompatibili con improprie ed inutili dilazioni, quali quelle che deriverebbero da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa>>.*

Le situazioni che si possono presentare nella realtà sono evidentemente le più varie e possono condizionare le scelte concrete del p.m. e riflettersi sulle conseguenze delle medesime sulla sorte dei procedimenti; resta, peraltro, fermo che l'autonomo utilizzo dei *nova* non può essere paralizzato da una pendenza in atto sullo stesso fatto, mentre a sua volta ne determina la non riversibilità dei medesimi in essa, operando, nell'identità degli elementi adottati, il meccanismo preclusivo.

Questa conclusione è in armonia con la sentenza Donati, *<<che, muovendosi sul filo del processo cognitivo e dovendo risolvere un problema ad esso specificamente pertinente, è sì risalita a un principio generale che lo trascende ma ne ha lasciato*

impregiudicata la definizione di limiti e modalità operative in altri ambiti procedurali e, in particolare, in riferimento al settore cautelare>>, nonché, <<malgrado qualche ingannevole apparenza>>, all'effettivo tenore della sentenza Donelli.

Si è, conclusivamente, affermato che <<qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale de libertate, intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio o porli a base di una nuova richiesta di misura cautelare personale, ma la scelta così operata gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare>>.

Le Sezioni unite hanno, peraltro, evidenziato che vi sono situazioni <<in cui la facoltà di scelta del p.m. presenta in concreto una sfasatura temporale, nel senso che, al momento del maturato intento di utilizzare i nova, il procedimento impugnatorio può trovarsi in una fase (ad es. quella che va dall'esaurimento del gravame di merito alla chiusura del successivo giudizio di legittimità) che non consente tale immediato utilizzo. E' evidente che in tali casi il paralizzare la nuova iniziativa del p.m. fino alla definizione della pendenza in atto striderebbe in maniera ancora più grave con le esigenze proprie dell'intervento cautelare>>.

PARTE II

LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 6

La legislazione speciale

1. Reati tributari. La frode fiscale: natura giuridica.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, n. 1235, Giordano ed altri**, hanno anche affermato che:

Massima n. 248869

Il delitto di frode fiscale si connota come reato di pericolo o di mera condotta, avendo il legislatore inteso rafforzare la tutela del bene giuridico protetto anticipandola al momento della commissione della condotta tipica.

Si è, in proposito, osservato che l'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 74 del 2000 include nel "fine di evadere le imposte" anche il fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, ed il conseguimento di tale fine è posto come scopo della condotta tipica, cioè come caratterizzante l'elemento intenzionale, non rilevando il suo conseguimento, in quanto il delitto di frode fiscale si connota come reato di pericolo o di mera condotta, perché il legislatore ha inteso rafforzare in tal modo la tutela, anticipandola al momento della commissione della condotta tipica.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 7

I soggetti

1. Il giudice. Estensione dell'impugnazione ai coimputati che non hanno sollevato questione in tema di astensione o ricusazione.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **16 dicembre 2010 – 5 aprile 2011, n. 13626, Di Giacomantonio ed altri**, hanno anche affermato che:

Massima n. 249300

In tema di astensione (e ricusazione), le questioni sollevate da una parte inerenti all'incompatibilità per precedenti funzioni svolte, hanno natura oggettiva e sono estensibili a tutti i coimputati, poiché le relative norme attuano i principi costituzionali di imparzialità e terzietà del giudice, a garanzia del giusto processo. (La Suprema Corte ha precisato che le questioni concernenti l'efficacia e la conseguente utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice prima della dichiarazione di astensione o ricusazione sono deducibili in ogni stato e grado del processo).

Un risalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità riteneva che il riconoscimento, a seguito di ricusazione (od astensione), di una causa di incompatibilità del magistrato non producesse effetti nei confronti dei coimputati che non l'avessero invocata, non determinando perciò per questi ultimi l'inefficacia – eventualmente dichiarata nel provvedimento di accoglimento della ricusazione – degli atti in precedenza compiuti dal giudice ricusato⁶²; ne deriverebbe che la parte privata che non abbia presentato l'istanza di ricusazione, atto di natura personalissima, non sarebbe legittimata nemmeno a partecipare alla relativa udienza di discussione⁶³.

Altro e più recente indirizzo ha ritenuto che le parti processuali, che pure non abbiano proposto dichiarazione di ricusazione, hanno diritto di intervenire alla relativa udienza di discussione, fissata per iniziativa di altra parte, perché hanno comunque interesse alla

⁶² Cass., sez. 6, 1° luglio 1997, Aquino, rv. 208555.

⁶³ Cass., sez. 6, 6 aprile 1998, dep. 8 maggio 1998, n. 1280.

verifica, in effettivo contraddittorio, della condizione di imparzialità e di effettiva terzietà del giudice ricusato⁶⁴.

