



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

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

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE PENALI

Anno 2011 - II quadrimestre

Estensore: Sergio Beltrani

SOMMARIO

PARTE I – LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I – DIRITTO PENALE

Cap. 1 – La punibilità.

1. Cause di estinzione del reato. La ricusa della remissione di querela in caso di mancata comparizione in udienza. **pag. 6**

Cap. 2 - La pericolosità sociale.

1. La recidiva: natura giuridica e conseguenze in tema di concorso di circostanze aggravanti. **pag. 10**

Cap. 3 - La legislazione speciale.

1. Reati fallimentari. Unità o pluralità di reati di bancarotta. **pag. 17**

SEZIONE II - PROCEDURA PENALE

Cap. 4 - I soggetti.

1. Il giudice. Effetti della ricsuzione sulla sentenza resa prima dell'adozione dell'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta l'istanza di ricsuzione. **pag. 27**

Cap. 5 - Gli atti.

1. La traduzione degli atti. Incompatibilità dell'interprete. **pag. 36**

2. La nullità derivante da omessa notificazione dell'avviso di udienza ad uno dei due difensori dell'imputato. **pag. 40**

Cap. 6 - Le misure precautelari e cautelari.

1. Le misure precautelari. La rilevanza della recidiva reiterata ai fini della determinazione della pena stabilita per l'arresto facoltativo in flagranza. **pag. 50**

2. Le misure cautelari personali. Scelta delle misure e modifiche sopravvenute *in peius*. **pag. 53**

2.1. I termini di custodia cautelare nel giudizio abbreviato. **pag. 67**

2.2. La sospensione dei termini di custodia cautelare in pendenza del termine per il deposito dei motivi. **pag. 74**

2.3. L'estinzione delle misure coercitive dopo il giudicato. **pag. 79**

2.4. Le impugnazioni in materia *de libertate*. Forme particolari di notificazione. **pag. 86**

Cap. 7 - Il giudizio.

1. L'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale che legittima l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti. **pag. 91**

Cap. 8 - Le impugnazioni.

1. Ricorso per cassazione. Interesse ad impugnare della parte civile. **pag. 105**

PARTE II - LE ALTRE QUESTIONI
SEZIONE I - PROCEDURA PENALE

Cap. 9 - Gli atti.

- 1.** Notificazione al domiciliatario non reperito. **pag. 109**

Cap. 10 - Le impugnazioni.

- 1.** Ricorso per cassazione. L'interesse ad impugnare del P.M.: fattispecie. **pag. 111**

1.1. Ricorso per cassazione. Il termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare. **pag. 112**

Cap. 11 - L'esecuzione delle pene.

- 1.** Concorso formale e reato continuato in fase esecutiva: pluralità di condanne per reati di bancarotta relativa al medesimo fallimento. **pag. 117**

PARTE I

LE QUESTIONI CONTROVERSE

SEZIONE I

DIRITTO PENALE

Cap. 1

La punibilità

1. Cause di estinzione del reato. La ricusa della remissione di querela in caso di mancata comparizione in udienza.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la mancata comparizione in udienza del querelato, ritualmente citato, integri accettazione tacita della remissione della querela, sia stato, il querelato, preavvertito o meno di detta remissione>>.

Un orientamento riteneva che, in difetto della prova che l'imputato fosse venuto a conoscenza della remissione di querela, "la mancata comparizione dell'imputato all'udienza non può essere interpretata di per sè sola come volontà di accettare la remissione della querela"¹; si evidenziava, in particolare, che ogni comportamento deve essere volontario e consapevole, che la mancata prova della conoscenza dell'intervenuta remissione di querela non consente di trarre conseguenze giuridiche da comportamenti involontari ed inconsapevoli, e che la mancata comparizione in giudizio del querelato costituisce espressione neutra del diritto del prevenuto di non partecipare al procedimento rimanendo contumace.

Altro orientamento attribuiva, al contrario, alla mancata comparizione dell'imputato - previamente edotto, con atto notificatogli regolarmente, che la sua assenza all'udienza sarebbe stata considerata come tacita accettazione dell'avvenuta remissione - l'inequivoca valenza di manifestazione della volontà di accettazione della remissione, in quanto, ai fini dell'efficacia giuridica della remissione di querela, non sarebbe indispensabile una esplicita e formale accettazione, cioè una manifestazione positiva di volontà di accettazione, ma sarebbe sufficiente, ex art. 155, comma 1, cod. pen., l'assenza di ricusa in forma espressa o tacita: allorché alla remissione di querela effettuata dalla persona offesa segue l'assenza dell'imputato nella successiva

¹ Sez. 5, n. 15855 del 07/03/2006, Lanzafame, Rv. 234437; conformi, Sez. 5, n. 15613 del 26/02/2009, Angioni, Rv. 243605; Sez. 5, n. 4430 del 03/12/2009, dep. 02/02/2010, Chiaromonti, Rv. 246153; Sez. 5, n. 16598 del 03/02/2010, Ballerini, Rv. 247245.

udienza, appositamente fissata, come da avviso notificato regolarmente, in concreto l'imputato pone in essere un comportamento di mancata ricusa della remissione².

Alcune decisioni prescindono dall'accertamento in concreto della consapevolezza da parte dell'imputato dell'intervenuta remissione, considerando la mancata partecipazione dell'imputato al dibattimento come un comportamento di indifferenza alle sorti processuali, costituente espressione di assenza di rifiuto della remissione³.

Una isolata decisione aveva ritenuto che "la mancata comparizione all'udienza del querelato contumace non integra accettazione tacita della remissione della querela neppure ove egli sia venuto a conoscenza di detta remissione"⁴.

Con sentenza del **25 maggio – 13 luglio 2011, n. 27610, P.G. in proc. Marano**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 250201

L'omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza della remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra, ex art. 155, comma primo, cod. pen., la mancanza di ricusa idonea a legittimare la pronuncia di estinzione del reato.

² In questo senso, Sez. 5, n. 34421 del 03/04/2007, Xapaa Milakh, Rv. 237704; Sez. 5, n. 4229 del 09/12/2008, dep. 29/01/2009, Ventimiglia, Rv. 242951; Sez. 5, n. 118951 del 04/01/2010, Milano, Rv. 246547; Sez. 5, n. 19568 del 31/03/2010, Falcone, Rv. 247501; Sez. 5, n. 35900 del 24/06/2010, Cannata, Rv. 248427.

³ In questo senso si sono espresse Sez. 5, n. 30614 del 26/06/2008, Orlandini, Rv. 240438; Sez. 4, n. 47483 del 13/11/2008, Mizzitelli; Rv. 242761; Sez. 5, n. 4696 del 05/12/2008, dep. 03/02/2009, Zatti, Rv. 242618; Sez. 5, n. 35620 del 27/05/2010, Apicella, Rv. 248884; Sez. 5, n. 2776 del 18/11/2010, dep. 26/01/2011, Cassano, Rv. 249084; Sez. 5, n. 3359 dell'11/11/2010, dep. 31/01/2011, Navarro, Rv. 249411; Sez. 5, n. 7072 del 12/01/2011, Castillo, Rv. 249412.

⁴ Sez. 2, n. 34124 del 08/07/2009, Princich, Rv. 244949, che si riportava al principio enunciato dalle Sezioni unite con la sentenza Viele (n. 46088 del 30/10/2008) relativa alla remissione tacita con la quale è stato affermato il principio secondo il quale la mancata comparizione del querelante - pur previamente avvisato che la sua assenza sarebbe stata ritenuta concludente nel senso della remissione tacita della querela - non costituisce fatto incompatibile con la volontà di persistere nella stessa. La sentenza non ravvisa ragioni perché lo stesso principio non debba valere per l'accettazione della remissione della querela da parte del querelato, tanto più che neppure nel processo avanti il Giudice di pace (ove, in base al combinato disposto del D.Lgs. n. 274 del 2000, art. 21 e art. 28, comma 3, è previsto un espresso caso di remissione tacita della querela nella ipotesi in cui il querelante non si presenti) è considerato alcun comportamento processuale concludente da parte del querelato in caso di remissione tacita.

Le Sezioni Unite hanno rilevato che la questione controversa poteva essere <<linearmente>> risolta sulla base dei dati normativi: <<il querelato può accettare espressamente la remissione della querela, con formalità analoghe a quelle previste per l'atto di remissione (art. 340 c.p.p., comma 1). Ma, se non vi è un atto di accettazione espressa, perché si producano nondimeno gli effetti giuridici conseguenti alla remissione, la legge non pone come condizione che vi sia una "accettazione tacita". Infatti, nonostante che la rubrica dell'art. 155 cod. pen. sia intitolata (impropriamente) "Accettazione della remissione", ciò che normativamente si richiede (comma primo) è che il querelato non abbia "espressamente o tacitamente" ricusato la remissione; verificandosi la "ricusa tacita" "quando il querelato ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di accettare la remissione". Il comportamento concludente preso in considerazione dall'art. 155 c.p., comma 1, non è, dunque, quello attraverso cui si renda percepibile una adesione del querelato alla remissione di querela, ma attiene a una tacita manifestazione di volontà diretta a impedirla: non un comportamento positivo - di accettazione - ma uno negativo - di rifiuto ->>.

Può dirsi, allora, che l'accettazione si presume, purché non vi siano fatti indicativi di una volontà contraria del querelato, purché quest'ultimo si trovi in grado di accettare o rifiutare.

Dalla ricusa della remissione, e corrispondentemente dalla mancata ricusa, derivano conseguenze rilevanti quali la prosecuzione del giudizio (nella prima ipotesi) e la condanna del querelato al pagamento delle spese processuali (nella seconda), come disposto dall'art. 340 c.p.p., comma 4, modificato dalla L. 25 giugno 1999, n. 205, art. 13⁵: <<ora, a parte l'eventuale interesse del querelato ad ottenere una positiva affermazione giudiziale della sua innocenza in ordine al fatto addebitatogli dal querelante, la previsione della sua condanna al pagamento delle spese processuali esige razionalmente che colui che la subisce sia posto nelle condizioni di ricusare la remissione della querela. Tale situazione non può dirsi sussistere quando il querelato non sia a conoscenza (o non sia stato messo in grado di essere a conoscenza) della intervenuta remissione; in detta ipotesi egli non può consapevolmente decidere se rifiutare (espressamente o tacitamente) la remissione e quindi proseguire il giudizio, nella prospettiva di ottenere una pronuncia sul merito del fatto-reato addebitatogli e, ad un tempo, di scansare l'onere delle spese processuali>>.

Per la decisione della questione controversa assume, quindi, rilievo l'accertamento della conoscenza (o, almeno, della conoscibilità) dell'avvenuta remissione nei casi in cui l'imputato-querelato non sia comparso in udienza: <<ed invero l'imputato, che sia a conoscenza o sia comunque posto in grado di conoscere l'intervenuta remissione della querela, e che omette di presentarsi in dibattimento non pone in essere un

⁵ "Le spese del procedimento sono a carico del querelato, salvo che nell'atto di remissione sia stato diversamente convenuto".

comportamento neutro che è mera espressione del suo diritto di non partecipare al dibattimento rimanendo contumace, ma, disinteressandosi della prosecuzione e dell'esito del procedimento, manifesta la propria volontà di non ricusare la remissione. La disciplina sostanziale che regola diversamente la remissione tacita di querela e la ricsa tacita della remissione non consente di sovrapporre le due fattispecie e di negare conseguenze alla mancata comparizione del querelato (come invece correttamente statuito con le Sez. unite, Viele, per l'omessa comparizione del querelante con riferimento alla remissione tacita)>>.

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: <<*la omessa comparizione in udienza del querelato, posto a conoscenza dell'avvenuta remissione della querela o posto in grado di conoscerla, integra mancanza di ricsa idonea per la pronuncia di estinzione del reato per tale causa*>>.

Cap. 2

La pericolosità sociale

1. La recidiva: natura giuridica e conseguenze in tema di concorso di circostanze aggravanti.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la recidiva, che può determinare un aumento di pena superiore a un terzo, sia circostanza aggravante ad effetto speciale e se, pertanto, soggiaccia, ove ricorrano altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento>>.

L'**orientamento dominante** riconosceva alla recidiva natura giuridica di circostanza aggravante ad effetto speciale e, di conseguenza, riteneva applicabile, nel caso di concorso con altre circostanze, la regola dell'applicazione dell'aumento conseguente alla circostanza di maggiore gravità, salvo il potere del giudice di stabilire un ulteriore aumento fino ad un terzo⁶; si riteneva, in particolare, che "la recidiva reiterata, che è circostanza aggravante a effetto speciale, rileva, se contestata e ritenuta dal giudice, ai fini della determinazione del tempo necessario alla prescrizione del reato"⁷. Nell'ambito di questo orientamento era pacifico che la recidiva è circostanza aggravante ad effetto speciale, ma non sempre da questa premessa si traeva la conseguenza ulteriore dell'applicabilità, in caso di concorso con altre circostanze aggravanti ad effetto speciale, della regola codicistica di cui all'art. 63, comma 4, cod. pen.: ed, infatti, dopo aver ribadito che il dato testuale dell'art. 63, comma 3, cod. pen. non offre spunti per tener fuori dall'area delle circostanze aggravanti ad effetto speciale quelle soggettive, che ineriscono alla persona del colpevole, quale la recidiva, si era talora giunti alla conclusione che il disposto di cui

⁶ Così, tra le altre, Sez. 2, n. 19565 del 09/04/2008, dep. 15/05/2008, PG in proc. Rinallo, rv. 240409; e Sez. 6. n. 44591 del 04/11/2008, dep. 29/11/2008, Nocco ed altri, rv. 242133; Sez. 1, n. 18513 del 17/03/2010, dep. 17/05/2010, Amantonico, rv. 247202; Sez. 5, n. 35852 del 7/6/2010, dep. 6/10/2010, Di Canio, rv. 248502; Sez. 5, n. 2764 del 9/11/2010 (dep. 26/1/2011), Gabrielli.

⁷ Sez. 2, 40978 del 21/10/2008, dep. 03/11/2008, P.G. in proc. Coviello, rv. 242245.

all'art. 99, comma 5, cod. pen. in punto di obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva nel caso in cui rilevi uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen. sancisce l'obbligatorietà di un doppio aumento di pena⁸.

Un orientamento minoritario collocava la recidiva nella categoria delle circostanze inerenti alla persona del colpevole, e riteneva che tale qualificazione sarebbe alternativa a quella di circostanza aggravante ad effetto speciale, e, conseguentemente, che non dovesse aversi riguardo alla previsione di cui all'art. 63, comma 4, cod. pen. nel caso di concorso con circostanze aggravanti ad effetto speciale⁹.

In **dottrina**, appariva nettamente prevalente l'orientamento già prevalente nell'ambito della giurisprudenza; le voci più autorevoli precisavano, in particolare, che "il novellato art. 99, comma 5, prevede una nuova figura di recidiva (reiterata) obbligatoria che si riferisce al soggetto recidivo che commette uno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a) cod. proc. pen.": questa disciplina si connota per l'assenza di un qualsivoglia nesso tra le tipologie di reati di cui all'elenco contenuto nella normativa processuale e "il giudizio di maggiore pericolosità legislativamente presunta certamente quando i delitti precedentemente commessi sono di modesta entità ovvero non v'è omogeneità tra i delitti precedenti e quelli successivi".

Con sentenza del **24 febbraio – 24 maggio 2011, n. 20798, P.G. in proc. Indelicato**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, condividendo l'orientamento in precedenza dominante; il principio affermato è stato così massimato:

Massima n. 249664

La recidiva è circostanza aggravante ad effetto speciale quando comporta un aumento di pena superiore a un terzo, e, pertanto, soggiace, in caso di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave, e ciò pur quando l'aumento che ad essa segua sia obbligatorio, per avere il soggetto, già recidivo per un qualunque reato, commesso uno dei delitti indicati all'art. 407, comma secondo, lett. a), cod. proc. pen. (La Corte ha precisato che è circostanza più grave quella connotata dalla pena più alta nel massimo edittale e, a parità di massimo, quella con la pena più elevata nel minimo edittale, con l'ulteriore specificazione che l'aumento da irrogare in concreto non può in ogni caso essere

⁸ Sez. 2, n. 26517 del 16/06/2009, dep. 25/06/2009, Grande, rv. 244723.

⁹ In questo senso, Sez. 6, n. 1485 del 22.11.1994, dep. 13/02/1995, Dell'Anna, rv. 201037-8; Sez. 2, n. 11105 del 4/3/2009, dep. 12/3/2009, Campana, n.m.

inferiore alla previsione del più alto minimo edittale per il caso in cui concorrano circostanze, delle quali l'una determini una pena più severa nel massimo e l'altra più severa nel minimo).

Le Sezioni Unite hanno preliminarmente valutato la natura giuridica della recidiva, nei casi in cui essa comporti un aumento di pena superiore ad un terzo: dopo aver ricordato che *<<in un'ottica sostanziale le circostanze rappresentano altrettanti elementi capaci di incidere sulla gravità del fatto o sulla intensità della capacità criminale del soggetto e assolvono alla funzione di adeguare la risposta sanzionatoria alla gravità del reato, che può dipendere dalla presenza di elementi significativi, diversi e ulteriori rispetto a quelli essenziali>>*, e che *<<dal punto di vista tecnico formale le circostanze devono essere oggetto di una specifica previsione legislativa, in quanto accedono – integrandosi con essa – ad una fattispecie incriminatrice già costituita nei suoi elementi essenziali e comportano, rispetto ad essa, una variazione di pena che può essere stabilita in modo proporzionale oppure indipendente rispetto alla pena prevista per il reato base cui le circostanze accedono. Quale che sia il sistema di variazione, proporzionale o indipendente, le circostanze hanno, comunque, efficacia extraedittale>>*, sono stati riepilogati i criteri di classificazione delle circostanze, e si è evidenziato che *<<la recidiva, al pari di altri elementi la cui natura circostanziale non è posta in discussione, esplica un'efficacia extraedittale, atteso che è idonea a condurre la sanzione finale oltre i tetti di pena fissati dalla comminatoria edittale, e, al contempo, assolve alla funzione di commisurazione della pena, fungendo da strumento di adeguamento della sanzione al fatto, considerato sia nella sua obiettiva espressione che nella relazione qualificata con il suo autore>>*.

Si è, inoltre, precisato che la recidiva è *<<una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo status e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale. In coerenza con tale impostazione si ritiene che la recidiva reiterata (art. 99, comma quarto, cod. pen.) sia una circostanza facoltativa nell'an e vincolata nel quantum, e, invece, obbligatoria nell'an e vincolata nel quantum nell'ipotesi prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen (...). Questa giustificazione costituzionale¹⁰ dell'istituto impone il ripudio di qualsiasi automatismo, ossia dell'instaurazione presuntiva di una relazione qualificata tra status della persona e*

¹⁰ La matrice di tale orientamento va ricercata in una decisione della Corte Costituzionale (sent. n. 192 del 2007), poi seguita da molte altre pronunzie analoghe (ordinanze n. 409 del 2007, n. 33 del 2008, n. 90 del 2008, n. 193 del 2008, n. 257 del 2008), che ha escluso la conformità ai principi costituzionali di una lettura dell'art. 99 basata su qualsiasi forma di automatismo, che è stata esclusa a partire dall'aumento della sanzione, segnando così la fine della concezione bifasica della discrezionalità, prospettata da un ormai superato indirizzo interpretativo minoritario.

reato commesso e il recupero della valutazione discrezionale cui è correlato uno specifico obbligo motivazionale>>.

La piena adesione alla **concezione della recidiva quale circostanza aggravante** comporta che <<essa sia produttiva di effetti unicamente se il giudice ne accerti i requisiti costitutivi e la dichiari, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna (presupposto che, nel caso di recidiva obbligatoria, è necessario e sufficiente), ma anche, nel caso di recidiva facoltativa, del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo, da accertarsi discrezionalmente. E' sotto tale profilo che viene in rilievo la distinzione tra riconoscimento della recidiva – per tale dovendosi intendere la verifica dell'esistenza dei presupposti formali e sostanziali della stessa – e applicazione della recidiva, avuto riguardo alla sua effettiva incidenza sul meccanismo di determinazione della pena (...). Una circostanza aggravante deve essere riconosciuta come applicata non solo quando nel processo viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell'art. 69 cod. pen., un altro degli effetti che le sono propri e, cioè, quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare per il reato oggetto del giudizio >>¹¹.

Il rifiuto di ogni forma di automatismo nel riconoscimento e nell'applicazione della recidiva, intesa come circostanza aggravante, opera su due piani, quello relativo all'aumento della sanzione e quello concernente gli effetti secondari o indiretti della recidiva: <<sotto il primo profilo, le limitazioni al giudizio di valenza imposte dall'art. 69, comma quarto, cod. pen. devono essere interpretate nel senso che le circostanze attenuanti non possono essere dichiarate prevalenti sulle aggravanti soltanto in due ipotesi: qualora sussistano i presupposti della recidiva obbligatoria oppure nel caso in cui il giudice ritenga di applicare la recidiva facoltativa ex art. 99, comma quarto, cod. pen., ravvisando la sussistenza dei relativi presupposti formali e sostanziali (...). Pure nel caso di recidiva reiterata, quindi, la meritevolezza della maggior pena, anche in rapporto al concorso eterogeneo di circostanze, deve essere apprezzata in concreto>>.

Sotto il secondo profilo, con riferimento agli effetti secondari della recidiva, le Sezioni Unite hanno recentemente ritenuto la necessità dell'aumento di pena in concreto (o, se del caso, della valutazione di meritevolezza) quale presupposto per l'attivazione di varie discipline speciali attualmente operanti nei confronti del recidivo¹².

A parere delle Sezioni Unite, <<il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo status personale svincolato dal fatto reato. Il riconoscimento e l'applicazione della recidiva quale circostanza aggravante postulano,

¹¹ In tal senso già Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, dep. 24/07/1991, Grassi, Rv. 187856.

¹² Sez. U, n. 35738 del 27/08/2010, dep. 05/10/2010, Calibé, Rv. 247838-41; cfr. anche Corte Cost., ord. n. 421 del 2004.

piuttosto, la valutazione della gravità dell'illecito commisurata alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva - sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale - quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzazione di nuovi reati, soltanto nell'ambito di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso, che deve essere concretamente significativo - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo>>.

Considerazioni in parte diverse devono essere svolte in merito all'ipotesi prevista dall'art. 99, comma quinto, cod. pen., che disciplina un caso di recidiva obbligatoria nell'*an* e vincolata nel *quantum* in relazione ad un catalogo di reati che, nelle originarie intenzioni del legislatore, doveva selezionare i casi di indagini fisiologicamente complesse (art. 407, comma 2, lett. a, cod. proc. pen.): detta fattispecie è applicabile nei confronti del soggetto, già recidivo per un qualunque reato, che commetta un delitto riconducibile al catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., a nulla rilevando che vi rientri anche il delitto per cui vi è stata precedente condanna: <<I'incipit della norma ("se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.") e la sua stessa collocazione rendono evidente che la previsione contenuta nel quinto comma dell'art. 99 cod. pen. affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa, salvo che per il caso previsto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà (art. 99, commi secondo e quinto, cod. pen.), mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento fino alla metà>>.

Una volta chiarita la **natura della recidiva** quale circostanza del reato e, in particolare, quale **circostanza aggravante soggettiva**, le Sezioni Unite sono passate a valutare se essa possa essere qualificata come circostanza aggravante ad effetto speciale. Dopo avere esposto le ragioni per le quali l'orientamento minoritario non appare condivisibile¹³, si è ricordato che l'art. 63, comma terzo, cod. pen. comprende

¹³ *In primis*, esso ritiene erroneamente alternative e incompatibili fra loro le due classificazioni; inoltre, sottolineando il dato letterale dell'art. 70 cod. pen., ne omette una lettura logico-sistematica alla luce delle altre disposizioni contenute nel Capo II, espressamente dedicato alle <<circostanze del reato>>; infine, non tiene conto dell'articolata elaborazione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, convergente nel qualificare la recidiva quale circostanza aggravante. L'esclusivo richiamo della distinzione tra circostanze oggettive e soggettive (art. 70 cod. pen.), attinente ad un profilo squisitamente contenutistico, per inferire un peculiare regime della recidiva, sottintende una lettura parziale della relativa disciplina che non si esaurisce nella predetta disposizione, ma si articola anche in altre norme: l'art. 99 cod. pen., che, nell'ambito della distinzione tra ipotesi di recidiva facoltativa nell'*an* e vincolata nel *quantum* e ipotesi di recidiva obbligatoria nell'*an* e nel *quantum* (art. 99, comma quinto, cod. pen.) impone, in ogni caso, aumenti di pena superiori ad un terzo, qualora il giudice ritenga sussistente l'aggravante e ne faccia concreta applicazione;

nella categoria delle circostanze ad effetto speciale le ipotesi in cui sia stabilito un aumento (o una diminuzione) di pena, frazionario o autonomo, superiore ad un terzo: <<*sotto quest'ultimo profilo, quindi, avuto riguardo alle modalità di previsione legislativa, appare condivisibile l'orientamento maggioritario espresso da questa Corte che qualifica le **ipotesi di recidiva disciplinate dal secondo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 99 cod. pen. come circostanze ad effetto speciale**, avuto riguardo al criterio edittale*>>.

Non è stato, infine, condiviso l'orientamento formatosi nell'ambito di quello maggioritario, e secondo il quale, pur se la recidiva qualificata rientra tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale, da questa affermazione non conseguirebbe sempre l'applicabilità della regola fissata dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., qualora tra le circostanze aggravanti ad effetto speciale che concorrono sia compresa la recidiva c.d. obbligatoria (art. 99, comma quinto, cod. pen.): <<*questa opzione interpretativa non appare condivisibile. Innanzitutto delinea una sorta di statuto speciale del quinto comma all'interno dell'art. 99 cod. pen. che non trova adeguati riscontri nell'interpretazione letterale e logico-sistematica della norma e ne esaspera la funzione e la portata applicativa, in aperto contrasto con il canone dell'interpretazione conforme alla Costituzione, imposta, innanzitutto, dal principio di offensività, oltre che dal principio di proporzionalità, coniugato con quello di ragionevolezza della pena e dalla funzione rieducativa della pena (art. 27 Cost.). In secondo luogo, in aperto contrasto con le premesse dogmatiche da cui muove, prospetta la creazione di una circostanza aggravante ad effetto speciale sui generis, idonea a superare, pur in assenza di qualsivoglia deroga espressa, la preesistente regola generale posta dall'art. 63, comma quarto, cod. pen. che, in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale, prevede un cumulo giuridico e non materiale*>>.

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: <<*la recidiva, che può determinare un aumento di pena superiore ad un terzo, è una circostanza aggravante ad effetto speciale e, pertanto, soggiace, ove ricorrano altre circostanze aggravanti ad*

l'art. 69 cod. pen. (modificato dall'art. 3 della legge n. 251 del 2005), che, come si ricava dalla stessa rubrica, detta le regole in tema di <<Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti>> ai fini del trattamento sanzionatorio, e, al quarto comma, annovera chiaramente, ai fini del divieto di bilanciamento, la recidiva nella categoria delle circostanze. La valorizzazione esclusiva dell'art. 70 cod. pen. contraddice, inoltre, la funzione della recidiva, da individuare nell'efficacia modificatrice della pena, omologa agli elementi la cui natura circostanziale non è posta in discussione. Non tiene, infine, in debita considerazione i principi generali contenuti negli artt. 63 e 64 cod. pen. che stabiliscono in linea generale i criteri discretivi tra ordinarie circostanze aggravanti e circostanze aggravanti ad effetto speciale e disciplinano l'applicazione dei relativi aumenti di pena anche con riferimento al concorso di circostanze omogenee o eterogenee. In base all'art. 64 cod. pen. possono definirsi circostanze comuni quelle che comportano una variazione edittale non superiore a un terzo della pena che il giudice avrebbe irrogato per il reato commesso in assenza dell'aggravante (o dell'attenuante).

effetto speciale, alla regola dell'applicazione della pena stabilita per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento>>.

Si è anche precisato, in accordo con l'orientamento dominante¹⁴, che, al fine di stabilire quale sia la circostanza ad efficacia speciale più grave, <<il criterio che appare maggiormente rispettoso dei principi costituzionali di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma secondo, Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost.) è quello riferito alle valutazioni astratte compiute dal legislatore per la predeterminazione degli aumenti di pena, seguito anche in altri ambiti, quali, ad esempio, quello della competenza per materia (art. 4 cod. proc. pen.), per connessione (art. 16, comma 1, cod. proc. pen.), nonché dell'applicazione di misure cautelari personali>>. Di conseguenza, per stabilire, ai fini di cui all'art. 63, comma quarto, cod. pen., quale, fra più circostanze contestate ed effettivamente ritenute dal giudice, sia la più grave si deve avere riguardo al massimo della pena edittale prevista e, in caso di parità del massimo edittale, al maggior minimo e non, invece, alla pena in concreto irrogabile; inoltre, <<attesa l'identità di ratio esistente tra il concorso formale e la continuazione fra i reati e il concorso di circostanze aggravanti, istituiti tutti volti a mitigare il rigore del cumulo materiale delle pene, è possibile concludere che costituisce un principio di carattere generale, valido anche nel caso disciplinato dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., quello in base al quale, in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale, qualora una di esse sia punita con una pena più elevata nel massimo e l'altra con una pena più elevata nel minimo, la sanzione da irrogare in concreto non può essere inferiore a quest'ultima previsione edittale>>.

Sulla base di tali considerazioni, è stato conclusivamente affermato il seguente principio di diritto: <<in caso di concorso omogeneo di circostanze aggravanti ad effetto speciale (art. 63, comma quarto, cod. pen.), l'individuazione della circostanza più grave sulla base del massimo della pena astrattamente prevista non può comportare, in presenza di un'altra aggravante il cui limite minimo sia più elevato, l'irrogazione di una pena ad esso inferiore>>.

¹⁴ Cfr., fra le tante, Sez. 6, n. 34382 del 14/07/2010, dep. 23/09/2010, Azizi Aslan Detto, Rv. 248247; Sez. 5, n. 12473 dell'11/02/2010, dep. 30/03/2010, Salviani, Rv. 246558; Sez. 3, n. 11087 del 26/01/2010, dep. 23/03/2010, S., Rv. 246468; Sez. 2, n. 47447 del 06/11/2009, dep. 14/12/2009, Sall, Rv. 246431; Sez. 4, n. 6853 del 27/01/2009, dep. 17/02/2009, Maciocco, Rv. 242866; Sez. 1, n. 44860 del 05/11/2008, dep. 02/12/2008, Ficara, Rv. 242198; Sez. 1, n. 26308 del 27/05/2004, dep. 10/06/2004, Micale, Rv. 229007; Sez. U, n. 15 del 26/11/1997, dep. 03/02/1998, Cassata, Rv. 195805; Sez. U, n. 4901 del 27/03/1992, dep. 30/04/1992, Varnelli, Rv. 209485.

Cap. 3

La legislazione speciale

1. Reati fallimentari. Unità o pluralità di reati di bancarotta.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se i fatti di bancarotta, nel caso in cui siano poste in essere più condotte tipiche nell'ambito di uno stesso fallimento, integrino un unico reato, con l'effetto di un aumento di pena in funzione di circostanza aggravatrice, o se, invece, la pluralità di condotte di bancarotta dia luogo ad un concorso di reati con conseguente esclusione del divieto del bis in idem per l'eventuale giudicato intervenuto su alcune delle indicate condotte>>.

Nell'ordinanza di rimessione, si evidenziava il contrasto giurisprudenziale sulla natura giuridica del reato di bancarotta, ed, in particolare, tra un **orientamento dominante** che sosteneva la **concezione unitaria** del reato, che ravvisava nella pluralità di fatti tipici, commessi nell'ambito della stessa procedura concorsuale, una circostanza aggravante e considerava le diverse violazioni - in deroga alle norme sul concorso materiale di reati e sulla continuazione - come un solo reato (posto che una circostanza non può che aggravare un solo fatto di reato, nel quale essa si innesta), con l'effetto dell'operatività della preclusione di un secondo giudizio¹⁵, ed un **orientamento minoritario**, che sosteneva la **concezione pluralistica** del reato, ravvisando nell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. l'unificazione solo *quoad poenam* della pluralità dei fatti di bancarotta posti in essere nell'ambito della stessa procedura

¹⁵ Sez. 3, n. 2492 del 26/05/1959, imp. Jerussi; Sez. 5, n. 314 del 24/03/1972, dep. 15/06/1972, imp. Draghi; Sez. 5, n. 1431 del 20/11/1981, imp. Borselli; Sez. 5, n. 4403 del 14/01/1980, dep. 01/04/1980, imp. Testa; Sez. 5, n. 8390 del 04/06/1981, dep. 28/09/1981, imp. Picardi; Sez. 5, n. 9266 del 24/06/1988, dep. 15/09/1988, imp. Ricelli; Sez. 5, n. 10260 del 05/10/1981, dep. 13/11/1981, imp. Brandinelli; Sez. 5, n. 43 del 25/11/1983, dep. 04/01/1984, imp. Giovannoni; Sez. 5, n. 8988 del 01/06/1988, dep. 23/08/1988, imp. Termini; Sez. 5, n. 4431 del 14/03/1998, dep. 15/04/1998, imp. Calabro; Sez. 5, n. 9047 del 15/06/1999, dep. 15/07/1999, imp. Larini; Sez. 5, n. 10423 del 22/05/2000, dep. 02/10/2000, imp. Piana; Sez. 5, n. 4901 del 16/12/2002, dep. 03/02/2003, imp. Gazzani; Sez. 5, n. 38810 del 04/07/2006, dep. 22/11/2006, imp. Vassallo.

concorsuale, senza escludere l'autonomia ontologica dei singoli episodi delittuosi: tale unificazione, pur esplicitamente qualificata come aggravante, costituirebbe in realtà un'ipotesi particolare di continuazione derogativa di quella ordinaria, consistendo la deroga nella determinazione dell'aumento di pena fino a un terzo (e non fino al triplo ex art. 81 cod. pen.) e nell'assoggettabilità al giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen.¹⁶.

In questo ambito, assumeva rilevanza centrale l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., nel quale si ravvisava, nei contrapposti orientamenti, una vera e propria circostanza aggravante, sia sotto il profilo funzionale che sotto quello strutturale, oppure una norma contenente una peculiare regolamentazione del concorso di reati e dell'istituto della continuazione, nella prospettiva di contenere entro limiti di ragionevolezza la pretesa punitiva dello Stato.

L'ordinanza di rimessione osservava, inoltre, che, se appare razionale la scelta di politica criminale finalizzata a disciplinare in maniera peculiare il concorso di reati ed a contenere il potere sanzionatorio del giudice in relazione a plurime e autonome fattispecie incriminatrici in materia di bancarotta patrimoniale, non appare altrettanto razionale una interpretazione della disciplina speciale che, riconducendo ad unità fatti ontologicamente diversi, ne precluda il completo accertamento ed eventualmente la punizione, ponendosi, in definitiva, in contrasto con la logica del sistema penale e con gli artt. 3 e 112 Cost., sottolineando, infine, che la preclusione connessa al divieto del *bis in idem* opera soltanto in relazione allo "stesso fatto", che ricorre quando v'è corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso di causalità) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

La contrapposizione tra concezione unitaria e concezione pluralistica del reato di bancarotta si rifletteva su molteplici problematiche:

(a) in primo luogo, come anticipato, con riguardo alla natura della disciplina ex art. 219, comma 2, n. 1, l. fall.: secondo l'indirizzo largamente consolidato, la norma *de qua* prevederebbe una fattispecie circostanziale; alcune pronunce segnalavano che l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. avrebbe "accolto" il principio dell'unitarietà della bancarotta¹⁷, e che la configurazione della circostanza aggravante, soggetta - in caso di concorso di circostanze - al giudizio di comparazione ex art. 69 cod. pen., derogherebbe alla disciplina del concorso dei reati e del reato continuato;

¹⁶ Sez. 5, n. 2588 del 16/10/1980, dep. 21/11/1980, imp. Caltagirone; Sez. 5, n. 2547 del 08/10/1981, dep. 16/02/1981, imp. Murgia; Sez. 5, n. 4913 del 21/11/1994, dep. 29/12/1994, imp. Migliavacca; Sez. 5, n. 32254 del 04/06/2003, dep. 31/07/2003, imp. Paziienza; Sez. 5, n. 26794 del 17/05/2008, dep. 03/07/2008, imp. Schiavone.

