

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

12/2017

 edicolaprofessionale.com/DPP

**Cooperazione giudiziaria:
innovazioni apportate e occasioni perdute**

**Responsabilità penale
degli *internet service provider***

Custodia in carcere per evasione

Reato di furto in abitazione

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



RINNOVI RIVISTE 2018

*La dottrina più ricca,
le firme più autorevoli.
Un altro anno con te.*



Rinnova le tue riviste Wolters Kluwer:
carta o digitale, la qualità di sempre
e la possibilità di ricercare **tutta**
la dottrina di tuo interesse in oltre
70 riviste e più di 2.500 libri!

RINNOVA SUBITO I TUOI ABBONAMENTI SU:
WWW.EDICOLAPROFESSIONALE.COM/RINNOVI

ALTRI VANTAGGI TI ASPETTANO

Puoi rinnovare i tuoi abbonamenti anche tramite bollettino postale, chiamando il Numero Verde 800.916.935 o contattando il tuo agente di fiducia, trovi l'elenco completo su: www.shopwki.it/agenzie

Affrettati l'offerta è valida solo fino al 15 dicembre 2017.



EDITORIALE

Libro XI c.p.p.	COOPERAZIONE GIUDIZIARIA: INNOVAZIONI APPORTATE E OCCASIONI PERDUTE di <i>Maria Riccarda Marchetti</i>	1545
------------------------	---	-------------

LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE		1552
-------------------------	--	-------------

GIURISPRUDENZA

Osservatori

	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	1553
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	1556
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	1561
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	1566

Giurisprudenza commentata

Furto in abitazione	Cassazione Penale, Sez. Unite, 22 giugno 2017 (CC 23 marzo 2017), n. 31345 FURTO IN ABITAZIONE: NOZIONE DI PRIVATA DIMORA E LUOGO DI LAVORO di <i>Enrico Mezzetti</i>	1571 1572
Arresto in flagranza	Cassazione Penale, Sez. II, 18 aprile 2017 (CC 18 gennaio 2017), n. 18823 ARRESTO IN FLAGRANZA: IL <i>DISCRIMEN</i> TRA INSEGUIMENTO E MERA ATTIVITÀ DI RICERCA DEL REO di <i>Chiara Stoppioni</i>	1580 1581
Apologia del fascismo	Cassazione Civile, Sez. I Penale, 7 marzo 2017 (2 marzo 2016), n. 11038 COMMEMORARE I CADUTI DELLA REPUBBLICA SOCIALE ITALIANA CON IL SALUTO ROMANO NON COSTITUISCE REATO di <i>Paolo Caroli</i>	1585 1587
Misure cautelari personali	Cassazione Penale, Sez. VI, 24 gennaio 2017 (16 dicembre 2016), n. 3624 CUSTODIA IN CARCERE E COMPARAZIONE TRA CARTELLINI FOTO-SEGNALETICI E FERMO IMMAGINE di <i>Marco Cecchi</i>	1594 1596
Denunce anonime	Cassazione Penale, Sez. VI, 4 agosto 2016 (22 aprile 2016), n. 34450 LE DENUNCE ANONIME COME STRUMENTO DI INDAGINE. UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA EFFICIENZA E GARANZIE di <i>Wanda Nocerino</i>	1607

OPINIONI

Responsabilità provider	RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI <i>INTERNET SERVICE PROVIDER</i> : ATTUALITÀ E PROSPETTIVE di <i>Alex Ingrassia</i>	1621
Misure cautelari	È APPLICABILE LA CUSTODIA IN CARCERE ALL'EVASO ALL'ESITO DEL GIUDIZIO DI CONVALIDA DELL'ARRESTO? di <i>Luigi Giordano</i>	1629

Diritto penale e processo

Sommario

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

	OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	1637
Paesi di commom law	LA PROVA NEL PROCESSO PENALE INGLESE: VECCHI E NUOVI PRINCIPI di <i>Alessandra Gualazzi</i>	1641

INDICI

	INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	1653
	INDICE GENERALE 2017	1657

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Miliello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: A. Bargi; G. Bellantoni; A. Bernasconi; P. Corso; A. De Caro; P. Dell'Anno; V. Fanchiotti; L. Filippi; C. Fiorio; A. Gai-to; A. Giarda; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; A. Molari; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patanè; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 10/2017

Diritto penale:

- L. Riscato, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione* (Cassazione penale, Sez. IV, 7 giugno 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 28187); 2199.

