



**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**  
**UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA**  
**DISTRETTO DI TORINO**

**INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE QUESTIONI NUOVE O  
CONTROVERSE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE**

Torino 12 febbraio 2010

*SOMMARIO*

**DIRITTO PROCESSUALE**

*Sezioni Unite*

Cass. Sez. Un. 29 ottobre 2009, n. 47008, D'Amato (ambito di applicazione dell'art. 10, comma terzo, l. n.251/2005) .....	2
Cass. Sez. Un. 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi (potere del G.i.p. di retrodatazione del termine iniziale delle indagini preliminari) .....	5
Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009, n. 40537, Orlandelli (determinazione della competenza territoriale in caso di procedimento per reati connessi di cui sia ignoto il luogo di consumazione) .....	15
Cass. Sez. Un. 28 maggio 2009, n. 35490, Tettamanti (proscioglimento ex art. 129 c.p.p. all'esito del dibattimento) .....	25
Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009, n. 39060, Aprea Rosa (sanatoria della mancata citazione del secondo difensore dell'imputato) .....	41
Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009, n. 39061, De Iorio (inutilizzabilità dichiarazioni <i>erga alios</i> rese fuori udienza e non registrate) .....	48

*Sezioni Semplici*

Cass. Sez. I 21 gennaio 2010, n. 4964, confl. comp. Assise Catania (competenza 416-bis c.p. aggravato) ....	50
Cass. Sez. VI 2 dicembre 2009, n. 66/2010, Condello (remissione in termini imputato latitante) .....	54
Cass. Sez. VI 15 ottobre 2009, n. 44522, Gargiulo (utilizzabilità intercettazioni disposte per la ricerca del latitante) .....	54
Cass. Sez. III 6 ottobre 2009, n. 46682 (obbligo degli avvisi ex art. 199 c.p.p. nello svolgimento degli atti d'indagine difensiva) .....	54
Cass. Sez. VI 29 maggio 2009, n. 41025, Spano (aggravamento della misura cautelare e interrogatorio di garanzia) .....	55
Cass. Sez. VI 19 giugno 2009, n. 41398, Caporello (presupposti dell'esercizio dei diritti di difesa dell'ente nel procedimento a suo carico per la responsabilità da reato) .....	55
Cass. Sez. VI, 8 luglio 2009 (dep. 31 luglio 2009), n. 31778, p.m. in proc. Torelli (operatività modifiche all'art. 275, comma 3, c.p.p.) .....	58

## DIRITTO PROCESSUALE

### SEZIONI UNITE

**Cass. Sez. Un. 29 ottobre 2009 (dep. 20 ottobre 2009), n. 47008, D'Amato, rv. 244810**

*Ai fini dell'operatività delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione, la pronuncia della sentenza di primo grado determina la pendenza endenza in grado d'appello del procedimento, ostativa all'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli.*

*(omissis)*

Queste Sezioni Unite, rimanendo nell'ambito del quesito che qui interessa e rileva, ritengono di aderire all'orientamento maggioritario che individua nella sentenza di condanna emessa in primo grado il fattore al quale ancorare, in tema di prescrizione, l'inapplicabilità delle norme sopravvenute, più favorevoli all'imputato; all'uopo si condividono le argomentazioni che sono state riportate e si osserva quanto segue.

Le pronunce della Corte costituzionale producono effetti vincolanti in ogni procedimento esclusivamente per quanto attiene alla dichiarazione in queste contenuta di illegittimità costituzionale di una norma (Cass. 21-2-84 n. 4678 Rv. 164298; Cass. 15-7-96 n. 7895 n. 7895; Cass. S.U. 29-3-07 n. 27614 Rv. 236535); la giurisprudenza civile ha, peraltro, evidenziato che le argomentazioni poste a fondamento della decisione rilevano al fine di individuarne l'oggetto e la portata, costituendo la motivazione ed il dispositivo elementi di uno stesso atto, unitariamente inteso, reso secondo il modello della sentenza. (Cass. S.U. 24-10-84 n. 5401 Rv. 437104; Cass. S.U. 16-1-85 n. 94 Rv. 438291; Cass. civ. 15-3-01 n. 3756 Rv. 544785; Cass. civ. 17-12-04 n. 23506 Rv. 579373); in sede penale, con riferimento a sentenze di rigetto delle questioni di legittimità, le quali non sono in alcun modo vincolanti, si è tuttavia affermato, con diverse sfumature, che esse rappresentano un precedente autorevole e che il giudice in un diverso procedimento, pur conservando il potere-dovere di interpretare in piena autonomia la disposizione "salvata", incontra il limite di non assegnare alla formula normativa un significato che secondo il Giudice delle leggi sarebbe in contrasto con la Costituzione (Cass. 13-12-95 n. 930 Rv. 203426; Cass. S.U. 13-7-98 n. 21 Rv. 211195; Cass. S.U. 16-12-98 n. 25 Rv. 212075).

Orbene, la sentenza della Corte Costituzionale parzialmente demolitiva dell'art. 10. c. 3 non solo ha efficacia "erga omnes" in ordine al precetto dichiarato illegittimo, ma assume valenza, sebbene non assoluta, con riguardo ai motivi della ritenuta irragionevolezza i quali nell'interpretazione della restante disposizione non possono essere trascurati, dovendosi evitare che venga adottato un criterio avente gli stessi caratteri di quello censurato.

Così pure occorre tenere presenti le valutazioni in base alle quali la successiva sentenza della Consulta ha escluso la incostituzionalità della deroga alla retroattività della disciplina più vantaggiosa per quanto attiene ai processi pendenti in appello (ovvero avanti la Corte di cassazione): infatti se ci si discostasse dalle medesime, senza addivenire a soluzioni dotate di pari ragionevolezza, potrebbero prospettarsi nuove questioni di costituzionalità.

E' quindi evidente che, a fronte della previsione rimasta in vigore, non deve tanto ricostruirsi la

nozione generale ed astratta di pendenza del giudizio o di pendenza del giudizio di appello, ma piuttosto l'esatto significato che la locuzione normativa assume nel particolare contesto in cui è stata introdotta, considerando gli interessi perseguiti e le condizioni per le quali l'esclusione della retroattività si palesa compatibile con la legge fondamentale.

Né potrebbe giovare un richiamo dogmatico al dato testuale posto che il concetto di pendenza non ha ricevuto definizione nel nostro sistema processual-penalistico, il che consente di adeguarlo alle caratteristiche ed alla finalità delle situazioni in cui è destinato ad incidere.

Nella delineata ottica, essendo ormai indiscutibile l'operatività della disciplina più favorevole per tutta la durata del giudizio di primo grado, risulta legittimo far scattare l'esclusione a partire dall'atto conclusivo di quest'ultimo il quale si concreti in una sentenza di condanna, che determina interruzione della prescrizione.

In effetti, ravvisare la pendenza di un procedimento in appello nel momento in cui viene emesso il provvedimento che pone fine al grado precedente trova congrua spiegazione nella circostanza che questo evento comporta l'impossibilità per il giudice di assumere ulteriori decisioni in merito all'accusa, nell'ambito del processo principale (non rilevando, ai fini in questione, le disposizioni in tema di competenza dettate da esigenze pratiche in relazione ai procedimenti incidentali cautelari) e che esso apre comunque la fase dell'impugnazione, indipendentemente dal fatto che siano pendenti i termini per proporla.

A conferma di tale impostazione v'è la tecnica legislativa impiegata nel concepire la norma nonché la ratio a questa sottesa.

Mentre il riferimento ai processi di primo grado era avvenuto con indicazione di una determinata cadenza (l'apertura del dibattimento), quelli di appello e di cassazione, invece, sono stati richiamati nella loro globalità e come aventi, ciascuno di loro, immediato corso rispetto al precedente: il che segnala che non è ipotizzabile una soluzione di continuità tra la conclusione di un grado e la pendenza del successivo.

D'altronde va riconosciuto che il legislatore con la disposizione originaria intese apportare, in tema di prescrizione, ampia deroga al principio posto dall'art. 2 c. 4 c.p.p., al fine di impedire che si verificasse una forma generalizzata di amnistia a scapito di una coerente applicazione della legge penale; la Corte Costituzionale non ha censurato la ragione che ebbe ad ispirare la limitazione (avendo anzi ritenuto che la tutela dell'efficienza del processo valga, in generale, a giustificare un'eccezione al citato principio), ma la scelta della formalità destinata a fungere da discriminare in subiecta materia: pertanto, in relazione alla norma che residua dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale, s'impone un approccio ermeneutico che sia conforme agli enunciati in questa contenuti ed attribuisca altresì rilievo al suddetto intento, evitando di restringere senza necessità la deroga stessa.

Di conseguenza, anche sotto codesto aspetto, occorre riportarsi ad un momento che, dopo la conclusione del giudizio di primo grado, sia il più possibile risalente nel tempo; per il resto si condivide quanto segnalato nelle sentenze del Giudice delle leggi circa la specifica esigenza che il sacrificio dell'interesse dell'imputato ad un più benevolo trattamento venga parametrato alla funzione dell'istituto della prescrizione e quindi collegato ad un atto interruttivo del suo corso.

All'uopo va puntualizzato che, se la prescrizione implica la rinuncia dello Stato a realizzare la pretesa punitiva a causa del decorso del tempo, di converso ogni atto avente efficacia interruttiva di quest'ultimo ai sensi dell'art. 160 c.p., rappresenta esplicitazione e riaffermazione della volontà di accertare fatti e responsabilità, in una prospettiva di ravvisato perdurare dell'allarme sociale (Cass. 22-4-97 n. 6054 Rv. 208089; Cass. 27-11-02 Rv. 226427; Cass. 22-11-07 n. 2113 Rv. 238478).

In altre parole l'interruzione della prescrizione, nell'incidere in modo negativo sul calcolo della prescrizione, si traduce in un elemento di contrasto al verificarsi della causa estintiva e pertanto costituisce un'espressione tipica dell'esigenza di assicurare l'efficacia della giurisdizione e del processo penale.

La sentenza di condanna - quale accadimento che conclude il giudizio di primo grado, nel cui corso si è raccolto il materiale probatorio e quale evento che, consolidando l'accusa, interrompe la

prescrizione - è dunque idonea, sia in relazione al momento processuale in cui interviene, sia con riguardo al suo contenuto di verifica fattuale e di imposizione punitiva, a segnare la linea di demarcazione temporale tra la pregressa e la nuova normativa; né può sottacersi che la stessa è stata menzionata dalla Consulta nell'operare richiamato ad atti rilevati a questo fine.

Gli esposti motivi rendono evidente che la situazione di pendenza non può essere determinata dalla proposizione dell'impugnazione ovvero dall'iscrizione del processo nel registro del giudice di secondo grado: tali fatti non sono interruttivi della prescrizione né altrimenti indirizzati a garantire la funzione del processo; a ciò aggiungasi che la soluzione di far dipendere il verificarsi o meno della prescrizione da comportamenti delle parti oppure da adempimenti di carattere amministrativo sarebbe priva di plausibile fondamento.

In conclusione deve affermarsi il seguente principio di diritto:

“ai fini dell'applicazione delle disposizioni transitorie della nuova disciplina della prescrizione, la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado determina la pendenza del giudizio in appello e vale ad escludere la regola della retroattività delle disposizioni più favorevoli”.

(omissis)

La questione controversa rimessa al giudizio delle Sezioni Unite atteneva all'esatta individuazione del limite posto dal legislatore alla retroattività della nuova disciplina della prescrizione, laddove più favorevole rispetto a quella previgente, introdotta dall'art. 6 della legge 5 dicembre 2005, n. 251. Limite formalmente determinato dalla disposizione menzionata, dopo l'intervento del giudice delle leggi (Corte Cost. n. 393 del 2006), nella pendenza del procedimento in grado di appello o dinanzi alla Corte di Cassazione.

Posto che, come rilevato anche dalla sentenza D'Amato, l'ordinamento non fornisce la nozione di pendenza nel grado d'appello, si sono progressivamente formati nella giurisprudenza della Corte ben tre orientamenti.

Secondo un primo e decisamente maggioritario orientamento, che si è ancorato soprattutto alle motivazioni con cui il giudice delle leggi con la menzionata pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del limite alla retroattività della *lex mitior* individuato originariamente dal legislatore nella dichiarazione di apertura del dibattito, la pendenza in grado di appello del procedimento sarebbe determinata dalla pronuncia della sentenza di condanna nel primo grado di giudizio. In proposito le sentenze che si riconoscono in tale orientamento sottolineano come la pronuncia di una sentenza chiude un grado di giudizio «e dà avvio a quello successivo, al di là della presentazione o meno dell'atto di impulso processuale, che ha l'effetto della prosecuzione del giudizio nel grado corrispondente» ed in tal senso la sentenza di condanna risulta idonea a costituire lo spartiacque nell'applicazione delle due discipline considerate dalla norma transitoria proprio in quanto «fatto processuale» che interrompe la prescrizione e pertanto rivela, in accordo con i principi affermati dal giudice delle leggi, la ragionevolezza della scelta legislativa di non attribuire indiscriminata valenza retroattiva alle norme più favorevoli introdotte con la novella del 2005 (in questo senso tra le tante **Sez. VI 27 novembre 2006 (dep. 21 dicembre 2006), n. 42189, Olivo, rv 234954; Sez. VI 20 novembre 2007 (dep. 11 gennaio 2008), n. 1574, Altieri e altri, rv 240156; Sez. VI 26 maggio 2008 (dep. 29 luglio 2008), n. 31702, Serafin e altro, rv 240607; Sez. V 16 luglio 2008 (dep. 1 ottobre 2008), n. 3733, Dimaano, rv 241699; Sez. V 14 maggio 2009 (dep. 4 settembre 2009), n. 34231, Mattioli, rv 244100; Sez. IV 14 marzo 2008 (dep. 22 aprile 2008), n. 16477, De Paoli, rv 239527; Sez. VI 20 maggio 2008 (dep. 4 luglio 2008), n. 27324, Borelli e altro, rv 240525; Sez. III 10 luglio 2008 (dep. 15 ottobre 2008), n. 38836, Papa, rv 241291; Sez. V 15 luglio 2008 (dep. 13 ottobre 2008), n. 38587, Folgari, rv 241698; Sez. V 18 giugno 2008 (dep. 14 ottobre 2008), n. 38696, Guidi, rv 241693; Sez. VI 10 ottobre 2008 (dep. 31 ottobre 2008), n. 40976, Nobile, rv 241319; Sez. V 21 febbraio 2008 (dep. 28 marzo 2008), n. 13350, Mihalic, rv 239389; Sez. V 19 giugno 2008 (dep. 14 ottobre 2008), n. 38720, Rocca, rv 241937; Sez. V 5 dicembre 2008 (dep. 20 gennaio 2009), n. 2076, Serafini, rv 242362; Sez. II 21 gennaio 2009 (dep. 27 gennaio 2009), n. 3709, Bassetti, rv 242561; Sez. V 16 gennaio 2009 (dep. 20 febbraio 2009), n. 7697, Vener, rv 242966; Sez. VI 22 ottobre 2008 (dep. 26 marzo 2009), n. 13523, De Lucia, rv 243826**).

A fronte dell'obiezione che la soluzione adottata si adatterebbe per l'appunto alla sola ipotesi in cui il giudizio di primo grado si sia concluso con una sentenza sfavorevole all'imputato, la Corte ha in qualche occasione affermato, ribadendo il principio di cui sopra, che nel caso di sentenza assolutoria il momento di pendenza del grado di appello sarebbe individuato dal successivo adempimento processuale rilevante ai fini dell'interruzione della prescrizione e dunque dall'emissione del decreto di citazione per il giudizio d'appello (in questo senso **Sez. VI, 25 novembre 2008 (dep. 18 febbraio 2009), n. 7112, Perrone, rv 242421**), ovvero ha elaborato una variante dell'illustrato orientamento evidenziando come in realtà non rilevi la natura della sentenza pronunciata in primo grado, ma il semplice fatto che questa sia stata pronunciata determinando una cesura tra i gradi di giudizio (in questo senso **Sez. III 6 marzo 2008 (dep. 8 maggio 2008), n. 18765, Brignoli, rv 239868**).

Va infine ricordato sul punto come l'orientamento maggioritario fosse stato recepito anche dalle stesse Sezioni Unite in due occasioni, seppure in maniera sostanzialmente apodittica (**Sez. Un. 28 febbraio 2008 (dep. 15 maggio 2008), n. 19601, Piccoli e Sez. Un. 27 novembre 2008 (dep. 23 gennaio 2009), n. 3287, Rotunno**).

Per il secondo orientamento la pendenza nel grado di appello del procedimento sarebbe inevitabilmente determinata dalla presentazione dell'atto d'impugnazione che tale grado introduce. In tal senso si è sottolineato, infatti, che la formula adottata dal legislatore deve essere valutata «nella sua specificità lessicale», in quanto il terzo comma dell'art. 10 l. n. 251 del 2005 evoca non la pendenza del giudizio di appello, bensì del processo nel «grado di appello», attribuendo per l'appunto rilevanza all'atto introduttivo del medesimo (in questo senso **Sez. VII 2 ottobre 2007 (dep. 14 novembre 2007), n. 41965, Lo Verde, rv 238194; Sez. I 9 aprile 2008 (dep. 7 maggio 2008), n. 18382, p.g. in proc. Solimini e altri, rv 240375; Sez. IV 10 aprile 2008 (dep. 30 giugno 2008), n. 26101, Giallorenzo, rv 240608 e Sez. IV 18 marzo 2009 (dep. 28 maggio 2009), n. 22328, Lombardi, rv 244000**).

Il terzo ed ultimo orientamento si è manifestato in realtà attraverso una sola pronuncia rimasta isolata, la quale individua il momento della pendenza del giudizio di appello in quello della iscrizione del processo nel registro della Corte d'Appello (così **Sez. III 15 aprile 2008 (dep. 16 giugno 2008), n. 24330, Muscariello, rv. 240342**).

Nel risolvere la questione la sentenza D'Amato ha aderito all'orientamento maggioritario nella giurisprudenza della Corte, richiamando il valore decisivo in tal senso dei motivi posti dal giudice delle leggi alla base della declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 10, comma terzo, l. n. 251 del 2005. In proposito i supremi giudici hanno innanzi tutto ricordato come la nozione di pendenza in grado di appello non debba essere ricostruita in termini assoluti – trattandosi per l'appunto di nozione non fornita dall'ordinamento processuale –, bensì come compito dell'interprete sia quello di chiarire l'esatto significato che la locuzione normativa assume nel contesto in cui è stata utilizzata. Ed in tal senso per le Sezioni Unite risulta «legittimo far scattare l'esclusione a partire dall'atto conclusivo di quest'ultimo il quale si concretizza in una sentenza di condanna, che determina interruzione della prescrizione», atteso che tale cadenza determina l'impossibilità per il giudice di primo grado di assumere ulteriori decisioni in merito all'accusa ed apre comunque la fase dell'impugnazione, oltre a risultare, per l'appunto, in sintonia con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, la quale ha segnalato «la specifica esigenza che il sacrificio dell'interesse dell'imputato ad un più benevolo trattamento venga parametrato alla funzione dell'istituto della prescrizione e quindi collegato ad un atto interruttivo del suo corso». Non solo, anche la tecnica legislativa seguita nella formulazione della norma transitoria conferma l'assunto per la sentenza D'Amato, atteso che la stessa richiama i giudizi di appello e di cassazione nella loro globalità «e come aventi, ciascuno di loro, immediato corso rispetto al precedente: il che segnala che non è ipotizzabile una soluzione di continuità tra la conclusione di un grado e la pendenza del successivo». In definitiva per la Corte «la sentenza di condanna - quale accadimento che conclude il giudizio di primo grado, nel cui corso si è raccolto il materiale probatorio e quale evento che, consolidando l'accusa, interrompe la prescrizione - è dunque idonea, sia in relazione al momento processuale in cui interviene, sia con riguardo al suo contenuto di verifica fattuale e di imposizione punitiva, a segnare la linea di demarcazione temporale tra la pregressa e la nuova normativa».

Per converso, concludono le Sezioni Unite, le scansioni processuali individuate dagli orientamenti rimasti minoritari devono considerarsi inidonee a definire la pendenza nel grado d'appello, in quanto non si tratta di fatti interruttivi della prescrizione o altrimenti indirizzati a garantire la funzione del processo, come invece la sentenza di primo grado dimostra di essere e ciò a tacere del fatto che «far dipendere il verificarsi o meno della prescrizione da comportamenti delle parti oppure da adempimenti di carattere amministrativo sarebbe priva di plausibile fondamento».



### **Cass. Sez. Un. 24 settembre 2009 (dep. 20 ottobre 2009), n. 40538, Lattanzi**

*Il termine di durata delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha iscritto, nel registro delle notizie di reato, il nome della persona cui il reato è attribuito, senza che al G.i.p. sia consentito stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se anormali, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma terzo, cod. proc. pen., fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M. che abbia ritardato l'iscrizione. (Fattispecie di ordinanza di misura coercitiva sottoposta a riesame). (Rv. 244376).*

*In tema di iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., il pubblico ministero, non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto di cui abbia avuto notizia ad una*

*fattispecie di reato, è tenuto a provvedere alla iscrizione della "notitia criminis" senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale al riguardo. Ugualmente, una volta riscontrati, contestualmente o successivamente, elementi obiettivi di identificazione del soggetto cui il reato è attribuito, il pubblico ministero è tenuto a iscriverne il nome con altrettanta tempestività. (Rv. 244378).*

*omissis*

### ***Considerato in diritto***

1.- L'intera tematica che ruota attorno alla disciplina dei termini delle indagini preliminari ha costituito, sin dalle prime applicazioni del vigente codice di rito, un nodo problematico sul quale si sono venute a misurare opinioni quanto mai disparate. Da parte di alcuni, infatti, si presentava per certi aspetti eccentrica, rispetto ad un modello processuale di ispirazione accusatoria, la scelta di confinare all'interno di spazi temporali assai circoscritti l'attività di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, giacchè, tenuto conto della sostanziale "impermeabilità" del dibattito agli effetti della utilizzazione del materiale di indagine, e considerata, dunque, la tendenziale snellezza della fase investigativa, mal si spiegava il rigore che contrassegnava la disciplina dei termini delle indagini e, in particolare, la disposizione – processualmente "precludente" – della inutilizzabilità, che sanzionava l'eventuale compimento di atti a termini scaduti. Evocandosi, d'altra parte, a conforto di tale posizione, la circostanza che normative consimili risultavano del tutto ignote nei Paesi che già adottavano sistemi processuali di stampo accusatorio.

Sull'opposto versante, si schierava, invece, chi riteneva che, proprio la dimensione temporale circoscritta, meglio di altre previsioni avrebbe in concreto garantito, da un lato, l'espletamento delle sole indagini necessarie e sufficienti per le scelte relative alla azione penale, e, dall'altro, la tempestiva celebrazione del giudizio: indispensabile epilogo, quest'ultimo, per consentire una acquisizione probatoria "effettiva", proprio perchè non stemperata dal diluirsi del tempo. Il tutto, non senza sottolineare come il rigoroso vincolo temporale impresso alle indagini, fosse di per sè un segnale inequivoco circa la volontà di precludere "annose" inchieste, che avrebbero ineluttabilmente fatto correre al sistema il rischio di riprodurre antiche – e ormai superate – vocazioni "istruttorie".

Dal dibattito, che animò anche i lavori preparatori della legge-delega sul nuovo codice, sono poi scaturite posizioni ancor più articolate, che hanno dato vita, per un verso, ad una nutrita serie di questioni di legittimità costituzionale, succedutesi – sui vari versanti "critici" della normativa dei termini delle indagini – sino a tempi relativamente recenti; sotto altro profilo, a contrasti di giurisprudenza, quale quello sul quale queste Sezioni Unite sono ora chiamate ad intervenire; e, sotto un terzo ed ultimo profilo, a variegati progetti di riforma della disciplina in questione, a fedele testimonianza di come, alle problematiche interpretative e di sistema, si sia affiancata una esigenza di incisive modifiche, atte a sanare alcune "patologie" applicative, rispetto alle quali, tanto la prassi che gli approdi ermeneutici, hanno offerto risposta obiettivamente insoddisfacente.

2. - La giurisprudenza costituzionale, come si è detto, reiteratamente chiamata a pronunciarsi sulla tematica che qui interessa, ha scrutinato più volte, in termini di compatibilità costituzionale, la disciplina relativa alla previsione dei termini per le indagini preliminari. In particolare, la Corte ha sottolineato come la previsione di specifici limiti cronologici per lo svolgimento delle indagini preliminari e della correlativa sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo la scadenza dei termini stabiliti per quella fase – aspetto, quest'ultimo, sul quale, per diverse ragioni, si sono in particolare concentrate le censure dei vari giudici

rimettenti – costituisca il frutto di una precisa scelta operata dal legislatore delegante, al fine di soddisfare, da un lato, la «necessità di imprimere tempestività alle investigazioni», e, dall'altro, l'esigenza «di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è assoggettato». Tale opzione, ha soggiunto la Corte, si raccorda intimamente alle finalità stesse della attività di indagine, la quale, lungi dal riprodurre quella funzione “preparatoria” del processo che caratterizzava la fase istruttoria nel codice di rito previgente, è destinata unicamente a consentire – come espressamente recita l'art. 326 cod. proc. pen. – al pubblico ministero di assumere le proprie determinazioni inerenti all'esercizio della azione penale,; con l'ovvio corollario che la tendenziale completezza delle indagini, evocata dall'art. 358 del codice di rito, viene funzionalmente a correlarsi, non più al compimento di tutti gli “atti necessari per l'accertamento della verità”, secondo l'ampia e iperbolica enunciazione che definiva i compiti del giudice istruttore nell'art. 299 del codice abrogato, ma al ben più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta se esercitare o meno l'azione penale.

In tale prospettiva, dunque – ha soggiunto la Corte – non poteva intravedersi alcuna contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività di indagine e il precetto sancito dall'art. 112 Cost. – frequentemente evocato a parametro dai giudici *a quibus*, sul presupposto che, limitare temporalmente le indagini, può incidere in concreto sulla relativa “effettività”, con correlativo perturbamento dell'obbligo di esercitare l'azione penale - proprio perchè quel termine, in sè considerato, non rappresenta un fattore che, sempre e comunque, è astrattamente idoneo a turbare le determinazioni che il pubblico ministero è chiamato ad assumere al suo spirare. Dunque, ha osservato ancora la Corte, «l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione, viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso pubblico ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 del codice di procedura penale o nella attività integrativa di indagine che l'art. 430 consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio». Fermo restando, ovviamente – ha conclusivamente rilevato la stessa Corte - la necessità di riservare «alle discrezionali scelte del legislatore l'individuazione degli opportuni strumenti processuali in base ai quali consentire la prosecuzione delle indagini, nelle eccezionali ipotesi in cui sia risultato impossibile portarle a compimento entro il termine massimo previsto dalla legge» (v. la sentenza n. 174 del 1992, nonché le ordinanze n. 436 del 1991, n. 222 del 1992, n. 48 del 1993, n. 485 del 1993, 239 del 1994, n. 350 del 1996).

L'altro versante sul quale la Corte costituzionale è stata reiteratamente investita, è rappresentato proprio dallo specifico problema ora devoluto a queste Sezioni Unite. In più occasioni, infatti, diverse autorità giudiziarie hanno sospettato di illegittimità costituzionale la disciplina dei termini delle indagini, nella parte in cui non è prevista la possibilità di far retroagire la decorrenza degli stessi nei casi in cui sia stata indebitamente ritardata la iscrizione del nominativo dell'indagato nell'apposito registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 cod. proc. pen. Sul punto, peraltro, la Corte, malgrado talune puntualizzazioni circa la utilizzabilità degli atti compiuti prima della formale iscrizione (v. ordinanza n. 307 del 2005), non ha offerto risposta nel merito, avendo nelle varie occasioni reputato inammissibili i quesiti formulati (v. le ordinanze n. 337 del 1996, n. 94 del 1998, n. 306 del 2005, n. 400 del 2006)..

Sul versante costituzionale, dunque, la problematica connessa alla mancata previsione di specifici rimedi processuali atti a “correggere” l'eventuale ritardo nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., agli effetti della individuazione del *dies a quo*, dal quale far decorrere i termini i durata delle indagini preliminari, resta ancora questione “aperta.” Va solo rilevato, semmai, come, alla luce del numero delle ordinanze di rimessione e del lungo arco di tempo in cui le varie autorità giudiziarie hanno sollevato i riferiti dubbi di legittimità costituzionale, il problema dei possibili

“arbitrii” del pubblico ministero sia stato e sia tuttora acutamente avvertito anche nella pratica quotidiana, evidentemente nella consapevolezza di quanto ardua risulti la possibilità di risolvere la *quaestio* attraverso una semplice operazione di tipo interpretativo.

3. – La sostanziale impossibilità di offrire soluzioni ermeneutiche tali da ricomporre, all’interno del sistema, quale positivamente disciplinato, gli eventuali patologici ritardi nella iscrizione del nominativo dell’indagato, è, d’altra parte, ben testimoniata dagli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza di questa Corte, pur nell’ambito del contrasto che queste Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere. Secondo, infatti, l’orientamento di gran lunga prevalente, la disciplina processuale non consente di ritenere conferito al giudice un potere di “retrodatazione” della iscrizione del nominativo cui la notizia di reato deve essere attribuita a far tempo dalla data della effettiva emersione, con la conseguenza di rendere inutilizzabili gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine, così come rideterminato dal giudice. Si è, infatti, affermato che l’obbligo imposto al pubblico ministero di iscrizione della *notitia criminis* nell’apposito registro previsto dall’art. 335 cod. proc. pen., risponde all’esigenza di garantire il rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari e presuppone che a carico di una persona nota emerga l’esistenza di specifici elementi indiziati, e non di meri sospetti. Da ciò si è fatto discendere il corollario per il quale il ritardo nella iscrizione, non è concetto che possa assumersi in via di semplice presunzione, ma è un dato che consegue unicamente alla concreta verifica circa il momento in cui il pubblico ministero ha acquisito gli elementi conoscitivi necessari a delineare una notizia di reato nei confronti di una persona, in termini di ragionevole determinatezza. Ne consegue ulteriormente che, in difetto di tale presupposto, il quale investe l’*an* ed il *quando* e determina il *dies a quo* della *notitia criminis*, l’apprezzamento della tempestività dell’iscrizione, che rientra – si è affermato in più occasioni – nella «valutazione discrezionale» del pubblico ministero, non può affidarsi a postume congetture; né l’eventuale violazione del dovere di tempestiva iscrizione, che pur potrebbe configurare responsabilità disciplinari o addirittura penali a carico del pubblico ministero negligente, è causa di nullità degli atti compiuti, non ipotizzabile in assenza di una espressa previsione di legge, in ossequio al principio di tassatività, fissato dall’art. 177 del codice di rito (in linea con tale orientamento, v., tra le altre, Cass., Sez. V, 18 ottobre 1993, Crici; Cass., Sez. I, 28 aprile 1995, Grimoli; Cass., Sez. IV, 27 agosto 1996, Guddo; Cass., Sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini; Cass., Sez. I, 11 marzo 1999, Testa; Cass., Sez. V, 27 marzo 1999, P.G. in proc. Longarini; Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2003, Parrella; Cass., Sez. IV, 22 giugno 2004, Kurtaj; Cass., Sez. V, 23 settembre 2005, Supino; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, Bianchi; Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2007, P.M. in proc. Genovese; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2008, P.G. in proc. Chirillo; Cass., Sez. V, 8 aprile 2008, Bruno).

Tale orientamento, d’altra parte, è già stato condiviso da queste Sezioni Unite (Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, mass. uff. n. 216248), le quali hanno avuto modo di ribadire che «l’omessa annotazione della *notitia criminis* nel registro previsto dall’art. 335 cod. proc. pen., con l’indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini “contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta”, non determina l’inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell’effettiva iscrizione nel registro, poichè, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall’art. 407 cod. proc. pen., al cui scadere consegue l’inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre, per l’indagato, dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla». Ciò in quanto, hanno ribadito queste Sezioni Unite, «l’apprezzamento della tempestività della iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l’esistenza di specifici elementi indiziati e non di meri sospetti, rientra nell’esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all’*an* e al *quando*, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del pubblico ministero negligente».

A fronte di tale coeso quadro giurisprudenziale se ne registra altro, del tutto minoritario, nel quale si afferma, invece, che la tardiva iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato non determina alcuna invalidità delle indagini preliminari, ma consente, tuttavia, al giudice di rideterminare il termine iniziale, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato; derivandone da ciò che la tardiva iscrizione può incidere sulla utilizzabilità delle indagini finali, ma non sulla utilizzabilità di quelle svolte prima della iscrizione e che il relativo accertamento non è censurabile in sede di legittimità, qualora sia sorretto da congrua e logica motivazione (in tal senso, pur se con varietà di accenti e di passaggi argomentativi, Cass., Sez. I, 6 luglio 1992, Barberio; Cass., Sez. I, 27 marzo 1998, Dell'Anna; Cass., Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai; Cass., Sez. V, 21 settembre 2006 Boscarato).

Secondo un terzo orientamento, infine, solo abnormi ed ingiustificati ritardi nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato potrebbero, al di là di profili di responsabilità interna dell'ufficio, dar luogo ad illegittimità delle iscrizioni stesse, con riferimento alla loro data. Con la conseguenza che, in tali ipotesi, spetterebbe al giudice individuare il momento in cui la *notitia criminis* poteva e doveva essere annotata nell'apposito registro ai fini della decorrenza del termine delle indagini preliminari. Non senza aggiungere, peraltro, talune puntualizzazioni, che valgono a rendere ancor più indeterminato il perimetro entro il quale dovrebbe svolgersi il "controllo sostitutivo" del giudice. Si è, infatti, precisato che andrebbe comunque tenuto presente il fatto che l'obbligo del pubblico ministero di procedere «immediatamente» alle iscrizioni previste nel comma 1 dell'art. 335 cod. proc. pen., «non implica la rigidità di un termine computabile a ore o a giorni e può ritenersi regolarmente adempiuto pur quando l'iscrizione sia avvenuta, per certe plausibili ragioni, a distanza di qualche giorno rispetto alla data di acquisizione della *notitia criminis*»; e ciò – si è affermato – risulterebbe del resto in linea «con l'ovvia considerazione che il pubblico ministero non può non fruire di un certo ambito temporale per l'esame e la valutazione della notizia di reato e l'individuazione del nome del soggetto da iscrivere nel registro degli indagati» (Cass., Sez. I, 11 maggio 1994, Scuderi, nonché, in particolare, Cass., Sez. I, 4 gennaio 1999, n. 3192, Iamonte ed altri, non massimata).