¹⁷ Sez. V, 24 marzo 1972 n. 314, Draghi, rv. 121359.

(b) quanto alla configurazione delle singole condotte tipiche delineate dall'art. 216 (e dall'art. 217) l. fall., poteva distinguersi tra fatti la cui reiterazione integra "distinte azioni criminose" e fatti che, anche se reiterati, costituiscono una "unica azione con pluralità di atti", in relazione ai quali non esistono le condizioni per l'applicazione della circostanza aggravante¹⁸;

(c) in ordine alla definizione dell'ambito di operatività dell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., assumeva rilievo l'applicabilità o meno della disciplina *de qua* rispetto a fatti di bancarotta fraudolenta e a fatti di bancarotta semplice relativi a un medesimo fallimento;

(d) sempre in ordine alla definizione dell'ambito applicativo della circostanza aggravante in esame, la giurisprudenza aveva affrontato sia la problematica concernente l'applicabilità della norma ai fatti di bancarotta impropria che quella relativa alla riferibilità della disciplina di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. esclusivamente ai reati concernenti un medesimo fallimento ovvero anche a reati concernenti fallimenti diversi;

(e) quanto all'applicabilità ai fatti di bancarotta del divieto del *bis in idem*, l'orientamento favorevole richiamava la particolare "strutturazione" della fattispecie di cui all'art. 216 operata dalla legge fallimentare, in forza della quale detta fattispecie costituisce un "reato unico" anche se posto in essere con la realizzazione di una pluralità di fatti, configurata come circostanza aggravante dall'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall.¹⁹; l'orientamento contrario sottolineava, tra l'altro, la natura di circostanza aggravante *sui generis* rivestita dall'istituto in esame, configurabile come circostanza solo dal punto di vista funzionale, ma non da quello strutturale: in ossequio al *favor rei*, il legislatore avrebbe introdotto una particolare disciplina della continuazione in tema di reati fallimentari, sicchè "i singoli fatti di bancarotta unitariamente considerati *quoad poenam* mantengono la loro autonomia ontologica"²⁰; nella stessa prospettiva, era stata esclusa la violazione del principio del *ne bis in idem*, che postula l'identità del fatto addebitato in tutti i suoi elementi costitutivi e, con precipuo riguardo alla condotta, l'identità di luogo, di tempo e di oggetto²¹;

(f) alcune pronunce avevano valorizzato la disciplina di cui all'art. 219, comma 2, n. 1 l. fall. al fine di escludere violazioni del principio della correlazione tra imputazione contestata e sentenza, anche richiamando il principio della unitarietà della bancarotta; in altri casi, l'esclusione della violazione del principio della correlazione tra accusa e sentenza era stata argomentata facendo leva sulla ricostruzione del rapporto tra le diverse figure di bancarotta e, quindi, fuori dal riferimento alla disciplina ex art. 219, comma 2 n. 1 l. fall. ed al principio dell'unitarietà della bancarotta.

¹⁸ Sez. V, 5 ottobre 1981 n. 10260, Brandinelli, rv. 150981.

¹⁹ Sez. V, 15 giugno 1999 n. 9047, Larini.

²⁰ Sez. V, 4 giugno 2003 n. 32254, Paziienza, rv. 226503.

²¹ Sez. V, 17 maggio 2008 n. 26794, Schiavone, rv. 241171

Il tema dell'unitarietà o della pluralità della bancarotta aveva formato oggetto di approfondite analisi in dottrina, i cui orientamenti riproponevano sostanzialmente la molteplicità di approcci già emersa in giurisprudenza; sul tema si rifletteva, in modo significativo, anche il dibattito in ordine alle cosiddette norme penali miste.

Con sentenza del **27 gennaio - 26 maggio 2011, n. 21039, P.M. in proc. Loy**, Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 249665 – 249668

In tema di reati fallimentari, nel caso di consumazione di una pluralità di condotte tipiche di bancarotta nell'ambito del medesimo fallimento, le stesse mantengono la propria autonomia ontologica, dando luogo ad un concorso di reati, unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico previsto dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., disposizione che pertanto non prevede, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta per i reati fallimentari una peculiare disciplina della continuazione derogatoria di quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen.

La disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si applica anche alle ipotesi di bancarotta impropria.

La disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., si applica sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta, che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti dagli artt. 216 e 217 della stessa legge.

La condanna definitiva per il reato di bancarotta non impedisce di procedere nei confronti dello stesso imputato per altre e distinte condotte di bancarotta relative alla medesima procedura concorsuale.

Le Sezioni Unite hanno premesso che i contrapposti orientamenti sono entrambi intrinsecamente connessi all'interpretazione della struttura del reato di bancarotta ed in particolare all'individuazione della relazione che intercorre tra la dichiarazione di fallimento e la molteplicità delle azioni tipiche poste in essere dal fallito, e che il principio della cd. unitarietà della bancarotta, secondo il quale il reato resta unico anche se realizzato attraverso una molteplicità di fatti, trova la sua genesi nell'antica

concezione del fallimento come evento del reato, al quale si accompagnerebbero, "in secondo piano e quasi in ombra", i fatti di bancarotta.

Per risolvere la questione controversa in aderenza al diritto positivo ed alla *ratio* che ispira l'intero sistema, si è ritenuto necessario individuare la natura giuridica dell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall., ed apprezzare la configurazione delle singole condotte tipiche delineate dai precedenti artt. 216, 217 e 218, senza trascurare i riflessi processuali connessi alla disposizione di cui all'art. 649 cod. proc. pen. Dopo avere analizzato il contenuto e la portata degli artt. 216, 217 e 218 l. fall., richiamati dall'art. 219, comma 2, n. 1, stessa legge, la cui interpretazione ha originato il contrasto giurisprudenziale *de quo*, al fine di stabilire la disciplina applicabile è stata esclusa la possibilità di fare riferimento al sistema generale delineato dal codice penale (artt. 72 e ss.) in tema di concorso di reati, venendo, invece, in rilievo la norma specifica di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. e la sua natura giuridica: *<<quest'ultima norma dispone che le pene stabilite nei precedenti artt. 216, 217 e 218 "sono aumentate se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli indicati". Tale regolamentazione sembra, almeno formalmente, non discostarsi, in linea di massima, dalla direttiva tradizionale della unitarietà della bancarotta>>*.

Valutando la portata dell'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. in rapporto alla natura ed alla eterogeneità delle fattispecie previste dalle norme incriminatrici ivi richiamate, si è osservato che la predetta norma *<<postula l'unificazione quoad poenam di fatti-reato autonomi e non sovrapponibili tra loro, facendo ricorso alla categoria teorica della circostanza aggravante, della quale presenta sicuri indici qualificanti: a) il nomen iuris, "circostanze", adottato nella rubrica; b) la generica formula utilizzata per individuare la variazione di pena in aggravamento ("le pene (...) sono aumentate") implica il necessario richiamo all'art. 64 cod. pen., che è l'unica disposizione che consente di modulare la detta variazione sanzionatoria>>*.

È, pertanto, indubbio che, sul piano formale, si è di fronte a una circostanza aggravante, anche se il riferimento formale ed anche quello funzionale a tale categoria giuridica non sono coerenti con la connotazione strutturale della stessa, in difetto del rapporto tra un fatto-base (il fatto del reato) ed un fatto accessorio (il fatto della circostanza): *<<la L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, disciplina, nella sostanza, un'ipotesi di concorso di reati autonomi e indipendenti, che il legislatore unifica fittiziamente agli effetti della individuazione del regime sanzionatorio nel cumulo giuridico, facendo ricorso formalmente allo strumento tecnico della circostanza aggravante. Tale scelta appare chiaramente ispirata dall'esigenza, avvertita dal legislatore, di mitigare le conseguenze sanzionatorie e di non pervenire a forme di repressione draconiana dei reati di bancarotta, la cui pluralità in un fallimento è evenienza fisiologica>>*.

La norma non dà vita ad un reato unico nella forma del reato complesso ex art. 84, comma 1, seconda parte, cod. pen., con riferimento all'ipotesi in cui "la legge considera (...) come circostanze aggravanti di un solo reato fatti che costituirebbero, per se stessi, reato", poiché *<<il reato complesso, certamente costruito come reato unico a tutti gli effetti, è integrato da fatti-reato realizzati contestualmente (si pensi, esemplificativamente, al furto aggravato dalla violazione del domicilio, al danneggiamento aggravato dalla minaccia o dalla violenza concretizzatasi in sole percosse), mentre difetta tale contestualità nei fatti di bancarotta riconducibili a distinte azioni criminose>>*.

Non può parlarsi neppure di reato abituale, *<<considerato che tale categoria penalistica richiede la reiterazione nel tempo di condotte omogenee e una differenza qualitativa tra la volontà del fatto singolo e la volontà del fatto complessivo, mentre le condotte di bancarotta sono o possono essere eterogenee e la prospettiva soggettiva dell'agente non subisce mutamento alcuno per il moltiplicarsi delle condotte medesime>>*.

In verità, l'ordinamento contempla un'altra fattispecie compatibile con l'interpretazione, che qui si privilegia, della norma in esame: il riferimento è all'art. 589, comma 4, c.p., *<<che, pur atteggiandosi apparentemente come circostanza aggravante, non è tale e non costituisce neppure un'autonoma figura di reato complesso, ma configura, secondo la prevalente giurisprudenza di questa Suprema Corte, un'ipotesi di concorso formale di reati, nella quale l'unificazione rileva solo quoad poenam, con la conseguenza che, ad ogni altro effetto, anche processuale, ciascun reato rimane autonomo e distinto>>*²².

Si è concluso che l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. *<<altro non è che un'ipotesi di concorso di reati, icasticamente definita da una parte della dottrina come una sorta di "continuazione fallimentare", regolamentata in deroga alla disciplina generale sul concorso di reati e sulla continuazione>>*; d'altro canto, non a caso la norma si caratterizza per un ambito di operatività coincidente con quello dell'art. 81, comma 2, c.p.: *<<la norma codicistica fa riferimento sia all'inosservanza di ipotesi delittuose diverse, sia alla violazione della medesima disposizione di legge; la norma della legge fallimentare deve intendersi, come meglio si preciserà in seguito, applicabile sia in caso di "più fatti" costituenti reiterazione della medesima fattispecie tipica, sia in caso di "più fatti" rappresentanti la realizzazione di situazioni differenti". La portata derogatoria della disciplina introdotta dalla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, rispetto a quella generale di cui all'art. 81 cod. pen., si apprezza in maniera ancora più evidente, ove si*

²² Sez. 4 n. 1509 del 15/12/1989, dep. 09/02/1990, imp. Mangili; Sez. 4 n. 10048 del 16/07/1993, dep. 08/11/1994, Rv. 195698,; Sez. 1 n. 175 del 07/11/1995, dep. 09/01/1996, imp. Ferraioli; Sez. 4 n. 12472 del 15/06/2000, dep. 01/12/2000, imp. Pellegrini; Sez. 4 n. 4738 del 29/10/2008, dep. 19/12/2008, imp. Pilato.

consideri che, al momento dell'entrata in vigore della legge fallimentare, il reato poteva definirsi "continuato", in base al testo originario dell'art. 81 c.p., comma secondo, soltanto in costanza di "più violazioni della stessa disposizione di legge">>.

Il legislatore del 1942, quindi, facendo ricorso alla categoria giuridica della circostanza aggravante, che, come si è detto, è tale solo dal punto di vista funzionale, ma non da quello strutturale, <<ha inteso, per ragioni di favor rei, dettare una particolare disciplina della continuazione in tema di reati fallimentari, con l'effetto che i singoli fatti di bancarotta, pur unitariamente considerati quoad poenam, conservano, ove ne ricorrano i presupposti, la loro autonomia sia sul piano ontologico che su quello giuridico>>.

Si è poi precisato che l'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. opera sia nel caso di reiterazione di fatti riconducibili alla medesima ipotesi di bancarotta che in quello di commissione di più fatti tra quelli previsti indifferentemente dai precedenti artt. 216 e 217.

In relazione al primo profilo, si è ritenuto che <<l'espresso richiamo fatto dalla norma in esame anche al reato di cui alla L. Fall., art. 218, che disciplina una sola fattispecie delittuosa (ricorso abusivo al credito), non lascia margini di dubbio sull'operatività della disposizione in caso di reiterazione della stessa condotta tipica. Diversamente opinando, si determinerebbe una interpretatio abrogans del richiamo che l'art. 219 fa all'art. 218.

In relazione al secondo profilo, per superare l'esistente contrasto giurisprudenziale, si è osservato che <<di fronte al dato testuale non univoco ("più fatti tra quelli previsti in ciascuno degli articoli"), l'applicabilità della L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, alla pluralità di fatti di bancarotta commessi, a prescindere se gli stessi siano contemplati nello stesso articolo o in articoli diversi, è imposta dalla necessità di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, perché, diversamente opinando, si determinerebbero, in contrasto con l'art. 3 Cost., situazioni di palese e irragionevole disparità di trattamento: ove si ritenga, infatti, che la norma in esame sia applicabile solo ai casi di concorso interno, quello cioè tra più fatti di bancarotta tutti semplici o tutti fraudolenti, mentre il concorso esterno tra fatti di bancarotta semplice e fatti di bancarotta fraudolenta rientrerebbe nella sfera di operatività dell'art. 81 cod. pen., si finirebbe col "punire con maggiore asprezza chi abbia commesso un fatto di bancarotta fraudolenta e un fatto di bancarotta semplice, rispetto a chi abbia commesso più fatti di bancarotta fraudolenta", dovendo il primo soggiacere al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 81 cod. pen. Il reato rimane logicamente unico nelle ipotesi, già sopra richiamate, di condotte criminose in rapporto di "alternatività formale" o "alternatività di modi", di condotte espressione di un'unica azione con pluralità di atti, di fattispecie costruite, per espressa previsione normativa,

su una base strutturale unitaria, assimilabile a quella del reato abituale ma non coincidente con la stessa>>.

Si è anche precisato che la peculiare disciplina di cui all'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. deve essere estesa anche alle ipotesi di cd. bancarotta impropria, vale a dire ai fatti di reato previsti negli artt. 216, 217 e 218 allorché siano commessi da persone diverse dal fallito (L. Fall., artt. 223, 224 e 225), poiché, se *<<è vero che, sul piano della interpretazione letterale, tale estensione sembra insostenibile, non contemplando la disciplina della bancarotta impropria la normativa di cui all'art. 219 (e quindi anche del comma 2, n. 1) e non facendo quest'ultimo rinvio agli artt. 223 e segg.>>*, è tuttavia agevole osservare, in aderenza al consolidato orientamento della Suprema Corte, che *<<il richiamo contenuto nelle norme incriminatrici della bancarotta impropria allo stesso trattamento sanzionatorio previsto per le corrispondenti ipotesi ordinarie non legittima margini di dubbio sull'applicabilità del relativo regime nella sua interezza, ivi compresa l'aggravante sui generis di cui si discute. D'altra parte, avendo il legislatore posto su un piano paritario i reati di bancarotta propria e quelli di bancarotta impropria, non v'è ragione, ricorrendo l'eadem ratio, di differenziare la disciplina sanzionatoria. L'applicazione analogica della L. Fall., art. 219, ai reati di bancarotta impropria non può ritenersi preclusa, trattandosi di disposizione favorevole all'imputato>>²³.*

La soluzione prescelta, integrando una unità fittizia di reati, che in realtà concorrono tra loro, comporta conseguenze rilevanti sul piano processuale e, per la individuazione di tali effetti, la figura di unificazione legislativa deve necessariamente essere scissa nelle sue componenti.

Si è, in proposito, ricordato che:

- la contestazione nel decreto che dispone il giudizio deve indicare ogni singolo fatto;
- ogni singolo fatto deve essere oggetto di accertamento in sede di istruttoria dibattimentale;
- ogni singolo fatto deve essere oggetto di un autonomo capo della decisione anche ai fini dell'effetto devolutivo in sede di eventuale impugnazione;
- per ogni diverso e autonomo fatto di bancarotta che emerge nel corso di un processo riguardante altro fatto di bancarotta, relativo logicamente alla stessa procedura fallimentare, occorre procedere a nuova contestazione;
- la diversità ontologica dei singoli fatti, unificati fittiziamente dall'art. 219, comma 2, n. 1, l. fall. si riflette sul giudicato e sul connesso problema dell'operatività dell'art.

²³ Sez. 5. n. 561 del 17/03/1967, dep. 16/05/1967, imp. Folonari; Sez. 5, n. 1209 del 29/11/1968, dep. 31/01/1969, imp. Solaro; Sez. 5, n. 3297 del 08/01/1980, dep. 11/03/1980, imp. Riva; Sez. 5, n. 12531 del 25/10/2000, dep. 01/12/2000, imp. Mazzei; Sez. 5, n. 8829 del 18/12/2009, dep. 05/03/2010, imp. Truzzi

671 cod. proc. pen. in materia di applicazione *in executivis* della disciplina del reato continuato.

In particolare, con riguardo a questi ultimi due profili di natura processuale, intimamente connessi tra loro, e rilevanti ai fini della decisione, le Sezioni Unite hanno osservato che, *<<poiché - secondo la concezione pluralista qui privilegiata - i diversi episodi di bancarotta nell'ambito dello stesso fallimento conservano la loro autonomia e la disciplina dettata dalla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, costituisce, sotto il profilo strutturale, non un'aggravante ma un'ipotesi particolare di continuazione derogativa di quella ordinaria, l'eventuale giudicato intervenuto su uno dei detti fatti non è di ostacolo alla perseguibilità di altro e diverso fatto di bancarotta relativo allo stesso fallimento>>.*

In virtù di queste considerazioni, sono stati conclusivamente affermati, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto:

<<più condotte tipiche di bancarotta poste in essere nell'ambito di uno stesso fallimento mantengono la propria autonomia ontologica e danno luogo a un concorso di reati, che vengono unificati, ai soli fini sanzionatori, nel cumulo giuridico>>;

<<la disposizione di cui alla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, non integra, sotto il profilo strutturale, una circostanza aggravante, ma detta una peculiare disciplina della continuazione, in deroga a quella ordinaria di cui all'art. 81 cod. pen., in tema di reati fallimentari>>;

<<deve escludersi, con riferimento a condotte di bancarotta ancora sub iudice, la preclusione dell'eventuale giudicato intervenuto su altre e distinte condotte di bancarotta relative alla stessa procedura concorsuale>>.

SEZIONE II

PROCEDURA PENALE

Cap. 4

I soggetti

1. Il giudice. Effetti della ricusazione sulla sentenza resa prima dell'adozione dell'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta l'istanza di ricusazione.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il divieto per il giudice ricusato - di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza o altro provvedimento conclusivo del procedimento fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione - abbia carattere assoluto, determinando in ogni caso un difetto di capacità e quindi una nullità assoluta della decisione, o, invece, abbia carattere solo relativo e alternativo, si da sussistere soltanto in caso di eventuale accoglimento della dichiarazione di ricusazione>>.

L'**orientamento dominante** riteneva in proposito che la decisione emessa in violazione del divieto di partecipazione al giudizio del giudice ricusato fino a che l'istanza di ricusazione non fosse stata dichiarata inammissibile o rigettata, è nulla soltanto nel caso in cui la dichiarazione sia accolta, mentre conserva piena validità tutte le volte che la ricusazione sia stata dichiarata inammissibile o sia rigettata: il divieto dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., integrerebbe, infatti, un temporaneo difetto di potere giurisdizionale, limitato alla possibilità di pronunciare il provvedimento conclusivo e condizionato all'accoglimento o rigetto della dichiarazione di ricusazione, con la conseguenza che la valutazione di validità o meno della decisione irritualmente adottata dovrebbe avvenire *secundum eventum*²⁴. Pur se nessuna decisione aveva ritenuto di individuare esplicitamente la "fonte" della nullità in oggetto, sembrava logico fare riferimento, tenuto anche conto dei contrari rilievi formulati dall'opposto orientamento, all'ipotesi di cui all'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. (incapacità del giudice). Tutte le decisioni inseribili nell'ambito di tale orientamento

²⁴ Sez. 4, n. 14852 del 31/01/2007, dep. 13/04/07, Piras e altri, Rv. 237358; Sez. 2, n. 7220 del 21/12/2006, dep. 21/02/2007, Cantoni, Rv. 235862; Sez. 4, n. 1019 del 22/10/2002, dep. 14/01/2003, Magri, Rv. 223425; Sez. 6, n. 275 del 18/01/2000, dep. 07/03/2000, Anello, Rv. 215592.

erano intervenute in relazione a fattispecie nelle quali il subprocedimento di ricusazione era pervenuto alla sua definizione (pur in difetto dell'irrevocabilità, in pendenza del ricorso per cassazione), di talché la verifica della sussistenza della "condizione" posta all'operatività della ipotizzata nullità (ovvero, appunto, l'essere intervenuta o meno una pronuncia reiettiva della ricusazione) era estremamente agevole. Diversamente, ove si fosse posto il problema di valutare le conseguenze della violazione del divieto ancor prima che il subprocedimento di ricusazione fosse definito (ipotesi assai improbabile, ma non impossibile), l'adesione all'indirizzo maggioritario comportava sostanzialmente l'impossibilità di inquadrare giuridicamente la violazione del divieto di cui all'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. (quanto alla validità o meno del provvedimento ciononostante emesso): la conseguente situazione di stallo sarebbe superabile soltanto rinviando o sospendendo la decisione sull'impugnazione della sentenza in attesa della definizione del procedimento di ricusazione.

Il **contrario orientamento, nettamente minoritario** (consistendo, con riferimento specifico all'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., di una sola pronuncia) qualificava la violazione del divieto come causativa di nullità assoluta del provvedimento conclusivo irritualmente emesso, a norma degli artt. 178, comma primo, lett. a), e 179 cod. proc. pen., indipendentemente dall'esito della decisione sulla istanza di ricusazione; la violazione sarebbe rientrata <<fra quelle attinenti alle condizioni di capacità del giudice di cui all'art. 178, lett. a) c.p.p., giacché il senso di quei divieti è appunto quello di privare il giudice, in tutto o in parte, della capacità, che altrimenti egli avrebbe, di condurre il processo e di pronunciare il provvedimento decisorio>>; si aggiungeva che, se così non fosse, <<l'istituto stesso della ricusazione rischierebbe di essere del tutto vanificato, giacché, non essendo i divieti in questione assistiti da alcuna specifica sanzione processuale in caso di loro violazione, qualora quest'ultima non fosse considerata neppure suscettibile di inquadramento fra quelle alle quali si riferisce l'art. 178, lett. a), c.p.p., ne deriverebbe che il pur vittorioso esperimento della procedura di ricusazione potrebbe, salve le eventuali responsabilità disciplinari in cui potrebbe incorrere il magistrato ricusato, non sortire effetto alcuno sul piano processuale, giacché gli atti e lo stesso provvedimento decisorio posti in essere dal detto magistrato, addirittura dopo l'eventuale accoglimento della dichiarazione di ricusazione, e quindi in dispregio dell'art. 42, comma 1, c.p.p., rimarrebbero comunque processualmente validi>>²⁵.

La **dottrina** era ancor più divisa, non emergendo alcuna posizione predominante.

Un orientamento, sia pur con specifico riferimento alla ipotesi del giudice che avesse compiuto qualsivoglia atto successivamente all'accoglimento dell'istanza di ricusazione, in violazione del divieto di cui all'art. 42, comma 1, cod. proc. pen.,

²⁵ Sez. 1, n. 7082 del 01/06/1998, dep. 12/06/1998, Gallo ed altro, Rv. 210726.

configurava un'ipotesi di nullità assoluta concernente la capacità del giudice ex art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., assumendo che l'espressione "capacità del giudice" evocasse l'insieme dei requisiti necessari per l'esercizio del potere o per l'adempimento del dovere in cui l'atto si risolve, i quali possono variare non solo da soggetto a soggetto, ma addirittura in rapporto ad una determinata vicenda processuale, a seconda che la persona rispetto alla quale i detti requisiti si realizzano abbia la capacità per ogni processo, oppure per uno o alcuni processi soltanto. Tali argomentazioni risultavano mutuabili anche in relazione alla questione controversa.

Altro orientamento evidenziava che l'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. non prevede alcuna sanzione processuale in caso di inosservanza del divieto ivi fissato, e che a tale carenza sarebbe possibile porre rimedio unicamente attraverso il meccanismo dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.; né sarebbe possibile fare riferimento alla nullità conseguente al combinato disposto degli artt. 178, comma 1, lett. a), e 33 cod. proc. pen., riguardante esclusivamente la mancanza delle condizioni di capacità del giudice stabilite dalle leggi di ordinamento giudiziario, che si produrrebbe soltanto al termine del relativo procedimento, ovvero quando, intervenuta l'ordinanza di accoglimento, il giudice ricusato sia sostituito, ex art. 43, comma 1, cod. proc. pen., da altro magistrato dello stesso ufficio designato secondo le leggi di ordinamento giudiziario. Resterebbe, peraltro, ferma la responsabilità disciplinare ex art. 124 cod. proc. pen. del giudice che abbia violato consapevolmente il divieto *de quo*.

Con sentenza del **27 gennaio – 9 giugno 2011, n. 23122, Tanzi**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 249733 – 249735

Rientra nell'ambito del divieto, per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza sino a che non intervenga l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione, ogni provvedimento che, comunque denominato, sia idoneo a definire la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce. (Fattispecie di ordinanza di revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale).

La violazione del divieto, ex art. 42, comma primo, cod. proc. pen., per il giudice la cui ricusazione sia stata accolta, di compiere alcun atto del procedimento comporta rispettivamente la nullità, ex art. 178, lett. a) cod. proc. pen., delle decisioni ciononostante pronunciate e l'inefficacia di ogni altra attività processuale, mentre la violazione del divieto, ex art. 37,

comma secondo, cod. proc. pen., per il giudice solo ricusato, di pronunciare sentenza, comporta la nullità di quest'ultima solo ove la ricusazione sia successivamente accolta, e non anche quando la ricusazione sia rigettata o dichiarata inammissibile. (In motivazione la Corte ha precisato che il rispetto del divieto di pronunciare sentenza costituisce in ogni caso un preciso dovere deontologico del magistrato ricusato).

Il divieto, per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza ex art. 37, comma secondo, cod. proc. pen., opera sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla ricusazione, essendo, tuttavia, la successiva decisione del giudice ricusato, affetta da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto sia annullata dalla Corte di cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio.

Le Sezioni unite hanno premesso che pacificamente la violazione del divieto posto dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen.²⁶ non è accompagnata da alcuna sanzione espressa di nullità: occorre, pertanto, stabilire *<<se una sanzione discenda in via sistematica dalla disciplina delle nullità di ordine generale o comunque da principi sovraordinati, e, posta la natura di detta nullità, se essa possa ritenersi dipendente dalla semplice violazione di detto divieto o è invece condizionata all'accoglimento della dichiarazione di ricusazione e all'accertamento, dunque, della esistenza di una delle situazioni per la cui rimozione è prevista, ai sensi del medesimo art. 37, comma 1, la dichiarazione di ricusazione>>.*

Ciò premesso, dopo aver ricostruito criticamente i contrapposti orientamenti, è stato condiviso l'orientamento in precedenza dominante, osservando che *<<le osservazioni che sostengono tale indirizzo ruotano attorno alla considerazione che se, in mancanza di una esplicita sanzione, si ritiene che l'invalidità dell'atto decisorio risiede nell'assenza di terzietà e imparzialità che incide sulla capacità del giudice per e nel singolo processo, deve riconoscersi che la incapacità del giudice non può dipendere dalla mera esistenza di una denuncia di parte ma richiede un accertamento ab externo. In relazione alla ipotesi di imparzialità denunciata da una delle parti, tale accertamento è affidato nel sistema del codice di procedura penale all'instaurazione di una procedura incidentale costituita dal sub-procedimento di ricusazione, assistito da garanzie giurisdizionali pari a quelle del procedimento principale. E come non può il giudice, a torto o a ragione sospettato, decidere sulla sua ricusa, nello stesso modo non possono le parti che lo sospettano determinare la sua sostituzione mediante la mera*

²⁶ A norma del quale *<<il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione>>.*

esternazione delle proprie ragioni: giacché in entrambe le ipotesi verrebbe paradossalmente elusa proprio la terzietà (requisito immanente, come si dirà meglio avanti, alla struttura triadica che connota ogni accertamento giurisdizionale) della valutazione sulla ricusa, arbitrariamente anticipandose gli effetti sulla base delle opinioni degli interessati. Che la denuncia di parte non possa di per sé determinare la sostituzione del giudice non costituisce d'altra parte criterio opinabile, ma rappresenta necessità sistematica del processo penale, non potendo rimettersi a iniziative dell'imputato, o di altra parte, che si rivelino pretestuose la scelta del giudice chiamato a decidere sulla sua posizione>>.

Al contrario, l'opposto orientamento non può essere accolto poiché le ragioni di tutela dalla possibile parzialità del giudice, che costituisce il fondamento dell'istituto della riconsiderazione non possono condurre al risultato indicato: è, infatti, indubbio, come chiarito anche dalla giurisprudenza costituzionale, che l'imparzialità <<è da intendersi connessa dal lato oggettivo all'indipendenza esterna e interna garantita al giudice e comporta sotto il profilo soggettivo assenza di condizionamenti e pregiudizi. Essa implica inoltre la necessità che il giudice sia anche riconoscibile, e appaia dunque, come imparziale, tale obiettiva apparenza essendo condizione di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile. In conclusione, all'imparzialità - terzietà, in senso oggettivo e soggettivo, e come apparenza altresì di imparzialità, quale requisito essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale implicito nel sistema delle garanzie costituzionali, deve sin dall'origine intendersi ispirato il codice di rito del 1988 nel delineare tra l'altro gli istituti in esame>>. Ciò nonostante, non può dirsi che la formale evocazione del principio di imparzialità e terzietà del giudice nell'ambito di una norma costituzionale nulla muti, neppure sul piano esegetico: <<la collocazione della imparzialità-terzietà tra i requisiti fondanti la nozione di giusto processo, comporta quantomeno la necessità di riconoscere che le norme codicistiche deputate a dare in via di normalità attuazione a codesto principio generale e fondamentale non possono ricondursi, con la semplicità di catalogazione che ha sinora contraddistinto le enunciazioni giurisprudenziali, alla categoria delle disposizioni "eccezionali". Non si intende ovviamente contestare che alcuni istituti - come la rimessione - per l'assoluta peculiarità delle situazioni che li giustificano e per gli effetti del tutto atipici che determinano, siano effettivamente da considerare eccezionali. Neppure si vuole negare che l'incidenza che altri istituti - come la riconsiderazione - comunque hanno su regole volte ad assicurare garanzie di pari valore, quali quella del giudice naturale precostituito per legge, imponga di considerare insuscettibili di integrazione analogica le norme che li regolano, non potendo l'interprete sostituirsi direttamente al legislatore nell'opera di bilanciamento di valori a questo affidata. È però ragionevole ritenere che anche a livello applicativo debba considerarsi il valore costituzionale degli interessi in gioco e che nell'opera di interpretazione conforme vada

perciò verificata ogni possibilità di lettura, anche estensiva, se quella strettamente testuale risulta in contrasto con lo scopo di garanzia che il sistema dovrebbe assicurare>>.

La disciplina della ricusazione serve ad assicurare il rispetto della imparzialità-terzietà del giudice, come prima definita, ed ha, dunque, immediato rilievo costituzionale, mutuando dall'assetto costituzionale valore e forza cogente: *<<proprio tenendo conto di tale rilievo e del significato delle garanzie che rappresentano ragione e scopo delle disposizioni che regolano gli istituti della incompatibilità-astensione-ricusazione, una invalidità per incapacità da carenza di potere dei provvedimenti decisorii assunti dal giudice ricusato, non può che dipendere dalle circostanze che dell'imparzialità - essenziale al giusto processo o al corretto esercizio del potere giurisdizionale in concreto - sia effettivamente accertato il difetto. Fare derivare, invece, la incapacità del giudice, e per conseguenza il necessario annullamento della sua decisione con rinvio ad altro giudice, dalla mera esistenza di una ricusa di parte interessata, pur quando questa sia dichiarata inammissibile o infondata, finirebbe per determinare invece un non giustificato sacrificio dell'ordinato svolgimento del processo e della sua ragionevole durata, oltre che l'irrazionale conseguenza che con la sua sola denuncia la parte incida sulla individuazione del giudice. Anche in questo caso, difatti, alla scelta processuale di parte sarebbe, in definitiva, rimessa la permanenza della titolarità del giudizio in capo al giudice che ne è investito. Esito, questo, non solo irragionevole, ma anche in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, dal quale la parte verrebbe o potrebbe chiedere di essere distolta>>.*

D'altronde, considerato che le disposizioni in tema di incompatibilità, astensione e ricusazione non sono le uniche funzionali ad assicurare l'imparzialità del giudice, è dalla stessa natura di tale valore che discende la necessità di dare alla disciplina del divieto per il giudice sospettato di pronunciare sentenza, una lettura, per quanto possibile, coerente all'interno dell'ordinamento; in quest'ottica, giustamente le sentenze dell'indirizzo maggioritario hanno fatto riferimento agli argomenti sviluppati dalla giurisprudenza a proposito dell'analogo divieto di pronuncia del giudice investito da richiesta di rimessione del processo, in particolare nella parte in cui si osserva che il divieto di pronuncia integra un difetto temporaneo di potere giurisdizionale limitato alla pronuncia della sentenza e condizionato dalla decisione che dichiara la sussistenza o meno delle condizioni che giustificano lo spostamento del processo; con la conseguenza che, se la richiesta è dichiarata inammissibile (anche per motivi formali) o rigettata, deve ritenersi la validità della sentenza pronunciata dal giudice naturale, come precostituito, ed in caso contrario, ovvero di accoglimento della richiesta, la nullità della sentenza: così verificandosi una tipica valutazione (di validità o nullità) *secundum eventum*. Si è anche evidenziato che tale interpretazione è la sola che consenta di escludere il risultato, privo di razionalità, che porterebbe, pur essendo

stata riconosciuta la manifesta infondatezza o l'inammissibilità della richiesta di mutamento del giudice (in tal modo confermandosi la competenza e la idoneità al giudizio di quello *a quo*), a doversi egualmente dichiarare la nullità della sentenza con rinvio ad altro giudice per un nuovo giudizio.

In virtù di questi rilievi, è apparsa ancora più stringente, attesa la riferibilità allo stesso istituto della ricusazione e la matrice unitaria della patologia, l'esigenza di individuare in senso uniforme la portata degli effetti dell'accoglimento della ricusazione rispetto alla decisione assunta dal giudice ricusato: *<<dopo l'accoglimento della ricusazione la regola è, ai sensi dell'art. 42 c.p.p., comma 1, che il giudice "non può compiere alcun atto del procedimento". Benché null'altro si aggiunga nella norma, sul significato di tale disposizione dottrina e giurisprudenza sostanzialmente convergono: l'accoglimento della ricusazione rende il giudice incapace ad ogni effetto in quel procedimento>>*.

Se il giudice pronuncia addirittura sentenza, un orientamento²⁷, afferma che essa è "affetta da nullità radicale", altro orientamento ritiene che si tratti di nullità assoluta ai sensi dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a), cod. proc. pen.²⁸.

Per chiarire la natura della nullità così individuata, si è osservato che *<<nel sistema del codice di procedura penale ne' le incompatibilità predefinite dal legislatore nell'art. 34 c.p.p. ne', tantomeno, i motivi di astensione che possono dar luogo a ricusazione e quelli ulteriormente previsti in via autonoma per la ricusazione, costituiscono mai, di per sé, cause dirette di nullità della pronuncia del giudice che si trovi in una delle situazioni descritte, potendo le parti farle valere esclusivamente mediante la tempestiva instaurazione della procedura dell'art. 37 c.p.p., e segg.²⁹. E detta disciplina è stata più volte ritenuta indenne da vizi di legittimità costituzionale³⁰, sul rilievo che il legislatore ben può ritenere più appropriati, per evitare il protrarsi di situazioni di incertezza, gli strumenti dell'astensione e della ricusazione del giudice che versi in situazione di incompatibilità, "sempreché ponga la parte interessata in condizione di dedurla"; l'incompatibilità inficiando "l'idoneità al corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali solo in relazione ad uno specifico procedimento" e potendo perciò essere ragionevolmente differenziata da quelle situazioni "che ostano in via generale alla capacità di esercizio di tali funzioni">>*.

