Rel. n. 05/17 Roma, 08 febbraio 2017

Relazione di orientamento

Omessa notifica alla persona offesa delle richieste *de libertate*: le prime pronunce della Corte di cassazione.

RIF. NORM.: art. 299 cod. proc. pen.; d.lgs n. 212 del 2015.

Sommario: 1. Inquadramento della questione – 2. La deducibilità della inammissibilità e l'interesse della persona offesa a ricorrere per cassazione – 3. Gli effetti dell'accoglimento del ricorso per inammissibilità della richiesta – 4. Il potere di modifica d'ufficio delle misure cautelari da parte del giudice.

1. Inquadramento della questione

Nell'ultimo triennio il legislatore, recependo diposizioni di fonte sovranazionale vincolanti per il nostro Paese[1], ha significativamente inciso sul codice di rito valorizzando il ruolo processuale della persona offesa: in particolare, ha previsto inediti diritti di partecipazione, in alcuni casi assistiti da sanzioni che rendono la tutela offerta sostanziale e non meramente nominalistica.

Si tratta di oneri informativi introdotti a favore delle persone offese in occasione del sub-procedimento di revoca o sostituzione delle misure cautelari coercitive (ad eccezione dell'obbligo di presentazione alla p.g. e del divieto di espatrio)[2]. Infatti, il decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla Legge 15 ottobre 2013, n. 119, n. 93 del 2013, ha novellato l'art. 299 cod. proc. pen., introducendo, nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, l'onere, a carico del soggetto richiedente, di notificare, al difensore della parte offesa o, in mancanza, alla persona offesa - salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio[3], la domanda di modifica. E tale onere è

[1] Il riferimento è alla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011 (ratificata con la legge n. 77 del 2013) e alla Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

[2] L'articolo 299 cod. proc. pen. indica analiticamente le misure di cui agli artt. 282-*bis* (misure dell'allontanamento dalla casa familiare), 282-*ter (*divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa), 283 (divieto ed obbligo di dimora), 284 (custodia cautelare in carcere), 285 (arresti domiciliari) e 286 (custodia cautelare in luogo di cura).

[3] Si segnala che all'udienza **dell'11/01/2017 la Seconda Sezione** ha affermato la validità della notifica effettuata, a sensi dell'art. 299, comma 3 cod. proc. pen., tramite PEC da parte del difensore dell'imputato al difensore della persona offesa, con riferimento al ricorso per la revoca o sostituzione delle misure previste dagli

operativo sia nella fase delle indagini preliminari sia in quella successiva, ad esclusione delle richieste presentate, rispettivamente, in sede di interrogatorio di garanzia ovvero in udienza (art. 299, commi 3 e 4-*bis* cod. proc. pen).
La finalità di tale informazione è di consentire alla persona offesa, o al suo difensore, di presentare memorie ai sensi dell'art. 121 cod. proc. pen. nei due giorni successivi alla notifica, trascorsi i quali il giudice procede comunque. In sostanza, la novella apportata all'art. 299 cod. proc. pen. è finalizzata a permettere un'interlocuzione della persona offesa di determinati delitti nei momenti evolutivi delle misure cautelari applicate all'autore del reato, all'evidente scopo di garantire maggiore tutela e adeguata partecipazione della stessa al procedimento.

A presidio della violazione di suddetta prescrizione il legislatore ha stabilito la sanzione processuale dell'inammissibilità dell'istanza *de libertate*.

2. La deducibilità della inammissibilità e l'interesse della persona offesa a ricorrere per cassazione

Con riferimento alla sanzione di inammissibilità sono da segnalare alcune recenti pronunce della Corte di cassazione che hanno riconosciuto **da un lato, la deducibilità e rilevabilità d'ufficio, in ogni stato e grado del processo cautelare, della inammissibilità, quale conseguenza della mancata notifica della richiesta medesima, precisando che - in sede di appello cautelare – il controllo officioso del giudice prescinde totalmente dal principio devolutivo di cui all'art. 597 cod. proc. pen.,** proprio in quanto viene in gioco la legittimità del provvedimento impugnato (Sez. 2, n. 33576 del 14/07/2016, Fassih, Rv. 267500) che, appunto, esclude la possibilità di forme di sanatoria non previste per legge (cfr. anche Sez. 2, n. 29045 del 20/06/2014, Isoldi, Rv. 259984); **dall'altro, la legittimazione della persona offesa ad impugnare direttamente**, **mediante ricorso in cassazione per violazione di legge**, il provvedimento che abbia disposto la revoca o la modifica della misura cautelare applicata all'imputato, nonostante l'inammissibilità della relativa richiesta per violazione dell'obbligo di notifica di cui all'art. 299, comma 4-*bis* cod. proc. pen.

