

OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE

Direzione
ALFREDO GAITO

Comitato di Direzione
Alfredo Bargi – Carlo Fiorio – Sandro Fùrfaro
Filippo Giunchedi – Mariangela Montagna – Ciro Santoriello

Comitato di Redazione
Silvia Astarita – Benedetta Bocchini
Vincenzo Comi – Nadia La Rocca

INDICE-SOMMARIO

EDITORIALE

Ancora questioni di cassazione: un passo avanti e... due indietro sulla strada per garantire l'effettività delle garanzie europee

di *A. Gaito* pag. V

ULTIMORA

Disorientamenti perenni in tema di confisca dei suoli abusivamente lottizzati e prescrizione del reato: la Corte costituzionale si avvale della «facoltà di non rispondere»

di *A. Dello Russo* pag. 1

IL PUNTO SU ...

Lex loci e capacità testimoniale del p.m. italiano nell'ambito dei controlli sulla ritualità di una rogatoria attiva ad Hong Kong

di *A. Gaito* pag. 4

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria e favoreggiamento personale: la Corte costituzionale estende la causa di non punibilità dell'art. 384, 2° co., c.p.

di *R. Aprati* pag. 17

I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)

di *A. Bargi* pag. 28

Mancato accesso agli atti prima dell'udienza *ex art.* 391 c.p.p., vizio dell'interrogatorio e conseguenze sulla misura cautelare: un ulteriore contrasto, ma di metodo

di *S. Furfaro* pag. 31

Verso la retrodatazione dei termini investigativi per accertato ritardo nell'iscrizione della *notitia criminis*

di *C. Santoriello* pag. 38

Proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato e successiva confisca: accertamento del fatto-reato e della responsabilità

di *R. Governa* pag. 43

DOCUMENTI

Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della CEDU pag. 48

La pubblicità delle udienze nei riti camerati.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite pag. 67

QUESITI

Davvero esperibile l'incidente d'esecuzione da parte del p.m. per riproporre una richiesta di confisca già rigettata con il decreto di archiviazione? di <i>G. Sambuco</i>	pag. 73
---	---------

STUDI DI DIRITTO COMPARATO

Durata irragionevole del processo. La "soluzione" del Tribunale di Parigi di <i>L. Filippi</i>	pag. 85
---	---------

LIBRI – IDEE

Recensione di S. Livadiotti, <i>Magistrati. L'ultracasta.</i> di <i>E. Fonseca</i>	pag. 87
---	---------

**Ancora questioni di cassazione: un passo avanti e... due indietro
sulla strada per garantire l'effettività delle garanzie europee**

Con provvedimento avente natura organizzativa interna il 22 giugno 2009, l'Ufficio del Primo Presidente della Corte Suprema di cassazione ha rifiutato di iscrivere nel ruolo delle decisioni delle Sezioni Unite un ricorso che presupponeva la risoluzione del quesito circa la possibilità dell'incidenza diretta delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui giudizi penali in generale e sulle cadenze del giudizio di legittimità, in particolare.

Prima di iscrivere la causa sul ruolo delle Sezioni Unite penali onde procedere a decidere il «merito» della questione devoluta *ex art. 618 c.p.p.*, nell'ambito di una fase preliminare interna di preparazione ed organizzazione, l'ufficio del Primo Presidente ha ritenuto di deliberare contenutisticamente il *thema decidendum* e rilevando che l'oggetto del ricorso era in tema di misure di prevenzione e che l'oggetto della questione controversa concerneva l'assetto operativo attuale dei giudizi penali in cassazione, ha optato per la restituzione del fascicolo alla Sezione originaria, implicitamente invitando i giudici a rivalutare la rilevanza della questione dedotta, optando eventualmente verso altri strumenti di risoluzione del problema: un'ordinanza di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Ciò posto: se, da un lato, l'iniziativa del Primo Presidente (e del suo *staff*) si inquadra nell'ambito di un legittimo e doveroso scrutinio in ordine alla *rilevanza dell'intervento* richiesto; va dato atto come, dall'altro lato, il contrasto sui modi e sugli strumenti per dare attuazione alle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo c'è e va risolto.

I termini della questione sono ben delineati nell'ordinanza di rimessione della Seconda Sezione penale (Pres. Casucci; Est. Fiandanese) che è pubblicata *infra* tra i *Documenti*.

Il *fin de non recevoir* dell'Ufficio del Primo Presidente è stato scandito in 14 righe, con una prosa tanto scarna quanto sorprendente: «L'ordinanza di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite penali contiene un'esegesi della giurisprudenza ma omette di soffermarsi adeguatamente sulla specialità che connota il giudizio di cassazione in virtù della specifica regola contenuta nell'art. 611 c.p.p., di generale applicazione relativamente a procedimenti non emessi nel dibattimento, regola alla quale la previsione del giudizio svoltosi con rito abbreviato costituisce espressa eccezione, come tale non integrabile analogicamente.

Né va trascurato che in materia di prevenzione, tra l'altro, il ricorso è ammesso solo per violazione di legge (art. 4, co. 11, L. n. 1423/1956).

Per altro verso, è altra la sede dove eventualmente sollevare questione sull'even-

tuale non corrispondenza di norme processuali a precetti della Costituzione nel confronto con norme sovranazionali, a causa dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, co. 1, Cost.)».

Tre sono i profili meritevoli di considerazione.

Posto che va assicurata l'effettività del giusto processo in cassazione, alla stregua degli orientamenti emergenti dall'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale, si tratta di verificare anzitutto se davvero *«altra è la sede per affrontare e risolvere il problema della non corrispondenza di norme processuali a precetti della Costituzione nel confronto con norme sovranazionali».*

Sta poi a vedersi se la conclamata *«specialità che connota il ricorso per cassazione»* sia effettivamente tale da legittimare deroghe o cedimenti di fronte ai principi fondamentali imposti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali.

Né si può ulteriormente trascurare il dubbio sulla persistente accettabilità della strozzatura del controllo di cassazione sulle misure di prevenzione entro le ferree paratie della sola *«violazione di legge».*

La sensazione, francamente sgradevole, è che siano stati compiuti un passo avanti (dalla Seconda Sezione) e due indietro (da un Ufficio di Presidenza palesemente arroccato su posizioni di retroguardia, oramai anacronistiche).

Delle resistenze all'attuazione del giusto processo e dell'effettività dei controlli in cassazione parlo da tempo. Ed allora, ad evitare inutili ripetizioni, mi limito a ribadire che *«il giusto processo è stato inserito in Costituzione e da tempo era contemplato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mentre le altre esigenze, pur evocate dai giudici di cassazione, non hanno copertura né nazionale né sovranazionale; per l'effetto, non può essere ulteriormente consentito il disinvoltato sacrificio dei principi costituzionali e sovranazionali sull'altare di esigenze burocratiche contingenti».*

A livello di principi la questione è tutt'altra, dovendosi sciogliere in modo appagante l'enigma se in cassazione possano o meno essere sperimentate limitazioni al giusto processo. E la risposta è nell'incipit dell'art. 111 Cost.: la giurisdizione si attua mediante il giusto processo; e non sono consentite deroghe» (volendo cfr. il nostro, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 289).

A rigore, la *«capacità conformatoria»* delle disposizioni nazionali consentirebbe la possibilità di trovare una soluzione sul piano ermeneutico capace di armonizzare il diritto interno con l'ordinamento scaturente dalla C.e.d.u., *«evitando il sorgere di un'antinomia normativa ed escludendo quindi la necessità di sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale»* (la terminologia è di PISTORIO, *L'interpretazione "convenzionalmente" orientata del diritto nazionale: la strada maestra per garantire effettività alle norme CEDU*, in www.foro.europa.it, 2009). Forse nella opzione dell'Ufficio del primo Presidente ha pesato la contestualità

della celebrazione dinanzi alla Corte costituzionale del giudizio volto ad affrontare e risolvere il medesimo macro-problema dell'incidenza delle sentenze di Strasburgo negli schemi della giustizia penale nostrana (in tema di confisca edilizia: v. Corte di Appello di Bari, 9 aprile 2008, che, successivamente alla pronuncia della Corte di Strasburgo 30 agosto 2007, aveva sollevato q.l.c. dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, con riferimento agli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 1, Cost.), il cui esito non è ancora dato conoscere.

Come che sia, i temi dell'«adeguamento a norma» delle forme meno garantite del processo penale dovrebbero sempre e in ogni caso ricevere maggiore considerazione.

Oggi come ieri pesano i condizionamenti culturali. E forse non solo quelli.

Se ne dovrà riparlare in autunno. Assieme a tutte le problematiche che circondano il «d.d.l. Alfano» e le resistenze (più o meno condivisibili) alla sua attuazione.

Alfredo Gaito

POST SCRIPTUM

Nelle more della stampa di questo Osservatorio, con sentenza n. 239 del 16-24 luglio 2009, la Corte costituzionale ha ribadito come e perché, *«in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa.*

Infatti “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme” e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma Cost. (sentenza n. 349 del 2007, par. 6 del Considerato in diritto; analogamente sentenza n. 348 del 2007, par. 5 del Considerato in diritto)».

Per l'effetto, *«spetta... agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa... che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».*

**Disorientamenti perenni in tema di confisca dei suoli
abusivamente lottizzati e prescrizione del reato:
la Corte costituzionale si avvale della «facoltà di non rispondere»**

di Alessandro Dello Russo

Nel commentare l'ordinanza con la quale la Corte di Appello di Bari aveva rimesso al vaglio della Corte costituzionale la questione di legittimità della confisca dei suoli abusivamente lottizzati senza sentenza di condanna, era stato paventato che:

– “così come posta, la questione rischia di subire la stessa sorte di quella del 1998 (c.d. questione ‘perplessa’ e, come tale, inammissibile), laddove non si è investito il Giudice delle Leggi della contrarietà di un indirizzo giurisprudenziale univoco (il c.d. diritto vivente) ai principi costituzionali, bensì dei riflessi che un (per il momento del tutto insussistente) cambio di rotta interpretativo potrebbe determinare in materia”;

– ove, infatti, la Corte di Appello pugliese avesse voluto sostenere che la confisca, “per volontà del legislatore nazionale (D.P.R. n. 380/2001) e del giudice europeo (sentenza CEDU del 30.8.2007), non è (più) una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale, bensì una vera e propria sanzione penale”, avrebbe dovuto dirlo direttamente, senza “chiedere in proposito il preventivo avallo dei Giudici Costituzionali” (in questa Rivista, 2008, 2, 39 ss.).