D'altro canto, non assume rilievo neanche l'art. 33, comma 2, cod. proc. pen., perché il vizio, non collegabile ad una incapacità generale del giudice, non può neanche ritenersi che discenda direttamente dalla violazione di norme o disposizioni sulla destinazione o designazione del giudice e sull'assegnazione dei processi, ma consiste nel difetto di imparzialità - reale o apparente - in relazione ad un certo processo,

²⁷ Sez. 1, sent. n. 5293 del 15/10/1996, Priebke

²⁸ Sez. 1, sent. n. 1109 del 14/02/1997, Grillo, Rv. 207052; Sez. 1, sent. n. 3500 del 15/06/1998, Airò, Rv. 211035; Sez. 1, sent. n. 3872 del 29/05/2000, Santini, Rv. 216165.

²⁹ Per tutte, Sez. U, n. 23 del 24/11/1999, Scrudato.

³⁰ Corte cost., sent. n. 473 del 1993; ordinanze n. 36 del 1999 e n. 346 del 2000.

accertato in concreto attraverso forme vincolate a seguito della specifica procedura incidentale a ciò dedicata: *<<ove il giudice nei cui confronti è stata proposta dichiarazione di ricsuzione accolta, decida, ciò nonostante, sulla regiudicanda a lui originariamente assegnata, il vizio dipende in conclusione esclusivamente dalla accertata sua inidoneità al corretto esercizio della funzione giurisdizionale in relazione ad un specifico procedimento, e attiene perciò non all'attribuzione in astratto di potestà giurisdizionale bensì ai modi e limiti del potere esercitabile in un determinato giudizio. Ricondotta l'imparzialità a requisito essenziale della funzione giurisdizionale, siffatta inidoneità in concreto derivante da difetto d'imparzialità altro non è però che un difetto di capacità particolare a giudicare, che esigenze sistematiche impongono di ricondurre alla previsione dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a)>>.*

Si è aggiunto che le decisioni invalide (perché non rispondenti allo schema legale) non si prestano ad essere nel sistema positivo considerate "inefficaci" (come gli atti propulsivi o i negozi processuali o le prove malamente acquisite): *<<per esse, non essendo superabile la regola che divengono definitive se non impugnate, la categoria della inidoneità a produrre effetti riconducibile nella genesi storica delle invalidità alla nozione di atto nullo (quod nullum est nullum producit effectum), tramuta in ogni caso in annullabilità, ovverosia nella categorie delle nullità codicistiche che costituiscono condizioni per l'annullabilità, mentre la radicalità del vizio può incidere unicamente ai fini della assenza di preclusioni alla rilevabilità in ogni stato e grado del processo: ferma la forza del giudicato. Deve convenirsi, pertanto, che la previsione "se la dichiarazione (...) è accolta il giudice non può compiere alcun atto del procedimento", contenuta nell'art. 42, comma 1, individua un difetto di capacità che rende nulle ai sensi dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a), le decisioni del giudice ricsuato, mentre consente di ritenere semplicemente priva di efficacia ogni altra attività processuale dallo stesso compiuta>>.*

Ed, alla luce di tali considerazioni, la definizione in termini analoghi del vizio che affligge la decisione nel caso in cui il giudice l'abbia assunta pendendo l'incidente della ricsuzione e una volta che questa sia accolta, è sembrata obbligata: *<<appurata la mancanza della preconditione dell'imparzialità e terzietà, fondante il legittimo esercizio del potere di giudicare, la pronunzia che definisce il giudizio eventualmente emessa dal giudice fondatamente ricsuato è da considerare viziata dalla carenza in concreto del potere di decidere sulla regiudicanda. A parità di difetto e di divieto, il vizio non può che avere identica natura vuoi nel caso in cui la pronunzia che rappresenta la manifestazione definitiva dell'esercizio della potestà giurisdizionale nel processo sia stata resa dopo che la decisione che ha accolto la ricsuzione è divenuta definitiva, vuoi nel caso in cui sia stata assunta nelle more del procedimento di ricsuzione risoltosi poi con l'accertamento della fondatezza della ricsua e il riconoscimento del difetto. Mentre analoghe ragioni per ritenere tale incapacità particolare non ricorrono*

se il divieto di astenersi dal pronunciare sentenza pendendo la ricusazione è stato violato, ma la ricusazione è dichiarata inammissibile o rigettata. Nè, se la ricusazione è stata dichiarata inammissibile o riconosciuta infondata, la sanzione di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado, che secondo l'indirizzo minoritario da detta incapacità dovrebbe discendere ai sensi dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. b), può trovare giustificazione nella lesione di altro diritto o interesse processuale o legittima aspettativa della parte ricusante>>.

Le conclusioni raggiunte trovano conferma nell'aspetto, strettamente connesso, dell'esonero dal divieto per il caso di ricusazione sostanzialmente ripetitiva di altra già respinta, e nella durata del divieto istituito dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., riferibile alla sola fase di merito del giudizio sulla ricusazione. Si è, peraltro, evidenziato che il rispetto del predetto divieto costituisce un preciso dovere deontologico (ex art. 124 c.p.p.) del magistrato ruscato, e che non può dubitarsi che esso si estenda, oltre che alla sentenza, come espressamente previsto, ad ogni tipo di provvedimento idoneo a definire la regiudicanda cui si riferisce la dichiarazione di ricusazione (come nel caso pratico devoluto all'esame delle Sezioni unite, concernente un provvedimento decisorio diverso dalla sentenza, reso dal Tribunale di Sorveglianza).

In virtù del complesso dei rilievi che precede, sono stati conclusivamente affermati, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto:

(a) *<<la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione in violazione del divieto istituito dall'art. 37 c.p.p., comma 2, conserva validità se la ricusazione è dichiarata inammissibile o infondata dall'organo competente ex art. 40 c.p.p.>>;*

(b) *<<la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione è viziata invece da nullità assoluta nel caso in cui la ricusazione sia accolta, e ciò indipendentemente dalla circostanza che essa sia intervenuta in pendenza della procedura incidentale di ricusazione o dopo il suo accoglimento>>.*

Cap. 5

Gli atti

1. La traduzione degli atti. Incompatibilità dell'interprete.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se sussista incompatibilità a svolgere le funzioni di interprete per il soggetto che, nell'ambito del conferimento ad altri - nello stesso procedimento - del compito della trascrizione delle intercettazioni, sia stato incaricato di effettuare, contestualmente e unitamente al trascrittore, la traduzione delle conversazioni intercettate e registrate in lingua straniera>>.

Nel caso in esame, lo stesso soggetto aveva dapprima ricevuto l'incarico di tradurre in italiano alcune conversazioni intercettate, avvenute in parte in lingua benin-edo (mentre altro soggetto aveva contestualmente ricevuto l'incarico di trascrivere le conversazioni così tradotte), e successivamente l'incarico di fungere, nel corso dell'istruzione dibattimentale, da interprete per assistere due testimoni.

L'**orientamento dominante**³¹ negava che l'incarico conferito al trascrittore fosse formalmente e sostanzialmente equiparabile a quello peritale, l'unico idoneo a cagionare l'insorgere della successiva causa di incompatibilità; si osservava, in particolare, che la trascrizione delle registrazioni telefoniche si esaurisce in una serie di operazioni di carattere meramente materiale, non implicando l'acquisizione di alcun contributo tecnico-scientifico, e che l'attività trascrittiva - attinente ad un mezzo di ricerca della prova - non rappresenta un mezzo di assunzione anticipata della prova stessa. Il trascrittore, sia pure officiato, ai sensi dell'art. 268, comma settimo, cod. proc. pen., diversamente dal perito (che è chiamato ad esprimere un "giudizio" tecnico), pone in essere solo una "operazione" tecnica che non implica alcun contributo tecnico-scientifico ed è connessa a finalità di tipo solo ricognitivo; pertanto, il richiamo, contenuto nella predetta disposizione a "*forme, modi e garanzie*" previste per la perizia, opera limitatamente alla tutela del contraddittorio e dell'intervento della difesa

³¹ La gran parte delle decisioni inquadrabili nel suo ambito riguardava la situazione del mero trascrittore.

rispetto all'attività di trascrizione, ed è solo funzionale ad assicurare che la trascrizione delle registrazioni avvenga nel modo più corretto possibile³².

Nell'ambito dell'**orientamento minoritario**, si sosteneva che sussisterebbe la causa di incompatibilità prevista dall'art. 144, lett. d), cod. proc. pen. a prestare l'ufficio di interprete nei confronti di chi, nell'ambito dello stesso procedimento, abbia provveduto a tradurre e a trascrivere, con incarico peritale, il contenuto di intercettazioni telefoniche: il richiamo, operato dall'art. 268, comma settimo, cod. proc. pen. alle forme, ai modi ed alle garanzie previsti per l'espletamento delle perizie estenderebbe chiaramente alle attività di trascrizione integrale delle registrazioni le norme di garanzia previste per le perizie, ivi comprese quelle contenute nell'art. 144 cod. proc. pen.³³.

La **dottrina** non si era specificamente interessata della questione controversa.

Con sentenza del **24 febbraio – 10 maggio 2011, n. 18268, E. S.**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249483

Sussiste incompatibilità con l'ufficio di interprete per il soggetto che, nello stesso procedimento, abbia svolto il compito di trascrizione delle registrazioni delle comunicazioni intercettate. (In motivazione la Corte ha precisato che analoga incompatibilità sussiste per il soggetto in precedenza incaricato di effettuare la traduzione in lingua italiana delle conversazioni intercettate, la cui trascrizione sia stata affidata, con incarico contestuale, ad un terzo).

Le Sezioni unite, premesso che la materia è disciplinata dagli artt. 144 e 222 cod. proc. pen.³⁴, e che la *ratio* del divieto di commistione tra le funzioni di interprete e di perito, è stata generalmente individuata nell'esigenza di evitare possibili influenze dell'una attività sull'altra, entrambe esplicazioni di una funzione ausiliaria del giudice, hanno risolto la questione controversa aderendo all'orientamento in precedenza minoritario.

³² In tal senso, Sez. 5, n. 9633 del 24/01/2002, dep. 11/03/2002, Kalil; Sez. 5, n. 1265 del 05/02/2002, dep. 28/03/2002, Bello; Sez. 1, n. 7342 del 06/02/2007, dep. 22/02/2007, Mangone; Sez. 6, n. 2732 del 06/11/2008, dep. 21/01/2009, Scalise; Sez. 1, n. 26700 del 26/03/2009, dep. 01/07/2009, Bozzaotre.

³³ Sez. 1, n. 6303 del 22/11/2000, dep. 15/02/2001, imp. Chen Ringai

³⁴ L'art. 144 c.p.p., ("Incapacità e incompatibilità dell'interprete") prevede al comma 1, lett. d), la incompatibilità dell'interprete "chiamato a prestare ufficio ... di perito nello stesso procedimento"; specularmente, l'art. 222 c.p.p. ("Incapacità e incompatibilità del perito") prevede al comma 1, lett. d), la incompatibilità del perito "chiamato a prestare ufficio ... di interprete".

Al riguardo, si è in primo luogo, osservato, da un punto di vista formale, <<che la prescrizione contenuta nell'art. 268 c.p.p., comma 7, relativa all'osservanza delle "forme" (oltre che dei modi e delle garanzie) "previste per l'espletamento delle perizie" non può che estendersi alle formalità di nomina (stabilite per il perito, per l'appunto), di cui all'art. 221 c.p.p., e al relativo conferimento dell'incarico, di cui all'art. 226 c.p.p.; con la conseguenza che il "trascrittore", accantonata per un momento la discussione sul contenuto ontologico della sua attività, deve essere nominato e ricevere l'incarico con il rispetto delle riferite disposizioni relative alle perizie disposte dal giudice>>.

In occasione del conferimento dell'incarico, dunque, il soggetto officiato dal giudice deve recitare la prescritta dichiarazione rituale: <<parrebbe arduo ritenere che un soggetto che riceve un incarico con il rispetto delle formalità previste per il perito, e con le comminatorie relative, possa non essere assoggettato al relativo status, solo perché il contenuto dell'incarico conferitogli viene in concreto considerato tale da non implicare, stando all'orientamento prevalente, "conoscenze tecnico-scientifiche che sfocino in un parere o un giudizio">>.

E proprio questa riduttiva considerazione sostanzialistica dell'attività del trascrittore, consegnato a un ruolo di un mero esecutore tecnico, non appare sostenibile; in proposito, la **giurisprudenza costituzionale** ha osservato che "la qualità delle registrazioni delle intercettazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di interpretazione delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere"; che l'incaricato a norma dell'art. 268 c.p.p., comma 7, "fornisce una trascrizione letterale, ma anche indicazioni ulteriori, quando necessarie (intonazione della voce, lunghezza di una pausa etc.), che possono incidere sul senso di una comunicazione"; e che "la trascrizione peritale può contenere anch'essa componenti interpretative, ma è garantita dalla estraneità del suo autore alle indagini e dal contraddittorio"³⁵. Osservano in proposito le Sezioni Unite che <<il "trascrittore", nel riprodurre i suoni vocali (talvolta meri fonemi) in orditi sintattici, non solo deve possedere un'adeguata professionalità nella interpretazione degli elementi lessicali, delle pause e delle intonazioni espressi dai soggetti colloquianti, avuto riguardo alla inflessione, alle forme gergali e dialettali, ai ritmi e alle interruzioni proprie di ogni colloquio, al numero dei loquenti e alle varie condizioni di tempo e di luogo che interferiscono con la traccia fonica, ma deve essere anche in grado di rappresentarli per iscritto, utilizzando ogni appropriato segno grafico che rispetti il più efficacemente possibile il senso delle reciproche interlocuzioni in relazione al contesto. Egli, dunque, più che un mero trascrittore, è, come osservato dalla Corte costituzionale, un "interprete" del contenuto e del senso, particolare e complessivo, dei

³⁵ Corte cost. sent. n. 336 del 2008

dati vocali (cui possono aggiungersi, dovendosene se del caso dare conto, suoni di fondo, anche materiali)>>.

In virtù di ciò, e considerato che può assumersi comunemente accettato l'assioma per cui ogni attività di "interpretazione", nel senso sopra specificato, esprime una valutazione, e quindi un "giudizio", *<<deve concludersi che anche da un punto di vista sostanziale l'attività del trascrittore è assimilabile a quella di un perito, e che quindi pure per essa sia richiesta una "specificata competenza tecnica", come previsto, in relazione all'oggetto della perizia, dall'art. 220 c.p.p.>>.*

Data tale assimilazione - e diversamente da quanto deve ritenersi in riferimento ai compiti di trascrizione di atti compiuti alla presenza del giudice, come nel caso di cui all'art. 141-bis c.p.p. - *<<non vi è dunque ragione per non estendere alla figura del trascrittore di conversazioni intercettate, nominato a norma dell'art. 268 c.p.p., comma 7, le disposizioni sui casi di incompatibilità allo svolgimento di ulteriori funzioni che riguardino il perito, e in particolare, per quello che qui interessa, quella concernente la funzione di interprete, a norma dell'art. 144 c.p.p., comma 1, lett. d)>>*, il quale, nello stabilire la incompatibilità alla funzione di interprete, fa riferimento, usando il tempo presente, alla situazione di chi è "chiamato a prestare ufficio ... di perito nello stesso procedimento".

Si è anche osservato che *<<l'incarico di perito non si esaurisce nel compimento della relativa attività, perché il soggetto che l'ha svolta conserva questa qualità nel corso dell'intero procedimento, potendo essere chiamato a rendere esame, a norma dell'art. 501 c.p.p., e art. 511 c.p.p., comma 3. Trattandosi dunque di una qualità immanente, l'espressione "chi è chiamato a prestare ufficio..." deve intendersi equivalente a quella "chi è stato chiamato a prestare ufficio..."; e del resto l'uso del tempo passato, verosimilmente per un impreciso raccordo con il testo del codice del 1930 (art. 328) da parte del legislatore del 1988, che lo ha sostanzialmente riprodotto, è impiegato nell'ambito della medesima lettera d) con riferimento all'analogha incompatibilità introdotta dall'attuale codice per chi "è stato nominato consulente tecnico nello stesso procedimento", per la quale non può che valere la stessa ratio>>.*

In virtù dei rilievi che precedono, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<sussiste incompatibilità a svolgere successivamente nello stesso procedimento la funzione di interprete per il soggetto che abbia svolto il compito di trascrizione delle registrazioni delle comunicazioni intercettate a norma dell'art. 268 c.p.p., comma 7>>.*

Con specifico riferimento all'attività del traduttore-interprete che collabori con il trascrittore, le Sezioni unite hanno ritenuto che *<<essa non possa essere distinta da quella di quest'ultimo, e anzi assuma un ruolo primario, non solo perché, come osservato nella ordinanza di rimessione, nel caso di specie "l'opera dell'interprete e quella del trascrittore sono state contestuali e sinergiche e sono state partecipi di una*

unica natura, trascrivendo il trascrittore ciò che contestualmente o antecedentemente il traduttore aveva ascoltato e riversato in lingua italiana", sicché, in un tale contesto, sarebbe arduo "sceverare in concreto un'attività del traduttore che non fosse contestualmente determinante e costitutiva ai fini della trascrizione"; ma anche perché, in via più generale, il trascrittore recepisce e prende a base della sua attività la traduzione in italiano precedentemente fatta dall'interprete, sicché è proprio quest'ultimo ad avere un ruolo decisivo non solo nella mera traduzione ma anche nella elaborazione del senso dei colloqui>>.

Se ne è desunto che, nel caso di specie, l'attività di traduttrice-interprete, <<per le condizioni in cui è stata svolta, e per la contestualità dell'incarico ricevuto, deve considerarsi sostanzialmente assimilabile a quella di un perito, essendosi esplicata in unione sinergica con il trascrittore e avendo avuto anzi un ruolo preponderante rispetto all'attività di quest'ultimo>>.

Ed al riguardo è stato conseguentemente enunciato il seguente principio di diritto: <<sussiste incompatibilità a svolgere successivamente nello stesso procedimento la funzione di interprete per il soggetto che, nell'ambito del conferimento ad altri del compito della trascrizione delle registrazioni delle conversazioni in lingua straniera intercettate, sia stato incaricato di effettuare, contestualmente e unitamente al trascrittore, la traduzione in lingua italiana di dette conversazioni>>.

Nella specie risultava, pertanto, integrata l'ipotesi prevista dall'art. 144, comma 1, lett. d), cod. proc. pen.; si è anche precisato che, come previsto dall'alinea dell'art. 144, comma 1, l'incompatibilità dell'interprete è causa di nullità relativa, non rientrando in alcuna delle ipotesi considerate dall'art. 178 c.p.p., ed il mezzo per dedurla è la dichiarazione di ricsuzione (art. 145 c.p.p.), che deve di regola essere proposta "fino a quando non siano esaurite le formalità di conferimento dell'incarico"; ma, trattandosi di incidente che deve essere risolto dallo stesso giudice che procede e vertendosi in una causa di nullità (a differenza di quanto è da dire per i casi di ricsuzione del giudice), per la dichiarazione non occorrono particolari formalità, equivalendo ad essa la mera deduzione della causa di incompatibilità.

2. La nullità derivante da omessa notificazione dell'avviso di udienza ad uno dei due difensori dell'imputato.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<quale sia il termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza del procedimento camerale ad uno

dei due difensori dell'imputato, e se nell'individuazione di detto termine rilevi, o meno, la circostanza dell'assenza in udienza sia dell'imputato che del difensore ritualmente avvisato. (Fattispecie relativa all'omessa notificazione al secondo difensore dell'avviso di fissazione di udienza in camera di consiglio del giudizio d'appello avverso la pronuncia di primo grado resa all'esito di giudizio abbreviato)>>.

La giurisprudenza è ormai ferma nel configurare una nullità a regime intermedio nell'ipotesi in cui uno dei due difensori di fiducia dell'imputato non riceva la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza (pubblica o camerale, relativa al giudizio o ai provvedimenti *de libertate*); vi era, al contrario, contrasto in ordine all'interpretazione dell'art. 180 c.p.p., a norma del quale le nullità a regime intermedio "non possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo", ed il problema era dibattuto non solo con riferimento all'udienza camerale (come nel caso devoluto all'esame delle Sezioni unite), ma anche con riguardo all'udienza pubblica fissata per la celebrazione del dibattimento. In difetto di una specifica regolamentazione per le nullità a regime intermedio verificatesi nella fase degli atti preliminari al giudizio, permaneva il dubbio sulla possibilità di applicare alla relativa eccezione il limite temporale della deliberazione della sentenza di primo grado ovvero quello (stabilito per le nullità verificatesi nel corso del giudizio) della deliberazione della sentenza del grado successivo.

Un orientamento riteneva che la nullità a regime intermedio conseguente all'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei difensori dell'imputato dovesse essere dedotta prima della definizione dello stesso grado del procedimento³⁶; si evidenziava, in proposito, che l'emissione del decreto di citazione appartiene ad una fase antecedente e distinta rispetto alla fase del giudizio, anche nel caso del rito camerale; si rilevava, inoltre, che l'omessa citazione del codifensore nel giudizio camerale costituisce nullità intermedia, e che il codice di rito prevede che tale tipo di nullità venga dedotta, in quanto intervenuta prima del giudizio, prima della deliberazione della sentenza che chiude il grado: nessuna eccezione è prevista per il

³⁶ In tal senso, con riferimento all'udienza camerale, Sez. VI, 23 febbraio 2010 n. 21454, Pepa, Rv. 246542, così massimata: <<Nel procedimento camerale l'omessa citazione del codifensore comporta una nullità a regime intermedio, la quale va eccepita prima della deliberazione della sentenza che definisce il grado, senza che rilevi la presenza o meno in udienza dell'imputato o del codifensore ritualmente citato. (Fattispecie relativa all'omessa notifica dell'avviso di udienza del giudizio d'appello ad uno dei codifensori dell'imputato)>>. Nel medesimo senso si sono espresse, sempre con riferimento all'udienza camerale, Sez. II, 30 giugno 2009 n. 37507, Volpe, Rv. 244887, e, con riferimento a diverse tipologie di udienza, Sez. II, 26 novembre 2010 n. 44363, D'Aria, n.m.; Sez. V, 23 aprile 2009 n. 22413, Messina, Rv. 243510; Sez. V, 11 dicembre 2008 - dep. 4 febbraio 2009 - n. 4940, Camera, Rv. 243158; Sez. II, 16 settembre 2008 n. 39388, Intrisano, Rv. 241857; Sez. III, 12 febbraio 2008 n. 22413, Straiano, Rv. 239690; Sez. V, 4 luglio 2006 n. 29863, Della Corte, Rv. 235152; Sez. III, 1 dicembre 1997 - dep. 17 gennaio 1998 - n. 529, Laezza, Rv. 209221.

giudizio camerale, e nessuna norma positiva subordina l'efficacia del termine all'effettiva presenza delle altre componenti dell'unica "parte". Nell'ambito di questo orientamento, una decisione aveva, in generale, ritenuto che "la natura intermedia di una nullità verificatasi nella fase degli atti preliminari al dibattimento, funzionalmente e strutturalmente distinta dallo stesso, a norma della prima parte dell'art. 180 cod. proc. pen. deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di primo grado. Non può infatti sostenersi l'intima compenetrazione tra le due fasi per la loro vicinanza topografica (titoli 1 e 2 del libro settimo) e temporale, giacché l'autonomia di quella degli atti preliminari al dibattimento deriva da precisi riscontri normativi (artt. 469 e 181, commi terzo e quarto cod. proc. pen.)".

Altro orientamento sosteneva che la nullità a regime intermedio conseguente all'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza a uno dei difensori dell'imputato potrebbe essere dedotta anche nel corso del successivo grado del procedimento; esso fondava principalmente sulla motivazione di **Cass., Sez. Un., 25 giugno 1997 n. 6, Gattellaro, Rv. 208163**, dalla quale sarebbe possibile trarre il principio secondo cui, nel procedimento camerale relativo alla proroga della custodia cautelare, svolto con il rito di cui all'art. 127 c.p.p. oppure con libertà di forme, l'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'indagato determina una nullità a regime intermedio, che va dedotta nel successivo grado dell'iter procedimentale (rappresentato dall'appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p.).

Nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, la tesi che applica il limite temporale del successivo grado di giudizio per la deduzione della predetta nullità a regime intermedio era stata sostenuta in particolare con riferimento all'udienza camerale³⁷.

Questo secondo orientamento interpretativo sosteneva, altresì, che tale nullità dovrebbe ritenersi sanata qualora non venga eccepita immediatamente dall'altro difensore comparso in udienza. Tale ultima questione, per lungo tempo controversa nella giurisprudenza di legittimità, è stata risolta positivamente da **Cass., Sez. Un., 16**

³⁷ Così Sez. VI, 17 marzo 2008 n. 12520, Cavaliere, Rv. 239676, in tema di procedimento estradizionale, così massimata: <<L'omissione dell'avviso ad uno dei due difensori dell'imputato della data fissata per l'udienza (nel caso di specie, per l'udienza camerale ex art. 704 cod. proc. pen. davanti alla Corte di appello) non dà luogo a nullità assoluta, in quanto tale omissione non è annoverata tra quelle specificamente elencate nell'art. 179 cod. proc. pen., ma ad una nullità "a regime intermedio", deducibile fino alla deliberazione della sentenza nel grado successivo. Tuttavia, qualora uno dei componenti del collegio difensivo compaia e non eccepisca l'omesso avviso al codifensore, desumibile dagli atti di causa, tale nullità deve intendersi sanata con la conseguente decadenza dalla possibilità di dedurla successivamente, poiché la nozione di "parte interessata" va interpretata riferendola al collegio difensivo e non separatamente al singolo difensore, che, anzi, deve tutelare l'intera posizione processuale da lui rappresentata ed assistita nel superiore interesse del suo ministero>>. Alle stesse conclusioni erano pervenute, con riguardo al procedimento camerale, Cass. Sez. IV, 28 novembre 1996 - dep. 10 febbraio 1997 - n. 2942, Ferro, Rv. 206991, e, con riguardo ad altre tipologie di udienza, Cass., Sez. VI, 30 settembre 2008 n. 38750, Marchetti, Rv. 241646; Cass., Sez. IV, 9 luglio 2003 n. 37471, Massari, Rv. 226285; Cass., Sez. III, 1 luglio 1997 n. 7697, Gangemi, Rv. 209088. Ad analoghe conclusioni giunge, sulla base dell'assunto della configurabilità di una nullità relativa, Cass. Sez. II, 23 settembre 2004 n. 47155, Giuliani, Rv. 230616.

luglio 2009 n. 39060, Aprea, Rv. 244187 - 8, la quale – con riferimento all'udienza pubblica fissata per la celebrazione del dibattimento (ipotesi che si differenzia da quella dell'udienza camerale per la partecipazione necessaria del difensore di fiducia o di ufficio) – ha precisato che la nullità a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione a opera dell'altro difensore comparso, il quale ha l'onere di sollevarla immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, in quanto il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione; il difensore presente, di fiducia o di ufficio, ha l'onere di verificare se sia stato avvisato anche l'altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice.

Le indicazioni contenute nei lavori preparatori al codice di procedura penale sembravano avvalorare la fondatezza del primo orientamento; in particolare, la Relazione al progetto preliminare, con riguardo all'art. 180 c.p.p. ed ai termini entro i quali le nullità di ordine intermedio vanno eccepite o rilevate, precisa che la nuova norma, a differenza dell'art. 185 del codice di rito previgente, "protrae il termine per le nullità incorse nelle fasi che hanno preceduto l'apertura del dibattimento, alla chiusura del dibattimento di primo grado; se si sono verificate nel giudizio, il termine scade con la chiusura del dibattimento del grado successivo". Ulteriori argomenti a sostegno del primo orientamento giurisprudenziale potevano essere tratti dalla motivazione dell'ordinanza n. 159 del 14 aprile 2006 della Corte Costituzionale, che aveva dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui sottopone alla disciplina delle nullità c.d. a regime intermedio anche le nullità concernenti le notificazioni o gli avvisi all'imputato che ha eletto domicilio presso il difensore; in particolare, il Giudice delle leggi aveva ritenuto non scontato che la nullità della notificazione del decreto che dispone il giudizio debba considerarsi verificata "nel giudizio", dato che tale notificazione rappresenta un incombente anteriore e prodromico all'instaurazione di detta fase processuale.

In **dottrina** erano enucleabili le stesse divisioni emerse in giurisprudenza; appariva, peraltro, dominante il secondo orientamento, ovvero la deducibilità nel grado successivo di giudizio, a sostegno del quale si osservava che, ai fini dei limiti di deducibilità delle nullità a regime intermedio, la nozione di nullità verificata nel "giudizio" ricomprenderebbe tanto gli atti preliminari al dibattimento, quanto il dibattimento, e che la nullità determinata dall'omessa notifica dell'avviso dell'udienza ad uno dei difensori può essere rilevata fino a quando non sia concluso il grado successivo del giudizio. Alle stesse conclusioni giungeva la dottrina più autorevole, ma limitatamente alle nullità che ricadono nel predibattimento in appello, le quali

potrebbero essere dedotte fino alla decisione nel grado seguente.

Con sentenza del **27 gennaio – 1° giugno 2011, n. 22242, Scibè**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249651

Il termine ultimo di deducibilità della nullità a regime intermedio, derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale di appello ad uno dei due difensori dell'imputato, è quello della deliberazione della sentenza nello stesso grado, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che dell'altro difensore, ritualmente avvisati.
(Fattispecie relativa a giudizio abbreviato in grado di appello).

Le Sezioni unite hanno preliminarmente riepilogato i propri interventi aventi ad oggetto le questioni giuridiche sollevate dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori di fiducia nominati, ed i principi affermati in argomento dopo l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, che possono ritenersi consolidati, e che si applicano trasversalmente a tutte le fasi processuali e le tipologie procedimentali (udienza dibattimentale, udienza camerale in genere, udienza di riesame in particolare):

(1) qualora l'imputato sia assistito da due difensori, l'avviso della data dell'udienza deve essere dato ad entrambi, con la conseguenza che l'omesso avviso ad uno solo dei due difensori da luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio³⁸;

(2) La nullità a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione a opera dell'altro difensore comparso, pur quando l'imputato non sia presente, ovvero anche del difensore nominato d'ufficio in sostituzione di quello di fiducia regolarmente avvisato e non comparso, il quale ha l'onere di verificare se sia stato avvisato anche l'altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice³⁹.

Peraltro, resta irrisolto il problema delle modalità e dei termini per la deduzione della suddetta nullità quando la partecipazione del difensore al procedimento camerale non sia obbligatoria (art. 179, comma 1, ultima parte, cod. proc. pen.), come nel caso in esame (art. 599, comma 1, cod. proc. pen., in fine, ed art. 127, comma 3, cod.

³⁸ Sez. U, n. 6 del 25/06/1997, imp. Gattellaro, Rv. 208163: fattispecie di deliberazione in camera di consiglio sulla richiesta del p.m. di proroga della custodia cautelare; Sez. U, n. 33540 del 27/06/2001, imp. Di Sarno, Rv 219229: fattispecie in tema di riesame; Sez. U, n. 39060 del 16/07/2009, imp. Aprea, Rv. 244188: fattispecie di udienza dibattimentale di primo grado.

³⁹ Sez. U, n. 39060 del 2009, cit.

proc. pen.: "i difensori sono sentiti se compaiono"), sicché il giudice non è tenuto a nominare un difensore d'ufficio, il quale sarebbe gravato dell'onere di eccepire tempestivamente la nullità dell'omesso avviso dell'udienza ad uno dei difensori di fiducia. Nemmeno è necessaria la presenza dell'imputato la cui mancata comparizione, salvo che sia legittimamente impedito e abbia manifestato la volontà di essere presente e di essere sentito personalmente, è priva di rilevanza.

Le Sezioni Unite hanno osservato che sulla soluzione del problema incide l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite n. 6 del 1997, cit., secondo la quale "se è richiesto l'avviso ad entrambi i difensori e ad uno di essi non sia stato dato, non si può pretendere che l'altro si presenti all'udienza camerale per eccepirne la nullità ... se la parte, tramite i difensori, non assiste al compimento dell'atto per vizio di comunicazione, non si può chiedere che ne eccepisca la nullità; l'avverbio tempestivamente è generico, restando da stabilire quando l'eccezione sia tempestiva. Non resta che porre attenzione alla seconda parte dell'art. 180 c.p.p., unico comma: se le nullità si sono verificate nel giudizio, devono essere dedotte dopo la deliberazione della sentenza nel grado successivo".

Peraltro, questa soluzione interpretativa <<è stata formulata in termini generici, ma con riferimento ad una specifica fattispecie, quella della deliberazione in camera di consiglio, in forma semplificata, al di fuori del procedimento di cui all'art. 127 c.p.p., sulla richiesta del p.m. di proroga della custodia cautelare (art. 305 c.p.p., comma 2); d'altro canto, tale soluzione deve essere saggiata alla luce della successiva giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite di cui si è detto>>.

A parere delle Sezioni Unite, vanno tenuti distinti i limiti temporali di deducibilità delle nullità a regime intermedio di cui all'art. 180 c.p.p., da quelli per la formulazione dell'eccezione di cui all'art. 182, comma 2, c.p.p.: *<<nel primo caso si individua uno spazio procedimentale nell'ambito del quale od oltre il quale è possibile "dedurre" o rilevare le nullità, nel secondo caso, invece, si stabilisce una correlazione temporale tra il compimento di un atto nullo e la relativa "eccezione" di parte>>.*

Ciò significa non solo che in questo secondo caso la mancanza dell'eccezione consente al giudice di non "rilevare" la nullità di ordine generale, perché essa deve intendersi sanata, ma anche che, pur non essendo ancora decorso lo spazio temporale di cui al citato art. 180, la nullità, essendo stata sanata, non può più essere "dedotta": *<<pertanto, la circostanza che il difensore non abbia assistito all'atto non può portare alla conclusione che deve applicarsi la seconda parte dell'unico comma del citato art. 180, ma deve portare soltanto alla constatazione che non si è verificata una sanatoria per omessa formulazione della relativa eccezione, rimanendo doveroso verificare se per la "deduzione" siano stati rispettati i limiti temporali di carattere generale posti dall'art. 180 c.p.p.>>.*

Sulla scia degli orientamenti consolidati in giurisprudenza, si è, pertanto, affermato

che, nei procedimenti in cui è obbligatoria la presenza del difensore, <<l'omesso avviso della data fissata per l'udienza ad uno dei due difensori di fiducia dell'imputato deve essere eccepita ai sensi dell'art. 182 c.p.p., comma 2, dall'altro difensore di fiducia presente o, in caso di assenza anche di quest'ultimo, dal difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 97 c.p.p., comma 4; ciò significa che è irrilevante verificare il limite di deducibilità di cui all'art. 180 c.p.p., poiché o l'eccezione non è stata formulata e la nullità deve intendersi sanata, oppure l'eccezione pur essendo stata sollevata è stata rigettata dal giudice e può essere riproposta anche con atto di impugnazione>>. Diversamente, nel caso (ricorrente nella specie) in cui i difensori sono sentiti solo se compaiono (ex art. 127, comma 3, cod. proc. pen.), <<l'omesso avviso della data dell'udienza ad uno dei due difensori di fiducia non determina, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza sopra citata, l'assenza della difesa, poiché il difensore avvisato, anche se non compaia in udienza "formalmente è come se fosse presente" (Sez. Un. 6 del 1997, cit.), ma proprio il carattere formale di tale presenza non consente di applicare il disposto dell'art. 182 c.p.p., comma 2, mentre è necessario verificare quale sia il limite temporale di deduzione della nullità conseguente al suddetto omesso avviso ex art. 180 c.p.p.>>.