4 – L'orientamento prevalente merita di essere condiviso. L'enunciato che contraddistingue la disciplina introdotta dall'art. 335 del codice di rito è, infatti, univoco nel suo valore e significato precettivo. Il compito della "iscrizione" è, infatti, soggettivamente demandato al pubblico ministero, cui pertanto viene conferito il relativo *munus*, senza che il disposto normativo consenta di intravedere altre figure, del processo o delle indagini, legittimate a surrogare il "ritardato" esercizio di tale potere-dovere. La circostanza, poi, che il pubblico ministero sia chiamato ad iscrivere "immediatamente" la *notitia criminis* ed il nominativo dell'indagato, evoca la configurazione di un siffatto incumbente in termini di rigorosa "doverosità", nel senso di riconnettere in capo all'organo titolare dell'azione penale uno specifico – e indilazionabile – obbligo giuridico, che deve essere adempiuto senza alcuna soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgono i relativi presupposti. Si è, quindi, totalmente al di fuori di qualsiasi possibilità di scelta, non solo in relazione all'*an*, ma anche rispetto al *quid* – l'iscrizione riguarda, infatti, "ogni" notizia di reato – ed al *quando*. In questo senso, quindi, deve ritenersi non pertinente il riferimento ad un potere "discrezionale" del pubblico ministero, pur presente in larga parte delle decisioni di questa Corte che hanno aderito alla impostazione di queste Sezioni Unite, espressa nella già ricordata sentenza Tammaro. Il compito del pubblico ministero, infatti, è quello – in teoria, del tutto "neutro" - di "riscontrare" l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione: non di effettuare valutazioni realmente "discrezionali", che ineluttabilmente finirebbero per coinvolgere l'esercizio di un potere difficilmente compatibile – anche sul versante dei valori costituzionali coinvolti – con la totale assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale. D'altra parte, e come si è già messo in evidenza, i numerosi interventi della Corte costituzionale ed il ripetersi dei dubbi di legittimità della normativa in esame – pur nella diversità dei profili contestati – rappresentano un dato in sé indicativo della "criticità" del

problema: aspetto, quest'ultimo, senz'altro acuito, ove i "poteri" del pubblico ministero, *in parte qua*, non fossero correttamente inquadrati, facendo riferimento ad inesistenti spazi di "discrezionalità".

La vaghezza, però, dei parametri identificativi del "momento" di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti previsti dall'art. 335 cod. proc. pen. è per certi aspetti ineludibile e scaturisce, a ben guardare, dalla stessa scelta del legislatore di configurare l'iscrizione come un atto a struttura "complessa": nel senso che in esso simbioticamente convivono una componente "oggettiva", quale è la configurazione di un determinato fatto ("notizia") come sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa ("di reato", con un suo *nomen iuris* ben definito come risulta evidenziato dalla circostanza che «se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni...»); nonché di una componente "soggettiva", rappresentata dal nominativo dell'indagato. Componente, quest'ultima, essenziale, perchè è solo dopo che viene individuato il soggetto cui attribuire il reato che i termini cominciano a decorrere.

5 . – L'improprio richiamo ad un concetto di "discrezionalità", come si è accennato del tutto inaccettabile, ove non parametrato sulla falsariga di rigorosi presupposti, sindacabili e controllabili in sede giurisdizionale, coglie, però, un aspetto di indiscutibile risalto, quale è quello rappresentato dalla naturale "fluidità" che presenta lo scrutinio dei fatti che concretamente possono determinare la insorgenza dell'obbligo di iscrizione. Il codice, infatti, non somministra una definizione normativa di ciò che è "notizia di reato": certamente, l'espressione evoca un *quid minus* di ciò che rappresenta la base fattuale per elevare l'imputazione; ma è anche un *quid pluris* rispetto ad una indefinita "ipotesi" di reato, che, come si è visto, la giurisprudenza di questa Corte individua nella figura del semplice sospetto. Tra questi due termini, in ipotesi estremi, regna, però, un'area, tutta da perscrutare sul piano contenutistico, giacchè è evidente che la configurabilità, anche solo in termini di "notizia di reato," di una complessa fattispecie associativa, evoca un "lavorio" definitorio che può comportare (ed è ciò che qui interessa) spazi temporali non comparabili rispetto a quelli che, invece, consuetamente richiedono fatti *ictu oculi* sussumibili nell'ambito di una determinata fattispecie di reato. Ancor più il discorso vale per la individuazione della persona cui il reato deve essere attribuito; al punto che è lo stesso legislatore, stavolta, ad aver espressamente previsto che l'obbligo di iscrizione del relativo nominativo debba avvenire soltanto «dal momento in cui [esso] risulta»: quando, cioè, la identificazione del soggetto e la attribuibilità a questi del reato, assume una certa pregnanza.

D'altra parte, la sostanziale "fluidità" dei parametri alla stregua dei quali definire il momento di acquisizione della notizia di reato e l'identificazione del relativo "responsabile", è, per certi aspetti, desumibile dallo stesso quadro normativo di riferimento. Stabilisce, per esempio, l'art. 109 disp. att. cod. proc. pen., che la segreteria del pubblico ministero annota sugli atti «che possono contenere notizia di reato» la data e l'ora in cui sono pervenuti, e li «sottopone immediatamente» al pubblico ministero «per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato». E' evidente, quindi, che, per un verso, lo "scrutinio" di ciò che è o non è notizia di reato può apparire in concreto problematico; dall'altro, che tale "scrutinio" è normativamente riservato al pubblico ministero.

Altro e, forse, ancor più significativo esempio è offerto dal fatto che l'ordinamento ha espressamente previsto, nel d.m. 30 settembre 1989, recante l'approvazione dei registri in materia penale, l'impianto di un apposito registro, denominato "modello 45: Registro degli atti non costituenti notizia di reato" (ispirato ai cosiddetti "Atti relativi", registro C, conosciuto sotto la vigenza del codice abrogato), nel quale raccogliere, appunto, quegli atti che riposano ancora nel "limbo" della incerta definibilità, ma che richiedono una fase di accertamenti "preliminari". Sono note, al riguardo, le varie polemiche insorte circa la possibilità di utilizzare tale registro come uno strumento improprio che abiliterebbe il pubblico ministero ad una sorta di potere

incontrollato di “cestinazione”, costituzionalmente incompatibile con il necessario controllo giurisdizionale sulle scelte che il pubblico ministero compie in ordine all’obbligo di esercitare l’azione penale. Ma ciò che qui conta, non è la “patologia” dell’impiego strumentale di un registro in luogo dell’altro, quanto, piuttosto, l’esistenza di un “rapporto” tra i fatti da iscrivere nell’uno e le eventuali “trasmigrazioni” nell’altro, a testimonianza, appunto, della già segnalata “fluidità” definitoria di cui innanzi si è fatto cenno. Queste Sezioni Unite, infatti, hanno avuto modo di puntualizzare, al riguardo, che, in tema di azione penale, mentre il procedimento attivato a seguito di iscrizione degli atti nel registro previsto dall’art. 335 cod. proc. pen. (cosiddetto “mod. 21”) ha come esito necessitato l’inizio della azione penale o la richiesta di archiviazione, l’iscrizione degli atti nel registro non contenente notizie di reato (cosiddetto “mod. 45”) può sfociare, o in un provvedimento di diretta trasmissione degli atti in archivio da parte del pubblico ministero in relazione a quei fatti che, fin dall’inizio, appaiono come penalmente irrilevanti, o può condurre al medesimo esito della procedura prevista per le ordinarie *notitiae criminis*, qualora siano state compiute indagini preliminari o il fatto originario sia stato riconsiderato o comunque sia sopravvenuta una notizia di reato. In questo secondo caso – hanno puntualizzato queste Sezioni Unite – l’eventuale richiesta di archiviazione non è condizionata al previo adempimento, da parte del pubblico ministero, dell’obbligo di reiscrizione degli atti nel registro “mod. 21”, in quanto la valutazione, esplicita o implicita, circa la natura degli atti, spetta al titolare della azione penale indipendentemente dal dato formale dell’iscrizione in questo o quel registro, e al giudice per le indagini preliminari non è riconosciuto alcun sindacato nè su quella valutazione, nè sulle modalità di iscrizione degli atti in un registro piuttosto che in un altro (Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, P:M: in proc. ignoti, mass. uff. n. 217473).

6. – Il dato normativo è, dunque, univocamente convergente nel delineare in termini di rigorosa scansione temporale la sequenza che contraddistingue l’”obbligo” del pubblico ministero: appena acquisita, infatti, la notizia di reato, nei termini di configurabilità oggettiva di cui si è detto (base fattuale idonea a configurare un “fatto” come sussumibile in una determinata fattispecie di reato), il pubblico ministero è tenuto a procedere, senza soluzione di continuità e senza alcuna sfera di “discrezionalità”, alla relativa iscrizione nel registro previsto dall’art. 335 cod. proc. pen. Allo stesso modo, e sul versante della attribuibilità soggettiva, una volta conseguiti elementi “obiettivi” di identificazione del soggetto “responsabile” (tali, dunque, da superare la soglia del generico e “personale” sospetto), con altrettanta tempestività il pubblico ministero sarà tenuto a procedere alla iscrizione del relativo nominativo. Ciò spiega e giustifica – anche sul piano della legittimità costituzionale - la scelta del legislatore di far decorrere da quel momento i termini delle indagini preliminari, e permettere, sulla base di dati incontrovertibili, il controllo del loro rispetto e l’agevole enucleazione di quali siano gli atti da assoggettare alla sanzione della inutilizzabilità, perchè compiuti dopo la scadenza dei termini stessi.

Resta peraltro aperto – come dianzi s’è fatto cenno - il problema delle possibili “patologie” e dei correttivi interni al sistema, giacchè gli eventuali ritardi rispetto all’obbligo di procedere “immediatamente” alle iscrizioni delle notizie di reato, richiederebbero, quale efficace rimedio, la individuazione di un giudice e di un procedimento che consentisse l’adozione di un qualche provvedimento “surrogatorio,” che la legge non ha previsto. Al riguardo, può rammentarsi che un intervento sostitutivo del giudice, proprio in tema di “iscrizioni” nel registro di cui all’art. 335 cod. proc. pen., è espressamente previsto in tema di archiviazione nei procedimenti a carico di ignoti, giacchè l’art. 415, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. pen., stabilisce che – in presenza di richiesta di archiviazione per essere ignoto l’autore del fatto – il giudice per le indagini preliminari, ove invece ritenga che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato. Ma proprio tale previsione dimostra, da un lato, che i poteri di intervento del giudice sono tipici e nominati, saldandosi essi alla esigenza, costituzionalmente imposta, che sia soltanto la legge a stabilire le

attribuzioni processuali di tale organo; e, dall'altro, che un simile intervento "sostitutivo" (in sè evidentemente eccezionale), non si giustifica in funzione del controllo circa la tempestività e completezza delle "iscrizioni", ma sul diverso versante – costituzionalmente presidiato dall'art. 112 Cost. – della necessità di sottoporre al sindacato giurisdizionale la domanda di "inazione" che il pubblico ministero promuove, attraverso la richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto. «Il problema dell'archiviazione – puntualizzò, infatti, la Corte costituzionale – sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando, caso per caso, la legalità dell'inazione» (Corte cost., sentenza n. 88 del 1991). Il potere del giudice, quindi, di disporre la iscrizione del nominativo dell'indagato in sede di archiviazione contro ignoti, mira ad impedire la elusione dell'obbligo di esercitare l'azione penale; una prospettiva, dunque, del tutto peculiare e dalla quale sarebbe perciò stesso arbitrario desumere l'esistenza di un più generale potere di controllo giurisdizionale circa i tempi ed i modi attraverso i quali il pubblico ministero procede alle iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

L'unico "tassello normativo" per il tramite del quale è forse possibile configurare un potere di "apprezzamento" da parte del giudice, circa la "tempestività" delle iscrizioni, è offerto, a ben guardare, soltanto dalla disciplina che regola il regime delle proroghe del termine per le indagini preliminari (art. 406 cod. proc. pen.), non apparendo estranea a quel sistema l'idea di un giudice che, in presenza di iscrizioni "tardive", calibri la concessione o il diniego della proroga in funzione, anche, della durata delle indagini eventualmente espletate prima della tardiva iscrizione. Al di fuori di tale ipotesi, manca una struttura normativa di riferimento. Non esiste, infatti, nel sistema, nè un principio generale di "sindacabilità" degli atti del pubblico ministero, nè un altrettanto generalizzato compito di "garanzia" affidato al giudice per le indagini preliminari. Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale – proprio per impedire la riproduzione di funzioni *lato sensu* "istruttorie" – non governa l'attività di indagine nè è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni, si è detto, "intermittenti", che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento. Stabilisce, infatti, l'art. 328 cod. proc. pen., che il giudice per le indagini preliminari provvede sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa «nei casi previsti dalla legge». Compiti, dunque, non soltanto limitati, ma anche tassativamente tipizzati.

7. – Per poter configurare un sindacato giurisdizionale sulla tempestività delle iscrizioni operate dal pubblico ministero, occorrerebbe, dunque, una espressa previsione normativa che disciplinasse non soltanto le attribuzioni processuali da conferire ad un determinato organo della giurisdizione, ma anche il "rito" secondo il quale inscenare un simile accertamento "incidentale". Basti pensare, ad esempio, alla esigenza di rispettare il contraddittorio, non solo tra i soggetti necessari, ma anche in riferimento agli altri eventuali "partecipanti" della indagine o del processo. Se si introducesse, infatti, un controllo *ex post* sul merito della "tempestività" delle iscrizioni, con possibilità di "retrodatazione" tale da compromettere la utilizzazione di atti di indagine, il relativo *ius ad loquendum* non potrebbe non essere riconosciuto anche agli eventuali altri indagati o persone offese, che dalla "postuma" dichiarazione di inutilizzabilità di atti di indagine potrebbero soffrire una grave compromissione, ove quegli atti fossero favorevoli alla loro posizione.

L'esigenza di un innesto normativo per portare a soluzione i problemi, da tempo avvertiti, che scaturiscono dalla assenza di effettivi rimedi per le ipotesi di ritardi nella iscrizione nel registro delle notizie di reato, è, d'altra parte, chiaramente testimoniata dal recente disegno di legge n. 1440, presentato dal Ministro della giustizia al Senato della Repubblica il 10 marzo 2009 e recante, fra l'altro, varie disposizioni in tema di procedimento penale. In esso, infatti, si prevede una specifica disciplina che attribuisce al giudice, all'atto della richiesta di rinvio a giudizio, il compito di verificare l'iscrizione operata dal pubblico ministero nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. e determinare, se del caso, la data nella quale essa doveva essere effettuata, «anche agli effetti dell'art. 407, comma 3». In modo tale, puntualizza la relazione che

accompagna l'iniziativa legislativa, da porre rimedio ad un meccanismo «che rischia di rimettere alle scelte discrezionali del pubblico ministero la concreta determinazione dei tempi processuali. Con le nuove norme – osserva ancora la relazione – non potranno più riverberarsi sull'imputato gli effetti della iscrizione tardiva, a lui non imputabili, con la conseguenza di rendere più certi i termini delle indagini preliminari, a fini sia acceleratori che di garanzia».

8 . – Allo stato della normativa vigente, occorre quindi ribadire il principio per il quale il termine per le indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito, senza che al giudice sia consentito di stabilire una diversa decorrenza. Gli eventuali ritardi nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nominativo cui il reato è attribuito, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, cod. proc. pen., anche se si tratta di ritardi colpevoli o abnormi, fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale.

9 . – Venendo, dunque, all'esame dei motivi di ricorso, deve conseguentemente essere disattesa la fondatezza della eccezione di inutilizzabilità degli atti di indagine che si assumono compiuti dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari, secondo le prospettive di "retrodatazione" additate dal ricorrente.

### *Omissis*

Le Sezioni Unite sono intervenute per risolvere la questione posta dalla Sezione remittente in ordine alla esistenza o meno, in capo al giudice, del potere di valutare la tempestività della iscrizione, da effettuarsi a cura del pubblico ministero, della notizia di reato nell'apposito registro e, in caso di ritenuta tardività di tale adempimento, di retrodatare l'iscrizione al momento in cui la stessa avrebbe dovuto essere effettuata, da tale "rimodulazione" temporale potendo poi derivare, a norma dell'art. 407 cod. proc. pen., l'inutilizzabilità di tutti quegli atti di indagine che, sebbene effettuati nei termini decorrenti dalla formale iscrizione, ne sarebbero tuttavia fuoriusciti una volta considerato l'effettivo e doveroso momento di iscrizione.

In effetti, in precedenza, su tale punto, evidentemente tale da coinvolgere, in senso più generale, i limiti di "controllo" devoluti dal sistema al giudice circa gli atti del pubblico ministero, si erano formati due orientamenti tra loro contrastanti.

Secondo un primo, senz'altro più consistente indirizzo, "convalidato" anche dalle Sezioni Unite, 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, rv. 216248 (sia pure chiamate, nella specie, a risolvere il contrasto formatosi su altra questione di diritto), la disciplina processuale non avrebbe potuto consentire di ritenere conferito al giudice un potere di "retrodatazione" siffatto; premesso che l'obbligo imposto al pubblico ministero di iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro previsto dall'art. 335 cod. proc. pen., doveva farsi risalire all'esigenza di garantire il rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari e presupponeva che a carico di una persona nota emergesse l'esistenza di specifici elementi indiziari, e non di meri sospetti, si era infatti evidenziato come il ritardo nella iscrizione fosse un dato unicamente conseguente alla concreta verifica circa il momento in cui il pubblico ministero avesse acquisito gli elementi conoscitivi necessari a delineare una notizia di reato nei confronti di una persona, in termini di ragionevole determinatezza. Da ciò la conseguenza che, in difetto di un tale presupposto, l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, rientrando nella "valutazione discrezionale" del pubblico ministero, non poteva affidarsi a postume congetture; né l'eventuale violazione del dovere di tempestiva iscrizione, pur integrante eventuali responsabilità disciplinari o addirittura penali a carico del pubblico ministero negligente, poteva dar luogo a nullità degli atti compiuti, non ipotizzabile in assenza di una espressa previsione di legge, in ossequio al principio di tassatività, fissato dall'art. 177 del codice di rito (in linea con tale orientamento, tra le altre, Sez. I, 28 aprile 1995, Grimoli, rv. 202199; Sez. IV, 27 agosto 1996, Guddo, rv. 206320; Sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini ed altri, rv. 209492; Sez. I, 11 marzo 1999, Testa, rv. 213827; Sez. V, 27 marzo 1999, P.G. in proc. Longarini, rv. 214866; Sez. VI, 17 febbraio 2003, Parrella, rv. 227210; Sez. IV, 22 giugno 2004, Kurtaj, rv. 229578; Sez. V, 23 settembre 2005, Supino, rv. 233214; Sez. VI, 2 ottobre 2006, Bianchi, rv. 235726; Sez. VI, 10 ottobre 2007, P.M. in proc. Genovese, rv. 238040; Sez. II, 21 febbraio 2008, P.G. in proc. Chirillo, rv. 241103; Sez. V, 8 aprile 2008, Bruno, rv. 240491).

Secondo un altro orientamento, vistosamente minoritario, invece, la tardiva iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato, pur non determinando alcuna invalidità delle indagini preliminari, doveva tuttavia consentire al giudice di rideterminare il termine iniziale, in riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato (essendo l'indirizzo maggioritario tale da lasciare una discrezionalità troppo ampia al pubblico ministero circa il momento di effettuazione dell'iscrizione), derivando da ciò l'incidenza della tardiva iscrizione sulla utilizzabilità delle indagini finali, ma non sulla utilizzabilità di quelle svolte prima della iscrizione (in tal senso, pur se con varietà di

accenti e di passaggi argomentativi, Sez. I, 6 luglio 1992, Barberio ed altri, rv. 191719; Sez. I, 27 marzo 1998, Dell'Anna, rv. 210545; Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai, rv. 227054; Sez. V, 21 settembre 2006 Boscarato, rv. 236029). Infine, un terzo orientamento, sostanzialmente "intermedio" tra i due appena ricordati, circoscriveva il potere del giudice di individuazione del momento in cui la "notitia criminis" poteva e doveva essere annotata nell'apposito registro ai fini della decorrenza del termine delle indagini preliminari solo nel caso di abnormi ed ingiustificati ritardi nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato; ciò, in particolare, dovendosi considerare l'impossibilità di collocare l'obbligo del pubblico ministero di procedere alle iscrizioni previste nel comma primo dell'art. 335 cod. proc. pen., pur previsto dalla legge secondo una connotazione di immediatezza, all'interno di un termine computabile a ore o a giorni, sì da potersi lo stesso ritenere regolarmente adempiuto anche in caso di iscrizione avvenuta a distanza di qualche giorno rispetto alla data di acquisizione della "notitia criminis" (in linea "con l'ovvia considerazione che il pubblico ministero non può non fruire di un certo ambito temporale per l'esame e la valutazione della notizia di reato e l'individuazione del nome del soggetto da iscrivere nel registro degli indagati") (Sez. I, 11 maggio 1994, Scuderi, rv. 198140, nonché, in particolare, sez. I, 4 gennaio 1999, n. 3192, Iamonte ed altri, non massimata).

Tale dunque essendo il contesto di elaborazione esegetica maturato sulla questione, la Corte ha aderito all'impostazione maggioritaria, "filtrata" alla luce dei principi sistematici regolanti i rapporti tra giudice e pubblico ministero.

In primo luogo la Corte ha tuttavia significativamente "corretto" la pretesa dimensione di totale discrezionalità del potere del pubblico ministero di iscrizione della notizia di reato, rinvenibile nelle premesse di larga parte delle pronunce riconducibili a tale filone; i supremi giudici hanno infatti chiarito che il compito del pubblico ministero è quello – in teoria, del tutto "neutro" – di "riscontrare" l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione e non già di effettuare valutazioni realmente "discrezionali", che ineluttabilmente finirebbero per coinvolgere l'esercizio di un potere difficilmente compatibile – anche sul versante dei valori costituzionali coinvolti – con la totale assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale; sicché, pur non essendo contestabile la componente di fluidità presente nello scrutinio, affidato dalla legge al pubblico ministero, dei fatti che concretamente possono determinare l'insorgenza del compito previsto dall'art. 335 cod. proc. pen., sia con riguardo all'aspetto oggettivo, ovvero al fatto-reato individuabile nella notizia trasmessa, sia con riguardo all'aspetto soggettivo, ovvero al nominativo cui "associare" tale fatto, la Corte ha attribuito al pubblico ministero un vero e proprio obbligo, da svolgere con tempestività, di iscrizione, unicamente ancorato ad un apprezzamento di corrispondenza del fatto ad una fattispecie di reato e alla sussistenza di elementi obiettivi di identificazione del soggetto cui il reato è attribuito.

In secondo luogo, in tal modo dunque affrontando la specifica questione devolutale, la Corte ha tuttavia riscontrato la mancata individuazione, da parte della legge, di <<altre figure, del processo o delle indagini, legittimate a surrogare il "ritardato" esercizio di un tale potere – dovere>>; essendo <<un intervento sostitutivo del giudice, peraltro proprio in tema di iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., espressamente previsto soltanto in tema di archiviazione nei procedimenti a carico di ignoti>> (stabilendo infatti l'art. 415, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. pen., che, in presenza di richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto, il giudice per le indagini preliminari, ove ritenga che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato), proprio tale previsione dimostrando, del resto, <<da un lato, che i poteri di intervento del giudice sono tipici e nominati, saldandosi essi alla esigenza, costituzionalmente imposta, che sia soltanto la legge a stabilire le attribuzioni processuali di tale organo, e, dall'altro, che un simile intervento "sostitutivo" (in sé evidentemente eccezionale), non si giustifica in funzione del controllo circa la tempestività e completezza delle "iscrizioni", ma sul diverso versante – costituzionalmente presidiato dall'art. 112 Cost. – della necessità di sottoporre al sindacato giurisdizionale la domanda di "inazione" che il pubblico ministero promuove, attraverso la richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto>>.

Più in generale, ha aggiunto la Corte, fatta salva la disciplina del regime di proroga del termine per le indagini preliminari, alla quale non appare <<estranea...l'idea di un giudice che, in presenza di iscrizioni "tardive", calibri la concessione o il diniego della proroga in funzione, anche, della durata delle indagini eventualmente espletate prima della tardiva iscrizione>>, <<non esiste...nel sistema, né un principio generale di "sindacabilità" degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di "garanzia" affidato al giudice per le indagini preliminari. Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale – proprio per impedire la riproduzione di funzioni *lato sensu* "istruttorie" – non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla" stabilendo, infatti, l'art. 328 cod. proc. pen., che il giudice per le indagini preliminari provvede sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa nei casi previsti dalla legge>>.

D'altra parte, ha ulteriormente precisato la Corte, onde potersi configurare un sindacato giurisdizionale sulla tempestività delle iscrizioni operate dal pubblico ministero, occorrerebbe una espressa previsione normativa che, oltre ad individuare il soggetto cui attribuire specificamente tali poteri, dovrebbe preoccuparsi di allestire uno specifico "rito" nel quale inquadrare gli stessi anche al fine dell'esigenza di tutelare il contraddittorio, non solo tra i soggetti necessari, ma anche in riferimento agli altri eventuali "partecipanti" della indagine o del processo.

In definitiva, dunque, la mancanza, all'interno dell'assetto normativo vigente, di poteri di sindacato di tal fatta (ulteriormente evidenziata dalla avvenuta presentazione di proposte che, come il disegno di legge n. 1440 pendente al Senato, proprio tali poteri mirano ad introdurre) ha condotto la Corte a dare risposta negativa alla questione di diritto alla stessa rimessa, potendo, dalla ritardata iscrizione in oggetto, derivare unicamente eventuali conseguenze disciplinari, o, al limite, penali ma giammai processuali.



**Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009 (dep. 20 ottobre 2009), n. 40537, Orlandelli, rv 244330**

*La competenza per territorio, nel caso in cui non sia possibile individuare, a norma degli artt. 8 e 9, comma primo, cod. proc. pen., il luogo di commissione del reato connesso più grave, spetta al giudice del luogo nel quale risulta commesso, in via gradata, il reato successivamente più grave fra gli altri reati; quando risulti impossibile individuare il luogo di commissione per tutti i reati connessi, la competenza spetta al giudice competente per il reato più grave, individuato secondo i criteri suppletivi indicati dall'art. 9, commi secondo e terzo, cod. proc. pen..*

*omissis*

### **Motivi della decisione**

**3.** Va preliminarmente dichiarata l'ammissibilità in rito del conflitto, in quanto l'indubbia esistenza di una situazione di stasi processuale, derivata dal rifiuto, formalmente manifestato, di due giudici a conoscere dello stesso procedimento appare insuperabile senza l'intervento di questa Suprema Corte.

**4.** Alle Sezioni Unite è stato rimesso il seguente quesito: «*se, ai fini della determinazione della competenza per territorio in ordine a reati connessi, qualora non sia possibile individuare il luogo di consumazione del reato più grave, debba farsi ricorso ai criteri suppletivi di cui all'art. 9 cod. proc. pen. sempre in riferimento al reato più grave, ovvero debba aversi riguardo al luogo di commissione del più grave tra i reati residui*».

**5.** Nel codice di rito del 1930, il caso era regolato dall'art. 47 (*Effetti della connessione sulla competenza per territorio*), il quale disponeva che «*La competenza per i procedimenti connessi rispetto ai quali più giudici sono egualmente competenti per materia appartiene a quello tra essi nella circoscrizione del quale fu commesso il reato più grave o in caso di pari gravità il maggior numero di reati*».

Nella vigenza di tale disposizione, la giurisprudenza assolutamente dominante di questa Corte aveva costantemente affermato il principio che l'individuazione del giudice competente per i procedimenti connessi doveva essere effettuata non già facendo ricorso ai criteri sussidiari indicati dall'art. 40 cod. proc. pen. (ora, art. 9), bensì procedendo a graduale considerazione del reato (o dei reati) meno gravi, con attribuzione della competenza al giudice del luogo in cui risultava consumato, con oggettivo carattere di certezza, il reato (o i reati) minore rispetto al primo (o ai primi).

La giurisprudenza specificava quindi che «*Quando non è possibile determinare la competenza per territorio con riferimento ai reati più gravi rispetto ad altri contestati, ma di pari gravità tra loro, perché commessi in pari numero in diverse circoscrizioni, ovvero perché non è possibile individuare il luogo in cui ciascuno di essi fu commesso, la individuazione del giudice competente deve farsi prendendo in considerazione, gradatamente, i reati meno gravi rispetto a quelli inizialmente considerati, e quindi osservando, rispetto al detto secondo gruppo di reati, gli stessi criteri dettati dall'art 47 cod. proc. pen. Se, pertanto, tale secondo gruppo di reati, meno gravi rispetto a quelli inizialmente considerati, comprende reati tra di loro di pari gravità commessi in numero diverso in diverse circoscrizioni, la competenza spetta al giudice nella cui circoscrizione è stato commesso il maggior numero di tali reati*» (così Sez. I, 7.2.1966, n. 126, Hermany, m. 101082; nello stesso senso, Sez. I, 6.2.1963, Bovile, non mass., in Cass. pen. Mass. ann. 1963, p.

899, m. 1642; Sez. I, 9.6.1964, Lutti, non mass., *ivi* 1965, p. 817, m. 1449; Sez. I, 14.6.1967, n. 1918, De Masis, m. 105668; Sez. I, 13.11.1970, n. 2264/71, Pasquero, m. 116993; Sez. I, 24.2.1981, n. 329, Zangrillo, m. 148635; Sez. I, 31.5.1982, n. 1157, Mulinacci, m. 154594; Sez. I, 25.6.1982, n. 1437, Giuntoni, m. 156174; Sez. I, 2.12.1983, n. 2061/84, Macaluso, m. 162730; Sez. I, 5.3.1984, n. 478, Misulin, m. 163923; Sez. I, 25.10.1985, n. 2658, Mori, m. 171117; Sez. I, 25.2.1986, n. 1053, Grieco, m. 172300; Sez. I, 21.1.1991, n. 181, Venturi, m. 187295; *contra* Sez. I, 6.11.1980, n. 2752, Cerbene, m. 146812, rimasta isolata, senza dar conto del contrario e consolidato orientamento e senza particolare motivazione).

**6.1.** Nel vigente codice di procedura penale la materia è disciplinata dall'art. 16 (*Competenza per territorio determinata dalla connessione*), il quale stabilisce, al primo comma, che «*La competenza per territorio per i procedimenti connessi rispetto ai quali più giudici sono ugualmente competenti per materia appartiene al giudice competente per il reato più grave e, in caso di pari gravità, al giudice competente per il primo reato*».

Nonostante la diversa formulazione letterale, la giurisprudenza assolutamente dominante di questa Corte, anche dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione, ha continuato a seguire l'interpretazione secondo la quale, ai fini della determinazione della competenza per territorio, quando si tratta di più reati connessi, le disposizioni dell'art. 9 cod. proc. pen. devono essere coordinate con quelle di cui al successivo art. 16, sicché ove non sia possibile individuare il luogo di commissione del reato più grave, giudice competente deve ritenersi quello del luogo in cui risulta commesso il reato che, in via decrescente, si presenta come meno grave rispetto al primo e più grave rispetto agli altri residui, non essendo consentito fare ricorso alle regole suppletive stabilite dall'art. 9 cod. proc. pen. (Sez. II, 17.3.1993, n. 5771, Giorgi, m. 194047; Sez. I, 24.9.1993, n. 3624, Cortellucci, m. 195429; Sez. I, 22.5.2000, n. 3731, D'Angelo, m. 216739; Sez. III, 3.10.2000, n. 3522, Pitzettu, m. 218530; Sez. VI, 6.11.2000, n. 4089, Tenaglia, m. 217908, specie punto 11 della motivazione; Sez. I, 12.5.2004, n. 25685, De Simone, m. 228142; Sez. I, 17.10.2007, n. 3947, Halilovic, m. 238372; Sez. I, 22.5.2008, n. 22763, Antonelli, m. 239887; Sez. I, 26.6.2008, n. 29160, Barrero, m. 240480; Sez. I, 3.10.2008, n. 38459, Babul, non mass.).

Le ragioni sulle quali tale orientamento è stato fondato sono soprattutto due:

a) in primo luogo, e principalmente, si fa riferimento alla esigenza di dare continuità alla giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice di rito abrogato. Si osserva infatti che, «*considerata la immutata identità di ratio fra l'art. 47 del cod. proc. pen. del 1930 e l'art. 16, comma 1, del nuovo codice di rito, le cui disposizioni attribuiscono uguale forza attrattiva al più grave dei reati connessi, deve ritenersi che è ancora attuale l'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel vigore dell'abrogato codice di rito*» (Sez. II, 17.3.1993, n. 5771, Giorgi, m. 194047; Sez. I, 5.4.2001, n. 17516, Cisse, m. 218684).

b) in secondo luogo, si sostiene che l'art. 9 cod. proc. pen., sia per la sua collocazione sia per il suo contenuto letterale, si riferisce unicamente a procedimenti con reato singolo, sicché non è applicabile a quelli oggettivamente complessi, concernenti più reati connessi tra loro (v. Sez. I, 24.9.1993, n. 3624, Cortellucci, m. 195429; Sez. I, 5.4.2001, n. 17516, Cisse, m. 218684).

**6.2.** A fronte di tale consolidato orientamento, è stata di recente consapevolmente espressa una tesi contraria, secondo la quale, invece, nel caso in cui sia ignoto il luogo di commissione del più grave tra i reati connessi, le regole suppletive devono trovare applicazione anche con riferimento alla competenza per connessione, e ciò «*perché l'art. 16 c.p.p., comma 1, rinvia a tutte le regole stabilite per determinare la competenza in ordine al reato più grave, incluse quelle suppletive previste dall'art. 9 c.p.p.; il criterio della decrescente gravità si direbbe frutto di "interpretazione creativa". La competenza va quindi individuata con riferimento al reato più grave, anche in applicazione delle regole suppletive dettate dall'art. 9 c.p.p.*» (Sez. V, 21.11.2007, n. 46828, Albertini, m. 238888; nello stesso senso Sez. I, 11.12.2007, n. 1515/08, Di Perna, non mass., ma senza dar conto del consolidato orientamento contrario).