- L. Ferla, *Il pugnale dei Sikh tra esigenze di sicurezza e divieti normativo-culturali* (Cassazione penale, Sez. I, 15 maggio 2017 (ud. 31 marzo 2017), n. 24084); 2208.

Diritto Processuale Penale:

- S.M. Corso, *Il lavoro del semilibero tra sicurezza e rieducazione* (Cassazione penale, Sez. I, 7 aprile 2017 (ud. 24 gennaio 2017), n. 17861); 2215.

Dottrina e attualità giuridiche:

AA.VV., *La riforma Orlando*, a cura di Roberto Bartoli e Antonella Marandola; 2225.

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera

Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute

di Maria Riccarda Marchetti (*)

L'esigenza di rendere più snella ed efficiente la cooperazione giudiziaria approntando strumenti adeguati per combattere le varie forme di criminalità che hanno assunto una dimensione sempre più di frequente transfrontaliera, ha spinto il legislatore ad intervenire in misura considerevole sui vari istituti che compongono il Libro XI del codice di procedura penale. Gli interventi, che risultano volti sia alla razionalizzazione dei procedimenti e al loro snellimento, sia, in alcuni casi, al potenziamento della tutela dei soggetti che vi sono coinvolti, hanno apportato sensibili mutamenti forse non sempre, o non del tutto, condivisibili.

Le disposizioni generali

Dopo anni di sostanziale indifferenza per la cooperazione internazionale in materia penale il nostro legislatore sembra essersi scrollato di dosso il torpore che lo aveva, ormai da troppo tempo, avviluppato; si assiste così ad un improvviso rinnovato interesse per il settore *de quo* con particolare riguardo alla normativa dell'Unione europea che, salvo casi sporadici (1), era stata in larga parte ignorata. Ed è sull'onda di questo *revival*, iniziato di recente (2), che da ultimo si è provveduto ad implementare l'Ordine europeo di indagine (OEI) e sono state apportate molteplici modifiche al Libro XI del Codice di procedura penale con il presumibile intento di rendere gli istituti ivi disciplinati più "moderni" e soprattutto di rendere la cooperazione più efficiente e al contempo più rispettosa dei diritti di coloro che vi sono coinvolti.

A riprova di tale decisa attenzione del legislatore sta la scelta di ratificare, con un ritardo veramente irragionevole, la Convenzione di assistenza giudiziaria dell'UE del 29 maggio 2000 (MAP) (3), la cui imminente operatività lascia comunque vagamente perplessi considerato che tale strumento normativo è stato in larga parte riassorbito nell'OEI e dunque avrà breve vita salvo per quei pochi aspetti non regolati nell'ordine. Ben vero che tra questi rientrano le squadre investigative comuni, la cui importanza non necessita di sottolineature, nondimeno essendo queste ultime disciplinate dalla decisione quadro 2002/465/GAI - implementata con D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 -, che rimarrà operante fino alla ratifica della menzionata Convenzione da parte di tutti gli Stati dell'Unione europea (art. 5 decisione quadro), al momento sembra poter soprattutto creare problemi di normativa applicabile (4). In ogni caso, oltre a quei profi-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di *referee*.

(1) Si era infatti provveduto al solo recepimento delle decisioni quadro sul mandato di arresto europeo (L. 22 aprile 2005, n. 69) e sul riconoscimento ai fini della loro esecuzione delle sentenze penali che irrogano pene o misure di sicurezza detentive (D.Lgs. 7 settembre 2010, n. 161).

(2) Tra il 2015 e il 2016 sono stati implementati, come è noto, numerosi provvedimenti normativi dell'UE. V. per tutti, per uno snello commento ai provvedimenti, T. Bene - A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria internazionale*, Milano 2016.

(3) Peraltro non ancora in vigore. La MAP, al pari di altre con-

venzioni, era stata prontamente sottoscritta al momento della sua apertura alla firma e poi, secondo un'abitudine forse non solo italiana, "dimenticata" sebbene a suo tempo la Commissione ministeriale nominata nel 1999 per la ratifica, anch'essa assai tardiva, di alcune convenzioni avesse provveduto a predisporre lo schema di decreto legislativo per la sua implementazione debitamente presentato nell'autunno del 2000. Sulla Convenzione v. N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016.