Si è poi ricordato che, ai sensi dell'art. 180 cod. proc. pen., le nullità di ordine generale, come quella in esame, "non possono più essere rilevate ne' dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo"; la giurisprudenza⁴⁰ ha chiarito che l'omesso avviso a uno dei difensori di fiducia dell'imputato è causa di nullità ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., che si colloca "in quel segmento procedimentale che sta tra il decreto dispositivo del giudizio (art. 429 c.p.p.) o il decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.) e la prima udienza di comparizione davanti al giudice"; come tale è una nullità che, non essendosi verificata "nel giudizio", non può essere più rilevata o dedotta dopo la deliberazione della sentenza di primo grado. Tale termine di deducibilità della nullità riferito alla deliberazione della sentenza di primo grado <<deve considerarsi applicabile anche al giudizio di appello "anche se in questo processo gli atti precedenti al giudizio, comprendenti le notifiche delle citazioni delle parti e dei difensori, sono denominati nella rubrica dell'art. 601 c.p.p., "atti preliminari al giudizio": il segmento procedimentale è analogo a quello di primo grado, e la terminologia diversa si spiega perché nel secondo grado è lo stesso giudice deputato al giudizio d'appello che provvede agli adempimenti, e non, come nel primo grado, il giudice dell'udienza preliminare o il pubblico ministero. Ma i diritti processuali delle parti e il connesso

⁴⁰ Sez. 3, n. 13824 del 02/04/2008, imp. Straiano, Rv. 239690; Sez. 5, n. 4940 dell'11/12/2008, imp. Camera, Rv. 243158; Sez. 5, n. 22413 del 23/04/2009, imp. Messina, Rv. 243510; Sez. 2, n. 37507 del 30/06/2009, imp. Volpe, Rv. 244887; Sez. 2, n. 44363 del 26/11/2010, imp. D'Aria, Rv. 249184.

regime delle nullità si configurano nello stesso modo">>.

Il suddetto termine di deducibilità è, pertanto, applicabile anche al giudizio camerale di appello previsto dall'art. 599 c.p.p., <<*in cui, analogamente, può affermarsi che l'omesso avviso ad uno dei due difensori si collochi nella fase intercorrente tra la fissazione dell'udienza e l'udienza di comparizione in camera di consiglio, come si desume dall'art. 601 c.p.p., comma 2, che espressamente riconduce l'attività preliminare all'udienza camerale ex art. 599 cit. alle formalità previste per la valida instaurazione del giudizio dibattimentale di appello. Che la nullità in questione non attenga alla fase del giudizio si desume chiaramente dal successivo art. 181 c.p.p., che distingue le "nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio" (comma 3) dalle nullità verificatesi "nel giudizio" (comma 4) e trova conforto in autorevoli pronunce*>>.

Una volta individuato il termine di deducibilità della nullità in questione, si è risposto in senso positivo alla domanda se il difensore regolarmente avvisato e non comparso avesse l'onere di dedurla entro quel termine e si è affermato che la medesima nullità deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di appello pronunciata ex art. 599 c.p.p., a cura del difensore di fiducia regolarmente avvisato e, in tal modo, messo in condizione di sollevare la relativa eccezione: <<*se il difensore che compare deve formulare la eccezione di nullità se non vuole che la nullità si sani, la mancata comparizione del difensore regolarmente avvisato è espressione di una scelta difensiva le cui ragioni non rilevano ai fini del decorso del termine ultimo per la "deduzione", cioè quello della deliberazione della sentenza del grado, anche tenendo presente che la deduzione della nullità non richiede necessariamente la comparizione, potendo essere formulata con un atto scritto (art. 121 c.p.p.). L'onere del difensore regolarmente avvisato di accertare la sussistenza di nullità verificatesi prima del giudizio non muta a seconda che egli compaia oppure non compaia in udienza*>>.

Invero, la *ratio* dell'art. 180 c.p.p. è quella di apprestare un rimedio alle nullità intermedie verificatesi prima del giudizio al fine di garantire il regolare svolgimento del giudizio stesso e di impedire il compimento di ulteriori attività processuali viziate (art. 185 c.p.p.), <<*con la conseguenza che una interpretazione che consenta alla difesa di riservare l'eccezione di nullità al grado successivo sarebbe lesiva dell'interesse costituzionalmente protetto della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., comma 2); mentre la nullità verificatasi in giudizio può essere rilevata e dedotta dopo la conclusione del grado, perché ormai l'unico rimedio possibile è l'impugnazione della sentenza*>>.

Si è precisato che <<*l'onere imposto alla "parte" di dedurre la nullità di cui si parla entro il termine di decadenza di cui all'art. 180 c.p.p., prima parte non elide il diritto dell'imputato (o dell'indagato) di fruire dell'assistenza di due difensori, salvaguardato appunto dalla possibilità di tempestiva deduzione della nullità, a fronte della quale il giudice non può che disporre il rinvio dell'atto*>>.

Le Sezioni Unite hanno, inoltre, osservato che grava sui difensori un dovere di leale collaborazione al regolare svolgimento del procedimento, e che, in tale ottica, va ritenuta l'esistenza di vincoli di solidarietà fra i codifensori, tra i quali <<non deve mancare quel reciproco obbligo di comunicazione che è aspetto tipico e istituzionale della cooperazione nell'esercizio della difesa>>.

Trattasi di affermazioni che trovano conforto anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto modo di occuparsi del necessario rapporto informativo che deve intercorrere all'interno della posizione difensiva⁴¹, enucleando l'esistenza a carico del difensore uno specifico onere informativo, deplorando la mancanza di comunicazione, nel caso di specie, tra l'imputato e i suoi avvocati, e concludendo che "non si può tuttavia imputare ad uno Stato la responsabilità di tutte le lacune di un avvocato".

Anche il codice deontologico forense (art. 23, comma 5) prevede, nel caso di difesa congiunta, il dovere del difensore di consultare il codifensore "in ordine ad ogni scelta processuale", quale è certamente la partecipazione all'udienza del giudizio di impugnazione, anche se camerale, "al fine della effettiva condivisione della strategia processuale": *<<l'approccio deontologico nella interpretazione delle norme processuali assume un particolare rilievo nella dimensione di un processo accusatorio; esso riguarda tutti i soggetti processuali e, per quanto concerne il ruolo del difensore, si concentra soprattutto nel dovere di lealtà, non solo oggetto di una disposizione di natura deontologica del codice relativo (art. 5), ma anche sancito in una norma di diritto processuale (art. 105 c.p.p., comma 4). Se il processo penale è contraddistinto dalla dialettica delle parti (art. 111 Cost., commi 1 e 2), la lealtà del difensore diventa un canone di regolarità della giurisdizione. Il dovere di lealtà implica, tra l'altro, che una norma processuale non possa essere utilizzata, e, quindi, anche interpretata, per raggiungere finalità diverse da quelle per le quali è stata dettata, con il risultato non solo di tutelare interessi non meritevoli di protezione, ma anche di ledere interessi costituzionalmente protetti. La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di utilizzare il bene costituzionale dell'efficienza del processo quale parametro per censurare la razionalità di norme processuali che consentivano il perseguimento di intenti dilatori (sentenze n. 353 del 1996 e n. 10 del 1997). La lealtà non implica collaborazione con l'autorità giudiziaria per il raggiungimento di uno scopo comune, ma certamente comporta che anche l'attività della difesa debba convergere verso la finalità di un processo di ragionevole durata, poiché si tratta di un risultato il cui perseguimento deve essere a carico di tutti i soggetti processuali, una volta rispettate le insopprimibili garanzie difensive, le quali perdono il loro connotato di garanzie se sono interpretate in modo distorto rispetto alla loro essenza>>.*

⁴¹ Corte EDU, Grande Camera, 18/10/2006, Hermi contro Italia, nonché 28/02/2008, Demebukov contro Bulgaria: i casi riguardavano i rapporti tra l'imputato ed il suo difensore, ma, a maggior ragione, deve ritenersi applicabile analogo principio per quanto riguarda il rapporto tra difensori.

In virtù dei rilievi che precedono, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<nell'udienza camerale di appello il termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato è quello della deliberazione della sentenza nel grado, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente citati>>.*

Cap. 6

Le misure precautelari e cautelari

1. Le misure precautelari. La rilevanza della recidiva reiterata ai fini della determinazione della pena stabilita per l'arresto facoltativo in flagranza.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se, nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, e più in generale per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, debba tenersi conto o meno della recidiva reiterata contestata>>.

L'ordinanza di rimessione⁴², nell'enucleare la questione controversa, aveva evidenziato che, nella specie, la sanzione per il delitto tentato ascritto all'indagato raggiungeva la soglia che legittima l'intervento precautelare soltanto se nel calcolo si teneva conto della recidiva reiterata, che – a norma dell'art. 99, comma 4, cod. pen. (come novellato dalla legge n. 251 del 2005) – comporta un aumento della metà della pena edittale.

Un orientamento era favorevole al riconoscimento, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, della rilevanza della recidiva reiterata specifica infraquinquennale⁴³; **altre decisioni**⁴⁴ richiamavano l'art. 278 cod. proc. pen., evidenziando l'esclusione della recidiva nella determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, ma non affrontando la questione in esame, né facendo ad essa implicito riferimento.

Con sentenza del **24 febbraio – 5 maggio 2011, n. 17386, Naccarato**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249482

Ai fini della verifica dei limiti edittali stabiliti per l'arresto in flagranza, e,

⁴² Sez. 3, n. 37198/10 del 2 luglio 2010, dep. 19 ottobre 2010.

⁴³ Sez. 2, n. 29142 del 10.7.2008, dep. 14/7/2008, Major, n.m.

⁴⁴ Ad esempio, Sez. 6, n. 21546 del 15/04/2009, dep. 22/05/2009, Passaretti n.m.; Sez. 1, n. 1065/06 del 10/11/2005, dep. 12/01/2006, Vesco, n.m.

più in generale, della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, non si deve tener conto della recidiva reiterata.

Le Sezioni Unite hanno premesso che *<<ai fini della soluzione della specifica questione in oggetto, e per quanto di seguito si avrà modo di chiarire ulteriormente, la natura giuridica della recidiva reiterata risulta irrilevante>>*; si è, peraltro precisato, per completezza argomentativa, che la recidiva, nelle ipotesi in cui comporta un aumento della pena superiore ad un terzo, determina certamente gli effetti propri di una circostanza aggravante ad effetto speciale⁴⁵: *<<il che non è assolutamente incompatibile con la natura di "circostanza inerente alla persona del colpevole" che il legislatore (art. 70 c.p.) ha espressamente attribuito alla recidiva (in genere)>>*.

Per quanto riguarda la questione controversa, si è ritenuto che essa potesse essere risolta valorizzando la lettera delle norme di riferimento, ovvero gli artt. 278 c.p.p. (che indica i criteri per la "determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari") e 379 c.p.p. (che richiama espressamente lo stesso art. 278 c.p.p., ai fini della determinazione della pena agli effetti delle disposizioni del Titolo Sesto del codice di rito, in cui sono contenute le disposizioni che disciplinano l'arresto in flagranza ed il fermo): *<<il dato testuale della formulazione dell'art. 278 c.p.p., non lascia spazio a dubbi di sorta laddove è previsto che "ai fini dell'applicazione delle misure .., non si tiene conto della recidiva", mentre occorre tener conto "delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale". Nella norma in esame risultano dunque specificamente indicate sia la recidiva che le circostanze ad effetto speciale, con valenza opposta ai fini del calcolo della pena agli effetti dell'applicazione delle misure: di tal che, qualsiasi interpretazione finalizzata a far rientrare - agli effetti specifici dell'art. 278 c.p.p. - la recidiva reiterata nella categoria delle circostanze ad effetto speciale, risulta irrimediabilmente inficiata dall'inequivocabile dato letterale>>*.

Inoltre, rilevato che il secondo periodo dell'art. 278 c.p.p. consta a sua volta di due parti, la prima - di carattere generale - applicabile alla recidiva, la seconda - speciale, e che inizia dalle parole "fatta eccezione" - riguardante solo alcune circostanze tra le quali rientrano anche quelle ad effetto speciale, si è osservato che *<<è ragionevole ritenere che se il legislatore, nel formulare l'art. 278 c.p.p., avesse voluto attribuire rilievo alla recidiva, allorché essa comporta un aumento di pena superiore ad un terzo (così considerandola quale aggravante ad effetto speciale anche ai fini specifici dell'art. 278 c.p.p.), non vi sarebbe stata alcuna necessità di un espresso riferimento alla stessa nella prima parte (del secondo periodo) della disposizione, posto che la norma speciale (seconda parte del secondo periodo) include nel computo della pena le*

⁴⁵ Cfr. Sez. U., sentenza n. 20798 del 2011, resa in pari data, Rv. 249664, per la quale cfr. *amplius* cap. 2, § 1.

aggravanti ad effetto speciale. A ciò aggiungasi che, costituendo la seconda parte (del secondo periodo) della disposizione una regola speciale che fa eccezione alla regola generale di cui alla prima parte, la stessa, ai sensi dell'art. 14 preleggi - e come osservato anche nell'ordinanza di rimessione - non può essere applicata oltre i casi in essa considerati: ulteriore ragione per escludere un'interpretazione estensiva>>.

Se ne è desunto che <<il riferimento alle circostanze ad effetto speciale, contenuto nella seconda parte del secondo periodo dell'art. 278 c.p.p., deve essere interpretato restrittivamente, nel senso che esso riguarda le circostanze diverse dalla recidiva, che è espressamente disciplinata solo dalla parte generale>>.

Nè può ritenersi che il significato e la portata dell'art. 278 c.p.p. siano stati implicitamente modificati dalla nuova disciplina sulla recidiva introdotta dalla L. n. 251 del 2005: <<ed invero, appare del tutto condivisibile quanto in proposito argomentato nell'ordinanza di rimessione, laddove è stato evidenziato che le innovazioni introdotte con tale novella non offrono alcun aggancio per ritenere che la modifica dell'art. 99 c.p.p., abbia determinato anche una significativa e sostanziale modifica dell'art. 278 c.p.p.>>; e, d'altro canto, anche la natura facoltativa della recidiva reiterata induce ad escludere che della stessa debba tenersi conto nel computo della pena edittale ai fini dell'arresto in flagranza e, più in generale, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, <<essendo consentito al giudice di negare la rilevanza aggravatrice della recidiva reiterata ed escludere la circostanza, non irrogando il relativo aumento della sanzione; e, con specifico riferimento all'arresto facoltativo in flagranza - che qui direttamente rileva in relazione al proposto ricorso - mette conto evidenziare che riconoscere valenza alla recidiva reiterata, ai fini del computo della pena edittale, comporterebbe, contro ogni logica giuridica per tutto quanto sopra argomentato (oltre che contro il buon senso), l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di reputare sussistente un'aggravante che - tenuto conto della natura facoltativa della stessa, nei termini dianzi precisati - il giudice potrebbe poi addirittura escludere (aggravante che peraltro implica una conoscenza dei precedenti penali del reo che di norma non si ha al momento della flagranza del reato)>>.

Si è, infine, evidenziato che la soluzione prescelta non trova ostacolo nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui ai fini della prescrizione si dovrebbe tener conto della recidiva reiterata in quanto circostanza aggravante ad effetto speciale: <<ed invero, è sufficiente sottolineare che, a differenza dell'art. 278 c.p.p., l'art. 157 c.p.p., non menziona nominativamente la recidiva nell'ambito delle circostanze di cui si debba o meno tener conto (ai fini della individuazione della pena stabilita dalla legge per determinare il tempo necessario a prescrivere), limitandosi ad attribuire invece rilievo alle aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale"; di tal che, ai fini della prescrizione, alla recidiva - nei casi in cui la stessa comporta un aumento di pena superiore ad un

terzo - sono stati dalla giurisprudenza riconosciuti gli effetti propri di ogni circostanza ad effetto speciale (come del resto si ricava implicitamente dall'art. 161 c.p., comma 2)⁴⁶>>.

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: <<nel computo della pena edittale, ai fini della verifica della facoltatività dell'arresto in flagranza, e più in generale per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, non si deve tener conto della recidiva reiterata>>.

2. Le misure cautelari personali. Scelta delle misure e modifiche sopravvenute *in peius*.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la misura cautelare applicata prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia carceraria, possa subire modifiche per effetto del nuovo e più sfavorevole trattamento normativo>>.

La tematica della successione di leggi processuali nel tempo (con applicazioni proprio in tema di misure cautelari) era stata esaminata da una non recente, ma tuttora attuale, decisione della **Corte costituzionale (sentenza 14 gennaio 1982, n. 15**, che aveva ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 10 ed 11 del decreto legge 15 dicembre 1979 n. 625, convertito con modificazioni nella legge 6 febbraio 1980 n. 15), a parere della quale <<l'applicabilità della norma che dispone il prolungamento della custodia preventiva ai procedimenti penali in corso non contrasta con l'art. 25, secondo comma, della Costituzione perché: a) i lavori preparatori della Costituzione non offrono argomento a favore della tesi che l'irretroattività della legge penale debba estendersi alle norme processuali e

⁴⁶ Peraltro, il criterio della valutabilità in concreto della recidiva "non obbligatoria", con specifico riferimento alla prescrizione, è stato espressamente valorizzato da Sez. 6, n. 43771 del 07/10/2010, dep. 11/12/2010, Karmaoui, Rv. 248714, per la quale, "in tema di prescrizione del reato, quando il giudice abbia escluso la circostanza aggravante facoltativa della recidiva qualificata (art. 99, comma quarto, cod. pen.), non ritenendola in concreto espressione di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale dell'imputato, la predetta circostanza deve ritenersi ininfluente anche ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato"; nella circostanza è stato condivisibilmente osservato che non vi sarebbe alcuna ragione per non applicare le conclusioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 35738 del 2010, Calibé, Rv. 247838 - 41 "anche al calcolo del tempo necessario alla maturazione della prescrizione (art. 157, comma secondo, e art. 161 c.p., comma 2) che, a ben vedere, costituisce anch'esso un effetto commisurativo della pena".

l'interpretazione della giurisprudenza e` concorde in tal senso; b) nessun argomento a favore dell'irretroattività delle norme processuali puo` trarsi dal confronto tra l'art. 1 del codice penale e l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, i quali assumono lo stesso significato; c) e` arbitrario ritenere che l'adozione di una apposita disposizione per disporre la retroattività sia il sintomo della convinzione del legislatore che la norma sulla carcerazione preventiva non avrebbe carattere processuale; d) il riconoscimento che l'art. 25, secondo comma, Cost. stabilisce una garanzia per l'imputato e appaga l'esigenza di certezza non giustifica la deduzione che nel campo penale devono ritenersi retroattive non solo le norme sostanziali ma anche quelle processuali; e) che la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale <<la carcerazione preventiva ben puo` legittimamente essere disposta in vista di esigenze di carattere cautelare e strettamente inerenti il processo>> induce a non accogliere la concezione della custodia cautelare come istituto di diritto sostanziale>>.

Questo orientamento è stato più volte richiamato, in relazione alla odierna questione controversa, dalle decisioni che, nell'ambito dell'orientamento assolutamente dominante, hanno ritenuto che la novella introdotta con decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 febbraio 2009, n. 38 (il cui art. 2, comma 1, ha ampliato il novero dei reati per i quali, in presenza di esigenze cautelari, è normativamente presunta l'adeguatezza della sola misura della custodia in carcere), trovi applicazione anche con riguardo alle misure cautelari già in corso di applicazione per reati anteriormente commessi⁴⁷.

Le **Sezioni Unite della Corte di cassazione** sono state chiamate in più occasioni ad esaminare il problema della successione di norme processuali nel tempo, ritenendo di massima legittima (non *sic et simpliciter* la retroattività della norma processuale sopravvenuta sfavorevole, bensì) la efficacia della norma sopravvenuta sfavorevole con riguardo alle situazioni già in corso, ma non ancora esaurite, nell'ambito di procedimenti aventi ad oggetto reati anteriormente commessi.

In particolare, la sentenza **n. 20 del 01/10/1991, dep. 28/10/1991, Alleruzzo ed altri, Rv. 188525**, ritenne che <<la protrazione dei termini di durata massima della custodia cautelare prevista in un provvedimento legislativo modificativo delle norme precedentemente vigenti puo` trovare applicazione nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del provvedimento stesso solo se a tale data lo stato di

⁴⁷ Sez. 1, n. 26493 del 09/06/2009, dep. 25/06/2009, Leone, in motivazione; Sez. 3, n. 30786 del 02/07/2009, dep. 23/07/2009, P.M. in proc. V.; Sez. 3, n. 15378 del 03/03/2010, dep. 22/04/2010, Valentino, Rv. 246605 – 6, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 2, comma primo, lett. a bis) del D.L. n. 11 del 2009, conv. dalla n. 38 del 2009, sollevata sul presupposto del contrasto, in punto di applicabilità alle misure già in atto, con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con conseguente violazione dell'art. 117 Cost., per il rilievo che il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli di cui alla predetta Convenzione riguarderebbe unicamente la pena e non anche le misure cautelari.

detenzione sia legittimamente in atto, cioè se i termini siano ancora pendenti, mentre non può dar luogo al mantenimento, o al ripristino, della custodia nei confronti di chi abbia già maturato il diritto alla scarcerazione secondo la normativa anteriore, anche se, per un eventuale errore del giudice, non sia stato ancora liberato>>.

Successivamente il problema fu esaminato dalla sentenza **n. 8 del 27/03/1992, dep. 18/04/1991, Di Marco, Rv. 190246**, inerente ad una situazione del tutto analoga a quella oggetto dell'odierna controversia, e così massimata: *<<la modifica dell'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., operata dall'art. 1 del decreto legge 9 settembre 1991 n. 292, in seguito alla quale, per taluni piu' gravi delitti ove sussistano gravi indizi di colpevolezza, e' disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non si ravvisano esigenze cautelari, trova applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che siano ancora pendenti, per le quali cioe' non siano ancora scaduti i termini di fase, o quelli massimi. (Nella fattispecie la Corte Suprema di Cassazione ha ritenuto legittimo il provvedimento della Corte di Assise di Palermo che aveva disposto il ripristino della custodia cautelare in carcere, per effetto dell'entrata in vigore del D.L. 9 settembre 1991 n. 292, a carico di un imputato che in precedenza era stato posto agli arresti domiciliari)>>.* Trattasi di argomentazioni che l'orientamento dominante ha ritenuto riproponibili con riguardo alla situazione in esame, nella quale proprio nella presunzione legislativa in tema di adeguatezza della misura da applicarsi nei confronti dell'indagato del reato ex art. 74, d.P.R. n. 309 del 1990 / 575 cod. pen., deve ravvisarsi la causa di illegittimità della misura in atto, devoluta dal legislatore, a mente dell'art. 299 c.p.p., alla valutazione del giudice che procede in riferimento alla situazione cautelare che possa dirsi pendente.

In seguito, le **Sezioni Unite** (sentenza **n. 19 del 25/10/1994, dep. 12/12/1994, De Lorenzo, Rv. 199392**) avevano nuovamente evidenziato che, *<<allorche' la misura cautelare della custodia in carcere sia stata sostituita con gli arresti domiciliari in forza di norma di legge sopravvenuta, al ripristino di essa, seguito alla caducazione di tale norma, non si applica il disposto dell'art. 299 comma quarto cod. proc. pen., che impone al giudice di indicare le sopravvenute circostanze giustificatrici della sostituzione della meno gravosa misura degli arresti domiciliari con quella piu' gravosa della custodia in carcere>>.*

Infine, la sentenza **n. 3 del 28/1/1998, dep. 08/04/1998, Budini ed altri, Rv. 210258⁴⁸**, aveva incidentalmente affermato in motivazione che *<<(...) è assai agevole osservare che il richiamo alla regola tempus regit actum è, nel caso in esame, del tutto inconferente. Tale regola, invero, ha valore solo procedurale, mentre all'interrogatorio*

⁴⁸ Conformi, Sez. un. 28 gennaio 1998 n. 4, Sassosi, e Sez. un. 28 gennaio 1998 n. 5, Bonanno, non massimate

di garanzia sono legati interessi di natura prettamente sostanziale, e, primo fra tutti, quello alla libertà del cittadino>>.

I principi espressi dalle sentenze Alleruzzo e Di Marco erano stati in più occasioni ribaditi dalla successiva giurisprudenza delle sezioni⁴⁹; in senso nettamente difforme rispetto all'orientamento che appariva ormai consolidato a seguito della sentenza Di Marco, **Sez. 6, n. 595 del 19/02/1998, dep. 09/06/1998, Russo, Rv. 211083** aveva sostenuto che *<<le norme che disciplinano l'applicazione di misure cautelari hanno carattere processuale, ma, per la loro influenza immediata sullo status libertatis, hanno rilevanza sostanziale, con la conseguenza che, in tale materia, si applicano le norme sulla successione di leggi nel tempo proprie delle disposizioni sostanziali. Pertanto, in caso di norme piu' favorevoli introdotte con decreto legge non convertito, si applicano le disposizioni vigenti nel momento della commissione del fatto, per effetto dell'art. 77, comma terzo, cost. e della sentenza della Corte costituzionale 19 febbraio 1995, n. 51, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, comma quinto, c.p., nella parte in cui rende applicabili, nel caso di decreto legge non convertito, le disposizioni dei commi secondo e terzo dello stesso articolo (I principi anzidetti sono stati affermati in una fattispecie relativa all'art. 2 del decreto legge 14 luglio 1994, n. 440, non convertito, che aveva introdotto il comma 3 bis nell'art. 275 c.p.p., con il quale si era inibita l'adozione di provvedimenti di custodia cautelare per delitti diversi da quelli indicati nel comma 3 dello stesso articolo e dell'art. 380 c.p.p.: la Corte ha conseguentemente valutato corretta la soluzione dei giudici di merito che non avevano ritenuto caducati gli effetti di una misura cautelare per effetto della entrata in vigore del decreto-legge citato)>>.*

Sempre sul presupposto della non assoggettabilità delle modifiche *in peius* della disciplina della custodia cautelare al principio di irretroattività, in considerazione della natura processuale e non sostanziale, **Sez. 1, n. 18396 del 28/03/2008, dep. 07/05/2008, Abbruzzese, Rv. 240185**, aveva più recentemente sostenuto che *<<la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere rispetto ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis cod. pen. ha natura processuale, sicche' trova applicazione anche per la misura cautelare adottata in relazione a fatti anteriori all'introduzione di detto reato>>.* Da ultimo, **Sez. 6, n. 30417 del 16/06/2010, dep. 30/07/2010, A.O., Rv. 240023**, aveva ribadito i principi espressi dalla sentenza Alleruzzo.

La **dottrina**, nella vigenza del codice di rito del 1930, era in prevalenza orientata, sulla scia dell'art. 68 disp. att., nel senso che, con riguardo alle restrizioni della libertà

⁴⁹ Cfr., ad es., Sez. 6, n. 1505 del 05/05/1992, dep. 11/07/1992, Pecoraro ed altri, Rv. 191258; Sez. 6, n. 1860 del 26/05/1992, dep. 11/07/1992, D'Errico, Rv. 191264; Sez. 1, n. 127 del 12/01/1994, dep. 17/02/1994, Montani, Rv. 196532; Sez. 1, n. 1219 del 26/02/1998, dep. 04/04/1998, Tornese ed altro, Rv. 210248.

personale dell'imputato, ragioni di convenienza ed equità suggerissero di regolare la materia della successione di leggi processuali nel tempo secondo la normativa sostanziale⁵⁰: questo orientamento fu, peraltro, sconfessato dalla in precedenza citata giurisprudenza costituzionale. La sentenza Di Marco era stata generalmente condivisa, pur se talora erano emerse perplessità in ordine alla praticabilità del ricorso al meccanismo di cui all'art. 299, comma primo, cod. proc. pen.

Come anticipato, in ordine alla questione controversa, l'orientamento assolutamente dominante riteneva, nel solco dell'orientamento già accolto dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 8 del 1992, che la novella trovasse applicazione anche con riguardo alle misure cautelari già in corso di applicazione per reati anteriormente commessi.

La prima decisione in tal senso era stata **Sez. 3, n. 23691 del 20/05/2009, dep. dep. 11/06/2009, Kaddouri, Rv. 244080**; nel medesimo senso, si erano successivamente orientate, tra le altre:

- **Sez. 3, n. 30786 del 02/07/2009, dep. 23/07/2009, P.M. in proc. V., Rv. 244573**: in motivazione, il collegio aveva, tra l'altro, osservato che *<<l'art. 11 preleggi, secondo cui le leggi non hanno effetto retroattivo, non incide sulla questione, in quanto la modifica del tipo di custodia implica la sua applicazione ex nunc, non potendosi naturalmente trasformare ex tunc la custodia domiciliare in quella carceraria; nessun contrasto sussiste con l'art. 299 c.p.p., comma 4, che prevede la sostituzione della misura con una maggiore allorquando le esigenze cautelari risultino aggravate, in quanto nella specie l'aggravamento è previsto dalla legge per la natura del reato in sè e non per le trasgressioni di cui all'art. 276 c.p.p. o per mutate situazioni di fatto; la tesi secondo cui la modifica inciderebbe sui criteri di valutazione dell'adeguatezza della misura e non sulle esigenze cautelari appare del tutto infondata sia perché l'innovazione ha inteso rafforzare dette esigenze, sia perché nello stabilire l'adeguatezza della misura occorre ad esse fare riferimento, come eccepito dal P.M.; il non avere esplicitamente disposto il legislatore l'applicabilità della modifica alle misure cautelari in atto non comporta una lacuna del provvedimento normativo avente effetto negativo, apparendo conforme ai principi di diritto interpretare il punto controverso nel senso sopra specificato: laddove, per ritenere il contrario, sarebbe stata necessaria una disposizione transitoria escludente l'aggravamento per le misure in corso>>*;

- **Sez. 3, n. 41107 del 29/09/2009, dep. 26/10/2009, G., Rv. 244956**: in motivazione, il collegio aveva richiamato la precedente giurisprudenza delle Sezioni Unite, e la giurisprudenza comunitaria, ricordando che *<<le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che si sono espresse sul principio di non retroattività della*

⁵⁰ Per tutti, M. LEONE, Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale, Giust. pen. 1982, II, 257 ss., all. 28.

norma di sfavore lo abbiano sempre fatto con riferimento alla "pena", e cioè affermato l'esistenza di un divieto di applicare con la condanna un trattamento sanzionatorio più grave di quello previsto al momento della commissione del reato contestato. Tale è anche il contenuto della decisione assunta dalla Grande Chambre il 17 Settembre 2009 nel caso Scoppola c/ Italia (ricorso n. 10249/03), ove era in discussione la modifica della disciplina del regime di ergastolo conseguente all'applicazione del nuovo regime dell'art. 442 c.p.p., comma 2, ultimo periodo come introdotto dal D.L. n. 341 del 2000. Pur avendo ad oggetto una disposizione contenuta nel codice di rito, la decisione non ne esamina i possibili effetti endoprocedurali, ma riflessi diretti che essa ha sul contenuto della "pena" quale consegue alla decisione di condanna giunta al termine di rito abbreviato. Ciò è tanto vero che la decisione, con cui la Corte ha ritenuto sussistere la violazione dei diritti dell'imputato, opera un esplicito riferimento alle previsioni dell'art. 7 (nulla poena sine lege) e dell'art. 6 (giusto processo) della Convenzione Europea, mentre non ritiene che vengano in considerazione i principi fissati dall'art. 5 con riferimento alle misure cautelari>>;

- Sez. 5, n. 35677 del 15/07/2010, dep. 04/10/2010, Dammacco, Rv. 248879: *in motivazione, dopo avere adesivamente ripreso l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite con la sentenza Di Marco, il collegio aveva espressamente confutato l'orientamento minoritario nelle more emerso, osservando che esso <<è incentrat[o] sul tema della intangibilità, res sic stantibus, del giudizio sulla gravità delle esigenze cautelari ma non affronta quello, invece ritenuto dirimente nella citata sentenza delle Sezioni Unite, della sopravvenuta illegittimità della misura cautelare in atto, misura infatti diversa da quella individuata come unica congrua dal legislatore: e sempre che, ovviamente, non risulti la sopravvenuta insussistenza delle medesime esigenze cautelari>>.*

La più recente riaffermazione dell'orientamento senz'altro dominante si doveva a **Sez. 6, n. 41717 del 04/11/2010, dep. 25/11/2010, Cucumazzo, Rv. 248807, così massimata:** *<<è legittimo il provvedimento di ripristino della custodia cautelare in carcere adottato, nei confronti dell'indagato per il delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, in forza della sopravvenuta estensione anche a tale reato, per novella codicistica, della presunzione di inadeguatezza delle altre misure cautelari>>.* Dato atto dell'esistenza, nell'ambito della stessa sesta sezione, di un orientamento contrario, pur minoritario, la decisione aderiva a quello dominante, evidenziando che *<<in realtà, il successivo orientamento del Supremo collegio (...) si è allineato nel senso di ritenere legittimo il provvedimento con cui si confermi - nei confronti dell'imputato del reato di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74, già sottoposto a custodia cautelare in carcere successivamente sostituita con gli arresti domiciliari - il ripristino della più grave misura carceraria in virtù della sopravvenienza della modifica normativa dell'art. 275 c.p.p., comma 3 - introdotta con il D.L. n. 11 del 2009, art. 2,*

comma 1, lett. a-bis, convertito con modificazioni in L. n. 38 del 2009 - la quale estende la presunzione di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere per i reati ivi indicati, tra i quali è compreso quello di cui al predetto D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74. Detta modifica normativa, infine, trattandosi di materia processuale e in assenza di diversa disposizione transitoria, va applicata anche con riguardo ai procedimenti in corso, sulla base del principio tempus regit actum. In conclusione: l'obbligo di applicare la misura cautelare della custodia in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza, salva l'acquisizione di elementi dai quali risulti l'insussistenza di esigenze cautelari, introdotto in riferimento ad alcuni reati dal D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, art. 2, comma 1, lett. a), si applica, trattandosi di disposizione di natura processuale, anche nei procedimenti relativi ai reati commessi prima dell'entrata in vigore del summenzionato decreto, con la conseguenza che il giudice, se in tal senso richiesto dal pubblico ministero, è tenuto a sostituire in tali ipotesi la misura cautelare meno grave eventualmente adottata in precedenza con quella carceraria>>⁵¹.

Quanto al **meccanismo processuale utilizzabile per disporre la sostituzione in peius**, nell'ambito dell'orientamento maggioritario, pur essendo costante il riferimento alla sentenza Di Marco, non si dubitava, peraltro, che la sostituzione *in peius* postulasse una richiesta *ad hoc* del P.M., e non potesse essere disposta d'ufficio dal giudice⁵².

La prima voce dissonante rispetto all'orientamento dominante è costituita da **Sez. 6, n. 31778 del 08/07/2009, dep. 31/07/2009, Torelli, Rv. 244264**, così massimata: *<<la modifica dell'estensione della presunzione legale di inadeguatezza di misure cautelari diverse da quella carceraria introdotta dal D.L. n. 11 del 2009 (convertito con modificazioni dalla L. n. 38 del 2009) è previsione di carattere processuale, che, in quanto tale, si applica ai soggetti i quali abbiano commesso uno dei delitti indicati dalla novella anche in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, ma soltanto con riguardo alle misure cautelari che in riferimento agli stessi reati devono*

⁵¹ All'orientamento avevano aderito anche, tra le altre: Sez. 1, n. 26493 del 09/06/2009, dep. 25/06/2009, Leone, Rv. 244040; Sez. 1, n. 40009 del 22/09/2009, dep. 14/10/2009, Mastrullo, Rv. 245324; Sez. 6, n. 45008 del 22/09/2009, dep. 24/11/2009, Matuozzo, Rv. 245286; Sez. 3, n. 40478 del 30/09/2009, dep. 19/10/2009, B., Rv. 244926; Sez. 1, n. 44180 del 30/09/2009, dep. 18/11/2009, Bartolomeo, Rv. 245673; Sez. 1, n. 41378 del 14/10/2009, dep. 28/10/2009, Casciello, Rv. 245070; Sez. 3, n. 48162 del 18/11/2009, dep. 17/12/2009, Djebrouni, non massimata sul punto; Sez. 3, n. 1994 del 16/12/2009, dep. 18/01/2010, Verderame, non massimata sul punto; Sez. 1, n. 8210 del 17/12/2009, dep. 02/03/2010, Zappalà, non massimata sul punto; Sez. 5, n. 18090 del 16/03/2010, dep. 12/05/2010, Mondini, Rv. 247143; Sez. 5, n. 18093 del 24/03/2010, dep. 12/05/2010, Raggi, Rv. 246957.

⁵² In tal senso, cfr. Sez. 1, n. 26493 del 09/06/2009, dep. 25/06/2009, Leone, Rv. 244040; Sez. 3, n. 48162 del 18/11/2009, dep. 17/12/2009, Djebrouni, Rv. 245412; Sez. 1, n. 8210 del 17/12/2009, dep. 02/03/2010, Zappalà, Rv. 246619; Sez. 5, n. 18093 del 24/03/2010, dep. 12/05/2010, Raggi, Rv. 246957; Sez. 6, n. 41717 del 04/11/2010, dep. 25/11/2010, Cucumazzo, in motivazione.

