

## IL MERITO

---

### Notificazione

#### La decisione

**Notificazione - Onere informativo - Notifica della richiesta di revoca o di sostituzione cautelare alla persona offesa - Inammissibilità dell'istanza non notificata - Inapplicabilità nei procedimenti per omicidio - Esclusione dei prossimi congiunti (C.p.p. artt. 90, co. 3, 299).**

*L'onere informativo dettato dall'art. 299 c.p.p. (come modificato dal D.L. 93/2013 conv. in L. 119/2013), che prevede la preliminare notifica alla "persona offesa" della richiesta di revoca o di sostituzione della misura cautelare in atto nei confronti dell'indagato (o imputato), non trova applicazione nei procedimenti per omicidio, atteso che, in tal caso, la persona offesa muore (dunque cessa di esistere) come conseguenza del reato, stante l'impossibilità di applicare, in relazione alla predetta disciplina informativa, la norma di cui all'art. 90, co. 3, c.p.p., che estende i diritti e le facoltà della persona offesa deceduta in conseguenza del reato ai prossimi congiunti della stessa.*

TRIBUNALE DI LECCE, (ord.) SEZIONE RIESAME, 12 febbraio 2016 - VERDEROSA, *Presidente* - Zacheo, *imputato*.

#### **Il pregiudizio alle ragioni della libertà dovuto al coinvolgimento della persona offesa nelle vicende modificative delle misure cautelari personali**

##### **1. Il caso di specie ed il quadro normativo in cui si colloca**

Nel caso di specie, a seguito della decisione migliorativa del trattamento cautelare adottato nei confronti di un imputato di omicidio, le parti civili, prossimi congiunti della persona offesa deceduta in conseguenza del reato, propongono appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p. Le doglianze degli appellanti riguardano la mancata notifica dell'istanza di sostituzione, loro dovuta secondo il novellato co. 4-*bis* dell'art. 299 c.p.p. Con la decisione annotata i giudici del Tribunale di Lecce statuiscano che «l'onere informativo dettato dall'art. 299 c.p.p. [...] non trova applicazione nei procedimenti per omicidio, atteso che, in tal caso, la persona offesa muore (dunque cessa di esistere) come conseguenza del reato, stante l'impossibilità di applicare, in relazione alla predetta disciplina informativa, la norma di cui all'art. 90, co. 3, c.p.p.».

La pronuncia in esame solleva molteplici e delicati problemi interpretativi ed offre lo spunto per una serie di riflessioni che, partendo dalla questione specificamente risolta, finiscono per estendersi a profili più generali attinenti alla

scelta di coinvolgere, in misura sempre più significativa, la persona offesa nelle dinamiche cautelari<sup>1</sup>.

Il legislatore è intervenuto, con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modifiche dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119, sulla disciplina del procedimento di revoca e sostituzione delle misure cautelari, ritagliandovi ampi spazi in favore della persona offesa<sup>2</sup>.

Ad un diritto alla comunicazione dei provvedimenti di modifica *in melius* dello stato cautelare dell'imputato (art. 299, co. 2, *bis* c.p.p.), si affianca la previsione di una (inedita) facoltà di intervento dell'offeso nel procedimento di revoca e sostituzione, che si estrinseca nella possibilità per la vittima, a cui viene notificata l'istanza di parte, di presentare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p.<sup>3</sup>, sia nella fase delle indagini preliminari (art. 299, co. 3 c.p.p.), sia in quella processuale (art. 299, co. 4-*bis* c.p.p.)<sup>4</sup>. Tanto il diritto «di sapere», quanto quello di «interloquire»<sup>5</sup> sorgono qualora si proceda in relazione a delitti commessi con violenza alla persona e l'istanza concerna una misura cautelare coercitiva diversa dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria. L'ambito applicativo dei menzionati diritti diverge, invece, quanto all'oggetto dei provvedimenti che vanno comunicati: mentre *ex post* devono notificarsi all'offeso sia le decisioni di revoca e sostituzione *in melius*, sia quelle di modifica migliorativa delle prescrizioni inerenti ad una cautela già adottata, quest'ultima ipotesi rimane esclusa dalla notifica preven-

<sup>1</sup> La progressiva valorizzazione del ruolo e delle esigenze di tutela dell'offeso all'interno delle dinamiche cautelari è una tendenza abbracciata dal legislatore a partire dai primi anni duemila. Con le riforme attuate mediante la legge 4 aprile 2001, n. 154 (recante «misure contro la violenza nelle relazioni familiari») e il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38, c.d. pacchetto sicurezza) il ventaglio delle cautele a disposizione del giudice si è arricchito di due strumenti ulteriori, quali, l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. Per un'analisi approfondita delle modifiche apportate dalla novella si rimanda a PISTORELLI, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in RIONDATO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, IV, Milano, 2002, 355 ss.; MORELLI, *Commento all'art. 9 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, in *Leg. pen.*, 2009, 496 ss.; NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima*, in *Giur. it.*, 2012, 467 ss. Per uno sguardo globale circa la progressiva valorizzazione del ruolo della persona offesa all'interno del sistema cautelare si rinvia a ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima nei reati violenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 671 ss.

<sup>2</sup> BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Leg. pen.*, 2014, 81 ss.

<sup>3</sup> Nota opportunamente BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), come sia improprio il richiamo legislativo a tale disposizione, dedicata alle «memorie e richieste delle parti», non essendo la persona offesa annoverata tra le parti processuali, bensì tra i soggetti del procedimento (art. 90 ss. c.p.p.).

<sup>4</sup> Con la differenza che solamente nel primo dei richiamati momenti procedurali è previsto un termine dilatorio di due giorni prima che il giudice possa decidere sull'istanza di parte.

<sup>5</sup> POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, 971.

tiva dell'istanza di parte<sup>6</sup>. Qualora ricorrano tali condizioni è imposto alla polizia giudiziaria di portare a conoscenza dell'offeso dal reato il provvedimento adottato dal giudice (art. 299, co. 2-*bis*, c.p.p.) e, in via preventiva, è prescritto al richiedente di notificare al medesimo soggetto l'istanza di revoca o sostituzione, a pena di inammissibilità della stessa (art. 299, co. 3 e 4-*bis*, c.p.p.).

L'intervento legislativo si pone nel solco di una tendenza che nasce a livello europeo al fine di riconoscere, all'interno del procedimento penale, le istanze di protezione di cui è portatrice la persona offesa. La fonte normativa principale in tale contesto è rappresentata dalla Direttiva 29/2012/UE che, nel prevedere «norme minime in materia diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato», impone, in particolare, il riconoscimento all'offeso della possibilità di vedersi comunicati *ex post* i provvedimenti di scarcerazione dell'imputato. Rispetto agli obblighi di recepimento posti da tale strumento normativo, la legge n. 119 del 2013 pecca, da un lato, per difetto, escludendo dalla notifica una vasta gamma di provvedimenti a cui consegue la remissione in libertà dell'imputato<sup>7</sup>, dall'altro lato, si caratterizza per un'ampiezza eccessiva<sup>8</sup>, prevedendo forme di intervento attivo che vanno ben al di là delle previsioni della menzionata Direttiva e, come si vedrà nel prosieguo, faticano a conciliarsi con i principi e gli equilibri fondamentali del sistema cautelare.

Prima di scendere nel merito delle questioni affrontate dai giudici leccesi occorre dirimere una spinosa questione interpretativa per stabilire quale sia l'esatta portata applicativa della facoltà di interlocuzione della persona offesa nel procedimento *de libertate* riconosciuta dall'art. 299, commi 3 e 4 *bis* c.p.p.