La previsione si è (purtroppo) dimostrata fondata avendo la Corte costituzionale, tra i diversi profili determinanti la declaratoria di inammissibilità, anche rilevato con la recentissima sentenza n. 239 del 2009 che:

– nel “considerare quale misura di natura penale la confisca di cui all’art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001, in difformità dalla dominante giurisprudenza di legittimità”, la Corte di Appello “ha utilizzato come fondamentale elemento interpretativo il contenuto

della già ricordata decisione del 30 agosto 2007 della Corte europea dei diritti dell’uomo”;

– nel far ciò, la Corte di Appello avrebbe tuttavia dovuto esercitare i “propri poteri interpretativi” in quanto, “in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa”;

– per contro, “solo ove l’adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l’eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”.

Rimane, quindi, allo stato ancora aperta la spinosa questione - evidenziata nella medesima nota di commento (*ibidem*, p. 42) - relativa ai limiti (laddove ovviamente ve ne fossero) entro i quali la confisca può essere disposta anche in caso di declaratoria di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, essendo noto che in essa ricade un ampio ventaglio di possibilità, che vanno dal caso di prescrizione del reato maturata dopo due gradi di giudizio di merito in cui vi è stata condanna, a quello (opposto) di prescrizione intervenuta nelle more tra l’esercizio dell’azione penale e la celebrazione del processo. La soluzione ivi prospettata è stata di suggerire il ricorso all’analogia con l’art. 578 c.p.p.: così come infatti previsto per le sta-

tuizioni di tipo civilistico, è sembrato conforme ai parametri costituzionali consentire al Giudice di svolgere i dovuti accertamenti sull'eventuale abusivismo della lottizzazione fino a quando il relativo reato non si fosse eventualmente prescritto prima della sentenza di primo grado (*ibidem*, p. 43).

Anche in questo caso (senza con ciò voler peccare di presunzione) la previsione si è rivelata, *in parte qua*, fondata.

La giurisprudenza di legittimità chiamata a pronunziarsi sulla questione dopo la nota sentenza della CEDU del 20.1.2009, ha infatti leggermente corretto il tiro rispetto alle precedenti decisioni in cui il principio era stato indiscriminatamente applicato, adattandosi in un certo qual modo a quanto stabilito dal superiore organo giurisdizionale europeo.

Non a caso è stato affermato che non conficca con i principi enunciati a Strasburgo la regola secondo cui *“per disporre la confisca prevista dall'art. 44, secondo comma, del T.U. 380/2001 il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorché sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflazione della pena”*.

Per quanto concerne, in particolare, le modalità di *“accertamento”* dell'abusivismo della lottizzazione, la S.C. - ponendosi evidentemente gli stessi dubbi interpretativi di cui si sta discorrendo - è giunta alla conclusione secondo cui, *“nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria, sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata”*.

Hanno infatti specificato i Supremi Giudici di Legittimità che lo svolgimento degli *“ac-*

certamenti anzidetti non costituisce, rispetto all'obbligo di immediata declaratoria dell'estinzione del reato, superamento dei limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, allorché si consideri che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di una pronuncia sull'azione civile e lo stesso giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alla restituzione ed al risarcimento del danno (vedi Cass., Sez. Unite: 29.3.2007, n. 27614, Lista; 11.7.2006, n. 25083, Negri)” (Sez. III, 30.4.2009, n. 970, Casasanta ed altri).

Anche la sezione della S.C. specializzata in materia di reati edilizi, dunque, conviene sul fatto che l'unico parametro normativo in grado di fornire, in merito, adeguate garanzie è l'art. 578 c.p.p.: non a caso essa ha richiamato espressamente a sostegno di tale assunto la nota sentenza delle SS.UU. secondo cui *“il giudice d'appello può condannare l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile - impugnazione anche ai soli effetti civili - nonostante la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione e la mancanza di una sentenza di condanna in primo grado”* (11.7.2006, n. 25083, Negri).

Nel far ciò, tuttavia, il Supremo Collegio, come suol dirsi, predica bene, ma razzola male!

Essa infatti ha annullato con rinvio una sentenza (predibattimentale) di proscioglimento per intervenuta prescrizione emessa dal Tribunale di Civitavecchia - Sezione distaccata di Bracciano, niente meno che ai sensi dell'art. 469 c.p.p. Ciò stava a significare che tutte le parti, ivi compreso il P.M., avevano convenuto che il reato si fosse estinto prima ancora dell'inizio del processo.

Ne consegue pertanto che, applicando i principi stabiliti dalle SS.UU., il Giudice di Bracciano è stato incaricato di effettuare un accertamento sulla lottizzazione oggetto di contestazione che, invero, giammai potrebbe

svolgere. È stato infatti proprio il massimo organo giurisdizionale a ribadire nella propria decisione dell'11.7.2006 che una pronuncia sulle questioni civili è possibile solo nel caso in cui *"l'estinzione del reato per prescrizione"* sia *"sopravvenuta"* alla sentenza di primo grado.

In tal caso *"il giudice dell'impugnazione, adito ai sensi dell'art. 576 c.p.p., ha, nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare"*, cosicché *"se si convince che tale giudice ha sbagliato nell'assolvere l'imputato ben può affermare la responsabilità di costui agli effetti civili e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale virtualmente - oggi per allora - alla condanna di cui all'art. 538 c.p.p., comma 1, che non venne non pronunciata per errore"*. Laddove, al contrario, *"la prescrizione si sarebbe dovuta pronunciare in primo grado, in luogo della formula più liberatoria, allora, e solo in questo caso, il giudice dell'impugnazione, sebbene adito ai sensi dell'art. 576 c.p.p., non può provvedere agli effetti civili"*.

In conclusione, se - come affermato dalla III sezione della S.C. nella recente decisione del 30.4.2009 - in materia di accertamento del rea-

to di lottizzazione abusiva valgono gli stessi principi stabiliti per le questioni civili, lo sbarramento deve essere ovviamente costituito dalla pronuncia della sentenza di primo grado: con la conseguenza che, laddove il reato si sia prescritto prima, al giudice non è (più) consentito pronunciarsi sulla confisca.

È quindi evidente che nella decisione del 30.4.2009 appena esaminata, il Giudice di Legittimità, annullando con rinvio una sentenza avente ad oggetto un reato pacificamente prescrittosi prima dell'inizio del processo, non si è avveduto che stava per affidare al Giudice di merito un compito, *ex se*, non assolvibile.

A meno che, così facendo, la Suprema Corte non abbia inteso, forse pure inconsciamente, rimettere a quel Giudice di rinvio un nuovo vaglio sulla fondatezza delle numerose questioni di costituzionalità rivenienti, ancora a distanza di molti anni dalla sua entrata in vigore, dalla lettura della norma che regola la confisca dei suoi abusivamente lottizzati. Questioni alle quali la Corte delle Leggi non ha potuto (o voluto) dare una risposta, così perdendo un'ottima occasione per fornire soluzioni interpretative che un po' tutti gli operatori del diritto aspettavano con una certa ansia.

IL PUNTO SU...

Lex loci e capacità testimoniale del p.m. italiano nell'ambito dei controlli sulla ritualità di una rogatoria attiva ad Hong Kong

[Il testo riproduce, con adattamenti minimali, nei §§ 1-3 la «*Declaration* del 31 ottobre 2007» e nel § 4 la successiva «*Declaration* integrativa del 18 febbraio 2008» (*illo tempore* elaborate con il contributo della dott.ssa Silvia Astarita) presentate al Giudice di Prima Istanza dell'Alta Corte di Hong Kong; il § 5 segnala la soluzione accolta dal giudice di Hong Kong con sentenza 18 aprile 2008 e gli sviluppi successivi]
di *Alfredo Gaito*

Ordinario di Procedura penale nell'Università "La Sapienza" di Roma
(Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Mario Pisani*)

1. *I connotati della vicenda concreta.*

1.1. Questi i dati salienti della vicenda:

a) a seguito di trasmissione per via diplomatica di commissione rogatoria inoltrata dall'A.G. italiana (segnatamente la procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano) all'A.G. di Hong Kong (segnatamente al Dipartimento di Giustizia), la polizia locale in data 18 gennaio 2007 effettuava una serie di perquisizioni presso le abitazioni di P.C. e K.H.C. e presso alcuni uffici;

b) nel corso del procedimento di *Judicial Review* instauratosi a seguito di istanza di riesame proposta dai legali delle cittadine di Hong Kong e delle società nei cui riguardi erano state eseguite le perquisizioni, è stata avanzata richiesta difensiva di escutere, quali testimoni, il p.m. dott. D.P. ed il suo collega dott. S.S., oltre che i consulenti dell'accusa (né magistrati né operatori di polizia giudiziaria bensì soggetti privati esperti del settore, dipendenti della società privata K.P.M.G.) che, ivi presenti, avevano preso parte alla perquisizione, disponendo della polizia locale, confinata ad un ruolo meramente servente ed esecutivo.

La difesa, dinanzi all'esigenza di accertare la legittimità dell'atto investigativo secondo la *lex loci*, ha anche prospettato la possibilità del più celere strumento della rogatoria,

che la Corte di Hong Kong ben potrebbe indirizzare all'A.G. italiana per assumere la testimonianza invocata.

1.2. La sollecitazione difensiva ha indotto la procura della Repubblica di Milano ad affidare ad un proprio consulente la compilazione di un «Parere» per affrontare e risolvere i seguenti quesiti:

a) quale sia nella legislazione italiana, la disciplina concernente la testimonianza del pubblico ministero - nel linguaggio anglosassone: del *Public Prosecutor* - in sede di processo penale;

b) se, ed entro quali limiti, la testimonianza del *Public Prosecutor* possa essere assunta in Italia mediante la disciplina della rogatoria internazionale in materia penale;

c) se la testimonianza del *Public Prosecutor* possa essere assunta, in Italia, in base alla Convenzione de L'Aja 18 marzo 1970, relativa alla assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale.

L'esperto della procura della Repubblica di Milano ha depositato propria *declaration* in data 24 luglio 2007 cui ha fatto seguito richiesta, da parte del Giudice di Hong Kong, di una integrazione.

1.3. Dal tenore di quanto affermato dallo stesso Giudice di Hong Kong scaturisce la

necessità di affrontare e rispondere in maniera convincente e persuasiva ai seguenti quesiti:

a) se possa o meno il p.m. italiano testimoniare nell'ambito del procedimento di impugnazione incidentale in corso in Hong Kong;
b) premesso che il p.m. italiano dott. D.P. aveva prodotto una sorta di testimonianza "non giurata" negli U.S.A. (*Declaration* D.P., 21 dicembre 2006), per quali ragioni, in epoca successiva, il medesimo p.m. potrebbe validamente sostenere l'incapacità a rendere testimonianza nel procedimento dinanzi all'A.G. di Hong Kong;

c) posto che il p.m. italiano dott. D.P. era al corrente dell'impugnazione proposta con successo in U.S.A., per quali ragioni il medesimo p.m. ha posto in essere in Hong Kong una analoga "attività investigativa" rispetto a quella svolta in U.S.A., apparendo prevedibile che una qualche impugnazione sarebbe stata presentata in Hong Kong [ad alcune delle molteplici problematiche ha fornito risposta il prof. M.P. consulente della procura di Milano (*Declaration* M.P., 24 luglio 2007)]. Il riferimento, per la precisione, va ai quesiti *sub a* (limitatamente alla indicazione, di carattere generale, su quale sia la disciplina dettata dal codice di rito italiano della testimonianza del p.m. in sede di processo penale italiano) e *sub c* (sulla non applicabilità nel caso di specie della Convenzione de L'Aja del 18 marzo 1970, relativa alla assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale)].