*ancora essere adottate e non anche a quelle già applicate prima della stessa data, le quali, dunque, non devono subire alcuna trasformazione in ragione della novità legislativa>>. In motivazione, la decisione – che non si confrontava in alcun modo con l’orientamento contrario, non evocato, né con l’autorevole, pur se non recente, pronuncia delle Sezioni Unite, neanche citata – osservava che l’applicazione retroattiva della novella riguardava pacificamente le misure che dovevano essere adottate per la prima volta per reati anteriormente commessi, in forza del principio *tempus regit actum*, ma non anche le misure meno afflittive della custodia in carcere già in corso di applicazione: <<la norma, pur essendo applicabile a soggetti che abbiano commesso uno dei delitti indicati nel nuovo inciso, in epoca anteriore alla introduzione dello stesso, non può che gravare sulle future misure cautelari da adottare, ma non anche per quelle già applicate, perché ciò comporterebbe un’inammissibile regressione nella fase procedimentale cautelare, oltre che una lesione dei diritti del cittadino, di indubbia valenza costituzionale. Invero, l’indagato, sottoposto ad un trattamento cautelare meno affittivo della massima misura, consolidatosi, per sua stessa acquiescenza o per decisione del giudice della cautela, ma comunque vagliato quanto ai presupposti (indiziari e cautelari) si troverebbe, con una sorta di automatismo regressivo, posto in una situazione deteriore, comunque basata sugli stessi presupposti di cui all’art. 275 c.p.p., valutati in precedenza in sede di emissione della misura meno affittiva; essi cioè, seguendo il postulato dell’automatismo, varrebbero a determinare l’aggravamento, senza bisogno di una concreta ed attuale verifica, in una sorta di meccanismo “ora per allora” determinato dalla estensione della presunzione di pericolosità ad opera della nuova disposizione. Una siffatta soluzione interpretativa però impingerebbe nell’anzidetto richiamato principio del giudicato cautelare, che pur se strumentale alla continuazione del processo, in quanto trova la propria ragione d’essere esclusivamente in un principio elementare di economia processuale, copre tutte le questioni che sono state effettivamente decise (...) al fine di evitare defatiganti ripetizioni [di] procedimenti incidentali con lo stesso contenuto, fra le quali rientra appunto anche la già compiuta valutazione dell’affievolimento delle ragioni cautelari>>⁵³.*

L’**ordinanza di rimessione** mostrava di aderire all’orientamento minoritario; peraltro, le perplessità del collegio rimettente si incentravano non sulla legittimità o meno dell’applicazione retroattiva di una disposizione processuale sopravvenuta sfavorevole, né tantomeno sulla natura processuale o sostanziale delle disposizioni sopravvenute *de quibus*, bensì, in dettaglio, unicamente sull’assenza di un meccanismo

⁵³ Nel medesimo senso si era successivamente pronunciata Sez. 6, n. 45012 del 06/10/2009, dep. 24711/2009, Di Blasi, Rv. 245474: peraltro, quest’ultimo precedente poteva ritenersi superato da una successiva pronuncia della stessa sesta sezione, n. 41717/2010 cit., con motivazione redatta dallo stesso estensore della sentenza Di Blasi.

processuale atto a legittimare nella specie la sostituzione della misura meno afflittiva già in corso di applicazione con quella più afflittiva necessitata dalla normativa sopravvenuta (le Sezioni Unite avevano suggerito il ricorso all'art. 299, comma primo, cod. proc. pen.), così argomentata: <<A) Lo stesso articolo 299 c.p.p., nella ipotesi data, ai rispettivi commi 2 e 4 non prevede la possibilità di una "revoca" bensì quella, processualmente tutta diversa, della "sostituzione". B) La revoca di cui al primo comma dell'art. 299 c.p.p. è prevista in via generale come una revoca in melius e non in peius. C) Il mutamento legislativo rientra molto a fatica nella nozione giuridica di "fatto sopravvenuto" ed una novella normativa non appare neppure idonea a determinare l'aggravamento di esigenze cautelari le quali, soltanto, possono condurre alla sostituzione di una misura meno grave con altra più severa. Di qui la conclusione che l'oggettiva, mancata previsione nel nostro sistema processuale (in particolare nell'ambito dell'art. 299 c.p.p.) di uno strumento adatto a tal fine, esclude la possibilità di applicare alle misure ancora in corso per i reati introdotti nella nuova tipizzazione dell'art. 275 co. 3 c.p.p., il regime di presunzione in precedenza non praticabile>>.

La **dottrina** aveva tendenzialmente condiviso le perplessità riguardanti la possibilità di impiego del meccanismo processuale indicato dalle Sezioni Unite Di Marco, evidenziando che esso <<appariva, invero, piuttosto anomalo, se non addirittura elusivo del dato normativo (...) ove si consideri che, laddove si tratti di applicare una nuova misura a modifica di altra precedente, più grave o meno grave, lo strumento fisiologicamente indicato dallo stesso art. 299 c.p.p., nei rispettivi commi 2 e 4, è unicamente la "sostituzione" di misura, essendo invece la revoca relativa ai soli provvedimenti destinati ad obliterare del tutto il regime limitativo proprio della misura restituendo il soggetto interessato al pieno godimento di tutti i suoi diritti. Al contrario, revocare la misura originaria unicamente in vista della successiva applicazione di altra più grave, non poteva non comportare una evidente "distorsione" della finalità dell'istituto, fisiologicamente concepito dal legislatore a vantaggio e non in danno dell'indagato>>. Si riteneva, pertanto, l'impossibilità di procedere <<alla sostituzione della misura più lieve in atto con quella più grave imposta dalla novella giacché, da un lato, il comma 2 dell'art. 299 impone, in evidente favore dell'indagato, la sostituzione nel caso in cui le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata e, dall'altro, il comma 4 dello stesso articolo, in una logica esattamente opposta, contempla la sostituzione della misura con altra più grave ove "le esigenze cautelari risultano aggravate" e non anche, quando, immutate le esigenze cautelari, cambi unicamente, per legge, la corrispondenza ed esse del tipo di misura da adottare>>. In definitiva, <<l'oggettiva non rinvenibilità, all'interno del codice (e in particolare nell'art. 299 c.p.p.) di uno strumento adatto a tal fine escluderebbe la possibilità di applicare,

alle misure ancora in corso per i reati individuati dalla nuova versione dell'art. 275 comma 3 c.p.p., il regime di presunzione in precedenza non praticabile>>.

Si imponeva, inoltre, all'attenzione delle Sezioni Unite anche la valutazione della legittimità costituzionale della novella con riguardo al regime di presunzione introdotto con riguardo, tra gli altri, al reato di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990: la questione assumeva rilevanza ancora maggiore, all'indomani della **sentenza della Corte costituzionale n. 265 del 07/07/2010, dep. 21/07/2010**, che ha dichiarato *l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*

Con sentenza del **31 marzo – 14 luglio 2011, n. 27919, P.G. in proc. Ambrogio**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 250195 – 6

In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale.

In assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione, disposta prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 11 del 2009, convertito, con modd., in l. n. 38 del 2009 (che ha modificato l'art. 275 cod.

proc. pen., ampliando il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia carceraria), non può subire modifiche unicamente per effetto della nuova e più sfavorevole normativa.

Le Sezioni Unite hanno premesso che la questione controversa era pregiudiziale rispetto a quello afferente alla costituzionalità della disciplina: e, proprio in considerazione della prescelta soluzione della questione controversa, quella di costituzionalità è risultata assorbita.

Dopo avere ricostruito i contrapposti orientamenti, il Collegio ha ritenuto che la soluzione del problema prospettata dalla richiamata sentenza delle Sezioni Unite Di Marco, e dalla successiva giurisprudenza che vi ha aderito, dovesse essere riconsiderata, precisando, peraltro, che *<<naturalmente, non è in discussione il canone tempus regit actum utilizzato in quella pronuncia quale prima base per orientare la soluzione del problema. Anzi, la vitalità del principio deve essere ribadita ed ulteriormente esplicitata. L'antica regola costituisce la traduzione condensata dell'art. 11 delle preleggi. Essa enuncia che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo. L'indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale>>.*

Si è, inoltre, osservato che di solito non emergono questioni problematiche quando l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente; i problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando il compimento dell'atto, o lo spatium deliberandi o ancora gli effetti si protraggono, si estendono nel tempo: *<<in taluni casi, e l'ambito cautelare è tra questi, alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche (...). In breve, si pongono problemi diversi l'uno dall'altro, ben presenti nell'esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante. I problemi in questione, sebbene rinvergano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d'azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti. Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall'individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgervi alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale>>.*

Da questo punto di vista, l'approccio al tema in esame cui le Sezioni Unite si sono ispirate differisce da quello assunto dalla pronunzia del 1992, e conduce, come si vedrà, ad un esito opposto.

Dopo aver ricostruito i tratti più essenziali della disciplina processuale delle misure cautelari personali, precisando che l'ordinanza che dispone l'applicazione di una misura cautelare è atto istantaneo, ed è naturalmente destinata a produrre effetti protratti nel tempo (*<<una situazione pendente fino al momento della cessazione, per qualunque causa, della restrizione>>*), ma che in relazione allo status indotto da tale provvedimento, tuttavia, non vi è alcuna fissità (*<<al contrario, si impone una continua verifica circa il permanere delle condizioni che hanno determinato la limitazione della libertà personale e la scelta di una determinata misura cautelare>>*), le Sezioni Unite hanno osservato che *<<l'aggravamento della condizione cautelare in atto deve essere sempre senz'altro ricondotto all'ambito dell'art. 299, comma 4, cod. proc. pen.; con la conseguenza che si richiede, normalmente, un rinnovato, equilibrato apprezzamento del complessivo quadro processuale e quindi delle contingenze che in divenire lo caratterizzano: sempre, dunque, nel segno della concretezza. Non può essere quindi condivisa la ricostruzione che, come si è visto, individua un virtuale momento di revoca della precedente misura, affiancato dalla contestuale adozione della più severa cautela. Si tratta di un approccio che snatura artificiosamente l'istituto della revoca che, come si è visto, definisce inequivocabilmente una situazione in cui la limitazione di libertà deve cessare del tutto. Tale interpretazione, d'altra parte, sottrae una situazione come quella in esame, caratterizzata (al di là di qualunque espediente argomentativo) dalla sostituzione di una misura con altra più grave, alla sua naturale disciplina che, conviene ripeterlo, è quella dell'art. 299, comma 4, cod. proc. pen.; e richiede, normalmente, un concreto apprezzamento in fatto, quello stesso apprezzamento che nel momento genetico aveva consentito di ritenere appropriata, nel procedimento in esame, la misura degli arresti domiciliari>>*.

Quanto al concreto ruolo che va affidato alla nuova normativa, *<<l'applicazione della nuova, più severa disciplina alla custodia già in corso, con la conseguente introduzione della custodia in carcere, travolge l'apprezzamento discrezionale compiuto dal giudice nel momento genetico, sulla base della normativa del tempo, che quell'apprezzamento discrezionale gli richiedeva. Per tale via, se si alza il velo delle finzioni giuridiche, si finisce con l'intaccare retroattivamente lo "statuto" normativo che aveva governato l'atto genetico e ne aveva definitivamente determinato le condizioni di legittimità. Insomma, l'applicazione ope legis della disciplina più severa, e della presunzione che essa comporta, alle situazioni in cui la misura cautelare era già in corso ed era stata adottata alla stregua della disciplina più favorevole, che implicava un apprezzamento discrezionale, comporta l'applicazione retroattiva del novum ad un contesto già definito nelle sue coordinate fattuali e normative. Si tratta di operazione*

che, in mancanza di una disposizione transitoria, non è consentita proprio per la violazione che comporta del principio tempus regit actum: l'architettura del sistema processuale e considerazioni di carattere logico e tecnico conducono univocamente a tale conclusione>>.

Con riguardo alle interferenze tra i principi dell'ordinamento penale e la disciplina del processo, ed in particolare alle possibili interazioni tra la disciplina delle misure cautelari ed i principi che regolano la legalità penale, desunti dall'art. 25 Cost., dall'art. 7 della Convenzione EDU e dagli artt. 1 e 2 cod. pen., per la giurisprudenza costituzionale la pena e la misura cautelare detentiva sono somiglianti quanto alla loro materialità, alla limitazione di libertà ed al carico di sofferenza che comportano, ma diverse quanto agli scopi ed ai presupposti. Queste diversità chiamano in campo principi costituzionali importanti ma distinti. L'argomento è stato sviluppato nella importante sentenza della Corte costituzionale n. 15 del 1982, relativa al tema, connesso ma distinto, delle norme che ridefiniscono i termini di durata della custodia cautelare: *<<si è considerato che l'art. 25, comma secondo, Cost. stabilisce una garanzia per l'imputato, che trova la sua ratio in un'esigenza di certezza. Tuttavia, la "carcerazione preventiva" può essere disposta solo in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare e strettamente inerenti al processo. Ciò ha indotto a non accogliere la tesi della natura di diritto sostantivo dell'istituto della carcerazione preventiva. Secondo detta sentenza, la natura strumentale dell'istituto in parola, oltre che impedire l'assimilazione tra il fatto e lo strumento per accertarne l'esistenza e la conformità al diritto, "consente di cogliere nella sua completa prospettiva la funzione di garanzia della carcerazione preventiva, e del processo in genere, nel senso che non è garanzia solo dell'imputato, ma anche - e prima - dell'attuazione della legge, della ordinata convivenza, della salvezza delle istituzioni"»*. E successivamente, con la sentenza n. 265 del 2010, la Corte costituzionale, proprio in relazione alla novella codicistica *de qua*, ha affermato che, affinché la restrizione della libertà personale nel corso del procedimento sia compatibile con la presunzione di non colpevolezza, è necessario che essa assuma connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità; e ciò ancorché si tratti di misura ad essa corrispondente sul piano del contenuto afflittivo: *<<la custodia cautelare deve soddisfare esigenze proprie del processo, diverse da quelle di anticipazione della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva>>.*

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte EDU ha fortemente valorizzato la centralità dell'art. 7 della Convenzione, che sancisce il principio di legalità dei reati e

delle pene, pronunziandosi da ultimo⁵⁴ sulla controversa costituzionalizzazione del principio di retroattività della *lex mitior* enunciato nell'art. 2 cod. pen., con riguardo alla quale ha affermato che il richiamato art. 7 «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge meno severa. Questo principio si traduce nelle norme secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, osservato che <<*tale principio, enunciato quale riconosciuto frutto di un lento progresso del pensiero giuridico, non diviene, però, per ciò solo, al contempo, un principio dell'ordinamento processuale, tanto meno nell'ambito delle misure cautelari. E' la stessa Corte che si perita di chiarire che resta ragionevole l'applicazione del principio tempus regit actum per quanto riguarda l'ambito processuale, pur dovendosi accuratamente definire di volta in volta se le norme di cui si discute appartengano o meno alla sfera del diritto penale materiale. Dunque, alla luce della giurisprudenza indicata, occorre ritenere che non esistano principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale. La soluzione del problema in esame resta perciò affidata alla ricostruzione del sistema processuale*>>.

In sintesi, <<*l'indirizzo espresso dalla pronuncia Di Marco del 1992, come si è già esposto, faceva leva esclusivamente sul novum normativo e al suo servizio poneva un artificioso, virtuale momento di revoca della precedente ordinanza cautelare. La differente interpretazione qui adottata, invece, parte dalla lettura complessiva della disciplina della restrizione personale, considera come autonomo il momento modificativo disciplinato dall'art. 299, commi 2 e 4, cod. proc. pen., rileva soprattutto che l'automatica applicazione della nuova, più severa disciplina travolge "retroattivamente" l'atto genetico della privazione di libertà e la disciplina legale che in quel tempo ne aveva legittimamente regolato l'adozione, modificando in senso deteriore la situazione preesistente e finendo col pregiudicare proprio il principio tempus regit actum*>>.

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: «*in assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa*».

⁵⁴ Cfr. Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, Scoppola.

2.1. I termini di custodia cautelare nel giudizio abbreviato.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se i termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, non subordinato ad integrazione probatoria e disposto in seguito alla richiesta di giudizio immediato, decorrano dall'emissione del decreto di fissazione dell'udienza in esito alla menzionata richiesta o dal provvedimento con cui, in detta udienza, si disponga di procedere nelle forme del giudizio abbreviato>>.

Nella specie, si trattava di una richiesta di rito abbreviato proposta a seguito dell'emissione del decreto di giudizio immediato.

Una decisione⁵⁵ aveva ritenuto che, una volta emesso il decreto di giudizio immediato, e proposta dall'imputato una tempestiva richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, la fissazione della relativa udienza da parte del giudice non dovesse essere intesa come atto introduttivo del rito, ma costituisse unicamente una decisione positiva sull'ammissibilità di esso (sotto il profilo formale e dell'osservanza dei termini), che non preclude il rigetto dell'istanza, qualora, all'esito dell'udienza, l'integrazione probatoria risulti non necessaria o incompatibile con l'esigenza di semplificazione propria del rito medesimo: il combinato disposto degli artt. 438, commi 2 e 5, e 458 cod. proc. pen. evidenzerebbe che la sequenza procedimentale che porta alla celebrazione del rito abbreviato è costituita da un preliminare controllo di formale ammissibilità dell'istanza, cui segue, in caso di scrutinio positivo, la fissazione dell'udienza, nella quale si valuterà se, alla stregua degli atti già acquisiti, l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con l'esigenza di semplificazione che caratterizza il rito; dall'esito della verifica dipende se il processo prosegue nelle forme del giudizio abbreviato o, previa indicazione della data, di quello immediato. Siffatta disciplina, del resto, è ritenuta pienamente coerente con quella del giudizio abbreviato tipico, nel quale la richiesta e la relativa decisione di accoglimento o rigetto possono intervenire nel corso dell'udienza preliminare fino alla precisazione delle conclusioni. Ne discende che la verifica preliminare compiuta dal G.I.P. in caso di istanza di giudizio abbreviato ex art. 458 cod. proc. pen. riguarda esclusivamente *i requisiti di ammissibilità "della richiesta" (sotto il profilo formale e dell'osservanza dei termini)*, e non già quelli del rito, sui quali - nel solo caso di istanza condizionata - deciderà con provvedimento di accoglimento o "di rigetto" ai sensi del co. 5 dell'art. 438 (cfr. la letterale espressione usata nel comma successivo); ciò in

⁵⁵ Sez. 1, n. 39157 del 3/10/2001 - dep. 03/11/2001, Confl. comp. in proc. D'Amico, Rv. 220119.

coerenza con la natura della valutazione, che si sostanzia in una delibazione degli esiti dell'indagine onde verificare se l'integrazione "risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili".

Altra decisione⁵⁶ aveva ritenuto che il decreto di fissazione dell'udienza, successivo alla richiesta di giudizio abbreviato incondizionato proposta dall'imputato dopo la notificazione del decreto di giudizio immediato, equivale all'ordinanza di disposizione del giudizio abbreviato e segna, pertanto, l'inizio della fase di computo dei termini di durata massima della custodia cautelare: nel caso di richiesta di rito abbreviato non condizionato, formulata successivamente all'emissione del decreto di giudizio immediato, il provvedimento con cui il G.i.p. fissa l'udienza camerale ai sensi dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., non avrebbe carattere interlocutorio, ma sarebbe anzi emesso nel rispetto del principio del contraddittorio; il diritto di interlocuzione del P.M. sarebbe assicurato dalla notifica, a cura dell'imputato (imposta dall'art. 458, comma 1, c.p.p.) dell'istanza di rito abbreviato. Prima di fissare l'udienza camerale, il G.i.p. deve accertare l'ammissibilità della richiesta, operando *"una verifica anticipata" che non consente di attribuire al decreto una mera funzione introduttiva del procedimento camerale e che, nel caso di istanza di giudizio abbreviato non condizionata, esaurisce in sostanza il potere-dovere di controllo del GIP*". Soltanto quando l'istanza di giudizio abbreviato proposta ex art. 458 cod. proc. pen. venga subordinata ad integrazioni probatorie, il decreto di fissazione dell'udienza camerale non può essere considerato atto che introduce il giudizio abbreviato, per la diversità delle condizioni legittimanti, *in questo caso*, l'accesso al rito premiale, sia sotto il profilo della compatibilità delle richieste di integrazione istruttoria con le esigenze di celerità del rito, che per la necessità di assicurare, in questo caso, più ampi margini di interlocuzione al P.M., anche con riferimento al suo potere di proporre prova contraria.

Nell'ordinanza di rimessione, la Prima Sezione, dopo avere rilevato che, a ben vedere, le due sentenze richiamate in precedenza non erano in contraddizione, aveva ritenuto necessario prevenire la concreta possibilità dell'insorgere di un contrasto di giurisprudenza in ordine alla individuazione del *dies a quo* - decreto di fissazione dell'udienza o ordinanza ammissiva del rito - del termine di fase di cui all'art. 303 c.p.p., comma 1, lett. b- bis). In particolare, il Collegio rimettente non condivideva l'indirizzo giurisprudenziale che proponeva uno schema procedurale differente a seconda che la richiesta di rito abbreviato sia o meno condizionata, in base all'assunto che in caso di richiesta non condizionata il momento iniziale di decorrenza del termine di fase sia individuabile nella emissione del decreto di fissazione dell'udienza,

⁵⁶ Sez. 2, n. 12818 del 18/02/2009, dep. 23/03/2009, P.M. in proc. Bianco, Rv. 244049.

dovendosi il giudice limitare alla sola valutazione dei requisiti formali di ammissibilità - rispetto del termine per la richiesta del rito abbreviato di quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato e legittimazione alla richiesta -, mentre in caso di richiesta condizionata ad integrazione probatoria sia da individuare nella emissione dell'ordinanza ammissiva del rito, richiedendosi in tal caso anche una valutazione in ordine alla necessità della integrazione probatoria e della sua compatibilità con le esigenze proprie del rito; il Collegio rimettente non condivideva neanche la tesi secondo la quale la fissazione dell'udienza assorbirebbe, anche in caso di richiesta probatoriamente condizionata, ogni valutazione di ammissibilità del rito, poiché, in realtà, in ogni caso e per ogni tipologia di richiesta, il momento iniziale del termine di fase andrebbe individuato nell'ordinanza ammissiva del rito pronunciata nella udienza fissata con il precedente decreto. Molti elementi militerebbero in favore di questa ricostruzione:

(a) il dato letterale, perché il Legislatore, nell'art. 303, comma 1, lett. b-bis), cod. proc. pen., ha fatto riferimento alla "ordinanza", che costituisce una forma tipica di provvedimento del giudice, ben distinta dal decreto, senza nulla disporre in merito ad una eventuale equiparazione tra il decreto di fissazione dell'udienza e l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato;

(b) il dato sistematico, perché, secondo i principi affermati dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, esisterebbe una sostanziale differenza tra l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato ed il decreto di fissazione dell'udienza a norma dell'art. 458 cod. proc. pen., comma 2, dal momento che il giudice - necessariamente diverso a norma dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. - chiamato ad ammettere il rito con ordinanza ed a celebrare l'udienza non può essere condizionato nella valutazione della sussistenza dei requisiti necessari per il rito abbreviato dalle indicazioni contenute nel decreto;

(c) l'interesse dell'imputato alla non equiparazione tra decreto di fissazione e successiva ordinanza per non vedersi privato della possibilità di precisare in udienza, con il supporto della difesa tecnica, la sua richiesta, trasformandola, eventualmente, da condizionata ad incondizionata.

Con sentenza del **28 aprile - 28 luglio 2011, n. 30200, P.M. in proc. Ohonba**, le Sezioni Unite hanno affermato il principio così massimato:

Massima n. 250348

I termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del

giudizio abbreviato, anche nella ipotesi di rito non subordinato ad integrazione probatoria e disposto a seguito di richiesta di giudizio immediato, decorrono dall'ordinanza con cui si dispone il giudizio abbreviato e non dall'emissione del decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 458, comma secondo, cod. proc. pen.

Premessa una ricostruzione dello schema procedimentale previsto per alcune ipotesi di cd. rito abbreviato atipico, ovvero del giudizio abbreviato, profondamente modificato dalla L. 16 dicembre 1999, n. 479 - c.d. legge Carotti -, che si instaura in conversione da altri riti speciali, e, in particolare, dal giudizio immediato e dal decreto penale di condanna, le Sezioni Unite hanno ritenuto fondato l'indirizzo secondo il quale, ai fini del computo dei termini di decorrenza della custodia cautelare, non è possibile una differenziazione del regime del rito abbreviato, che è disciplinato in modo unitario, a seconda del tipo di richiesta, condizionata o meno ad integrazione probatoria e che, pertanto, il termine di fase del giudizio abbreviato debba avere inizio con la adozione della ordinanza ammissiva del rito: *<< milita a favore di tale soluzione in primo luogo il dato letterale dell'art. 303 c.p.p., comma 1, lett. b-bis), secondo il quale i termini di fase della custodia cautelare per il rito abbreviato decorrono "dalla emissione dell'ordinanza" ammissiva del rito. Il riferimento è, quindi, ad un provvedimento tipico del giudice - art. 125 cod. proc. pen., che è ben distinto dal decreto e che deve essere motivato a pena di nullità. Argomento questo di sicuro rilievo perché (...) la norma in questione è stata introdotta dal D.L. 7 aprile 2000, n. 82, convertito dalla L. 5 giugno 2000, n. 144, testo legislativo che ha apportato modifiche all'art. 458 cod. proc. pen., comma 2 - che disciplina appunto le modalità della instaurazione del giudizio abbreviato cd. "atipico" conseguente alla richiesta del pubblico ministero di giudizio immediato - con riguardo alle conseguenze delle eventuali nuove contestazioni formulate dal pubblico ministero ex art. 441-bis cod. proc. pen. sulla scelta del rito abbreviato ed ha contestualmente modificato l'art. 303 c.p.p., comma 1, lett. a). Ebbene, pur avendone l'opportunità, il legislatore non ha disposto alcunché in merito ad una eventuale equiparazione tra il decreto di fissazione dell'udienza previsto dall'art. 458 c.p.p., comma 2 e l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato>>*. Sarebbe stato, infatti, logico attendersi una tale equiparazione qualora i due provvedimenti - decreto ed ordinanza, previsti entrambi dall'art. 458, comma 2, cod. proc. pen. - avessero rivestito analoga valenza ai fini della decorrenza dei termini custodiali.

Anche l'interpretazione letterale e quella sistematica dell'art. 458 cod. proc. pen. militano a favore della tesi della non equiparazione ai fini in discussione del decreto di fissazione dell'udienza con l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato; in particolare, è stato ritenuto non significativo il fatto che l'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., nel richiamare le disposizioni applicabili "nel giudizio" abbreviato instaurato a seguito di

richiesta di giudizio immediato del pubblico ministero, abbia omesso il riferimento all'art. 438, comma 4, cod. proc. pen., mentre ha richiamato espressamente l'art. 438, commi 3 e 5, e gli artt. 441, 441-bis, 442 e 443 cod. proc. pen.: <<l'omesso riferimento all'art. 438 cod. proc. pen., comma 4 (...), secondo il quale "sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato", non può implicare che della ordinanza ammissiva del rito non vi sia necessità nelle ipotesi di rito abbreviato "atipico", essendo del tutto pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che per iniziare il giudizio abbreviato vi sia bisogno di un provvedimento ammissivo del rito emesso a conclusione di apposita udienza caratterizzata dall'oralità, nel corso della quale, in contraddizione delle parti, si valuteranno i requisiti formali di ammissibilità del rito e quelli sostanziali concernenti la fondatezza della richiesta di abbreviato ed. "condizionato". È da ritenere perciò che la disposizione si limita a regolare per relationem le forme da seguire "nel giudizio" che segue al provvedimento ammissivo, dato per presupposto. Una siffatta conclusione è peraltro confortata dal fatto che lo stesso art. 458 cod. proc. pen., comma 2 nell'ultima parte stabilisce che "nel caso di cui all'art. 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato". Si tratta dell'ipotesi di nuove contestazioni del pubblico ministero e della facoltà dell'imputato in siffatta situazione di chiedere la revoca dell'ordinanza con la quale era stato disposto il giudizio abbreviato. Ebbene se è possibile revocare l'ordinanza ammissiva del rito è del tutto evidente che una ordinanza che lo disponga deve necessariamente esservi, nonostante il mancato espresso richiamo del comma 4 dell'art. 438 cod. proc. pen.>>.

Inoltre l'art. 458, comma 2, cod. proc. pen. stabilisce che "se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza": <<ciò significa che il giudice per emettere il decreto deve valutare soltanto la esistenza dei requisiti di ammissibilità della richiesta, ovvero la tempestività della stessa, la legittimazione del richiedente, che non potrà accedere al rito abbreviato quando abbia lui stesso richiesto il giudizio immediato (458 c.p.p., comma 3), e la riferibilità della richiesta all'intero processo a carico dell'imputato; non anche la "fondatezza" della istanza, ovvero la compatibilità della integrazione probatoria richiesta con il rito prescelto (...), valutazione che è, invece, demandata al giudice dell'udienza che potrà, all'esito del contraddittorio, accogliere o rigettare la richiesta dell'imputato.

In verità, il legislatore non chiarisce cosa debba intendersi con l'espressione, riferita alla proposizione della richiesta di giudizio abbreviato, "se è ammissibile", <<ma appare del tutto ragionevole individuare il contenuto del giudizio di ammissibilità nella valutazione della presenza dei requisiti formali della istanza, come dinanzi indicati, da tenere ben distinto dal giudizio sulla fondatezza della istanza, ovvero sulla compatibilità della integrazione probatoria richiesta con la specialità del rito abbreviato. Ed appare anche del tutto ragionevole ritenere che il giudizio sulla ammissibilità, caratterizzato

dai limiti sopra indicati, possa essere affidato anche ad un giudice "incompatibile" che adotterà il decreto de plano, ovvero senza contraddittorio, mentre quello concernente la "fondatezza" della richiesta debba essere affidato al giudice competente a giudicare con il rito abbreviato, che pronuncerà la ordinanza ammissiva all'esito della udienza celebrata in contraddittorio tra le parti>>.

Si è anche osservato che il giudice chiamato a valutare la fondatezza della domanda di rito abbreviato proposta nell'ambito del giudizio immediato ed a celebrare poi il relativo procedimento speciale, non può essere, per ragioni di incompatibilità ex art. 34, comma 2, cod. proc. pen., lo stesso che abbia decretato l'accoglimento della richiesta del pubblico ministero di giudizio immediato, poiché l'espressione "giudizio", che compare nella citata disposizione, non comprende solo la forma dibattimentale del giudizio stesso, ma si estende ad ogni procedimento di definizione del merito, e dunque anche al rito abbreviato⁵⁷: *<<ecco allora individuata la funzione del "decreto di fissazione dell'udienza" di cui all'art. 458, comma 2, che è di mero impulso processuale. Il giudice, investito dalla richiesta di giudizio abbreviato, che, come detto, non può celebrarlo, valutata la tempestività e l'esistenza degli altri requisiti formali della richiesta, rimetterà le parti dinanzi al giudice competente a valutare l'ammissibilità e la fondatezza del rito richiesto ed a celebrare, eventualmente, il giudizio abbreviato. In effetti se la valutazione della esistenza dei requisiti formali della richiesta in caso di richiesta di rito abbreviato incondizionato appare semplice, di sicuro complessa è quella relativa ad una richiesta subordinata ad integrazione probatoria perché in tal caso occorre verificare se l'integrazione probatoria richiesta sia necessaria e compatibile con le esigenze di semplificazione che caratterizzano il rito abbreviato. Da tale verifica dipenderà con quali forme dovrà proseguire il giudizio, se in quelle del rito abbreviato o secondo lo schema del giudizio immediato; valutazione, quindi, molto delicata per le rilevanti conseguenze per l'imputato, che non può che essere assunta, tenuto conto dei principi generali che disciplinano il nostro sistema processuale, in udienza e in contraddittorio tra le parti, dal giudice competente per il rito. Ciò, in definitiva, significa che soltanto all'esito del contraddittorio sul punto può essere emessa l'ordinanza di accoglimento - o di rigetto - della richiesta di rito abbreviato e soltanto da questo momento può considerarsi iniziato il relativo giudizio; l'inizio di tale giudizio non potendo, invero, essere individuato nel momento della adozione del decreto che fissi l'udienza anche perché emesso, come già detto, de plano, e, quindi, senza facoltà di interlocuzione per le parti interessate, da un giudice incompatibile a celebrare il rito abbreviato>>.*

Si è conclusivamente ritenuto che, nella ipotesi di giudizio abbreviato che si innesti su una richiesta di giudizio immediato (o di emissione di decreto penale di condanna), vi sarà prima un vaglio, operato dal giudice che ha accolto la richiesta di giudizio

⁵⁷ Come già chiarito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 491 del 1991.

immediato del pubblico ministero, di ammissibilità concernente i requisiti formali della richiesta, e, in caso di ritenuta ammissibilità, alla udienza fissata con decreto *de plano* si procederà, da parte di un diverso giudice, in contraddittorio, al vaglio della fondatezza della richiesta con adozione della ordinanza ammissiva del rito abbreviato.

Con specifico riguardo ai termini di custodia cautelare applicabili nella specie, dopo aver ricordato che le rilevanti modifiche apportate al giudizio abbreviato con la previsione di possibili integrazioni probatorie, hanno reso altresì possibile una dilatazione, anche notevole, dei tempi necessari per lo svolgimento del giudizio, che ha reso necessario un intervento normativo al fine di adeguare i termini di custodia cautelare previsti dall'art. 303 cod. proc. pen. alla realtà del "nuovo" giudizio abbreviato, e ricostruito l'evoluzione della normativa *de qua*, precisando che il momento dal quale fare decorrere i termini di fase è stato individuato dal legislatore nel provvedimento ammissivo del giudizio abbreviato, si è ritenuto che *<<il legislatore ha senza dubbio individuato nella "ordinanza che dispone il giudizio abbreviato" il dies a quo per la durata della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, fase che si conclude con la emissione della sentenza>>*, evidenziando che, in presenza di un decreto che dispone il giudizio, ordinario o immediato che sia, si apre la fase del giudizio e, quindi, il decreto costituisce termine *ad quem* per la fase delle indagini preliminari e termine *a quo* per la fase del giudizio: *<<nel caso in cui al termine della udienza preliminare venga emessa l'ordinanza con cui il giudice disponga il rito abbreviato, costituirà tale provvedimento il momento di discriminare tra la fase delle indagini preliminari e quella del giudizio, come è lecito desumere dal combinato disposto di cui all'art. 303 cod. proc. pen., lett. a) e b-bis). Nelle ipotesi di rito abbreviato che si innesti dopo che sia già stato adottato un decreto che dispone il giudizio, come è nel caso di specie, non vi è dubbio che si apra la fase del giudizio e che inizino a decorrere i termini di custodia cautelare previsti per tale fase. Se successivamente al decreto che dispone il giudizio venga emessa ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato, i termini di custodia relativi alla fase del giudizio si commisurano a quelli propri di questo rito; si tratta di termini che, come si è già rilevato, sono più brevi di quelli previsti per il giudizio dibattimentale, con la precisazione che, essendo in precedenza decorsi quelli della normale fase di giudizio (a seguito del decreto che lo dispone), da tale momento non può decorrere un tempo maggiore rispetto a quello che la legge assegna a tale fase (termini indicati, nelle varie articolazioni, dall'art. 303 c.p.p., comma 1, lett. b)>>*

Anche l'esame delle norme dettate in materia di durata dei termini della custodia cautelare conferma che l'inizio della fase del giudizio abbreviato non può che farsi decorrere, in ogni caso, dalla ordinanza che ammetta il rito abbreviato, provvedimento, pertanto, necessario sia per la introduzione del rito abbreviato ordinario che di quello "atipico".

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: <<*i termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, anche nella ipotesi di rito non subordinato ad integrazione probatoria e disposto a seguito di richiesta di giudizio immediato, decorrono dall'ordinanza con cui è disposto il giudizio abbreviato*>>.

2.2. La sospensione dei termini di custodia cautelare in pendenza del termine per il deposito dei motivi.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<*se il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per il tempo di redazione della sentenza possa essere assunto d'ufficio senza che le parti abbiano la possibilità di interloquire*>>.