La legge, nel riferirsi ai «procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona», utilizza un'espressione piuttosto oscura<sup>9</sup> e certamente non in grado di riflettere gli scopi che hanno animato la riforma dell'art. 299

<sup>6</sup> Risulta univoco in tal senso il tenore letterale delle disposizioni; si vedano POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 975; AMATO, *I giudici limitano l'attuazione della nuova disciplina all'esistenza di un pregresso rapporto relazionale*, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 47, 19. Interpretazioni di segno opposto si registrano nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2016, D., in *Cass. pen.*, 2015, 1953.

<sup>7</sup> A colmare l'evidente lacuna è intervenuto il decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212 (si veda l'art. 90 *ter* c.p.p.).

<sup>8</sup> Si veda in tal senso anche BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti*, cit.; STELLIN, *Tutela della vittima e prerogative dell'imputato nel segmento cautelare: un difficile bilanciamento*, in FLOR (coord. da), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Atti del Convegno nazionale del Laboratorio permanente di diritto penale, Reggio Calabria, Milano, 2015, 85-86.

<sup>9</sup> Lo notano, tra gli altri, NICOLICCHIA, *Commento ad d.l. 14 agosto 2013, n. 93*, in SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano 2015, 2045 ss.; SCALFATI, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in DIDDI, GERACI (a cura di) *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 8; BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti*, cit.

c.p.p. Dal preambolo del decreto legge n. 93 del 2013 emerge infatti come il governo avesse di mira fenomeni riconducibili alla violenza di genere e familiare, per le peculiari esigenze che ivi si pongono con riferimento alla tutela della persona offesa, in ragione della vicinanza alla stessa del soggetto accusato del reato. Inoltre, nella versione originaria della novella le sole misure in relazione alle quali era previsto il coinvolgimento dell'offeso erano quelle di cui agli artt. 282-*bis* e *ter* c.p.p.<sup>10</sup>, volte per conformazione a far fronte a delitti di tal specie<sup>11</sup>; solo in sede di conversione si assiste all'estensione della portata applicativa alle altre cautele coercitive (ad eccezione di quelle di cui agli artt. 281 e 282 c.p.p.).

Tuttavia, tale proposito non si è tradotto in alcun modo nel testo della disposizione, il cui tenore letterale non lascia spazio ad interpretazioni rispettose della volontà del legislatore storico, restrittive cioè della sfera operativa ai soli delitti inquadrabili nel concetto – peraltro dai contorni alquanto fumosi – di violenza di genere o familiare. Al contrario, la soluzione esegetica ipotizzabile parrebbe una soltanto. Nello specifico, e nonostante qualche opinione contraria in dottrina e giurisprudenza, il coinvolgimento dell'offeso nel procedimento *ex art.* 299 c.p.p. sembra doveroso in relazione a tutti quei procedimenti ove l'ipotesi accusatoria riguardi una fattispecie criminosa che annovera la «violenza» alla persona quale modalità di estrinsecazione della condotta tipica<sup>12</sup>. La latitudine del riferimento rende dunque non condivisibile l'interpretazione dei giudici del Tribunale delle libertà, volta a circoscrivere la disciplina *de qua* ai soli delitti caratterizzati sul piano fenomenologico da una pregressa relazione tra imputato ed offeso. L'impraticabilità dell'esegesi restrittiva allarga alquanto lo spettro delle regiudicande in rapporto alle quali è destinata a trovare spazio la facoltà di interloquire della persona offesa.

<sup>10</sup> Peraltro, ciò era previsto in maniera coerente rispetto al fatto che l'adozione di tali misure è comunicata alla vittima (art. 282 *quater* c.p.p.), circostanza invece esclusa con riferimento alle altre cautele coercitive, in relazione alle quali, dunque, non è affatto detto che l'offeso sia a conoscenza della restrizione cautelativamente imposta alla libertà personale dell'imputato.

<sup>11</sup> Lo nota BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere*, cit., 84.

<sup>12</sup> RECCHIONE, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di Diddi, Geraci, Torino, 2015, 151. In senso diametralmente opposto, si vedano AMATO, *I giudici limitano l'attuazione della nuova disciplina*, cit., 19-20; POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 977 ss.; ZACCHE, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 671 ss. Anche taluna giurisprudenza, per la verità, circoscrive l'applicabilità del coinvolgimento dell'offeso ai soli reati che presuppongono una pregressa relazione tra costui e l'imputato, G.i.p. Torino, 4 novembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, 47, 16; Cass., Sez. II, 14 ottobre 2015, Quadrelli, in *Mass.*, *Uff.*, 265094.

## 2. Il percorso argomentativo seguito dal giudice *de libertate*

Come anticipato, l'interrogativo a cui i giudici hanno dovuto rispondere riguarda l'obbligo di comunicazione preventiva della richiesta di modifica *in melius* del trattamento cautelare anche nei confronti dei prossimi congiunti dell'offeso, deceduto in conseguenza del reato.

Tramite un percorso argomentativo articolato lungo una triplice linea direttrice, i giudici dell'appello cautelare giungono a negare l'applicabilità della forma di interlocuzione di cui all'art. 299, co. 4-*bis*, c.p.p.<sup>13</sup>. L'ipotesi dell'omicidio rappresenta il caso paradigmatico in cui il titolare del bene leso dal reato non coincide con coloro che, in quanto danneggiati, sono legittimati a costituirsi parte civile all'interno del processo. Effetto tipico della condotta integrante la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 575 c.p. è, infatti, che «la persona offesa cessa di esistere»; conseguentemente, i diritti e le facoltà che la legge processuale le riconosce sono esercitati dai prossimi congiunti, ai sensi della previsione generale di cui al terzo comma dell'art. 90 c.p.p.

La prima tappa dell'*iter* motivazionale del Tribunale delle libertà s'incentra proprio sulla disposizione da ultimo richiamata. Con argomenti non irresistibili, per le ragioni che si vedranno, i giudici escludono che tra i diritti dell'offeso, deceduto in conseguenza del reato, idonei ad «estendersi» ai prossimi congiunti, rientri quello al coinvolgimento nel sub-procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. Stando all'interpretazione fatta propria dai giudici delle libertà, la norma di cui all'ultimo comma dell'art. 90 c.p.p. opera solo in relazione ai «diritti positivi» della persona offesa, ossia alle facoltà di attivarsi nel procedimento penale, e non anche rispetto ai diritti «negativi» riconosciuti al titolare dell'interesse leso dal reato da quelle norme che lo inquadrano come semplice destinatario passivo di determinate comunicazioni<sup>14</sup>.

Come anticipato, la ricostruzione in parola non convince. Occorre, anzitutto, mettere in luce l'esistenza di altre disposizioni del codice di rito che, attribuendo all'offeso il diritto di ricevere comunicazioni in determinati snodi procedurali, senza dubbio si estendono ai prossimi congiunti qualora il titolare dell'interesse leso dal reato muoia in conseguenza dello stesso. Si pensi in particolare alla notifica dovuta alla persona offesa nel caso in cui il

<sup>13</sup> L'appello *de libertate* riguardava infatti una decisione di sostituzione migliorativa di una cautela precedentemente applicata adottata successivamente alla conclusione del primo grado di giudizio. Tuttavia le argomentazioni spese dai giudici sembrano valere in generale per la facoltà di interloquire riconosciuta alla persona offesa.

<sup>14</sup> Occorre segnalare che le predette categorie, diritti positivi e negativi della persona offesa, non trovano riscontro nella giurisprudenza e nella dottrina processuale, ma sono piuttosto categorie interpretative create *ad hoc* dai giudici leccesi.

pubblico ministero avanzi una richiesta di archiviazione della *notitia criminis* (art. 408, co. 2, c.p.p.). Se è vero che tale adempimento risulta funzionale a mettere l'offeso, o i suoi congiunti, in condizione di attivarsi nel procedimento (presentando opposizione alla scelta rinunciataria dell'accusa), è altresì vero che pure in relazione alla vicenda cautelare la notifica dell'istanza di revoca o sostituzione della misura risulta prodromica ad un'eventuale attivazione della persona offesa, che può presentare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p. È dunque chiaro come, anche a volersi condividere l'interpretazione che limita la portata del co. 3 dell'art. 90 c.p.p. alle sole facoltà «in senso "attivo"» riconosciute all'offeso, le ipotesi previste dai co. 3 e 4-*bis* dell'art. 299 c.p.p. non si possono configurare come diritti meramente «passivi» o «recettivi».