2. Sulla capacità testimoniale del p.m. italiano.

2.1. Va subito detto che la corretta impostazione del tema non può prescindere da taluni approfondimenti [si trattava (e si tratta qui) di verificare non già, ed in generale, gli ambiti dell'incapacità di rendere testimonianza del p.m. italiano in un qualsiasi *procedimento pendente in Italia* nel quale egli svolga o abbia svolto la funzione di accusa quanto piuttosto, e diversamente, dovendosi stabilire in modo appagante e persuasivo se una persona che in Italia svolge il ruolo di p.m. abbia o meno capacità a testimoniare nel *procedi-*

mento di impugnazione pendente in Hong Kong, ingenerato dall'invocato controllo sulla ritualità degli atti a contenuto investigativo oggetto di rogatoria all'estero].

Deve affermarsi, in via preliminare a tutto il resto, la esclusiva operatività della *lex loci* processuale nonché, in via graduata, la natura certamente "altra" del procedimento instaurato all'estero, attualmente pendente dinanzi all'A.G. di Hong Kong.

La asserita identità o strumentalità dei due procedimenti, cui il consulente della procura milanese ha postulato potersi attribuire decisivo rilievo, rischia di porre un problema secondario ed accessorio. Indipendentemente da tale qualificazione, infatti, il punto nevralgico della vicenda *processuale* al vaglio di legittimità è quello di individuare con esattezza ed in prospettiva generale e di metodo quale sia la fonte normativa regolatrice del segmento processuale in corso ad Hong Kong (per l'Italia, da ritenere Stato straniero).

La soluzione al quesito è nel senso della piena ed indiscussa applicabilità della legge processuale penale vigente in Hong Kong, ivi incluso il *diritto delle prove* da intendersi come il complesso di disposizioni normative processuali penali disciplinanti il procedimento di ammissione, formazione e valutazione dei dati conoscitivi (c.d. procedimento probatorio).

È sulla base della legge del luogo di celebrazione del processo che il *Judicial review* ha avuto origine ed è in base alla legge locale che il procedimento deve giungere ad un definitivo epilogo.

A diversa soluzione non è consentito pervenire, tanto da un punto di vista sistematico quanto alla stregua di un approccio concretamente operativo.

In questa ortodossa prospettiva, sostenere l'applicabilità della legge processuale penale italiana - ivi compresi gli eventuali limiti che essa detta in tema di incompatibilità a testimoniare - significherebbe affermarne l'indiscriminata extraterritorialità con supremazia su qualsiasi altra e differente normativa *locale*. Con un effetto paradossale non tollerabi-

le: prendendo le mosse dall'innegabile rapporto strumentale (ma troppo disinvoltamente enfattizzato) fra il procedimento di controllo sulla ritualità degli atti di sequestro pendente in Hong Kong e quello di cognizione pendente in Milano, risulterebbe affermata la generalizzata operatività del diritto interno italiano, non potendo ammettersi una "selezione" *ex post* della normativa processuale applicabile. L'assurdità della conclusione è in correlazione diretta dell'errore della premessa.

A tacer d'altro, se così fosse non vi sarebbe più spazio per la c.d. condizione di reciprocità, con buona pace del diritto internazionale generalmente riconosciuto che, al contrario, proprio sulla reciprocità si regge in vasta misura.

Si ponga mente adesso al caso specularmente inverso rispetto alla vicenda concreta, ipotizzando un procedimento di cooperazione giudiziaria con Autorità straniera (magari proprio un p.m. di Hong Kong) celebrato in Italia con necessità di assumere prove e compiere attività di sequestro; è fuori discussione che in casi del genere la legge processuale applicabile coincide senza alcun margine di equivoco con il codice di procedura penale italiano [ex art. 1 c.p.p. in forza del quale «*La giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice*»]. E non potrebbe essere diversamente.

Insomma, va detto forte e chiaro che, a condizioni inverse, in Italia il sequestro chiesto per rogatoria ed i successivi meccanismi di controllo sarebbero assolutamente refrattari alla normativa "del" processo principale in ipotesi in corso ad Hong Kong, con indiscussa ed indiscutibile applicazione esclusiva del diritto processuale italiano.

L'erroneità di ogni differente metodologia d'approccio emerge dalla stessa *Declaration* dell'Esperto originariamente designato dalla procura di Milano, laddove viene invocata la piena operatività della sola "*disciplina delle prove*" dettata dal codice di procedura penale italiano, lasciando inequivocamente intendere che per ogni altro aspetto può trovare

attuazione la legge processuale in vigore nello Stato di Hong Kong. La prospettata dicotomia ha il torto di condurre ad una diffusa indeterminatezza normativa, effetto negativo che scaturisce dall'impossibilità di anteverne tutte le variabili processuali verificabili in concreto, con il conseguente moltiplicarsi di aspetti che imporrebbero una serie infinita di momenti di controllo giurisdizionale per stabilire volta per volta e caso per caso quale sia la normativa applicabile.

Sta di fatto, invece, che la legge "del" processo è e deve sempre essere una soltanto, in correlazione irrinunciabile al "luogo".

Per questa ragione, è compito dei Giudici di Hong Kong stabilire, in assoluta autonomia, se ed in quale misura siano riscontrabili nel caso di specie violazioni della *lex loci* regolatrice tanto delle concrete modalità esecutive dell'atto richiesto, a contenuto investigativo, quanto del procedimento - ivi compreso quello diretto alla formazione della prova - instauratosi su legittimo impulso di parte.

2.2. In prospettiva sistematica: poiché il rapporto di assistenza giudiziaria intercorre fra Stati diversi, ognuno evidentemente portatore di un proprio ordinamento giuridico, la legge applicabile deve essere individuata in relazione alla duplice prospettiva, attiva e passiva, della rogatoria.

E norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta che l'esecuzione degli atti debba avvenire secondo la *lex fori*.

L'esecuzione dell'atto richiesto resta affidata allo Stato estero, libero non solo di dar corso o meno alla domanda, previa valutazione politica e/o giurisdizionale effettuata alla luce del proprio diritto interno, ma libero altresì di porre condizioni precise all'utilizzabilità dell'atto che vincolano l'A.G. italiana al punto che, se disattese, determinano l'invalidazione dell'efficacia probatoria dell'atto - anche - nel procedimento italiano (art. 729 c.p.p.). Il controllo del giudice italiano sulla validità dell'atto assunto mediante rogatoria attiva, dunque, è duplice: per un verso, attiene alla conformità dell'atto alla fattispecie straniera (*lex loci actus*) e, per altro verso, concerne la sua compatibilità con una fatti-

specie interna. Per la dottrina e per la giurisprudenza prevalenti, l'inosservanza della fattispecie straniera, se sanzionata nell'ordinamento estero, è rilevante pure per l'ordinamento italiano, sicché l'imputato potrà esperire gli ordinari mezzi di impugnazione in sede di legittimità lamentando la violazione o falsa applicazione delle norme straniere regolanti la prova assunta all'estero (già così, in tempi non sospetti, A. GAITO, sub *Art. 657 c.p.p.* 1930, in *Commentario al Codice di Procedura penale*, G. CONSO-V. GREVI [a cura di], Padova, 1987, 1668). Pertanto, in applicazione del principio *locus regit actum*, universalmente riconosciuto nel diritto internazionale, la validità e l'utilizzabilità degli atti o delle indagini eseguite all'estero debbono essere vagliate alla luce dell'ordinamento dello Stato nel cui territorio siano state eseguite (in tema di perquisizione e sequestro, per la precisione, sebbene la competenza a decidere sulla necessità dell'atto richiesto ed eseguito all'estero, sia sul suo mantenimento ai fini del procedimento penale, non può che essere dello Stato richiedente, tuttavia il giudice italiano non può conoscere della regolarità degli atti di esecuzione compiuti all'estero dall'autorità giudiziaria straniera o dagli organi di polizia da essa delegati, in quanto essendo il sequestro eseguito secondo la *lex loci* soltanto il Giudice di quello Stato è competente ad esaminare e risolvere ogni questione concernente la regolarità del procedimento acquisitivo, avvenuto secondo la propria legge con tutti gli strumenti di accertamento di cui dispone).

Ovvie le conseguenze a trarsene. La applicabilità della *lex loci* al procedimento acquisitivo ed in termini più ampi al rapporto di cooperazione giudiziaria implica l'estensione della medesima normativa processuale al procedimento volto ad accertarne la ritualità con tutti i mezzi ivi previsti, compresa l'audizione del p.m. italiano in ordine alla cui ammissibilità la previsione interna dettata dall'art. 197, lett. d, c.p.p. non può trovare applicazione, cedendo dinanzi al principio di carattere generale disciplinante i rapporti fra Stati in tema di cooperazione giudiziaria.

2.3. La fondatezza di quanto qui affermato trova conforto nella più recente giurisprudenza di legittimità. La Corte di cassazione, nella sua più alta composizione, in fattispecie singolarmente analoga a quella che ci occupa di rogatoria all'estero volta all'esecuzione di un sequestro probatorio, confermando il prevalente indirizzo giurisprudenziale (Cass., Sez. VI, 19 novembre 1993, Palamara, in *Mass. Uff.*, n. 198237; Id., Sez. VI, 12 dicembre 2001, Castellucci, *ivi*, n. 220871), ha ribadito la piena operatività della *lex loci*, nelle modalità esecutive, e della legge processuale italiana, rispetto ai presupposti normativi di ammissibilità della cautela reale [il riferimento è a Cass., Sez. Un., 16 aprile 2003, Monnier, in *Mass. Uff.*, n. 224184 (la motivazione è integralmente leggibile in *Cass. Pen.*, 2003, 3894, con note di CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, e di DIOTALLEVI, *L'impugnabilità con istanza di riesame davanti al giudice italiano di una richiesta di sequestro probatorio all'estero. Spunti di riflessione dopo la sentenza delle Sezioni Unite*)].

Tanto basta a dimostrare l'inutilità di qualsiasi discorso che insista a fare leva sull'alterità o identità dei due procedimenti.

Tuttavia, per fugare eventuali residue perplessità in ordine all'applicabilità della disciplina italiana sulla incompatibilità a rendere testimonianza, pare opportuno osservare che ai sensi dell'art. 196, 1° comma, c.p.p. ogni persona ha la capacità di testimoniare. Alla regola generale, seguono una serie di eccezioni, come tali insuscettibili di estensione analogica. In particolare, l'art. 197, lett. d, c.p.p. prevede che non possano essere assunti come testimoni, fra gli altri, «*coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'art. 391 ter c.p.p.*». La portata del dato normativo è chiara e fuori discussione, ma va dato atto che non si può seriamente pensare di affrontare le questioni

innescate dalla vicenda che ci occupa evocando tale disposizione.