In proposito, Sez. 6, n. 6864 del 9/02/2016, P., Rv. 266542 ha espresso il principio così massimato: «*Nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, la persona offesa può dedurre con ricorso per cassazione l'inammissibilità dell'istanza di revoca o sostituzione di misure cautelari coercitive (diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla p.g.) applicate all'imputato, qualora quest'ultimo non abbia provveduto contestualmente a notificarle, ai sensi dell'art. 299, comma quarto bis,*

artt. 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285, 286 cod. proc. pen. applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona. (informazione provvisoria).

cod. proc. pen., l'istanza di revoca, di modifica o anche solo di applicazione della misura con modalità meno gravose.».

Quest'ultima pronuncia, che si pone in continuità con Sez**.** 6, n. 6717 del 05/02/2015, D.C., Rv. 262272 – che in quell'occasione si era pronunciata con riferimento a persone offese costituitesi parti civili - ha individuato nella mancata preventiva notifica alla persona offesa in materia cautelare un *vulnus* alle prerogative riconosciutele a sua tutela, tramite la possibilità di presentare nei due giorni successivi memorie; e tale violazione, osserva la Sezione, legittima la persona offesa a ricorrere per cassazione, «*potendosi al tal fine richiamare, onde integrare la previsione di cui all'art. 311 cod. proc. pen., le norme che riconoscono il diritto alla persona offesa al contraddittorio cartolare, implicando altresì la possibilità di dedurre il vizio inerente al mancato rispetto del contraddittorio (di ciò è espressione l'art. 409, comma 6, cod. proc. pen.).*». In sostanza, l'interesse ad agire in giudizio per dedurre il vizio inerente al mancato rispetto del contraddittorio discenderebbe dalla previsione normativa di cui all'art. 299 cod. proc. pen. che attribuisce la facoltà di interlocuzione della persona offesa affinché possa offrire al giudice procedente eventuali ulteriori elementi di valutazione.

Nel caso all'esame della Corte, riconosciuta la inammissibilità dell'atto introduttivo del sub-procedimento cautelare non rilevata dal giudice procedente, il provvedimento che aveva revocato la misura dell'obbligo di avvicinamento ai luoghi frequentati dalle persone offese veniva annullato senza rinvio, con restituzione degli atti al tribunale per l'ulteriore corso.

Conformemente a tale decisione anche Sez. 1, n. 51402 del 28/06/2016, Zacheo, ha accolto il ricorso presentato dai prossimi congiunti della vittima di un reato di omicidio non preventivamente informati dall'imputato della richiesta di sostituzione della misura custodiale; in quest'ultimo caso, tuttavia, la Sezione, a seguito dell'annullamento senza rinvio dell'ordinanza che aveva sostituito la custodia in carcere con la misura degli arresti domiciliari, ha disposto che il provvedimento di annullamento fosse comunicato «*al Procuratore Generale in sede perché dia i provvedimenti occorrenti, conseguenti al venire meno del titolo concessivo degli arresti domiciliari…, in applicazione (estensiva) del disposto dell'art. 626 del codice di rito.*».

Tale orientamento, riconoscendo l'interesse ad agire in giudizio alla persona offesa (costituitasi o meno parte civile), **giunge ad integrare la previsione di cui all'art. 311 cod. proc. pen., che indica quali soggetti che possono impugnare le decisioni emesse a norma degli artt. 309 e 310 cod. proc. pen. soltanto il pubblico ministero, l'imputato ed il suo difensore.**

Le pronunce citate dimostrano di avere piena consapevolezza che, il questo modo, l'azionabilità del diritto al contraddittorio della persona offesa rischia di porsi in "tensione" sia con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, di cui all'art. 568 cod. proc. pen., sia con la previsione di cui all'art. 572 cod. proc. pen., che identifica nel pubblico

ministero l'organo istituzionalmente proposto a "mediare" le richieste di impugnazione della parte offesa, in tutti i casi in cui la legge non attribuisce a quest'ultima il potere di impugnazione diretta (come previsto, a titolo esemplificativo, dagli artt. 409, comma 6, cod. proc. pen.; 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen; 428 cod. proc. pen.).