Gli ultimi due argomenti sviluppati dai giudici dell'appello cautelare risultano strettamente interconnessi e rispondono all'esigenza di trovare, all'interno del riformato procedimento *ex art. 299 c.p.p.*, un punto d'equilibrio appagante nel bilanciamento tra gli interessi di cui è portatrice la persona offesa e i diritti del prevenuto. A fronte delle ricadute potenzialmente molto significative che l'adempimento dell'obbligo informativo, previsto dall'art. 299, co. 3 e 4-*bis*, c.p.p., può comportare rispetto alla libertà personale dell'imputato, estenderne la portata alla platea indefinita e potenzialmente assai ampia dei congiunti dell'offeso deceduto<sup>15</sup> significherebbe appesantire in misura eccessiva il procedimento di modifica del trattamento cautelare in atto, con ciò sacrificando oltre quanto possa dirsi ragionevole la situazione soggettiva dell'imputato ed andando altresì contro la *ratio* che ha indotto il legislatore a introdurre una forma d'intervento della persona offesa *ex art. 299 c.p.p.*

L'aspetto da ultimo messo in luce occupa un rilievo centrale nel percorso argomentativo dei giudici leccesi. Il legislatore aveva di mira fenomeni di violenza domestica e di genere, ove particolarmente pressanti sono le esigenze di tutela della persona offesa, resa vulnerabile dalla vicinanza dell'accusato. Alla luce di ciò non avrebbe senso estendere la disciplina ai prossimi congiunti della vittima, ossia a soggetti in relazione ai quali tali esigenze di protezione non si pongono. In via secondaria emerge dall'ordinanza che ulteriore giustificazione della facoltà interlocutoria è quella di riconoscere all'offeso la possibilità di presentare elementi nuovi, che solo una pregressa relazione con l'imputato gli consente di avere.

---

<sup>15</sup> Correttamente il Tribunale leccese ricollega l'identificazione dei destinatari della notifica *de qua* a quell'insieme di soggetti individuati dall'art. 307, ultimo comma c.p., ossia «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii, i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole».

La preoccupazione dei giudici circa l'eccessivo appesantimento della procedura che determinerebbe l'estensione ai prossimi congiunti del diritto di essere informati in via preventiva dell'istanza di revoca o sostituzione, senz'altro da condividersi, sembra tuttavia far cadere i magistrati in un errore metodologico. In particolare i giudici fanno leva sulla *ratio legis* per giungere ad interpretazioni palesemente contrarie alla lettera delle disposizioni normative. È indubbiamente vero che il legislatore avesse in mente categorie delittuose ben precise nell'intervenire sull'art. 299 c.p.p. e che la principale finalità perseguita fosse la protezione della vittima rispetto a tali episodi criminosi. Tuttavia il dato normativo, nella sua chiarezza, si erge ad insuperabile ostacolo rispetto a interpretazioni che, per quanto giustificate dall'apprezzabile tentativo di ricondurre a razionalità una disciplina dai contenuti problematici, si basino esclusivamente sulla volontà del legislatore storico. Non è dunque possibile utilizzare l'argomento teleologico al fine di leggere nella norma qualcosa che non vi è, e a cui osta chiaramente la lettura sistematica degli artt. 299 e 90, co. 3, c.p.p.

### **3. Inammissibilità della richiesta ex art. 299 c.p.p. e difficoltà della notifica alla persona offesa**

Ad oggi l'imputato vede subordinato il buon esito della propria richiesta di miglioramento del trattamento cautelare alla necessità di coinvolgere nel procedimento la persona offesa, ovvero i suoi prossimi congiunti, qualora questa sia deceduta in conseguenza del reato. Tale partecipazione si attua mediante la notifica dell'istanza al difensore, ove nominato, ovvero alla persona offesa, «salvo che, in quest'ultimo caso, essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio» (art. 299, co. 3 e 4-*bis*, c.p.p.).

In tale ultimo inciso, la disposizione risulta formulata in maniera piuttosto ambigua.

Secondo una prima lettura, la norma impone la notifica dell'istanza di revoca o sostituzione nei luoghi e secondo le modalità di cui all'art. 154, co. 1, c.p.p., a meno che non sia stato dichiarato o eletto domicilio, nel qual caso la notifica dovrà essere ivi effettuata<sup>16</sup>.

Alternativamente la disposizione può significare che l'elezione o dichiarazione di domicilio da parte della persona offesa, che non abbia nominato un di-

---

<sup>16</sup> Si veda in tal senso BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 153-154; POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 986.

fensore, è condizione necessaria affinché sorga l'obbligo di notifica dell'istanza cautelare<sup>17</sup>.

Quest'ultima interpretazione, maggiormente in linea con il tenore letterale dei co. 3 e 4-*bis*, dell'art. 299 c.p.p., risulta preferibile sul piano della ragionevolezza. In tal modo, infatti, è reso significativamente meno gravoso l'onere imposto all'istante<sup>18</sup>, che ben potrebbe ignorare sia il luogo presso cui eseguire la notifica, sia la stessa identità dei suoi destinatari<sup>19</sup>. Con tale lettura quindi, da un lato, non vengono frustrate le istanze di protezione che il legislatore ha inteso riconoscere alla vittima, dall'altro, si tutela l'imputato da compressioni ingiustificatamente prolungate della propria libertà personale.

Peraltro, prescindere da una qualsiasi manifestazione di interesse per il procedimento e per l'evoluzione dello *status libertatis* dell'imputato da parte della persona offesa (nonché, ex art. 90, co. 3, c.p.p., del congiunto) apparirebbe del tutto irragionevole. A tal proposito sarebbe stato forse preferibile subordinare la notifica ex art. 299 c.p.p. ad una richiesta esplicita in tal senso da parte dell'offeso dal reato<sup>20</sup>, tuttavia l'imposizione di un onere di elezione di domicilio assicura quantomeno che tale soggetto non sia totalmente indifferente rispetto alle vicende procedurali. Infatti, una normativa che prescindesse da una, seppur indiretta, manifestazione di volontà dei destinatari della comunicazione, rischierebbe di dar luogo a conseguenze paradossali. Nello specifico, la notifica, potenzialmente assai difficoltosa, eseguita da un soggetto che, nel frattempo, continua a subire la restrizione della propria libertà, potrebbe raggiungere un individuo che non ha alcun interesse a riceverla. Peraltro, una disciplina così costruita sarebbe criticabile anche dal punto di vista della persona offesa, in quanto non riconosce alcun peso all'eventuale volontà di rimanere all'oscuro della vicenda processuale, per non rievocare passate

<sup>17</sup> Questa è l'interpretazione fatta propria da Cass., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 21070, *inedita*, nonché da ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 677, nota 154.

<sup>18</sup> Salvo che ci si trovi in fase di indagini, ove, in ragione del segreto istruttorio, non è dato accedere agli atti del fascicolo del pubblico ministero. Della questione si è occupata recentemente la Cassazione, la quale ha sostenuto che il giudice di merito debba andare oltre l'inaammissibilità dell'istanza non notificata, tutte le volte in cui l'adempimento dell'obbligo informativo non possa dirsi esigibile (Cass., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 21070, *inedita*).

<sup>19</sup> Evenienza che diviene particolarmente probabile qualora l'offeso sia deceduto conseguentemente al reato e si tratti dunque di notificare l'istanza ad una moltitudine indistinta di suoi prossimi congiunti, difficilmente individuabili, ancor prima che raggiungibili.