Le Sezioni unite hanno condiviso il più recente indirizzo, *<<tenuto conto che, come già detto, le norme sulla astensione e ricusazione tendono a dare attuazione ai principi costituzionali di imparzialità e terzietà del giudice e ad assicurare il giusto processo, e che, pertanto, le relative questioni sollevate da una parte hanno natura oggettiva e sono estensibili a tutti i coimputati, come del resto rilevato dalla ordinanza di rimessione>>*, evidenziando, peraltro, che nel caso di specie si trattava di un provvedimento di autorizzazione alla astensione del giudice per incompatibilità per precedenti funzioni svolte, *<<riferibile, pertanto, a tutti gli imputati>>*, e rilevando, inoltre, che *<<le questioni concernenti la efficacia e la conseguente utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice prima della dichiarazione di astensione o ricusazione sono deducibili in ogni stato e grado del processo>*.

⁶⁴ Sez. 1, 20 gennaio – 2 marzo 2010, n. 8212, Rv. 246625.

Cap. 8

Le misure cautelari

1. Le misure cautelari personali: condizioni di applicabilità.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, n. 1235, Giordano ed altri**, hanno anche affermato che:

Massima n. 248867

Non può essere adottata o mantenuta una misura cautelare se sussistono le condizioni che rendono probabile l'applicabilità dell'indulto alla pena che si ritiene possa essere irrogata.

2. Segue. Incompatibilità tra pericolo di recidiva e possibile futura sospensione condizionale della pena irroganda.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, n. 1235, Giordano ed altri**, hanno anche affermato che:

Massima n. 248866

La ritenuta sussistenza del pericolo di reiterazione del reato (art. 274, comma primo, lett. c), cod. proc. pen.) esime il giudice dal dovere di motivare sulla prognosi relativa alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Si è, in proposito, osservato che la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena è indefettibilmente correlata ad una favorevole previsione in ordine alle future condotte del condannato, senz'altro incompatibile con il giudizio di sussistenza del pericolo di recidiva.

3. Segue. Le impugnazioni.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **28 ottobre 2010 – 19 gennaio 2011, n. 1235, Giordano ed altri**, hanno anche affermato che:

Massima n. 248868

La norma che prevede la notifica dell'avvenuta impugnazione alle altre parti (art. 584 cod. proc. pen.) non trova applicazione nell'ambito dei procedimenti *de libertate*, dato che essa è funzionale alla facoltà di proposizione dell'appello incidentale, estraneo al sistema delle impugnazioni in materia cautelare.

Si è, in proposito, rilevato che la notifica *de qua* (prevista dall'art. 584 cod. proc. pen., il quale non commina, peraltro, sanzioni in caso di violazione dell'obbligo, che, pertanto, comporta unicamente la mancata decorrenza del termine per la proposizione, da parte del soggetto interessato, dell'eventuale appello incidentale), proprio perché funzionale unicamente alla presentazione dell'appello incidentale (come si desume dall'art. 595, comma primo, cod. proc. pen.), risulta estranea alla natura ed alla struttura delle impugnazioni dei provvedimenti in materia di misure cautelari, le quali rivestono una propria fisionomia e sono soggette ad una speciale disciplina, diversa da quella delle impugnazioni ordinarie, soprattutto con riferimento alla brevità dei termini processuali previsti ed alle garanzie apprestate da particolari disposizioni (come, ad es., l'art. 310, comma secondo, cod. proc. pen.).

3.1. Segue. L'interesse ad impugnare dell'indagato/imputato in relazione a misure *medio tempore* revocate o divenute inefficaci.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni unite, con la sentenza del **16 dicembre 2010 – 1° marzo 2011, n. 7931, Testini**, hanno anche affermato che:

Massima n. 249002

In tema di ricorso avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare custodiale nelle more revocata o divenuta inefficace, perchè possa

ritenersi comunque sussistente l'interesse del ricorrente a coltivare l'impugnazione in riferimento a una futura utilizzazione dell'eventuale pronuncia favorevole ai fini del riconoscimento della riparazione per ingiusta detenzione, è necessario che la circostanza formi oggetto di specifica e motivata deduzione, idonea a evidenziare in termini concreti il pregiudizio che deriverebbe dal mancato conseguimento della stessa, formulata personalmente dall'interessato.