Sta di fatto che il procedimento pendente dinanzi all'A.G. di Hong Kong - nel cui ambito è stata avanzata richiesta difensiva di procedere all'esame incrociato del dott. D.P. - è indubitabilmente autonomo e differente (*id est*: "altro") rispetto a quello pendente a Milano, in cui il medesimo dott. D.P. svolge, e/o ha svolto, attività di pubblico ministero.

Ora: sebbene il procedimento pendente dinanzi all'A.G. di Hong Kong sia stato, per così dire, "occasionato" dal procedimento milanese, non sembra potersi condividere la postulazione di quella sorta d'automatismo per cui, dato il procedimento italiano principale incardinato a Milano, ogni procedura straniera di controllo giudiziale in ordine alla ritualità degli atti rogati all'estero (e segnatamente il procedimento "strumentale" pendente ad Hong Kong) debba essere regolata dalla medesima legge processuale penale. Più chiaramente, non può condividersi la conclusione cui è giunto il consulente della Procura ambrosiana, secondo cui *«dato il rapporto strumentale tra la trasferta a Hong Kong e il procedimento-base (A), la disciplina probatoria da prendere in considerazione, in ordine a quella trasferta (al procedimento B), non può essere diversa da quella concernente il procedimento A. Ne consegue l'applicabilità - per analogia - della regola della incompatibilità del Public Prosecutor a fare da teste anche in ordine al procedimento straniero»* (così § 10.2, p. 5, *Declaration M.P.*).

L'impostazione non può essere condivisa e va, anzi, contrastata con fermezza.

Anche a prescindere, ed indipendentemente, dalle considerazioni suesposte di carattere generale - determinanti il sorgere di delicati problemi di sovranità dello Stato procedente, di cui l'esercizio della giurisdizione è espressione - la praticabilità di una "duplicazione" di procedimenti (quello in Italia e quello in Hong Kong) conferma una "diversità" processuale tanto nella forma che nella sostanza.

Invero, ed anzitutto, sotto l'aspetto esteriore

diversi sono gli Stati coinvolti e diverse le rispettive attribuzioni giurisdizionali; differenti sono le Autorità Giudiziarie rispettivamente procedenti; diversi sono gli ambiti soggettivi di riferimento dei distinti procedimenti.

Senza trascurare che, alla stregua di un approccio pragmatico attento alla sostanza delle cose, diverso è nelle due procedure l'oggetto di accertamento processuale.

Al tirar delle somme: nei due procedimenti (quello italiano e quello di Hong Kong) sono completamente distinti e differenti sia l'ambito oggettivo che quello soggettivo.

Ne consegue che il collegamento fra i due procedimenti (pur ammesso, ma non concesso, che si ritenesse di attingere alla disciplina processuale penale italiana in materia di incompatibilità a testimoniare), non osta comunque alla capacità del dott. D.P. di sottoporsi ad esame: tanto all'estero, quanto, in alternativa, in Italia mediante l'attivazione di una rogatoria internazionale dall'estero.

Nello specifico, stante la indiscutibile diversità fra i due procedimenti, deve trovare piena operatività la previsione di carattere generale per *«cui ogni persona ha la capacità di testimoniare»* (art. 196 c.p.p.).

In materia di rogatoria dall'estero, il quadro normativo di riferimento costituito dagli artt. 723-726 *ter* c.p.p., complessivamente ispirato alla necessità di enucleare una griglia di "filtri" destinati a vagliare la concreta praticabilità della richiesta estera, non pare ostativo. Ad ogni modo, una anticipazione del duplice sindacato - politico, da parte del Ministro italiano della giustizia, e giurisdizionale, da parte della Corte di Appello - sulla richiesta di rogatoria, sembra poco utile (in quanto improduttivo di alcun effetto) in questa sede.

Il punto è che, in astratto, sussiste sicuramente la capacità a testimoniare sia dei p.m. milanesi e sia dei consulenti della società di cui gli stessi p.m. hanno ritenuto di potersi avvalere anche in Hong Kong.

Eventuali problemi quanto alle concrete modalità di acquisizione di tali deposizioni, dando esecuzione alla rogatoria estera ovvero

direttamente, dinanzi all'A.G. di Hong Kong, non si elevano oltre l'infimo livello degli aspetti meramente operativi.

2.4. Si deve osservare altresì che, in diretta dipendenza della circostanza che è diverso l'oggetto dell'accertamento processuale, è correlativamente diverso anche l'oggetto del tema di prova.

L'incompatibilità a testimoniare di colui che svolga e/o abbia svolto attività e funzioni di p.m. - nonché dei suoi ausiliari - in Italia risponde bensì alla *ratio* di evitare un apporto probatorio inficiato di non imparzialità in quanto proveniente da chi contribuisce e/o ha contribuito alla direzione e/o alla gestione del processo ed è, altresì, strumento di cautela posto a garanzia del sereno svolgimento, nel processo italiano, della funzione pubblica. Ma è vero altrettanto che il regime in discorso trova giustificazione anche nel principio di separazione fra fasi cui il processo penale italiano, di stampo accusatorio ibrido, è tendenzialmente ispirato. Nel senso che l'incompatibilità a testimoniare è previsione di salvaguardia per l'imputato, non già e non mai *escamotage* a tutela del soggetto "incompatibile" (in questo caso, il p.m.), e presiede alla fondamentale aspirazione ad un processo fra parti in posizione di parità, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale al cui cospetto si forma la prova (art. 111 Cost.). Ovvio che, se gli atti delle indagini preliminari sono volti a determinare il p.m. all'esercizio o meno dell'azione penale (art. 326 c.p.p.), ogni trasmissione di essi verso la fase più strettamente processuale è preclusa; ed è preclusa, al contempo, la testimonianza sul contenuto degli atti investigativi ovvero sull'esito dell'atto stesso.

Peraltro, la previsione di cui all'art. 197, lett. d, c.p.p. ha natura certamente eccezionale (nel senso che fa eccezione alla regola generale) ed è di stretta interpretazione (nel senso che non se ne può fare applicazione per analogia, in casi diversi da quelli esplicitamente fissati al livello degli enunciati normativi espressi). Rispetto agli ausiliari del p.m., in via esemplificativa, è stato affermato dalla giurisprudenza che essa riguardi solo l'attivi-

tà dagli stessi compiuta nella redazione degli atti di cui all'art. 373 c.p.p. e non invece riguardo alla loro funzione di polizia giudiziaria. Ecco il punto: la testimonianza della polizia giudiziaria non è vietata in prospettiva generale e di fondo; in caso di testimonianza indiretta, agli agenti e agli ufficiali di p.g. è preclusa la possibilità di deporre solo ed esclusivamente in ordine al contenuto delle dichiarazioni ricevute da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2° comma, lett. a e b, c.p.p.; al di fuori di tali casi (completamente diversi dall'ambito delle rogatorie) gli agenti e gli ufficiali di polizia giudiziaria non possono sottrarsi all'obbligo di testimoniare (ove ritenuto giudizialmente necessario), così come ogni altra persona informata sui fatti, salvo che in relazione al contenuto dei singoli atti per la cui redazione abbiano coadiuvato il p.m. Nelle restanti ipotesi di testimonianza c.d. indiretta vale, inoltre, la peculiare disciplina di cui all'art. 195 c.p.p. L'evoluzione della giurisprudenza italiana ha portato a riconoscere che «*la disposizione dell'art. 197 c.p.p. - che sancisce l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per coloro, anche se ufficiali di P.G., che nel medesimo procedimento abbiano svolto la funzione di ausiliario del p.m. o del giudice - non contempla un'ipotesi di incompatibilità assoluta a testimoniare*», evidenziandosi che si tratta di *incompatibilità* e non già di *incapacità*, sicché la legge «*impedisce soltanto che quei soggetti possano deporre su fatti o circostanze apprese nella funzione di ausiliario; essa quindi non va applicata all'attività che l'ufficiale di P.G. ha compiuto nello svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, al di fuori dell'occasionale assistenza prestata al singolo atto del magistrato*» (Cass., Sez. V, 5 giugno 1997, Bozza ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 208707; Id., Sez. VI, 16 giugno 1996, Aragozzini e altri, *ivi*, n. 205887).

All'interpretazione fedele e coerente all'impianto accusatorio del codice di procedura penale italiano segue, dunque, la natura *relativa* della incompatibilità a testimoniare, anche del p.m., rispetto all'*oggetto* ovvero al *contenuto* della testimonianza.

L'oggettiva diversità di accertamento processuale che ricorre fra il procedimento pendente a Milano, attualmente in fase di cognizione, ed il procedimento pendente ad Hong Kong, volto a saggiare la legittimità degli atti di perquisizione e sequestro secondo la *lex loci*, consente di affermare che diverso è l'oggetto della testimonianza da assumersi, incidente in fin dei conti soltanto *sulle modalità di esecuzione dell'atto*.

Anche per queste ragioni, la testimonianza del p.m., oltre che dei suoi consulenti - che, *incidenter tantum*, non pare possano rivestire nemmeno la qualifica di ausiliari *ex art. 197, lett. d, c.p.p.* - è certamente praticabile.

3. Sulle possibili ragioni dell'atteggiamento del p.m. italiano.

3.1. Quanto al rifiuto di rendere testimonianza opposto dal p.m. italiano.

Come fin qui argomentato, la disciplina italiana non impediva al p.m. italiano di rendere testimonianza nel procedimento di impugnazione in U.S.A., così come non impedisce ora al p.m. italiano di rendere testimonianza nel procedimento di impugnazione in Hong Kong.

Ciò posto, le motivazioni del comportamento del p.m. italiano sia in U.S.A. che in Hong Kong sono riconducibili ad una precisa scelta o tattica processuale. Alle tattiche processuali, più in generale, vanno ricondotti i criteri che inducono accusa e difesa, volta per volta e caso per caso, ad un uso attento, tempestivo e proficuo di tutte le possibilità loro offerte dalla disponibilità del processo. La tattica processuale, in altri termini, è il filo logico che guida accusa e difesa nell'interpretazione e nello svolgimento dei rispettivi ruoli ispirandone un comportamento agonistico più o meno accentuato e determinando le cadenze e gli epiloghi dell'intero processo: l'espressione dell'abilità processuale delle parti.

Per l'impronta spiccatamente accusatoria del "giusto processo" penale, il procedimento stesso diventa sede in cui confluiscono varie proiezioni della verità che trovano ascolto, verifica ed accoglimento a sorti alterne.