<sup>20</sup> Come previsto tanto dalla Direttiva 29/2012/UE (considerando 32 e art. 6), quanto, sul piano interno, da varie disposizioni che riconoscono diritti informativi alla persona offesa (ad esempio, art. 90 *ter* e 408, comma 2 c.p.p., ad eccezione dei casi di notifica *de plano* della richiesta di archiviazione introdotti dalla stessa legge n. 119 del 2013).

esperienze emotivamente traumatiche<sup>21</sup>. Infine, le tempistiche della misura cautelare finirebbero col dipendere, in misura potenzialmente significativa, da circostanze del tutto casuali, quali la conoscenza dell'identità dell'offeso e del luogo ove eseguire la notifica. Così, assumendo che l'istanza sia fondata, il protrarsi della restrizione cautelare finirebbe per dipendere dalla facilità o meno di raggiungere tali soggetti per la notifica. In sostanza, a seconda di fattori casuali, un imputato vedrebbe ristretta *ante iudicium* la propria libertà personale in misura più o meno prolungata, in evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

#### **4. Lo squilibrio del sistema cautelare determinato dalle innovazioni apportate all'art. 299, co. 3 e 4-bis c.p.p. ...**

L'introduzione di una forma di interlocuzione della vittima imposta a pena di inammissibilità all'interno delle serrate tempistiche proprie della vicenda modificativa dello *status libertatis* genera tensioni assai significative all'interno del sistema, potenzialmente in grado di sconvolgerne gli equilibri.

Il procedimento di revoca e sostituzione di cui all'art. 299 c.p.p. è funzionale a garantire un'esigenza fondamentale della disciplina delle misure cautelari, ossia che le stesse siano costantemente giustificate dall'esistenza dei relativi presupposti applicativi (artt. 273, 274 c.p.p.), nonché sempre adeguate e proporzionate, rispettivamente, al grado di intensità dei *pericula libertatis* del caso concreto, e alle caratteristiche del fatto *sub iudice* (art. 275, co. 1 e 2, c.p.p.)<sup>22</sup>.

All'interno di un contesto normativo caratterizzato dalle richiamate esigenze di garanzia per l'imputato, imporre il coinvolgimento obbligatorio dell'offeso, significa introdurre una disciplina la cui *ratio* è ben lontana dalle coordinate fondamentali del sistema. La previsione infatti comporta che, almeno per il tempo necessario al perfezionarsi della notifica (breve o lungo che sia), cui si aggiungono, nella fase delle indagini, i due giorni che devono trascorrere pri-

<sup>21</sup> ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 675, utilizza in proposito l'efficace espressione «diritto all'oblio della vittima».

<sup>22</sup> L'importanza dell'esigenza in parola trova peraltro espresso riconoscimento anche a livello sovranazionale. Le indicazioni più esplicite in tal senso provengono dal Consiglio d'Europa, che (con la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. 13 del 27 settembre 2006, in *www.coe.int*.) ha sollecitato i legislatori nazionali a prevedere controlli periodici officiosi sulla permanenza dei presupposti cautelari, in quanto tale meccanismo è in grado di assicurare al meglio la costante rispondenza della misura alle effettive necessità del caso concreto; DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e limiti massimi di custodia cautelare: incostituzionalità o «interpretazione costituzionalmente orientata» del motivo di rifiuto della consegna?*, in *Giur. merito*, 2007, 1427 ss., ma si veda altresì CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990, 177.

ma che il giudice decida sull'istanza, possa esservi una restrizione *de libertate* priva di giustificazione, poiché, salvo quanto si illustrerà nel prosieguo<sup>23</sup>, la sanzione processuale prevista dall'art. 299 commi 3 e 4 *bis* c.p.p. preclude l'esame del merito dell'istanza che non sia stata previamente notificata alla persona offesa.

Prima della legge n. 119 del 2013, la disciplina dettata dall'art. 299 c.p.p. risultava interamente incentrata sull'esigenza fondamentale di garantire il tempestivo adattamento del regime cautelare in atto all'eventuale venir meno o attenuarsi dei relativi presupposti<sup>24</sup>. Di contro, attualmente, il procedimento di revoca e sostituzione non mira più soltanto a tutelare l'imputato rispetto a restrizioni cautelari ingiustificate, e dunque contrastanti con il combinato disposto degli artt. 13 e 27, co. 2, Cost., ma altresì a proteggere l'offeso.

Tale direzione finalistica emerge in tutta la sua evidenza da alcuni passaggi dell'ordinanza in commento. I giudici individuano infatti chiaramente il fondamento della facoltà d'interlocuzione dell'offeso nell'esigenza di offrire a tale soggetto processuale uno strumento con cui tentare di evitare che il «suo aggressore» possa essere rimesso in libertà: sarebbe inaccettabile che la persona offesa «già vittima di un primo reato perpetrato ai suoi danni (o, spesso, di più reati concatenati precedenti) possa tornare a divenire oggetto delle violenze, fisiche o anche solo morali, poste in essere dall'autore». Appare fin troppo evidente, nelle parole dei giudici, il disconoscimento del portato garantista e delle conseguenze logiche, ancor prima che giuridiche, che la presunzione d'innocenza reca in sé: se l'imputato è innocente fino a sentenza di condanna definitiva, l'offeso dal reato non può essere considerato *ab initio* vittima di condotte rimproverabili a quell'imputato<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *Infra*, par. 5.

<sup>24</sup> Evenienza questa connaturata alla stessa fisionomia delle misure cautelari, le cui «premesse variabili esigono vagli ripetuti; misure legittime e adeguate, un attimo dopo, non lo sono più», CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 544.

<sup>25</sup> L'apparente irrazionalità del ragionamento in tutte quelle situazioni nelle quali le prove a carico dell'accusato appaiono schiaccianti è fatalmente destinata a cadere a fronte di una lettura corretta dell'art. 27, co. 2, Cost. La norma non impone di «pensare» l'imputato innocente fino alla sentenza definitiva, ma di trattarlo come tale per l'intero corso della vicenda processuale, ed anzi tanto più quando il quadro probatorio nei suoi confronti sia grave ed apparentemente univoco, PEZZATINI, *La custodia preventiva*, Milano, 1954, 219. In ciò consiste la «concezione normativa» della presunzione d'innocenza, ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno Foggia 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, 132; si vedano altresì ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 33 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 88 ss.; MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 303 ss.

Tuttavia la preoccupante tendenza ad individuare nei meccanismi cautelari strumenti di prevenzione della pericolosità dell'accusato del reato, funzionali alla protezione della persona offesa, trova, almeno in parte, la propria origine nella stessa opera di valorizzazione del ruolo della vittima all'interno delle dinamiche processuali, specialmente cautelari. Chiaramente sintomatico di ciò è talvolta lo stesso linguaggio impiegato dalle fonti normative che intervengono a disciplinare i diritti della persona offesa nel procedimento penale. Basti considerare come la Direttiva 29/2012/UE utilizzi, per riferirsi all'indagato e all'imputato, l'espressione «autore del reato», e altrettanto il legislatore nazionale nel recepire nell'ordinamento interno i contenuti di tale fonte normativa (art. 90-ter c.p.p.). Per quanto a livello europeo sia specificato che tale terminologia, impiegata per esigenze di sinteticità espositiva, fa comunque salva la presunzione di innocenza, il dato letterale risulta comunque significativo delle logiche su cui si basa l'operazione di tutela della vittima<sup>26</sup>. Del resto quest'ultima entra nel procedimento penale in quanto portatrice di istanze punitive o comunque protettive, che si riflettono puntualmente nel linguaggio legislativo, nonché, almeno potenzialmente, negli equilibri di determinati momenti processuali. Quel che allarma è proprio l'aspetto da ultimo messo in luce, ossia il rischio che le pretese punitive di cui è latore l'offeso possano influenzare significativamente anche i magistrati, determinando interpretazioni della disciplina processuale esclusivamente volte alla tutela di esigenze special preventive, senza tener debitamente conto di quella che deve rimanere la necessità primaria del sistema cautelare, ossia la tutela della libertà personale di colui che la Costituzione impone di presumere innocente sino a sentenza di condanna definitiva<sup>27</sup>.