(4) Non è questa la sede per occuparsi di successione delle leggi nel tempo bastando qui ricordare che ove gli Stati in con-

Editoriale

Processo penale

li non ripresi nell'OEI, resta il fatto che quest'ultima potrà avere uno spazio applicativo nei confronti degli Stati che non abbiano recepito l'ordine investigativo.

Ma lasciando da parte la scelta del legislatore delegante di procedere a tale ratifica, quello che colpisce è il costante richiamo all'Unione europea voluto nel corpo del codice di procedura penale mediante l'inserimento di una serie di disposizioni in materia di mutuo riconoscimento, di prevalenza del diritto comunitario, ovviamente ove si tratti dei rapporti con gli Stati membri, nonché nella distinzione tra questi e altri Paesi sotto il profilo dei poteri del ministro della giustizia in ambito rogatorio. Tali specifiche ed alquanto dettagliate direttive sono state trasposte in altrettanti articoli che hanno integrato il Libro XI del codice (5).

Orbene, a parte la dichiarata prevalenza del diritto dell'Unione europea oltre che delle convenzioni e delle norme internazionali generali, di cui all'innovato art. 696, quanto al principio del mutuo riconoscimento, ritenuto oggi "principio cardine del sistema" (6), sono state inserite varie disposizioni riguardanti alcuni aspetti dei quali il più rilevante è dato dall'obbligo di eseguire le decisioni degli altri Stati membri senza sindacarne il merito (art. 696 *quinquies*) che rappresenta il *clou* del principio in questione. Fermo restando che il riconoscimento e l'esecuzione trovano un limite nella tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 696 *ter*), seguono altre prescrizioni relative, e solo per citarne alcune, alla trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, alla necessità che le decisioni siano adottate con la massima urgenza al fine di garantirne la tempestività e l'efficacia, all'impugnabilità - di regola senza effetto sospensivo - delle decisioni di riconoscimento, alla tutela dei terzi di buona fede. Si tratta in altre parole una sorta di elencazione dei principi di solito ricorrenti negli strumenti normativi dell'Unione, sicché ci si domanda quale possa essere la loro utilità in concreto salvo forse ritenere che le stesse possano costituire una chiave di lettura di quelle sovranazionali ovvero essere inserite nella normativa di recepimento se non contemplate nel provvedimento da implementare e purché non in contrasto con il suo contenuto.

Oltre l'inserimento *ex novo* del quale si è appena detto, il legislatore - seguendo le direttive della

legge delega alla quale è da ascrivere anche l'ampiezza delle novazioni - ha modificato gli istituti del Libro XI limitandosi in alcuni casi a brevi inserimenti, ovvero apportando cospicue variazioni a cominciare dalle rogatorie che sembrano costituire il settore di maggiore interesse del legislatore delegante.

La nuova configurazione dell'assistenza giudiziaria

Vediamole dunque seguendo la successione delineata nella delega: vale a dire iniziando appunto dalle rogatorie. La prima sostanziale, e forse più vistosa ed opinabile modifica, è data dall'autorità giudiziaria competente al ricevimento e all'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria. Ci si riferisce come è evidente alle rogatorie dall'estero per le quali oggi è stabilita la competenza del procuratore presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale deve compiersi l'attività richiesta. Una scelta che, sebbene accolta con favore (7), appare decisamente criticabile: quello che "va in soffitta" - per usare la colorita espressione di chi plaude alla modifica - è l'intervento giurisdizionale che implicava una garanzia di non poco rilievo per l'indagato o imputato, ma anche e a ben vedere per il nostro Stato. Affidare al giudice, ed in particolare ad un giudice collegiale, la verifica circa il rispetto di quegli elementi individuati partitamente dal comma 5 dell'art. 724, risultava, ad avviso di chi scrive, nettamente preferibile, ma la "demonizzazione" che nel corso degli anni è stata fatta dell'*exequatur* - che, merita ricordarlo, consisteva soltanto nella verifica della legittimità della richiesta e non riguardava l'autorità giudiziaria individuata per la sua esecuzione - ha spinto alla sua eliminazione che, peraltro, è meramente virtuale: al procuratore distrettuale spetta infatti controllare le condizioni cui è subordinata l'accogliibilità della richiesta e che, non a caso, sono esattamente le stesse oggetto del famigerato *exequatur*, e del resto sarebbe impensabile che si conceda assistenza anche nelle ipotesi contemplate dal vecchio art. 724, comma 5 (attuale 724 comma 7). La conseguenza, però, è quella di una disomogeneità fra i vari istituti disciplinati dal Libro XI quanto all'organo deputato a decidere. Peraltro, la scelta effettuata dal le-

creto coinvolti siano parti alla MAP potrebbero essere indotti ad applicare quest'ultima e non la decisione quadro.