La tattica processuale della procura milanese, e del p.m. dott. D.P., evidentemente esula dalla sfera delle mie conoscenze *ex actis*.

3.2. Quanto alle ragioni della iperattività del p.m.

Ho preso visione della decisione del Giudice Distrettuale della California del 26 gennaio 2007, di annullamento del sequestro effettuato in Los Angeles il 15 novembre 2006 dal p.m. italiano e dai suoi consulenti della K.P.M.G., e delle relative motivazioni.

Dinanzi all'autorevole precedente, c'è da chiedersi quali ragioni hanno indotto il p.m. italiano a nuovamente svolgere in Hong Kong una attività nella sostanza simile a quella inutilmente svolta in U.S.A.

Ribadito come qualsiasi scandaglio negli schemi tattici del p.m. esula dalla mia sfera di competenza; posso manifestare il convincimento che la condotta in discorso sarebbe forse espressione di una pervicace iperattività accusatoria del p.m. italiano ove le plurime attività reiterate si fossero verificate sotto l'egida di una medesima disciplina e in momenti distanziati nel tempo. Nella realtà effettuale, invece, i rapporti di assistenza giudiziaria in materia penale tra Italia ed U.S.A. sono disciplinati da apposito Trattato bilaterale; diversamente, non è allo stato in vigore alcun Accordo nella medesima materia tra Italia ed Hong Kong. Senza trascurare che le richieste di sequestro per rogatoria sono coeve tra loro.

A mio avviso, se e quando è riscontrarsi in concreto la diversità tra le forme processuali sottostanti nell'unitarietà del contesto cronologico di multiple similari richieste alle Autorità di una pluralità di Stati, tanto basta ad impedire di ritenere che il diniego della cooperazione già scandito da una delle A.G. interpellate possa per ciò solo e *tout court* costituire precedente preclusivo vincolante nei residui rapporti di cooperazione instaurati con altri Stati. Mentre il discorso è destinato a mutare radicalmente ogni qualvolta richieste analoghe siano state rivolte ad Autorità di Stati bensì diversi ma caratterizzati da affinità di assetto procedimentale.

Nella situazione data, il senso della misura,

gli usuali criteri di correttezza tra le parti e il necessario rispetto nei confronti delle decisioni giudiziali avrebbero dovuto imporre maggiore cautela. Come e perché il p.m. italiano abbia optato per atteggiarsi diversamente (ignoranza, errore percettivo o volontà prevaricante: è lo stesso; nel processo penale conta la forma ed i vizi della volontà non hanno diritto di cittadinanza), non è dato conoscere. Ma se è vero - come sembra - che la materia dell'assistenza giudiziaria ad Autorità straniere negli U.S.A. ed in Hong Kong è disciplinata in modo singolarmente affine, l'insistenza del p.m. italiano anche al di là ed oltre il primo rigetto potrebbe apparire ingiustificata, alla stregua di un vero e proprio *bis in idem* sostanziale.

4. La confutazione della tesi della Procura milanese.

4.1. Mi è stato richiesto di integrare quanto precede, alla luce della sopravvenienza di due ulteriori documenti:

a) Parere prof. F.R.;

b) Parere dott. A.L.

Mi preme segnalare, anzitutto, come i due più recenti contributi siano stati resi nella conclamata prospettiva di tendere a chiarire se ed entro quali limiti sia ammissibile la testimonianza del pubblico ministero italiano - e dei suoi consulenti - nel giudizio instaurato all'estero e, rispettivamente, ad accertare se siano o meno regolari gli atti investigativi assunti all'estero direttamente dal pubblico ministero italiano e dai suoi consulenti. Va subito detto, però, che né l'uno né l'altro offrono spunti di interesse nuovi o in qualche modo determinanti per la soluzione postulata dal pubblico ministero di Milano.

4.2. Nella sostanza, il *Parere* a firma prof. R. non fa che ribadire la ben nota disciplina interna in materia di incompatibilità a rendere testimonianza descritta dall'art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p., postulando - ma senza argomentare in maniera convincente - la identità del procedimento "principale" instaurato in Italia rispetto a quello di *Judicial review* attualmente pendente in Hong Kong. Scontate, almeno in parte, le conclusioni:

«a) l'incapacità a testimonianza [sic!] del pub-

blico ministero di cui all'art. 197 c.p.p. si estende anche alla fase del procedimento rogatorio;

b) non è certo che il medesimo divieto si estenda anche ai consulenti del pubblico ministero in relazione ad attività da essi compiute, finalizzate all'acquisizione probatoria all'estero;

c) il divieto di cui all'art. 197 c.p.p. non preclude al rappresentante dell'accusa di fornire informazioni, anche in forma scritta, in relazione ad attività finalizzate all'acquisizione probatoria all'estero».

In definitiva: il p.m. non potrebbe testimoniare nel *Judicial review*; i consulenti del p.m., in astratto, potrebbero rendere testimonianza a meno che, in concreto, non abbiano posto in essere atti di ricerca della prova all'estero in esecuzione del procedimento rogatorio (circostanza che determinerebbe l'estensione del divieto già previsto per il pubblico ministero dall'art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p.).

Il *Parere* in discorso si conclude, infine, con un'ulteriore notazione: nell'ottica di uno scambio informale di informazioni fra autorità giudiziarie, vi sarebbe piuttosto la possibilità di una dichiarazione resa in forma orale o per iscritto dal p.m. con la precisazione che «non si tratta... di dichiarazioni rese previo giuramento, né di dichiarazioni rese davanti ad un giudice in pubblica udienza, o altrimenti riconducibili ad una testimonianza».

Alle medesime conclusioni, in linea di massima, giunge anche il *Parere* a firma dott. L. secondo cui «il pubblico ministero e i suoi ausiliari non possono dunque essere assunti come testimoni sui fatti sui quali stanno indagando (o sui quali abbiano comunque indagato) purché, beninteso, si tratti del medesimo procedimento. Nel caso di specie dalla lettura del ricorso sembra evidente che le doglianze si riferiscano al comportamento posto in essere dai pubblici ministeri italiani che diviene oggetto di accertamento dinanzi ad un'Autorità giudiziaria straniera adita per l'annullamento dei provvedimenti di sequestro. In questo caso appare fuori di dubbio che i pubblici ministeri e i loro ausiliari non possano essere sentiti

come testi, trattandosi evidentemente dello stesso procedimento in cui figuravano come autorità procedente e l'eventuale testimonianza effettuata in violazione della legge renderebbe l'atto inutilizzabile».

4.3. In erosiva critica, ho osservato come le conclusioni cui è giunto il Parere a firma R., ad integrazione della precedente *Declaration* a firma P. del 24 luglio 2007, non possono essere condivise. Anche, ma non solo, per l'intima contraddittorietà che le connota.

Rispetto al punto della ammissibilità della capacità a rendere testimonianza del p.m. nel procedimento pendente all'estero non possono che ribadirsi la assoluta prevalenza della *lex loci* processuale rispetto alla quale non rileva in alcun modo la disciplina codicistica interna in materia di incompatibilità a rendere testimonianza del p.m. italiano nel procedimento celebrato in Italia, nonché la natura "altra" dei due procedimenti, distinti sotto il duplice ambito soggettivo ed oggettivo.

Come già rilevato, deve affermarsi in via preliminare la esclusiva operatività della *lex loci* processuale.

Infatti, il punto nevralgico della vicenda processuale al vaglio del Giudice straniero è quello di individuare con esattezza ed in prospettiva generale e di metodo quale sia la fonte normativa regolatrice del segmento processuale in corso ad Hong Kong (per l'Italia, da ritenere Stato straniero).

La soluzione al quesito è nel senso della piena ed indiscussa applicabilità della legge processuale penale vigente in Hong Kong, ivi incluso il *diritto delle prove* da intendersi come il complesso di disposizioni normative processuali penali disciplinanti il procedimento di ammissione, formazione e valutazione dei dati conoscitivi (c.d. procedimento probatorio).

È sulla base della legge del luogo di celebrazione del processo che il *Judicial Review* ha avuto origine ed è in base alla legge locale che il procedimento giungerà ad un definitivo epilogo.

A diversa soluzione non è consentito pervenire, tanto da un punto di vista sistematico

quanto alla stregua di un approccio concretamente operativo.

In questa ortodossa prospettiva, sostenere l'applicabilità della legge processuale penale italiana - ivi compresi gli eventuali limiti che essa detta in tema di incompatibilità a testimoniare - significherebbe affermarne l'indiscriminata extraterritorialità con supremazia su qualsiasi altra e differente normativa *locale*.

Sta di fatto, invece, che la legge "del" processo è e deve sempre essere una soltanto, in correlazione irrinunciabile al "luogo".

Per questa ragione, è compito dei Giudici di Hong Kong stabilire, in assoluta autonomia, se ed in quale misura siano riscontrabili nel caso di specie violazioni della *lex loci* regolatrice tanto delle concrete modalità esecutive dell'atto richiesto, a contenuto investigativo, quanto del procedimento - ivi compreso quello diretto alla formazione della prova - instauratosi su legittimo impulso di parte.

Circa il secondo profilo, vale a dire la natura "altra" dei due procedimenti in Milano ed Hong Kong, come già diffusamente illustrato e qui giova ribadire, non può essere ignorato con eccesso di disinvoltura il procedimento pendente dinanzi all'Autorità Giudiziaria di Hong Kong - nel cui ambito è stata avanzata richiesta difensiva di procedere all'esame incrociato del dott. De Pasquale - è indubitabilmente autonomo e differente (*id est*: "altro") rispetto a quello pendente a Milano, in cui il medesimo dott. D.P. svolge, e/o ha svolto, attività di pubblico ministero.

Invero, ed anzitutto, sotto l'aspetto esteriore diversi sono gli Stati coinvolti e diverse le rispettive attribuzioni giurisdizionali; differenti sono le Autorità Giudiziarie rispettivamente procedenti; diversi sono gli ambiti soggettivi di riferimento dei distinti procedimenti.

Senza trascurare che, alla stregua di un approccio pragmatico attento alla sostanza delle cose, diverso è nelle due procedure l'oggetto di accertamento processuale.

Al tirar delle somme: nei due procedimenti (quello italiano e quello di Hong Kong) sono

completamente distinti e differenti sia l'ambito oggettivo che quello soggettivo.

Ne consegue che il collegamento fra i due procedimenti (pur ammesso, ma non concesso, che si ritenesse di attingere alla disciplina processuale penale italiana in materia di incompatibilità a testimoniare), non osta comunque alla capacità del dott. De Pasquale di sottoporsi ad esame: tanto all'estero, quanto, in alternativa, in Italia mediante l'attivazione di una rogatoria internazionale dall'estero.