Nel ricostruire la finalità precipua dell'onere informativo imposto a colui che richiede la modifica migliorativa del trattamento cautelare, la Cassazione valorizza, più che mere istanze special preventive, l'importanza del contributo conoscitivo che la persona offesa può offrire al giudice. Nello specifico, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'instaurazione di un «contraddittorio cartola-

<sup>26</sup> Certamente l'opzione terminologica avrebbe dovuto esser recepita nell'ordinamento interno con una maggior attenzione alla presunzione d'innocenza, che vieta drasticamente di equiparare l'imputato all'autore del reato.

<sup>27</sup> Sottolinea tale rischio, NEGRI, *Le misure cautelari*, cit., 473. Preme sottolineare come le argomentazioni del Tribunale di Lecce, nonostante conducano ad una lettura restrittiva della disciplina introdotta con la legge n. 119 del 2013, si basino su logiche e principi che puntualmente riflettono le considerazioni che precedono. Non può infatti sfuggire come la tutela riconosciuta al valore della libertà personale dell'imputato sia accordata principalmente in quanto, nel caso di specie, non si pongono esigenze di protezione dell'offeso e dei soggetti a lui legati da vincoli parentali. La libertà personale riceve, dunque, tutela in via del tutto subordinata alle istanze di protezione della persona offesa.

re» con la vittima è in grado di fornire al magistrato elementi ulteriori alla luce dei quali assumere, con piena cognizione di causa, la decisione *ex art.* 299 c.p.p.<sup>28</sup>.

L'impostazione della Cassazione si presta ad alcune considerazioni critiche. Se la *ratio* della facoltà d'intervento della persona offesa fosse realmente quella di garantire al giudice di decidere sulla libertà personale dell'imputato anche alla luce del cruciale contributo conoscitivo che può apportare la vittima, non si vede perché escluderlo, da un lato, in determinati contesti dello stesso procedimento di cui all'art. 299 c.p.p., dall'altro, in ulteriori snodi della vicenda cautelare in cui potrebbe risultare altrettanto decisivo. Con riferimento al primo dei profili richiamati occorre considerare la scelta legislativa di non prevedere il coinvolgimento della persona offesa in relazione alla richiesta di modifica migliorativa delle prescrizioni inerenti ad una cautela già in atto<sup>29</sup>, rispetto all'istanza di revoca o sostituzione presentata in sede di interrogatorio di garanzia<sup>30</sup>, nei casi in cui il giudice decida d'ufficio di alleviare il regime restrittivo dello *status libertatis*<sup>31</sup>. Inoltre il contributo conoscitivo dell'offeso potrebbe risultare decisivo, non soltanto in relazione alla procedura di revoca e sostituzione, ma altresì con riferimento alle impugnazioni cautelari.

Il fatto che il legislatore escluda in tutte le richiamate ipotesi qualsiasi facoltà d'interlocuzione della persona offesa si spiega alla luce di un duplice rilievo.

In primo luogo, si coglie nell'opzione legislativa la consapevolezza dei problemi che l'estensione eccessiva dell'ambito operativo di una disciplina così congegnata porta con sé, sia per la potenziale ampiezza della platea di destinatari della notifica, sia, soprattutto, per la gravità della sanzione processuale che

<sup>28</sup> Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2015, D., in *Cass. pen.*, 2015, 1952 ss.; Id., Sez. VI, 23 luglio 2015, T., in *Mass. Uff.*, n. 264342; Id., Sez. II, 14 ottobre 2015, Quadrelli, *ivi*, n. 265094.

<sup>29</sup> Risulta chiaro in tal senso il tenore letterale della disposizione legislativa; si vedano, G.i.p. Torino, 4 novembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 47, 16; AMATO, *I giudici limitano l'attuazione della nuova disciplina*, cit., 19; POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 985; BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 162-163. *Contra* Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2015, D., in *Cass. pen.*, 2015, 1952; Id., Sez. VI, 16 febbraio 2015, M.L., in *Giur. it.*, 2015, 727, con commento adesivo di SPANGHER, *La delimitazione funzionale del divieto di avvicinamento alla vittima ex art. 282ter c.p.p.*, *ivi*, 730.

<sup>30</sup> Non lascia alcuno spazio a dubbi l'art. 299, co. 3, c.p.p., a norma del quale va notificata la richiesta «che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia», si veda BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere*, cit., 86. Sottolinea POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p.*, cit., 981, come la scelta legislativa sia in tal caso giustificata dall'esigenza di non appesantire lo svolgimento di tale fondamentale momento difensivo.

<sup>31</sup> Anche in tale ipotesi la formulazione legislativa rende palese la non doverosità del coinvolgimento dell'offeso (art. 299, co. 3, c.p.p.). Secondo BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 164, il coinvolgimento della persona offesa perde di rilievo a fronte di un convincimento giudiziale già formatosi. In realtà quest'ultimo potrebbe risultare cruciale proprio in tali situazioni, in quanto idoneo ad illustrare al magistrato le ragioni per le quali la scelta che si accinge a compiere risulta errata.

consegue al mancato adempimento dell'onere informativo. Nelle situazioni di cui sopra, fondamentali momenti di difesa o istituiti di garanzia per l'imputato, spingersi ad introdurre un onere di coinvolgimento della vittima, come quello previsto dall'art. 299, commi 3 e 4 *bis* c.p.p., sacrificerebbe eccessivamente il diritto del prevenuto a decisioni celeri, che lo affranchino da cautele di cui non ricorrano i presupposti<sup>32</sup>.

In secondo luogo, il legislatore sembra in realtà aver concepito una disciplina con cui si realizzano obiettivi altri rispetto a quello di consentire al giudice di decidere alla luce della ricostruzione dell'offeso o degli elementi nuovi che questi è in grado di fornire. Ove infatti lo scopo fosse realmente stato quello di non privare il magistrato dell'essenziale contributo conoscitivo della persona offesa, oltre a prevederlo negli ulteriori richiamati contesti, il legislatore l'avrebbe disciplinato in maniera tale da rendere ben più effettivo il contraddittorio, magari sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 406, commi 3 e 5 c.p.p., ovvero sanzionando il mancato rispetto del termine dilatorio concesso per la presentazione delle memorie<sup>33</sup>. La tipologia di fattispecie in relazione alle quali il legislatore aveva inteso prevedere il coinvolgimento attivo dell'offeso nel procedimento *ex art.* 299 c.p.p., ossia quei fenomeni riconducibili al concetto di violenza di genere e domestica<sup>34</sup>, è idonea a far luce sui motivi che hanno determinato l'introduzione della disciplina<sup>35</sup>. Quest'ultima sembra, in particolare, funzionale a placare l'allarme sociale provocato da fattispecie criminose in grado di suscitare una fortissima inquietudine nelle vittime e, più in generale, nella collettività, stante la vicinanza personale all'offeso di colui che è accusato di aggredire il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice<sup>36</sup>. Unitamente alla viva preoccupazione destata da tali

<sup>32</sup> Si veda in tal senso, pur se con specifico riferimento all'interrogatorio di garanzia, ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 677.

<sup>33</sup> Non è possibile ricondurre la violazione del termine in questione alla nullità di ordine generale di cui alla lett. c dell'art. 178 c.p.p., che contempla, tra le varie ipotesi, le violazioni di disposizioni concernenti l'intervento delle sole parti, NICOLICCHIA, *Commento ad d.l. 14 agosto 2013, n. 93*, in SESTA, *Codice della famiglia*, Milano 2015, 2048.