(5) Sulla legge delega v. F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito il topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 310.

(6) In tal senso Selvaggi, *Quel "restyling" che facilita la ricerca di chi è latitante*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, 67.

(7) Selvaggi, *Va "in soffitta" l'atto di exequatur della Corte di appello*, in *Guida dir.*, 2017, n. 45, 73.

gislatore delegante con riferimento all'istituto *de quo* si è ovviamente riverberata anche sull'ordine europeo di indagine: è risultato infatti improponibile lasciare alla corte d'appello la competenza circa il riconoscimento dell'OEI dopo che nell'istituto più formale e paludato si è provveduto alla sua sostituzione.

In realtà per ottenere il risultato che si voleva perseguire - affidare il compimento delle indagini al procuratore della Repubblica che è appunto l'organo di regola deputato a compiere tale attività e che è per ciò stesso il più idoneo (8) - sarebbe stato sufficiente prevedere che la corte d'appello, nel caso di accoglimento della domanda, delegasse il pubblico ministero allorché la richiesta riguardi il compimento di indagini, ovvero il gip quando l'attività da compiere fosse di competenza del giudice eliminando così la possibilità di investire un consigliere delegato della stessa corte. Sarebbe stata una procedura comunque lineare che avrebbe mantenuto la garanzia dell'intervento giurisdizionale nella verifica in ordine all'ammissibilità della rogatoria. Ora invece la valutazione spetta al procuratore distrettuale il quale, ove accogla la richiesta, provvederà all'esecuzione; tuttavia qualora si renda necessario l'intervento del giudice oppure si tratti di atti da compiersi dinnanzi a questo, il procuratore trasmetterà al gip distrettuale per l'attività di sua competenza. Nella prima ipotesi considerata gli atti torneranno poi al procuratore per l'esecuzione (9).

In pratica si tratta degli stessi "passaggi" ma a parti rovesciate, sicché ritenere che quello voluto dal legislatore delegante e delineato dalle norme codicistiche costituisca un sistema più razionale, veloce ed efficiente resta da vedere. Peraltro l'aver affidato la competenza al procuratore distrettuale ha il vantaggio di consentire la riunione dinnanzi allo stesso organo nel caso di atti da compiersi in diversi distretti, senza incorrere nei rischi connessi ad una ipotizzabile violazione dell'art. 25, comma 1, Cost., laddove i criteri utilizzati potrebbero non da-

re idonee garanzie di osservanza del precetto costituzionale. La possibilità di riunione consente una maggiore snellezza e segue parametri forse non proprio ineccepibili che richiamano alcuni di quelli a suo tempo ipotizzati dalla dottrina con riguardo alla corte d'appello (10).

Per la verità in quest'opera di revisione della precedente normativa tesa ad una maggiore efficienza, ma - almeno così dovrebbe essere - anche ad una migliore tutela dei soggetti interessati, continua a mancare la possibilità di impugnazione del provvedimento ammissivo della richiesta la cui individuazione avrebbe certamente costituito un valore aggiunto. Il problema non è certo di oggi: da lungo tempo infatti la dottrina ha avanzato ipotesi circa la possibile impugnabilità dell'*exequatur* cercando di coniugare le esigenze di segretezza, particolarmente rilevanti allorché si tratti di attività di indagine, con la tutela dei soggetti coinvolti dal procedimento rogatorio, ma tutt'ora una simile possibilità non è stata presa in considerazione (11).

Tra gli aspetti positivi della riforma va sottolineata la disciplina riguardante specifici atti quali videoconferenze, trasferimento temporaneo di persone detenute e, solo per le rogatorie attive, squadre investigative comuni, mentre mancano del tutto le operazioni sotto copertura che, ove si fosse seguito l'attuale *trend* dell'assistenza giudiziaria avrebbero dovuto venire disciplinate, nondimeno in mancanza di una specifica direttiva il legislatore non ha ritenuto di intervenire; neppure vi è traccia delle intercettazioni telefoniche che sono state volutamente ignorate forse per evitare gli intuibili problemi connessi ad una materia così delicata e tuttora in fase di rielaborazione nel diritto interno.