4.4. Circa l'intima contraddittorietà della tesi propugnata dagli esperti designati dalla procura milanese, essa si staglia in nitida sagoma, non appena si consideri come, da un lato, vorrebbe escludere che il p.m. possa rendere testimonianza e, dall'altro, si mostra aperta ad una duplice soluzione di compromesso: compatibilità a rendere testimonianza dei consulenti del p.m. che non abbiano posto in essere attività istruttoria in esecuzione di rogatoria internazionale e possibilità di una dichiarazione resa per iscritto od oralmente da parte dello stesso p.m.

Quanto al primo profilo, in via generale, la condizione cui si pretenderebbe di sottoporre il contributo testimoniale dei "consulenti" del p.m. non trova alcun aggancio normativo. Le ragioni derivano non già e non solo dalla prevalenza della *lex loci* ma anche dalla circostanza che tale divieto non può ritenersi sussistente nemmeno alla luce delle norme del codice di rito italiano.

In prospettiva di principio e di fondo: i "consulenti" del p.m. non possono mai sottrarsi all'obbligo di rendere testimonianza.

Occorre operare, dunque, una breve premessa terminologica e quindi chiarire cosa debba intendersi per "consulente".

Dal punto di vista del diritto interno, il "consulente" è colui che offre ad una parte processuale il proprio bagaglio di conoscenza in uno specifico settore tecnico-scientifico ovvero in una determinata materia nella quale le conoscenze della parte - pubblica o privata - risultino, per presunzione normativa, inadeguate. Tale esigenza può verificarsi tanto in fase investigativa che nel corso del giudi-

zio. E così, ove emerga nel corso delle indagini preliminari (ai sensi dell'art. 359 c.p.p.) il p.m. «*quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare o avvalersi di consulenti*». Sul versante opposto, (ai sensi dell'art. 327 bis, 3° co., c.p.p.) il difensore della parte privata, nell'espletamento del mandato professionale, «*quando sono necessarie specifiche competenze*» può avvalersi di «*consulenti tecnici*». Seguendo idealmente lo sviluppo procedimentale, nel corso del giudizio di cognizione, l'art. 220 c.p.p. prevede, fra i mezzi di prova, la perizia che è ammessa quando «*occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*». Alla nomina del perito, che compete al giudice, segue la nomina di «*consulenti di parte*» che, assicurando adeguato contraddittorio anche da un punto di vista tecnico, (ai sensi dell'art. 230 c.p.p.) «*possono assistere al conferimento dell'incarico al perito e presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve... possono partecipare alle operazioni peritali, proponendo al perito specifiche indagini e formulando osservazioni e riserve... Se sono nominati dopo l'esaurimento delle operazioni peritali*», infine, «*i consulenti tecnici possono esaminare le relazioni e richiedere al giudice di essere autorizzati a esaminare la persona, la cosa, il luogo oggetto della perizia*». Si pensi, altresì, alla possibilità di nominare «*consulenti tecnici*» anche quando non è stata disposta perizia (come contemplato dall'art. 233 c.p.p.).

Di regola, non è esclusa la escussione orale del perito, come del consulente tecnico in dibattimento, nel contraddittorio delle parti. Anzi: l'art. 501 c.p.p. prevede espressamente l'esame dei periti e dei consulenti tecnici, la cui escussione orale è disciplinata dalle medesime disposizioni che regolano la testimonianza. Assunto confermato, senza dubbio, dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui «*nei confronti del consulente tecnico del p.m. non può valere la condizione di incompatibilità a testimoniare prevista dall'art.*

197, 1° co., lett. d, c.p.p. dovendo essere riconosciuta al consulente tecnico... sostanziale qualità di testimone, con la conseguente possibilità per il giudice di desumere elementi di prova e di giudizio dalle loro dichiarazioni e dai loro chiarimenti» (Cass., Sez. II, 4 ottobre 2006, Fiordelisi, in *Guida Dir.*, 2007, n. 3, 80).

E del resto, è lo stesso Parere a firma R. ad ammettere che «il consulente del pubblico ministero è capace a testimoniare».

Il consulente dunque, in prospettiva di metodo e normativamente non partecipa all'atto istruttorio: ove ciò accadesse, si tratterebbe di un atto *illegittimo*. E, certo, da una violazione di legge non potrebbe farsi discendere – anche – l'esenzione dall'obbligo di rendere testimonianza.

La condizione, dunque, alla quale il Parere depositato nell'interesse della Procura di Milano ha ritenuto di poter fare riferimento è *contra ius*, e la condizione illecita deve ritenersi per ciò solo come non apposta o comunque, in concreto, non verificabile.

4.5. Per l'effetto, deve ammettersi che è stata operata una imperdonabile *confusione terminologica* fra *consulente* e *ausiliario del p.m.* In tal caso, norma di riferimento torna ad essere l'art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p. del quale non può che ribadirsi l'eccezionale portata.

La disposizione appena indicata delinea ipotesi di incompatibilità che incidono, comprimendola, sulla generale capacità a testimoniare spettante a ognuno ai sensi dell'art. 197 c.p.p. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, si ribadisce, che l'ausiliario del p.m. (o del giudice) per il quale è prevista l'incompatibilità a testimoniare «*si identifica con l'ausiliario in senso tecnico ossia con l'appartenente al personale di cancelleria e segreteria e non già con un estraneo all'amministrazione della giustizia che si trovi a svolgere di fatto, ed occasionalmente, determinate funzioni previste dalla legge. Pertanto non riveste la qualità di ausiliario il consulente tecnico del p.m., per il quale non può valere la condizione di incompatibilità a testimoniare prevista dall'art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p.*» (Cass., Sez.

III, 17 febbraio 2004, Ponzio, in *Mass. Uff.*, n. 228530).

In altra e più recente decisione è stato precisato, altresì, che «*il divieto sancito dall'art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p. di assumere come testimoni coloro che hanno svolto la funzione di ausiliari del giudice o del p.m. è posto esclusivamente in relazione all'attività di documentazione di atti prevista dall'art. 373 e non anche a quella che l'agente o l'ufficiale di polizia giudiziaria abbia compiuto nell'esercizio della funzione di polizia giudiziaria*» (Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2005, Spagnolo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 231703).

Nel caso concreto, deve escludersi che il personale della società di consulenza K.P.M.G. di cui si sono avvalsi i pubblici ministeri dott. D.P. e dott. S. possano essere considerati «*ausiliari*», nel senso inteso nel c.d. diritto vivente, incompatibili a rendere testimonianza ex art. 197, 1° co., lett. d, c.p.p.

Ausiliari o consulenti, non rileva. Possono testimoniare in ogni caso, non rientrandosi nell'ambito della documentazione di atti ex art. 373 c.p.p. Tanto nel giudizio celebrato in Italia che, a maggior ragione, in quello celebrato all'estero.

4.6. Sotto altro e diverso aspetto.

Non v'è equipollenza fra la *testimonianza* e l'alternativa proposta, di una *dichiarazione* unilaterale proveniente dal p.m. all'autorità giudiziaria cinese procedente, in forma scritta o orale.

Posto che, *ab imis*, chiave di lettura dell'intera vicenda è, e torna ad essere, la prevalenza della *lex loci* processuale, la possibilità che il p.m. renda tale dichiarazione è subordinata alle norme processuali penali in materia di assunzione e valutazione delle prove vigenti in Hong Kong: dunque occorre verificare se ed entro quali limiti il processo che ivi si sta celebrando legittimi tale contributo dichiarativo da parte del p.m. in luogo di una testimonianza (o *Affidavit*): laddove il diritto interno contempli tale alternativa, non v'è alcuno ostacolo. Salvo farne discendere le dovute conseguenze, sempre previste dalla normativa interna, in termini di valutazione della prova.

Se nel diritto processuale penale la *forma* è sostanza, è intuitivo che vi è sostanziale diversità fra *testimonianza*, resa previo giuramento (con le ovvie conseguenze in termini di responsabilità diretta in ipotesi di acclarato mendacio) e *dichiarazione scritta o orale*, di ibrida ed indefinita valenza probatoria.

E del resto, nella vicenda singolarmente analoga e connessa già definita a proposito dei materiali conoscitivi che si pretendeva di sequestrare negli U.S.A., deve rammentarsi che a tale modalità già si è fatto ricorso: il p.m. italiano dott. D.P. aveva già prodotto una *Declaration* “non giurata” negli U.S.A. (*Declaration* D.P., datata 21 dicembre 2006) alla quale è conseguito il netto diniego dell’Autorità giudiziaria statunitense alla disponibilità processuale degli atti ivi assunti mediante modalità sottratte ad ogni controllo.

4.7. Una breve e conclusiva notazione va fatta in riferimento ad una osservazione contenuta in entrambi i *Pareri* integrativi redatti nell’interesse della Procura ambrosiana.

Non si comprende esattamente cosa si intenda con l’espressione: «*la testimonianza resa in violazione del divieto di cui all’art. 197 c.p.p. nel procedimento rogatorio potrebbe anche determinare la esclusione di quanto reperito a seguito di perquisizione all’estero, in omaggio alla dottrina dei “frutti dell’albero avvelenato”*» (the fruit of the poisonous tree doctrine). Tale dottrina, negli ultimi anni, inizia ad essere oggetto di riflessione anche in Italia».

In concreto: il c.d. procedimento rogatorio altro non è se non il procedimento attivato mediante richiesta di rogatoria all’estero dall’Autorità Giudiziaria italiana a quella di Hong Kong. Procedimento che è culminato in Hong Kong con le avvenute perquisizioni e sequestri. Questo procedimento non è e non può essere *legibus solutus*. Con la conseguenza che le modalità di acquisizione della prova all’estero rischiano, come in ogni caso di rogatoria all’estero, di assumere duplice rilievo: nel procedimento celebrato in Italia, in cui non potrà tenersi conto, evidentemente, di atti acquisiti all’estero in violazio-

ne della legge; e nel procedimento di impugnazione (*Judicial review*) celebrato in Hong Kong avverso perquisizioni e sequestri ivi operati, immediatamente incidenti sui diritti individuali di libertà.

Non si comprende, dunque, in quale misura la testimonianza (in ipotesi: vietata) del p.m. nel procedimento rogatorio (intendendosi presumibilmente con questo termine il *Judicial review* pendente in Hong Kong) possa determinare la esclusione di quanto reperito a seguito di perquisizione all’estero.

La eventuale “esclusione” (intendendosi presumibilmente con questo termine la *inutilizzabilità* processuale) di quanto reperito a seguito di perquisizione all’estero nel *procedimento in Italia* deriverebbe solo ed esclusivamente dalla inosservanza delle norme che disciplinano lo svolgimento e l’esecuzione di perquisizioni e sequestri in Hong Kong. Ed è appunto sul tema del rispetto ovvero dell’inosservanza delle regole che dal *Judicial review* si attende una presa di posizione idonea a fare definitiva chiarezza.