<sup>34</sup> Si veda *supra*, par. 1.

<sup>35</sup> Ciò, preme ribadirlo, per quanto tale *intentio legis* non si sia tradotta nel tessuto normativo, essendosi il legislatore riferito ai «delitti commessi con violenza alla persona».

<sup>36</sup> Per i problemi che pone la funzionalizzazione dei meccanismi cautelari al placare l'allarme sociale destato da certi reati, si veda GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 43, e il filone giurisprudenziale relativo alle presunzioni cautelari inaugurato da Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265; ZACCHÈ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" del 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito in l. 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2009, 283 ss.; DI CHIARA, *Custodia in carcere e presunzioni assolute di adeguatezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 1150 ss.; BRICCHETTI, *Smantellato un sistema di presunzione assoluta che lede il principio dell'eguaglianza dei cittadini*, in *Guida dir.*, 2013, fasc. 17, 78 ss.

fattispecie, la spiccata empatia che suscita la vittima, bisognosa di protezione da parte dell'ordinamento<sup>37</sup>, trova la sua "valvola di sfogo" nel meccanismo introdotto con il d.l. n. 93 del 2013.

In buona sostanza, dunque, la disciplina offre al titolare dell'interesse leso dal reato uno strumento, invero tutt'altro che efficace, per "dire la sua" sul perché quella misura, che risulta funzionale anche, se non esclusivamente, a tutelarla<sup>38</sup>, non debba essere revocata o attenuata.

In tal modo si piegano meccanismi cautelari ad esigenze di prevenzione speciale, con un'operazione che, di per sé, ma soprattutto per come concepita, si pone in frizione con la presunzione di innocenza, che vorrebbe gli strumenti cautelari rigorosamente finalizzati alla tutela «del processo e del suo risultato»<sup>39</sup> e bandisce dal sistema coercizioni preventive non rigorosamente giustificate dalla ricorrenza di tali esigenze. In altri termini, il procedimento di revoca e sostituzione delle cautele coercitive diviene la sede di un bilanciamento tra opposti valori<sup>40</sup>: da un lato, il diritto dell'imputato *in vinculis* o comunque limitato nella sua libertà a non subire restrizioni ingiustificate (artt. 13 e 27, co. 2, Cost.), dall'altro, le istanze di protezione dell'offeso. È evidente come, tra i due valori in gioco, il primo risulti leso in concreto ed in modo attuale, mentre il secondo sia suscettibile di essere pregiudicato in via meramente ipotetica. L'esito di quest'opera di bilanciamento è chiaramente squilibrato a sfavore della libertà personale dell'imputato, ossia del bene prioritario tra le esigenze in gioco, non fosse altro che per il pregiudizio certo ed attuale che subisce. Il riconoscimento di un diritto partecipativo all'offeso ed ai suoi prossimi congiunti in una serie tutt'altro che irrisoria di procedimenti<sup>41</sup> e a pena di inammissibilità dell'istanza di revoca e sostituzione, è circostanza idonea a riverberarsi in termini incisivi sulla possibilità di ottenere una decisione mi-

<sup>37</sup> Sottolinea tale aspetto, in chiave critica nella misura in cui determina «lo slittamento del sistema penale verso funzioni preventive», NEGRI, *Le misure cautelari*, cit., 467, 468.

<sup>38</sup> Si riferisce alla tutela della «vittima in carne e ossa», NEGRI, *Le misure cautelari*, cit., 469.

<sup>39</sup> Il solo caso in cui possono essere poste a fondamento di una cautela personale esigenze extraprocessuali è quello previsto dalla lettera c dell'art. 274 c.p.p. Tuttavia la possibilità di restringere, *in itinere iudicii*, la libertà personale del presunto innocente a fini di tutela della collettività è circondata da particolari cautele, e ciò in quanto si pone, quantomeno, ai limiti della compatibilità con l'art. 27, comma 2 Cost. In questa sede non può che rimandarsi, per il dibattito sulla inconciliabilità dell'esigenza special preventiva di cui alla lettera c dell'art. 274 c.p.p. con il dettato costituzionale, a ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 42-44; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 137-140.

<sup>40</sup> BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 144-145; ZACCHÈ, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, cit., 646.

<sup>41</sup> Si veda *supra* par. 1.

glierativa dello *status libertatis*<sup>42</sup>. Con ciò sembra fatalmente dimenticarsi che nella vicenda processuale, tanto più nel suo eventuale segmento cautelare, il soggetto “debole”, bisognoso di protezione, è l'imputato.

Per di più, il coinvolgimento della persona offesa è prescritto in termini generalizzati, senza alcuna distinzione rispetto ai *pericula libertatis* che concretamente giustificano la restrizione cautelare. Se la misura è applicata per un'esigenza diversa da quella di cui alla lettera c dell'art. 274 c.p.p., non si vede perché rendere partecipe la persona offesa della sostituzione o revoca di una cautela che certamente nulla ha a che vedere con le istanze di protezione di tale soggetto processuale. In relazione alle misure adottate per far fronte ad un pericolo di inquinamento probatorio o di fuga, l'imposizione della notifica all'offeso sembra sfornita di qualsivoglia giustificazione razionale, con ciò contrastando con il principio di ragionevolezza.

Del resto, anche con riferimento alle situazioni suscettibili di rientrare nell'alveo dell'esigenza special preventiva di cui all'art. 274 lett. c c.p.p. occorrerebbe operare distinzioni, questa volta in concreto, tra i casi in cui sussistano effettive ed attuali esigenze di tutela della persona offesa e situazioni in cui invece queste non si pongano. In quest'ultima ipotesi sembrerebbero inquadrabili, in particolare, i casi di notifica ai prossimi congiunti, rispetto ai quali, come sottolineano i giudici leccesi, non si avverte esigenze di protezione. In tali ipotesi, per comprendere se, in concreto, la notifica sia dovuta può assumere rilievo la motivazione dell'ordinanza genetica della cautela. Sarebbe nello specifico ipotizzabile l'imposizione al magistrato di un onere motivato volto a dar conto della necessità o meno del coinvolgimento della persona offesa alla luce delle esigenze di prevenzione che concretamente giustificano la restrizione cautelare.

## 5. ... e i possibili rimedi

In termini generali, la sanzione processuale dell'inammissibilità si traduce in una preclusione rispetto all'esame del merito della domanda di parte<sup>43</sup>. Ciò potrebbe dare luogo a situazioni davvero inaccettabili sul piano del rispetto degli artt. 13 e 27, co. 2, Cost. Nello specifico, a fronte di un'istanza *ictu oculi* fondata, il giudice è costretto a dichiararla inammissibile, avallando il protrarsi

<sup>42</sup> NICOLICCHIA, *Commento*, cit., 2047; RECCHIONE, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere*, cit.

<sup>43</sup> GHIARA, voce *Inammissibilità (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, 481; PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 619; FONTI, voce *Inammissibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, 2006, 2.

di una restrizione della libertà personale palesemente in contrasto con i dettami costituzionali.

A fronte di ciò, occorre domandarsi se il sistema processuale lasci spazio a possibili soluzioni interpretative della questione<sup>44</sup>.

Va in proposito considerato come la conseguenza tipica della inammissibilità sia l'inidoneità della domanda di parte a produrre gli effetti a cui è preordinata<sup>45</sup>. Nel caso dell'art. 299 c.p.p., la sanzione processuale si traduce nell'inattitudine dell'istanza «a vincolare il giudice ad emettere una pronuncia sul merito di essa»<sup>46</sup>. Non può tuttavia sfuggire come, dichiarata l'inammissibilità, e venuto conseguentemente meno il dovere di statuire sul merito, resti intatto il potere del giudice di revocare o sostituire comunque d'ufficio la misura di cui siano venuti meno i presupposti almeno ogni qual volta la legge gli attribuisca tale potere (art. 299, comma 3 c.p.p.).