L'orientamento prevalente⁵⁸ riteneva che l'ordinanza di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, in pendenza dei termini per la redazione della motivazione della sentenza, potesse essere disposta *de plano* e, pertanto, potesse essere adottata in assenza di contraddittorio, trattandosi di un caso di sospensione obbligatoria - previsto dall'art. 304, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. - la cui pronuncia ha natura dichiarativa e, in quanto tale, non esige altra motivazione che il richiamo al combinato disposto degli artt. 304, comma 1, lett. c), e 544, comma 3, cod. proc. pen.: la determinazione dei tempi necessari per la redazione della sentenza è, infatti, rimessa all'esclusiva valutazione del giudice, e le parti non possono in alcun modo interloquire, sicché la decisione non è sindacabile né modificabile, con la conseguenza di dover ritenere sostanzialmente inutile anche il contraddittorio differito (posto che l'ordinanza di sospensione è impugnabile mediante appello ex art. 310 cod. proc. pen.); si evidenziava, inoltre, che non vi è alcuna analogia con il provvedimento previsto dall'art. 304, commi 2 e 3, cod. proc. pen., concernente la complessità del dibattimento ed avente natura discrezionale (adottabile solo su richiesta del Pubblico Ministero e previa interlocuzione delle parti), e che nessuna disposizione normativa prevede espressamente le forme e le modalità della camera di consiglio per l'adozione dell'ordinanza in questione.

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Sez. 5, n. 40051 del 08/05/2009, Zagaria, Rv. 244744; Sez. 4, n. 42703 del 28/06/2007, Hamidovic, Rv. 237899; Sez. 2, n. 8358 del 30/01/2007, Venosa, Rv. 235833; Sez. 6, n. 29873 del 29/04/2004, Delle Grottaglie, Rv. 229675; Sez. 4, n. 5288 del 12/12/2003, Biondo, Rv. 227091

Altro orientamento, senz'altro minoritario, riteneva, al contrario, che il provvedimento di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare in pendenza dei termini di deposito della sentenza fissati dal giudice a norma dell'art. 544 c.p.p., comma 3, quantunque imposto dalla legge, non potesse essere adottato *ex officio*, ma dovesse essere disposto, a pena di nullità a regime intermedio dell'ordinanza di sospensione, nel contraddittorio delle parti, al fine di consentire loro la verifica della particolare complessità della motivazione, che è presupposto di natura discrezionale della sospensione stessa; secondo questo indirizzo, il principio del contraddittorio, già affermato dalle Sezioni Unite⁵⁹ per l'ipotesi di particolare complessità del dibattimento (art. 304, comma 2, cod. proc. pen.), doveva essere applicato anche nell'ipotesi di sospensione per particolare complessità della motivazione, posto che in entrambi i casi la sospensione presuppone una valutazione - di complessità della istruttoria e discussione dibattimentale o di complessità della motivazione - che non può che essere discrezionale, e come tale richiede il contributo dialettico delle parti, o almeno la possibilità del loro contributo⁶⁰.

Con sentenza del **31 marzo – 13 luglio 2011, n. 27361, Ez Zyane**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 249969

È legittimo il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, in pendenza dei termini per la redazione della sentenza, ex art. 304, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., assunto d'ufficio, senza il previo contraddittorio delle parti.

Le Sezioni Unite, richiamando consolidati orientamenti giurisprudenziali, hanno premesso, quanto alla possibilità di differire il termine per la redazione della sentenza ed agli effetti che conseguono dal deposito differito della motivazione:

- che l'art. 544, comma 3, cod. proc. pen. affida l'esercizio del potere in esame e il dimensionamento temporale della dilazione alla discrezionalità del giudice, in modo insindacabile ("se ritiene di non poter depositare")⁶¹;
- che ammettere un sindacato circa il differimento ex art. 544, comma 3, del termine di deposito della sentenza comporterebbe una inammissibile invasione di campo nello stesso *ius dicere*;

⁵⁹ Sent. n. 40701 del 31/10/2001, Panella, Rv. 219948

⁶⁰ Cfr. Sez. 3, n. 33876 del 26/04/2006, Sheu, Rv. 234770; Sez. 1, n. 625 del 18/12/2009, Abruzzese, Rv. 245990; Sez. 5, n. 25877 del 30/01/2004, Abouennour El Medhi, Rv. 229440.

⁶¹ Sez. U, n. 5878 del 30/04/1997, Bianco, Rv. 207659.

- che, di conseguenza, il differimento del termine di deposito della sentenza è subordinato alla mera indicazione in dispositivo dell'intendimento di avvalersi del termine lungo in ragione della complessità della stesura della motivazione, senza ulteriori specificazioni circa le ragioni o circostanze che determinano tale complessità;

- che solo dall'espressa indicazione del differimento del termine di deposito (per la complessità della stesura della motivazione) e dall'inserimento di tale indicazione in dispositivo conseguono determinati effetti ed, in particolare, l'operatività dell'art. 585, comma 1, lett. c), e comma 2, lett. c), cod. proc. pen., nonché dell'art. 548, commi 1 e 2, cod. proc. pen.;

- che tali effetti sono automatici e rigidi, sicché "qualora il giudice ritardi il deposito della motivazione della sentenza, senza avere preventivamente indicato un termine nel dispositivo letto in udienza, ai sensi dell'art. 544 c.p.p., comma 3, il termine di impugnazione è quello di trenta giorni previsto dall'art. 585 c.p.p., comma 1, lett. b), decorrente dalla data di notificazione o di comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza"⁶², mentre, ove il giudice abbia ritenuto particolarmente complessa la stesura della motivazione ed abbia, esplicitando siffatto giudizio di complessità, formalmente indicato in dispositivo un termine di stesura superiore a quello ordinario di 15 giorni, consegue (ma solo in siffatto caso e senza possibilità di surroga in presenza di una qualsivoglia dilazione di fatto) per l'impugnante il termine più favorevole di 45 giorni, atteso che "detto termine, con decorrenza prefissata, trova il presupposto nel provvedimento con il quale il giudice contestualmente alla lettura del dispositivo manifesta la volontà di avvalersi del potere discrezionale di prolungare il termine per il deposito della sentenza".

In conclusione, <<ai sensi della disciplina normativa in questione, il differimento lungo del deposito della sentenza è demandato all'esclusiva discrezionalità del giudice; la complessità della stesura della motivazione assume rilievo solo a seguito di esplicita affermazione in tal senso del giudice; il provvedimento con il quale si precisa che il giudice si avvarrà del termine lungo - provvedimento redatto e sottoscritto nel segreto della camera di consiglio - deve essere inserito in dispositivo ed assume efficacia senza che il giudice abbia ad indicare le circostanze che determinano la complessità all'origine del differimento; e, infine, in virtù di tale provvedimento si determinano effetti automatici, segnatamente con riguardo ai termini per proporre impugnazione>>.

Ciò premesso, tenuto conto del tenore testuale dell'art. 304, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.⁶³, che risulta significativamente difforme dal tenore del comma 2 del

⁶² Cfr. sentenza Bianco cit.

⁶³ A norma del quale "i termini previsti dall'art. 303 c.p.p. sono sospesi (...) nella fase del giudizio, durante la pendenza dei termini previsti dall'art. 544 c.p.p., commi 2 e 3 (..)".

medesimo articolo⁶⁴, deve necessariamente pervenirsi alla conclusione che il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per il tempo di redazione della sentenza può essere assunto di ufficio, senza previo contraddittorio con le parti: *<<ed infatti, da un lato, ben difficilmente potrebbe raccordarsi con un procedimento di sospensione in contraddittorio la scelta assolutamente discrezionale del termine differito per la stesura della motivazione ritenuta complessa, non potendo - in via generale - il provvedimento del giudice che si richiama alla complessità della motivazione determinare di per sé effetti sul piano dei termini di impugnazione della sentenza e non avere eventualmente effetto, a seguito della interlocuzione delle parti, ai fini della sospensione dei termini di durata della custodia cautelare. Dall'altro lato, poi, non può non valorizzarsi la differenziazione, anche lessicale, ravvisabile tra il disposto dell'art. 304 c.p.p., comma 1 lett. c), ed il disposto di cui ai commi 2 e 3 del medesimo articolo, pacificamente comportante l'adozione del provvedimento sospensivo non ex officio e previa interlocuzione delle parti; la locuzione "sono sospesi" si contrappone alla locuzione "possono altresì essere sospesi" e la contrapposizione appare non certo casuale ma di univoco significato, ove si consideri che il legislatore ha utilizzato le due locuzioni in questione nel medesimo articolo e per la regolarizzazione di casi peculiari, fra loro difformi, ivi contemplati (sicché è evidente l'intendimento perseguito di differenziare, appunto, fra loro la regolamentazione delle ipotesi previste nei primi due commi dell'articolo in questione). Di qui la correttezza dell'interpretazione che ravvisa nelle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 304 c.p.p. casi di "sospensione obbligatoria", sia pure operante dopo apposita ordinanza sospensiva appellabile ai sensi dell'art. 310 c.p.p., e nelle ipotesi previste dal comma 2 del medesimo articolo casi di "sospensione facoltativa" subordinata a richiesta del p.m. ed a valutazione discrezionale del giudice previa interlocuzione delle parti>>.*

Questa conclusione risulta, d'altro canto, in armonia con le considerazioni già svolte in tema dalle Sezioni Unite nella sentenza Panella⁶⁵, la cui *ratio decidendi* è che la sospensione dei termini di custodia cautelare per la particolare complessità del dibattimento implica una valutazione di tipo discrezionale, ed è subordinata ad istanza di parte del p.m., in ordine alla quale, prima di decidere, il giudice deve sentire la difesa; a detta *ratio* non sono, pertanto, riconducibili le ipotesi di sospensione previste nell'art. 304, comma 1, c.p.p., le quali - come afferma il citato precedente - "sono obiettivamente rilevabili dal giudice senza margini di discrezionalità", con la conseguenza che "egli procede di sua iniziativa ed è tenuto, una volta accertati i dati che la legittimano, a pronunciare la sospensione".

⁶⁴ Laddove si dispone che "i termini previsti dall'art. 303 possono essere altresì sospesi (...), nel caso di dibattimenti o di giudizi abbreviati particolarmente complessi, durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni".

⁶⁵ Cass., Sez. U., sentenza n. 40701 del 31/10/2001 cc. (dep. 14/11/2001), Panella, Rv. 219948.

La soluzione prescelta trova, inoltre, conferma nella diverse locuzioni adoperate dal legislatore nei commi 1 e 2 dell'art. 304, cui corrisponde la diversità di presupposti e valutazioni richieste nelle plurime ipotesi contemplate dalla norma: *<<ed infatti la statuizione di sospensione pronunciata ai sensi dell'art. 304 c.p.p., comma 1, ha natura sostanzialmente ricognitiva e dichiarativa in quanto subordinata al mero verificarsi di una delle condizioni ivi previste, sicché la valutazione richiesta per l'adottabilità del provvedimento rimane limitata all'accertamento della sussistenza dei presupposti richiesti (nel caso sub lett. e: la pendenza dei termini previsti dall'art. 544 c.p.p., commi 2 e 3,) e, quindi, dell'elemento fattuale, nella specie costituito dall'adozione del termine lungo per le ragioni normativamente previste, senza alcun margine per ulteriori valutazioni discrezionali, trattandosi di situazioni del tutto oggettive che, una volta verificatesi in concreto, comportano la sospensione dei termini (sia pure previa declaratoria al proposito da parte del giudice)>>*. Diversamente, nei casi di cui al comma 2 dell'art. 304, *<<si impone, per l'applicazione della sospensione, una valutazione discrezionale assai più ampia avente ad oggetto la condivisibilità o meno delle ragioni prospettate dal p.m. circa la complessità del dibattimento, ossia di una fase processuale alla quale partecipano attivamente la parte pubblica e le parti private e non assegnata in via esclusiva - come la pronuncia di decisione e la redazione della motivazione a sostegno della stessa- al solo giudice; da ciò consegue la necessità di un preventivo contraddittorio tra le parti>>*.

La delineata disciplina di sospensione dei termini di custodia cautelare durante i termini indicati per la redazione della sentenza non appare in contrasto con il dettato costituzionale e la Convenzione EDU: *<<innanzi tutto, la previsione di un contraddittorio differito (essendo previsto anche in relazione alle ipotesi di cui all'art. 304 c.p.p., comma 1 - alla pari di quanto disposto per le ipotesi di cui al comma 2 del medesimo articolo - che l'ordinanza di sospensione dei termini di custodia cautelare sia appellabile ai sensi dell'art. 310 c.p.p.), risponde al principio per il quale in materia di provvedimenti de libertate è sempre prevista l'interlocuzione delle parti, pur rimanendo nell'ambito della discrezionalità legislativa tempi e modi di attuazione di siffatta interlocuzione. Inoltre, la disciplina di cui all'art. 304 c.p.p., riservando nei commi 1 e 2 procedure diverse quali più sopra delineate, non pare collidere con il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., comma 1, in quanto le ipotesi contemplate in detti commi richiedono presupposti e condizioni differenti che, quindi, giustificano la diversa scelta in punto di contraddittorio (differito e preventivo)>>*.

Nè la disciplina in questione appare in contrasto con il principio di inviolabilità del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e con i principi di cui all'art. 111 Cost., essendo garantito, con la possibilità dell'appello, l'esercizio di difesa ed essendo nella specie rispettata la doverosa condizione di parità tra le parti. Ed a tale proposito, è stata ritenuta inconsistente la critica inerente alla presunta inutilità dell'appello (e,

quindi, del contraddittorio differito) avverso l'ordinanza di sospensione dei termini di custodia cautelare prevista dalla norma in disamina, in ragione della inesistenza in essa di reali margini di discrezionalità: *<<ed invero, se l'appello non può mai assumere a legittima critica il sindacato sulla antecedente scelta di differimento del termine di redazione della sentenza per la ritenuta complessità della stesura della motivazione della sentenza, non di meno deve essere certamente ammessa la censura dell'uso contra legem (fissazione di termine eccedente il massimo previsto dall'art. 544 c.p.p., comma 3) o distorto della scelta stessa (differimento collegato a ragioni organizzative dell'ufficio o personali del giudice): deve, infatti, ritenersi ammessa la sindacabilità della scelta del termine differito - ai fini della sospensione della custodia cautelare - le volte in cui sia la stessa motivazione dell'assegnazione del maggior termine a confessare l'uso distorto della facoltà di differimento del termine di deposito della sentenza perché correlata a ragioni estranee alla complessità del momento motivazionale>>.*

Si è anche precisato che, in caso di deposito anticipato (rispetto al prefissato termine differito) della sentenza, *<<la sospensione dei termini di custodia cautelare sarà temporalmente limitata al periodo effettivamente utilizzato per la redazione della motivazione: la sottolineata necessità di correlazione della sospensione dei termini di custodia cautelare al corretto uso della facoltà di differimento del termine di deposito della sentenza e l'esigenza di contenere quanto più possibile l'incidenza di siffatta facoltà sulla limitazione della libertà personale impongono, infatti, di ricondurre temporalmente la detta sospensione al periodo di tempo effettivamente utilizzato e rivelatosi idoneo per la stesura della motivazione>>.*

In virtù di queste considerazioni, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<il provvedimento di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per il tempo di redazione della sentenza - ordinano o differito per le ragioni normativamente previste - può essere assunto di ufficio senza che le parti interlocuiscono in proposito>>.*

2.3. L'estinzione delle misure coercitive dopo il giudicato.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva non sospesa o non altrimenti estinta comporti la caducazione automatica della misura coercitiva non restrittiva (nella specie l'obbligo di dimora) applicata al condannato e se, ove sia necessario un provvedimento giudiziale che ne dichiari la cessazione di

efficacia, la competenza a provvedere spetti al giudice dell'esecuzione o al magistrato di sorveglianza>>.

L'**orientamento** largamente **maggioritario**⁶⁶ escludeva che il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva non dichiarata estinta né condizionalmente sospesa determinasse la caducazione automatica della misura coercitiva non detentiva applicata al condannato, osservando che:

(a) l'art. 300, comma 3, cod. proc. pen., stabilendo che le misure cautelari perdono immediatamente efficacia solo quando la pena irrogata con la sentenza di condanna è dichiarata estinta ovvero condizionalmente sospesa (cioè in casi nei quali la stessa sentenza di condanna esclude in radice ogni prospettiva di applicazione della pena), evidenzerebbe che, negli altri casi, le misure cautelari sono destinate a conservare la loro efficacia nella fase che precede l'esecuzione; dunque, in presenza di una sentenza di condanna diversa da quelle espressamente indicate dall'art. 300, comma 3, la misura cautelare rimarrebbe funzionalmente predisposta alla formale instaurazione della fase esecutiva ad iniziativa del pubblico ministero;

(b) l'art. 656 cod. proc. pen., ai commi 5 e 9, lett. b), ricollega la concedibilità o meno della sospensione delle pene brevi al fatto che sia in corso di applicazione una misura cautelare, e, al comma 10, prevede che fino alla decisione del giudice di sorveglianza, il condannato permanga nello stato detentivo nel quale si trova; inoltre, l'art. 657, comma 1, cod. proc. pen., include la custodia cautelare ancora in corso nel computo della pena detentiva da eseguire;

(c) sussiste l'esigenza di evitare il paradosso della cessazione automatica ed immediata delle misure cautelari nello stesso momento nel quale viene pronunciata una sentenza di condanna suscettibile di effettiva esecuzione;

(d) la ragione che giustificerebbe il perdurare della restrizione alla libertà personale in esame risiederebbe nella necessità di evitare che il fisiologico iato temporale intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza e l'attivazione del Pubblico ministero in funzione di organo dell'esecuzione possa produrre soluzioni di

⁶⁶ Questo indirizzo interpretativo risale a Sez. 6, n. 1554 del 08/05/1992, dep. 07/07/1992, Consalvo, Rv. 191049, ed è stato successivamente sviluppato da Sez. 4, n. 2761 del 29/10/1997, dep. 07/11/1997, Badulli, Rv. 209407; Sez. 6, n. 17 del 20/11/2006, dep. 03/01/2007, P.M. in proc. Maddii, Rv. 235675; Sez. 2, n. 35480 del 12/07/2007, dep. 24/09/2007, De Giovanni, Rv. 237308; Sez. 1, n. 31094 del 15/07/2009, dep. 28/07/2009, Confl. comp. in proc. Estfeller, Rv. 244324. Si muovono nello stesso ordine di idee le pronunce di legittimità a parere delle quali «integra il reato di evasione la condotta di colui che si allontani ingiustificatamente dal luogo degli arresti domiciliari dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna a una pena detentiva di durata superiore al periodo di custodia cautelare sofferto, poiché in tale situazione l'agente non può considerarsi formalmente libero sino alla notificazione dell'ordine di esecuzione della pena definitiva; né il passaggio in giudicato della sentenza è previsto fra le cause di estinzione delle misure cautelari di cui agli artt. 300 e 303 cod. proc. pen.» (così Sez. 6, n. 18733 del 09/01/2008, dep. 08/05/2008, Andriano', Rv. 239930; Sez. 6, n. 1364 del 11/10/2006, dep. 19/01/2007, Barone, Rv. 235718; Sez. 6, n. 7685 del 18/04/2000, dep. 03/07/2000, P.G. in proc. Martinetti, Rv. 217553).

continuità in relazione a quelle esigenze di controllo del condannato che la vigenza della misura coercitiva fa presumere ancora esistenti all'atto della condanna.

Altro orientamento⁶⁷ riteneva che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna determinasse in ogni caso, come effetto automatico, l'estinzione delle misure coercitive di natura non custodiale, adducendo a sostegno del proprio assunto i seguenti argomenti di ordine logico-sistematico:

(a) le esigenze cautelari vengono automaticamente meno nel momento in cui, esauritosi il giudizio di cognizione, si deve passare all'esecuzione del giudicato;

(b) la funzione strumentale rispetto al processo di cognizione, svolta dalla custodia cautelare, non può più dispiegarsi dopo il passaggio in giudicato della sentenza, che determina l'inizio dell'esecuzione penale, a prescindere da qualsiasi atto formale;

(c) nella disciplina dei termini massimi di durata delle misure cautelari personali non è contenuto alcun riferimento alla fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza;

(d) nessun riferimento a tale fase è contenuto neanche nell'art. 91 disp. att. c.p.p., per il quale la competenza del giudice di merito a decidere sulle misure cautelari si estende sino alla fase in cui pende il giudizio in Cassazione;

(e) la legge ha dettato una puntuale disciplina riferibile alla protrazione di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere solo in relazione agli arresti domiciliari, ai sensi dell'art. 656, comma 10, cod. proc. pen.;

(f) il legislatore ha predisposto una disciplina relativa alla fungibilità delle pene esclusivamente con riguardo alla custodia cautelare - ex art. 657 cod. proc. pen. - ed alle pene accessorie - ex art. 662 cod. proc. pen. - escludendo da un tale regime le misure coercitive diverse da quelle custodiali;

(g) ammettere, in assenza di esplicita previsione, che una misura cautelare non custodiale si protragga oltre il giudizio di cognizione senza alcun collegamento con le esigenze di questo e senza che le limitazioni della libertà possano essere scomutate dalla pena da espiare, soltanto a causa della minore solerzia del pubblico ministero nel porre in esecuzione la sentenza, comporterebbe non soltanto la negazione della funzione servente delle misure cautelari, ma la sottrazione delle stesse dall'alveo dei principi di necessità, di proporzione e di legalità.

L'ordinanza di rimessione⁶⁸ rilevava anzitutto che la competenza del Tribunale di

⁶⁷ Questo orientamento risale a Sez. 1, n. 1550 del 01/06/1990, dep. 13/06/1990, Colombelli, Rv. 184641, ed è stato recentemente seguito da Sez. 1, n. 41007 del 20/10/2010, dep. 22/11/2010, Riggio, Rv. 248937. Alcune delle indicazioni desumibili da Sez. 1, n. 1550 del 01/06/1990, dep. 13/06/1990, Colombelli, Rv. 184641, sono state ulteriormente sviluppate da un orientamento giurisprudenziale che ha affermato la inammissibilità, per carenza di interesse, delle impugnazioni avverso provvedimenti cautelari dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna (Sez. 1, n. 311 del 12/01/1999, dep. 22/03/1999, Cuntrera G ed altri, Rv. 212873; Sez. U n. 31524 del 14/07/2004, dep. 20/07/2004, Litteri, Rv. 228167).

⁶⁸ Sez. I, ord. n. 1344/11 del 20/10/2010, dep. il 19/1/2011.

sorveglianza parrebbe da escludere, difettando nella situazione considerata l'attualità di un procedimento di sorveglianza: d'altro canto, l'art. 670 cod. proc. pen. demanda al giudice dell'esecuzione ogni questione sul titolo esecutivo, e la particolare ipotesi individuata dall'art. 656, comma 10, cod. proc. pen. si riferisce alla sola situazione della permanenza della misura cautelare degli arresti domiciliari. Tuttavia la risoluzione del conflitto di competenza sottostante all'ordinanza di rimessione presuppone che si escluda che una volta formatosi il giudicato di condanna, la misura coercitiva in corso di applicazione possa ritenersi automaticamente caducata. L'automatica caducazione della misura era stata esclusa dal prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, cui l'ordinanza di rimessione ha peraltro ritenuto di non aderire, osservando che nessuna norma sembra prevedere che quando diviene inoppugnabile la sentenza di condanna a pena detentiva non sospesa o non altrimenti estinta, pronunciata nei confronti di persona sottoposta a misura coercitiva diversa dalla custodia cautelare in carcere o nel domicilio, la restrizione della libertà debba permanere in forza della predetta sentenza di condanna. Il legislatore ha dettato una puntuale disciplina riferibile al protrarsi dell'applicazione di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere solo in relazione agli arresti domiciliari (art. 656, comma 10, cod. proc. pen.), preoccupandosi inoltre di predisporre una disciplina relativa alla fungibilità delle pene esclusivamente con riguardo alla custodia cautelare (art. 657 cod. proc. pen.), ed alle pene accessorie (art. 662 cod. proc. pen.), escludendo da tale regime le misure coercitive diverse da quelle custodiali⁶⁹: ammettere, in assenza di esplicita previsione, che una misura cautelare non custodiale si protragga oltre il giudizio di cognizione senza alcun collegamento con le esigenze di questo, e senza che le limitazioni della libertà in tal modo patite possano in alcun modo essere scomutate dalla pena da espiare, soltanto a causa della minore solerzia del P.M. nel porre in esecuzione la sentenza, comporterebbe, dunque, non soltanto la totale negazione della funzione servente delle misure cautelari, ma la sottrazione delle stesse dall'alveo dei principi di necessità, di proporzione e, in ultima analisi, di legalità. Ad avviso del collegio rimettente, pertanto, andrebbe di conseguenza privilegiata un'interpretazione sistematica, che riconosca il venir meno della misura coercitiva applicata per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna: tuttavia, considerato che tale soluzione si porrebbe in contrasto con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, si è ritenuto opportuno rimettere alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto.

Nell'ambito della **dottrina** emergevano analoghe divisioni.

Per quanto riguarda la competenza a decidere in materia *de libertate* dopo il

⁶⁹ Sulla legittimità costituzionale di siffatta esclusione, anche ai fini della fungibilità con le sanzioni sostitutive, si è già pronunciata C. cost. n. 215 del 1999.

passaggio in giudicato della sentenza, la giurisprudenza⁷⁰ la attribuiva al magistrato di sorveglianza soltanto nei casi in cui il condannato si trovava agli arresti domiciliari ed il pubblico ministero aveva attivato la procedura esecutiva, disponendo la sospensione dell'ordine di carcerazione: in tale situazione, infatti, la competenza del magistrato di sorveglianza, chiamato a provvedere sulla eventuale applicazione delle misure alternative, è determinata dalle disposizioni generali (art. 279 cod. proc. pen.), secondo cui in materia cautelare la competenza è del giudice che procede all'atto della domanda.

Privi di decisivo rilievo apparivano gli scarni contributi della **dottrina**.

Con sentenza del **31 marzo – 11 maggio 2011, n. 18353, Confl. comp. in proc. Maida**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 249480 – 1

Il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva suscettibile di esecuzione comporta la caducazione immediata della misura coercitiva non custodiale (nella specie, obbligo di dimora) già applicata al condannato; in tal caso, l'estinzione della misura opera di diritto, senza che sia necessario alcun provvedimento che la dichiari.

Nel periodo intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e l'inizio della fase di esecuzione della pena, la decisione sulle questioni relative alle misure coercitive non custodiali è di competenza del giudice dell'esecuzione.

Nell'aderire alla tesi dell'incompatibilità delle misure coercitive non custodiali con la fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, le Sezioni Unite hanno preliminarmente valorizzato il principio di tassatività di cui all'art. 13, comma secondo, della Costituzione (per il quale non è ammessa «restrizione della libertà personale, se non [...] nei soli casi e modi previsti dalla legge»): <<*l'assunto che una misura cautelare coercitiva applicata a un soggetto rimanga in vita, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna emessa nei suoi confronti, deve dunque basarsi sull'esistenza di una positiva previsione di legge in tal senso*>>, al contrario

⁷⁰ Cfr. Sez. 1, n. 31094 del 15/07/2009, dep. 28/07/2009, Confl. comp. in proc. Estfeller, Rv. 244324, in fattispecie nella quale (come in quella oggetto del ricorso devoluto alle Sezioni Unite) il condannato si trovava sottoposto a misura diversa dagli arresti domiciliari: «appartiene al giudice dell'esecuzione, e non al magistrato di sorveglianza, la competenza a decidere sulla richiesta di revoca della misura coercitiva dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, successivamente alla condanna e prima che abbia inizio l'esecuzione della pena».

inesistente. Ed anzi, <<il sistema processuale offre, nel suo complesso, indicazioni contrarie alla tesi della sopravvivenza delle misure non custodiali in atto nel momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna>>.

Non appaiono, infatti, utilmente invocabili i dati normativi valorizzati dal contrario orientamento, i quali, in realtà, forniscono contrario ulteriore e decisivo conforto alla tesi dell'incompatibilità: <<la prima, agevole, considerazione da fare è, invero, che il cit. art. 300 non è affatto rivolto a regolare in via generale il rapporto fra sentenze irrevocabili e misure cautelari in corso. Esso infatti si preoccupa, all'evidenza, soltanto di indicare determinati epiloghi decisori comportanti per sé, e del tutto indipendentemente dal connotato della irrevocabilità, l'immediata perdita di efficacia delle misure cautelari in atto. Al contrario, del rapporto fra sentenze irrevocabili di condanna e misure cautelari in corso si occupa senza dubbio l'art. 656 cod. proc. pen., e lo fa con riferimento alle sole misure custodiali, stabilendo, al comma 9, la non concedibilità della sospensione dell'esecuzione in favore del condannato che si trovi in stato di custodia cautelare in carcere (che quindi non viene interrotta) e, al comma 10, la concedibilità della stessa sospensione in favore del condannato che si trovi agli arresti domiciliari, dei quali dispone esplicitamente la persistenza fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, con contestuale riconoscimento del tempo corrispondente "come pena espiata a tutti gli effetti">>.

Le misure custodiali presentano due caratteristiche strettamente correlate, da un punto di vista funzionale, all'esecuzione della pena, e cioè, da un lato, la concreta idoneità a scongiurare il pericolo di fuga, e, dall'altro, la computabilità del periodo di applicazione (secondo la regola fissata in via generale dall'art. 657 cod. proc. pen.) ai fini della determinazione della pena detentiva da espiare: computabilità che, inoltre, il cit. comma 10 dell'art. 656 espressamente riconosce, in relazione al tempo corrispondente alla permanenza degli arresti domiciliari, "a tutti gli effetti" e, quindi, anche in rapporto alle eventuali pene alternative alla detenzione: <<è del tutto razionale, quindi, collegare causalmente le previsioni di "persistenza" operate dall'art. 656 cod. proc. pen. alle dette caratteristiche. Considerati tale logica esplicazione della ratio e il tenore testuale, non certo ostativo, della disciplina de qua, la sua interpretazione in chiave di deliberata scelta limitatrice, una volta sgombrato il campo dalla riferita erronea lettura dell'art. 300 cod. proc. pen., s'impone in maniera piana>>.

Si è quindi affermato, in accordo con i rilievi contenuti nell'ordinanza di rimessione, <<che la disciplina in parola, lungi dal supportare o presupporre una presunta (e inesistente) regola di generale sopravvivenza delle misure cautelari dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna da eseguire, costituisce in realtà, alla stregua della sua illustrata ratio, puntuale conferma del fatto che per le misure non custodiali, sfornite delle ricordate caratteristiche di efficacia e fungibilità che tale ratio

sorreggono (...), vale l'opposta regola, discendente dal sistema e dal principio costituzionale di tassatività, e rispondente in definitiva all'elementare necessità di preservare la libertà personale da compressioni ultronee e sproporzionate, del loro immediato venir meno al verificarsi del citato passaggio in giudicato>>.

Seguendo tale linea ricostruttiva, restano evidentemente superati anche i rilievi, su cui parimenti fa perno l'orientamento qui respinto, inerenti alla esigenza di evitare la cessazione delle misure nel momento in cui la sentenza di condanna diviene irrevocabile, posto che, come emerge dalle considerazioni che precedono, è proprio della suddetta esigenza che ha inteso, in sostanza, farsi carico il legislatore nelle citate previsioni dell'art. 656 cod. proc.pen., ritenendola meritevole di positiva tutela con esclusivo riferimento alle misure custodiali, secondo una scelta strettamente correlata alle loro connotazioni di efficacia e fungibilità e che, come tale, non può essere estesa alle altre misure.

In virtù di queste considerazioni, è stato affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva suscettibile di esecuzione comporta la caducazione immediata della misura coercitiva non custodiale già applicata al condannato>>.*

Quanto alle concrete modalità con le quali si determina tale fenomeno, si è osservato che, alla stregua dei principi sopra illustrati, la cessazione della misura, essendo correlata all'oggettivo venir meno dei relativi presupposti giustificativi, non può che operare di diritto, con la conseguenza, in mancanza di previsioni specifiche, che non occorre alcun provvedimento che la dichiari e l'interessato è immediatamente esonerato dall'osservanza degli obblighi già su di lui gravanti; è stato, pertanto, formulato, al riguardo, il seguente principio di diritto: *<<la cessazione, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, della misura coercitiva non custodiale in atto, opera di diritto, e non è necessario alcun provvedimento che la dichiari>>.*

Le Sezioni Unite hanno anche precisato che, *<<al fine di evitare equivoci e incertezze, in particolare nel personale tenuto ai controlli, sarà opportuno che allo stesso venga data tempestiva comunicazione della cessazione, e a ciò – al di là di possibili specifici accorgimenti organizzativi adottabili all'interno degli uffici giudicanti, in analogia al regime previsto, per l'estinzione delle misure coercitive intervenuta in corso di procedimento, dagli artt. 306 cod. proc. pen., 97 e 98 disp. att. cod. proc. pen. - potrà normalmente provvedere il pubblico ministero (secondo un principio di intervento che trova legittimazione sistematica nelle previsioni di cui al comma 4 dell'art. 667 e al comma 3 dell'art. 672 cod. proc. pen.) nel momento in cui viene notiziato dalla competente Cancelleria, a sensi dell'art. 28 reg. esec. cod. proc. pen., e negli stretti termini ivi previsti, del passaggio in giudicato della sentenza di condanna da eseguire>>.*

Si è, infine, ritenuto che, <<ove insorgano questioni in ordine alla misura coercitiva non custodiale nel periodo intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e il concreto avvio della fase di esecuzione della pena, la competenza a deciderle spetta al giudice dell'esecuzione>>.

2.4. Le impugnazioni in materia de libertate. Forme particolari di notificazione.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se la notificazione all'imputato (o all'indagato) dell'avviso dell'udienza di riesame possa essere eseguita, in caso di consegna al difensore per impossibilità di notificazione al domicilio dichiarato o eletto, per mezzo del telefax>>.

Un orientamento negava legittimità all'uso del telefax per le notificazioni dirette all'imputato, o indagato, ed effettuate con consegna di copia al difensore domiciliatario⁷¹.

Altro orientamento riconosceva, al contrario, la legittimità all'uso del telefax per le notifiche in favore dell'imputato, o indagato, ma che hanno come destinatario il difensore, perché, ad es., è divenuta impossibile la notificazione al domicilio dichiarato o eletto⁷².

⁷¹ Cfr., per tutte, Sez. 3, n. 16610 del 05.04.2005, dep. 04/05/2005, Pellegrini, rv. 232494, secondo cui, è pur vero, che gli avvisi e le notifiche al difensore possono essere fatti con l'uso del telefax, ma ciò vale soltanto per gli atti dei quali il difensore sia personalmente destinatario e non anche per quelli che sono indirizzati all'indagato sia pure elettivamente domiciliato presso il difensore; conforme, Sez. 2, n. 5648 dell'11/01/2007, dep. 08/02/2007, Kucukdemir, rv. 235818, anch'essa relativa ad un caso di notificazione al domicilio eletto presso il difensore dell'avviso di udienza di riesame diretto all'indagato. La statuizione è che, se è valida la notificazione per mezzo del telefax ex art. 150 cod. proc. pen., dell'avviso di udienza di riesame diretto al difensore, tanto non può dirsi per la notificazione effettuata, con modalità analoghe, presso lo studio dello stesso ma destinata all'indagato o imputato.

⁷² In tal senso, ad es., Sez. 5, n. 20586 del 12/04/2007, dep. 25/05/2007, Gatterer, rv. 236614, secondo cui la consegna dell'avviso di udienza di riesame al difensore dell'imputato, o indagato, in ragione dell'impossibilità di eseguire la notifica alla residenza indicata nella stessa richiesta di riesame, non presuppone in capo al difensore un ruolo di domiciliatario ma, appunto, solo quello di difensore. Ed è questa la ragione per cui la notificazione può essere eseguita nelle forme ammesse per gli atti destinati al difensore, e quindi anche per mezzo del telefax. In breve, questa la conclusione sul punto, la notifica sostitutiva al difensore, prevista dall'art. 324, comma 2, in linea con quanto stabilito dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., può avvenire nelle forme ammesse dall'art. 150 cod. proc. pen., senza peraltro che sia richiesta la consegna di una copia ulteriore rispetto a quella già spettante al difensore, appunto perché si tratta di una notifica sostitutiva e non aggiuntiva come invece è quella effettuata presso il domiciliatario; conforme, Sez. 1, n. 40324 del 24/09/2008, dep. 29/10/2008, Aboussad, rv. 241704, secondo cui la notifica del decreto di fissazione dell'udienza camerale dinanzi al tribunale di sorveglianza ben può essere effettuata, in favore del difensore del condannato irreperibile al domicilio dichiarato, a mezzo telefax, e ciò in forza dell'art. 148,

La **dottrina** era rimasta silente in ordine alla questione controversa.