Con riguardo poi alle rogatorie attive merita ricordare l'opportuna rettifica dell'art. 729 che ha ricondotto entro un alveo di ragionevolezza, pur senza ridurre le garanzie derivanti dalla inutilizzabilità degli atti, il disposto della norma della quale si parla (12). La rivisitata formulazione dell'art. 727 che, al comma 9, si limita a prevedere l'indicazione del-

(8) G. Melillo, *Ruoli e forme della garanzia giurisdizionale*, in G. La Greca - M.R. Marchetti, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino 2003, 265; E. Selvaggi, *Va "in soffitta" l'atto di exequatur*, cit., 73; R. Targhetti, *Un accordo internazionale per prevenire il riciclaggio*, in *Società*, 1994, 10.

(9) Si pensi alla richiesta di effettuare un'intercettazione che secondo la nostra normativa necessita dell'autorizzazione del giudice.

(10) Sul punto per un *excursus* critico dei criteri individuati v., volendo, M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 80 ss.

(11) Va segnalato che in verità la Commissione incaricata

di redigere gli schemi di decreti legislativi relativi alla riforma aveva individuato una possibilità sia pure molto contenuta di impugnazione che poteva anche costituire un segnale della maggiore attenzione ai diritti della difesa, ma l'articolato presentato è stato sul punto totalmente disatteso.

Con riguardo alla ipotizzata impugnabilità dell'ordinanza di *exequatur* v. per le varie soluzioni che a suo tempo erano state proposte ed anche per la bibliografia, M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria*, cit., 104 ss.

(12) V., per tutti, A. Scella, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, cit., 354 ss.

Editoriale

Processo penale

le “modalità e delle forme stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti” consente di salvaguardare le esigenze connesse alla rispondenza degli atti rogati alle regole previste dal nostro ordinamento, e l'art. 729 non collega più la sanzione alla mera inosservanza delle modalità richieste con una sorta di discutibile automaticità, ma rinvia alle nostre previsioni normative sul punto.

Maggiori garanzie in tema di estradizione

Anche per quanto riguarda l'extradizione si registrano alcuni interventi particolarmente significativi. Va preliminarmente ricordato che, con riguardo al versante passivo dell'istituto, sono state attuate alcune variazioni direttamente dalla L. 21 luglio 2016, n. 149, tra le quali pare utile ricordare la modifica dell'art. 698 co. 2 che ha dato seguito alla decisione della Corte cost. n. 223/1996 relativa all'extradizione per reati punibili, o puniti, con la pena di morte stabilendo che l'extradizione può in tale ipotesi concedersi solo quando si accerti che è stata adottata una decisione irrevocabile che irroga una pena diversa dalla pena capitale ovvero, se inflitta, sia stata commutata in una pena diversa: vale a dire che nel caso in questione non sarà possibile concedere l'extradizione processuale con le inevitabili difficoltà connesse ad una tale scelta. Va peraltro detto che dopo la pronuncia sopra richiamata che aveva dichiarato, come si ricorderà, l'illegittimità della disposizione ritenendosi la formula utilizzata dal legislatore - assicurazioni sufficienti che la pena capitale non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita - del tutto inidonea in quanto il divieto contenuto nell'art. 27, comma 4, Cost. impone una garanzia assoluta, l'extradizione processuale in simili ipotesi non era comunque ammissibile (13).

Ma torniamo ora alle modifiche attuate con il D.Lgs. n. 149 del 2017, tendenzialmente volte ad attuare una maggiore tutela dell'estraddando e ad imporre più nette scansioni temporali al fine di im-

primere maggiore rapidità al procedimento di estradizione passiva. Anzitutto si prevede una più precisa ripartizione di competenze tra il ministro e l'autorità giudiziaria, spettando al primo la valutazione circa la possibilità di rifiutare l'extradizione quando questa comprometta sovranità, sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato. Inoltre si sono individuati dei parametri per regolare il potere del ministro di rifiutare l'extradizione del cittadino: gravità del fatto, rilevanza degli interessi lesi dal reato e condizioni personali dell'interessato. Per vero anche anteriormente alla modifica la decisione circa l'extradizione del cittadino era ritenuta di esclusiva competenza del ministro, tuttavia in mancanza di qualsivoglia indicazione del legislatore la relativa scelta era rimessa *in toto* al suo potere discrezionale.