La prospettata situazione sembra, almeno *prima facie*, assimilabile al dibattuto tema della possibilità per il giudice *ad quem* di dichiarare una causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p., pur a fronte di un atto d'impugnazione inammissibile. In proposito la Cassazione, dopo aver sostanzialmente superato la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute<sup>47</sup>, esclude quest'evenienza. Le ragioni alla base di tale ricostruzione ne svelano, tuttavia, la inapplicabilità nell'ambito della revoca e sostituzione cautelare.

In particolare, a fronte di un impulso di parte inammissibile al giudice dell'impugnazione è radicalmente precluso di conoscere il merito in quanto l'atto invalido non risulta idoneo a radicare il rapporto processuale, o, in altri

---

<sup>44</sup> Nella ricerca di tali soluzioni esegetiche si avverte particolarmente l'esigenza di mantenersi entro i confini dettati dalla legge nella previsione di una causa di inammissibilità, preclusiva dell'esame dell'istanza di parte non notificata all'offeso dal reato. Non può per tali ragioni condividersi l'interpretazione della Corte di cassazione (Cass., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 21070, *inedita*). Con tale pronuncia i giudici di legittimità hanno ritenuto che, nel caso in cui la notifica alla persona offesa non sia esigibile (v. *supra*, nota 18), il giudice possa valutare la fondatezza della richiesta di parte, omettendo di dichiararla inammissibile.

<sup>45</sup> RICCIO, *Contributo allo studio dell'inammissibilità nel processo penale*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, II, Milano, 1984, 1344.

<sup>46</sup> Così, in termini generali, DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938, 51.

<sup>47</sup> Distinzione risalente a MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, 1972, 613, abbracciata da Cass., Sez. un., 11 novembre 1994, Cresci, in *Cass. pen.*, 1995, 1165 e Id., Sez. un., 24 giugno 1998, Verga, *ivi*, 1999, 843, poi fortemente ridimensionata in Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Piepoli, *ivi*, 2000, 25 e, ancor più, in Id., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, *ivi*, 2001, 1760. Per una trattazione approfondita dei termini della questione si rimanda a SCELLA, *Il vaglio di inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, 138 ss.

termini, a determinare l'operatività degli effetti devolutivi *ope legis*<sup>48</sup>. La questione, tuttavia, è ben diversa in relazione al procedimento di cui all'art. 299 c.p.p.: non avendo il meccanismo *de quo* natura di impugnazione, la validità dell'iniziativa di parte non si pone necessariamente come condizione indispensabile affinché il giudice possa aver cognizione delle questioni sottese alla richiesta. Si tenga inoltre presente che la motivazione principale per cui si riconosce all'inammissibilità dell'impugnazione valore assorbente rispetto alla declaratoria *ex art.* 129 c.p.p., è costituita dall'esigenza di evitare un uso distorto e pretestuoso delle impugnazioni<sup>49</sup>; ragione che chiaramente non sussiste rispetto alla procedura di cui all'art. 299 c.p.p.

Non sembra dunque azzardato sostenere che, dichiarata l'inammissibilità dell'istanza non notificata alla persona offesa, non sia precluso al giudice disporre *ex officio* la revoca o la sostituzione della misura cautelare di cui risultino carenti i presupposti<sup>50</sup>.

Problemi ulteriori e distinti si pongono poi con riferimento alla titolarità del menzionato potere officioso. Certamente può agire d'ufficio<sup>51</sup> - come si è anticipato - il giudice nella fase propriamente processuale del procedimento, ai sensi dell'art. 299, comma 3 c.p.p. La norma da ultimo richiamata attribuisce la stessa prerogativa anche al giudice per le indagini preliminari quando sia già investito del procedimento per l'esercizio di uno dei poteri appartenenti alla sua competenza funzionale, ossia «quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione dell'incidente probatorio». Sarebbe possibile estendere al g.i.p. la facoltà di revocare o sostituire la misura cautelare, pur a fronte di un'istanza inammissibile, solamente ove si consideri il catalogo di situazioni contemplate dal terzo comma dell'art. 299 c.p.p. un elenco aperto, suscettibile di ricomprendere al suo interno casi non

<sup>48</sup> CIAVOLA, *Le Sezioni unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*, in *Cass. pen.*, 2001, 2994.

<sup>49</sup> Si vedano in tal senso, GREVI, *Un caso clinico in tema di impugnazioni dilatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1168; FONTI, voce *Inammissibilità*, cit., 2; SCELLA, *Il vaglio di inammissibilità*, cit., 145.

<sup>50</sup> Come avviene in relazione al procedimento di archiviazione, quando l'opposizione della persona offesa, inammissibile in quanto non contenente l'indicazione di nuove indagini, sia idonea a far dubitare il giudice circa la correttezza dell'impostazione dell'accusa: in tal caso il giudice conserva intatto il proprio potere-dovere di fissare l'udienza *ex art.* 409, comma 2 c.p.p. «per l'esame delle ragioni della persona offesa in contraddittorio con le altre parti», Corte cost., 11 aprile 1997, n. 95; si veda in tal senso APRA-TI, voce *Inammissibilità e decadenza*, in *Diz. dir. pubb.*, IV, 2006, 3029.

<sup>51</sup> Ben inteso, esclusivamente ai sensi dei primi due capoversi dell'art. 299 c.p.p., mancando rispetto alla sostituzione *in peius* della misura un'iniziativa dell'accusa; si veda, in tal senso, MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, 86.

espressamente menzionati, in cui quel giudice sia chiamato ad esercitare una delle sue competenze funzionali, tra cui quella *de libertate*<sup>52</sup>.

La Corte costituzionale è, tuttavia, intervenuta sostenendo la natura tassativa delle ipotesi in cui al giudice per le indagini preliminari è consentito intervenire d'ufficio *ex art. 299 c.p.p.*<sup>53</sup>. Il caso specifico, sottoposto all'attenzione della Corte, riguardava la possibilità per tale giudice di revocare una cautela, pur a fronte di una richiesta di parte relativa alla mera modifica delle modalità applicative della stessa. Secondo l'interpretazione della Consulta, tale facoltà non deriva dall'esistenza di ipotesi di intervento officioso ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste dal legislatore, bensì dal principio del *favor libertatis*, alla luce del quale il giudice è «abilitato ad intervenire *in bonam partem* senza limiti derivanti dallo specifico *petitum*, quando sia comunque investito della competenza funzionale in materia cautelare da una richiesta» di parte<sup>54</sup>.

Occorre sottolineare come il contesto normativo in cui si inserisce la richiamata pronuncia, risulti ben diverso dall'attuale, che vede l'istanza *ex art. 299 c.p.p.* subordinata all'adempimento dell'onere informativo in favore dell'offeso. A seguito del d.l. n. 93 del 2013, dunque, l'impulso di parte nel senso dell'attivazione dei poteri *de libertate* del giudice per le indagini preliminari può risultare infruttuoso, ossia inidoneo a radicare la competenza funzionale in materia cautelare, in quanto l'ammissibilità dell'iniziativa dipende dall'avvenuta notifica della richiesta alla vittima (o ai suoi prossimi congiunti). In un simile quadro legislativo, non può escludersi che la Corte costituzionale, ove investita della questione, la valuterebbe in termini differenti. Lungi dal presentarsi come mera speculazione teorica, tale considerazione, per quanto ipotetica, trova fondamento nel rilievo cruciale rivestito, all'interno

<sup>52</sup> In questo senso sembra orientato CORDERO, *Procedura penale*, cit., 520, che estende la possibilità per il g.i.p. di provvedere in via officiosa *ex art. 299, co. 1 e 2, c.p.p.* anche nel caso (non espressamente previsto) in cui sia richiesto della proroga della custodia cautelare. Indicazioni concordi si rinvengono in quella dottrina che consente anche in sede riesame di revocare o sostituire la misura (nonostante l'ipotesi non compaia nell'*art. 309, co. 9, c.p.p.*): a prescindere da un'espressa previsione, in tutte le situazioni in cui si riscontrino i presupposti di cui ai primi due capoversi dell'*art. 299 c.p.p.*, il giudice deve revocare ovvero sostituire la cautela; GREVI, *Misure cautelari*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1990, 226; MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 95; CORDERO, *Procedura penale*, cit., 545. *Contra*, BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 164; AMATO, *Art. 299 c.p.p.*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, parte II, Milano, 1990, 158-159.