Si è, in proposito, osservato che la pronuncia inoppugnabile di annullamento della misura cautelare costituisce una decisione idonea a fondare il diritto dell'indagato alla riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 cod. proc. pen.), ancorché soltanto con riferimento alla custodia cautelare, carceraria o domiciliare⁶⁵, e che il raccordo tra interesse all'impugnazione e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 cod. proc. pen.) opera limitatamente alla deduzione dell'insussistenza delle condizioni genetiche o speciali previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., con esclusione delle esigenze cautelari⁶⁶: *<<in linea di principio può quindi sussistere, sotto il profilo di cui al cit. art. 314, l'interesse dell'indagato a una pronuncia sul ricorso attinente alla legittimità della custodia cautelare, in punto di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza o, più in generale, dei presupposti per poterli porre a base della sua applicazione⁶⁷, quando la stessa non sia più in atto>>.*

La giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, precisato che anche in caso di contestazione della sussistenza delle condizioni di applicabilità delle misure cautelari, necessita ugualmente la verifica dell'attualità e della concretezza dell'interesse, richiedendo l'art. 568, comma 4, cod. proc. pen., come condizione di ammissibilità di qualsiasi impugnazione, la sussistenza (e la persistenza al momento della decisione) di un interesse diretto a rimuovere un effettivo pregiudizio derivato alla parte dal provvedimento impugnato⁶⁸: *<<la regola contenuta nel citato art. 568 è, infatti, applicabile anche al regime delle impugnazioni contro i provvedimenti di libertà, in forza del suo carattere generale, implicando che solo un interesse pratico, concreto ed attuale del soggetto impugnante sia idoneo a legittimare la richiesta di riesame; né un tale interesse può risolversi in una mera ed astratta pretesa alla esattezza teorica del*

⁶⁵ Cass., Sez. un., n. 22 del 12 ottobre 1993, dep. 20 dicembre 1993, Corso, rv. 195357.

⁶⁶ Cass., Sez. un., n. 21 del 13 luglio 1998, dep. 24 settembre 1998, Gallieri, rv. 211194; Sez. un., n. 7 del 25 giugno 1997, dep. 18 luglio 1997, Chiappetta, rv. 208165; Sez. un., n. 26795 del 28 marzo 2006, dep. 28 luglio 2006, Prisco, rv. 234268.

⁶⁷ Sulla graduale estensione del campo applicativo del disposto di cui all'art. 314, comma secondo, cod. proc. pen., cfr. Cass., Sez. un., n. 8388 del 22 gennaio 2009, dep. 24 febbraio 2009, Novi, e Sez. un., n. 32383 del 27 maggio 2010, dep. 30 agosto 2010, D'Ambrosio.

⁶⁸ Cass., sez. 6, n. 27580 del 16 aprile 2007, dep. 12 luglio 2007, Romano, rv. 237418; sez. 6, n. 38855 del 16 ottobre 2007, dep. 19 ottobre 2007, Russo, rv. 237658; sez. 2, n. 34605 del 26 giugno 2008, dep. 03 settembre 2008, Pennisi, rv. 240702; sez. 6, n. 37764 del 21 settembre 2010, dep. 22 ottobre 2010, Fabiano, rv. 248245.

provvedimento impugnato, priva cioè di incidenza pratica sull'economia del procedimento>>.

Ciò premesso, si è osservato che un'applicazione pressoché automatica dei principi posti dalla citata giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla persistenza dell'interesse alla pronuncia presenta il rischio di accogliere una nozione di "interesse" troppo ampia, che finisce per presumere sempre e comunque che l'indagato agisca anche all'utile fine di preconstituirsì il titolo in funzione di una futura richiesta di un'equa riparazione per l'ingiusta detenzione ai sensi della disposizione contenuta nell'art. 314, comma 2, cod. proc. pen.: *<<oltre, infatti, alla ipotesi di palese insussistenza dell'interesse concreto ed attuale, contemplata nel comma 4 del citato art. 314 (che esclude che la riparazione sia dovuta qualora le limitazioni conseguenti all'applicazione della custodia cautelare siano sofferte anche in forza di altro titolo), bisogna in generale considerare che il procedimento per la riparazione dei danni da ingiusta detenzione non può comunque essere attivato prima che vi sia stata una pronuncia conclusiva del procedimento principale nei confronti dell'accusato (art. 315 cod. proc. pen.)>>.*

Se ne è desunto che *<<l'interesse a coltivare il ricorso in materia de libertate in riferimento a una futura utilizzazione della pronuncia in sede di riparazione per ingiusta detenzione dovrà essere oggetto di una specifica e motivata deduzione, idonea a evidenziare in termini concreti il pregiudizio che deriverebbe dalla omissione della pronuncia medesima>>.*

Si è anche precisato che, come si evince dal coordinato disposto dell'art. 315, comma terzo, cod. proc. pen. e dell'art. 645, comma primo, cod. proc. pen., la domanda di riparazione è atto riservato personalmente alla parte: conseguentemente, *<<occorre che l'intenzione della sua futura presentazione sia con certezza riconducibile alla sua volontà>>*⁶⁹.

Roma, 21 giugno 2011

Redattore: Sergio Beltrani

Il vice direttore
(Domenico Carcano)

⁶⁹ Cass., sez. 6, n. 3531 del 14 gennaio 2009, dep. 27 gennaio 2009, Gervasi, rv. 242404.