A volte (v. Sez. V, 21.11.2007, Albertini, cit.) si è fatto riferimento, a supporto di questo orientamento minoritario, anche ad altre decisioni (Sez. I, 7.10.1991, n. 3617, Liseno, m. 188816; Sez. III, 3.10.2000, n. 3522/01, Pitzettu, m. 218530; Sez. I, 7.12.2005, n. 45388, Saya, m. 233359), le quali però, come la stessa ordinanza di rimessione puntualmente evidenzia, sono in realtà attinenti a fattispecie diverse ed ispirate a diversa *ratio decidendi*. Così, la sentenza Liseno concerne il caso di un unico reato continuato, commesso in luogo non accertato e in concorso tra soggetti residenti in circoscrizioni diverse, per il quale trova applicazione il criterio di chiusura dell'art. 9, comma 3, cod. proc. pen.; le sentenze Pitzettu e Saya si pongono sostanzialmente nel solco del contrario e prevalente orientamento — peraltro espressamente richiamato e ribadito nelle prima di queste due sentenze — in quanto pervengono alla determinazione della competenza territoriale dei reati connessi sulla base dei criteri suppletivi di cui all'art. 9 cod. proc. pen. con riferimento al reato più grave, soltanto perché per nessuno dei residui (e meno gravi) reati era possibile stabilire il luogo di consumazione ai sensi dell'art. 8 cod. proc. pen.

**6.3.** La tesi minoritaria è stata condivisa e sviluppata, con una ampia ed approfondita motivazione, dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, la quale innanzitutto critica le argomentazioni poste a sostegno della tesi dominante. In primo luogo, l'ordinanza ritiene non pertinente l'esigenza di dare continuità alla giurisprudenza formatasi nella vigenza del codice di rito abrogato, in quanto in realtà non esiste continuità normativa fra la vecchia e la nuova disciplina della competenza per territorio per i procedimenti relativi a reati connessi. Infatti, l'art. 47 del codice di rito del 1930 introduceva un criterio autonomo e diretto di determinazione della competenza per i reati connessi, sulla base del collegamento costituito dal luogo di commissione del reato più grave (ovvero del maggior numero di reati se di pari gravità). E' allora comprensibile che la giurisprudenza, nel caso in cui tale luogo fosse ignoto, avesse fatto riferimento al reato seguente, in ordine (decrescente) di gravità, tra quelli connessi, del quale fosse accertato il luogo di commissione. Invero, proprio la fedeltà al criterio di collegamento fissato dalla legge accreditava l'interpretazione secondo cui il richiamo al reato più grave doveva intendersi circoscritto dalla clausola limitativa, sottesa: «del quale è noto il luogo della commissione». L'art. 16 del nuovo codice di rito, invece, contiene una innovazione radicale circa il criterio primario di collegamento, perché opera un rinvio non ad un dato di tipo fattuale (come quello geografico del codice abrogato), bensì al dato giuridico della competenza per territorio (in ordine al reato più grave), attraendo tutti i residui reati connessi nella competenza territoriale del «giudice competente per il reato più grave». In secondo luogo, l'ordinanza di rimessione ritiene non concludente l'argomento che l'art. 9 cod. proc. pen. si riferisce a procedimenti con reato singolo, e non contempla l'ipotesi di una pluralità di reati in connessione, e ciò perché l'art. 16 mutua la competenza per territorio per i procedimenti connessi da quella per il reato più grave, ossia richiamando proprio la regola di determinazione della competenza per il reato singolo, quello appunto più grave.

Secondo l'ordinanza di rimessione, quindi, dovrebbe accogliersi l'orientamento minoritario in base al quale, in osservanza del criterio primario fissato dall'art. 16, comma 1, ai fini della determinazione della competenza per territorio per i reati connessi, deve aversi sempre esclusivo riguardo alla competenza per il più grave dei reati, da individuare con l'applicazione delle regole generali e, se del caso, di tutte quelle suppletive, nessuna esclusa. Ciò in sostanza per le seguenti ragioni:

- a) il criterio di collegamento costituito dal luogo di commissione del reato più grave (così come ogni altro criterio di tipo materiale e fattuale) è assolutamente estraneo alla vigente disciplina positiva;
- b) l'art. 16 cod. proc. pen., determinando la competenza territoriale per i reati connessi in funzione (non del luogo di commissione ma) della competenza per il reato più grave, ossia con un collegamento esclusivamente giuridico, involge necessariamente il richiamo di tutte le regole stabilite circa la competenza per territorio dagli artt. 8, 9 e 10 cod. proc. pen. Sarebbe pertanto arbitraria l'esclusione, ai fini della determinazione della competenza del reato più grave (e

conseguentemente di tutti i reati connessi) dei criteri sussidiari previsti dall'art. 9 cod. proc. pen.

c) l'esclusione dei criteri sussidiari di cui all'art. 9 e l'adozione del diverso criterio di collegamento (non previsto dalla norma) del luogo di commissione del reato gradatamente meno grave si tradurrebbero in una interpretazione *contra legem*, in quanto sovvertono il criterio legale di attrazione nella competenza territoriale del reato più grave e realizzano l'esatto contrario, ossia l'attrazione nella cognizione del giudice competente per il reato meno grave di quello più grave, illegittimamente sottraendolo al giudice naturale, territorialmente competente.

7. Ritengono le Sezioni Unite che debba confermarsi — con la precisazione di cui si dirà — l'orientamento dominante, essendo tuttora valide e condivisibili le ragioni che lo sorreggono. Al contrario, non appaiono fondate le argomentazioni addotte dall'orientamento minoritario, che sono non decisive e si basano su una interpretazione meramente letterale della disposizione, senza tenere conto della sua *ratio* e di una sua esegesi logico-sistematica.

7.1. E' innanzitutto fallace l'argomento secondo cui la tesi dominante darebbe luogo ad una interpretazione *contra legem* e sovvertirebbe il criterio legale di determinazione della competenza sottraendola al giudice naturale. Ed invero — a parte il rilievo che, come si vedrà, è proprio l'orientamento minoritario ad essere non conforme al principio del giudice naturale — è evidente come tale argomento dia per certo e si fondi proprio su ciò che invece è tutto da dimostrare, ossia che il criterio legale di determinazione della competenza per i reati connessi sia sempre e solo quello della competenza per il reato più grave — isolatamente considerato — anche quando non ne è noto il luogo di commissione e che il giudice naturale sia sempre e solo quello competente per il reato più grave. Se infatti, attraverso le normali regole ermeneutiche, si giunge ad una diversa interpretazione della disposizione, allora anche il giudice naturale precostituito per legge sarà proprio quello del luogo di commissione del reato gradatamente meno grave e sarà proprio questo il criterio legale di determinazione della competenza.

7.2. Gli altri due argomenti, come già rilevato, si dimostrano non decisivi solo che si superi una interpretazione meramente formale e letterale per operarne una sistematica ed adeguatrice alla luce della *ratio* della disposizione e dei valori costituzionali di riferimento.

In primo luogo, può invero osservarsi che la tradizione penalistica, fin dall'epoca romana, ha da sempre ritenuto naturale che l'individuazione del giudice penale territorialmente competente a giudicare un dato reato debba richiedere la presenza di un collegamento con il luogo di commissione del reato stesso, per tutta una serie di intuitive ragioni, che vanno dall'esigenza di assicurare un effettivo controllo sociale, a quella di agevolare la raccolta delle prove, a quella di ridurre i disagi per le parti e per i testi.

Questa peculiare caratteristica della determinazione della competenza territoriale in materia penale, è stata sottolineata anche dalla sent. n. 168 del 2006 della Corte costituzionale, la quale ha rilevato che se è vero che la locuzione «giudice naturale» non ha nell'art. 25 Cost. un significato proprio e distinto da quello di «giudice precostituito per legge», deve tuttavia «riconoscersi che il predicato della “naturalità” assume nel processo penale un carattere del tutto particolare, in ragione della “fisiologica” allocazione di quel processo nel *locus commissi delicti*». Secondo la Corte, quindi, qualsiasi istituto processuale che producesse l'effetto di “distrarre” il processo dalla sua sede, «inciderebbe su un valore di elevato e specifico risalto per il processo penale; giacché la celebrazione di quel processo in “quel” luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata anche quella - più che tradizionale - per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati».

La radicazione della competenza nel luogo di manifestazione del reato esprime dunque un valore di rilevanza costituzionale, il cui contenuto non si esaurisce nella garanzia della precostituzione, ma esalta il significato della naturalità del giudice designato come competente.

Tali principi e tali valori sono stati recepiti anche in sede di redazione del vigente codice di

procedura penale. Nella Relazione al Progetto preliminare infatti si sottolinea che i casi di connessione sono stati rigorosamente delimitati «*al fine di non vulnerare il principio costituzionale del “giudice naturale precostituito per legge”*» (pag. 4), chiaramente sottintendendo che sia normalmente tale quello che abbia un collegamento con il luogo di commissione del reato. Si sottolinea anche che la disciplina della competenza per connessione — divenuta «*criterio attributivo della competenza analogo a quello stabilito per materia e per territorio*» (pag. 4) — è stata costruita nell’ottica di una rigorosa delimitazione della connessione al fine di rispettare il principio del giudice naturale e di perseguire la massima semplificazione, escludendo ogni discrezionalità nella determinazione del giudice competente (pag. 11).

**7.3.** E’ quindi evidente, già sulla sola base di questi principi generali e valori costituzionali, che in caso di dubbio debba essere preferita quella interpretazione che privilegi comunque la necessaria presenza di un collegamento della competenza territoriale con il luogo di commissione di almeno uno dei diversi reati commessi, anche quando tale luogo non sia accertato con riferimento al reato più grave, rispetto ad altre interpretazioni che possano portare ad una competenza territoriale del tutto sganciata dal luogo di manifestazione di almeno una parte della complessa fattispecie criminale. A questa doverosa scelta ermeneutica si potrebbe rinunciare solo qualora la lettera della disposizione fosse talmente chiara ed inequivoca, da non lasciare spazio per una interpretazione che privilegi la *ratio legis* e la stessa intenzione del legislatore storico.

Ora, è proprio l’orientamento dominante quello che attribuisce preferenza ad un collegamento «certo» con il luogo in cui è stato commesso almeno uno dei segmenti del complesso criminoso, rispetto ai criteri sussidiari di cui all’art. 9, nei quali il nesso tra luogo e fatto illecito si fa più labile. Tra questi criteri, invero, vi è sia quello del luogo di residenza dell’imputato, che potrebbe spostare la competenza in un luogo completamente sganciato da quello di commissione anche della totalità dei reati connessi meno gravi, sia quello fondato sulla iscrizione della *notitia criminis*, che è sempre stato visto con grande sospetto e giustamente ritenuto utilizzabile solo in caso di assoluta indispensabilità, perché considerato teoricamente esposto al rischio di manipolazioni. La diffidenza verso questo criterio, del resto, è stata espressa dallo stesso legislatore, tanto che la Relazione al Progetto preliminare al cod. proc. pen. vigente afferma che tale criterio suppletivo, ispirato alla direttiva 35, «non consente di superare ogni riserva in ordine alla possibilità del denunciante di scegliere il giudice competente» (pag. 9).

**7.4.** In secondo luogo, contrariamente a quanto assume l’ordinanza di rimessione, può ben ritenersi che in realtà non vi sia stata una rottura di continuità normativa, o quanto meno di continuità di *ratio legis* e di esigenze da tutelare, tra la vecchia e la nuova disciplina in materia di competenza territoriale per i procedimenti connessi, al di là della differenza terminologica (giudice «nella circoscrizione del quale fu commesso il reato più grave» e «giudice competente per il reato più grave»). Ed invero, sempre nella Relazione al Progetto preliminare (pag. 6 s.) si afferma testualmente che «l’articolo 16 contiene una conferma degli ordinari criteri della competenza per territorio determinati dalla connessione ...La disciplina adottata nel comma 1 si discosta da quella dell’art. 47 c.p.p. solo in quanto il criterio sussidiario del luogo in cui è stato commesso il maggior numero di reati è stato sostituito da quello del primo reato. La modifica si è resa necessaria in considerazione della disciplina limitativa che è stata prevista dei casi di connessione: in base a tale disciplina, infatti, il criterio del luogo in cui è stato commesso il maggior numero di reati potrebbe rivelarsi non praticabile in quanto tendenzialmente non dovrebbero verificarsi le attuali situazioni di pluralità di reati attribuiti alla cognizione del medesimo giudice».

L’intenzione del legislatore storico, quindi, era proprio quella di assicurare una continuità normativa con la disciplina precedente, ossia di non modificare (se non per il caso di una pluralità di reati di pari gravità) il criterio principale di attribuzione della competenza e la soluzione da adottare nel caso di impossibilità di accertare il luogo di commissione del reato più grave. E difatti la dottrina aveva subito rilevato che il criterio principale per l’individuazione della competenza per i

procedimenti connessi non si discosta dalla tradizione, giacché, al pari dell'art. 47 cod. proc. pen. del 1930, si fonda sulla *vis attractiva* esercitata dal giudice competente per il reato più grave. Esattamente pertanto la giurisprudenza di questa Corte, fin dalle sue prime decisioni successive all'entrata in vigore del nuovo codice di rito, ha sottolineato l'identità di *ratio* tra l'art. 47 del cod. proc. pen. del 1930 e l'art. 16, comma 1, del nuovo codice, le cui disposizioni attribuiscono uguale forza attrattiva al più grave dei reati connessi, sicché il dubbio esegetico doveva risolversi dando continuità all'indirizzo giurisprudenziale formatosi nella vigenza del codice precedente.

**7.5.** In terzo luogo, è indubbio che anche la *ratio* dell'art. 16, comma 1, in sé e per sé considerato, è quella di assicurare, per quanto possibile, il collegamento tra competenza territoriale e luogo di manifestazione del reato, o almeno di un segmento del complesso criminoso, garantendo il principio, di valore costituzionale, della «fisiologica allocazione» del processo nel *locus commissi delicti*. Ora, questa *ratio* sarebbe certamente non tutelata pienamente se il criterio oggettivo di collegamento dovesse venir meno e dovesse invece darsi applicazione agli incerti e non oggettivi criteri suppletivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9, solo perché sia impossibile accertare il luogo di commissione del reato più grave, sebbene sia certo il luogo di commissione degli altri reati connessi. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una serie di reati connessi in cui sia compresa una pluralità di reati più gravi di pari gravità, ed al caso in cui sia noto il luogo di commissione di tutti i reati (più gravi e meno gravi) ad eccezione del primo reato più grave. In questa ipotesi, se dovesse seguirsi l'interpretazione propugnata dall'ordinanza di remissione, la competenza territoriale dovrebbe comunque essere attribuita al giudice che sarebbe competente per il primo reato più grave isolatamente considerato e perciò al giudice individuato, con riferimento a tale primo reato, in applicazione dei criteri suppletivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9, pur essendo noto il luogo di commissione anche degli altri reati di pari gravità. E' evidente che tale interpretazione darebbe luogo ad un sistema irrazionale ed aleatorio, privo di giustificazione alla luce della *ratio legis*, e certamente meno conforme al valore espresso in materia penale dal principio del giudice naturale. In sostanza, come ha da tempo acutamente evidenziato una accorta dottrina, l'immediato ricorso al criterio sussidiario, qualora risulti indeterminabile la competenza territoriale in rapporto al luogo di commissione del reato in assoluto più grave, renderebbe parziale l'applicabilità dello stesso criterio principale, giacché quest'ultimo verrebbe ad essere pretermesso, pur in presenza di una gerarchia di gravità delle fattispecie connesse, per l'occasionale irrilevanza del primo reato della serie gradata. Effetto questo che, a ben vedere, urta proprio contro il principio di devolvere la reigiudicanda a maggior contenuto di lesività al giudice del luogo in cui tale lesione si è realizzata, che costituisce l'evidente *ratio* della norma.

**7.6.** L'interpretazione adottata dalla giurisprudenza dominante non è poi impedita dalla lettera della disposizione. Come si è già ricordato la stessa Relazione al Progetto preliminare del cod. proc. pen. affermava che l'art. 16 contiene una conferma degli ordinari criteri di competenza per territorio determinati dalla connessione, con ciò chiarendo che la diversa espressione utilizzata non implicava affatto — come invece sostiene l'ordinanza di remissione — un radicale mutamento del precedente sistema di determinazione della competenza per i reati connessi. Tanto che subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito la dottrina più attenta non mancò di rilevare che il criterio principale per l'individuazione delle competenze per i reati connessi non si discostava dalla tradizione e che, in particolare, nonostante la nuova formulazione della disposizione, non si rinvenivano dati testuali per ritenere superato il precedente consolidato orientamento giurisprudenziale.

Difatti, anche il nuovo testo continua ad attribuire forza attrattiva al più grave dei reati connessi. Ed effettivamente l'uso della espressione «giudice competente per il reato più grave» al posto di quella di giudice «nella cui circoscrizione fu commesso il reato più grave» non è, di per sé sola ed in mancanza di altri elementi, significativa di una volontà di operare un così profondo stravolgimento del sistema di determinazione della competenza per i reati connessi, eliminando totalmente il criterio oggettivo di collegamento costituito dal luogo di commissione del reato più grave e

sostituendolo con un nuovo criterio aleatorio, che irrazionalmente isolerebbe il reato più grave dalla complessiva fattispecie criminosa e muterebbe la regola di determinazione della competenza in riferimento esclusivamente al reato più grave, isolatamente considerato. Sembra quindi più logico ritenere che anche la nuova disposizione, quando si è riferita al giudice competente per il reato più grave, non abbia fatto altro che confermare, con una espressione sintetica, che il riferimento va fatto al giudice naturalmente competente perché nella sua circoscrizione è stato commesso il reato più grave e non abbia invece voluto addirittura sostituire, senza peraltro alcuna apparente ragione e razionale giustificazione, un collegamento oggettivo e fattuale (quale richiesto dalla *ratio* della norma e dai valori costituzionali dianzi richiamati) con un diverso criterio giuridico.

**7.7.** In conclusione, deve confermarsi l'orientamento dominante nella giurisprudenza di questa Corte, orientamento che non costituisce affatto il frutto di una «interpretazione creativa» e tanto meno di una «interpretazione *contra legem*» o addirittura contraria al principio del giudice naturale, bensì il frutto di una interpretazione logico-sistematica, aderente alla *ratio* della disposizione e maggiormente conforme al principio della naturalità del giudice nel processo penale.

**8.1.** Occorre tuttavia fare un'ulteriore precisazione, dal momento che nell'applicazione dell'orientamento che qui viene confermato si sono talora verificati alcuni equivoci. Secondo il principio adottato, dunque, qualora non sia noto il luogo di commissione del reato più grave (o del primo reato) non può farsi ricorso ai criteri suppletivi di cui all'art. 9 cod. proc. pen. in relazione a tale reato, ma deve farsi riferimento, in successione gradata, al reato più grave (o anteriore nel tempo) fra quelli residui. Con la precisazione, però, che il luogo di commissione del reato più grave (o del primo reato) va individuato utilizzando non solo le regole indicate nell'art. 8, ma eventualmente anche quella di cui al primo comma dell'art. 9, secondo cui «se la competenza non può essere determinata a norma dell'art. 8, è competente il giudice dell'ultimo luogo in cui è avvenuta parte dell'azione o dell'omissione». Deve quindi specificarsi che i criteri suppletivi ai quali non può farsi immediatamente riferimento sono quelli di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9.

E ciò innanzitutto perché, a ben vedere, quello contenuto nel primo comma dell'art. 9 è più un criterio integrativo delle regole generali fissate dall'art. 8 per individuare il luogo di commissione del reato ai fini della competenza per territorio che non un vero e proprio criterio suppletivo per scegliere un giudice competente quando sia sconosciuto il luogo di commissione. In altri termini, per luogo di commissione, ai fini della competenza per territorio, deve intendersi quello risultante dalle regole poste dall'art. 8 e dal primo comma dell'art. 9, ossia il luogo in cui il reato è stato consumato, ovvero il luogo in cui è avvenuta l'azione od omissione se si tratta di fatto dal quale è derivata la morte, ovvero il luogo in cui ha avuto inizio la consumazione se si tratta di reato permanente, ovvero il luogo in cui è stato compiuto l'ultimo atto diretto a commettere il delitto se si tratta di delitto tentato, ed infine, se nessuna di queste regole è utilizzabile, l'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione.

Tutte queste regole si basano su un elemento oggettivo di tipo territoriale costituito dal luogo di consumazione o dal luogo in cui comunque si è svolta una parte dell'azione o dell'omissione (o in cui si è verificato l'evento) e mirano primariamente alla medesima finalità di stabilire in quale luogo il reato deve intendersi commesso. La regola di cui all'art. 9, comma 1, del resto, risponde chiaramente alla *ratio* di affidare il giudizio ad un giudice che, per essere quello dell'ultimo luogo dove si è realizzata parte della condotta, risulta, probabilmente, il più vicino al contesto ambientale in cui si è perfezionato l'illecito. Profondamente diversa è invece la *ratio* degli altri due criteri subordinati — questi sì realmente suppletivi — che sono privi di qualsiasi collegamento oggettivo e geografico con il fatto reato e sono stati discrezionalmente individuati, per fini pratici, dai commi 2 e 3 dell'art. 9 nel luogo di residenza, o di dimora, o di domicilio dell'imputato, o nel luogo della sede del pubblico ministero che per primo ha iscritto la notizia di reato.

Inoltre, anche a prescindere dalla differenza ontologica tra i detti criteri, le medesime ragioni logico-sistematiche che inducono a scegliere l'interpretazione secondo cui, quando è ignoto il luogo di

commissione del reato più grave, deve farsi riferimento al luogo di commissione del reato gradatamente più grave tra quelli residui, inducono anche a ritenere che ciò possa farsi solo quando, in relazione al reato più grave, sia ignoto anche il luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione, ossia non sia applicabile nemmeno la regola dell'art. 9, comma 1.

Ciò deriva dalla considerazione congiunta, da un lato, della *ratio legis* e dell'esigenza di tutela del principio del giudice naturale, e, dall'altro lato, del fatto che il criterio fondamentale fissato dall'art. 16, comma 1, si incentra primariamente sul reato più grave, in relazione al luogo di commissione del quale, quindi, va innanzitutto assicurata la naturalità del giudice. Sulla base di questi principi, deve pertanto ritenersi che, quando sia accertato il luogo in cui è avvenuta almeno una parte della condotta del reato più grave, ciò sia sufficiente per attribuire la competenza al giudice di questo luogo, mentre sarebbe immotivato ed illogico passare al reato meno grave. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di un grave reato di cui si conosca il luogo in cui si è svolta la gran parte dell'azione ma non quello di consumazione. Se in tale ipotesi si dovesse attribuire la competenza al giudice del luogo in cui si è consumato un reato connesso molto meno grave, solo per la mera ragione formale che la regola integrativa del luogo in cui è avvenuta parte dell'azione o dell'omissione è contenuta nel primo comma dell'art. 9 e non nell'art. 8, si darebbe spazio ad un sistema incongruo e ad una soluzione irrazionale ed in contrasto con la *ratio legis*.

**8.2.** Deve dunque ritenersi che qualora per il reato più grave si ignori il luogo di consumazione (o non sia applicabile una delle altre regole dell'art. 8) ma si conosca dove è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione, giudice competente sarà quello dell'ultimo luogo della parte di azione od omissione, ai sensi dell'art. 9, comma 1. Se nessuno di questi luoghi è conosciuto, non si dovrà fare subito ricorso ai criteri suppletivi di cui all'art. 9, commi 2 e 3, ma si dovrà passare al luogo di commissione del più grave, in via successivamente gradata, fra i residui reati connessi. Anche per questo secondo reato, ovviamente, il luogo di commissione andrà individuato applicando in via gradata le regole di collegamento oggettive dettate dall'art. 8 e dall'art. 9, primo comma (cfr., implicitamente, Sez. I, 3.10.2008, n. 38459, Babul, non mass.; Sez. I, 11.12.2007, n. 1515/08, Di Perna, non mass.). Se poi per tutti i reati connessi non sarà possibile individuare il luogo di commissione secondo le regole di cui agli artt. 8 e 9, comma 1, allora si dovrà tornare a fare riferimento al reato più grave ed individuare il giudice competente in relazione a tale reato sulla base innanzitutto del criterio suppletivo di cui all'art. 9, comma 2, e subordinatamente, qualora anche tale criterio non sia utilizzabile (come nel caso di più concorrenti nel reato più grave aventi diverse residenze: Sez. II, 23.1.1997, n. 1312, Mazza, m. 207125; Sez. V, 21.11.2007, n. 46828, Albertini, m. 238888) del criterio suppletivo di cui all'art. 9, comma 3. Nell'ipotesi poi di più reati connessi di pari gravità dovranno ovviamente essere seguite le stesse regole, e quindi si dovrà passare dal primo reato più grave agli ulteriori reati più gravi più recenti nel tempo (cfr. Sez. I, 22.5.2000, n. 3731, D'Angelo, m. 216739; Sez. I, 26.6.2008, n. 29160, Barrero, m. 240480) e poi a mano a mano agli eventuali reati meno gravi, sempre se per nessuno dei reati via via presi in considerazione si conosca il luogo in cui è avvenuta parte dell'azione o dell'omissione.

Queste precisazioni evidenziano anche che l'interpretazione adottata è sì conforme a quella finora dominante, ma si discosta solo in parte da quella minoritaria. Questa infatti sostiene che nell'ipotesi in cui si ignori il luogo di consumazione del reato più grave si deve individuare la competenza facendo subito ricorso alle regole suppletive dell'art. 9 con riferimento sempre al reato più grave. Qui si è invece precisato che nella detta ipotesi si deve far ricorso alla sola regola suppletiva di cui all'art. 9, comma 1, mentre quelle di cui ai commi 2 e 3 potranno essere utilizzate solo quando per nessuno dei reati connessi sia individuabile il luogo di commissione.

**9.** In conclusione, deve dunque affermarsi il seguente principio di diritto: in ipotesi di reati connessi, agli effetti della competenza per territorio ai sensi dell'art. 16, comma 1, cod. proc. pen., ove non sia possibile individuare il luogo di commissione del reato più grave secondo le regole oggettive dettate dagli artt. 8 e 9, comma 1, cod. proc. pen., giudice competente deve ritenersi quello del luogo in cui

risulta commesso, in via a mano a mano gradata, il reato successivamente più grave fra gli altri reati connessi. Quando non sia possibile individuare, secondo le dette regole, il luogo di commissione per nessuno dei reati connessi, la competenza spetterà al giudice competente per il reato più grave in applicazione, in via gradata, dei criteri suppletivi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9.

**10.** Nel caso in esame è sconosciuto il luogo di consumazione di tutti e tre i più gravi reati di ricettazione. Sulla base dell'enunciato principio di diritto, la competenza va quindi individuata con riferimento ai meno gravi reati di truffa (capi B, D, ed F). Poiché si tratta di reati di pari gravità consumati in luoghi diversi (Guidonia e Roma), deve aversi riguardo al reato consumato per primo, ossia al reato di cui al capo D), commesso in Guidonia il 14.7.2004. Conseguentemente, va dichiarata la competenza del Tribunale di Tivoli, nel cui circondario è stato consumato il primo reato di truffa.

### *Omissis*

La materia in oggetto era disciplinata dall'art. 47 del c.p.p. del 1930 (rubricato: <<Effetti della competenza>>), a norma del quale

<<La competenza per i procedimenti connessi rispetto ai quali più giudici sono egualmente competenti per materia appartiene a quello tra essi nella circoscrizione del quale fu commesso il reato più grave o in caso di pari gravità il maggior numero di reati>>.

La prima decisione massimata in tema affermò che:

“Quando non è possibile determinare la competenza per territorio con riferimento ai reati più gravi rispetto ad altri contestati, ma di pari gravità tra loro, perché commessi in pari numero in diverse circoscrizioni, ovvero perché non è possibile individuare il luogo in cui ciascuno di essi fu commesso, la individuazione del giudice competente deve farsi prendendo in considerazione, gradatamente, i reati meno gravi rispetto a quelli inizialmente considerati, e quindi osservando, rispetto al detto secondo gruppo di reati, gli stessi criteri dettati dall'art. 47 c.p.p. Se, pertanto, tale secondo gruppo di reati, meno gravi rispetto a quelli inizialmente considerati, comprende reati tra di loro di pari gravità commessi in numero diverso in diverse circoscrizioni, la competenza spetta al giudice nella cui circoscrizione è stato commesso il maggior numero di tali reati” (Cass. pen., sez. I, 7.2. – 4.4.1966, n. 126, Hermany, rv. 101082).

L'orientamento fu successivamente ribadito pedissequamente da Cass. pen., sez. I, 14.6. – 14.10.1967, n. 1918, De Masis, rv. 105668; 13.11.1970 – 5.3.1971, n. 2264, Pasquero, rv. 116993; 24.2. – 30.4.1981, n. 329, Zangrillo, rv. 148635; 31.5. – 13.7.1982, n. 1157, Mulinacci, rv. 154594; 25.6. – 17.11.1982, n. 1437, Giuntoni, rv. 156174; 2.12.1983 – 20.2.1984, n. 2061, Macaluso, rv. 162730; 5.3. – 2.5.1984, n. 478, Misulin, rv. 163923; 25.10. – 19.11.1985, n. 2658, Mori, rv. 171117; 25.2. – 28.3.1986, n. 1053, Grieco, rv. 172300; 21.1. – 5.3.1991, n. 181, Venturi, rv. 187295.

In senso difforme, ma senza dar conto dell'orientamento contrario dominante, si era pronunciata la sola Cass. pen., sez. I, 6. – 24.11.1980, n. 2752, Cerbene, rv. 146812.

2. Aderendo all'indirizzo dominante sotto la vigenza del codice di rito del 1930, l'indirizzo che appariva assolutamente dominante riteneva che, ai fini della determinazione della competenza per territorio per connessione, nel caso in cui fosse ignoto il luogo di commissione del reato (connesso) più grave, occorresse avere riguardo al reato gradatamente meno grave poiché,

“considerata la immutata identità di ratio fra l'art. 47 del c.p.p. del 1930 e l'art. 16, comma 1, del nuovo codice di rito, le cui disposizioni attribuiscono uguale forza attrattiva al più grave dei reati connessi, deve ritenersi che è ancora attuale l'indirizzo giurisprudenziale formatosi nel vigore dell'abrogato codice di rito” (Cass. pen., sez. II, 17.3. – 9.6.1993, n. 5771, Giorgi, rv. 194047; conformi, sez. I, 24.9. – 21.10.1993, n. 3624, Confl. comp. in proc. Cortellucci, rv. 195429; sez. I, 22.5. – 9.8.2000, n. 3731, Confl. comp. in proc. D'Angelo ed altro, rv. 216739; sez. III, 3.10.2000 – 30.1.2001, n. 3522, Pitzettu, rv. 218530; sez. I, 12.5. – 8.6.2004, n. 25685, Confl. comp. in proc. De Simone ed altri, rv. 228142; sez. I, 17.10.2007 – 24.1.2008, n. 3947, Confl. comp. in proc. Halilovic, rv. 238372; sez. I, 22.5. – 6.6.2008, n. 22763, Confl. comp. in proc. Antonelli, rv. 239887; sez. I, 3.- 9.10.2008, n. 38459, Confl. comp. in proc. Babul, non massimata).

In argomento, Cass. pen., sez. I, 5.4. – 2.5.2001, n. 17516, Confl. comp. in proc. Cisse, rv. 218684, aveva, in particolare, osservato che

“nell'ipotesi di reati connessi, per la determinazione della competenza per territorio, ove non sia possibile, come in questo caso, individuare il luogo di consumazione del reato più grave (nella specie: la ricettazione), non è consentito far ricorso alle regole suppletive stabilite dall'art. 9 c.p.p. - che sia per la collocazione che per il contenuto letterale si riferisce a procedimenti con reato singolo - ma si deve aver riguardo al luogo di consumazione del reato che, in via decrescente, si presenta come il più grave tra quelli residui”.

3. La prima voce consapevolmente dissonante, sotto la vigenza del nuovo codice di rito, era stata Cass. pen. sez. V, 21.11. – 17.12.2007, n. 46828, Alberini ed altri, rv. 238888, per la quale, nel caso in cui sia ignoto il luogo di

commissione del più grave tra i reati connessi, le regole suppletive trovano applicazione anche con riferimento alla competenza per connessione,

“perché l’art. 16 c.p.p., comma 1, rinvia a tutte le regole stabilite per determinare la competenza in ordine al reato più grave, incluse quelle suppletive previste dall’art. 9 c.p.p.; il criterio della decrescente gravità si direbbe frutto di <<interpretazione creativa>>. La competenza va quindi individuata con riferimento al reato più grave, anche in applicazione delle regole suppletive dettate dall’art. 9 c.p.p.”.

Nel medesimo senso, senza dar conto dell’esistenza di un consolidato orientamento contrario, si è posta, successivamente, Cass. pen. sez. I, 11.12.2007 – 11.1.2008, n. 1515, Confl. comp. in proc. Di Perna, non massimata.

4. La questione controversa era stata affrontata specificamente, in dottrina, da tre soli Autori, due favorevoli all’orientamento giurisprudenziale maggioritario (che interpretava il riferimento dell’art. 16 c.p.p. al <<reato più grave>> nel senso di <<reato più grave tra quelli rispetto ai quali sia noto il luogo di commissione>>), limitando l’operatività dei criteri suppletivi di cui all’art. 9 c.p.p. ai soli casi nei quali sia ignoto il luogo di commissione di tutti i reati connessi, nell’evidente intento di individuare il giudice competente per connessione con la maggior certezza possibile, e nel rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, privilegiando il riferimento al criterio ritenuto obiettivamente più idoneo ad assicurare tale certezza), l’altro a quello minoritario (che, al contrario, privilegiava il riferimento letterale dell’art. 16 c.p.p. al <<reato più grave>>, determinando rispetto ad esso l’attribuzione di competenza, quale che fosse il criterio - principale o suppletivo – applicabile).

5. Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto stabilendo, in adesione all’orientamento in precedenza maggioritario, che, nell’ipotesi di reati connessi, per la determinazione della competenza per territorio, ove non sia possibile individuare il luogo di commissione del reato più grave applicando i criteri di cui agli artt. 8 e 9, comma primo, cod. proc. pen., il giudice competente è quello del luogo in cui risulta commesso, in via gradata, il reato successivamente più grave fra gli altri reati connessi; nei casi in cui risulti impossibile individuare, secondo le detti criteri, il luogo di commissione per tutti i reati connessi, la competenza spetta al giudice competente per il reato più grave, individuato in applicazione dei criteri suppletivi di cui all’art. 9, commi secondo e terzo, cod. proc. pen..