<sup>53</sup> Corte cost., n. 89 del 1998. Nell'occasione la Corte ha riconosciuto la possibilità al g.i.p., richiesto della modifica *in melius* delle modalità esecutive di una misura cautelare, di revocare la medesima ove ne siano venuti meno i presupposti, in ragione della possibilità di intervenire *in bonam partem*, senza vincoli derivanti dal *petitum*, quando investito di una domanda di parte.

<sup>54</sup> Corte cost., n. 89 del 1998.

dell'impianto argomentativo della Consulta, dall'esigenza di tutela della libertà personale dell'imputato.

Secondo la Corte, infatti, risulta essenziale che il meccanismo della revoca e sostituzione cautelare sia idoneo a garantire «che nel corso del procedimento si realizzi sempre la necessaria corrispondenza tra la misura applicata e le esigenze cautelari, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della libertà personale, sia l'applicazione di una misura inutile, in quanto non più adeguata alla tutela delle esigenze cautelari»<sup>55</sup>, in contrasto con i principi costituzionali (artt. 13 e 27 comma 2 Cost.). In conseguenza dell'introduzione della inammissibilità di cui ai commi 3 e 4 *bis* dell'art. 299 c.p.p. la procedura di revoca e sostituzione può concretamente essere inidonea a preservare tale esigenza fondamentale, perno del percorso argomentativo della Consulta. Attualmente la sola via per garantire che la libertà personale sia affrancata da restrizioni palesemente ingiustificate sembra quindi essere quella di consentire anche al g.i.p. di agire officiosamente quando l'istanza di parte appaia *ictu oculi* fondata e ciò lo spinga quindi a valutare se sussistano gli estremi per revocare o sostituire *in melius* la misura di propria iniziativa.

Del resto, gli argomenti spesi nel disconoscere la possibilità per il g.i.p. di agire d'ufficio sembrano svelare una sorta di equivoco in cui cade la Corte<sup>56</sup> nel cogliere con esattezza i termini che si pongono a premessa della questione. Le motivazioni per le quali il sistema non può ammettere in termini generalizzati la revoca o sostituzione *ex officio* durante le indagini si ricollegano sostanzialmente alla circostanza che, in quella fase, si è in presenza di «un giudice “senza processo”, a funzione intermittente», che «non dispone degli atti di indagine e non è a conoscenza dello sviluppo del procedimento»<sup>57</sup>. Nessuna obiezione può rivolgersi contro tale affermazione, effettivamente indicativa di quella che, nella sistematica codicistica, è la fisionomia del giudice per le indagini preliminari. Tuttavia, quel che la configurazione in parola preclude all'organo giurisdizionale è di attivarsi autonomamente per prendere cono-

<sup>55</sup> Corte cost., n. 89 del 1998. Anche la dottrina sottolinea come questa sia la fondamentale esigenza che il meccanismo di cui all'art. 299 c.p.p. deve soddisfare, MANZIONE, *Art. 299 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, III, Torino, 1990, 211 ss.; MARZADURI, *Misure cautelari personali*, cit., 85; BIANCO, *Le vicende estintive e modificative*, in CHIAVARIO (coord. da), *Libertà e cautele nel processo penale*, in CHIAVARIO, MARZADURI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1996, 197.

<sup>56</sup> E con essa quella dottrina che concorda nel riconoscere natura rigorosamente tassativa alle situazioni contemplate dall'art. 299, comma 3 c.p.p., BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 164; AMATO, *Art. 299 c.p.p.*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, parte II, Milano, 1990, 158-159.

<sup>57</sup> Corte cost., n. 89 del 1998. Si vedano, in dottrina, BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure*, cit., 164; AMATO, *Art. 299 c.p.p.*, cit., 159.

scenza degli atti contenuti nel fascicolo, ma nulla sembra invece impedirgli di agire d'ufficio *pro libertate* tutte le volte in cui entri in contatto con quegli atti, essendo sollecitato dalle parti all'esercizio di un potere appartenente alla sua competenza funzionale, tanto più in materia cautelare, come sostenuto dalla stessa Corte costituzionale<sup>58</sup>. Quest'ultima, giova ribadirlo, non aveva bisogno di ricostruire la questione nei termini prospettati per garantire la conformità della procedura delineata dall'art. 299 c.p.p. al combinato disposto degli artt. 13 e 27, co. 2, Cost. Ciò in ragione dell'assenza dell'inammissibilità oggi prevista dai co. 3 e 4-*bis* della richiamata disposizione, idonea a paralizzare l'iniziativa per le revoca o sostituzione *in melius*, e dunque ad impedire al giudice di attivarsi a garanzia della libertà personale.

Peraltro, il motivo ulteriore in ragione del quale al giudice per le indagini preliminari è, di regola, inibito l'intervento non sollecitato dalle parti, si ricollega alla funzione di garanzia che gli è connaturata. Non sfugge certo come, riconoscergli la possibilità di revocare o sostituire la cautela non più giustificata dalla ricorrenza dei relativi presupposti, anche a fronte di un'istanza inammissibile, lungi dal porsi in contrasto con la funzione di garanzia del g.i.p., ne sia diretta espressione.

Tale soluzione esegetica si presenta, inoltre, come la sola in grado di evitare che la disciplina di cui all'art. 299, co. 3 e 4-*bis*, entri fatalmente in collisione con i dettami costituzionali posti a tutela della libertà personale dell'imputato. Sarebbe infatti costituzionalmente inaccettabile che il giudice per le indagini preliminari, investito di un'istanza *ex art. 299 c.p.p., ictu oculi* fondata, ma inammissibile in quanto non portata a conoscenza dell'offeso, si trovasse "con le mani legate", e non potesse intervenire per ricondurre il trattamento cautelare in atto entro binari conformi agli artt. 13 e 27, co. 2, Cost.<sup>59</sup>.

VALENTINA CUNEO

<sup>58</sup> Corte cost., n. 89 del 1998.

<sup>59</sup> La situazione di contrasto con tali valori fondamentali si acuisce in considerazione del fatto che molteplici delle figure incriminatrici ricomprese nell'ampio concetto di «delitti commessi con violenza alla persona» (tra cui l'omicidio) rientrano tra quelle per le quali la custodia cautelare in carcere cessa di essere l'eccezione dell'intervento cautelare, per divenire la regola (art. 275, comma 3, terzo periodo, come modificato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47). La difficoltà estrema di superare il regime presuntivo attorno a cui ruota la disciplina in parola, fa sì che, nella pratica, sia pressoché automatico che il soggetto gravemente indiziato di una delle fattispecie per le quali vige il regime cautelare speciale, si trovi a subire la misura inframuraria; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2015, 309 ss.; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 143. Ecco allora che diviene ancor più allarmante, in ragione della gravosità della sacrificio imposto alla libertà personale dell'imputato, la situazione di contrarietà rispetto agli artt. 13 e 27, comma 2 Cost., determinata dal protrarsi ingiustificato della restrizione *de libertate* cui il novellato art. 299 c.p.p. può dar luogo.