Sostenere che su tale “esclusione” sarebbe destinato ad incidere in qualche misura anche il teorizzato divieto di testimonianza del p.m. è una superfetazione fuorviante (un falso problema) posto che, è necessario accertare - come è lecito, trattandosi di atti fortemente lesivi dei diritti di libertà individuale - se le Autorità italiane abbiano fedelmente rispettato la legge processuale dello Stato ospite, alla luce delle norme vigenti in Hong Kong. Il giudizio di impugnazione è volto a verificare il rispetto della legge locale, cui sono soggetti cittadini e stranieri, ed anche (verrebbe da dire... soprattutto) i magistrati degli altri Stati.

4.8. Infine, una meditata riflessione deve necessariamente essere articolata in ordine alla conclusione espressa nel *Parere* a firma L. - circa l’intendimento del Ministro di giustizia italiano se dare seguito alla rogatoria o meno - secondo cui «*nel caso di specie, come in tutti i casi, egli valuterà alla luce delle disposizioni del codice di procedura penale citate e con la discrezionalità che la norma gli consente*».

Al riguardo, occorre rilevare come in materia

di rogatoria dall'estero, il quadro normativo di riferimento costituito dagli artt. 723-726 *ter* c.p.p., complessivamente ispirato alla necessità di enucleare una griglia di "filtri" destinati a vagliare la concreta praticabilità della richiesta estera, non pare ostativo. Ad ogni modo, una anticipazione del duplice sindacato - politico, da parte del Ministro italiano della giustizia, e giurisdizionale, da parte della Corte di Appello - sulla richiesta di rogatoria, sembra poco utile (in quanto improduttivo di alcun effetto) in questa sede.

Sta di fatto che, in astratto, sussiste sicuramente la capacità a testimoniare sia dei p.m. milanesi e sia dei consulenti della società di cui gli stessi p.m. hanno ritenuto di potersi avvalere anche in Hong Kong.

Ebbene, lo stesso Parere a firma L., ha dovuto dare atto della correttezza dell'impostazione già da me propugnata (circa l'inutilità di una valutazione in via anticipata in ordine all'intendimento del Ministro italiano della giustizia), significativamente concludendo nel senso che, una volta ricevuta la eventuale richiesta rogatoria dalle autorità di Hong Kong, il Ministro «valuterà alla luce delle disposizioni del codice di procedura penale citate» - che operano, tra l'altro, un espresso e forte richiamo al principio di reciprocità - «e con la discrezionalità che la norma gli consente».

5. *La richiesta di rogatoria formulata dal Giudice di Hong Kong e la scarsa collaborazione da parte delle Autorità italiane.*

Il 13 giugno 2008 il giudice cinese ha deliberato una sentenza particolarmente argomentata ove sono state messe a confronto le tesi contrastanti illustrate dai rispettivi

consulenti delle parti interessate; per l'effetto, per una serie di ragioni, è stata ritenuta condivisibile in quanto convincente e persuasiva la tesi fin qui esposta; con correlativa decisione che, preso atto della necessità di fare chiarezza sull'ortodossia della condotta dei soggetti pubblici italiani in terra straniera, fosse da inoltrare alle nostre Autorità nazionali una richiesta di rogatoria compartecipata volta all'acquisizione diretta in Italia della testimonianza di due magistrati della procura milanese e dei loro due consulenti che operarono in Hong Kong [...dinnanzi all'Ecc.mo Mr. Justice Saunders, Giudice della Corte di Primo Grado dell'Alta Corte di Hong Kong competente per l'audizione dei testimoni, e che comporterà che tali testimoni siano esaminati viva voce, e che producano i documenti che sono in loro possesso, custodia o disponibilità in relazione alle perquisizioni nei vari edifici di Hong Kong in data 18 gennaio 2007 (vale a dire ciò che è l'oggetto del gravame attualmente pendente), dinnanzi all'Ecc.mo Mr. Justice Saunders affrontando i menzionati argomenti in contesa alla presenza dei legali dei Richiedenti e dei Convenuti o di coloro di essi che, data doverosa comunicazione, saranno presenti all'esame» (la decisione è integralmente leggibile sul sito governativo: http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_body.jsp?DIS=60815&AH=&QS=&FN=&currpage).

In data 19 giugno 2008 è stata inoltrata formale richiesta di rogatoria per via diplomatica.

Per quanto noto, alla fine del mese di marzo 2009 né il Ministro della giustizia né la Corte di Appello di Milano hanno ancora provveduto a quanto di rispettiva competenza.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria e favoreggiamento personale: la Corte costituzionale estende la causa di non punibilità dell'art. 384, 2° co., c.p.

(Questo scritto è in corso di pubblicazione su *Giustizia penale*)

La Corte costituzionale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, 2° co., c.p., nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, 2° co., lett. b), c.p.p. - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono» (C. Cost., 20.3.2009, n. 75).

Nelle Osservazioni che seguono l'autrice in

prima battuta analizza il problema relativo all'ammissibilità delle sentenze additive di cause speciali di non punibilità alla luce della riserva di legge in materia penale e illustra come nel caso di specie il controllo sulla ragionevolezza dell'omissione normativa sia stato semplificato dalla Corte. In seconda battuta, invece, si domanda se e come si sarebbe potuto arrivare ad una sentenza capace di prevenire ulteriori incidenti di costituzionalità destinati a sfociare in sentenze analoghe a quella di cui si tratta.

Osservazioni

di Roberta Aprati

1. La Corte costituzionale, nella decisione in commento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 384 c.p., nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per le false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata di reato probatoriamente collegato (a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b, c.p.p.) a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

Per comprendere appieno la pronuncia è necessario, però, fare un passo indietro.

Nel 1992 viene introdotta nel codice penale una nuova norma incriminatrice: il delitto di false informazioni al p.m. (art. 371 bis c.p.;

D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356). Secondo Tullio Padovani l'intervento normativo non si inserisce nel contesto emergenziale del decreto, ma piuttosto «costituisce il tardivo soddisfacimento di un onere che il legislatore si era assunto con il nuovo codice di rito» (*Commento all'art. 11 della d.l. 8 giugno 1992*, in *Leg. Pen.*, 1993, 115). Non dissimilmente Antonio Pagliaro afferma che «le false dichiarazioni rese al pubblico ministero non potevano più essere considerate *testimonianze in senso tecnico*. Pertanto non erano loro più applicabili le disposizioni penali sulla falsa testimonianza. [...] D'altra parte, rimaneva l'esigenza di evitare già alla radice - cioè in sede di indagini preliminari - ogni possibile fonte degli errori giudiziari che potessero es-

sere cagionati dalle informazioni false fornite al p.m. Né è così scaturita la nuova norma, la quale ha appunto lo scopo di colmare tale lacuna» (*Principi di diritto penale, Parte Speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, 123).

In effetti la previsione, anche alla luce del successivo e dell'attuale assetto processuale, è volta a tutelare la verità e completezza delle informazioni rese al pubblico ministero, in quanto destinate di per sé a vari usi processuali: non solo quelli relativi all'esercizio dell'azione penale e al controllo del giudice in sede di udienza preliminare, ma anche quelli probatori in senso stretto nei casi in cui - ex art. 111 Cost. - è possibile che la prova non si formi nel contraddittorio delle parti. Sicché fra false dichiarazioni al p.m. e falsa testimonianza (art. 372 c.p.), si profila una forte analogia: ambedue le norme tutelano la genuinità della prova nel processo (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 113).

La fattispecie, dunque, si correla all'art. 362 c.p.p. (a cui si applica l'art. 198, comma 1, c.p.p.) in forza del quale le persone informate dei fatti hanno l'obbligo di riferire ciò che sanno. In assenza della nuova incriminazione, l'eventuale inosservanza di tale obbligo processuale era sanzionato con la fattispecie di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). Incriminazione, tuttavia, inadeguata: per la sua configurabilità sono richiesti ulteriori requisiti, in carenza dei quali la mera menzogna o reticenza di fronte al p.m. non sarebbero stati punibili (PADOVANI, *Commento all'art. 11*, cit., 116).

2. Tuttavia, e arriviamo al punto che interessa, non viene menzionata nell'art. 371 *bis* c.p. l'omologa condotta tenuta davanti alla polizia giudiziaria. Anzi, sebbene le informazioni false o reticenti rilasciate alla p.g. (senza distinzione fra quelle assunte di iniziativa ex art. 351 c.p.p. o su delega del p.m. ex artt. 362 e 370 c.p.p.) fossero collocate accanto alle dichiarazioni rilasciate al p.m. nel decreto legge introduttivo della nuova fattispecie, in sede di conversione si decise di eliminare la previsione.

Di qui il dibattito volto a chiedersi se la nuo-

va disposizione potesse comunque ricomprendere al suo interno le ipotesi in parola. Ebbene, tale possibilità è stata esclusa: l'eliminazione del riferimento nella legge di conversione palesa la volontà del legislatore in tal senso, almeno per le dichiarazioni raccolte dalla p.g. di sua iniziativa; in riferimento a quelle delegate, poi, la delega non attribuisce la qualifica soggettiva richiesta dalla norma penale (PADOVANI, *Commento all'art. 11*, cit., 117).

Dunque un'eventuale incriminazione a titolo di false dichiarazioni al p.m. configurerebbe un'applicazione analogica vietata. Si estenderebbe, infatti, il campo applicativo nella norma in spregio al principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. Di fatto sarebbe il giudice, e non già il legislatore, a sottoporre l'agente ad una sanzione (Sez. VI, 19 aprile 1993, Malena, in *questa rivista*, 1994, II, 514; Sez. VI, 6 maggio 1994, Accavone, in *C.E.D. Cass.*, n. 198757; Sez. VI, 10 marzo 1993, Frustaci, *ivi*, n. 194143.; Sez. VI, 27 novembre 1992, Donisi, *ivi*, n. 192946).

Tuttavia la condotta mendace o reticente tenuta di fronte alla p.g. - non importa se agisca di sua iniziativa o su delega del p.m. - non risulta priva di sanzione: la giurisprudenza da subito ha ritenuto - appropriandosi di un consolidato e risalente indirizzo interpretativo precedente all'introduzione dell'art. 371 *bis* c.p. (fra le tante Sez. I, 10 giugno 1980, Borghi, in *C.E.D. Cass.*, n. 147624) - che essa potesse ancora essere riconducibile alla figura del favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) (fra le tante v. Sez. VI, 14 giugno 1993, Darmanin, in *C.E.D. Cass.*, n. 195997).

3. Di qui l'ulteriore problema: possono applicarsi al favoreggiamento personale le speciali cause di non punibilità previste per il reato di false informazioni al pubblico ministero e per la falsa testimonianza? Tanto la ritrattazione (art. 376 c.p.) quanto l'assunzione indebita di prove e informazioni (art. 384, comma 2, c.p.), infatti, si riferiscono alle false dichiarazioni (come anche alla falsa testimonianza), ma non già al *favoreggiamento personale dichiarativo*.

Anche in tal caso va esclusa la praticabilità di un'interpretazione analogica, seppure in linea teorica percorribile, vista la natura di norme di favore delle disposizioni. E vari sono gli argomenti che fondano tale conclusione.