Evidenziata l’impossibilità di risolvere il contrasto richiamando la garanzia costituzionale del giudice naturale (poiché tale argomento considera certo proprio ciò che invece va dimostrato, ovvero che il criterio legale di determinazione della competenza per i reati connessi sia sempre e solo quello della competenza per il reato più grave, isolatamente considerato – anche quando non ne è noto il luogo di commissione-, e che il giudice naturale è sempre e solo quello competente per il reato più grave), il Supremo collegio di legittimità ha valorizzato, a sostegno dell’interpretazione prescelta, innanzi tutto la tendenza ordinamentale (cui il Giudice delle Leggi ha già riconosciuto rilevanza costituzionale, onde esaltare il significato della naturalità del giudice designato come competente: Corte cost., sentenza n. 168 del 2008) a radicare la competenza per territorio nel luogo di manifestazione del reato: il principio è stato recepito anche in sede di redazione del vigente codice di procedura penale, la cui disciplina si pone in continuità normativa con la disciplina dettata dall’abrogato codice di rito del 1930.

D’altro canto, la ratio dell’art. 16, comma 1, in sé e per sé considerato, mira ad assicurare, per quanto possibile, il collegamento tra competenza territoriale e luogo di manifestazione del reato, o almeno di un segmento del complesso criminoso, garantendo il principio, di valore costituzionale, della «fisiologica allocazione» del processo nel locus commissi delicti: essa risulterebbe non tutelata pienamente se il criterio oggettivo di collegamento dovesse venir meno e dovesse invece darsi applicazione agli incerti e non oggettivi criteri suppletivi di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 9, solo perché sia impossibile accertare il luogo di commissione del reato più grave, sebbene sia certo il luogo di commissione degli altri reati connessi.

Né può ritenersi che l’interpretazione prescelta sia impedita dalla lettera della disposizione, poiché anche l’art. 16 c.p.p. continua ad attribuire forza attrattiva al più grave dei reati connessi:

“sembra quindi più logico ritenere che anche la nuova disposizione, quando si è riferita al giudice competente per il reato più grave, non abbia fatto altro che confermare, con una espressione sintetica, che il riferimento va fatto al giudice naturalmente competente perché nella sua circoscrizione è stato commesso il reato più grave e non abbia invece voluto addirittura sostituire, senza peraltro alcuna apparente ragione e razionale giustificazione, un collegamento oggettivo e fattuale (quale richiesto dalla ratio della norma e dai valori costituzionali dianzi richiamati) con un diverso criterio giuridico”.

Alla luce di queste considerazioni, è stato ribadito l’orientamento già dominante nella giurisprudenza, “che non costituisce affatto il frutto di una «interpretazione creativa» e tanto meno di una «interpretazione contra legem» o addirittura contraria al principio del giudice naturale, bensì il frutto di una interpretazione logico-sistematica, aderente alla ratio della disposizione e maggiormente conforme al principio della naturalità del giudice nel processo penale”.

6. Il luogo di commissione del reato più grave (o del primo reato) va naturalmente individuato utilizzando non solo le regole indicate nell’art. 8, ma eventualmente anche quella di cui al primo comma dell’art. 9: a ben vedere, quindi, i criteri suppletivi ai quali non può farsi immediatamente riferimento sono quelli di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 9.

Ne consegue che:

(a) qualora per il reato più grave si ignori il luogo di consumazione (o non sia applicabile una delle altre regole dell’art.

8) ma si conosca dove è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione, giudice competente sarà quello dell'ultimo luogo della parte di azione od omissione, ai sensi dell'art. 9, comma 1;  
(b) se nessuno di questi luoghi è conosciuto, non si dovrà fare subito ricorso ai criteri suppletivi di cui all'art. 9, commi 2 e 3, ma si dovrà passare al luogo di commissione del più grave, in via successivamente gradata, fra i residui reati connessi. Anche per questo secondo reato, ovviamente, il luogo di commissione andrà individuato applicando in via gradata le regole di collegamento oggettive dettate dall'art. 8 e dall'art. 9, primo comma;  
(c) se poi per tutti i reati connessi non sarà possibile individuare il luogo di commissione secondo le regole di cui agli artt. 8 e 9, comma 1, allora si dovrà tornare a fare riferimento al reato più grave ed individuare il giudice competente in relazione a tale reato sulla base innanzitutto del criterio suppletivo di cui all'art. 9, comma 2, e subordinatamente, qualora anche tale criterio non sia utilizzabile (come nel caso di più concorrenti nel reato più grave aventi diverse residenze) del criterio suppletivo di cui all'art. 9, comma 3;  
(d) nell'ipotesi poi di più reati connessi di pari gravità dovranno ovviamente essere seguite le stesse regole, e quindi si dovrà passare dal primo reato più grave agli ulteriori reati più gravi più recenti nel tempo e poi a mano a mano agli eventuali reati meno gravi, sempre se per nessuno dei reati via via presi in considerazione si conosca il luogo in cui è avvenuta parte dell'azione o dell'omissione.

Proprio in considerazione di tali precisazioni, le Sezioni Unite hanno conclusivamente osservato che "l'interpretazione adottata è sì conforme a quella finora dominante, ma si discosta solo in parte da quella minoritaria. Questa infatti sostiene che nell'ipotesi in cui si ignori il luogo di consumazione del reato più grave si deve individuare la competenza facendo subito ricorso alle regole suppletive dell'art. 9 con riferimento sempre al reato più grave. Qui si è invece precisato che nella detta ipotesi si deve far ricorso alla sola regola suppletiva di cui all'art. 9, comma 1, mentre quelle di cui ai commi 2 e 3 potranno essere utilizzate solo quando per nessuno dei reati connessi sia individuabile il luogo di commissione".

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. Un. 28 maggio 2009 (dep. il 15 settembre 2009), n. 35490, Tettamanti**

*All'esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, in caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità, salvo che, in sede di appello, sopravvenuta una causa estintiva del reato, il giudice sia chiamato a valutare, per la presenza della parte civile, il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili, oppure ritenga infondata nel merito l'impugnazione del P.M. proposta avverso una sentenza di assoluzione in primo grado ai sensi dell'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen.. Rv. 244273.*

*In presenza di una causa di estinzione del reato il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129 comma secondo, cod. proc. pen. soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di "constatazione", ossia di percezione "ictu oculi", che a quello di "apprezzamento" e sia quindi incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento. Rv. 244274.*

*In presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva. (In motivazione, la S.C. ha affermato che detto principio trova applicazione anche in presenza di una nullità di ordine generale). Rv. 244275.*

*omissis*

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

2. Il primo motivo di ricorso – formulato con specifico riferimento alla declaratoria di prescrizione pronunciata in secondo grado, con la quale è stata riformata la sentenza assolutoria emessa dal primo giudice ai sensi dell'art. 530, secondo comma, c.p.p. in relazione ad uno degli episodi delittuosi contestati al Tettamanti - investe la questione dei rapporti tra la declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (nella concreta fattispecie, la prescrizione) e la pronuncia assolutoria per insufficienza o contraddittorietà della prova ex art. 530, comma 2, c.p.p..

La questione può così essere sintetizzata: *“se il proscioglimento nel merito prevalga rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova”*.

**2.1** Sul punto, come detto, si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, la formula di proscioglimento nel merito non prevale sulla dichiarazione immediata della causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, a norma dell'art. 530, comma 2, c.p.p..

Nell'ambito di questo orientamento si pongono: Sez. III, 26 febbraio 1993 n. 3440, Gablai, rv. 194120; Sez. I, 22 marzo 1993, n. 5895, Ballerini, rv. 195107; Sez. 5<sup>^</sup>, 2 dicembre 1997 n. 1460, Fraticello; Sez. 1<sup>^</sup>, 30 giugno 1993 n. 8859, Mussone; Sez. III, 23 aprile 2002 n. 20807, P.m. in proc. Artico, rv. 221618; Sez. VI, 5 marzo 2004 n. 26027, Pulcini, rv. 229968; Sez. II, 18 maggio 2007 n. 26008, P.G. in proc. Roscini, rv. 237263; Sez. V, 16 luglio 2008 n. 39220, P.G. in proc. Ferrarese; Sez. II, 19 febbraio 2008 n. 9174, Paladini, rv. 239552.

Muovendo dalla considerazione che per l'applicazione dell'art. 129, secondo comma, c.p.p., è richiesta l'evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato, i sostenitori di detto indirizzo ritengono che la formula di proscioglimento nel merito debba prevalere sulla causa di estinzione del reato – con obbligo per il giudice di pronunciare la relativa sentenza – solo allorché i relativi presupposti (l'inesistenza del fatto, l'irrelevanza penale dello stesso, il non averlo l'imputato commesso) risultino dagli atti in modo incontrovertibile tanto da non richiedere alcuna ulteriore dimostrazione avuto riguardo alla chiarezza della situazione processuale: in presenza di una causa estintiva del reato non è quindi applicabile la regola probatoria, prevista dall'art. 530, comma 2, c.p.p., da adottare quando il giudizio sfoci nel suo esito ordinario, ma è necessario che emerga "positivamente" dagli atti, senza necessità di ulteriori approfondimenti, la prova dell'innocenza dell'imputato. È stato affermato che, in questi casi, il giudice procede, più che ad un "apprezzamento", ad una "constatazione", con la conseguenza che non gli è consentito di applicare l'art. 129 c.p.p. in casi di incertezza probatoria o di contraddittorietà degli elementi di prova acquisiti al processo, anche se, in tali casi, il compendio probatorio con caratteristiche di ambivalenza potrebbe condurre all'assoluzione.

Secondo un altro orientamento, in una situazione di incertezza probatoria prevale la formula di merito ex art. 530, comma 2, c.p.p., rispetto alla declaratoria della causa di estinzione.

A detto filone giurisprudenziale vanno ricondotte: Sez. II, 21 giugno 1990 n. 5455/91, Lagodana, rv. 187510; Sez. IV, 8 marzo 1993 n. 3742, Fink, rv. 193878; Sez. V, 20 febbraio 2002 n. 13170, Scibelli, rv. 221257; Sez. II, 5 marzo 2004 n. 18891, Sabatini, rv. 228635; Sez. I, 16 settembre 2004, n. 40386, Fagan, rv. 230621; Sez. V, 18 gennaio 2005, Martelli, rv. 231567; Sez. V, 10 giugno 2008 n. 25658, Ganci, rv. 240450.

Tale indirizzo interpretativo si ispira fondamentalmente al principio che imponeva, nella vigenza del codice abrogato, l'equiparazione dell'ipotesi della sussistenza di prove dell'evidenza della non commissione del fatto all'ipotesi della mancanza assoluta della prova che l'imputato lo avesse commesso. Raffrontando il sistema vigente a quello precedente, è stato osservato che mentre l'art. 129 comma 2, c.p.p. vigente riproduce sostanzialmente l'art. 152 comma 2 c.p.p. 1930, l'art. 530 c.p.p. del 1988 equipara al secondo comma (così recependo le indicazioni di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 1975) la prova positiva dell'innocenza alla mancanza di prova della

colpevolezza e a tali ipotesi anche quelle dell'insufficienza e della contraddittorietà della prova: non vi sarebbe pertanto alcun argomento sistematico per estrapolare dal secondo comma del citato art. 530 quest'ultima ipotesi, sottraendola al principio di equiparazione logico-sistematica.

Vi è poi un ulteriore orientamento che distingue a seconda che la causa di estinzione del reato sia intervenuta nelle fasi anteriori al dibattimento ovvero all'esito dell'istruttoria dibattimentale: nel primo caso si ritiene che la pronuncia di merito possa essere adottata solo in presenza della "evidenza" dell'innocenza dell'imputato richiesta dall'art. 129, comma 2, c.p.p. - non essendo stato acquisito ancora alcun significativo compendio probatorio e non potendo quindi essere espressa alcuna valutazione al riguardo - mentre, nel secondo caso, troverebbe applicazione l'equiparazione, di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p., della prova insufficiente o contraddittoria, alle situazioni delineate nel primo comma della stessa disposizione.

Nell'ambito di questo orientamento vanno segnalate: Sez. II, 15 ottobre 1992 n. 1221/03, Tuliani, rv. 193017, Sez. VI, 13 gennaio 2005 n. 7272, De Angelis, rv. 231231.

**2.1.** Per un contributo ermeneutico ai fini della soluzione della questione in oggetto, relativamente alle formule da adottare, è opportuno richiamare la giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite.

Con la **sentenza n. 5 del 1975**, la **Corte Costituzionale** dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 152, secondo comma, c.p.p. 1930, nella parte in cui non comprendeva tra le ipotesi in cui il giudice, ad istruttoria ultimata, doveva pronunciare sentenza di proscioglimento nel merito, anziché declaratoria di estinzione del reato per amnistia, anche il caso in cui mancava del tutto la prova che l'imputato avesse commesso il reato stesso.

Sul rapporto tra la disciplina *ex art.* 129, comma 2, c.p.p. e quella di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p., è intervenuta poi la **Corte Costituzionale con due ordinanze – la n. 300 e la n. 362 – del 1991.**

Nel primo caso, il giudice *a quo* aveva sollevato, in relazione all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 129, secondo comma, c.p.p., affermando di essere pervenuto a giudizio di assoluzione per insufficienza di prove per i reati oggetto dell'imputazione e di non aver potuto assolvere *ex art.* 530 c.p.p. gli imputati con la formula "perché il fatto non sussiste", in quanto, rientrando il reato in questione nell'**amnistia**, si sarebbe dovuto applicare il secondo comma dell'art. 129 c.p.p., a termini del quale, in presenza di una causa estintiva, l'assoluzione nel merito prevale solo nel caso in cui risulti evidente l'innocenza dell'imputato.

A seguito del provvedimento di clemenza, sarebbe risultata preclusa all'imputato l'assoluzione con la più favorevole formula, mentre, nella stessa situazione probatoria di prova insufficiente, l'imputato del più grave reato non coperto da amnistia si sarebbe giovato della formula dell'insussistenza del fatto; il decreto di amnistia, al pari dell'intervento di ogni altra causa estintiva, dunque, finiva con il ridare rilevanza al dubbio probatorio, espunto dal sistema del nuovo codice, e gli imputati si sarebbero trovati assoggettati ad un'ingiustificata disparità di trattamento.

Dichiarando la manifesta infondatezza della questione, la Corte ha affermato che il principio della prevalenza delle formule assolutorie di merito su quelle dichiarative dell'estinzione del reato è razionalmente temperato, anche a fini di economia processuale, con l'esigenza che appaia del tutto evidente dalle risultanze probatorie che "il fatto non sussiste" o che "l'imputato non lo ha commesso" o che "il fatto non costituisce reato" o "non è previsto dalla legge come reato". Comunque, l'applicazione dell'amnistia, nei confronti degli imputati per i quali non ricorrevano tali ipotesi, non concretava violazione del principio di eguaglianza, attesa la rinunziabilità della causa estintiva che - costituendo esplicazione del diritto di difesa - è posto a tutela del diritto << *di chi sia perseguito penalmente ad ottenere non già solo una qualsiasi sentenza che lo sottragga alla irrogazione della pena, ma precisamente quella sentenza che nella sua formulazione documenti la non colpevolezza* >>.

Il medesimo itinerario argomentativo è stato riproposto, con riferimento alla causa estintiva della **prescrizione**, dall'**ord. n. 362 del 1991**: in questo caso, il giudice costituzionale ha richiamato l'ord. n. 300 del 1991, sottolineando che con essa era già stata dichiarata la manifesta infondatezza

della questione concernente l'applicazione dell'amnistia – questione sostanzialmente analoga a quella in esame - in base all'assorbente rilievo della rinunciabilità della causa estintiva.

A completamento delle **decisioni** del giudice delle leggi in materia, è opportuno un rapido cenno a quelle con le quali la **Corte Costituzionale** rilevò esplicitamente la incostituzionalità della mancata previsione della **rinunciabilità** delle cause estintive dell'amnistia e della prescrizione: rinunciabilità che è stata poi inserita nell'art. 157 c.p. con la legge 5 dicembre 2005, n. 251.

La prima, è la **sent. n. 175 del 1971** con la quale fu dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 151, comma 1, c.p. 1930, per violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui escludeva la rinuncia, con le conseguenze indicate in motivazione, all'applicazione dell'amnistia. La Corte Costituzionale sottolineò che *<< la rinuncia all'amnistia costituisce esplicazione del diritto di difesa, sembrando chiaro discendere da tale affermazione come in quest'ultimo sia da considerare inclusa non solo la pretesa al regolare svolgimento di un giudizio che consenta libertà di dedurre ogni prova a discolpa e garantisca piena esplicazione del contraddittorio, ma anche quella di ottenere il riconoscimento della completa innocenza, da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale >>*; ed evidenziò, altresì, come all'interesse morale ad una sentenza di assoluzione con formula piena si affianchi quello patrimoniale, in quanto l'assoluzione da amnistia lascia integra – oltre ad eventuali responsabilità amministrative – l'azione civile al risarcimento del danno, laddove *<< corrisponde all'interesse dell'imputato di ottenere dal giudice penale una pronuncia che, ai sensi dell'art. 25 cod. proc. pen., e ricorrendone i presupposti, renda improponibile l'azione civile >>*.

La **sent. n. 275 del 1990** dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. 1998, per contrasto con gli artt. 3, comma primo, e 24, comma secondo, Cost., nella parte in cui non prevedeva che la prescrizione del reato potesse essere rinunciata dall'imputato.

La sentenza, muovendo dal duplice rilievo della discrezionalità della prescrizione in sede applicativa e del fatto che raramente le cause che portano al suo perfezionarsi sono ascrivibili all'imputato, osservò che dinanzi a questa realtà, il legislatore, nel disciplinare l'istituto sostanziale della prescrizione, doveva tener conto del carattere inviolabile del diritto di difesa, inteso come diritto al giudizio e, con esso, a quello della prova, e così conclusivamente si espresse: *<< è privo di ragionevolezza rispetto ad una situazione processuale improntata a discrezionalità, che quell'interesse a non più perseguire (sorto a causa di circostanze eterogenee e comunque non dominabili dalle parti) debba prevalere su quello dell'imputato, con la conseguenza di privarlo di un diritto fondamentale. Dev'essere, pertanto, affermata la rinunciabilità anche della prescrizione dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 157 del codice penale che non la prevede >>*.

**2.2.** Utili spunti di riflessione si rinvergono in **Sez. Un., 9 giugno 1995 n. 18, P.G. in proc. Cardoni, rv. 202374 - 202375** che ha affermato i seguenti principi di diritto: *<< Il giudice per le indagini preliminari il quale, richiesto dell'emissione di decreto penale di condanna o dell'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., ritenga che dagli atti, pur non risultando la prova positiva dell'innocenza della persona sottoposta a indagini, risulti quella negativa della sua colpevolezza, nel senso radicale dell'impossibilità di acquisirla, deve, per evidenti ragioni di economia processuale, emettere sentenza di proscioglimento, e non restituire gli atti al Pubblico Ministero, il quale, peraltro, ha la possibilità di ottenere una nuova riflessione sul tema proponendo ricorso per cassazione >>* (**rv. 202374**); *<< Il giudice per le indagini preliminari può, qualora lo ritenga, prosciogliere la persona nei cui confronti il Pubblico Ministero abbia richiesto l'emissione di decreto penale di condanna solo per una delle ipotesi tassativamente indicate nell'art. 129 cod. proc. pen., e non anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova ai sensi dell'art. 530, comma secondo, stesso codice, alle quali, prima del dibattimento - non essendo stata la prova ancora assunta - l'art. 129 non consente di attribuire valore processuale >>* (**rv. 202375**).

La decisione è intervenuta sulla questione relativa alla possibilità, per il giudice delle indagini preliminari, richiesto dal p.m. di emissione di decreto penale, di pronunciare sentenza di

proscioglimento soltanto a norma dell'art. 129 c.p.p., ovvero anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova ai sensi dell'articolo 530, comma 2, dello stesso codice.

Per come si rileva dal testo della sentenza Cardoni, gli indirizzi delineatisi in materia, in seno alla giurisprudenza di legittimità, convergevano nell'attribuire rilevanza, nell'applicazione dell'art. 129 c.p.p., alla prova positiva della innocenza, così come convergevano nell'escludere che il giudice, richiesto della emissione del decreto penale, potesse, avvalendosi di tale norma, prosciogliere anche se le prove fossero mancanti, insufficienti o contraddittorie. Uno dei due orientamenti si era tuttavia posto l'ulteriore quesito, risolvendolo positivamente e sul quale fundamentalmente era stato richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, se nel procedimento per l'emissione del decreto penale dovesse essere sottolineata anche la mancanza assoluta della prova, nel senso di prova mancante e non altrimenti acquisibile: la sentenza Cardoni ha aderito a quest'ultima impostazione. Aderendo a quest'ultima impostazione, la sentenza Cardoni accoglie la tesi secondo cui la norma dell'art. 129, comma 1, c.p.p. non lascia spazio, nel procedimento per decreto, alla mancanza, alla insufficienza e alla contraddittorietà della prova; tesi che trova conferma, nell'argomentare della sentenza, nel secondo comma della citata disposizione, che regola il concorso processuale tra una causa di estinzione del reato e una formula di assoluzione nel merito, stabilendo la prevalenza della formula di assoluzione nel merito ogni volta che sia assistita dall'evidenza della prova.

Altri spunti di possibile interesse si ricavano da decisioni delle Sezioni Unite che hanno contribuito a delineare determinati profili della disciplina degli istituti che vengono in rilievo nel caso in esame.

La ricostruzione degli ambiti applicativi della declaratoria immediata di cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. e del proscioglimento pre-dibattimentale di cui all'art. 469 c.p.p. si deve a **Sez. Un. 19 dicembre 2001 n. 3027/02, PG in proc. Angelucci, rv. 220555**: *<< La sentenza di proscioglimento predibattimentale di cui all'art. 469 cod. proc. pen. può essere emessa solo ove ricorrano i presupposti in esso previsti (mancanza di una condizione di procedibilità o prosequibilità dell'azione penale ovvero presenza di una causa di estinzione del reato per il cui accertamento non occorra procedere al dibattimento) e sempre che le parti, messe in condizione di interloquire, non si siano opposte, in quanto non può trovare applicazione, in detta fase, la disposizione dell'art. 129 stesso codice che presuppone necessariamente l'instaurazione di un giudizio in senso proprio. Avverso la predetta sentenza, anche se deliberata al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, l'unica impugnazione ammessa è il ricorso per cassazione >>*.

La sentenza Angelucci sottolinea la portata generale dell'art. 129 c.p.p. sicché l'art. 469 c.p.p., se non escludesse la contemporanea applicazione dell'art. 129 c.p.p., costituirebbe un inutile doppione nel sistema. Laddove fa riferimento ad "ogni stato e grado del processo", l'art. 129 c.p.p., sottolinea la sentenza in esame, *<< deve essere inteso in relazione al giudizio in senso tecnico, ossia al dibattimento di primo grado o ad ai giudizi in appello ed in cassazione, perché quelle sono le fasi in cui si instaura la piena dialettica processuale tra le parti e si dispone di tutti gli elementi per la scelta delle formule assolutorie più opportune, rispettando le legittime aspettative dell'imputato. Nella fase predibattimentale dell'attuale processo (diversamente la questione poteva porsi in base all'art. 152 c.p.p. del 1930) la fondamentale cesura tra fase dell'indagine e fase del dibattimento porta ad escludere che possa emettersi una sentenza allo stato degli atti ex art. 129 c.p.p. >>*.

**Sez. Un., 25 gennaio 2005 n. 12283, P.G. in proc. De Rosa**, ha affrontato la questione se il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta del p.m. di rinvio a giudizio, possa in applicazione dell'art. 129 c.p.p. pronunciare immediatamente, in presenza di una causa di non punibilità, sentenza di non luogo a procedere senza fissare l'udienza preliminare, risolvendola nel senso di cui al principio così massimato: *<< Il giudice dell'udienza preliminare, investito della richiesta del P.M. di rinvio a giudizio dell'imputato, non può emettere sentenza di non doversi procedere per la ritenuta sussistenza di una causa di non punibilità senza la previa fissazione della udienza in camera di consiglio. (La Corte ha osservato che l'art. 129 cod. proc. pen. non attribuisce al giudice un potere di giudizio ulteriore ed autonomo rispetto a quello già*

*riconosciutogli dalle specifiche norme che regolano l'epilogo proscioglitivo nelle varie fasi e nei diversi gradi del processo - artt. 425, 469, 529, 530 e 531 stesso codice -, ma enuncia una regola di condotta rivolta al giudice che, operando in ogni stato e grado del processo, presuppone un esercizio della giurisdizione con effettiva pienezza del contraddittorio* >> **(RV. 230529)**.

**3.** Ritengono queste Sezioni Unite di dover aderire al primo degli orientamenti sopra illustrati.

Dal panorama giurisprudenziale - costituzionale e di legittimità - emerge chiaramente che, ai fini della soluzione della questione che in questa sede rileva, occorre soffermarsi, in particolare, sulla nozione di "evidenza" (art. 129, comma secondo, c.p.p.), per passare poi all'esame dei principi dell'economia processuale e del diritto alla prova.

**3.1.** Per quel che riguarda il presupposto della **evidenza** della prova dell'innocenza dell'imputato – ai fini della prevalenza della formula di proscioglimento sulla causa estintiva del reato – in giurisprudenza è stato costantemente affermato, senza incertezze o oscillazioni di sorta, che il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129 c.p.p., comma 2, soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la sua rilevanza penale e la non commissione del medesimo da parte dell'imputato emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, al punto che la valutazione da compiersi in proposito appartiene più al concetto di "constatazione" (percezione *ictu oculi*), che a quello di "apprezzamento", incompatibile, dunque, con qualsiasi necessità di accertamento o approfondimento; in altre parole, l'"evidenza" richiesta dall'art. 129, comma 2, c.p.p. presuppone la manifestazione di una verità processuale così chiara ed obiettiva da rendere superflua ogni dimostrazione oltre la correlazione ad un accertamento immediato, concretizzandosi così addirittura in qualcosa di più di quanto la legge richiede per l'assoluzione ampia.

Tale significato deve essere decisamente riaffermato anche in questa sede, perché assolutamente condivisibile.

**3.2.** La valenza della disposizione prevista dall'art. **129, secondo comma**, c.p.p., in relazione al principio dell'**economia processuale** – ribadito anche in epoca recente con la ritenuta necessità della ragionevole durata del processo – è stata sottolineata già con risalenti pronunce della Corte Costituzionale, in particolare con il richiamo all'economia processuale di cui all'ordinanza n. 300 del 1991, nonché con la stessa sentenza delle Sezioni Unite Cardoni, nella quale è stato ribadito che la norma dell'articolo 129 c.p.p. vigente, come già quella dell'articolo 152 dell'abrogato codice di rito, tende, tra l'altro, ad assicurare la speditezza, l'immediatezza, l'economia del processo.

**3.3.** Il **diritto alla prova**, poi, trova espressa previsione normativa nell'art. 190 c.p.p.; in particolare, il diritto alla prova contraria risulta garantito all'imputato dall'art. 495, comma secondo, c.p.p. in conformità dell'art. 6, par. 3 lett. d) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, e attualmente a livello costituzionale dall'art. 111, comma terzo, della Costituzione.

**3.4.** Quanto alla individuazione del **momento processuale** in cui l'evidenza (e non anche la contraddittorietà o l'insufficienza) della prova dell'innocenza dell'imputato impone al giudice, pur in presenza di una causa di estinzione del reato, di pronunciare la sentenza di proscioglimento nel merito, taluni punti fermi sono stati già condivisibilmente posti dalle decisioni delle Sezioni Unite, sopra ricordate.

E, tenuto conto degli approdi cui sono già pervenute le Sezioni Unite con le decisioni innanzi richiamate, deve concludersi che la questione concernente i rapporti tra il proscioglimento nel merito per insufficienza o contraddittorietà della prova e la causa di estinzione del reato rilevi, allo stato, esclusivamente con riferimento alla fase del giudizio.

Come già si è accennato, ritiene il Collegio corretta la scelta ermeneutica del primo indirizzo giurisprudenziale, tra quelli, sopra illustrati, che hanno dato vita al contrasto *de quo*: devono, pertanto, essere approfondite ed illustrate le ragioni che giustificano tale scelta.

Il punto di partenza è ravvisabile nel percorso motivazionale seguito dalle **Sezioni Unite** nella **sentenza De Rosa**. Tale decisione ricostruisce le finalità della disciplina *ex art. 129 c.p.p.*, collocandole sul duplice piano del **principio di economia processuale** (*exitus processus*) e della

**tutela dell'innocenza dell'imputato** (*favor rei*). Sulla base di questo inquadramento, le Sezioni Unite rilevano che << l'art. 129, collocato sistematicamente nel titolo II del libro secondo del codice tra gli 'atti e provvedimenti del giudice', non attribuisce a costui un potere di giudizio ulteriore, inteso quale occasione - per così dire - 'atipica' di decidere la *res iudicanda*, rispetto a quello che gli deriva dalle specifiche norme che disciplinano i diversi segmenti processuali (art. 425 per l'udienza preliminare; art. 469 per la fase preliminare al dibattimento; artt. 529, 530 e 531 per il dibattimento), ma, nel rispetto del principio della libertà decisoria, detta una regola di condotta o di giudizio, la quale si affianca a quelle proprie della fase o del grado in cui il processo si trova e alla quale il giudice, in via prioritaria, deve attenersi nell'esercizio dei poteri decisori che già gli competono come giudice dell'udienza preliminare o del dibattimento di ogni grado. Tale regola prevede l'obbligo (*recte* dovere) dell'immediata declaratoria, d'ufficio, di determinate cause di non punibilità che il giudice "riconosce" come già acquisite agli atti. Si è di fronte ad una prescrizione generale di tenuta del sistema, nel senso che, nella prospettiva di privilegiare l'*exitus processus* ed il *favor rei*, s'impone al giudice il proscioglimento immediato dell'imputato, ove ricorrano determinate e tassative condizioni, che svuotano di contenuto - per ragioni di merito - l'imputazione, o ne fanno venire meno - per la presenza di ostacoli processuali (difetto di condizioni di procedibilità) o per l'avverarsi di una causa estintiva - la effettiva ragion d'essere >>. La norma di cui all'art. 129 c.p.p. <<...non è alternativa ad altre previsioni di analoghi effetti, né entra in conflitto con queste, ma, affiancando e integrando tali previsioni, definisce meglio, per tempi e modalità, i poteri decisori del giudice...>>.

D'altra parte, prosegue ancora la sentenza De Rosa, è sintomatico che l'art. 129 c.p.p. si limiti a prevedere la già evidenziata regola di condotta o di giudizio e ne imponga al giudice l'osservanza "in ogni stato e grado del processo", senza nulla disporre in ordine al rito da seguire per la "immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità", il che conferma che tale norma, sotto il profilo dei tempi e dei modi di applicazione, deve trovare attuazione nel corso delle fasi e dei gradi del processo e nell'ambito della corrispondente disciplina prevista, alla quale deve uniformarsi. L'espressione "immediata declaratoria", presente soltanto nella rubrica dell'art. 129 c.p.p., assume una valenza diversa da quella percepibile *prima facie*: non denuncia, evidenziano le Sezioni Unite, una connotazione di "tempestività temporale" assoluta (fino a legittimare, pur nel silenzio della norma, il rito *de plano*), ma evidenzia che, qualora ne sussistano le condizioni, tale declaratoria deve avere la precedenza su altri eventuali provvedimenti decisionali adottabili dal giudice. La norma ex art. 129 c.p.p. - precisa ancora la sentenza in argomento - non può essere ritenuta superflua: essa << non è ripetitiva di forme e poteri decisori previsti, nella sede specifica (artt. 425, 469, 529 e ss. c.p.p.), dal sistema e funzionali all'opzione proscioglitrice che può definire la fase o il grado del processo, ma è integrativa - sotto il profilo modale - di tali forme e poteri, che, pur nel contemperamento di valori concorrenti, devono tendenzialmente assicurare la semplificazione del processo e il *favor rei* >>.

Le ampie considerazioni svolte nella sentenza De Rosa, e gli argomenti addotti a sostegno dei principi ivi enunciati, inducono, dunque, a dissentire da quell'orientamento secondo cui, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, pur in presenza di una causa estintiva, dovrebbe essere comunque applicato il secondo comma dell'art. 530 c.p.p. in virtù del quale la prova insufficiente o contraddittoria è equiparata alle situazioni delineate nel primo comma dello stesso articolo. A voler seguire detta opzione ermeneutica, non si comprenderebbe il riferimento contenuto nel primo comma dell'art. 129 c.p.p. - in relazione all'obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, ivi compresa, quindi, la causa di estinzione del reato - ad "ogni stato e grado del processo", così come non si comprenderebbe il richiamo, nel secondo comma dello stesso articolo, all'art. 531 c.p.p. (norma, questa, che segue l'art. 530 c.p.p. dedicato alla sentenza di assoluzione con l'indicazione delle relative formule) secondo cui il proscioglimento nel merito deve prevalere sulla causa di estinzione del reato se dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato.

A ciò aggiungasi che già prima della sentenza De Rosa, le Sezioni Unite, con la sentenza Cardoni, avevano avuto modo di fornire analoghe indicazioni.

Ma è soprattutto il contenuto dell'art. 531 c.p.p. a dare una conferma normativa a quanto fin qui detto, nella parte in cui è espressamente previsto l'obbligo della pronuncia di sentenza di non doversi procedere in presenza di una causa estintiva del reato, "salvo quanto disposto dall'art. 129, comma 2," vale a dire tranne nel caso in cui vi sia la prova **evidente** della insussistenza del fatto o della sua non commissione da parte dell'imputato o della sua irrilevanza penale. Situazione questa ben puntualizzata da Sez. III, 19 marzo 2003 n. 21994, P.m. in proc., Musto, rv. 225443, secondo cui << *la conclusione che, nel concorso tra una causa estintiva del reato ed un'altra più favorevole di non punibilità, quest'ultima deve risultare in modo palese è confermata dalla espressa clausola di salvezza contenuta nell'art. 531, comma 1, c.p.p.* >>.

Mette conto ribadire, dunque, che il giudice, solo all'esito dell'istruttoria dibattimentale, quindi allorquando si accinge alla valutazione del compendio probatorio acquisito, può disporre di tutti gli elementi per addivenire anche alla esatta qualificazione giuridica del fatto: orbene nel caso di ritenuta configurabilità di un reato diverso e meno grave rispetto a quello contestato, tale da risultare prescritto, non pare che possano esservi dubbi che, in siffatta ipotesi, il giudice, in mancanza della prova evidente (nel senso della sua "constatazione" e non del suo "apprezzamento") dell'innocenza, ha il dovere di pronunciare declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, senza procedere ad alcun approfondimento nella valutazione del materiale probatorio agli atti.