Per quanto riguarda poi il problema della lentezza del procedimento di estradizione passiva sono stati posti dei termini entro i quali devono svolgersi le diverse attività. Si stabilisce così che il ministro nel caso in cui dia corso alla domanda, la trasmette entro trenta giorni al procuratore generale competente, il quale a sua volta deve presentare le proprie requisitorie nei successivi trenta giorni. Parimenti un termine di sei mesi è stato imposto alla corte di appello e alla cassazione per la relativa decisione. È evidente che si tratta di termini ordinatori, né del resto avrebbe potuto farsi una diversa scelta, ma il fatto stesso di averli posti dovrebbe comportare un'accelerazione del procedimento che oggi dovrebbe concludersi al massimo entro quattordici mesi; a questi si aggiungono i tempi per la decisione ministeriale sulla consegna e quelli relativi alla stessa allorché l'extradizione venga concessa. Non solo: il decreto di estradizione è impugnabile davanti al giudice amministrativo che, ove presentato, determinerà un ulteriore rinvio. Siamo quindi ben lontani da quanto previsto per l'esecuzione del mandato di arresto europeo, ma la diversa articolazione dei due procedimenti inevitabilmente implica una differenza sensibile anche dei tempi di

(13) In relazione al problema della pena capitale v., tra i tanti, Grevi, *Il divieto costituzionale della pena capitale impone “garanzia assoluta” in sede di estradizione*, in *Guida dir.*, 1996, n. 28, 73; Marchetti, *Estradizione e pena di morte: cent'anni di polemiche*, in questa *Rivista*, 1996, 1039; Pisa, *Reati puniti con la pena di morte e collaborazione internazionale: la ricerca di una soluzione*, *ivi*, 1035; Pisani, *Pena di morte ed estradizione nel trattato Italia-Usa: il caso Venezia*, in *Ind. pen.*, 1996, 671.

Per la verità la Commissione ministeriale, ben consapevole dei problemi derivanti dalla impossibilità di estradizione processuale, aveva proposto l'inserimento di un ulteriore comma che stabiliva potersi concedere l'extradizione processuale nell'ipotesi in cui la convenzione applicabile imponesse l'obbligo

di commutazione ritenendosi che in tal caso fosse impossibile per lo Stato richiedente applicare la pena capitale. Sul punto cfr. anche l'art. IX del nuovo Trattato di estradizione con gli U.S.A. (entrato in vigore il 1 febbraio 2010), il quale prevede che la pena di morte non potrà venire inflitta o se inflitta non verrà eseguita ed il rispetto di tale condizione è vincolante per lo Stato richiedente: come dire che la commutazione rappresenta un obbligo ineludibile. Tuttavia la formulazione del comma 2 dell'art. 698 non consente l'extradizione processuale neppure in questo caso posto che è necessario il provvedimento di commutazione ovvero una sentenza irrevocabile che non applichi tale pena.

esecuzione. In realtà per avere un procedimento di estradizione passiva che si svolga entro un periodo temporale contenuto sarebbe necessario modificarne radicalmente la struttura, ma il legislatore delegante evidentemente non lo ha ritenuto opportuno - né la specificità delle direttive poteva consentirlo - e dunque ci si è limitati a qualche "ritocco" nella speranza che almeno i termini individuati vengano rispettati.

Infine sotto il profilo delle maggiori garanzie previste per l'estraddando si è finalmente stabilito che il procuratore generale deve procedere al suo interrogatorio e che l'eventuale consenso all'estraddizione e la rinuncia al principio di specialità devono, per essere valide, venir rese con la necessaria presenza del difensore. Oltre ad alcune rettifiche di carattere prevalentemente lessicale ed alla correzione in sede di art. 716 del termine per la convalida dell'arresto provvisorio effettuato dalla polizia giudiziaria (14), queste sono in sintesi le principali modifiche all'estraddizione passiva che rappresentano certamente un miglioramento dell'istituto sia, come detto, con riguardo ai diritti della persona della quale è chiesta la consegna, sia - ma questa è soprattutto una speranza - sotto il profilo dei tempi entro cui il relativo procedimento deve concludersi.