L'**ordinanza di rimessione** individuava il contrasto circa la legittimità dell'uso del telefax per la notificazione al difensore di atti destinati all'imputato, o indagato, con specifico riguardo alle procedure di riesame, ritenendo, in particolare, che non potesse diversificarsi la soluzione in punto di legittimità del ricorso al telefax per le notificazioni a seconda che venga in rilievo la figura del difensore domiciliatario o del difensore nell'esercizio delle sue funzioni sostitutive.

Con sentenza del **28 aprile – 19 luglio 2011, n. 28451, Pedicone**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando il principio così massimato:

Massima n. 250121

La notificazione di un atto all'imputato o ad altra parte privata, in ogni caso in cui possa o debba effettuarsi mediante consegna al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma secondo-bis, cod. proc. pen.

Per un corretto ed esaustivo inquadramento normativo della questione, le Sezioni Unite sono partite dall'interpretazione dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., individuando il rapporto di tale norma con quella di cui all'art. 150 c.p.p.: *<<la natura innovativa di quanto previsto dall'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, emerge evidente dal raffronto tra le due norme, che induce altresì ad escludere che si tratti, come affermato in varie sedi, di una mera duplicazione di disposizioni in materia di notificazioni già previste dal codice di rito fin dall'origine. Una prima differenza tra le due norme, di particolare rilevanza, è data dalla previsione contenuta nell'art. 150 c.p.p., comma 1, che le forme diverse di notificazione siano consigliate da "circostanze particolari". Nulla dispone invece in proposito l'art. 148, comma 2 bis, codice di rito. Ai sensi dell'art. 150, inoltre, l'impiego, per la notificazione, "di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto" deve essere stabilita dal giudice con decreto motivato, che indichi (comma 2) "le modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario". L'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, rimette, invece, alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, comprendendo quindi anche il pubblico ministero, il disporre che le notificazioni o (anche) gli avvisi "siano eseguiti con mezzi tecnici idonei", senza che sia*

comma 2 bis, cod. proc. pen., che consente di eseguire "con mezzi tecnici idonei" tutti gli avvisi e le notificazioni al difensore, comprensive queste ultime delle notificazioni destinate all'interessato e fatte nelle forme dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., "non ravvisandosi alcuna ragione per pretendere l'osservanza di forme differenziate per le notificazioni direttamente rivolte al difensore in quanto tale e quelle a costui effettuate nell'interesse del suo patrocinato, stante l'identità fisica del soggetto comunque destinatario dell'atto".

necessario emettere un provvedimento che lo giustifichi. Le modalità diverse di notificazione o comunicazione degli avvisi stabilite dall'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, sono utilizzabili esclusivamente per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori, mentre le notificazioni previste dall'art. 150 c.p.p., possono essere disposte nei confronti di qualunque persona diversa dall'imputato>>.

Talora la giurisprudenza ha evidenziato, in base al raffronto tra le due norme, il carattere di specialità della previsione contenuta nell'art. 148, comma 2-bis, rispetto a quella dell'art. 150⁷³: *<<a ben vedere, però, la specialità della previsione contenuta nel comma 2 bis deve essere piuttosto riferita alla disciplina generale in materia di organi e forme delle notificazioni dettata dall'art. 148 c.p.p., mentre, a sua volta, l'art. 150 c.p.p., costituisce una norma speciale rispetto alla disciplina delle forme e mezzi ordinari di notificazione di cui allo stesso art. 148. Pertanto, la prima delle disposizioni citate risulta esclusivamente applicabile per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori e prescinde dalle prescrizioni formali dettate dal legislatore del 1988 per rendere certa la ricezione dell'atto da parte del suo destinatario, evidentemente in considerazione delle qualità professionali del difensore, nonché presumibilmente della maggiore affidabilità dei mezzi tecnici di trasmissione degli atti intervenuta nel frattempo>>.*

La norma, peraltro, ripete sostanzialmente il contenuto di quanto già previsto dall'art. 54 disp. att. c.p.p., comma 2, per la trasmissione all'ufficiale giudiziario degli atti da notificare: *<<sicché deve essere ravvisato un parallelo, di non secondaria importanza, tra l'omogeneità della disciplina prevista per la trasmissione degli atti tra organi dell'amministrazione giudiziaria e tra questi ultimi e la categoria professionale degli avvocati>>.*

Inoltre, il contenuto normativo del comma 2-bis è stato inserito nell'art. 148 c.p.p., che disciplina gli "organi e le forme delle notificazioni" con disposizione di carattere generale: *<<si può, quindi, inferire da tale rilievo di natura sistematica e dal dato letterale, che il legislatore ha previsto l'uso di mezzi tecnici idonei per le notificazioni o gli avvisi ai difensori quale sistema ordinario, generalizzato, alternativo all'impiego dell'ufficiale giudiziario o di chi ne esercita le funzioni (comma 1), purché sia assicurata l'idoneità del mezzo tecnico. La mancata individuazione, in sede normativa, dei mezzi tecnici idonei ad assicurare la effettiva conoscenza dell'atto (cosiddetta norma aperta) è evidentemente legata all'esigenza di non rendere necessario il continuo aggiornamento legislativo degli strumenti utilizzabili, ne' in qualche modo obbligatorio il loro utilizzo, tenuto conto della evoluzione scientifica e dell'effettivo grado di diffusione di nuovi mezzi tecnici di trasmissione>>.*

A parere delle Sezioni Unite, l'individuazione della categoria dei difensori quali "naturali" possibili destinatari o consegnatari delle notificazioni o avvisi con l'uso di

⁷³ Sez. 4, n. 41051 del 02/12/2008, dep. 03/11/2008, Davidovits.

mezzi tecnici idonei è evidentemente legata all'esigenza di tale categoria professionale di farne uso, come avviene generalmente con il telefax⁷⁴, per lo svolgimento della propria attività: *<<peraltro, va ribadito che nessun obbligo è imposto dalla legge circa la utilizzazione di particolari mezzi tecnici, quali il telefax, essendone possibile l'impiego solo allorché il destinatario della notificazione ai sensi dell'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, abbia comunicato all'autorità giudiziaria il proprio numero di telefax o lo abbia comunque reso di pubblico dominio>>.*

Dall'interpretazione dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen. quale disposizione di carattere generale in ordine alle modalità di notificazione degli atti o degli avvisi che devono essere ricevuti dai difensori, e dalla individuazione dei rapporti di tale norma con l'art. 150 stesso codice, deriva necessariamente che anche le notificazioni effettuate nei confronti del difensore, nella qualità di domiciliatario, a qualsiasi titolo, dell'imputato o indagato, possono essere eseguite ai sensi della disposizione citata: *<<tale interpretazione trova un riscontro, difficilmente sormontabile, nell'art. 157 c.p.p., comma 8 bis, aggiunto dal D.L. 21 febbraio 2005, n. 17, art. 2, comma 1, recante "Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna", convertito, con modificazioni, dalla L. 22 aprile 2005 n. 60. L'articolo citato, nel prevedere che le notificazioni all'imputato non detenuto, successive alla prima, sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia, mediante consegna ai difensori, stabilisce che per "le modalità della notificazione si applicano anche le disposizioni previste dall'art. 148, comma 2 bis". Orbene, il riferimento all'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, non può essere inteso come espressione della volontà del legislatore di escludere la possibilità di effettuare la notificazione con mezzi tecnici idonei, eseguita presso il difensore ma diretta all'assistito, in ogni altro caso diverso da quello previsto dall'art. 157, comma 8 bis, ma piuttosto nel senso di chiarire che tale modalità di notificazione è generalmente impiegabile per le notifiche successive alla prima di cui sia destinatario l'imputato e consegnatario il difensore>>.*

La Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 157, comma 8-bis, cod. proc. pen., ha avuto modo di evidenziare che la norma "si ispira all'esigenza di bilanciare il diritto di difesa degli imputati e la speditezza del processo, semplificando le modalità delle notifiche e contrastando eventuali comportamenti dilatori e ostruzionistici", e che il rapporto fiduciario, che lega l'imputato al suo difensore, implica "l'insorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente, che riguarda ovviamente, in primo luogo, la

⁷⁴ Il telefax è uno strumento tecnico che fornisce assicurazioni in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario, attestata dallo stesso apparecchio di trasmissione mediante il cosiddetto "OK" o altro simbolo equivalente (Sez. 2, n. 24798 del 03/06/2010, dep. 01/07/2010, Stankovic, Rv 247727, secondo la quale per il perfezionamento della notificazione non è richiesta la conferma da parte del destinatario dell'avvenuta ricezione, essendo all'uopo sufficiente il rapporto di positiva trasmissione). La ricezione inoltre avviene su supporto cartaceo di immediata percezione.

comunicazione degli atti"⁷⁵, ponendo in rilievo l'onere di diligenza a carico del difensore che sia consegnatario delle notificazioni⁷⁶; peraltro, come implicitamente affermato dalla citata pronuncia della Corte costituzionale, l'ordinamento giuridico non può farsi carico dell'eventuale disinteresse dell'imputato per il processo, allorché questi sia stato adeguatamente avvisato, cosa che avviene mediante la prima notificazione eseguita ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen. ovvero è dimostrata dalla intervenuta nomina di un difensore di fiducia: *<<sicché, tenuto conto delle qualità professionali del difensore e degli obblighi derivanti dal mandato fiduciario ricevuto ovvero per disposizione di legge, nel caso di nomina di ufficio per l'imputato che ne sia sprovvisto, non sussistono ragioni per valutare diversamente la sua idoneità a rendere adeguatamente edotto l'imputato della natura giuridica dell'atto di cui sia destinatario, a seconda che egli sia consegnatario dello stesso ai sensi dell'art. 157 c.p.p., comma 8 bis, ovvero quale domiciliatario nominato ai sensi dell'art. 161 stesso codice, indipendentemente dalle modalità con cui l'atto è stato notificato al consegnatario. La prima disposizione citata attribuisce, in ogni caso, al difensore la facoltà di comunicare immediatamente all'autorità giudiziaria che non intende accettare le notificazioni per conto del suo assistito ed all'imputato di porre nel nulla gli effetti della norma, provvedendo alla dichiarazione o elezione di domicilio>>.*

Non risulterebbe, pertanto, comprensibile, in ipotesi di una diversa interpretazione, *<<la ratio del sistema processuale in materia di notificazioni che consenta la notifica dell'atto di cui sia destinatario l'imputato presso il difensore, non domiciliatario ed al di fuori delle ipotesi di irreperibilità, latitanza o della inidoneità di altra elezione di domicilio, mediante l'uso di mezzi tecnici idonei, ai sensi dell'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, mentre non lo consenta allorché l'imputato abbia anche eletto domicilio presso il difensore. Ovviamente ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alle notificazioni da eseguirsi presso i difensori, ai sensi dell'art. 154 c.p.p., comma 4, nei confronti delle altre parti del processo>>.*

In virtù di queste considerazioni, è stato affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<La notificazione di un atto di cui sia destinatario l'imputato o altra parte privata, in ogni caso in cui esso possa o debba essere consegnato al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148 c.p.p., comma 2 bis>>.*

⁷⁵ Corte cost., sentenza n. 136 del 2008.

⁷⁶ Tale dovere di informazione da parte del difensore nei confronti del proprio assistito, sia pure riferito in generale alla illustrazione dei diritti e facoltà dell'imputato e degli atti che lo riguardano, era stato già affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sentenza 18 ottobre 2006 nel procedimento *Hermi* contro Italia (pp. 92-97) e ribadito nella successiva sentenza in data 28 febbraio 2008 nel procedimento *Dembukov* contro Bulgaria (pp. 50-57).

Cap. 7

Il giudizio

1. L'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale che legittima l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale, richiesta per l'utilizzazione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona informata sui fatti, consista o meno nella totale e definitiva impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante>>.

L'**orientamento dominante** riteneva che "il recupero probatorio mediante lettura delle dichiarazioni predibattimentali della persona residente all'estero è condizionato alla rituale citazione in dibattimento e al tentativo, anch'esso infruttuoso, di assumere la prova mediante rogatoria concelebrata"⁷⁷; a tal fine, si affermava che "non è sufficiente l'omessa comparsa in dibattimento in quanto l'impossibilità assoluta di svolgere l'esame in contraddittorio presuppone che il giudice abbia esplorato senza successo ogni possibilità di ovviare all'ostacolo frappostosi all'acquisizione della prova in dibattimento", e quindi che "deve essere verificata la possibilità di svolgere l'esame mediante rogatoria internazionale concelebrata secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria" - firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e ratificata dall'Italia il 23 agosto 1961 su autorizzazione della legge n. 215 del 1961 - per la quale "l'autorità richiedente e le parti processuali assistono all'esecuzione della rogatoria, se l'autorità richiesta lo consente"; con la conseguenza che, "se è vero che è pur sempre l'autorità straniera richiesta a compiere l'atto istruttorio secondo le regole previste dalla legge locale, è anche vero che è pur sempre l'autorità italiana richiedente, che è titolare del processo, e le parti dello stesso processo, che possono essere ammesse, secondo le convenzioni internazionali e la disponibilità della stessa autorità straniera, a formulare o suggerire domande secondo

⁷⁷ Sez. III, 23 aprile 2009, Remling, dep. 22 giugno 2009, n. 25979, rv. 243956; nello stesso senso, cfr. le sentenze Marku (sez. III, 22 novembre 2005, dep. 23 marzo 2006, n. 10199, rv. 234561), Bosceanu (sez. III, 8 marzo 2006, dep. 12 aprile 2006, n. 12940, rv. 234637) e Gentile (sez. II, 17 dicembre 2009, dep. 9 febbraio 2010, n. 5101, rv. 246277).

lo spirito del modello accusatorio". Se ne desumeva che "la constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici, connessi alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio, non autorizza di per sé la deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova dibattimentale che l'art. 111 Cost. configura non più come semplice diritto individuale ma come condizione di regolarità del processo". Pertanto, considerato che "il giudice italiano non ha il potere di ordinare l'accompagnamento coattivo del testimone residente all'estero, ex art. 133 cod. proc. pen.", l'assoluta impossibilità, "insuperabile per il giudice, di assumere la prova nel contraddittorio delle parti" si verifica "solo quando il giudice abbia inutilmente citato il testimone a comparire in dibattimento e abbia altrettanto inutilmente tentato di fare assumere la prova per rogatoria internazionale 'mista' con garanzie simili a quelle del sistema accusatorio". In sintesi, "non si può ritenere impossibile l'esame quando può essere esperita la rogatoria internazionale".

In senso contrario, una sola decisione⁷⁸ aveva affermato che "la lettura di dichiarazioni dibattimentali rese da persona residente all'estero è consentita quando appaia realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli la presenza del dichiarante in dibattimento, oppure quando non vi siano strumenti atti a vincere coattivamente la sua riluttanza a deporre: la 'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale' non va, infatti, intesa nel senso della totale e definitiva impossibilità materiale"; il disposto dell'art. 512-*bis* c.p.p., laddove fa riferimento 'al caso in cui non sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale', andrebbe inteso nel senso della concretezza e della ragionevolezza, non della totale e definitiva impossibilità materiale"; in sostanza, sarebbe lecito "dare lettura dei verbali delle dichiarazioni anteriori quando sia realisticamente impossibile ottenere in tempi ragionevoli la presenza del teste al dibattimento, oppure quando non vi siano strumenti atti a vincere coattivamente la sua riluttanza a deporre".

La **Corte costituzionale**, con sentenza n. 440 del 2000, ha dichiarato non fondata, in riferimento all'art. 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 512, nella parte in cui, alla stregua dell'interpretazione indicata nella sentenza n. 179 del 1994, consente di dare lettura dei verbali delle dichiarazioni rese alla p.g. o al p.m. nel corso delle indagini preliminari da prossimi congiunti dell'imputato che si avvalgano della facoltà di non rispondere: in particolare, la Corte ha precisato che l'interpretazione estensiva dell'art. 512 - già espressa con la sentenza n. 179 del 1994 - non è più compatibile con il nuovo quadro normativo e specificamente con l'ipotesi di deroga al contraddittorio 'per accertata impossibilità di natura oggettiva' di cui all'art. 111, comma 5, Cost., poiché il richiamo all'impossibilità di natura oggettiva non può che riferirsi a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sé rendono non

⁷⁸ Sez. II, 21 giugno 2007, dep. 13 agosto 2007, n. 32845, Lombardo, rv. 237757.

ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo.

Secondo la costante giurisprudenza della **Corte europea dei diritti dell'uomo**, i diritti della difesa sono ristretti in modo incompatibile con l'art. 6 della Convenzione EDU quando una condanna si fonda, unicamente o in modo determinante, sulla deposizione resa da un testimone che l'accusato non ha potuto interrogare o far interrogare nel corso dell'istruzione o nel corso del dibattimento⁷⁹; trattasi di principi accolti anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁸⁰.

La **dottrina dominante**, valorizzando l'estremo rigore della locuzione impiegata dal legislatore ("solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale"), riteneva che "soltanto quando siano stati (infruttuosamente) utilizzati tutti gli strumenti giudiziari tesi a conseguire l'escussione del testimone nel contraddittorio delle parti (sia che essa avvenga ad opera dell'autorità procedente italiana, sia che avvenga in concelebrazione con l'autorità giudiziaria straniera o, infine, al solo cospetto di quest'ultima), potrà ritenersi giustificabile l'istanza di lettura"; si evidenziava, inoltre, che, "mancando il giudice di qualunque potere coattivo nei confronti del teste residente all'estero, il suo adoperarsi al fine di assicurare il contraddittorio sui *dicta* del teste, deve assumere tratti diversi adeguati alla peculiarità delle circostanze; e l'istituto della rogatoria esiste esattamente allo scopo di consentire l'acquisizione di prove situate in territorio estero; onde per cui potrà dirsi impossibile l'esame dibattimentale del teste, solo quando si sia rivelata impossibile anche la rogatoria, quale che ne sia il motivo". Si sottolineava che l'impossibilità di svolgere l'esame in giudizio deve adeguarsi al significato del concetto di "irripetibilità" adottato dalla previsione costituzionale, il cui carattere è assoluto ed il cui fondamento risiede in ragioni oggettive e non in opzioni libere della fonte di prova; si evidenziava, infine, che è dubbia la compatibilità con l'art. 6, par. 3, lett. d), Convenzione EDU dell'art. 512-*bis* c.p.p., anche nella nuova formulazione introdotta dall'art. 43 l. 16 dicembre 1999 n. 479, posto che l'eventuale assenza del residente all'estero all'udienza può portare all'utilizzazione delle sue dichiarazioni predibattimentali: nel caso in cui esse siano state rese in assenza dell'imputato o del suo difensore, e siano determinanti per fondare la condanna, vi sarà un *vulnus* del diritto ad esaminare i testimoni a carico.

⁷⁹ Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; Corte EDU, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; Corte EDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

⁸⁰ Cfr., in tal senso, le sentenze Poltronieri (sez. II, 18 ottobre 2007, dep. 22 novembre 2007, n. 43331, rv. 238199) e Rotaru (sez. III, 15 giugno 2010, dep. 15 luglio 2010, n. 27582, rv. 248052). *Contra*, le sentenze Benea (sez. V, 16 marzo 2010, dep. 26 aprile 2010, n. 16269, rv. 247258), Marinkovic (sez. I, 23 settembre 2009, dep. 18 novembre 2009, n. 44158, rv. 245556), Mzoughia (sez. I, 6 maggio 2010, dep. 27 maggio 2010, n. 20254, rv. 247618).

Con sentenza del **25 novembre 2010 – 14 luglio 2011, n. 27918, D.F.**, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto, affermando i principi così massimati:

Massime nn. 250197 - 9

Ai fini dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, ex art. 512-bis cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero, è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso - secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria - verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Occorre, inoltre, che l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, occorre che risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

Ai fini dell'operatività (art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen.) del divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente - in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) - la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione.

Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale.

Le Sezioni Unite, dopo aver riepilogato le attività processuali nel caso di specie svolte prima che fosse disposta la lettura delle dichiarazioni rese dalla persona offesa alla polizia giudiziaria, hanno ricostruito la genesi ed il contenuto dispositivo dell'art. 512-bis cod. proc. pen., la cui attuale formulazione, introdotta dal l. n. 479 del 1999, persegue le finalità di <<armonizzare la disciplina delle letture col metodo dialettico di

formazione della prova imposto dal novellato art. 111 Cost.; garantire i principi del contraddittorio nell'acquisizione della prova, anche se ciò può comportare un allungamento dei tempi del processo per la necessità di ulteriori accertamenti volti a verificare l'eventuale effettiva assoluta impossibilità di procedere all'esame dibattimentale; conformare l'ordinamento interno agli obblighi internazionali>>.

Si è, in particolare, osservato che la nuova formulazione dell'art. 512-bis, <<se da un lato, ne ha esteso l'ambito di applicazione modificando la qualifica soggettiva della fonte di prova, che ora non è più il cittadino straniero ma qualsiasi persona residente all'estero, senza distinguere sulla nazionalità, da un altro lato, ne ha però drasticamente ridotto la portata derogatoria rispetto al principio della formazione della prova in dibattimento. Secondo la nuova disposizione, per poter recuperare a fini probatori le dichiarazioni pregresse non è più sufficiente la mancata comparizione o, addirittura, la mancata citazione, ma occorre che la parte richiedente abbia regolarmente citato la persona residente all'estero e, qualora questa non si sia presentata, occorre, altresì, che sia accertata l'assoluta impossibilità di sottoporla ad esame dibattimentale. La nuova formulazione tende dunque a neutralizzare le così dette "irripetibilità di comodo" e si fonda principalmente sulla impossibilità di ripetizione delle dichiarazioni>>.

Essa assume i caratteri dell'eccezionalità e della residuante rispetto al principio generale posto dall'art. 111 Cost. del favor per l'assunzione della fonte dichiarativa nel contraddittorio delle parti e innanzi al giudice chiamato a decidere <<devono quindi essere interpretati restrittivamente e rigorosamente gli elementi da esso previsti ed ai quali è condizionata la sua applicazione (richiesta della parte interessata; facoltà del giudice con obbligo di motivare adeguatamente l'accoglimento o il rigetto della richiesta; decisione tenendo conto degli altri elementi di prova acquisiti; possibilità di lettura delle sole dichiarazioni documentate con un verbale ed assunte anche a seguito di rogatoria internazionale; effettiva residenza all'estero della persona, italiana o straniera; effettiva e valida citazione del teste e mancata comparizione dello stesso; assoluta impossibilità del suo esame dibattimentale)>>.

Con specifico riguardo al caso di specie, tra i predetti elementi assumono rilevanza la mancata comparizione del teste nonostante la sua effettiva regolare citazione e l'adempimento dell'onere, gravante sulla parte interessata, di provare l'assoluta impossibilità dell'escussione dibattimentale.

Per quanto riguarda la corretta, effettiva e valida citazione, <<è evidente che l'accertamento della mancata comparizione del teste e della assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale richiede logicamente la preliminare verifica del buon esito della citazione. Non potrebbe, invero, parlarsi di mancata comparizione se non si è certi che la citazione sia validamente ed effettivamente avvenuta. Del resto, la citazione andata a buon fine è uno degli elementi maggiormente significativi della

disciplina posta dal nuovo testo dell'art. 512-bis cod. proc. pen., esprimendo la chiara volontà del legislatore di superare la norma precedente, che si applicava a tutti i casi di mancata comparizione in dibattimento del testimone straniero, anche in assenza di citazione. Il requisito dell'assenza del teste residente all'estero è invece ora acclarabile solo se egli sia stato correttamente citato, senza tralasciare - ove occorra - le forme della rogatoria internazionale>>.

Sul punto della verifica del presupposto di una effettiva e valida citazione, la giurisprudenza di questa Corte, con riferimento al nuovo testo, ha esattamente affermato che l'accertamento della impossibilità di "natura oggettiva" di assunzione dei dichiaranti residenti all'estero presuppone una rigorosa verifica della regolare citazione all'estero delle persone e il controllo di un eventuale stato di detenzione e, in tal caso, l'attivazione delle procedure stabilite per ottenere la traduzione temporanea in Italia di dichiaranti detenuti o la loro assunzione mediante rogatoria con le garanzie del contraddittorio⁸¹: *<<la deroga al principio costituzionale della formazione della prova nel contraddittorio richiede pertanto che la persona sia effettivamente residente all'estero; che sia stata citata; e che tale citazione sia avvenuta nelle forme inderogabilmente prescritte dalla legge, non potendo aversi incertezza in ordine alla verifica rigorosa della sussistenza dei presupposti della deroga, collegata all'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale di un soggetto che abbia avuto conoscenza legale dell'obbligo di presentarsi al processo. In particolare, le modalità di legge per la citazione del teste all'estero sono quelle previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali, senza alcuna possibilità di equipollenti affidati alla libertà di forma ed all'iniziativa del singolo ufficio giudiziario in riferimento a problemi contingenti ed asseritamente dovuti a difficoltà organizzative>>.*

In conclusione, *<<la mancata comparizione del testimone residente all'estero è comportamento che può conseguire solo ad una citazione andata a buon fine, il che presuppone che egli sia stato correttamente citato, nelle forme dettate dalla peculiarità del caso, ivi comprese quelle della rogatoria internazionale. Presuppone altresì, nel caso in cui la notificazione non sia stata effettuata perché il teste non è stato trovato all'indirizzo indicato (come nel caso di specie, in cui due volte su tre è risultato sconosciuto in detto indirizzo), che siano compiuti tutti quegli accertamenti necessari e opportuni per potere individuarne l'attuale domicilio>>.*

Per quanto riguarda poi l'adempimento dell'onere, gravante sulla parte interessata, di provare l'assoluta impossibilità dell'escussione dibattimentale, la lettura delle dichiarazioni rese dalla persona residente all'estero, citata e non comparsa, è poi consentita "solo nel caso in cui non ne sia assolutamente possibile l'esame dibattimentale": ed il quesito sottoposto a queste Sezioni Unite riguarda specificamente i caratteri di questa assoluta impossibilità.

⁸¹ Sez. 6, sent. n. 28845 del 12/04/2002, Daneluzzi, Rv. 222743.

Dopo aver ricostruito i contrapposti orientamenti, le Sezioni Unite hanno osservato che in sede di legittimità il contrasto è, in realtà, inconsapevole, in quanto la decisione della quale consiste l'orientamento minoritario non dà atto del diverso e prevalente orientamento, e quindi non indica le ragioni per le quali ritiene di disattenderlo: *<<sembra, pertanto, che in realtà si sia trattato di un mero richiamo alla (ormai superata) giurisprudenza formatasi sul previgente testo dell'art. 512-bis cod. proc. pen. Il contrasto appare poi anche isolato perché non risulta che altre decisioni massimate abbiano ritenuto che, alla stregua del nuovo testo dell'art. 512-bis cod. proc. pen., per considerare accertata l'assoluta impossibilità dell'esame del teste residente all'estero sia sufficiente l'avvenuta regolare citazione e la mancata comparizione, senza necessità di ulteriore attivazione da parte del giudice. Questa tesi minoritaria, a ben vedere, non è stata seguita nemmeno dalle altre decisioni richiamate dalla ordinanza di rimessione, dal momento che alcune di esse si limitano a rilevare che nel caso preso in esame il teste non era stato regolarmente citato⁸², mentre altre sottolineano espressamente la necessità che si tratti di una impossibilità di natura oggettiva⁸³ >>.*

A parere delle Sezioni Unite, merita conferma l'orientamento più restrittivo e prevalente, *<<se non altro perché una diversa interpretazione, quale quella seguita dall'altro orientamento - al pari di ogni altra interpretazione troppo elastica sul requisito della impossibilità oggettiva di assunzione diretta del dichiarante - si porrebbe in contrasto con i principi posti dall'art. 111 Cost.>>.* E' stata, in proposito, ricordata l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, sin dalla modifica dell'art. 111 Cost., e si è concluso che, nel nuovo quadro costituzionale, *<<non è più possibile collegare la lettura dibattimentale di atti non più ripetibili alla libera determinazione del dichiarante e non è più invocabile, nemmeno ai fini di un bilanciamento, il principio di non dispersione dei mezzi di prova, non più compatibile con il nuovo principio costituzionale del contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio. Nemmeno sembra più invocabile un principio di accertamento della verità reale, perché le regole vigenti costituiscono esse stesse espressione di un principio assunto a regola costituzionale e costituiscono una garanzia per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita. Le uniche deroghe al contraddittorio ora consentite sono quelle enucleate dall'art. 111 Cost., comma 5, e sono evidentemente tassative e non suscettibili di una interpretazione estensiva>>.*

Ne consegue che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 512-bis cod. proc. pen. non può che ricondurre "l'assoluta impossibilità dell'esame" di cui esso parla alla "accertata impossibilità oggettiva", prevista quale deroga costituzionale al

⁸² Sez. 2, sent. n. 41260 del 14/12/2006, Nicodemo, cit.; Sez. 6, sent. n. 9964 del 4.2.2003, Benedetti, Rv. 224710.

⁸³ Sez. 6, sent. n. 28845 del 12/04/2002, Daneluzzi, cit.

contraddittorio dall'art. 111 Cost., comma 5, così come interpretata dalla Corte costituzionale: *<<pertanto, l'assoluta impossibilità di ripetizione dell'esame non può consistere (come nella specie si è ritenuto) in una impossibilità, di tipo giuridico, rappresentata dalla mera circostanza che al giudice italiano non è consentito ordinare, ex art. 133 cod. proc. pen., l'accompagnamento coattivo di persona residente all'estero. Se così fosse, del resto, si vanificherebbe sostanzialmente il requisito, dal momento che una impossibilità giuridica di questo genere è sempre presente in tutte le ipotesi di testimone che risiede all'estero. D'altra parte, la sola impossibilità di ordinare l'accompagnamento coattivo non determina nemmeno una impossibilità giuridica assoluta, essendo praticabili, come si vedrà, altri strumenti, quali la rogatoria internazionale. Poiché il richiamo costituzionale ad una impossibilità di natura oggettiva si riferisce a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante, deve escludersi che l'impossibilità possa comunque dipendere esclusivamente dalla volontaria sottrazione del testimone al dibattimento, fatta ovviamente eccezione per l'ipotesi in cui la volontà di non presentarsi si sia determinata "per effetto di provata condotta illecita". L'impossibilità, oltre che oggettiva, deve essere assoluta>>*. Essa non può, quindi, discendere dalla constatazione di difficoltà logistiche, di spese elevate, di intralci burocratici, connessi alle procedure volte ad ottenere la ripetizione delle risultanze investigative in giudizio; né potrebbe integrare una impossibilità assoluta, una precaria assenza del testimone dal suo domicilio, o una infermità provvisoria, o il caso in cui il teste, residente all'estero, pur non presentandosi, abbia comunicato la propria disponibilità a rendere l'esame in una data successiva>>.

In ogni caso, *<<il giudice non può limitarsi a constatare la validità della citazione e la mancata presenza del testimone, ma, pur non potendone disporre l'accompagnamento, deve attivarsi per compiere non solo tutte le indagini occorrenti per localizzarlo, ma anche tutte le attività necessarie perché il teste stesso possa essere in qualche modo sottoposto ad un esame in contraddittorio tra le parti>>*.

Si è, dunque, ritenuto che fra le attività che il giudice deve compiere vi è anche quella di disporre, ove sia possibile, una rogatoria internazionale così detta "concelebrata" o "mista" del teste residente all'estero, con garanzie simili a quelle del sistema accusatorio, conformemente del resto a quanto affermato dalla prevalente giurisprudenza dianzi ricordata: *<<difatti, poiché l'impossibilità di comparire deve essere, oltre che "oggettiva", anche "assoluta", essa richiede che il giudice abbia esplorato, senza successo, tutte le possibilità e tutti gli strumenti a sua disposizione per cercare di superare gli ostacoli e di pervenire alla formazione della prova in contraddittorio. Ora, l'ordinamento italiano, nell'ipotesi di testimone residente all'estero, prevede appunto lo strumento della possibilità di assunzione della testimonianza o di altro atto istruttorio mediante rogatoria internazionale cd. "concelebrata", secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione Europea di*

assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, ratificata dall'Italia in data 23 agosto 1961 e resa esecutiva con la L. 23 febbraio 1961, n. 215, art. 2, il suddetto art. 4 dispone che, se l'autorità richiedente lo domanda espressamente e l'autorità richiesta lo consente, l'autorità richiedente e le parti processuali possono assistere all'esecuzione della rogatoria. Pertanto, anche se è pur sempre l'autorità straniera richiesta a compiere l'atto istruttorio secondo le regole previste dalla legge locale, tuttavia l'autorità italiana richiedente, titolare del processo, e le parti dello stesso processo, possono essere ammesse secondo le convenzioni internazionali e la disponibilità della stessa autorità straniera, a formulare o suggerire domande secondo lo spirito del modello accusatorio>>.

Si è, conclusivamente sul punto, ritenuto che, per rispettare il principio del contraddittorio nella formazione della prova fissato dall'art. 111 Cost., comma 4, è necessario e sufficiente che le parti abbiano avuto la possibilità di interloquire dialetticamente nell'assunzione della prova, anche se in concreto non l'abbiano esercitata; per rispettare poi la deroga consentita dall'art. 111 Cost., comma 5, è necessario che sia stata ritualmente, ma inutilmente, richiesta l'escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista" del tipo di quella prevista dall'art. 4 della citata Convenzione, potendo in tal caso ritenersi verificata un'assoluta ed oggettiva impossibilità di procedere all'esame dibattimentale nel contraddittorio delle parti: *<<in altre parole, un'assoluta impossibilità di assumere la prova in contraddittorio si potrà verificare solo quando il giudice, dopo avere esperito tutte le opportune e necessarie attività dirette a localizzare il teste, lo abbia inutilmente citato a comparire ed abbia tentato, altrettanto inutilmente, di fare assumere la prova per rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista", senza raggiungere lo scopo per ragioni a lui non imputabili e insuperabili, ad esempio per la mancanza di convenzioni di assistenza giudiziaria con lo Stato di residenza del teste. Una impossibilità assoluta ed oggettiva di esame in contraddittorio si potrà anche verificare nel caso di irreperibilità del soggetto residente all'estero (cfr. Corte cost., ord. n. 375 del 2001). Anche in questa ipotesi andrà applicata - sempre che il soggetto fosse effettivamente residente all'estero già al momento in cui rese le dichiarazioni della cui lettura si tratta - la disposizione dell'art. 512-bis cod. pen., la quale detta appunto, per le "dichiarazioni rese da persona residente all'estero", una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella più generale posta dall'art. 512 cod. pen. in ordine alla lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. Con la conseguenza che non è necessario il requisito della imprevedibilità della sopravvenuta impossibilità di ripetizione, requisito richiesto dall'art. 512 ma non dall'art. 512-bis cod. proc. pen., stante la finalità della norma che riguarda soggetti che possono trovarsi anche per brevissimo tempo e di passaggio in Italia. Se invece il soggetto al momento della deposizione era anche di*

fatto residente in Italia, non vi sono ragioni per non applicare l'art. 512 e derogare alla necessita del requisito, altresì, della imprevedibilità>>.