Parimenti, intervenuta la causa estintiva del reato di cui all'imputazione, non potrà il giudice, all'esito dell'istruttoria dibattimentale ed in presenza di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, esercitare i poteri di ufficio ex art. 507 c.p.p. (possibilità ammessa anche per il giudice ritiratosi in camera di consiglio per la deliberazione della sentenza: cfr. *Sez. 3, n. 8528 del 19/08/1993 Ud. - dep. 14/09/1993 - Rv. 195160*), ma dovrà dichiarare l'estinzione del reato enunciandone la causa nel dispositivo. Altrimenti, a voler privilegiare una formula liberatoria nel merito, a fronte di una causa estintiva, allorquando si è in presenza di una prova insufficiente o contraddittoria, si perverrebbe al risultato paradossale che la evidenza di cui all'art. 129 cpv. c.p.p. ricorrerebbe anche nel caso di ambiguità probatoria ex art. 530, secondo comma, stesso codice: il che determinerebbe una *ingiustificata equiparazione* tra una posizione processuale di *evidenza* di innocenza ed una situazione processuale di *incertezza probatoria*.

In definitiva, **la regola probatoria di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p.** - cioè il dovere per il giudice di pronunciare sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova della responsabilità - appare dettata esclusivamente per il normale esito del processo che sfocia in una sentenza emessa dal giudice al compimento dell'attività dibattimentale, a seguito di una approfondita valutazione di tutto il compendio probatorio acquisito agli atti; tale regola, giova ribadirlo, non può trovare applicazione in presenza di una causa estintiva del reato: in una situazione del genere - a meno che il giudice non sia chiamato a dover approfondire *ex professo* il materiale probatorio acquisito (come si avrà modo di dire in prosieguo) - vale invece la **regola di giudizio di cui all'art. 129 c.p.p.** in base alla quale, intervenuta una causa estintiva del reato, può essere pronunciata sentenza di proscioglimento nel merito solo qualora emerga dagli atti processuali 'positivamente' ('... risulta evidente ...': art. 129, comma 2, c.p.p.), senza necessità di ulteriore approfondimento, l'estraneità dell'imputato a quanto contestatogli.

Coerente con questa impostazione è anche la uniforme giurisprudenza di legittimità secondo cui deve escludersi che il vizio di motivazione della sentenza impugnata, che dovrebbe ordinariamente condurre all'annullamento con rinvio, possa essere rilevato dal giudice di legittimità che, in questi casi, deve invece dichiarare l'estinzione del reato.

In caso di annullamento, infatti, il giudice del rinvio si troverebbe nella medesima situazione che gli impone l'obbligo della immediata declaratoria della causa di estinzione del reato: e ciò anche in presenza di una nullità di ordine generale che, dunque, non può essere rilevata nel giudizio di legittimità, essendo l'inevitabile rinvio al giudice del merito incompatibile con il principio

dell'immediata applicabilità della causa estintiva, così come precisato da **Sez. Un. 28 novembre 2001 n. 1021/02, Cremonese, rv 220511.**

Nel solco della sentenza Cremonese si colloca poi la puntualizzazione operata da **Sez. Un. 27 febbraio 2002 n. 17179, Conti, rv. 221403.**

4. Deve essere ora esaminato l'ulteriore profilo, di cui si è già fatto cenno, rilevante ai fini della soluzione della questione controversa: il **diritto alla prova.**

Al riguardo, una risposta positiva ed inequivocabile, circa la compatibilità di tale diritto con l'indirizzo interpretativo che queste Sezioni Unite ritengono condivisibile, è riscontrabile nelle decisioni della Corte Costituzionale in precedenza evocate.

Ed invero, il Giudice delle leggi - dopo essere intervenuto affermando la equiparazione tra la evidenza della prova dell'innocenza e la mancanza di prova di colpevolezza - ha limitato i suoi successivi interventi, in materia, ad una declaratoria di incostituzionalità quanto alla mancata previsione della **rinunciabilità della causa estintiva** (amnistia e prescrizione), sottolineando come detta rinunciabilità debba considerarsi quale strumento efficace per l'esplicazione del diritto di difesa ai fini del perseguimento dell'interesse morale ad un'assoluzione con formula piena e di un interesse patrimoniale sul versante dei riflessi civilistici, a fronte dell'interesse a non più perseguire (principio dell'economia processuale); la Corte Costituzionale, dunque, in alcun modo ha accennato a profili di incostituzionalità (disparità di trattamento, violazione del diritto di difesa, etc.) con riferimento all'art. 129, comma secondo, c.p.p., avendo ritenuto del tutto conforme ai principi costituzionali siffatta disposizione, ritenendola adeguatamente bilanciata con la rinunciabilità della causa estintiva: maturata la prescrizione del reato, ed a fronte della mancanza dell'evidenza della prova dell'innocenza, l'imputato, volendo, può far valere il suo diritto alla rinuncia alla prescrizione, correndo il rischio consapevole di un verdetto sfavorevole all'esito del richiesto approfondimento.

E non è priva di rilievo la **natura della rinuncia** della prescrizione quale **diritto personalissimo** dell'imputato, come pacificamente ritenuto nella giurisprudenza di questa Corte: si veda, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 23412 del 09/06/2005 Ud. (dep. 21/06/2005) Rv. 231879, secondo cui << *la rinuncia alla prescrizione non rientra nel novero degli atti processuali che possono essere compiuti dal difensore a norma dell'art. 99 c.p.p., in quanto costituisce, dopo la sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 157 nella parte in cui non prevedeva tale possibilità a favore dell'imputato, un diritto personalissimo dello stesso che è a lui personalmente ed esclusivamente riservato. (Fattispecie in cui la Corte di cassazione ha escluso altresì la possibilità che il silenzio dell'imputato, in presenza di una richiesta avanzata dal difensore, possa essere equiparato ad un comportamento concludente diretto a manifestare una positiva volontà alla rinuncia)* >>. Detta decisione - peraltro intervenuta prima ancora che la rinuncia della prescrizione fosse normativamente prevista con la legge cd. "ex Cirielli" n. 251/2005 del 5 dicembre 2005 entrata in vigore l'8 dicembre 2005 - appare inequivocabile nel senso che il silenzio dell'imputato non può essere interpretato in altro modo se non come esercizio del diritto a non rinunciare alla prescrizione. Sulla stessa linea si pongono Sez. 6, n. 12380 del 21/9/2004 Ud. (dep. 1/4/2005), Rv. 231030, Lucchesu ed altri, e - con riferimento al novellato art. 157 c.p. in conseguenza della legge "ex Cirielli" - Sez. 1, n. 18391 del 13/3/2007 Cc. , Rv. 236576, con la quale è stato precisato che << *la rinuncia alla prescrizione - esercitabile dall'imputato di persona ovvero con il ministero di un procuratore speciale, solo dopo la maturazione del relativo termine di legge - presuppone, ai sensi dell'art. 157 c.p., così come novellato dall'art. 6 della L. 5 dicembre 2005 n. 251, una dichiarazione di volontà espressa e specifica che non ammette equipollenti* >>.

Ulteriore e autorevole conferma, a sostegno della prevalenza della causa estintiva della prescrizione, in presenza di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, sulla formula di proscioglimento nel merito, viene da quanto evidenziato, proprio in relazione al diritto alla rinuncia alla prescrizione, nella sentenza delle **Sezioni Unite, Conti** già citata, argomentando che la disposizione di cui all'art. 129 c.p.p. opera << *con carattere di pregiudizialità nel corso*

*dell'intero iter processuale, inteso come giudizio in senso tecnico, quello cioè di primo grado, di appello o di cassazione, fasi queste in cui si instaura la piena dialettica processuale tra le parti e il giudice ha piena capacità cognitiva per scegliere la formula liberatoria più opportuna, nel rispetto delle legittime aspettative dell'imputato (cfr. S.U. 29.12.2001, PG c/ Angelucci). Due sono le funzioni fondamentali che assolve tale norma: la prima è quella di favorire l'imputato innocente (o comunque da prosciogliere o assolvere), prevedendo l'obbligo dell'immediata declaratoria di cause di non punibilità "in ogni stato e grado del processo", la seconda è quella di agevolare in ogni caso l'exitus del processo, ove non appaia concretamente realizzabile la pretesa punitiva dello Stato; implicita a tali funzioni ve n'è una terza, consistente nel fatto che l'art. 129 c.p.p. rappresenta, sul piano processuale, la proiezione del principio di legalità stabilito sul piano del diritto sostanziale dall'art. 1 c.p. In sostanza, l'art. 129 si muove nella prospettiva di troncare, allorché emerga una causa di non punibilità, qualsiasi ulteriore attività processuale e di addivenire immediatamente al giudizio, anche se fondato su elementi incompleti ai fini di un compiuto accertamento della verità da un punto di vista storico>> (Sez. Un., Conti, 27 febbraio 2002 n. 17179).*

Infine, volendo seguire il secondo orientamento, si dovrebbe ammettere la possibilità per l'imputato, non rinunciante alla prescrizione (avendo dunque esercitato, con il silenzio, il diritto a non rinunciare alla causa estintiva) e nei cui confronti è stata dichiarata la prescrizione sul presupposto di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, di proporre poi ricorso per cassazione – anche nel caso di mancanza di statuizioni civili (quanto ai riflessi della questione posta al vaglio di queste Sezioni Unite sulle statuizioni civili, con riferimento all'art. 578 c.p.p., si dirà oltre) - deducendo violazione di legge e/o vizio di motivazione sull'asserito rilievo della obbligatorietà per il giudice di pronunciare assoluzione con la formula di merito: il che comporterebbe, innanzi tutto, la violazione del principio di economia processuale, nei sensi già posti in rilievo.

Può dunque essere enunciato il seguente **principio di diritto**: **“All'esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità”**.

5. Per completezza argomentativa, non può essere omissa l'esame della disciplina contemplata nell'art. 578 c.p.p., la cui interferenza con quella ex art. 129 c.p.p. sembra significativa nell'economia delle valutazioni concernenti il ricorso rimesso alla cognizione di queste Sezioni Unite.

La disposizione di cui al secondo comma dell'art. 129 c.p.p. deve coordinarsi con la presenza della parte civile e con una pronuncia di una condanna in primo grado: in tal caso, infatti, il giudice dell'appello – nel prendere atto di una causa estintiva del reato verificatasi nelle more del giudizio di secondo grado – è tenuto a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., sull'azione civile: deve quindi necessariamente compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di estinzione del reato quando la prova della innocenza non risulti *ictu oculi*.

Le decisioni di questa Corte che hanno affrontato l'argomento risultano sostanzialmente univoche nel senso della riconosciuta incidenza, sulla statuizione penale, delle valutazioni operate dal giudice, sul materiale probatorio acquisito, ai fini delle statuizioni civili.

Spunti di riflessione offre la sentenza della **Sesta Sezione**, n. 1748/06, del 10 novembre 2005, **Bisci ed altri**, posto che, oltre a proporre ulteriori considerazioni a favore della prevalenza, in generale, della causa estintiva su quella del proscioglimento nel merito nel caso di compendio probatorio ambivalente, affronta anche specificamente la questione del rapporto dell'art. 129 con l'art. 578 c.p.p..

Tale decisione, dopo aver ricostruito i profili salienti degli orientamenti giurisprudenziali (innanzi illustrati), adotta, a sostegno del primo (da queste Sezioni Unite ritenuto coindivisibile, come detto), due ordini di argomentazioni, incentrate ora su considerazioni di carattere istituzionale e di

contemperamento degli interessi in gioco, ora sull'analisi sistematica della disciplina ex art. 578 c.p.p.. Quanto alle prime, in detta sentenza si sottolinea che l'estinzione del reato priva, in linea di principio, il giudice penale di ogni motivo per l'esercizio della sua giurisdizione, sicché soltanto esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona possono costituire una deroga per prorogarlo; ora, tali esigenze sussistono << *quando vi sia la evidenza della innocenza sostanziale dell'imputato (per elementi positivi o per mancanza assoluta di prove a suo carico), con necessità dunque di restaurare immediatamente la sua sfera di onorabilità, ma non potrebbe ravvisarsi alcuna tutela della onorabilità o di altri diritti fondamentali qualora il giudice, invece di prendere atto della causa estintiva del reato, dovesse persistere nella sua cognizione di merito per concludere che agli atti vi sono uno o più elementi probatori a carico, sia pure non di tale momento da fondare una dichiarazione di responsabilità penale* >>. Per quanto riguarda il contemperamento degli interessi, la sentenza Bisci fa leva sulla rinunciabilità all'amnistia e alla prescrizione, già a suo tempo introdotta dalle decisioni del giudice delle leggi: << *posto che l'imputato ha il diritto costituzionalmente garantito ad una decisione penale di merito, attraverso la rinuncia alla causa di estinzione, non è ragionevole che, nella ipotesi di mancata rinuncia e quindi di operatività della causa estintiva, l'esercizio della giurisdizione sia prorogato di ufficio, in modo tale che l'imputato si giovi della efficacia preclusiva connessa alla sentenza penale dall'art. 652 c.p.p., pur in presenza di elementi che nel giudizio civile o amministrativo, eventualmente promossi dai danneggiati, potrebbero essere debitamente valorizzati* >>. Ne deriva che, << *in presenza di una causa estintiva del reato, non è più applicabile la regola probatoria prevista dal secondo comma dell'art. 530 c.p.p., da adottare quando il processo sfoci nel suo esito ordinario, ma è necessario che emerga "positivamente" dagli atti, e senza necessità di ulteriori accertamenti, la prova della innocenza dell'imputato*>>, procedendo il giudice in questi casi << *più che ad un "apprezzamento", ad una "constatazione"* >>. Da ciò consegue inoltre che << *non è consentito al giudice di applicare l'art. 129 c.p.p. in casi di incertezza probatoria o di contraddittorietà degli elementi di prova acquisiti al processo, anche se, in tali casi, ben potrebbe pervenirsi alla assoluzione dell'imputato per avere il quadro probatorio caratteristiche di ambivalenza* >>. Se è vero, prosegue la sentenza Bisci, che l'art. 129 c.p.p. impone di dichiarare la causa estintiva quando non risulti evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, ecc., è altresì chiaro che << *tale principio deve coordinarsi con la presenza della parte civile e di una condanna in primo grado che impone ai sensi dell'art. 578 c.p.p. di pronunciarsi sulla azione civile e quindi di non essere legati ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di proscioglimento quando la prova della innocenza non risulti ictu oculi. Sta di fatto che la pronuncia ex art. 578 c.p.p. fa stato tra le parti e dunque si impone, pur in presenza della causa estintiva, un esame approfondito di tutto quanto rilevi ai fini della responsabilità civile (mentre ciò che riguarda esclusivamente la responsabilità penale senza incidere su quella civile non deve essere oggetto di esame quando ricorre la causa estintiva). Se da questo esame emerge la prova della innocenza, si dovrà ricorrere alla corrispondente formula assolutoria, in quanto l'obbligo di declaratoria immediata della causa estintiva si basa sul principio di economia processuale; pertanto, quando l'esame ex professo di altri aspetti è effettuato, sia pure per esigenze di decisione non penale, l'accertamento effettuato non può essere posto nel nulla e può portare ad una assoluzione di merito, riprendendo vigore come canone interpretativo quello del favor rei* >>.

Così ricostruita la disciplina di cui all'art. 578 c.p.p., la sentenza Bisci afferma che << *in questi limiti, può dunque ritenersi che la valutazione approfondita a fini civilistici, che porti all'accertamento della evidenza della mancanza di responsabilità penale con una formula assolutoria ampia, possa incidere sulla decisione penale, pur in presenza di una causa estintiva, sebbene non risulti ab initio evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, ecc.* >>; di conseguenza, << *una eventuale assoluzione in luogo del proscioglimento per causa estintiva può avere luogo solo se l'esame ai fini civilistici porti ad affermare la applicabilità della relativa ampia formula assolutoria, e quindi senza pregiudizio per il principio di economia*

*processuale, ma qualora non emerga che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, ecc., non potrà addivenirsi ad una pronuncia assolutoria. Pertanto, fuori dal caso in cui non opera il principio di economia processuale, dovendosi comunque valutare la responsabilità ex professo ai fini civilistici, l'unico modo per ottenere un esame più approfondito, in mancanza della evidenza che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, ecc., consisterà nel rinunciare alla causa estintiva >>.*

**Considerazioni** del tutto **analoghe** vengono svolte in **Sez. IV**, 3 febbraio 2004 n. 14863, **Micucci**, rv. 228597.

Le argomentazioni delle sentenze Bisci e Micucci appaiono del tutto condivisibili nella parte in cui sottolineano la rilevanza della rinuncia alla causa estintiva e l'influenza che la valutazione di merito del compendio probatorio, imposta *ex lege* dal dettato dell'art. 578 c.p.p. al giudice dell'appello - in presenza di una causa estintiva del reato e di una condanna di natura riparatoria in primo grado, anche generica, a favore della parte civile – esplica anche sulla statuizione penale: nel senso che la ritenuta innocenza, accertata all'esito di un completo ed approfondito esame svolto *ex professo*, per dettato normativo, e quindi senza violazione del principio dell'economia processuale cui si ispira il secondo comma dell'art. 129 c.p.p., deve essere affermata con la formula di proscioglimento di merito in luogo della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Ad avviso di queste Sezioni Unite non sussiste alcuna ragione per la quale, in sede di appello, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 578 c.p.p., non debba prevalere la formula assolutoria nel merito rispetto alla causa di estinzione del reato: e ciò, non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma **anche in presenza di prove ambivalenti**, posto che alcun ostacolo procedurale, né le esigenze di economia processuale (che, come più volte detto, costituiscono, con riferimento al principio della ragionevole durata del processo, la *ratio* ed il fondamento della disposizione di cui all'art. 129, comma secondo, c.p.p.), possono impedire la piena attuazione del principio del *favor rei* con l'applicazione della regola probatoria di cui al secondo comma dell'art. 530 del codice di rito. In proposito giova evidenziare che, per quanto concerne specificamente la vicenda oggetto della sentenza Bisci sopra richiamata, appare riscontrabile una mancanza di omogeneità tra le statuizioni, penali e civili, adottate dalla Corte d'Appello con la decisione oggetto del ricorso: da un lato, la declaratoria di prescrizione sul versante penale, pronunciata sul rilievo di un compendio probatorio ambivalente (in ordine all'elemento psicologico del reato) che – in quanto così valutato all'esito di un completo ed approfondito esame delle prove, effettuato ai sensi dell'art. 578 c.p.p. senza i limiti imposti dal principio dell'economia processuale, come rilevato dalla stessa Corte territoriale – avrebbe dovuto comportare l'assoluzione nel merito, dovendo, in tal caso, trovare applicazione la regola probatoria di cui all'art. 530, comma secondo, c.p.p.; dall'altro lato, la revoca delle statuizioni civili pronunciate dal primo giudice (il quale aveva condannato gli imputati), che avrebbe dovuto trovare il suo logico presupposto nella mancanza di responsabilità e, quindi, in una sentenza assolutoria.

Da segnalare, per completezza di esposizione, che muovendo dagli stessi presupposti di carattere generale evidenziati nelle sentenze Bisci e Micucci, in linea con le stesse si pone altresì **Sez. 4, n. 33309 del 08/07/2008** (Rv. 241962, imp. **Rizzato**).

Deve dunque affermarsi che, in presenza di amnistia o prescrizione, la valutazione approfondita a fini civilistici, che porti all'accertamento della mancanza di responsabilità penale – anche per la insufficienza o contraddittorietà delle prove – esplica i suoi effetti sulla decisione penale, con la conseguenza che deve essere pronunciata, in tal caso, la formula assolutoria nel merito.

Va quindi enunciato il seguente **principio di diritto**: **“allorquando, ai sensi dell'art. 578 c.p.p., il giudice di appello - intervenuta una causa estintiva del reato - è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova”**.

Fuori dal caso in cui non opera il principio di economia processuale - dovendo essere valutata la responsabilità *ex professo* ai fini civilistici - l'unico modo per ottenere un esame più approfondito,

in mancanza della evidenza che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, ecc., consisterà, dunque, nel rinunciare alla causa estintiva.

La naturale conseguenza di tutte le considerazioni dianzi svolte, e dei principi sopra enunciati, è che analoga soluzione deve essere evidentemente adottata anche qualora, pur in assenza della parte civile, ad un'assoluzione pronunciata in primo grado ai sensi del secondo comma dell'art. 530 c.p.p., impugnata dal P.M., sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di secondo grado ritenga infondato detto appello: ed invero, anche in tal caso, l'approfondimento della valutazione delle emergenze processuali - reso necessario dall'impugnazione proposta dal P.M., risultata inidonea a mutare le connotazioni di ambivalenza riconosciute dal primo giudice alle prove raccolte - impone la conferma della pronuncia assolutoria in applicazione della regola probatoria, ispirata al *favor rei*, di cui al secondo comma dell'art. 530 del codice di rito.

Donde l'affermazione di un ulteriore principio di diritto: **“qualora ad una sentenza di assoluzione in primo grado ai sensi dell'articolo 530 comma 2 c.p.p., appellata dal P.M., sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di appello ritenga infondato nel merito l'appello del P.M., deve essere confermata la sentenza di assoluzione”**.

6. Così fissati i principi ai quali deve ispirarsi qualsiasi operazione ermeneutica concernente i rapporti tra la causa estintiva e la sentenza di proscioglimento nel merito nel caso di prova ambivalente, può procedersi all'esame della concreta fattispecie sottoposta al vaglio del Collegio.

Il ricorrente, con la prima doglianza, ha specificamente denunciato violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla declaratoria di prescrizione nella parte in cui è stata riformata la sentenza assolutoria emessa dal Tribunale ai sensi dell'art. 530, secondo comma, c.p.p. con riferimento al secondo fatto delittuoso contestato con l'imputazione al Tettamanti.

La censura, così come proposta, è fondata.

Ed invero, il Tettamanti, relativamente a tale fatto, era stato assolto in primo grado con la formula “perché il fatto non costituisce reato”, ai sensi dell'art. 530, secondo comma, c.p.p., come precisato dal giudice in sentenza, e, dunque, sul rilievo della ritenuta sussistenza di elementi di prova dubitativi.

Siffatta situazione è rimasta immutata in appello, pur a fronte dell'impugnazione del P.M. e dopo la disamina del quadro probatorio da parte del giudice del gravame resa indispensabile dalla intervenuta prescrizione e dalla presenza della parte civile (art. 578 c.p.p.), nonché dallo stesso appello incidentale del P.M..

Dal testo dell'impugnata sentenza si rileva che la Corte d'Appello ha valutato come infondati i motivi dell'impugnazione del P.M., inidonei dunque ad indurre ad un convincimento di colpevolezza (al quale non avrebbe potuto far seguito la sentenza di condanna solo perché era frattanto maturata la prescrizione): mette conto sottolineare che la Corte territoriale ha espressamente precisato che, al riguardo, permanevano quegli elementi dubitativi già evidenziati dal primo giudice.

Orbene, appare evidente l'errore in cui è incorsa la Corte distrettuale, laddove – pur sul presupposto della ritenuta infondatezza dell'appello del P.M., che, (solo) se fondato, avrebbe ben legittimato l'applicazione della causa estintiva – ha dichiarato l'estinzione del reato per prescrizione, erroneamente invocando la disposizione di cui all'art. 129 c.p.p. (posto che, per tutto quanto in precedenza detto, non è richiesta l'evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato, ai fini del proscioglimento nel merito, in sede di valutazione ex art. 578 c.p.p.), e violando quindi la regola probatoria stabilita nell'art. 530, cpv., c.p.p., secondo cui deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento nel merito anche allorquando la prova è insufficiente o contraddittoria.

Le ulteriori censure dedotte dal ricorrente, concernenti l'altro addebito oggetto dell'imputazione ed in ordine al quale è stata pronunciata declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, risultano prive di fondamento tenuto conto delle argomentazioni svolte nelle integrative pronunce di primo e secondo grado (laddove è stato posto l'accento su “chiare ed

evidenti prove”); e, comunque, in applicazione dei principi enunciati sul punto da questa Corte, in alcun modo potrebbero comportare l’annullamento con rinvio: in caso di annullamento, infatti, il giudice del rinvio, si troverebbe nella medesima situazione che impone l’obbligo della immediata declaratoria della causa di estinzione del reato (cfr. **Sez. un.**, sentenza **Cremonese**, già citata). L’impugnata sentenza deve essere quindi annullata, limitatamente al secondo episodio del contestato reato di appropriazione indebita, “perché il fatto non costituisce reato”.

Per quel che riguarda gli effetti civili, resta ovviamente fermo quanto deciso al riguardo dal Tribunale, con riferimento al solo primo episodio (oggetto di condanna, prima, e di declaratoria di prescrizione poi) essendo stata pronunciata assoluzione per il secondo addebito.

Il ricorrente va poi condannato alla rifusione delle spese sostenute dalle costituite parti civili Frischia e Tarquini, liquidate in complessivi euro 4.275,00, oltre I.V.A e C.P.A..

### *omissis*

Le Sezioni unite hanno affrontato la questione, sulla quale si registra un contrasto nella giurisprudenza di legittimità (segnalato con la Relazione n. 87 del 2007 di questo Ufficio), così sintetizzata: “*se il proscioglimento nel merito prevalga rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova*”.

Secondo un primo orientamento, al quale – con le precisazioni di seguito illustrate – aderisce la sentenza Tettamanti, la formula di proscioglimento nel merito non prevale sulla dichiarazione immediata della causa di non punibilità nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, a norma dell’art. 530, comma 2, cod. proc. pen. (secondo le Sezioni unite sono riconducibili a questo orientamento Sez. III, 26 febbraio 1993 n. 3440, Gablai, rv. 194120, Sez. I, 22 marzo 1993, n. 5895, Ballerini, rv. 195107, Sez. V, 2 dicembre 1997 n. 1460/98, Fratucello, rv. 209802; Sez. I, 30 giugno 1993 n. 8859, Mussone, rv. 197012; Sez. III, 23 aprile 2002 n. 20807, P.m. in proc. Artico, rv. 221618, Sez. VI, 5 marzo 2004 n. 26027, Pulcini, rv. 229968, Sez. II, 18 maggio 2007 n. 26008, P.G. in proc. Roscini, rv. 237263, Sez. V, 16 luglio 2008 n. 39220, P.G. in proc. Ferrarese, Sez. II, 19 febbraio 2008 n. 9174, Paladini, rv. 239552). Muovendo dalla considerazione che per l’applicazione dell’art. 129, secondo comma, cod. proc. pen., è richiesta l’evidenza della prova dell’innocenza dell’imputato, i sostenitori di tale indirizzo ritengono che la formula di proscioglimento nel merito debba prevalere sulla causa di estinzione del reato – con obbligo per il giudice di pronunciare la relativa sentenza – solo allorquando i relativi presupposti (l’inesistenza del fatto, l’irrelevanza penale dello stesso, il non averlo l’imputato commesso) risultino dagli atti in modo incontrovertibile, così da non richiedere alcuna ulteriore dimostrazione avuto riguardo alla chiarezza della situazione processuale: in presenza di una causa estintiva del reato non è quindi applicabile la regola probatoria prevista dall’art. 530, comma 2, cod. proc. pen., da adottare quando il giudizio sfoci nel suo esito ordinario, ma è necessario che emerga “positivamente” dagli atti, senza necessità di ulteriori approfondimenti, la prova dell’innocenza dell’imputato.

Un secondo indirizzo ritiene che in una situazione di incertezza probatoria prevalga la formula di merito *ex art. 530*, comma 2, cod. proc. pen., rispetto alla declaratoria della causa di estinzione (a tale orientamento la sentenza Tettamanti ascrive Sez. II, 21 giugno 1990 n. 5455/91, Lagodana, rv. 187510; Sez. IV, 8 marzo 1993 n. 3742, Fink, rv. 193878; Sez. V, 20 febbraio 2002 n. 13170, Scibelli, rv. 221257; Sez. II, 5 marzo 2004 n. 18891, Sabatini, rv. 228635; Sez. I, 16 settembre 2004, n. 40386, Fagan, rv. 230621; Sez. V, 18 gennaio 2005, n. 17382, Martelli, rv. 231567; Sez. V, 10 giugno 2008 n. 25658, Ganci, rv. 240450): l’indirizzo, mette in luce la sentenza Tettamanti, si ispira fondamentalmente al principio che imponeva, nella vigenza del codice abrogato, l’equiparazione dell’ipotesi della sussistenza di prove dell’evidenza della non commissione del fatto all’ipotesi della mancanza assoluta della prova che l’imputato lo avesse commesso. Raffrontando il sistema vigente a quello precedente, è stato osservato che mentre l’art. 129 comma 2, cod. proc. pen. vigente riproduce sostanzialmente l’art. 152 comma 2 cod. proc. pen. 1930, l’art. 530 cod. proc. pen. del 1988 (così recependo le indicazioni di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 5 del 1975) equipara al secondo comma la prova positiva dell’innocenza alla mancanza di prova della colpevolezza e a tali ipotesi anche quelle dell’insufficienza e della contraddittorietà della prova: non vi sarebbe pertanto alcun argomento sistematico per estrapolare dal secondo comma del citato art. 530 quest’ultima ipotesi, sottraendola al principio di equiparazione logico-sistematica.

Un ulteriore orientamento – continua la sentenza in esame - distingue a seconda che la causa di estinzione del reato sia intervenuta nelle fasi anteriori al dibattimento ovvero all’esito dell’istruttoria dibattimentale (espressive di questo ulteriore indirizzo sono Sez. II, 15 ottobre 1992 n. 1221/93, Tulliani, rv. 193017, Sez. VI, 13 gennaio 2005 n. 7272, De Angelis, rv. 231231): nel primo caso la pronuncia di merito può essere adottata solo in presenza della “evidenza” dell’innocenza dell’imputato richiesta dall’art. 129, comma 2, cod. proc. pen., non essendo stato acquisito ancora alcun significativo compendio probatorio e non potendo quindi essere espressa alcuna valutazione al riguardo; nel secondo caso, trova applicazione l’equiparazione, di cui all’art. 530, comma 2, cod. proc. pen., della prova insufficiente o contraddittoria, alle situazioni delineate nel primo comma della stessa disposizione.

3. Ricostruito il quadro offerto dalla giurisprudenza sulla questione controversa, la sentenza Tettamanti richiama le decisioni più significative adottate dalla Corte costituzionale (sent. n. 5 del 1975; ordd. n. 300 e n. 362 del 1991; sentt. n. 175 del 1971 e 275 del 1990) e dalle Sezioni unite della Corte di cassazione: Sez. un., 9 giugno 1995 n. 18, P.G. in proc. Cardoni, rv. 202374 – 202375, intervenuta sulla questione relativa alla possibilità, per il giudice delle indagini preliminari, richiesto dal p.m. di emissione di decreto penale, di pronunciare sentenza di proscioglimento soltanto a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., ovvero anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova ai sensi dell'articolo 530, comma 2, dello stesso codice; Sez. un. 19 dicembre 2001 n. 3027/02, PG in proc. Angelucci, rv. 220555, che ha operato la ricostruzione degli ambiti applicativi della declaratoria immediata di cause di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen. e del proscioglimento pre-dibattimentale di cui all'art. 469 cod. proc. pen.; Sez. un., 25 gennaio 2005 n. 12283, P.G. in proc. De Rosa, rv. 230529 – 230530 – 230531, che ha affrontato la questione se il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta del p.m. di rinvio a giudizio, possa, in applicazione dell'art. 129 cod. proc. pen., pronunciare immediatamente, in presenza di una causa di non punibilità, sentenza di non luogo a procedere senza fissare l'udienza preliminare.

Aderendo al primo degli indirizzi richiamati le Sezioni unite ribadiscono il principio di diritto di cui alla massima **rv. 244274**, un principio in linea con l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità (in senso conforme si sono pronunciate Sez. VI, 9 febbraio 1995 n. 4163, Cardillo, rv. 211255, Sez. III, 4 dicembre 1997 n. 1506/98, Pasqualetti, rv. 209793, Sez. VI, 9 luglio 1998, n. 12320, Pg in proc. Maccan, rv. 212320, Sez. VI, 15 febbraio 1999 n. 3945, PG in proc. Di Pinto e altri, rv. 213882, Sez. IV, 6 giugno 2001 n. 28181, P.C. in proc. Pascarella e altri, rv. 219603, Sez. VI, 5 febbraio 2003 n. 11394, Rossitto e altri, rv. 224269, Sez. VI, 3 novembre 2003 n. 48254, Gencarelli, rv. 228503, Sez. VI, 8 giugno 2004 n. 31463, Dolce, rv. 229275, Sez. II, 19 febbraio 2008 n. 9174, Palladini, rv. 239552). Sottolineato come, alla luce degli approdi cui sono giunte le Sezioni unite con le sentenze richiamate, la questione concernente i rapporti tra il proscioglimento nel merito per insufficienza o contraddittorietà della prova e la causa di estinzione del reato rilevi, allo stato, esclusivamente con riferimento alla fase del giudizio, l'iter motivazionale della sentenza Tettamanti si sviluppa quindi sul duplice piano del principio dell'economia processuale e del diritto alla prova. Sulla scorta delle sentenze De Rosa e Cardoni, la finalità della disciplina ex art. 129 cod. proc. pen. è collocata nella prospettiva del principio di economia processuale (*exitus processus*) e della tutela dell'innocenza dell'imputato (*favor rei*). In tale prospettiva, la sentenza Tettamanti prende le distanze dall'orientamento secondo cui, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, pur in presenza di una causa estintiva, dovrebbe essere comunque applicato il secondo comma dell'art. 530 cod. proc. pen.: a seguire tale indirizzo, infatti, *"non si comprenderebbe il riferimento contenuto nel primo comma dell'art. 129 cod. proc. pen. – in relazione all'obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, ivi compresa, quindi, la causa di estinzione del reato – ad "ogni stato e grado del processo", così come non si comprenderebbe il richiamo, nel secondo comma dello stesso articolo, all'art. 531 cod. proc. pen. (norma, questa, che segue l'art. 530 cod. proc. pen. dedicato alla sentenza di assoluzione con l'indicazione delle relative formule) secondo cui il proscioglimento nel merito deve prevalere sulla causa di estinzione del reato se dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato"*. Soprattutto il contenuto dell'art. 531 cod. proc. pen. offre – nell'economia dell'argomentare delle Sezioni unite - una conferma normativa alla tesi sostenuta, nella parte in cui è espressamente previsto l'obbligo della pronuncia di sentenza di non doversi procedere in presenza di una causa estintiva del reato, "salvo quanto disposto dall'art. 129, comma 2", vale a dire tranne nel caso in cui vi sia la prova evidente dell'insussistenza del fatto o della sua non commissione da parte dell'imputato o della sua irrilevanza penale (sul punto la sentenza Tettamanti richiama Sez. III, 19 marzo 2003 n. 21994, PM in proc. Musto, rv. 225443). Solo all'esito dell'istruttoria dibattimentale, ossia al momento della valutazione del compendio probatorio acquisito, il giudice può disporre di tutti gli elementi per addivenire anche all'esatta qualificazione giuridica del fatto: pertanto, nel caso di ritenuta configurabilità di un reato diverso e meno grave rispetto a quello contestato, tale da risultare prescritto, il giudice, in mancanza della prova evidente (nel senso della sua "constatazione" e non del suo "apprezzamento") dell'innocenza, deve pronunciare declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, senza procedere ad alcun approfondimento nella valutazione del materiale probatorio agli atti. Inoltre, intervenuta la causa estintiva del reato di cui all'imputazione, non potrà il giudice, all'esito dell'istruttoria dibattimentale e in presenza di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, esercitare i poteri di ufficio ex art. 507 cod. proc. pen. (possibilità ammessa anche per il giudice ritiratosi in camera di consiglio per la deliberazione della sentenza: così Sez. III, 19 agosto 1993 n. 8528, Poluzzi, rv. 195160), ma dovrà dichiarare l'estinzione del reato enunciandone la causa nel dispositivo: ove si privilegiasse una formula liberatoria nel merito, a fronte di una causa estintiva, allorquando si è in presenza di una prova insufficiente o contraddittoria, si perverrebbe al risultato paradossale che l'evidenza di cui all'art. 129 cpv. cod. proc. pen. ricorrerebbe anche nel caso di ambiguità probatoria ex art. 530, secondo comma, stesso codice: il che – sottolinea la sentenza Tettamanti - determinerebbe una ingiustificata equiparazione tra una posizione processuale di evidenza di innocenza ed una situazione processuale di incertezza probatoria. In definitiva, *"la regola probatoria di cui all'art. 530, comma 2, cod. proc. pen. - cioè il dovere per il giudice di pronunciare sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova della responsabilità - appare dettata esclusivamente per il normale esito del processo che sfocia in una sentenza emessa dal giudice al compimento dell'attività dibattimentale, a seguito di una approfondita valutazione di tutto il compendio probatorio acquisito agli atti; tale regola (...) non può trovare applicazione in presenza di una causa estintiva del reato: in una situazione del genere – a meno che il giudice non sia chiamato a dover approfondire ex professo il materiale probatorio acquisito (come si avrà modo di dire in prosieguo) -*

vale invece la regola di giudizio di cui all'art. 129 cod. proc. pen. in base alla quale, intervenuta una causa estintiva del reato, può essere pronunciata sentenza di proscioglimento nel merito solo qualora emerga dagli atti processuali 'positivamente' ('... risulta evidente ...': art. 129, comma 2, cod. proc. pen.), senza necessità di ulteriore approfondimento, l'estraneità dell'imputato a quanto contestatogli".