Più ampie e incisive le novazioni in tema di estradizione attiva per la quale si è opportunamente individuata la natura del principio di specialità. Sebbene la previsione della delega avrebbe consentito una migliore articolazione del principio *de quo*, il legislatore ne ha operato un opinabile ridimensionamento. Anzitutto, si è voluta mantenere la discutibile ed impropria definizione della regola della quale si parla - oggi, come ieri, costituita dal divieto di disporre la privazione della libertà personale - e che già a suo tempo era stata ampiamente criticata in quanto non rispondente alla normativa pattizia, che pur nelle diverse formulazioni utilizzate faceva riferimento sia al processo che all'esecuzione della pena, e rispetto alla quale costituiva un ingiustificabile arretramento. È evidente come al momento di redazione del codice l'opinione della giurisprudenza aveva prevalso ed oggi, ad oltre trent'anni di distanza, ha continuato a prevalere. Non solo, posto che il principio costituisce, per espressa indicazione del legislatore delegante, una causa di

sospensione avrebbe dovuto agire fin dalla fase delle indagini preliminari. La sua operatività è infatti legata al momento in cui l'estraddato rientra nel territorio dello Stato e dunque, essendo la sospensione collegata a questo elemento, il procedimento dovrebbe "bloccarsi" nella fase in cui si trova quando si realizza il menzionato rientro. Nonostante ciò il legislatore ha deciso che la sospensione non opera nella fase delle indagini, ma riguarda soltanto il processo: *id est* dopo che sia stata esercitata l'azione penale. Quanto discutibile e scorretta sia questa scelta non abbisogna di sottolineature, ma testimonia come il principio sia evidentemente tuttora considerato un insopportabile limite all'esercizio del potere giurisdizionale sicché - non potendo essere eliminato - viene compresso il più possibile (15).

Restano naturalmente le usuali cause di purgazione del principio e si ha cura di precisare che la sospensione non può essere impeditiva né del proscioglimento dell'interessato, né dell'assunzione di prove non rinviabili e del compimento degli atti urgenti. Del resto, posto che la regola non costituisce una causa di perenne immunità, è del tutto ovvio che si salvaguardino gli elementi probatori in vista della ripresa del processo.

Si è, inoltre, provveduto a disciplinare un aspetto di notevole rilevanza qual è quello legato alla possibilità di richiedere l'estraddizione suppletiva che necessita della medesima documentazione di quella principale: vale a dire che è necessaria l'emissione di un provvedimento coercitivo custodiale che a seguito della sospensione non potrebbe venire emesso. Si stabilisce così che ai soli fini della richiesta di estensione è possibile emettere l'ordinanza che dispone la custodia cautelare e fermo restando che debbono comunque sussistere i gravi indizi di colpevolezza. In altre parole si è voluto evitare, a tutela dell'interessato, che la strumentalità del provvedimento coercitivo ne consentisse l'adozione pure in mancanza del necessario presupposto.

Ed è proprio per garantire l'imputato ed al contempo per irrinunciabili esigenze di ottemperanza alla normativa codicistica in tema di misure cautelari, che, la conferma dell'ordinanza - la cui esecuzione è ovviamente sospesa in pendenza della decisione sull'estensione - nel caso di concessione di que-

(14) Dal momento che la dizione normativa nell'individuare il termine entro cui effettuare la convalida indicava novantasei ore dall'arresto che non coincide con quello previsto dall'art. 13, comma 3, Cost. si è provveduto alla relativa rettifica.

(15) In verità anche in sede di Commissione vi era stato un acceso dibattito ma poi era prevalsa l'opinione più corretta sicché la norma era stata redatta in maniera assai diversa da quella approvata.

st'ultima è subordinata all'esistenza di tutte le condizioni per la sua adozione: come dire la sussistenza di esigenze cautelari che non vengono evidentemente prese in considerazione al momento della sua emissione stante la specifica finalità cui la stessa è subordinata.