In virtù dei rilievi che precedono, è stato conclusivamente affermato, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., il seguente principio di diritto: *<<affinché, ai sensi dell'art. 512-bis cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro, necessario: **a)** che vi sia stata una effettiva e valida notificazione della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia vendicata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; **b)** che l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo ne' in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; **c)** che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista" del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959>>*

L'ordinanza di rimessione poneva un quesito anche in relazione all'applicazione dell'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., ed all'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale. Le Sezioni Unite hanno osservato che, al fine di dare una corretta interpretazione della disposizione, è indispensabile tenere conto delle norme della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata il 4 novembre 1950 e resa esecutiva nel nostro ordinamento con L. 4 agosto 1955, n. 848, ed in particolare dell'art. 6, comma 3, lett. d)⁸⁴, che sancisce il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore: *<<nella giurisprudenza della Corte EDU questa disposizione costituisce specificazione del principio di equità processuale ed espressione della disciplina concernente qualsiasi tipo di prova, sicché il diritto alla prova implica anche quello alla sua effettiva assunzione in contraddittorio>>.*

Dopo aver riepilogato gli orientamenti della giurisprudenza europea in argomento, si è evidenziato che *<<l'acquisizione come prova di dichiarazioni assunte senza contraddittorio non risulta di per sé in contrasto con l'art. 6 della CEDU, ma sussistono precisi limiti alla loro utilizzazione probatoria, al fine di impedire che l'imputato possa essere condannato sulla base esclusiva o determinante di esse. Pertanto, l'ammissibilità di una prova testimoniale unilateralmente assunta dall'accusa può*

⁸⁴ "Ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico".

risultare conforme al dettato del citato art. 6, ma affinché il processo possa dirsi equo nel suo insieme in base ad una lettura congiunta dell'art. 6, commi 1 e 3 lett. d), una condanna non deve fondarsi esclusivamente o in maniera determinante su prove acquisite nella fase delle indagini e sottratte alla verifica del contraddittorio, anche se differito>>, poiché il principio affermato dalla giurisprudenza europea è che "i diritti della difesa sono limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si basa, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento"⁸⁵, e ciò anche quando il confronto è divenuto impossibile per morte del dichiarante o per le sue gravi condizioni di salute⁸⁶, ovvero quando l'irreperibilità del dichiarante sia giuridicamente giustificata da un diritto di costui al silenzio, come nel caso di coimputati⁸⁷ o di imputati di reato connesso⁸⁸.

In sostanza, dall'art. 6 della Convenzione EDU, per come costantemente e vincolativamente interpretato dalla Corte di Strasburgo, <<discende una norma specifica e dettagliata, una vera e propria regola di diritto - recepita nel nostro ordinamento tramite l'ordine di esecuzione contenuto nella L. 4 agosto 1955, n. 848, art. 2 - che prescrive un criterio di valutazione della prova nel processo penale, nel senso che una sentenza di condanna non può fondarsi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttoria né durante il dibattimento>>.

L'ordinanza di remissione ha posto il quesito esclusivamente con riguardo alla norma nazionale dell'art. 526 c.p.p., comma 1-bis, ed in particolare limitatamente alla valutazione dell'elemento della volontà del dichiarante residente all'estero di sottrarsi all'esame dibattimentale, prospettando che, secondo alcune decisioni, è decisivo che la mancata presenza del teste all'esame sia volontaria, mentre, per altre decisioni, occorre la prova (diretta o logica) che l'assenza sia determinata da una chiara volontà di sottrarsi al contraddittorio: <<se ci si pone in questa prospettiva - ossia se si considera esclusivamente la norma nazionale - il dubbio va risolto preferendo l'interpretazione adeguatrice che riduca al massimo i possibili casi di contrasto con la norma ed i principi convenzionali (e quindi sia maggiormente conforme agli stessi), ossia l'interpretazione che assegni il significato più ampio all'elemento della volontaria sottrazione all'esame per libera scelta, così determinando la più estesa applicazione della regola probatoria che impedisce al giudice di fondare la condanna su risultanze pure ritualmente acquisite alla sua conoscenza. L'elemento in esame, pertanto, deve

⁸⁵ Corte EDU, sent. 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia; sent. 13 ottobre 2005, Bracci, cit.; sent. 9 febbraio 2006, Cipriani c. Italia; sent. 19 ottobre 2006, Majadallah, cit.; sent. 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia.

⁸⁶ Corte EDU, sent. 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia.

⁸⁷ Corte EDU, sent. 20 aprile 2006, Carta c. Italia.

⁸⁸ Corte EDU, sent. 27 febbraio 2001, Luca c. Italia.

ravvisarsi tutte le volte che la mancata presenza del teste residente all'estero debba ritenersi volontaria, perché il soggetto, avendone comunque avuto conoscenza, non si è presentato all'esame in dibattimento o in rogatoria, quali che siano i motivi della mancata presentazione, purché ovviamente riconducibili ad una sua libera scelta, e cioè ad una scelta non coartata da elementi esterni>>.

Al quesito proposto dalla sezione rimettente si è, pertanto, risposto che <<*non occorre la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta (anche per difficoltà economiche, disagi del viaggio, mancanza di interesse, e così via), sempre che non vi sia la prova o la presunzione di una illecita coazione, di una violenza fisica o psichica, o di altre illecite interferenze o elementi esterni che escludano una libera determinazione (ad es., soggetto detenuto all'estero; grave infermità fisica; timori per le propria incolumità per altre vicende personali; pressioni di tipo economico)>>.*

Si è anche precisato - al fine di giungere, anche per questa ipotesi, ad una interpretazione che eviti il più possibile i contrasti con la norma Europea - che <<*non è indispensabile che il teste sia stato raggiunto da una citazione, ai fini della dimostrazione della sua volontà di sottrarsi al contraddittorio, in quanto tale volontà potrebbe presumersi anche sulla base di elementi diversi dalla avvenuta citazione>>.*

Si è, infine, ritenuta la possibilità di una interpretazione adeguatrice della normativa interna, poiché, <<*quanto all'art. 111 Cost., comma 5, può rilevarsi che questo detta norme sulla formazione ed acquisizione della prova, mentre la regola convenzionale in esame pone un criterio di valutazione della prova dichiarativa regolarmente acquisita. La deroga al principio della formazione dialettica della prova autorizza l'acquisizione al processo dell'atto compiuto unilateralmente, ma non pregiudica la questione del valore probatorio che ad esso, in concreto, va attribuito. Non vi è quindi incompatibilità tra la norma CEDU e l'art. 111 Cost., comma 5. Quanto all'art. 111 Cost., comma 4, seconda parte, ed all'art. 526 c.p.p., comma 1-bis, può, in primo luogo farsi ricorso al tradizionale criterio ermeneutico della presunzione di conformità delle norme interne successive rispetto ai vincoli internazionali pattizi, ossia alla presunzione che il legislatore (di revisione costituzionale ed ordinario) non abbia inteso sottrarsi all'obbligo internazionale assunto dallo Stato, non volendo incorrere nella conseguente responsabilità per inadempimento nei rapporti con gli altri Stati. Il criterio della interpretazione conforme alle norme dei trattati è stato del resto di recente riaffermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 349 del 2007), secondo la quale anzi il criterio opera anche quando l'obbligo internazionale è successivo alla disciplina legislativa interna e trova fondamento positivo nell'art. 117 Cost., comma 1. Nel caso di specie questo criterio ermeneutico acquista poi tanto più valore in quanto è pacifico - per espressa dichiarazione di intenti del legislatore - che l'art. 526 cod. proc.*

pen., comma 1-bis è stato introdotto dalla L. 1 marzo 2001, n. 63, art. 19, a mò di traduzione codicistica (con aggiustamenti esclusivamente formali) del precetto recato dall'art. 111 Cost., comma 4, seconda parte, come novellato dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, e che quest'ultima, a sua volta, si proponeva proprio di rendere espliciti a livello costituzionale i principi del giusto processo enunziati dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo>>.

Si è, in proposito, osservato che sarebbe incongruo ritenere che il legislatore, proprio nel momento in cui ha operato una revisione dell'art. 111 Cost. al fine introdurre i principi convenzionali sul giusto processo, abbia poi posto invece una norma incompatibile con quella convenzionale: *<<la differenza di formulazione rispetto alla norma CEDU non può, pertanto, essere intesa nel senso di una volontà del legislatore di impedire l'applicazione della regola convenzionale. La diversità di articolazione delle norme non esclude che esse costituiscono comunque applicazione di un identico o analogo principio generale inteso a porre un rigoroso criterio di valutazione delle dichiarazioni dei soggetti che la difesa non ha mai avuto la possibilità di esaminare e ad eliminare o limitare statuizioni di condanna fondate esclusivamente su tali dichiarazioni. Le norme nazionali e convenzionali, dunque, rispondono ad un ratto e perseguono finalità non dissimili. È stato perciò esattamente osservato che proprio la circostanza che il nuovo testo dell'art. 111 Cost., trova la sua origine in fonti convenzionali internazionali "invita l'interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale">>.*

E' stata quindi esclusa la sussistenza di una totale non conformità tra l'art. 111 Cost., comma 4, e la regola convenzionale in esame, come enucleata dalla Corte EDU, *<<e tanto più può escludersi che vi sia tra questa regola e l'art. 526 c.p.p., comma 1-bis, una assoluta e puntuale incompatibilità, tale da far sì che l'applicazione dell'una escluda l'applicazione dell'altro>>.*

Si è poi evidenziato che l'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., riproducendo l'art. 111, comma 4, Cost., pone un limite alla utilizzazione probatoria delle dichiarazioni non rese in contraddittorio valevole per alcune determinate ipotesi, e che la norma convenzionale pone una analoga regola di valutazione probatoria delle stesse dichiarazioni valevole anche per altre ipotesi: *<<ora, la norma nazionale dice solo che in quelle ipotesi si applica quella regola, ma non dice anche che in ipotesi diverse debba valere un opposto criterio, ossia non esclude che anche nelle altre ipotesi possa applicarsi un analogo criterio di valutazione probatoria, ricavato in via interpretativa dalle norme o dai principi in materia o anche posto da una diversa norma comunque operativa nell'ordinamento. La norma nazionale, in applicazione del principio generale del giusto processo, pone una determinata tutela per l'imputato, ma non esclude che*

una tutela più estesa possa essere posta o ricavata da norme diverse. Del resto, se si considera il rapporto tra il principio generale del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale posto dalla prima parte dell'art. 111 Cost., comma 4 e la regola posta dalla seconda parte del medesimo comma, si deve convenire che questa regola va intesa non già come eccezione, bensì come svolgimento ed attuazione del principio generale. Essa pertanto non può essere considerata come eccezionale, sicché identica o analoga regola di valutazione probatoria legittimamente può essere prevista per ipotesi ulteriori>>.

Si è concluso che <<è conforme al sistema ritenere che analoghi criteri valutativi, ed in particolare la necessità di esaminare le dichiarazioni congiuntamente ad altri elementi di riscontro, debbano operare anche quando l'imputato non abbia mai avuto la possibilità di interrogare il dichiarante, considerando che l'assenza del controesame abbassi fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato. Del resto, nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante (che in alcuni casi, come per l'imputato di reato connesso o del testimone assistito, richiede la presenza di riscontri esterni che ne confermino l'attendibilità)>>.

Cap. 8

Le impugnazioni

1. Ricorso per cassazione. Interesse ad impugnare della parte civile.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a decidere

<<se sussista o meno l'interesse della parte civile a proporre ricorso contro la declaratoria di improcedibilità per mancanza di querela>>.

Un orientamento riteneva sussistente l'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza di improcedibilità per mancanza di querela, atteso che la scelta di coltivare l'azione civile nel processo penale, spettante al danneggiato dal reato, rappresentava una determinazione che trovava tutela e riconoscimento nel vigente ordinamento giuridico, né a tal fine poteva rilevare in senso impeditivo la circostanza che la pronuncia di improcedibilità non fosse vincolante nell'eventuale giudizio civile; sussisteva comunque l'interesse del querelante, costituitosi parte civile, a perseguire l'intendimento di chiedere nel procedimento penale l'affermazione del diritto al risarcimento del danno.

L'orientamento maggioritario riteneva inammissibile per difetto di interesse il ricorso per cassazione avanzato dalla parte civile allo scopo di rimuovere una pronuncia di improcedibilità per mancanza di querela, in quanto tale pronuncia, non coinvolgendo il merito dei rapporti patrimoniali tra la parti, non impediva al giudice civile di conoscere senza vincoli le conseguenze dannose derivanti dal fatto. Questo orientamento era consolidato sotto la vigenza del codice abrogato: all'epoca, esso fondava sul più generale principio secondo cui, nel caso di proscioglimento pronunciato in giudizio, doveva riconoscersi l'interesse della parte civile a proporre ricorso per cassazione in tutte le ipotesi in cui, pur non essendo precluso l'esercizio dell'azione civile ai sensi dell'art. 25 cod. proc. pen. previgente, potesse derivare da taluna delle disposizioni della sentenza, indipendentemente dalla formula adottata, una limitazione per la parte civile stessa al pieno soddisfacimento nella sede competente della pretesa risarcitoria.

Analoghi contrasti dividevano la **dottrina**.

Le Sezioni Unite, con sentenza del **28 aprile – 20 giugno 2011, n. 24542, P.c. ric. in proc. Miano**, preso atto che il difensore ed il rappresentante legale della società ricorrente hanno ritualmente rinunciato all'impugnazione, e che la questione sottoposta alle Sezioni Unite non può essere esaminata, hanno dichiarato inammissibile il ricorso.

Al riguardo, non possono che essere ribadite le considerazioni già svolte nella premessa alla *Rassegna* delle decisioni intervenute nell'anno 2010, per evidenziare il perdurare di una ingiustificabile lacuna normativa.

L'art. 363, comma 3, cod. proc. civ. (introdotto dall'art. 4 D. Lgs. n. 40 del 2006) prevede che *<<Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza>>*.

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

Il quadro normativo attualmente vigente preclude, pertanto, al Supremo Collegio penale l'esercizio della funzione nomofilattica (al contrario, recuperata e potenziata nel settore civile), differendo, in caso di inammissibilità del ricorso, la risoluzione del contrasto di giurisprudenza ad altra remissione, ed imponendo nelle more il perdurare delle incertezze interpretative⁸⁹.

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

⁸⁹ Il problema si pone, naturalmente, ma con minori conseguenze negative, anche per le Sezioni semplici penali.

PARTE II

LE ALTRE QUESTIONI

SEZIONE I

PROCEDURA PENALE

Cap. 9

Gli atti.

1. Notificazione al domiciliatario non reperito.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni Unite, con la sentenza del **28 aprile – 19 luglio 2011, n. 28451, Pedicone**, hanno anche affermato che:

Massima n. 250120

La notificazione di un atto all'imputato, che non sia possibile presso il domicilio eletto per il mancato reperimento, nonostante l'assunzione di informazioni sul posto e presso l'ufficio anagrafe, del domiciliatario, che non risulti risiedere o abitare in quel Comune, deve essere eseguita mediante consegna al difensore e non mediante deposito nella casa comunale con i correlati avvisi, perché detta situazione si risolve in un caso di inidoneità dell'elezione di domicilio. (La Corte ha precisato che allo stesso modo occorre procedere nel caso in cui il domiciliatario rifiuti di ricevere l'atto e, ove vi sia invece dichiarazione di domicilio, nel caso in cui al domicilio dichiarato non sia reperito l'imputato né vi siano altre persone idonee a ricevere).

Le Sezioni Unite hanno dovuto esaminare, prima della questione controversa ad esse devoluta, una pregiudiziale eccezione di nullità della notifica eseguita presso il domiciliatario, senza l'osservanza delle forme del deposito presso la casa comunale e degli avvisi previsti dall'art. 157, comma 8, c.p.p.

Anche in argomento è stato enucleato un contrasto di giurisprudenza:

(a) un orientamento risalente⁹⁰ aveva affermato che, quando il domicilio dichiarato sia stato individuato, ma non vi sia stato reperito l'imputato o il domiciliatario da lui nominato, ne' vi siano persone idonee a ricevere la copia dell'atto, la notificazione deve avvenire mediante deposito nella casa comunale, ai sensi dell'art. 157 c.p.p., comma 8;

(b) un orientamento più recente riteneva, invece, che il mancato reperimento dell'imputato presso il domicilio dichiarato ovvero del domiciliatario da lui indicato, nel

⁹⁰ Sez. 3, n. 4033 del 21/02/1997, dep. 07/05/1997, Scarlato, Rv 207763; Sez. 6, n. 611 del 21/02/1995, dep. 24/05/1995, Sapienza, Rv 201883.

caso in cui le informazioni raccolte nel vicinato non diano esito alcuno, si sostanzia in una situazione di inidoneità o insufficienza della dichiarazione, rendendo così legittima la notifica mediante consegna al difensore, senza che sia consentito dar corso agli adempimenti di cui all'art. 157, comma 8, c.p.p.⁹¹.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto condivisibile l'orientamento più recente, osservando che *<<il sistema delineato dagli artt. 161, 162, 163 e 164, c.p.p., per le notificazioni da eseguirsi presso il domicilio dichiarato o eletto ovvero mediante consegna dell'atto al domiciliatario, si palesa quale complesso di disposizioni esaustivo, ai fini del perfezionamento della notificazione, e si pone come alternativo a quello previsto dall'art. 157 c.p.p., per la prima notificazione all'imputato non detenuto; sistema che non può essere contaminato con l'applicazione di disposizioni riguardanti le ipotesi della prima notificazione, che risultino incompatibili con esso>>*.

Tale sistema è fondato sul dovere dell'imputato, che ne sia stato adeguatamente edotto, di dichiarare o eleggere domicilio e di comunicare alla autorità giudiziaria ogni successiva variazione ai sensi dell'art. 161, commi 1 e 2, c.p.p.: *<<l'art. 163 c.p.p., secondo il quale "per le notificazioni eseguite nel domicilio dichiarato o eletto a norma degli artt. 161 e 162 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni dell'art. 157", per la clausola di salvaguardia in esso contenuta, attiene alla individuazione dei soggetti potenziali consegnatari dell'atto e non al luogo o alle modalità della notificazione. Infatti, le modalità di esecuzione della notifica stabilite dall'art. 157 c.p.p., comma 8, per il testuale riferimento della norma, sono consequenziali al verificarsi delle situazioni ipotizzate dal comma 7 del medesimo articolo (mancanza, inidoneità, rifiuto di ricevere l'atto con conseguente obbligo di effettuare nuove ricerche dell'imputato); situazioni di per sé preclusive della possibilità di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto ovvero presso il domiciliatario e idonee ad individuare l'ipotesi prevista dall'art. 161 c.p.p., comma 4>>*.

L'impossibilità di procedere alla notifica nelle mani della persona designata quale domiciliatario, per il rifiuto di ricevere l'atto ovvero per il mancato reperimento del domiciliatario o dell'imputato stesso nel luogo di dichiarazione o elezione di domicilio o di altre persone idonee, integra l'ipotesi della impossibilità della notificazione ai sensi dell'art. 161 c.p.p., comma 4, sicché non è consentito, in tali casi, procedere con le forme previste dall'art. 157 c.p.p., comma 8: *<<pertanto, nell'ipotesi in cui la notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto risulti impossibile per una delle cause previste dall'art. 157 c.p.p., comma 7, la notificazione deve essere eseguita ai sensi dell'art. 161 c.p.p., comma 4, mentre è preclusa la possibilità di procedere con le forme previste dall'art. 157 c.p.p., comma 8>>*.

⁹¹ Sez. 5, n. 42399 del 18/09/2009, dep. 04/11/2009, Dona, Rv 245819; Sez. 2, n. 38768 del 10/11/2006, dep. 22/11/2006, Buongiorno, Rv 235311; Sez. 5, n. 23670 del 26/04/2005, dep. 23/06/2005, Carbone, Rv 231908

Cap. 10

Le impugnazioni

1. Ricorso per cassazione. L'interesse ad impugnare del P.M.: fattispecie.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni Unite, con la sentenza del **25 maggio - 13 luglio 2011, n. 27610, P.G. in proc. Marino**, hanno anche affermato che:

Massima n. 250200

È inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso del P.M. avverso la sentenza di estinzione del reato per remissione di querela - pronunciata ancorché il querelato non sia comparso in udienza e non sia ritualmente avvisato della remissione o, comunque, posto in grado di conoscerla - qualora il querelato, pur avendo ricevuto rituale notifica di detta declaratoria, non abbia proposto, a sua volta, impugnazione - azionando il diritto di ricusa, ex art. 155 comma primo, cod. pen., al fine di rendere inefficace la remissione - in quanto, in tal caso, l'assenza di ricusa produce, ex art. 152 cod. pen., l'effetto estintivo del reato, con conseguente venir meno dell'interesse del P.M. all'annullamento della sentenza impugnata, ormai, produttiva di un effetto consolidatosi.

Dall'analisi della concreta fattispecie risultava che il querelato, il giorno della remissione, coincidente con la pronuncia della sentenza resa immediatamente senza l'apertura del dibattimento e senza la sua presenza, non era venuto a conoscenza di quanto deciso dal querelante ne' era stato posto in grado di manifestare la sua eventuale volontà di ricusa: *<<deve quindi riconoscersi la fondatezza della censura mossa nel ricorso del Procuratore generale, che ha rilevato una violazione di legge a carico di una sentenza di improcedibilità per remissione di querela emessa senza che il querelato fosse stato messo in grado di opporsi a un simile esito del processo. Tale violazione di legge, al momento della proposizione del ricorso, era produttiva di potenziali effetti lesivi della posizione del querelato, poiché, non essendo ancora scaduti i termini di impugnazione, il querelato avrebbe potuto a sua volta ricorrere contro la sentenza esprimendo una volontà di ricusa della remissione della querela. Se spettava ancora al querelato l'esercizio della facoltà di manifestare la sua volontà di*

ricusa, era dovere e compito del P.m. censurare la declaratoria di improcedibilità pronunciata in violazione di legge; sollecitando così una pronuncia non meramente intesa alla astratta affermazione del diritto ma diretta a ottenere un risultato pratico corrispondente a una posizione giuridica rilevante; il tutto conformemente a quanto più volte affermate dalla giurisprudenza delle Sezioni unite in tema di interesse del pubblico ministero alla impugnazione>>⁹².

Le Sezioni Unite hanno, peraltro, evidenziato che, successivamente al ricorso del Procuratore generale, il querelato - cui la sentenza è stata ritualmente notificata - non ha proposto ricorso per far valere la lesione del suo diritto di esprimere la sua volontà di ricusa ai sensi dell'art. 155 cod. pen., non ha cioè impedito alla remissione, pur essendo ancora nei termini, di perdere efficacia: *<<consegue che, in assenza di ricusa espressa o tacita da parte del querelato, la remissione della querela da parte della persona offesa ha ormai prodotto, a norma dell'art. 152 cod. pen., l'effetto estintivo del reato; sicché il P.g. ricorrente non conserva più interesse all'annullamento della sentenza impugnata, che, se pure errata nel momento in cui è stata emanata, ha prodotto un effetto ormai consolidatosi. Il ricorso deve pertanto essere dichiarato inammissibile per fatti sopravvenuti alla sua proposizione, a norma dell'art. 591 c.p.p., comma 1, lett. a)>>*.

1.1. Ricorso per cassazione. Il termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni Unite, con la sentenza del **27 gennaio – 26 maggio 2011, n. 21039, P.M. in proc. Loy**, hanno anche affermato che:

Massima n. 249670

Il termine di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585, comma primo, lett. a), cod. proc. pen. per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio e lo stesso decorre, per le parti presenti, dalla lettura in udienza della sentenza contestualmente motivata ovvero dalla scadenza del termine legale di trenta giorni, in caso di motivazione differita e depositata entro tale termine,

⁹² Cfr. sentenze n. 29529 del 25/06/2009, De Marino, Rv. 244110; n. 42 del 13/12/1995, Timpani, Rv. 203093; n. 9616 del 24/03/1995, Rv. Boido, 202018; n. 6203 dell'11/05/1993, Amato, Rv. 193743.

rimanendo irrilevante l'eventualità che il giudice abbia irritualmente stabilito un termine più ampio per il deposito della suddetta motivazione. (In motivazione la Corte ha precisato che laddove si verifichi tale eventualità deve essere comunicato o notificato alle parti legittimate all'impugnazione il relativo avviso di deposito e che da tale comunicazione o notificazione decorre il termine per impugnare).

Nel caso in esame, il Giudice dell'udienza preliminare, nel dare immediata lettura del dispositivo della sentenza, aveva indicato, richiamando espressamente l'art. 544, comma 3, c.p.p., il termine di giorni novanta per il deposito della motivazione; la sentenza, completa di motivazione, era stata depositata entro il termine indicato; l'avviso di deposito della sentenza era stato comunicato il giorno successivo al Procuratore generale presso la Corte d'appello e notificato all'imputato contumace in data 8 maggio 2009; nessuna comunicazione e notificazione dell'avviso era stata fatta rispettivamente al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ed al difensore, presenti alla lettura del dispositivo, essendo stato puntualmente osservato il preannunciato termine di deposito; il Procuratore della Repubblica ha proposto ricorso vale a dire nei quarantacinque giorni successivi alla scadenza del termine determinato dal giudice per il deposito della sentenza.

Le Sezioni Unite hanno osservato che la procedura seguita, mutuata da quella prevista per la redazione e l'impugnazione delle sentenze dibattimentali, non può ritenersi regolare, ma hanno, tuttavia, escluso che le modalità prescelte per l'esplicitazione della motivazione della decisione, pur non conformi - come si preciserà - all'ortodossia procedurale, abbiano inciso negativamente sulla tempestività del ricorso.

Si è preliminarmente precisato che:

- l'art. 424 cod. proc. pen. prevede che il giudice, all'esito dell'udienza preliminare, ove ritenga che non debba disporsi il giudizio, pronuncia sentenza di non luogo a procedere (comma 1);

- di tale provvedimento, completo - di norma - in ogni sua parte (motivazione e dispositivo), deve dare immediata lettura in udienza, il che equivale a notificazione per le parti presenti (comma 2);

- ove non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi, il giudice deve provvedervi non oltre il trentesimo giorno dalla lettura del solo dispositivo (comma 4).

Ciò premesso, si è osservato che <<non è consentito al giudice dell'udienza preliminare fissare un termine più ampio per il deposito della motivazione della sentenza:

il richiamato art. 424 cod. proc. pen., infatti, non prevede tale facoltà. Nè può farsi leva sulla diversa disposizione di cui all'art. 544 c.p.p., comma 3, riferibile alla

redazione delle sole sentenze dibattimentali>>. Non è stato, in proposito, condiviso l'orientamento per il quale l'art. 544, comma 3, c.p.p., sarebbe applicabile anche alla redazione della sentenza di non luogo a procedere, perché non conterrebbe "alcuno specifico riferimento al giudizio", avrebbe una portata di carattere generale e "non disciplinerebbe) la materia relativa ai termini del deposito delle sentenze con modalità incompatibili con quelle della camera di consiglio"⁹³, dovendosi, in contrario, evidenziare che <<l'art. 544 cod. proc. pen., inserito nel Capo 3, Titolo 3, Libro 7, si riferisce specificamente alla redazione della sentenza pronunciata in giudizio e non è, pertanto, estensibile alla sentenza camerale di non luogo a procedere, per la quale l'art. 424 cod. proc. pen. prevede la specifica disciplina innanzi esposta. Appare altresì arduo, sotto il profilo ermeneutico, volere individuare nel solo comma 3 dell'art. 544 cod. proc. pen. una disposizione di carattere generale, che si inserirebbe tra le previsioni contenute negli altri commi, tutte univocamente riferibili alla sola sentenza dibattimentale. Un'interpretazione sistematica e coerente dell'intera norma conduce, invece, a non differenziare il campo operativo delle varie previsioni in essa contenute>>.

Si è, conseguentemente, ritenuto che la sentenza di non luogo a procedere deve essere impugnata, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni, ai sensi dell'art. 585, comma 1, lett. a), c.p.p., che disciplina in via generale il termine per l'impugnazione dei provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio, tra i quali rientra certamente la detta pronuncia: <<non rileva, ai fini dell'ampiezza del termine per impugnare, la circostanza che il Giudice dell'udienza preliminare, nell'adottare la decisione, se ne riservi la motivazione nel termine previsto dall'art. 424 c.p.p., comma 4, o addirittura, con iniziativa irrituale, entro un maggior termine da lui espressamente determinato, incidendo tale evenienza, come si dirà, esclusivamente sulla decorrenza del termine d'impugnazione. Il termine per impugnare la sentenza di non luogo a procedere, in sostanza, non rimane coinvolto, a differenza di quello previsto per l'impugnazione delle sentenze dibattimentali, dall'eventuale utilizzazione da parte del giudice del regime della motivazione differita, ma è e rimane sempre di quindici giorni>>.

Detto termine, ai sensi dell'art. 585, comma 2, c.p.p. (norma che regola la decorrenza dei termini per l'impugnazione non solo delle sentenze dibattimentali ma di ogni tipo di provvedimento del giudice), decorre, ove il dispositivo e la contestuale motivazione siano letti in udienza, da tale momento, secondo la previsione di cui alla lett. b), equivalendo la lettura a notificazione per le parti presenti o presunte tali; diversamente, nel caso in cui il Giudice dell'udienza preliminare, nel dare lettura in udienza - alla presenza delle parti - del solo dispositivo della sentenza, opti per il regime della motivazione differita e questa sia depositata, così come previsto dall'art.

⁹³ Sez. 4, n. 38571 del 22/09/2010, dep. 02/11/2010, imp. Poloni.

424, comma 4, c.p.p., nei trenta giorni successivi alla pronuncia, <<è dalla scadenza di tale termine legale, non prorogabile, che deve farsi decorrere in via automatica, ai sensi dell'art. 585 c.p.p., comma 2, lett. c), prima parte, il termine iniziale per proporre impugnazione, giacché, in tal caso, per le parti interessate e presenti in udienza opera una forma di presunzione legale di conoscenza e non deve alle stesse essere comunicato o notificato l'avviso di deposito della motivazione>>.

Si è precisato che la necessità della comunicazione o della notificazione di tale avviso sussiste allorché il giudice non rispetti il termine, meramente ordinatorio, previsto dalla legge per il deposito della motivazione differita, <<e ciò al fine di garantire l'effettiva conoscenza del provvedimento, con la conseguenza che il termine d'impugnazione deve decorrere, in ossequio al disposto dell'art. 585 c.p.p., comma 2, lett. c), ultima parte, dal giorno in cui è stata eseguita detta comunicazione o notificazione. Coerentemente con la ratio che informa il sistema delle impugnazioni, la comunicazione o la notifica dell'avviso di deposito va fatta, a norma dell'art. 585 c.p.p., comma 2, lett. d), al Procuratore generale presso la Corte d'appello, che altrimenti non avrebbe la possibilità di proporre impugnazione>>.

Ad analoga conclusione si è ritenuto che debba pervenirsi nell'ipotesi in cui il Giudice dell'udienza preliminare abbia irrisolvemente indicato, come nel caso di specie, un termine per il deposito della motivazione della sentenza superiore a quello massimo di trenta giorni previsto dall'art. 424 cod. proc. pen. ed abbia osservato tale termine preannunciato. E' stato, infatti, ritenuto non condivisibile l'orientamento per il quale, in questo caso, non vi sarebbe "ragione di condizionare all'avviso di deposito la decorrenza del termine per l'impugnazione", in considerazione del fatto che le parti interessate, presenti alla lettura del dispositivo in udienza, sono poste comunque al corrente del termine più ampio fissato per il deposito della sentenza, dalla cui scadenza, se rispettato, decorrerebbe quello per impugnare⁹⁴, in quanto <<la disposizione di cui all'art. 585 c.p.p., comma 2, lett. c), nella parte in cui stabilisce che il termine d'impugnazione decorre dalla scadenza di quello "determinato dal giudice per il deposito della sentenza", è chiaramente riferibile alle sole sentenze dibattimentali, per le quali soltanto, come si è detto, opera la previsione di cui all'art. 544 c.p.p., comma 3. La riserva di motivazione assunta secondo modalità non conformi al modello legale è illegittima, è da considerarsi, pertanto, priva di qualunque valore e non può mutare la natura del provvedimento deliberato dal G.u.p, ne' il regime che regola la relativa impugnazione, quanto al termine per proporla e alla sua decorrenza>>⁹⁵.

In virtù di queste considerazioni, sono stati conclusivamente affermati, ai sensi dell'art. 173 disp. att. c.p.p., i seguenti principi di diritto:

⁹⁴ Sez. 6, n. 39458 del 09/10/2003, dep. 20/10/2003, Bassetto; Sez. 6, n. 40877 del 01/10/2007, dep. 07/11/2007, Esposito.

⁹⁵ Sez. 6, n. 1798 del 28/11/2002, dep. 16/01/2003, Vidoni; Sez. 6, n. 43609 dell'11/10/2007, dep. 23/11/2007, Lancella; Sez. 6, n. 21520 del 07/05/2008, dep. 28/05/2008, Formisano.

<<il termine di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni previsto dall'art. 585 c.p.p., comma 1, lett. a, per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio>>;

<<detto termine decorre, per le parti presenti, dalla lettura in udienza della sentenza contestualmente motivata o dalla scadenza del termine legale di trenta giorni, in caso di motivazione differita e depositata entro tale termine>>;

<<non è consentito al Giudice dell'udienza preliminare fissare, ai sensi dell'art. 544 c.p.p., comma 3, un termine più ampio per il deposito della motivazione della sentenza di non luogo a procedere>>;

<<ove ciò si verifici, deve essere comunicato o notificato alle parti legittimate all'impugnazione il relativo avviso di deposito e da tale comunicazione o notificazione decorre il termine per impugnare>>.

In applicazione di essi, considerato che, nel caso in esame, il documento-sentenza risultava essere stato depositato non nel termine legale di trenta giorni dalla deliberazione, bensì in quello più ampio irrispettivamente determinato dal G.u.p, si è ritenuto che dovesse darsi corso alla comunicazione ed alla notificazione del relativo avviso di deposito a tutte le parti processuali interessate, incombenti questi che non risultavano essere stati eseguiti per il Procuratore della Repubblica e per il difensore dell'imputato, con la conseguenza che la decorrenza del termine per l'impugnazione da parte del primo, in difetto della relativa comunicazione, non ha avuto mai inizio ed il suo ricorso è stato, pertanto, ritenuto tempestivo.

Cap. 11

L'esecuzione delle pene

1. Concorso formale e reato continuato in fase esecutiva: pluralità di condanne per reati di bancarotta relativa al medesimo fallimento.

Chiamate a decidere in merito ad una diversa questione controversa, le Sezioni Unite, con la sentenza del **27 gennaio – 26 maggio 2011, n. 21039, P.M. in proc. Loy**, hanno anche affermato che:

Massima n. 249669

Il giudice dell'esecuzione è tenuto ad applicare la disciplina speciale sul concorso di reati prevista dall'art. 219, comma secondo, n. 1, legge fall., nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti, ma relativi alla stessa procedura concorsuale, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione *quoad poenam* dei suddetti reati.

Con riguardo alla possibilità di applicare l'art. 671 cod. proc. pen. al caso in cui contro la stessa persona siano state pronunciate, in procedimenti distinti, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta riguardanti la medesima procedura concorsuale, si è, in particolare, osservato che *<<detta norma menziona testualmente la "disciplina del reato continuato" ed ha carattere eccezionale, nel senso che fa eccezione alla regola generale dell'intangibilità del giudicato, con l'effetto che non può essere applicata oltre i casi in essa previsti. L'operazione ermeneutica, però, non può rimanere negli angusti limiti del dato testuale offerto dalla citata norma, ma deve essere di più ampio respiro, nella prospettiva di non vanificare la finalità che la norma persegue e di non determinare irragionevoli disparità di trattamento, che legittimerebbero dubbi di costituzionalità, in riferimento all'art. 3 Cost.. Tale operazione deve tenere conto, innanzi tutto, che il vigente codice di rito, favorendo la separazione delle regiudicande, tende a "recuperare in executivis quelle occasioni di riunificazione legislativa dei fatti di reato e di cumulo giuridico tra le pene che non siano state fruite in sede di cognizione"; deve, inoltre, considerare che la previsione di cui alla L. Fall.,*

art. 219, comma 2, n. 1, configura, come si è detto, una particolare ipotesi di continuazione, cd. "continuazione fallimentare">>.

Ciò premesso, si è conclusivamente ritenuto che <<che non vi sono ostacoli insuperabili per applicare in sede esecutiva, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., la peculiare disciplina di cui alla L. Fall., art. 219, comma 2, n. 1, (sostitutiva di quella di cui all'art. 81 cod. pen.) nel caso in cui nei confronti di uno stesso soggetto siano state emesse, in procedimenti distinti e relativi a un unico fallimento, più sentenze irrevocabili per fatti diversi di bancarotta, sempre che il giudice della cognizione non abbia già escluso la unificazione quoad poenam dei detti reati>>.

Roma, 15 novembre 2011

Redattore: Sergio Beltrani

Il vice direttore
(Domenico Carcano)