Coerente con l'impostazione adottata è il principio di diritto di cui alla massima **rv. 244275** ribadito dalla sentenza Tettamanti, principio in forza del quale in presenza di una causa di estinzione del reato, non sono rilevabili in sede di legittimità vizi di motivazione della sentenza impugnata in quanto il giudice del rinvio avrebbe comunque l'obbligo di procedere immediatamente alla declaratoria della causa estintiva (sul punto il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (già delineato da Sez. un., 21 ottobre 1992 n. 1653, Marino, rv., 192471) è stato di recente contraddetto da Sez. III, 21 ottobre 2008 n. 4519, Polese, rv. 241617 (per la segnalazione del contrasto vds. la Relazione n. 12/09 di questo Ufficio) e quindi nuovamente ribadito da Sez. V, 11 novembre 2008 n. 4233/09, Mazzamuto, rv. 242959 e da Sez. IV, 19 marzo 2009 n. 14450, Stafissi, rv. 244001). Tale principio, aggiunge la sentenza in esame, trova applicazione anche in presenza di una nullità di ordine generale che, dunque, non può essere rilevata nel giudizio di legittimità, essendo l'inevitabile rinvio al giudice del merito incompatibile con il principio dell'immediata applicabilità della causa estintiva (al riguardo la sentenza Tettamanti richiama l'orientamento accolto da Sez. un., 28 novembre 2001 n. 1021/02, Cremonese, rv. 220511 e da Sez. un. 27 febbraio 2002 n. 17179, Conti, rv. 221403).

Sul piano del diritto alla prova la sentenza in esame sottolinea come le pronunce del giudice delle leggi prima richiamate si siano limitate a declaratorie di illegittimità costituzionale quanto alla mancata previsione della rinunciabilità della causa estintiva (amnistia e prescrizione), senza delineare profili di incostituzionalità con riferimento all'art. 129, comma 2, cod. proc. pen; significativa, da questo punto di vista, è la natura della rinuncia alla prescrizione quale diritto personalissimo riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità (al riguardo la sentenza Tettamanti richiama l'orientamento accolto da Sez. un., 28 novembre 2001 n. 1021/02, Cremonese, rv. 220511 e da Sez. un. 27 febbraio 2002 n. 17179, Conti, rv. 221403), che ha puntualizzato come il silenzio dell'imputato debba essere interpretato quale esercizio del diritto a non rinunciare alla prescrizione (cfr. Sez. VI, 21 settembre 2004 n. 12380, Lucchesu, rv. 231030 e Sez. I, 13 marzo 2007 n. 18391, Cariglia, rv. 236576). A sostegno della prevalenza, in presenza di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, della causa estintiva della prescrizione sulla formula di proscioglimento nel merito, la pronuncia in esame richiama poi quanto evidenziato proprio in relazione al diritto alla rinuncia alla prescrizione dalla sentenza delle Sezioni Unite Conti.

Infine, osserva la sentenza Tettamanti, a seguire l'orientamento contrario a quello accolto, si dovrebbe ammettere la possibilità per l'imputato non rinunciante alla prescrizione nei cui confronti sia stata dichiarata la prescrizione sul presupposto di un compendio probatorio insufficiente o contraddittorio, di proporre poi ricorso per cassazione – anche nel caso di mancanza di statuizioni civili - deducendo violazione di legge e/o vizio di motivazione sull'asserito rilievo dell'obbligatorietà per il giudice di pronunciare assoluzione con la formula di merito: il che comporterebbe, innanzi tutto, la violazione del principio di economia processuale, nei sensi già posti in rilievo. Di qui la conclusione in forza della quale *"all'esito del giudizio, il proscioglimento nel merito, nel caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità"*.

4. Il successivo sviluppo dell'*iter* motivazionale della sentenza in esame si indirizza verso l'analisi dei rapporti tra la disciplina di cui all'art. 578 del codice di rito con quella ex art. 129 dello stesso codice. Al riguardo la sentenza Tettamanti richiama le sentenze Bisci e Micucci (Sez. VI, 10 novembre 2005 n. 1748/06, Bisci e altri; Sez. IV, 3 febbraio 2004 n. 14863, Micucci, rv. 228597), le cui argomentazioni risultano condivisibili *"nella parte in cui sottolineano la rilevanza della rinuncia alla causa estintiva e l'influenza che la valutazione di merito del compendio probatorio, imposta ex lege dal dettato dell'art. 578 cod. proc. pen. al giudice dell'appello - in presenza di una causa estintiva del reato e di una condanna di natura riparatoria in primo grado, anche generica, a favore della parte civile – esplica anche sulla statuizione penale: nel senso che la ritenuta innocenza, accertata all'esito di un completo ed approfondito esame svolto ex professo, per dettato normativo, e quindi senza violazione del principio dell'economia processuale cui si ispira il secondo comma dell'art. 129 cod. proc. pen., deve essere affermata con la formula di proscioglimento di merito in luogo della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione"*: in questa ottica non vi è ragione per la quale, in sede di appello, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 578 cod. proc. pen., non debba prevalere - non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti - la formula assolutoria nel merito rispetto alla causa di estinzione del reato, posto che alcun ostacolo procedurale, né le esigenze di economia processuale possono impedire la piena attuazione del principio del *favor rei* con l'applicazione della regola probatoria di cui al secondo comma dell'art. 530 del codice di rito. In presenza di amnistia o prescrizione, dunque, la valutazione approfondita a fini civilistici, che porti all'esclusione della responsabilità penale – anche per l'insufficienza o contraddittorietà delle prove – esplica i suoi effetti sulla decisione penale, con la conseguenza che deve essere pronunciata, in tal caso, la formula assolutoria nel merito; pertanto, *"allorquando, ai sensi dell'art. 578 cod. proc. pen., il giudice di appello - intervenuta una causa estintiva del reato - è chiamato a valutare il compendio probatorio ai fini delle statuizioni civili per la presenza della parte civile, il proscioglimento nel merito prevale sulla causa estintiva, pur nel caso di accertata contraddittorietà o insufficienza della prova"*.

Fuori dal caso in cui - dovendo essere valutata la responsabilità *ex professo* ai fini civilistici - non opera il principio di economia processuale solo la rinuncia alla causa estintiva consentirà di ottenere un esame più approfondito, in mancanza della evidenza che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, etc.. Ad analoga soluzione,

conclude la sentenza Tettamanti, deve giungersi qualora, pur in assenza della parte civile, ad un'assoluzione pronunciata in primo grado ai sensi del secondo comma dell'art. 530 cod. proc. pen., impugnata dal P.M., sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di secondo grado ritenga infondato detto appello: anche in tal caso, infatti, l'approfondimento della valutazione delle emergenze processuali - reso necessario dall'impugnazione proposta dal P.M., risultata inidonea a mutare le connotazioni di ambivalenza riconosciute dal primo giudice alle prove raccolte - impone la conferma della pronuncia assolutoria in applicazione della regola probatoria, ispirata al *favor rei*, di cui al secondo comma dell'art. 530 cod. proc. pen.. Pertanto, *"qualora ad una sentenza di assoluzione in primo grado ai sensi dell'articolo 530 comma 2 cod. proc. pen., appellata dal P.M., sopravvenga una causa estintiva del reato ed il giudice di appello ritenga infondato nel merito l'appello del P.M., deve essere confermata la sentenza di assoluzione"*.



**Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009 (dep. 8 ottobre 2009), n. 39060, ApreaRosa**

*La nullità a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso dell'udienza a 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. (In motivazione la Corte ha precisato che è onere del difensore presente, anche se nominato d'ufficio in sostituzione di quello di fiducia regolarmente avvisato e non comparso, verificare se sia stato avvisato anche l'altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice). (rv 244187)*

*La nullità di ordine generale a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso ad uno dei due difensori di fiducia, deve essere eccepita a opera dell'altro difensore al più tardi 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. (In motivazione la Corte ha ulteriormente affermato che non è possibile far valere successivamente l'interesse dell'imputato non comparso ad essere assistito anche dal difensore non avvisato, in quanto tale interesse non è riconoscibile in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo del giudice). (rv 244188)*

*Omissis*

1 - La questione devoluta è *"se la nullità derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei difensori sia sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione ad opera dell'altro difensore comparso, pur quando l'imputato non sia presente"*.

1.1 - La sentenza Greco, che ravvisa necessaria la presenza dell'imputato per costituire la parte, appartiene in effetti ad indirizzo minoritario, risalente a Sez. VI, n. 29821/01, P.G. in proc. Bonaffini, rv. 221209 e Sez. I, n. 19691/03, Bruno, rv.230224.

In particolare Sez. V, n. 46206/04, Panza, rv. 230224 aveva posto quale *"condizione necessaria e sufficiente per la sanatoria del mancato avviso ad un difensore la presenza dell'imputato assistito da un difensore, benché sostituto nominato d'ufficio dell'altro difensore avvisato e non comparso"*. E Sez. IV, n. 42799/05, Kartelov, rv. 232757 aveva spiegato che l'altro difensore e l'imputato presenti (al 'riesame') possono comunicare tra loro.

Alla Greco sono seguite Sez. V n. 13102/08, Ciarelli (giudizio di appello), Sez. VI, n. 13635/08, Franzè, rv. 239456 (riesame), e Sez. III, n. 14221/08, Tampelli, rv. 239967.

1.2 - In proposito la segnalazione 1006/07 del Massimario puntualizzava che le sentenze dell'indirizzo maggioritario ritengono sanabile la nullità per omesso avviso ad uno dei due difensori di fiducia, ponendo in evidenza solo la necessità della tempestiva eccezione ad opera del difensore di fiducia ritualmente avvisato e comparso, e prescindono dalla presenza in udienza dell'imputato.

Articolava le sentenze dell'indirizzo a seconda che concernessero (a) il giudizio: Cass. Sez. II, n. 3635/06, Rauchi, rv. 233339, Sez. VI, 12 n. 24717/04, Pastore ed a., rv. 229520, Sez. IV, n. 37471/03, Massari, rv. 226285, Sez. IV, 22 dicembre 1998 n. 1996/99, Cicatiello, rv. 212700, Sez. III, 1 luglio 1997 n. 7697, Gangemi ed altro, rv. 209088 e Sez. IV, n. 5484/94, Didoni ed altro, rv. 198653; (b) l'udienza camerale: Sez. IV, n. 2405/06, Scatafassi, rv. 232879, Sez. II, n. 31677/03, Scravaglieri, rv. 226538, Sez. III, n. 40518/02, Mirabile, rv. 225695 e Sez. IV, n. 2942/96 Ferro, rv. 206991; (c) il riesame: Sez. VI, n. 33057/2003, Lazo, rv. 226567 e Sez. VI, n. 16711998, Crocianelli, rv. 211960.

Ed infine sottolineava che Cass. Sez. IV, n. 11326/98, Gangi, rv. 209056 (nel solco di Cass. Sez. IV, 15.1.97, Lucibello rv. 207152) aveva ravvisato sanatoria per mancata eccezione di parte nel caso in cui, non comparsi entrambi i difensori di fiducia dei quali il primo non aveva ricevuto regolare avviso d'udienza, si procedeva d'ufficio alla nomina di un sostituto, cui "incombeva l'onere di sollevare l'eccezione di nullità per l'omesso avviso".

Dopo la segnalazione hanno seguito l'indirizzo maggioritario Sez. IV, n.42736/07, Nicotra, rv. 238303; Sez. VI, n. 12520/08, Cavaliere, rv. 239676; Sez. III, n. 13824/08, Straiano, rv. 239960; Sez. VI, n. 21736/08, Passanzini, rv. 240354, e la Marchetti il cui principio non condiviso nell'ordinanza di rimessione così spiega la ragione di sanatoria: "... 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".

In sintesi l'indirizzo minoritario esclude che per "parte" nell'art. 182/2° co. possa intendersi il solo difensore e non anche l'imputato, portatore unico dell'interesse ad essere patrocinato da due difensori, mentre quello maggioritario riferisce il termine all'esercizio delle facoltà connesse alla tutela della posizione processuale interessata all'atto nullo.

2 - La soluzione del contrasto investe in effetti la stessa accezione di sistema, il che rende necessaria l'analisi delle norme, partendo dal dettato costituzionale.

L'art. 24/2° co. Costituzione afferma che la "difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento", senza distinguere il profilo sostanziale da quello tecnico.

Ne segue che l'assistenza del difensore è necessaria anzitutto per costituire la parte nel processo, prima che per ragioni di conoscenza del diritto ed esperienza del rito, e che perciò l'art. 96/1° co. riconosce all'imputato la facoltà di nominare sino a due difensori di fiducia. Ma se non la esercita o resta privo di difensore, il giudice o il pubblico ministero ha l'obbligo di nominargli un difensore di ufficio ai sensi dell'art. 97. E poiché l'imputato conserva il diritto di nomina, il difensore nominato d'ufficio è del pari inteso suo mandatario per assenso implicito. In sintesi, il sistema afferma la "necessità" che l'imputato sia patrocinato da almeno un difensore nominato da lui o da chi procede.

Ad ulteriore garanzia il sistema aggiunge alla necessità la "continuità" dell'incarico di difesa, seppure d'ufficio (cfr. S.U. n. 22/94, Nicoletti, e n. 35402/03, Nainente), sino a che l'imputato non nomini nuovo difensore o ne sia nominato altro d'ufficio, per rinuncia (che non ha effetto prima della comunicazione all'imputato), revoca o abbandono della difesa.

La continuità autorizza il difensore a designare un sostituto. Ma, se la presenza del difensore è necessaria ed il difensore già nominato non è reperito o non compaia o abbandoni la difesa, il giudice o il pubblico ministero provvede ai sensi dell'art. 97/4° co. a nominare un sostituto d'ufficio che, al pari del sostituto di fiducia, non ha diritto a termine difensivo (cfr. Cass., n. 6015/99 - rv. 213381; n. 11870/04 - rv.230099; n. 5605/07 - rv. 236123; n. 6298/07 - rv. 237152) perché assiste l'imputato quale vicario del difensore (cfr. da ultimo S.U. 8285/06, Grassia), di cui assume ai sensi dell'art. 102 CPP diritti ed oneri.

E "al difensore", spiega l'art. 99/ 1° co., "competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato, a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo" (ad es. richiesta di rito speciale). L'articolo aggiunge (2° co.): "l'imputato può togliere effetto all'atto compiuto dal difensore con espressa dichiarazione contraria prima che, in relazione all'atto stesso, sia intervenuto un provvedimento del giudice".

L'endiadi "necessità - continuità" della difesa tecnica significa dunque la collegialità dei due difensori di fiducia (cfr. sentenza Marchetti), la cui funzione dialettica è intesa dalla legge, che si riferisce per lettera al "difensore" (singolare), complementare ed univoca. Significa inoltre il riconoscimento della volontà dell'imputato negli atti compiuti dal solo difensore necessario, di fiducia o di ufficio che sia, secondo le regole generali del mandato.

Su questa premessa si può prendere conto della cd. "nozione di parte".

2.1 - Il logos "parte" distingue concettualmente, nel rapporto esterno con altri soggetti, le persone accomunate da uno stesso interesse, e perciò gli oneri e le facoltà connessi alla posizione, quale che sia il rapporto interno tra i soggetti della stessa parte.

Nel processo sono parti necessarie, intese soggetti unitari del rapporto tra loro e con il giudice, l'accusa pubblica e la difesa. Le due parti differiscono perché l'accusa è costituita sempre da una sola persona mentre la difesa, si è visto, può essere costituita dal solo difensore o anche da due oltre all'imputato (titolare del diritto) se compare.

Pertanto, dall'omessa citazione del titolare del diritto e dal mancato avviso al solo difensore che ha obbligo di essere presente o ad entrambi quelli nominati di fiducia deriva nullità assoluta ed insanabile, che l'art. 179 CPP prevede sia rilevata di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. La norma non adotta il termine "parte" perché, come già nel caso d'incapacità del giudice o di vizio d'iniziativa del pubblico ministero, o in casi altrimenti previsti, la nullità è insanabile e non sarebbe possibile costituire il rapporto processuale.

Per l'opposta ragione, in quanto il rapporto si può costituire, al concetto di "parte" si riporta, per implicito o esplicito, il regime delle altre nullità generali o relative.

Pertanto, per diritto vivente già nel sistema previgente (cfr. da ultimo S.U. n. 12051/91 De Lena ed a.), se uno dei difensori di fiducia è presente, e l'altro non compaia per mancato avviso, l'atto è affetto da nullità di ordine generale a regime intermedio.

Il principio è ripetuto nel sistema attuale da S.U. Gattellaro, n.6/97 e Di Sarno, n. 33540/01 (riesame), che non si soffermano sull'incidenza dell'assenza dell'imputato. Ma all'evidenza rapportano implicitamente al concetto di "parte" la sanabilità.

Il codice nell'art. 180 CPP stabilisce che le nullità di ordine generale a regime intermedio "sono rilevate anche di ufficio, ma non possono essere più rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di 1° grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo".

La previsione, che possono essere rilevate "anche" dal giudice, significa che tali nullità in quanto di ordine generale sono ontologicamente connesse all'interesse comune a tutti i soggetti del processo al suo rituale svolgimento. Ma la facoltà alternativa di dedurle entro termine correlato alla sentenza di 1° grado si riferisce funzionalmente all'interesse di ciascuna parte, quali che siano i soggetti per essa presenti.

L'alternativa segna perciò il confine tra le nullità verificatesi prima del giudizio e quelle in corso di giudizio, sicché l'interesse a rilevarle o dedurle si correla al rimedio apprestabile secondo l'art. 185 CPP, per evitare che nel primo caso il giudizio si svolga inutilmente. E, per inciso, l'imputato presente ha l'ultima parola nel processo (art. 523 CPP), sicché ha facoltà di deduzione personale, quando il difensore concluda senza esercitarla.

Se ne trae che la deduzione può essere ripetuta in sede d'impugnazione, solo qualora la nullità di ordine generale a regime intermedio verificatasi prima del giudizio è stata dedotta, e tuttavia il processo è proseguito senza che il giudice apprestasse rimedio. Ma se il processo si è svolto per la sua mancata deduzione, il giudice del grado successivo deve ritenerla sanata, perché l'interesse allo svolgimento del processo, cui poteva apprestarsi rimedio ai sensi dell'art. 185, non risulta pregiudicato (art. 604/4° co. u.p. CPP).

La nullità verificatasi in giudizio invece può essere rilevata e dedotta dopo la conclusione del grado, perché ormai l'unico rimedio possibile è l'impugnazione della sentenza. In tal caso l'interesse alla deduzione è riconoscibile se si identifichi in quello all'esercizio del diritto d'impugnazione (art. 591 lett. a. CPP) e perciò se la sentenza è sfavorevole.

Su questa premessa il codice intende per "interesse" solo e proprio quello relativo al momento del compimento dell'atto. E perciò unifica la disciplina di sanatoria in senso stretto delle nullità a regime intermedio e relative di cui all'art. 181, con previsione per tutte dell'onere di eccezione di parte, ferma peraltro la rilevabilità di ufficio ex art. 180 CPP per le nullità a regime intermedio.

In questo senso l'art. 182/2° co. CPP afferma: "quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo. Negli altri casi deve essere eccepita entro i termini previsti dagli artt. 180 e 181, commi 2, 3 e 4". Ed il 3° co. conclude: "I termini per rilevare o eccepire la nullità sono stabiliti a pena di decadenza". E tale senso è reso compiuto dall'art. 183, che recita: "salvo che sia diversamente stabilito le nullità sono sanate: a) "se la parte interessata rinuncia espressamente ad eccepirla o accetta gli effetti dell'atto; b) "si è avvalsa delle facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato" (lett. b).

L'insieme significa che chi rappresenta la parte, comunque composta, e la difesa può esserlo da un solo difensore, è gravato dell'onere d'eccezione di nullità di un atto al più tardi subito dopo il suo compimento, perché *l'interesse va identificato in rapporto all'effetto dell'atto, e come tale assorbe l'aspettativa d'esito del procedimento dell'organo d'accusa o dell'imputato titolare del diritto di difesa*. Pertanto non è più riconoscibile una volta che l'effetto si verifichi, o la parte compia l'atto consecutivo, che nel processo è costituito al più tardi dalle conclusioni.

Tanto ribadisce la netta distinzione tra l'impossibilità assoluta di costituire il rapporto processuale, che involge l'interesse di tutti i soggetti del processo, e la costituzione della parte in nome e per conto dell'imputato che, premesso il suo esercizio di facoltà incompressibili, è condizionata dall'onere procedurale posto al soggetto che lo rappresenta al momento del compimento dell'atto, di chiedere di rimuovere l'ostacolo di nullità sanabile.

2.2 - Per intelligenza compiuta, si ritorni alla premessa di nullità insanabile nel caso che l'imputato non sia stato citato, o l'unico difensore necessario a costituire la parte in udienza preliminare o in giudizio non sia comparso per mancato avviso. La dichiarazione di nullità assoluta implica sempre regressione del processo allo stato o al grado precedente.

Ma se l'imputato ha ricevuto la citazione ed il difensore l'avviso, l'unica condizione ostativa alla costituzione di parte, e perciò al processo, può provenire solo da legittimo impedimento dell'uno o dell'altro a comparire, comunicato al giudice.

Orbene la comunicazione dell'impedimento dell'imputato, in quanto riconoscibile, esclude senza condizioni la possibilità di celebrare il processo. La sua libera scelta di comparire è insuperabile, ancorché la sua presenza non sia necessaria per costituire la parte.

Viceversa l'art. 420/ter 5°co. CPP pone al difensore, pur necessario per la costituzione di parte in continuità di mandato, anzitutto l'onere di comunicare tempestivamente il proprio impedimento ai fini di nuovo avviso (con rinvio d'udienza a nuovo ruolo se l'imputato è assente, perché non vi è difensore che lo rappresenti). Ma soprattutto aggiunge: "la disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda solo uno dei medesimi, ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto, o quando l'imputato chieda che si proceda in assenza del difensore impedito".

Le due alternative finali "ovvero ...o..." significano che la parte, in caso di unico difensore impedito, ferma la continuità del mandato, può costituirsi subito con il sostituto di fiducia o con uno d'ufficio (v. il rinvio dell'art. 420/3° co. CPP all'art. 97/4° co.).

Ma la prima deroga alla regola rende evidente che, qualora l'imputato abbia nominato due difensori, il processo si svolge con l'unico presente tra i due, anche se l'altro abbia comunicato tempestivamente il suo impedimento a comparire; e non rileva se l'imputato sia presente o assente, e dunque il suo interesse ad essere patrocinato da entrambi.

Se ne trae conferma che se il giudice non rilevi il mancato avviso di un difensore tra due, il difensore presente legittimato a costituire la parte può eccepire la nullità o lasciare che il processo si celebri, nel qual caso la nullità è sanata. Non si rinviene norma che miri ad assicurare all'uopo la presenza dell'imputato per consentirgli di esercitare la facoltà di cui al 2° co. dell'art. 99, ed anzi

significativamente l'art. 420 quater co. 2 stabilisce che l'imputato, quando si procede in sua contumacia, è rappresentato dal suo difensore.

*Pertanto il difensore presente, tra due nominati dall'imputato non comparso, è soggetto necessario e sufficiente per costituire la parte. E deve eccepire la nullità di ordine generale a regime intermedio, in caso di mancato avviso all'altro difensore, al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, perché il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione o l'avvalersi delle facoltà di parte che hanno sanato la stessa nullità. Né di seguito si può far valere l'interesse dell'imputato non comparso ad essere assistito anche dal difensore non avvisato, perché tale interesse non è riconoscibile in sede d'impugnazione del provvedimento conclusivo del giudice.*

3 - Questo complesso normativo rende inoltre evidente che il condizionamento della sanatoria all'interesse dell'imputato a rinunciare all'assistenza di un difensore tra due pone sullo stesso piano la sua facoltà di nomina e le facoltà processuali della parte "difesa", comunque costituita, eventualmente anche da un sostituto di ufficio del difensore di fiducia regolarmente avvisato e non comparso.

Infatti colui che è nominato sostituto d'ufficio del difensore di fiducia avvisato può verificare in tempo reale se sia stato avvisato anche l'altro difensore e perché non sia comparso, ed insomma *cosa risulti dagli atti, eventualmente chiedendolo al giudice* come si trae dall'art. 420 ter/5° co. CPP. E deve farlo, proprio perché la sua costituzione di parte, escludendo possibilità di rinvio a breve, lo investe dei diritti e degli oneri del processo.

Il sistema insomma non esclude, anzi presume il colloquio della parte con il giudice che dispone degli atti, sia essa costituita dall'imputato o dal difensore a seconda dell'onere di presenza, senza possibilità di supporre ignoranza. L'esclusione del colloquio ha senso solo nel caso in cui il rapporto non possa costituirsi per causa evidente di nullità assoluta, quale la mancata citazione dell'imputato. In conclusione, la combinazione tra assenza volontaria dell'imputato e l'inerzia del difensore dà luogo alla sanatoria della nullità.

Il principio sopra formulato va perciò integrato nel senso che *la legge non autorizza il giudice a valutazione d'interesse dell'imputato ad essere presente al compimento di alcun atto del procedimento, affidato per legge al difensore in nome e per conto della parte, bensì solo a stabilire, al momento della costituzione della stessa parte, se l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del processo e non sia impedito a comparire.*

Riassumendo, il codice prospetta la "nozione di parte" nell'art. 182/2° co. CPP, nel senso che essa è rappresentata dal soggetto necessario a costituirla per il compimento di ciascun atto del processo. A tal fine è sufficiente la presenza di un solo difensore tra due di fiducia dell'imputato non comparso, o un sostituto dello stesso difensore.

La parte costituita dal solo difensore presente ha l'onere di eccepire la nullità a regime intermedio, per mancato avviso all'altro difensore di fiducia assente. E qualora non eccepisca la nullità, la sanatoria non può ritenersi condizionata dal rilievo che solo l'imputato presente può rinunciare all'assistenza dell'altro difensore da lui nominato.

Per queste ragioni, la questione all'esame delle Sezioni Unite riceve risposta affermativa senza eccezioni.

4 - Nel caso di specie è dunque irrilevante l'argomento che il difensore assente (nominato dopo la prima sentenza annullata) fosse stato munito di procura speciale per la richiesta di rito abbreviato, al di là che anche il primo risulta lo fosse (v. f. 352, circa la nomina dell'avv. Varano, che solo presenziava nei gradi ripetuti di merito).

### *Omissis*

Le Sezioni Unite, dopo aver operato una approfondita ricognizione dei differenti approdi giurisprudenziali a sostegno dei due contrastanti orientamenti formati, hanno evidenziato come, in sintesi, mentre l'indirizzo minoritario esclude che per "parte" nell'art. 182, comma secondo, cod. proc. pen. possa intendersi il solo difensore e non anche l'imputato,

unico portatore dell'interesse ad essere patrocinato da due difensori, diversamente quello maggioritario riferisce il termine all'esercizio delle facoltà connesse alla tutela della posizione processuale interessata all'atto nullo.

Ai fini della soluzione della questione, in particolare, la Corte si sofferma significativamente in un'ampia analisi del dettato normativo, prendendo le mosse dal necessario parametro di riferimento costituzionale. Sul punto, anzitutto, evidenzia come dalla norma fondamentale in materia, rappresentata dall'art. 24, comma secondo Cost., emerge come l'affermazione secondo cui «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», non consente di introdurre distinzioni arbitrarie tra profilo sostanziale e profilo tecnico. In altri termini, prosegue la Corte, ciò spiega perché l'assistenza del difensore è sempre necessaria per costituire la parte nel processo, tant'è che l'art. 96, comma primo, cod. proc. pen. riconosce all'imputato la facoltà di nominare sino a due difensori di fiducia. In caso di mancato esercizio di tale facoltà ovvero nel caso in cui l'imputato rimanga privo di difensore, peraltro, è l'autorità giudiziaria (P.M. o giudice) che deve supplirvi, provvedendo alla nomina del difensore di ufficio ai sensi dell'art. 97 cod. proc. pen., difensore che – aggiunge la Corte – "è del pari inteso suo mandatario per assenso implicito", conservando pur sempre l'imputato il diritto di nominarne uno di fiducia. Ciò comporta, ad avviso della Corte, un primo risultato: «il sistema afferma la necessità che l'imputato sia patrocinato da almeno un difensore nominato da lui o da chi procede».

Accanto alla "necessità" della difesa, il sistema poi richiede anche un ulteriore requisito, rappresentato dalla "continuità" della difesa, anche se d'ufficio (il riferimento è a **Sez. Un., 11 novembre 1994, n. 22, Nicoletti, rv. 199398** nonché a **Sez. Un., 9 luglio 2003, n. 35402, Mainente, rv. 225363**), fino a quando l'imputato non ne nomini uno di fiducia ovvero altro ne sia nominato dall'A.G. per una delle cause tipizzate dal vigente codice di rito (revoca, abbandono della difesa o rinuncia, quest'ultima senza effetto prima della comunicazione all'imputato). E' proprio il carattere della continuità della difesa, osserva il Supremo Collegio, ad autorizzare il difensore alla nomina di un sostituto; pur tuttavia, qualora la presenza del difensore si appalesi come necessaria e quest'ultimo, già nominato, non viene reperito ovvero non compare ovvero, ancora, abbandona la difesa, è obbligo per l'A.G. (sia esso P.M. o giudice) provvedere ai sensi dell'art. 97, comma quarto, cod. proc. pen. alla nomina di un difensore di ufficio, cui non spetta alcun termine a difesa, al pari di quello fiduciario, posto che questi assiste l'imputato "quale vicario del difensore", del quale assume diritti ed oneri ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen. .

Da tali considerazioni, dunque, la Corte trae due significative conclusioni: a) da un lato, l'endiadi "necessità-continuità" della difesa tecnica significa «collegialità dei due difensori di fiducia...la cui funzione dialettica è intesa dalla legge, che si riferisce per lettera al "difensore" (singolare), complementare ed univoca»; b) dall'altro, tale endiadi significa «riconoscimento della volontà dell'imputato negli atti compiuti dal solo difensore necessario, di fiducia o d'ufficio che sia, secondo le regole generali del mandato».

Prima di pervenire alla conclusione dell'esclusione della necessità della presenza fisica dell'imputato, ove presente sia solo il difensore avvisato, ai fini della sanatoria della nullità derivante dall'omesso avviso al codifensore non avvisato, tuttavia, la Corte ha inteso operare un ampio approfondimento della nozione di "parte".

Le considerazioni svolte appaiono, ad una rilettura attenta della decisione, di particolare importanza sia per la loro funzione ricostruttiva in chiave sistematica, sia per l'indiscutibile supporto argomentativo che forniscono alla corretta soluzione della questione giuridica controversa. Il Supremo Collegio, anzitutto, nel soffermarsi sull'etimologia della nozione, precisa come la stessa «distingue concettualmente, nel rapporto esterno con altri soggetti, le persone accomunate da uno stesso interesse, e perciò gli oneri e le facoltà connessi alla posizione, quale che sia il rapporto interno tra i soggetti della stessa parte». Riflettendo sulla nozione "processuale" di parte, poi, la Corte evidenzia come le due parti processuali contemplate dal codice di rito (la pubblica e la privata) sono «soggetti unitari del rapporto tra loro e con il giudice», ma differiscono per la natura unipersonale della parte pubblica, laddove la privata, segnatamente "la difesa", può anche essere strutturata con la presenza nel massimo di due difensori (ma con il minimo di uno, sempre necessario), oltre l'imputato qualora compaia. Proprio tale considerazione rende ragione della diversità di disciplina sottesa dal codice in caso di omessa citazione o mancato avviso all'unico difensore ovvero ad entrambi i difensori di fiducia dell'imputato: la nullità che ne deriva, in questo caso, è qualificata come assoluta ed insanabile ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen., ed è rilevabile in ogni stato e grado del processo. A ragione, secondo la Corte, la norma non adotta il termine "parte" proprio per l'insanabilità della nullità e dell'impossibilità di costituire il rapporto processuale. Diversamente, in ogni caso in cui tale rapporto possa costituirsi, al concetto di "parte" si riporta, implicitamente od esplicitamente, il regime delle altre nullità generali o relative. Tale argomentazione, a giudizio del Supremo Collegio, trova conferma anche in quelle decisioni delle Sezioni Unite che, pur non occupandosi *ex professo* della questione giuridica controversa, hanno qualificato come nullità di ordine generale ed a regime intermedio quella derivante dall'omesso avviso ad uno solo dei difensori di fiducia dell'imputato, comunque rapportando implicitamente al concetto di "parte" la sanabilità (il riferimento, esplicito, è, quanto alla disciplina dettata dal previgente codice di rito del 1930, a **Sez. Un., 1 ottobre 1991, n. 12051, De Lena ed altro, rv. 188584**; per quanto, invece, concerne il nuovo codice del 1988, si v. **Sez. Un., 25 giugno 1997, n. 6, Gattellaro, rv. 208163**; **Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 33540, Di Sarno, rv. 219230**).