Ed invero, secondo Sez. 6, n. 6864 del 9/02/2016, P., Rv. 266542, suddetta impostazione, che indubbiamente assicura effettività al diritto attribuito, **troverebbe riscontro, a livello sistematico, nell'interpretazione "costituzionalmente orientata" formatasi sull'art. 409 cod. proc. pen. in tema di omessa notifica della richiesta di archiviazione alla persona offesa**, secondo la quale, appunto, alla medesima è stato riconosciuto il diritto ad impugnare il decreto di archiviazione nell'ipotesi di omesso avviso, oltre i limiti della espressa previsione della norma.

Si ricorda, infatti, che con sentenza n. 353 del 1991 la Corte costituzionale, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità degli artt. 178, lett. c), e 409 cod. proc. pen., sollevata in relazione all'art. 24 Cost., nella parte in cui non prevedono uno strumento di tutela per i casi in cui il giudice pronunci decreto di archiviazione senza che alla persona offesa, che abbia manifestato la volontà di essere preavvisata, sia stato notificato alcun avviso.

In particolare, il giudice delle leggi ha ritenuto che potesse ricavarsi dal sistema - che già riconosce espressamente alla parte offesa, che abbia proposto opposizione, la legittimazione a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di archiviazione pronunciata dal g.i.p. ad esito dell'udienza in camera di consiglio celebrata senza che le sia dato avviso ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen. (art. 409, comma 6 cod. proc. pen.) - la sussistenza di un analogo rimedio nell'ipotesi, ben più grave, in cui la persona offesa venga privata dell'avviso della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero nonostante la sua espressa richiesta in tal senso, che le preclude, infatti, "a monte" la possibilità di proporre opposizione. In altri termini, la Corte costituzionale ha rilevato come tale soluzione, accolta da alcune pronunce della Corte di cassazione, fosse non solo quella più adeguata alla *ratio* dell'art. 409, comma 6, cod. proc. pen., ma anche conforme alla esigenza di disciplinare l'istituto dell'archiviazione come istituto unitario. Si tratterebbe di un'interpretazione estensiva conforme alla Costituzione che non intacca il limite segnato dal principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen., stante l'assenza del ricorso all'analogia.

Ebbene, le sopra citate decisioni affermano una tendenziale equiparazione della disciplina sulla modifica delle misure cautelari al procedimento di archiviazione, sebbene in tema di archiviazione l'art. 409, comma 6, cod. proc. pen. contempli espressamente il diritto al ricorso in cassazione della persona offesa avverso il provvedimento pronunciato ad esito dell'udienza di opposizione in violazione dell'art. 127 cod. proc. pen., condizione che ha consentito alla Corte costituzionale di operare una interpretazione estensiva di quest'ultima previsione, integrandone la portata, nel senso di ricomprendervi anche la

possibilità di ricorrere in cassazione contro il provvedimento di archiviazione emesso nell'ipotesi di omesso avviso di cui all'art. 408 cod. proc. pen.; peraltro, la presentazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione obbliga il g.i.p. a pronunciarsi comunque sulla richiesta di investigazioni suppletive indicate nell'atto, laddove il "litisconsorzio necessario" introdotto dal citato art. 299, commi 3 e 4-*bis* si esaurisce esclusivamente nella facoltà della persona offesa di presentare una memoria senza attribuirle il diritto ad "avere una risposta" dal giudice.

3. Gli effetti dell'accoglimento del ricorso per inammissibilità della richiesta

Un ulteriore problematica riguarda **gli effetti della sentenza di annullamento nell'ipotesi in cui la Cassazione accolga il ricorso della persona offesa diretto a far valere l'inammissibilità della richiesta.**

Dalle decisioni citate sembrerebbe che tale eventualità determinerebbe il ripristino dell'originaria misura illegittimamente revocata o sostituita, sanzionando un comportamento dell'imputato inosservante della regola procedurale, così da riportare la vicenda cautelare nella situazione originaria e consentire alla persona offesa di poter esercitare il diritto ad interloquire sull'istanza *de libertate*.