Altra innovazione, resa anch'essa necessaria da un risalente intervento della Corte costituzionale (16), riguarda il computo della custodia sofferta all'estero e la sua incidenza sui relativi termini. Qui ci si è semplicemente limitati a strutturare la norma sulla base di quanto stabilito dalla corte. Peraltro, e sebbene non indicato nella delega, sarebbe stato opportuno inserire una disposizione che stabilisse una proroga dei termini di custodia prossimi a scadere, finalizzata esclusivamente al mantenimento della richiesta di estradizione. Dati i tempi certamente non brevi del relativo procedimento all'estero c'è la fondata possibilità, soprattutto nel corso delle indagini preliminari, che nelle more della concessione decorrano i termini di custodia cui consegue la revoca del provvedimento cautelare con la conseguenza di dover ritirare la domanda di estradizione per essere venuto meno il titolo sul quale la stessa si fonda. Si tratta all'evidenza di un problema decisamente rilevante e questa poteva essere l'occasione per porvi almeno in parte rimedio, ma il legislatore non ha ritenuto necessario provvedere (17). Ha invece scelto di inserire - sulla scorta di una precisa direttiva della delega - un richiamo alla riparazione per ingiusta detenzione del quale si poteva forse anche fare a meno, posto che appare del tutto logico che se la custodia comincia a decorrere dal momento in cui il soggetto viene privato della libertà personale a seguito della richiesta di estradizione, questo periodo di detenzione rientra *de plano* nel computo ai fini della riparazione. In verità sarebbe stato molto più utile porsi il problema della riparazione con specifico riferimento al procedimento *de quo* nel quale il soggetto può essere privato della libertà personale anche per un'extradizione che non viene concessa o per una consegna che non viene effettuata (18).

Il trasferimento dei procedimenti

Veniamo ora alle ulteriori modifiche. Per quanto attiene al riconoscimento della sentenza straniera e all'esecuzione all'estero di quella italiana, sebbene almeno in linea teorica si sarebbe potuta effettuare un'ampia rivisitazione della disciplina preesistente "secondo criteri di massima semplificazione" (19), in realtà è apparso subito chiaro che la auspicata semplificazione poteva riguardare soltanto alcune delle tipologie regolate dall'istituto *de quo* poiché è sembrato improponibile un procedimento in una qualche misura più sommario allorché si tratti di dare esecuzione nel nostro Stato ad una sentenza che abbia inflitto una pena detentiva. Conseguentemente lo snellimento ha riguardato, sotto il profilo procedimentale, quelle forme di riconoscimento relative all'"utilizzo" della sentenza straniera per gli effetti di cui all'art. 12 c.p. ovvero quando si perseguano finalità di natura civilistica. In queste ipotesi è infatti parso sufficiente a salvaguardare i diritti dei soggetti coinvolti un procedimento di natura cartolare con l'indubbio vantaggio di rendere più rapido e lineare il riconoscimento stesso. L'altra modifica di un qualche rilievo ha riguardato le indagini e il sequestro a fini di confisca: qui ci si è limitati soltanto ad un ovvio rinvio alle norme sulle rogatorie affidando la decisione e l'eventuale esecuzione al procuratore distrettuale.

L'ultimo decisamente rilevante intervento legislativo riguarda l'inserimento di un nuovo istituto: il trasferimento dei procedimenti penali che tende ad evitare il conflitto di giurisdizioni e a prevenire il verificarsi di un *bis in idem*. Una scelta in sé felice sebbene la sua concreta attuazione non sia priva di ombre. Dei problemi connessi ad una possibile duplicazione dei procedimenti era, peraltro, ben consapevole il legislatore sovranazionale che fin dal lontano 1972 ne aveva disciplinato il trasferimento, ed in tempi più recenti l'Unione europea si è occupata di regolamentare tale aspetto oltre quello relativo al *ne bis in idem* (20).

Premesso che la possibilità del trasferimento è subordinata all'esistenza di una convenzione interna-

(16) Corte cost 21 luglio 2004, n. 253, in *Giur. cost.*, 2004, 2597.

(17) La Commissione aveva invece redatto un articolo *ad hoc* per sopperire a tale esigenza, precisandosi *per tabulas* che la ipotizzata proroga valeva esclusivamente ai fini del mantenimento della richiesta di estradizione.

(18) Sul punto anche per i problemi che si pongono nell'individuazione dello Stato tenuto alla riparazione stessa, v. volendo, M.R. Marchetti, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova 1990, 110 ss.

(19) Questa la formulazione dell'art. 4 lett. c) della delega.

(20) Ci si riferisce alla Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, Strasburgo 15 maggio 1972 del Consiglio d'Europa, nonché, con riguardo all'UE, all'art. 54 dell'Accordo di Schengen, relativamente al *ne bis in idem*, e la decisione quadro 948/2009/GAI che concerne specificamente i procedimenti definiti "paralleli" (art. 4, D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 29 di recepimento della decisione).

Sul punto v. *amplius* E. Selvaggi, *Procedimenti paralleli, la*