Orbene, proprio il fatto che tali nullità, per effetto del disposto dell'art. 180 cod. proc. pen. sono rilevabili "anche" dal giudice ma che di esse ne è esclusa la rilevabilità o la deducibilità dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero dopo quella di secondo grado, se verificatesi nel corso del giudizio, sta a significare che le stesse «sono ontologicamente connesse all'interesse comune a tutti i soggetti del processo al suo rituale svolgimento»: tuttavia, la facoltà alternativa di dedurle entro il termine correlato alla sentenza di primo grado si riferisce funzionalmente all'interesse di ciascuna parte, quali che siano i soggetti per essa presenti. Proprio tale alternativa, secondo il Supremo

Collegio, segnerebbe il confine tra le nullità verificatesi prima e durante il giudizio, dovendosi ricollegare l'interesse ad eccepirle o a dedurle al rimedio previsto dall'art. 185 cod. proc. pen., proprio ad evitare che nel primo caso il giudizio possa svolgersi inutilmente, laddove si consideri, peraltro che, ove l'imputato sia presente, quest'ultimo ben può dedurla personalmente prendendo la parola per ultimo ai sensi dell'art. 523 cod. proc. pen., anche se il suo difensore non provveda alla relativa eccezione. Da tali considerazioni ne discende, ad avviso della Suprema Corte, che "la deduzione può essere ripetuta in sede d'impugnazione, solo qualora la nullità di ordine generale a regime intermedio verificatesi prima del giudizio è stata dedotta, e tuttavia il processo è proseguito senza che il giudice apprestasse rimedio. Ma se il processo si è svolto per la sua mancata deduzione, *il giudice del grado successivo deve ritenerla sanata*, perché l'interesse allo svolgimento del processo, cui poteva apprestarsi rimedio ai sensi dell'art. 185, non risulta pregiudicato (art. 604/4° co. u.p. CPP). La nullità verificatesi in giudizio invece può essere rilevata e dedotta dopo la conclusione del grado, perché ormai l'unico rimedio possibile è l'impugnazione della sentenza. In tal caso l'interesse alla deduzione è riconoscibile se si identifichi in quello all'esercizio del diritto d'impugnazione (art. 591 lett. a. CPP) e perciò se la sentenza è sfavorevole".

Ciò spiega, dunque, il perché, secondo il Supremo Collegio, "il codice intende per "interesse" solo e proprio quello relativo al momento del compimento dell'atto. E perciò unifica la disciplina di sanatoria in senso stretto delle nullità a regime intermedio e relative di cui all'art. 181, con previsione per tutte dell'onere di eccezione di parte, ferma peraltro la rilevabilità di ufficio ex art. 180 CPP per le nullità a regime intermedio".

Dal combinato disposto degli artt. 180, 181 e 183 cod. proc. pen. ne discenderebbe, pertanto, che "chi rappresenta la parte, comunque composta, e la difesa può esserlo da un solo difensore, è gravato dell'onere d'eccezione di nullità di un atto al più tardi subito dopo il suo compimento, perché *l'interesse va identificato in rapporto all'effetto dell'atto, e come tale assorbe l'aspettativa d'esito del procedimento dell'organo d'accusa o dell'imputato titolare del diritto di difesa*. Pertanto non è più riconoscibile una volta che l'effetto si verifichi, o la parte compia l'atto consecutivo, che nel processo è costituito al più tardi dalle conclusioni".

Ulteriore punto che viene poi vagliato dalle Sezioni Unite è quello relativo alla rilevanza che, sulla questione giuridica controversa, esplica la disposizione dell'art. 420 ter, comma quinto, cod. proc. pen., norma che, come è noto - dopo aver fissato la regola generale secondo la quale il giudice è tenuto a rinviare l'udienza ove risulti che la mancata comparizione del difensore sia dovuta ad impedimento prontamente comunicato - introduce una deroga a tale regola generale, prevedendo la "non applicazione" della stessa in tre ipotesi: a) assistenza da parte di due difensori di fiducia ed impedimento riguardante uno solo di essi; b) designazione di un sostituto da parte del difensore impedito; c) richiesta dell'imputato che proceda nonostante l'assenza del difensore impedito.

Orbene, secondo il Supremo Collegio, ove si verifichi la situazione sub a), è irrilevante la presenza dell'imputato "e dunque il suo interesse ad essere patrocinato da entrambi" i difensori. Proprio tale considerazione, desumibile dalla stessa lettera normativa, costituisce conferma, a giudizio del Collegio, del fatto che "se il giudice non rilevi il mancato avviso di un difensore tra due, il difensore presente legittimato a costituire la parte può eccepire la nullità o lasciare che il processo si celebri, nel qual caso la nullità è sanata", ciò in quanto non è rinvenibile nel sistema processuale alcuna "norma che miri ad assicurare all'uopo la presenza dell'imputato per consentirgli di esercitare la facoltà di cui al 2° co. dell'art. 99, ed anzi significativamente l'art. 420 quater co. 2 stabilisce che l'imputato, quando si procede in sua contumacia, è rappresentato dal suo difensore".

Ne discende, dunque, che "il difensore presente, tra due nominati dall'imputato non comparso, è soggetto necessario e sufficiente per costituire la parte. *E deve eccepire la nullità di ordine generale a regime intermedio, in caso di mancato avviso all'altro difensore, al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, perché il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione o l'avvalersi delle facoltà di parte che hanno sanato la stessa nullità. Né di seguito si può far valere l'interesse dell'imputato non comparso ad essere assistito anche dal difensore non avvisato, perché tale interesse non è riconoscibile in sede d'impugnazione del provvedimento conclusivo del giudice*".

Importante affermazione, poi, è contenuta nel prosieguo della motivazione della decisione delle Sezioni Unite laddove, in particolare, il Collegio pone l'attenzione sulla questione della presenza del solo difensore di ufficio. In tal caso, si afferma, non è rinvenibile alcuna giustificazione normativa che consenta di applicare una regola diversa. In altri termini ciò significa, a giudizio della Corte, che il difensore di ufficio, nominato quale sostituto a causa della mancata comparizione del difensore di fiducia avvisato e non comparso, ha gli stessi doveri gravanti in capo al sostituto, con la conseguenza che "colui che è nominato sostituto d'ufficio del difensore di fiducia avvisato può verificare in tempo reale se sia stato avvisato anche l'altro difensore e perché non sia comparso, ed insomma cosa risulti dagli atti, eventualmente chiedendolo al giudice come si trae dall'art. 420 ter/5° co. CPP. E deve farlo, proprio perché la sua costituzione di parte, escludendo possibilità di rinvio a breve, lo investe dei diritti e degli oneri del processo". Ciò discende, ad avviso della Corte, dallo stesso sistema processuale il quale "non esclude, anzi presume il colloquio della parte con il giudice che dispone degli atti, sia essa costituita dall'imputato o dal difensore a seconda dell'onere di presenza, senza possibilità di supporre ignoranza", sicché "l'esclusione del colloquio ha senso solo nel caso in cui il rapporto non possa costituirsi per causa evidente di nullità assoluta, quale la mancata citazione dell'imputato".

La conclusione del chiaro e lineare percorso argomentativo, quindi, è nel senso di ritenere che proprio "la combinazione tra assenza volontaria dell'imputato e l'inerzia del difensore dà luogo alla sanatoria della nullità".



**Cass. Sez. Un. 16 luglio 2009 (dep. 8 ottobre 2009), n. 39061, De Iorio, rv 244326**

*La riproduzione fonografica o audiovisiva dell'interrogatorio della persona detenuta, svolto fuori dell'udienza, è prescritta dall'art. 141-bis cod. proc. pen. anche con riferimento alla documentazione delle dichiarazioni rese "erga alios", a pena di inutilizzabilità delle stesse sia nei confronti del dichiarante, sia nei confronti dei terzi.*

*omissis*

2. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, implicata dal secondo motivo. è la seguente:

*“Se l'interrogatorio di persona detenuta, non svolto in udienza, sia inutilizzabile, qualora non documentato con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, non solo contra se ma anche erga alios”.*

3. Occorre partire dal testo della norma della cui interpretazione si discute, l'art. 141-bis c.p.p., inserito dall'art. 2 della legge 8 agosto 1995, n. 332: *“Ogni interrogatorio di persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti”.*

Giova premettere che la questione controversa, come ricorda la stessa ordinanza di rimessione, è stata già affrontata da Sez. un., 25 marzo 1998, D'Abramo, che ha affermato il principio di diritto secondo cui qualunque dichiarazione resa in sede di interrogatorio non svolto in udienza da persona detenuta, quale che sia il titolo detentivo, e anche se relativa a fatti privi di connessione o di collegamento con quelli per cui l'interrogatorio è stato disposto, deve essere documentata con le formalità previste dall'art. 141-bis c.p.p. (riproduzione fonografica o audiovisiva) a salvaguardia di chiunque possa essere coinvolto in ipotesi comportanti responsabilità penali; con la conseguenza che, mancando dette formalità, l'atto è inutilizzabile sia nei confronti della persona che lo rende sia nei confronti di terzi.

Nella sentenza si argomenta al riguardo che la *ratio* della norma è rappresentata dalla necessità di evitare qualsiasi rischio di coartazione della volontà del detenuto che, per la sua particolare condizione, possa essere indotto, come sottolineato nel corso dei lavori parlamentari, a “suggestioni comportamentali che possono dar luogo a verità ma anche a menzogne”, avuto riguardo non solo agli addebiti mossigli ma anche a quei fatti riferibili a soggetti diversi dal dichiarante da cui, attraverso interrogatori non garantiti, possa derivare, nei loro confronti, un'affermazione di responsabilità penale.

Il tutto in consonanza con l'unanime dottrina, che non ha mancato di sottolineare che il particolare rigore documentativo imposto dall'art. 141-bis c.p.p., nella palese intenzione del legislatore del 1995, fosse anzi diretto a garantire soprattutto i soggetti terzi “chiamati”, potenzialmente lesi da eventuali pressioni dirette o indirette esercitabili sull'indagato “chiamante”, versante in condizione di soggezione psicologica derivante dallo stato di detenzione, in un contesto al quale essi e i loro difensori erano rimasti estranei.

4. Le Sezioni unite non ravvisano motivi per discostarsi da detto principio di diritto.

5. Le decisioni che si sono espresse per la riferibilità della sanzione di inutilizzabilità esclusivamente alla posizione del dichiarante non offrono, infatti, spunti ermeneutici idonei a scalfire le limpide argomentazioni della sentenza D'Abramo.

E' il caso di avvertire che quasi tutte le sentenze richiamate nell'ordinanza di rimessione come appartenenti all'orientamento "riduttivo" (Sez. VI, 24 maggio 2001, Trenta; Sez. V, 10 aprile 2002, Condello; Sez. I, 10 novembre 2005, Distante) non menzionano nemmeno la sentenza delle Sezioni unite, e paiono comunque equivocare sul contenuto di alcuni precedenti richiamati, in cui si precisava, senza perciò porsi in contrasto con la sentenza D'Abramo (ed anzi in perfetta sintonia con questa: v. par. 3 della parte dei "Motivi della decisione"), che l'art. 141-*bis* c.p.p. non si estende ai casi di informazioni formalmente e sostanzialmente testimoniali, rese, ai sensi dell'art. 362 c.p.p., da un soggetto detenuto per fatto non collegato in alcun modo a quello sul quale egli viene chiamato a rendere dichiarazioni.

Anche la sentenza della Sez. IV, 4 aprile 2006, Di Ronza, appare pienamente in linea con la sentenza delle Sezioni unite (v. ivi il già richiamato par. 3), dal momento che essa riguardava un caso di dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria, non qualificabili come atto di "interrogatorio", e quindi non inquadrabili nel paradigma dell'art. 141-*bis* c.p.p.

In realtà, la sola decisione che esprime un consapevole contrasto con la sentenza D'Abramo appare essere quella della Sez. IV, 14 gennaio 2008, Di Domenico, che peraltro, come registrato dall'ordinanza di rimessione, oltre a dare atto che si era "formata una giurisprudenza ampia e difforme dall'orientamento delle SS.UU." (venendo al riguardo menzionate le sentenze di cui sopra si è dato conto), si limita ad affermare, senza sostegno di sviluppi argomentativi, che "la registrazione fonografica o audiovisiva è posta a tutela della persona interessata, e non di terzi", soggiungendo poi che "l'interrogatorio non è prevalentemente un mezzo di prova, ma costituisce l'atto processuale tramite il quale la persona indagata o imputata è posta a conoscenza dell'imputazione a suo carico e degli elementi probatori o indiziari a base dell'addebito, in modo da garantirgli una difesa ampia a tutela del principio costituzionale di cui all'art. 24, comma 2".

Ora, a prescindere dalla individuazione della natura dell'interrogatorio, che è certamente una occasione in cui può esercitarsi la difesa, ma costituisce anche normativamente un atto di indagine (v. art. 375 c.p.p.), appare non perscrutabile la ragione per la quale una simile puntualizzazione influirebbe sulla delimitazione dell'area di incidenza dell'art. 141-*bis* c.p.p., una volta riconosciuto che questa norma risponde all'esigenza di assicurare la genuinità e l'attendibilità delle dichiarazioni rese dall'indagato detenuto attraverso forme di documentazione (registrazione fonografica o audiovisiva) che rappresentino al massimo grado di fedeltà tecnologicamente possibile il contesto e le modalità attraverso cui tale soggetto risponde alle domande rivoltegli.

Deve essere quindi ribadito che la norma in esame prescrive la specifica e tassativa formalità di documentazione ivi prevista anche con riferimento alle dichiarazioni rese *erga alios* dal soggetto sottoposto a interrogatorio, a pena di inutilizzabilità delle stesse.

#### *omissis*

Nello stesso senso Cass. Sez. Un. 25 marzo 1998, D'Abramo, rv 210803, così massimata: «Qualunque dichiarazione resa in sede di interrogatorio, anche se reiterato o effettuato con le modalità del confronto, da persona detenuta, quale che sia il titolo detentivo, e anche se relativa a fatti privi di connessione o di collegamento con quelli per cui l'interrogatorio è stato disposto, deve essere documentata con le formalità previste dall'art. 141-*bis* cod. proc. pen. a salvaguardia di chiunque possa essere coinvolto in ipotesi comportanti eventuali responsabilità penali. Ne consegue che, mancando la riproduzione fonografica o audiovisiva dell'interrogatorio o in assenza delle previste forme alternative ad essa, l'atto è colpito dalla sanzione di inutilizzabilità sia nei confronti della persona che lo rende, sia nei confronti di terzi, in quanto è la registrazione, e non il verbale, redatto contestualmente in forma riassuntiva, a far prova delle dichiarazioni rese dalla persona detenuta; e tale inutilizzabilità impedisce la valutazione dell'atto sia nel dibattimento a fini probatori, sia in rapporto ad ogni altra decisione da adottare nei riti alternativi, sia in fase di indagini preliminari, come elemento apprezzabile a fini dell'adozione di provvedimenti cautelari e come presupposto per il compimento di ulteriori indagini. (In motivazione, la S.C. ha precisato che: 1)- per interrogatorio deve intendersi

quello reso davanti all'autorità giudiziaria dall'indagato o da persona imputata in un procedimento connesso o di reato collegato, restando esclusi, dall'ambito di operatività della norma, le sommarie informazioni o le dichiarazioni rese alla P.G. a norma degli artt. 350 e 351 cod. proc. pen., nonché gli interrogatori assunti da quest'ultima su delega del P.M., le dichiarazioni spontaneamente rese al P.M. o al giudice e gli interrogatori resi in udienza; 2)- per stato di detenzione deve intendersi la condizione materiale di restrizione, per esecuzione pena, per applicazione di misure cautelari o per provvedimenti custodiali temporanei, in un istituto di custodia o di pena o in un luogo di cura esterno ad esso e, ove eccezionalmente consentita, negli uffici di polizia giudiziaria, nonché la condizione di internamento conseguente all'applicazione di misure di sicurezza, provvisorie o definitive, ma non lo stato della persona soggetta agli arresti domiciliari, ne' quello del minorene obbligato alla permanenza in casa ne', infine, quello del condannato affidato in prova al servizio sociale, ammesso alla semilibertà o fruente di licenza o permesso premio). (Conf. Sez. un., c.c. 25 marzo 1998 n. 10, Savino, non massimata sul punto)».



## SEZIONI SEMPLICI

**Cass. Sez. I 21 gennaio 2010 (dep. 8 febbraio 2010), n. 4964, confl. Ccomp. Assise Catania**

*La Sezione Prima, nel risolvere un conflitto negativo di competenza, ha precisato che il delitto di promozione, direzione od organizzazione di un'associazione di tipo mafioso, se ricorre l'aggravante prevista dall'art. 416-bis, comma quarto, cod. pen. (associazione armata), appartiene alla competenza della Corte d'Assise e non a quella del Tribunale, qualora la consumazione del reato si sia protratta anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 251 del 2005. La Corte ha altresì precisato che, ai sensi dell'art. 15 cod. proc. pen., viene attratto nella competenza della Corte d'Assise anche l'eventuale procedimento per il delitto di partecipazione all'associazione mafiosa necessariamente connesso, ex art. 12 lett. a) dello stesso codice, a quello commesso dal partecipe di rango primario. **(massima non ufficiale)***

*(omissis)*

**1.** Con decreto in data 9 gennaio 2009 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Catania rinviava gli imputati in epigrafe indicati al giudizio del Tribunale della stessa città per rispondere del delitto di associazione di tipo mafioso (casi previsti dal primo e secondo comma dell'articolo 416-bis c.p.) aggravato dalle circostanze di cui ai commi quarto (associazione armata) e sesto (attività economiche finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti).

**2.** Con sentenza in data 7 maggio 2009 il Tribunale di Catania dichiarava “la propria incompetenza per materia” e disponeva la trasmissione degli atti alla Corte di assise della stessa città.

Spiegava il Tribunale:

- che, a norma dell'articolo 5, comma 1, lett. a), c.p.p. la corte di assise è competente per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni e che il reato anzidetto è punito con pena superiore a ventiquattro anni di reclusione (per l'associazione “armata” si applica, invero, la pena della reclusione da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma dell'articolo 416-bis c.p., relativi a coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione - nella specie gli imputati Attilio AMANTE, Salvatore BRUNETTO e Carmela MAGNERA; per l'aggravante contestato di cui al sesto comma, la pena stabilita nel quarto è aumentata da un terzo alla metà);

- che le ipotesi di mera partecipazione all'associazione (nella specie contestate a Francesco e Rosario ARGIRI CARRUBBA, Salvatore Antonino BENEDETTO, Giovanni PERNICANO,

Lorenzo POCOROBBA e Rosario RUSSO) erano “strettamente connesse e collegate”, sì da far apparire necessaria la trattazione congiunta per evitare “duplicazioni”.

3. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, la Corte d'assise di Catania ha sollevato conflitto negativo di competenza, osservando:

- che l'articolo 33-*bis*, comma 1, lett. c), c.p.p. stabilisce che è attribuito al tribunale in composizione collegiale il delitto previsto dall'articolo 416-*bis* c.p.;
- che detta disposizione è attributiva di “competenza”;
- che ciò appare confermato dal rilievo che il legislatore, allorché ha elevato a ventiquattro anni di reclusione il massimo edittale dell'anzidetta ipotesi aggravata (legge 5 dicembre 2005, n. 251; e lo stesso è a dirsi con riguardo all'ulteriore aumento di pena introdotto dalla legge 24 luglio 2008, n. 125) non ha avvertito l'esigenza di introdurre, in relazione al delitto di cui all'articolo 416-*bis* c.p., quindi nell'articolo 33-*bis*, comma 1, lett. c), c.p.p., una clausola di salvaguardia della competenza della corte d'assise analoga a quella prevista, dalla lett. a) della stessa disposizione, per i “delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 3), 4) e 5), c.p.p.”;
- che, in ogni caso, per i meri partecipi, la pena massima edittale non raggiunge il limite di ventiquattro anni di reclusione, sicché il reato, non sussistendo ipotesi di connessione, appartiene alla competenza del tribunale.

### **Motivi della decisione**

4. Ritiene il Collegio che debba essere dichiarata la competenza della Corte d'assise di Catania.

a) E' opportuno premettere l'indicazione delle disposizioni coinvolte nella questione prospettata.

Deve in particolare rilevarsi:

- che, a norma dell'articolo 5, comma 1, lettera a), c.p.p., la corte di assise è competente per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni, esclusi i delitti di tentato omicidio, di rapina e di estorsione, comunque aggravati, e i delitti previsti dall'articolo 630, primo comma del codice penale e dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;
- che l'articolo 4 c.p.p. stabilisce, per il caso in cui la legge individui la competenza unicamente sulla base della pena edittale, che, per determinare la competenza, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato e, si tiene conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, quelle cioè che, come stabilito dal terzo comma dell'articolo 63 c.p., “importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo” ed al cui *genus* dottrina e giurisprudenza comunemente riconducono anche le circostanze aggravanti in relazione alle quali il legislatore abbia determinato la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato” (cd. circostanze aggravanti indipendenti; cfr. da ultimo Cass. IV 6 febbraio 2003, Bellini, RV 224754, con riguardo all'art. 278 c.p.p. che propone analoga formula nel dettare i criteri per determinare il presupposto edittale per l'adozione delle misure cautelari personali);
- che l'articolo 416-*bis* c.p. prevede, al primo comma, che chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone è punito con la reclusione da sette a dodici anni; al secondo comma, che coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni; al quarto comma che, se l'associazione è armata, si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma; al sesto comma che, se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà;

- che l'articolo 33-*bis*, comma 1, lett. c), prevede che sia attribuito al tribunale in composizione collegiale il reato previsto dall'articolo 416-*bis*.

b) Ciò premesso, deve, anzi tutto, osservarsi che la questione, ruotante – come si diceva - attorno a dette disposizioni, ha origine recente.

Essa è nata allorché la pena, per l'ipotesi aggravata di associazione armata di cui al quarto comma dell'articolo 416-*bis* c.p., è stata fissata, ad opera dell'articolo 1 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, nella reclusione da sette a quindici anni, per i partecipi, e da dieci a ventiquattro anni, per promotori, direttori e organizzatori (il minimo edittale della pena è stato, poi, ulteriormente aumentato, nei termini indicati – v. *supra* 2 - dalla legge 24 luglio 2008, n. 125).

In precedenza la questione non aveva ragione di esistere: il menzionato quarto comma dell'articolo 416-*bis* c.p. prevedeva, invero, la pena della reclusione da quattro a dieci anni per i partecipi e da cinque a quindici anni per gli associati di rango primario, ipotesi quest'ultima che, anche con l'aumento fino alla metà di cui al sesto comma del citato articolo, non poteva mai attingere il limite dei ventiquattro anni necessario per aversi competenza della corte d'assise.

E', dunque, dall'8 dicembre 2005, data di entrata in vigore della menzionata legge n. 251, che il reato, aggravato nei termini visti (e tenuto conto delle regole di cui all'articolo 4 c.p.p.), è diventato – secondo quanto afferma il Tribunale di Catania - di competenza della corte di assise (per “connessione” o “collegamento” con riguardo ai meri partecipi).

E a tale data – è opportuno chiarirlo subito – la permanenza che caratterizza il reato associativo addebitato agli imputati non era ancora cessata (agli imputati risulta contestato il delitto associativo di cui all'articolo 416-*bis* c.p., permanente quanto meno fino alla data del decreto che dispone il giudizio, vale a dire fino al 9 gennaio 2009).

E' da escludere, pertanto, che i fatti siano stati commessi in data anteriore all'entrata in vigore della disposizione (articolo 1 della legge 5 dicembre 2005, n. 251) che ha elevato la pena edittale nei termini anzidetti.

Nel caso di successione di leggi penali più severe, qualora la permanenza si protragga sotto il vigore della nuova legge, è questa soltanto che deve trovare applicazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. I 7 ottobre 1987, Liccardo, RV 177071; Cass. II 11 aprile 1987, Calluso, RV 176619; Cass. VI 14 novembre 1985, Dell'Acqua, RV 172194; Cass. I 11 aprile 1983, Grifo, RV 159085) ed è, pertanto, da escludere, in assenza di disposizioni transitorie, che la competenza (il cui mutamento costituisce effetto riflesso della modifica della norma penale) continui ad appartenere al tribunale; non è applicabile, in altre parole, nel caso in esame il principio che questa Corte ha affermato (cfr. Cass. I 18 novembre 1996, Confl. comp. in proc. Giansante, RV 206255) in materia di falsa testimonianza per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della disposizione che aveva elevato la pena massima di cui all'articolo 372 c.p., determinando lo spostamento della competenza dal pretore al tribunale.

c) Il 2 gennaio 2000, dunque, quando, a seguito del varo del Tribunale in composizione monocratica, assunse efficacia l'articolo 33-*bis* c.p.p. (che, introdotto dall'articolo 169 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, era stato modificato dell'articolo 10 della legge 16 dicembre 1999, n. 479), il reato di cui all'articolo 416-*bis* c.p. apparteneva, in tutte le sue possibili manifestazioni, alla competenza del tribunale.

Di riflesso, l'articolo 33-*bis* c.p.p. non era – contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte d'assise di Catania – né aveva bisogno di essere, norma attributiva di competenza, ma era disposizione che si limitava a specificare che la cognizione del reato era attribuita al tribunale in composizione collegiale.

E questo spiega, naturalmente, perché il legislatore (nel menzionato articolo 10 della legge n. 479 del 1999) non avesse sentito la necessità, in relazione al reato in questione, di dettare una clausola di salvaguardia analoga a quella scritta [nell'articolo 33-*bis*, comma 1, lett. a)] con riguardo ai delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 3), 4) e 5), c.p.p. (“sempre che per essi

non sia stabilita la competenza della Corte di assise”): il delitto di associazione di tipo mafioso non apparteneva alla competenza della corte d’assise in nessuna delle contemplate manifestazioni.

d) D’altra parte, che gli articoli 33-*bis* e 33-*ter* c.p.p. disciplinino il riparto di attribuzioni tra tribunale in composizione monocratica e tribunale in composizione collegiale non può essere posto in discussione.

Non viene, in tali disposizioni, in considerazione la competenza; si tratta anzi di norme che hanno come loro presupposto l’individuazione della competenza in capo al tribunale (e, di riflesso, alla corte d’assise, attesa la natura residuale della competenza del primo), all’interno del quale opera il riparto.

La lettura dell’articolo 33-*bis* c.p.p. non può prescindere, in altre parole, dalla previa individuazione della competenza della corte d’assise ed è questo, non altro – è opportuno ribadirlo - il significato da attribuire alla citata clausola di salvaguardia prevista dal comma 1, lett. a), dell’articolo 33-*bis* con riguardo ai delitti indicati nell’articolo 407, comma 2, lettera a), numeri 3), 4) e 5).

e) Ciò detto, non resta che constatare che il reato di cui all’articolo 416-*bis* c.p. appartiene, nelle ipotesi di cui ai primi due commi anche se aggravate dalla circostanza di cui al sesto comma (ed in quelle di mera partecipazione di cui al primo comma anche se aggravate dalla circostanza di cui al quarto comma, eventualmente congiunta a quella del sesto), alla competenza del tribunale in virtù della regola residuale di cui all’articolo 6 c.p.p., secondo la quale il tribunale è competente per i reati che non siano di competenza della corte di assise (non dunque in forza dell’articolo 33-*bis*, comma 1, lett. c), c.p.p.).

La competenza appartiene, invece, *quoad poenam* alla corte d’assise con riguardo all’ipotesi di cui al secondo comma, aggravata dalla circostanza di cui al quarto comma.

L’attribuzione di competenza è effetto prodotto – come si è detto – dall’aggravamento dei limiti edittali di pena operato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 e non rileva chiedersi se il legislatore si sia oppure reso conto del prodursi di detto effetto (anche se l’assenza di una disposizione transitoria che distingue tra reati commessi prima e reati commessi successivamente alla data di entrata in vigore della legge, quanto mai opportuna in casi di mutamenti della competenza per materia, sembrerebbe imporre una risposta negativa).

f) Come si è accennato per le ipotesi di mera partecipazione, anche se aggravate, la competenza per materia è tuttora del tribunale (la pena massima, tenuto conto di entrambe le aggravanti, non raggiunge, invero, i ventiquattro anni indispensabili per “appartenere” alla corte d’assise).

Ciò nondimeno, si ha, nel caso di specie, connessione tra i procedimenti a carico dei partecipi di rango primario e quelli nei confronti dei partecipi secondari.

Viene, in particolare, in considerazione l’ipotesi di connessione di cui all’articolo 12, comma 1, lett. a), c.p.p.: il reato per cui si procede è stato, invero, commesso da più persone in concorso (necessario) fra loro.

La norma anzidetta va, invero, riferita anche alle ipotesi di concorso necessario e tutti i reati associativi sono sempre reati a concorso necessario (v., per tutte, Cass. S.U., 30 ottobre 2002, Carnevale, RV 224181); devono in altre parole essere commessi da almeno tre persone, il cui ruolo, di rango primario o di mera partecipazione, può anche essere diverso.

Va ricordato, infine, per concludere che l’articolo 15, comma 1, c.p.p. stabilisce che se alcuni dei procedimenti connessi appartengono alla competenza della corte di assise ed altri a quella del tribunale, è competente per tutti la corte di assise.

■■■■■■■■■■■■■■■■

**Cass. Sez. VI 2 dicembre 2009 (dep. 7 gennaio 2010), n. 66, Condello, rv 245343**

*Non ha diritto alla restituzione nel termine per l'impugnazione della sentenza contumaciale l'imputato latitante che, dopo l'individuazione del fatto oggetto dell'imputazione anche solo provvisoria, abbia nominato un difensore di fiducia, fatto questo di per sé idoneo a provare l'effettiva conoscenza della pendenza del procedimento o del provvedimento, a meno che non risulti che il difensore di fiducia abbia comunicato al giudice l'avvenuta interruzione di ogni rapporto con il proprio assistito.*

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. VI 15 ottobre 2009 (dep. 19 novembre 2009), n. 44522, Gargiulo, rv . 245166**

*I risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte per la ricerca di latitanti possono essere utilizzati a fini cautelari nei confronti del soggetto indagato del reato di favoreggiamento personale nei confronti del latitante e, con riferimento ad essi, non operano i divieti di utilizzazione previsti dall'art. 271 cod. proc. pen..*

La sentenza Gargiulo si limita in motivazione a ribadire il principio come enunciato nella massima richiamando in maniera generica la conforme giurisprudenza della Corte.

Nella giurisprudenza di legittimità il principio dell'utilizzabilità probatoria o nell'incidente cautelare delle risultanze delle intercettazioni disposte per la ricerca del latitante è ampiamente condiviso, sia che tale utilizzazione venga disposta nei confronti dello stesso latitante obiettivo delle intercettazioni, sia che la stessa avvenga nei confronti di altri soggetti in procedimenti diversi. Sulla base di questa premessa si è effettivamente formato un orientamento che nega in tale ambito l'operatività dei divieti di utilizzazione previsti dall'art. 271 cod. proc. pen. In tal senso si è, infatti, espressa **Sez. VI 29 ottobre 2003 (dep. 20 novembre 2003), n. 44756, Bevilacqua, rv 227158**, ricorrendo a sostegno dell'affermazione al principio di conservazione degli atti, nonché a quello di tassatività delle cause di inutilizzabilità degli stessi, rilevando come la norma da ultima menzionata non sia in alcun modo richiamata nei commi 3 e 3-bis dell'art. 295 cod. proc. pen., nei quali è contenuta la disciplina dell'attività di intercettazione per la ricerca dei latitanti.

L'orientamento è stato successivamente ribadito da **Sez. I 7 giugno 2007 (dep. 20 giugno 2007), n. 24178, Cavaliere, rv 236958**, che ha in aggiunta sottolineato come l'omesso richiamo del citato art. 271 assume particolare significato in una materia in cui il legislatore «è stato sempre attento a garantire il massimo di legalità» e alla luce del fatto che nell'art. 295 lo stesso legislatore si è invece premurato di richiamare espressamente la disciplina dell'art. 270 sull'utilizzabilità degli esiti dell'attività di intercettazione in procedimenti diversi da quello in cui la stessa è stata disposta.

E' presente nella giurisprudenza della Corte anche un orientamento di segno contrario, di cui la sentenza Cavaliere dà conto e del quale invece non vi è menzione nella motivazione della sentenza Gargiulo. Infatti **Sez. I 12 luglio 1999 (dep. 16 settembre 1999), n. 4888, Siascia, rv 214042** (e le sentenze nn. 4886, 4887 e 4489 emesse alla stessa udienza e non massimate), pur ribadendo l'utilizzabilità probatoria delle risultanze delle intercettazioni disposte per la ricerca dei latitanti, ha affermato che tale utilizzabilità è condizionata al rispetto delle prescrizioni e delle garanzie previste dagli artt. 266 e ss. cod. proc. pen. e conseguentemente, nonostante la mancanza di un espresso richiamo nell'art. 295, devono ritenersi operanti i divieti di utilizzabilità previsti dall'art. 271 dello stesso codice. In senso conforme si è successivamente espressa **Sez. I 22 dicembre 2006 (dep. 22 gennaio 2007), n. 1812, p.g. in proc. Dell'Aversano, rv 236956**, che peraltro si è limitata a richiamare la massima estratta dalla sentenza Siascia.