Dal punto di vista sistematico, tale risultato si porrebbe in continuità con il principio già espresso dalla Corte in tema di annullamento del provvedimento del giudice che dichiari erroneamente l'inefficacia della misura cautelare (Sez. 6, n. 42971 del 20/09/2016, P.M., Rv. 267964), secondo il quale: «*L'annullamento senza rinvio da parte della Corte di cassazione dell'ordinanza con la quale è stata dichiarata l'inefficacia della misura custodiale, implica l'immediato ripristino della misura cautelare per la cui esecuzione è sufficiente l'iniziativa del pubblico ministero, quale organo cui spetta l'esecuzione delle decisioni del giudice penale.*»; nello stesso senso si era in precedenza espressa Sez. 4, n. 769 del 10/08/1989, Pisani, Rv. 182167: «*In tema di libertà personale, quando la Corte di Cassazione annulla l'ordinanza del tribunale della libertà, con la quale, illegittimamente, fu dichiarato inefficace un provvedimento restrittivo della libertà personale, senza rinvio, con ciò intendendo che non appare necessaria nuova delibazione del giudice a quo, l'originario provvedimento rivive immediatamente e costituisce valido titolo per la riconduzione in carcere dell'arrestato, senza bisogno di procedere ex novo alla valutazione delle condizioni per il mantenimento in custodia del prevenuto medesimo. L'ordine di ripristino (di tale stato custodiale) deve essere impartito dal P.m., quale organo dell'esecuzione delle decisioni del giudice penale. Tuttavia, qualora il P.m. abbia richiesto il giudice, al momento titolare della procedura, dell'emissione di mandato di cattura finalizzato all'esecuzione della decisione della Corte, non può ravvisarsi alcuna nullità, per la incompetenza del giudice predetto, posto che la richiesta proviene pur sempre dall'organo della esecuzione e il mandato (o ordine) di cattura costituisce il normale strumento utilizzabile allorquando si debba ripristinare una*

custodia illegittimamente caducata. (fattispecie in tema di declaratoria di inefficacia dell'arresto flagrante annullata dalla Corte suprema; per il ripristino dello stato custodiale il P.m. aveva chiesto il giudice del dibattimento, al momento titolare della procedura, nella fase degli Atti preliminari (nella specie il Presidente del tribunale); il ricorrente contestava la Competenza di tale organo all'emissione del provvedimento coercitivo).».

4. Il potere di modifica d'ufficio delle misure cautelari da parte del giudice

Pare opportuno accennare ad un ultimo profilo, ovvero se anche in sede di modifica *de libertate* disposta d'ufficio dal giudice, la persona offesa debba essere preventivamente informata per consentirle di presentare memorie.

Con particolare riferimento alla eventuale **revoca o sostituzione *in melius* della misura, consentita nelle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 299, comma 3, cod. proc. pen.,** tale obbligo sembrerebbe escluso, in quanto il legislatore si è espressamente limitato ad imporre il litisconsorzio necessario con la persona offesa esclusivamente in caso di richiesta presentata dal pubblico ministero e dall'imputato.

Ed invero, nella diversa situazione di **aggravamento della misura cautelare, ai sensi dell'art. 276 cod. proc. pen., Sez. 1, n. 46229 del 14/09/2016, Russello, ha puntualizzato come non ricorrano i presupposti di applicabilità dell'obbligo informativo imposto dall'art. 299 cod. proc. pen.,** sottolineando che la sostituzione della misura conseguente alla trasgressione delle prescrizioni cautelari, deve ritenersi espressione della potestà coercitiva-sanzionatoria dell'organo giurisdizionale procedente, rispetto alla quale, nel nostro sistema processuale, la persona offesa dal reato non dispone di poteri di interlocuzione, diversamente dal caso in cui si debba valutare il mutamento del quadro indiziario, l'accertamento della cui sussistenza richiede, invece, il contraddittorio di tutte le parti (Sez. 5, n. 489 del 02/07/2014, dep. 08/01/2015, Ivanciu, Rv. 262209).

Redattore: Mariaemanuela Guerra

Il vice direttore
Giorgio Fidelbo