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. III 6 ottobre 2009 (dep. 3 dicembre 2009), n. 46682,**

*La Corte ha affermato che l'avviso ai prossimi congiunti dell'imputato in ordine alla facoltà degli stessi di astenersi dal testimoniare, previsto in via generale dall'art. 199 cod. proc. pen., va loro rivolto, a pena di nullità, anche nel caso in cui gli stessi siano sentiti dal difensore in sede di sommarie informazioni ex art. 391 bis cod. proc. pen.. (massima non ufficiale)*

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. VI 29 maggio 2009 (dep. 26 ottobre 2009), n. 41025, Spano, rv 245027**

*Qualora il giudice provveda alla sostituzione della misura cautelare degli arresti domiciliari in corso di esecuzione con quella della custodia carceraria, a causa dell'aggravamento delle esigenze cautelari, non è tenuto a procedere ad un nuovo interrogatorio di garanzia dell'indagato.*

La sentenza Spano, con motivazione succinta, evidenzia in proposito come l'esecuzione dell'interrogatorio di garanzia in occasione della sostituzione della misura cautelare in corso di esecuzione con altra più grave non sia adempimento richiesto dall'art. 299, comma quarto, cod. proc. pen. e ricorda come di recente anche le Sezioni Unite abbiano incidentalmente sottolineato la circostanza nel risolvere negli stessi termini l'analoga questione relativa all'ipotesi di cui all'art. 276 cod. proc. pen. di aggravamento della misura cautelare in seguito alla trasgressione delle prescrizioni imposte (si tratta di **Sez. Un. 18 dicembre 2008, n. 4932/09, Giannone, rv 242028**).

Il principio affermato dalla sentenza Spano è in realtà oggetto di un orientamento già manifestatosi nella giurisprudenza della Corte. Infatti nel medesimo senso già ha statuito **Sez. IV 26 giugno 2007 (dep. 20 novembre 2007), n. 42696, Azfi, rv 237695**, la quale, oltre a valorizzare l'assenza di indicazioni testuali in seno al quarto comma dell'art. 299 che impongano di procedere all'interrogatorio, evidenzia la funzione assegnata dalla legge processuale all'interrogatorio di garanzia nella fase specifica dell'instaurazione del rapporto cautelare, sottolineando la non assimilabilità alla stessa della situazione conseguente all'aggravamento del regime cautelare, come peraltro dimostrerebbe la diversa disciplina dell'impugnazione dettata, rispettivamente, per il provvedimento genetico della misura e per quello con cui si è proceduto alla sua sostituzione. E nello stesso senso e ricorrendo alle medesime argomentazioni si è pronunziata successivamente anche **Sez. III 18 novembre 2008 (dep. 15 dicembre 2008), n. 46087, Lofti, rv 241777**.

Tale orientamento si pone peraltro inconsapevolmente in contrasto con quanto affermato da **Sez. VI 11 giugno 2007 (dep. 9 luglio 2007), n. 26681, Meneghini, rv 237344**, che ha invece ritenuto, con motivazione ancora più succinta, che l'interrogatorio di garanzia sia comunque dovuto in caso di sostituzione peggiorativa della misura cautelare in quanto trattasi di «provvedimento discrezionale, che postula la audizione delle ragioni dell'interessato». Ed in proposito la sentenza Meneghini richiama altresì per analogia l'identico orientamento formatosi con riguardo alla sostituzione della misura cautelare ex art. 276 cod. proc. pen., che, come si è ricordato, è stato successivamente disatteso dalle Sezioni Unite.

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. VI 19 giugno 2009 (dep. 28 ottobre 2009), n. 41398, Caporello**

*E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 D.Lgs. n. 231 del 2001, sollevata per la violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui impedisce all'ente di partecipare al procedimento a suo carico con il proprio rappresentante legale, quando questi risulti essere imputato del reato presupposto della responsabilità dell'ente medesimo. (rv 244405)*

*In tema di responsabilità da reato degli enti, la persona giuridica, non potendo costituirsi nel procedimento a suo carico attraverso il proprio rappresentante legale, qualora questi sia indagato o imputato del reato presupposto, deve provvedere alla sostituzione del rappresentante legale divenuto incompatibile ovvero nominarne altro con poteri limitati alla sola partecipazione al suddetto procedimento. (rv 244406)*

*In tema di responsabilità da reato degli enti, i diritti di difesa, con esclusione degli atti difensivi cosiddetti personalissimi, possono essere esercitati in qualunque fase del procedimento dal difensore nominato d'ufficio, anche qualora la persona giuridica non si sia costituita ovvero quando la sua costituzione debba considerarsi inefficace a causa dell'incompatibilità' del rappresentante legale perché indagato o imputato del reato presupposto. (rv 244407)*

*In tema di responsabilità da reato degli enti, è inammissibile l'appello avverso il rigetto dell'istanza di restituzione dei beni sottoposti a sequestro preventivo presentata dal legale rappresentante della*

*persona giuridica, divenuto incompatibile in quanto indagato o imputato del reato presupposto. (rv 244408)*

*In tema di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale incompatibile, perché indagato o imputato del reato presupposto, non può provvedere neppure alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 D.Lgs. n. 231 del 2001. (rv 244409)*

In seno alla sesta Sezione della Cassazione si sta consolidando un contrasto in merito alla necessità o meno della formale costituzione dell'ente, ai sensi dell'art. 39 d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, al fine del compimento di atti difensivi anche nel corso della fase delle indagini preliminari e compresi quelli al cui svolgimento il codice di rito legittima anche il difensore dell'imputato.

Come noto, il d. lgs. n. 231 del 2001 ha dedicato una disciplina speciale alle modalità di partecipazione dell'ente al procedimento nell'esigenza di coniugare l'esercizio del diritto di difesa con la necessità che tale partecipazione avvenga per il tramite di una persona fisica in grado di rappresentare l'ente medesimo.

In tal senso i primi due commi dell'art. 39 del decreto stabiliscono che *«l'ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale, salvo che questi sia imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo»* e che *«l'ente che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità: a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio»*. L'ultimo comma dello stesso articolo prevede invece che *«quando non compare il legale rappresentante, l'ente costituito è rappresentato dal difensore»*. Questa disciplina è poi integrata da quanto disposto dal successivo art. 40, il quale assicura all'ente privo di un difensore di fiducia l'assistenza di quello d'ufficio, e soprattutto dall'art. 41, che riserva la condizione del contumace esclusivamente all'ente non formalmente costituitosi e non anche a quello il cui rappresentante legale non sia comparso in udienza nonostante l'avvenuta costituzione ai sensi del citato art. 39.

Come accennato, si è dunque posto in giurisprudenza la questione relativa all'effettivo ambito di operatività delle regole poste dal menzionato art. 39 e della loro compatibilità con quelle contenute nei due articoli successivi del decreto, nonché con quelle dettate dal codice di rito a garanzia del diritto di difesa dell'imputato e di cui l'ente è parimenti destinatario ai sensi dell'art. 35 dello stesso decreto.

Con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 39, va innanzi tutto ricordato che **Sez. VI 23 giugno 2006 (dep. 2 ottobre 2006), n. 32627, La Fiorita soc. coop. a.r.l.** (non massimata sul punto) aveva in una prima occasione del tutto incidentalmente affermato come quella prevista dall'articolo menzionato sia una disciplina riguardante le modalità di intervento dell'ente nel procedimento, funzionale ad individuare il soggetto legittimato a manifestare la volontà di quello collettivo e come tale idonea a trovare applicazione al di fuori di tali limitate previsioni. E' peraltro opportuno sottolineare come l'affermazione contenuta nella sentenza La Fiorita sia stata resa all'esclusivo fine di escludere che i requisiti di ammissibilità della dichiarazione di costituzione dell'ente trovino applicazione in diverso contesto e segnatamente rilevino ai fini dell'individuazione dei requisiti di validità dell'ordinanza applicativa delle misure cautelari interdittive (nella specie il ricorrente lamentava la mancata individuazione nel provvedimento cautelare del legale rappresentante dell'ente destinatario della misura).

Nel prosieguo la Corte ha invece avuto modo di affrontare *ex professo* le problematiche relative ai presupposti della partecipazione dell'ente al procedimento, ancorché sempre in relazione alla medesima fattispecie e cioè a quella concernente l'ammissibilità dell'istanza di riesame o dell'appello cautelare avverso il decreto di sequestro - adottato nel corso delle indagini preliminari - presentata dal legale rappresentante ovvero dal difensore di fiducia (da quest'ultimo nominato) dell'ente non ancora costituitosi nel procedimento nelle forme descritte dal citato art. 39.

Il primo intervento, in ordine cronologico, della Corte sul punto è da attribuire a **Sez. VI, 5 novembre 2007 (dep. 23 novembre 2007), n. 43642, Quisqueyana s.p.a., rv. 238322**, la quale ha affermato il principio così massimato: *«In tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma dell'art. 39 del D.Lgs. n. 231 del 2001»*. In proposito la sentenza Quisqueyana ha ritenuto che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non sia subordinato alla sua formale costituzione nel procedimento, a maggior ragione quando tale esercizio spetta, ai sensi della legge processuale, disgiuntamente anche al difensore della persona giuridica, la quale, dunque, ben può nominare a tal fine un difensore di fiducia ai sensi dell'art. 96 cod. proc. pen. senza necessità di conferire alcuna procura ex art. 100 dello stesso codice, come invece richiesto nel citato art. 39 del decreto. Ed in tal senso i giudici di legittimità hanno valorizzato soprattutto il rinvio alle disposizioni del codice di rito contenuto, come si è visto, dagli artt. 34 e 35 d. lgs. n. 231 del 2001, nonché quello specificamente operato, con riguardo all'individuazione delle modalità dell'impugnazione delle misure cautelari, dall'art. 52 dello stesso decreto all'art. 332-bis cod. proc. pen., il quale conferisce in proposito legittimazione primaria ed autonoma al difensore dell'imputato.

Successivamente è intervenuta **Sez. VI 5 febbraio 2008 (dep. 16 aprile 2008) n. 15689, Società A.R.I. International s.r.l., rv. 241011**, la quale ha raggiunto sul punto conclusioni diametralmente opposte a quelle della sentenza

Quisqueyana, affermando il principio di diritto così massimato: «*In tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento a suo carico è subordinato all'atto formale di costituzione a norma dell'art. 39, D.Lgs. n. 231 del 2001*». In particolare la sentenza A.R.I. International ha sostenuto che lo speciale strumento di costituzione dell'ente nel procedimento intentato a suo carico disciplinato dall'art. 39, comma secondo, d. lgs. n. 231 del 2001, rappresenta l'unica forma attraverso cui la persona giuridica può partecipare al procedimento medesimo e, dunque, esercitare i diritti che l'ordinamento gli riconosce. E' pertanto necessaria a tal fine, non solo la dichiarazione contemplata dalla norma da ultima richiamata, ma altresì che la nomina del difensore dell'ente avvenga con conferimento di procura speciale ai sensi dell'art. 100 cod. proc. pen., come espressamente previsto dal terzo comma del citato art. 39. Inoltre, posto che la disposizione in discussione opera un generico riferimento al procedimento nei confronti dell'ente, il vincolo formale posto alle modalità di partecipazione dalla norma deve poi intendersi operante in tutte le fasi del procedimento e dunque anche in quella delle indagini preliminari. Per la Corte, pertanto, l'esercizio nel procedimento di qualsiasi diritto riconosciuto all'ente dalla legge (sia essa il d. lgs. n. 231 del 2001 o il codice di rito, per come richiamato dall'art. 34 del menzionato decreto) è inevitabilmente condizionato dall'avvenuta costituzione nelle forme descritte. In applicazione dell'affermato principio, l'ente non può dunque proporre, come era avvenuto nel caso oggetto della decisione della sentenza A.R.I. International, istanza di riesame ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen. avverso un decreto di sequestro probatorio attraverso il difensore di fiducia nominato semplicemente ai sensi dell'art. 96, comma secondo, proc. pen., atteso che l'autonomo potere di impugnazione riconosciuto a quest'ultimo dalla legge processuale deve essere coniugato con la specifica disciplina dettata dal d. lgs. n. 231 del 2001. E per i giudici della Sezione sesta ciò è tanto più evidente qualora, come nel caso di specie, in tal modo sostanzialmente si opererebbe un aggiramento del dettato del primo comma dell'art. 39 del decreto, che impedisce all'ente di costituirsi attraverso un rappresentante persona fisica che risulti contestualmente indagato o imputato per il reato presupposto della responsabilità dello stesso ente, imponendone la sostituzione.

I principi affermati dalla sentenza Quisqueyana sono stati - in parte implicitamente - ribaditi da una recente pronuncia sempre della Sesta sezione. Si tratta di **Sez. VI 19 giugno 2009 (dep. 28 ottobre 2009), n. 41398, Caporello**, le cui massime sono riportate in epigrafe.

La sentenza Caporello (e l'identica **Sez. VI 19 giugno 2009, n. 41399, Gastronomia Salvò s.r.l.**, emessa nel medesimo procedimento e non massimata) si è soprattutto concentrata sulla peculiare posizione dell'ente il cui legale rappresentante si trovi con esso in conflitto d'interesse perché imputato o indagato del reato presupposto. In proposito i giudici della Sesta sezione hanno sottolineato il carattere assoluto dell'incompatibilità sancita dal primo comma dell'art. 39 del decreto ed hanno respinto i sospetti di illegittimità costituzionale della previsione avanzati dal ricorrente (analoga questione è già stata sollevata dinanzi al giudice delle leggi, ma la Corte Costituzionale non si è pronunciata sul merito della stessa, essendosi limitata nell'occasione a dichiararne la manifesta inammissibilità per la mancata prospettazione della sua rilevanza nel procedimento *a quo*: Corte Cost. ord. n. 186/2007), evidenziando come la stessa non pregiudichi il diritto di difesa dell'ente, atteso che lo stesso può comunque costituirsi sostituendo il rappresentante divenuto incompatibile ovvero nominandone uno *ad hoc* per il processo (soluzione quest'ultima già prospettata nella Relazione al d. lgs. n.231 del 2001 e la cui praticabilità è stata avallata anche dalla dottrina: TONINI, *Manuale di procedura penale*, VII ed, p. 698; BELTRANI, *Il diritto degli enti nel processo penale*, in *Resp. Amm. Società ed Enti*, n.2/2009, p. 148; VARRASO, *La partecipazione e l'assistenza delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, 2002, p. 239; BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, 2006, p. 534).

Il carattere assoluto dell'incompatibilità del legale rappresentante in conflitto di interessi con l'ente (dimostrato *a contrariis* dall'espressa deroga compiuta in proposito dall'art. 43 del decreto in materia di notificazioni) è per la sentenza Caporello funzionale a garantire il diritto di difesa di quest'ultimo e dunque il divieto di rappresentanza sancito dal citato primo comma dell'art. 39 deve intendersi esteso a tutte le fasi del procedimento, compresa quella delle indagini preliminari. Ne consegue che il rappresentante incompatibile non può compiere alcun atto difensivo nell'interesse dell'ente e che quest'ultimo, se materialmente posto in essere, deve considerarsi inefficace. In tal senso per la Corte, dunque, il rappresentante incompatibile non solo non può impugnare eventuali provvedimenti cautelari reali, ma non è legittimato nemmeno alla nomina del difensore di fiducia dell'ente perché vi provveda autonomamente.

Per la sentenza Caporello l'ente che non abbia provveduto a rimuovere nei modi sopra descritti la situazione determinata dalla sopravvenuta incompatibilità del legale rappresentante non rimane peraltro privo di difese. In tal senso la pronuncia in oggetto ribadisce - in parte, come detto, per implicito - l'orientamento espresso dalla sentenza Quisqueyana, evidenziando come la persona giuridica rimasta inerte e come tale impossibilitata a costituirsi abbia comunque facoltà di esercitare il diritto di difesa nel procedimento compiendo per il tramite del difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 40 del decreto tutti gli atti difensivi non personalissimi (tra i quali pacificamente rientra per i giudici della Sesta sezione l'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, ma anche la partecipazione all'udienza di discussione delle richieste cautelari personali di cui al secondo comma dell'art. 47 dello stesso decreto). Implicitamente, per l'appunto, la sentenza Caporello ammette dunque che l'esercizio di tali diritti di difesa non presuppone la formale costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 39 e che quest'ultima non costituisce l'unico strumento di partecipazione al procedimento per lo stesso ente. Più semplicemente la formale costituzione garantisce alla persona giuridica la "piena" partecipazione al procedimento, rimanendo la stessa altrimenti esclusa dalla possibilità di esercitare tutte le prerogative difensive.

Come si è detto la sentenza Caporello sottolinea come l'ente che non abbia provveduto a sostituire il legale rappresentante incompatibile sia comunque rappresentato ai fini difensivi dal difensore d'ufficio, il quale deve essere doverosamente nominato tanto nella fase processuale, a seguito della declaratoria di contumacia dell'ente, quanto in quella delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 369-bis cod. proc. pen., disposizione di cui la Corte sottolinea l'applicazione anche nel procedimento per l'accertamento della responsabilità amministrativa di reato (nello stesso senso in dottrina BASSI-EPIDENDIO, *op. cit.*, p. 539; in proposito va evidenziato che l'astratta applicabilità dell'art. 369-bis cod. proc. pen. nel procedimento a carico degli enti è stata implicitamente affermata in precedenza anche da Sez. II 25 maggio 2005, n. 23189, Zanettin, rv 232007, la quale ne ha peraltro escluso l'applicazione nel caso rimesso alla sua decisione in cui il ricorrente sosteneva la necessaria notifica dell'informazione sul diritto di difesa prima dell'esecuzione di un decreto di sequestro preventivo). La formulazione del principio negli illustrati termini aderisce peraltro al profilo della fattispecie concreta oggetto del ricorso deciso, nella quale, per l'appunto, l'ente non aveva rimosso la situazione ostativa descritta dal primo comma dell'art. 39. Non è dunque possibile affermare se i giudici della Sesta sezione abbiano voluto in realtà evocare – in completa sintonia con il *dictum* della sentenza Quisqueyana - un principio di portata ben più ampia e cioè che comunque l'ente, a prescindere dalla fase processuale, possa esercitare attraverso il proprio difensore (dunque anche quello di fiducia, se nominato dal legale rappresentante non incompatibile) i propri diritti difensivi – con esclusione degli atti personalissimi di autodifesa - anche senza costituirsi formalmente nel procedimento<sup>1</sup>, ovvero se – in tal caso in maggior sintonia con quanto affermato dalla sentenza A.R.I. International – abbiano implicitamente ritenuto che in ogni caso la nomina del difensore di fiducia presupponga tale costituzione.



**Cass. Sez. VI, 8 luglio 2009 (dep. 31 luglio 2009), n. 31778, p.m. in proc. Torelli, rv. 244264**

*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 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.*

La sentenza Turelli ribadisce che la modifica apportata all'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., dal d.l. n. 11 del 2009, è norma di carattere processuale, la cui applicazione rimane dunque governata dal principio del *tempus regit actum*. In applicazione di tale principio i giudici della Sesta Sezione ritengono pertanto che la disposizione nella sua nuova formulazione deve essere pertanto applicata anche quando la misura cautelare venga adottata con riguardo a delitti commessi prima dell'entrata in vigore della novella e che all'epoca della loro consumazione non erano dunque inseriti nell'elenco dei reati per cui opera la presunzione di inadeguatezza di misure diverse dalla custodia carceraria.

La sentenza Torelli peraltro sottolinea che ciò non significa che la stessa norma «si proietti, retroattivamente,..... sulle situazioni processuali comunque in corso», risultando in tal senso idonea a travolgere le situazioni cautelari già consolidate prima dell'entrata in vigore della novella. E ciò in quanto ciò comporterebbe un'inammissibile regressione nella fase procedimentale, oltre che una lesione dei diritti costituzionali dell'indagato.

La pronuncia si pone inconsapevolmente in contrasto con altro ed opposto orientamento manifestatosi nella giurisprudenza della Corte all'indomani dell'innovazione legislativa. Infatti si sono già pronunziate per l'applicazione del nuovo testo del terzo comma del citato art. 275 anche alle misure custodiali adottate prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 11 del 2009 ed ancora in atto Sez. III 20 maggio 2009 (dep. 11 giugno 2009), n. 23961, Kaddouri, rv 244080 e Sez. I 9 giugno 2009 (dep. 25 giugno 2009), n. 26493, Leone, rv 244040, la quale ultima, ancor più esplicitamente, ha precisato l'obbligo del giudice, se in tal senso richiesto dal pubblico ministero, di sostituire la diversa misura cautelare eventualmente adottata in precedenza con quella imposta dal legislatore.

Ma la sentenza Turelli si pone in contrasto altresì con quanto stabilito in passato dalle Sezioni Unite della Corte con riguardo all'analogia modifica del terzo comma dell'art. 275 operata con il d.l. 9 settembre 1991 n. 292 e poi ridimensionata dalla l. 8 agosto 1995, n. 332. Infatti Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 8, Di Marco, rv 190246, stabili, allora, che la nuova norma trovava applicazione anche per le misure custodiali ordinate in base alla normativa precedentemente vigente che fossero ancora pendenti, per le quali cioè non fossero ancora scaduti i termini di fase o quelli massimi. In tal senso il Supremo Collegio ritenne legittimo il provvedimento del giudice di merito che aveva

<sup>1</sup> Conclusione condivisa da parte della dottrina, v. ad es. GARUTI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, 2002, p. 288; GIGLIOLI, *Responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, D'Avirro-Di Amato (a cura di), X, 2009, 667 e 670.

disposto il ripristino della custodia cautelare in carcere, per effetto dell'entrata in vigore del citato decreto legge, a carico di un imputato che in precedenza era stato posto agli arresti domiciliari. In proposito merita di essere riportato il passaggio conclusivo di detta decisione: «Il sopravvenuto divieto degli arresti domiciliari e la sua applicazione a quelli pendenti in forza dell'art. 11 delle cd. preleggi comporta di per sé l'obbligo di revocare una misura divenuta illegittima. E lo strumento procedimentale per adempiere a tale obbligo è contenuto, nell'art. 299, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui "le misure coercitive... sono immediatamente revocate quando risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste... dalle disposizioni relative alle singole misure", condizioni contenute, appunto, anche nell'art. 275, comma 3.» La modifica legislativa di tali condizioni costituisce, dunque, un "fatto sopravvenuto" che legittima la revoca. Mentre l'applicazione della misura più grave segue di conseguenza».



**Cass. Sez. III 9 gennaio 2009, (dep. 27 gennaio 2009), n. 3580, Aluku, rv. 242673**

*In tema di patteggiamento, ciascuna parte è libera di revocare il consenso già prestato all'applicazione della pena fino a quando il giudice non ratifichi l'accordo. (In motivazione la Corte - in una fattispecie nella quale, dopo l'avvenuto perfezionamento dell'accordo, il P.M. aveva revocato il consenso riformulando l'imputazione, su cui era stato poi raggiunto un nuovo accordo tra le parti - ha ulteriormente precisato che è solo tale ratifica che rende l'accordo immodificabile, impedendo all'imputato di rimetterlo in discussione in quanto superato dall'avvenuto patteggiamento).*

Il principio di diritto affermato dalla decisione qui esaminata si pone in linea di continuità con quell'orientamento giurisprudenziale di legittimità venutosi a formare negli anni '90, che, con riferimento alla questione della revocabilità o meno del consenso prestato al patteggiamento, muovendo dall'assunto per il quale sia la richiesta di applicazione della pena che il consenso costituiscono "due manifestazioni di volontà unilaterali convergenti, provenienti dall'imputato e dal Pubblico Ministero e rivolte al giudice, anche se è sottostante, ma ad esse esterno, un accordo tra le parti", giungeva a ritenere ammissibile "la revocabilità della richiesta o del consenso delle parti per l'applicazione della pena, costituendo essa regola generale, applicabile - salve specifiche indicazioni normative di segno contrario - nell'ambito del diritto processuale, in coerenza con il principio di disponibilità cui è improntato l'istituto", ditalché, non essendo la richiesta ed il consenso vincolanti per le parti, gli stessi "possono essere revocati e modificati fino a quando non intervenga la decisione del giudice, salvo quanto è disposto dall'art. 447 comma terzo cod. proc. pen." (**Sez. I, 24 giugno 1991 n. 2831, Grossi ed altri, rv. 188612**).

Nella medesima direzione, del resto, si inseriva quella giurisprudenza secondo cui la revoca del consenso al rito riguardasse ambedue le parti, in quanto le stesse "sia quella privata che pubblica, una volta intervenuti l'accordo e la ratifica motivata, non possono più recedere dall'irretrattabile patteggiamento e non possono proporre questioni che trovino una preliminare soluzione e la necessaria sintesi nella transazione", non potendo le stesse nemmeno "censurare i provvedimenti da essi sollecitati, se rispettosi del principio di legalità e, quindi, revocare il consenso prestato, con la surrettizia prospettazione del vizio di motivazione dovendo sindacare, specificamente, la statuizione e eventualmente denunciare l'errore di qualificazione giuridica, sulla base degli atti richiamati dalla sentenza" (principio affermato con riferimento alla Procura Generale "che, pur avendo una supremazia gerarchica ed istituzionale, non può sostituire la propria volontà a quella già manifestata, in forza della conoscenza diretta degli elementi concreti acquisiti al processo, dal Pubblico ministero che ha partecipato al patteggiamento, e non può proporre come motivi di ricorso censure che si sostanziano in un recesso dall'accordo": **Sez. V, 5 febbraio 1999 n. 627, Peressotti, rv. 213520**).

Tale orientamento si pone tuttavia in contrasto, non consapevole, con quello tradizionalmente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, anche recentemente, che invece ritiene non revocabile il consenso al rito una volta prestato.

Espressione di tale orientamento, in particolare, è, anzitutto, la recente **Sez. IV, 19 giugno 2007 n. 29965, Russo, rv. 236998** che, nell'escludere l'abnormità del provvedimento con il quale il G.i.p., preso atto della revoca da parte del P.M. del consenso precedentemente prestato al patteggiamento, dispone la restituzione degli atti al medesimo, ha affermato che "una volta sottoposto l'accordo sulla pena al giudice, le parti non possono più revocare unilateralmente il consenso prestato al patteggiamento, evidenziando però come nel caso tale divieto venga violato, l'errore del giudice possa essere fatto valere impugnando la sentenza di primo grado".

Nello stesso senso, **Sez. V, 15 gennaio 2004 n. 7563, Della Libera, rv. 227770** afferma, più sinteticamente, che le parti "una volta intervenuti l'accordo e sottoposto al giudice, non possono più revocare unilateralmente il consenso prestato" nonché **Sez. I, 21 novembre 1997 (dep. 26 febbraio 1998), n. 6545, P.G. in proc. Aufiero ed altro, rv. 209894** che, nel ribadire il principio per il quale "una volta che le parti abbiano sottoposto all'organo giudicante le loro richieste, queste non possono essere più revocate", aggiunge che "ogni questione concernente la prova in ordine alla sussistenza

del fatto e alla sua soggettiva attribuzione, le eventuali nullità verificatesi nella fase procedimentale, l'entità e le modalità di determinazione della pena non possono costituire motivo di impugnazione della sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.", principio, questo, applicabile – secondo la Corte – non soltanto per l'imputato, ma anche per il pubblico ministero “per il quale, salva l'impugnazione per erronea applicazione formale di norma di diritto, non sussiste alcun concreto interesse che possa rendere ammissibile una doglianza concernente l'inadeguatezza della determinazione di pena”. Ne consegue – conclude la Corte – che “nell'ottica della pena patteggiata, ciascuna delle parti deve, preventivamente all'accordo da sottoporre all'organo giudicante, operare una scelta con coerente rinuncia ad alcune delle facoltà esercitabili nel rito previsto come normale dall'ordinamento processuale, di guisa che, costituendo la concorde richiesta presentata alla valutazione del giudice l'espressione dell'interesse delle parti come sopra specificato, ogni successivo ripensamento sul suo contenuto non soltanto non può costituire motivo di impugnazione, ma anche qualifica il gravame come privo di interesse, avendo la parte già rinunciato, partecipando all'accordo con la controparte, a tale sua facoltà”.

Analogamente, si inseriscono in tale filone giurisprudenziale, alcune coeve decisioni della giurisprudenza di legittimità (**Sez. II, 9 gennaio 1998 n. 115, Umbertini, rv. 210451**; **Sez. VI, 3 novembre 1998 n. 3429, P.m. in proc. Gasparini, rv. 212679**; **Sez. III, 5 dicembre 1997 (dep. 27 gennaio 1998), n. 4199, P.M. in proc. Anghileri, rv. 209512**; **Sez. III, 9 dicembre 1997 (dep. 12 febbraio 1998), n. 4237, P.M. in proc. Peruzzo, rv. 209858**) che, nel ribadire come “la richiesta di patteggiamento non e' più revocabile una volta che su di essa sia stato espresso il consenso dell'altra parte”, ritengono che “nessun recesso e' più possibile quando le manifestazioni di volontà delle parti hanno determinato nel procedimento effetti irreversibili” (effetti che, per la sentenza **Umbertini**, “si verificano nel caso regolato dall'art. 447 cod. proc. pen., già prima della pronuncia della sentenza di accoglimento della richiesta”). La sentenza **P.m. in proc. Gasparini**, poi, afferma che “la richiesta di applicazione di pena patteggiata costituisce un negozio giuridico processuale recettizio che, pervenuto a conoscenza dell'altra parte, non può essere modificato unilateralmente ne' revocato”, approdando tuttavia alle medesime conclusioni cui giunge la sentenza **Aluku** che qui si commenta, ovvero affermando che “una volta che il giudice abbia ratificato l'accordo, non e' più consentito alle parti - e, quindi, anche al pubblico ministero - prospettare questioni e sollevare censure con riferimento alla sussistenza e alla giuridica qualificazione del fatto, alla sua soggettiva attribuzione, all'applicazione e comparazione delle circostanze, all'entità e modalità di applicazione della pena”. Analogamente, nel senso che la “richiesta di applicazione di pena patteggiata deve essere considerata irrevocabile, una volta che su di essa sia stato manifestato il consenso dell'altra parte, in quanto le dichiarazioni congiunte di volontà determinano effetti non reversibili nel procedimento che, avviato verso un epilogo anticipato, con l'assunzione, da parte dell'indagato, della qualità di imputato e l'esercizio dell'azione penale, non può tornare nella fase delle indagini preliminari e richiede l'intervento del giudice, valutativo delle richieste formulate” si esprime la sentenza **P.M. in proc. Anghileri**, richiamando quanto già affermato dalla giurisprudenza citata, ovvero che “la richiesta di applicazione di pena patteggiata costituisce un negozio giuridico processuale recettizio che, pervenuto a conoscenza dell'altra parte, non può essere ne' revocato, ne' modificato unilateralmente ed e' sottoposto solo al controllo giudiziale. Infine, la sentenza **P.M. in proc. Peruzzo**, muovendo dai medesimi presupposti, nell'affermare l'irrevocabilità della richiesta di applicazione della pena, aggiunge che “e' irrilevante che l'accordo raggiunto sia stato, in concreto, portato a conoscenza del giudice”.

Infine, in tema di revoca del consenso al patteggiamento, si richiamano – anche se non inquadrabili né nel primo né nel secondo orientamento – alcune significative decisioni: a) **Sez. IV, 11 marzo 2008 n. 24352, Dal Maso, rv. 240838**, che ha ritenuto ammissibile la revoca del consenso del P.M. per errore determinante sulla qualificazione giuridica del fatto che intervenga dopo il perfezionamento dell'accordo tra le parti, ma prima della decisione; b) **Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 45749, P.M. in proc. Maiolini, rv. 238495**, che ha qualificato come abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari - investito ritualmente della richiesta di applicazione di pena concordata subordinata alla concessione della sospensione condizionale - a causa della revoca del consenso dell'imputato, rigetta la richiesta di patteggiamento e disponga la restituzione degli atti al Pubblico Ministero, “in quanto, in tal caso, egli determina una regressione del procedimento per una ragione non prevista dalla legge”; c) **Sez. VI, 10 aprile 2007 n. 26976, Gatti, rv. 237095**, che - con riferimento ad un'ipotesi particolare nella quale, raggiunto l'accordo sulla pena patteggiata, si era verificata la sopravvenienza di una disposizione più favorevole – ha escluso che il giudice sia autorizzato a ridurre la pena stessa conformemente al più mite trattamento sanzionatorio “in quanto la richiesta avanzata in tal senso dall'imputato, se non e' idonea a modificare il patto intervenuto, deve intendersi come revoca del consenso ad esso prestato, ammissibile in quanto fondata sulla “*lex superveniens*”, e impone al giudice stesso di soprassedere dall'applicare la pena concordata e di invitare le parti a un nuovo accordo o, in difetto, a proseguire nell'ulteriore corso della procedura”; d) **Sez. V, 16 marzo 2004 n. 19123, Greganti, rv. 227751** che nell'aderire apparentemente alla tesi della “libertà di revoca” della richiesta, indicando tuttavia quale termine ultimo per l'esercizio di tale facoltà di revoca quello in cui “l'altra parte non abbia espresso il proprio consenso, salvo che nella particolare e circoscritta ipotesi prevista, per il caso di richiesta formulata nel corso delle indagini preliminari, dall'art. 447, comma terzo, cod. proc. pen.”; e) **Sez. VI, 24 settembre 2003 n. 44781, P.M. in proc. D'Aniello, rv. 227700** che, analogamente a quanto affermato dalla precedente sentenza **P.M. in proc. Maiolini**, qualifica come abnorme il provvedimento del giudice che abbia ritenuto ammissibile la revoca da parte dell'imputato del consenso al patteggiamento già espresso tramite il procuratore speciale ed abbia conseguentemente disposto la restituzione degli atti al P.M. “in quanto determina un'anomala regressione del procedimento”; f) **Sez. III, 27 marzo 1992 n. 535, Proc. Rep. in proc. Iezzi, rv. 190020** che sebbene riferita alla previgente disciplina del procedimento dinanzi al Pretore, rileva sul tema avendo escluso

l'abnormità dell'ordinanza del G.i.p. con cui era stata disposta la trasmissione degli atti al P.M. a seguito della revoca del consenso all'applicazione della pena richiesta da parte dell'imputato, osservando come tale ordinanza fosse affetta dal vizio di violazione di legge "poiché il consenso prestato e' irrevocabile"; g) **Sez. III, 27 aprile 1992 n. 63, P.M. in proc. Roberto, rv. 190603** che, invece, aveva qualificato come abnorme il provvedimento del G.I.P., che, a seguito della revoca del consenso da parte dell'imputato, aveva disposto la restituzione degli atti al P.M. "perchè proceda nelle forme ordinarie", in quanto fa regredire il processo ad una fase irrevocabilmente superata, muovendo dall'assunto per cui "il consenso all'applicazione della pena su richiesta (art. 444 nuovo cod. proc. pen.) e' irrevocabile, come si desume dagli artt. 446, comma quinto, e 447, comma terzo, stesso codice".