Si può osservare che il presupposto dell'applicazione analogica è una lacuna nell'ordinamento *non intenzionale*: ma rispetto alle cause di non punibilità è il legislatore che compie una scelta ponderata del tipo di situazione, del grado di influenza, dei soggetti e della classe di reati (MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 193 ss.). Sicché è preclusa la possibilità di un'estensione a casi non previste dal legislatore. Ad un esito non diverso si giunge ove si considerino le cause speciali di non punibilità come norme eccezionali. Esse derogano alla punibilità sancita in determinati reati in dipendenza di valutazioni politico-criminali; ed è la stessa legge che esclude l'analogia per le norme eccezionali (art. 14 disp. prel. c.c.) (PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 153).

O, ancora, si può considerare che attraverso l'analogia di una norma penale di favore non si colma una lacuna, ma si sovverte una disciplina legalmente stabilita. Ciò che è escluso da una causa di non punibilità è - di conseguenza - incluso nella fattispecie incriminatrice a cui si riferisce la stessa. E l'analogia è preclusa se comporta, come risultato, un trattamento difforme da quello risultante, in via implicita o esplicita, dalla legge (PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 36 s.).

4. Risulta dunque che solo il legislatore può intervenire per estendere nel sistema penale il novero delle ipotesi di non punibilità, e non già l'interprete.

Tuttavia un potere estensivo in tal senso va riconosciuto anche alla Corte costituzionale, attraverso lo strumento delle sentenze additive. Ed in effetti nella pronuncia in esame si è ritenuto che l'art. 384, comma 2, c.p. fosse incostituzionale nella parte in cui non estende, almeno in una sua parte, la non punibilità al favoreggiamento personale commesso con dichiarazioni false o reticente rese alla p.g.

Con tali sentenze «una disposizione è censurata non per quel che prescrive ma in quanto *omette* di prescrivere qualcosa. Una decisione additiva occorre quando, in un certo contesto normativo, non contemplare significa escludere, soccorrendo altrimenti l'interpretazione estensiva o analogica. Ciò che in sostanza distingue le additive è l'incidere su una norma implicita di contenuto negativo e null'altro [...] Certo è vero che la decisione additiva presuppone una lacuna assiologica, ma non sembra si tratti di censurare la norma generale esclusiva o la norma generale negativa, perché invece si censura un contesto normativo particolare e dato in cui omettere equivale ad escludere» (CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 160 ss.).

L'ammissibilità delle sentenze additive nel settore penale è ormai incontrovertita, sebbene tale conclusione non sia stata da subito scontata.

Il dubbio nasceva da una semplice osservazione: per effetto di tali decisioni la Corte invade il campo riservato al legislatore in forza della *particolare* riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. (ZAGREBELSKI G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1987, 288).

In realtà qui la Corte non amplia, attraverso un'addizione, l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato (sul problema della additiva della fattispecie penale v. C. Cost., 27 luglio 1995, n. 411, in *questa rivista*, 1995, I, 324; C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508, *ivi*, 2001, I, 79 e C. Cost., 1° giugno 2004, n. 161, *ivi*, 2004, I, 161).

Al contrario, le sentenze additive che estendono la portata di una causa di non punibilità, come quella in commento, hanno l'effetto pressoché opposto: sebbene non riducano l'area dell'illecito, restringono comunque l'ambito applicativo della norma incriminatrice. Ma a ben vedere, anche in tal caso la Corte si sostituisce al legislatore che aveva scelto e tipizzato l'area di applicazione dell'illecito (Cfr. C. Cost., 6 dicembre 1988, n. 1063, in *Giur. Cost.*, 1988, 5199).

Si osserva, in argomento, seppur con riferi-

mento alle sentenze additive che incidono sulla fattispecie, che «il contrasto con la riserva di legge sembrerebbe sussistere anche quando la Corte pronuncia una sentenza manipolativa che estende *in bonam partem* la disciplina penale (si pensi, ad esempio, con riferimento al delitto di boicottaggio di cui all'art. 507 c.p., alla sentenza n. 84 del 1969). Se è vero che la decisione è additiva rispetto all'enunciato legislativo, il quale viene arricchito o integrato dalla lettura della Corte, ma restrittiva dell'area dell'applicazione normativa, sicché l'intervento della Corte non amplia la cerchia dei fatti penalmente rilevanti, è, altresì, vero che la determinazione della linea di confine tra il lecito e il penalmente illecito è compiuta non dal legislatore, bensì dalla Corte costituzionale» (GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di legalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 483).

In realtà, per risolvere il problema occorre tener conto del *principio di costituzionalità* (o di *legalità costituzionale*). Come è noto, gli artt. 134, 136 e 138 Cost. attribuiscono - nel sistema delle fonti - alla costituzione un grado gerarchico superiore a quello della legge. Ne consegue che la legge ordinaria non può esprimere norme contrarie alle norme di rango costituzionale; e quando ciò accada, la norma di legge ordinaria, in quanto gerarchicamente inferiore, deve considerarsi invalida e pertanto essere annullata dall'organo competente con effetti *ex tunc* (ZAGREBELSKI G., *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1987, 57 ss.).

Si delinea allora un conflitto tra principi di rango costituzionale - la riserva di legge in materia penale e il principio di legalità costituzionale - e inevitabilmente il discorso deve essere spostato sui modi e le tecniche per risolvere tale tipologia di conflitto.

In tali casi, in pratica, è necessario un vaglio preliminare, volto a stabilire se la Corte possa pronunciarsi. Si tratta cioè di *bilanciare* i due valori costituzionali in gioco, ovvero sia di scegliere quali dei due principi, nel caso di specie, debba prevalere sull'altro (ZAGREBELSKI G., *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170 ss.):

se prevale la riserva di legge, il giudizio di costituzionalità è inammissibile, nel caso contrario ammissibile (v. per esempio C. Cost., 27 luglio 1995, n. 411, cit., secondo cui «al giudice costituzionale non è dato di pronunciare una decisione dalla quale possa derivare la creazione - esclusivamente riservata al legislatore - di una nuova fattispecie penale: e ciò in forza del principio di legalità sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. Per tali ragioni, va dichiarata l'*inammissibilità* della questione di legittimità costituzionale dell'art. 727 c.p., nella parte in cui non assoggetta a sanzione penale la condotta di chi uccide l'animale di sua proprietà»).

Per sciogliere l'alternativa fra ammissibilità o meno del controllo costituzionale è necessario porre i due principi in una scala di valori assiologica rispetto al caso di specie (GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 216). Va tenuto presente che nella soluzione del problema, occorre assegnare un particolare rilievo alle prevedibili o possibili conseguenze pratiche della decisione. L'argomento consequenzialista, ossia l'argomentazione orientata alle conseguenze mostra qui la sua importanza tra i criteri di valutazione di cui si avvale la tecnica di bilanciamento (GAMBARDELLA, *Specialità sincronica*, cit., 484).

Ebbene, nel caso di specie, il *principio di costituzionalità* deve considerarsi senz'altro prevalente a quello di *legalità penale*.

Se la decisione può sembrare - in quanto additiva - più invasiva delle mere sentenze di annullamento, in realtà lo è di meno: la riscrittura parziale della legge è la soluzione che ritaglia con maggiore precisione la parte illegittima, evitando di toccare le parti della norma impugnata non viziate da illegittimità costituzionale (PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 123).

Inoltre, l'innovazione provocata dalla sentenza della Corte non incide sulla fattispecie astratta di una incriminazione, bensì esclude la punibilità di una modalità concreta della sua realizzazione (cfr. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, cit., 315).

5. Risolta la questione relativa all'ammissibi-

lità del giudizio di costituzionalità di una causa di non punibilità, al fine di allargarne la sfera di applicazione, si tratta ora di vedere la tipologia del sindacato compiuto. La questione, come anticipato, riguarda l'*irragionevolezza* dell'art. 384, comma 2, c.p., là dove non si estende all'ulteriore ipotesi di dichiarazioni mendaci rese alla polizia giudiziaria dall'indagato in procedimento collegato probatoriamente a quello per cui si procede. Come è noto, accanto al giudizio tradizionale di legittimità costituzionale - contrasto puntuale tra una norma ricavata da una legge (in generale una regola) e una norma ricavata dalla costituzione (in genere un principio) - si colloca il controllo sulla ragionevolezza, il quale risulta riconducibile a due diversi schemi (LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. pubbl.*, Torino, XII, 1997, 351 ss.).

Con il primo, che è quello impiegato nella decisione in commento, la Corte verifica la *coerenza* fra le regole poste dal legislatore e valuta dunque la giustizia inerente alla sistematicità dell'ordinamento. Qui l'oggetto del giudizio è la relazione fra due norme strutturate come regole, la norma *de qua* e un'altra norma desunta da una fonte primaria (*tertium comparationis*) e si verifica se la relazione di antinomia o incompatibilità che sussiste fra le due regole sia o meno ragionevole. Ma l'antinomia di cui si tratta non è una contraddizione o contrarietà logica fra regole (risolvibile allora in via interpretativa senza l'intervento della Corte), quanto piuttosto un'antinomia tra *rationes*, vale a dire l'inesistenza di una comune *ratio distinguendi vel parificandi* di due norme. Come accade, ad esempio, nel caso di discriminazione irragionevole: l'omessa equiparazione al caso astratto, espressamente disciplinato (c.d. norma positiva), di un altro caso astratto, implicitamente escluso (c.d. norma negativa). Intesa come assenza di antinomie tra le ragioni di due norme, la coerenza si riduce quindi in ultima analisi al principio di uguaglianza inteso come divieto di differenziare situazioni omogenee o parificare situazioni distinte e si identifica con la razionalità delle

classificazioni (LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 351 ss.).

Con il secondo tipo di giudizio di ragionevolezza, invece, la Corte si occupa di una norma strutturata come regola nelle sue relazioni con i principi costituzionali; più precisamente con almeno due norme desunte dalla costituzione e formulate come principi. Si parla qui di *bilanciamento* o di ponderazione tra almeno due principi costituzionali rispetto alle esigenze del caso astratto disciplinato dalla legge (LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 351 ss.).

Orbene, come si è accennato, la decisione in commento è inquadrabile nel primo schema del giudizio di ragionevolezza. Le due regole poste a confronto e assunte come antinomiche sono: la punibilità di un soggetto indagato in procedimento probatoriamente collegato che ha reso dichiarazioni false o reticenti di fronte alla p.g. pur non essendo obbligato a renderle o a rispondere (la norma impugnata); la non punibilità del medesimo soggetto che ha reso dichiarazioni false o reticenti di fronte al p.m. pur non essendo obbligato a renderle o a rispondere (*tertium comparationis*).

La Corte, però, non procede secondo il classico schema del giudizio di ragionevolezza esposto poc'anzi, il c.d. *giudizio trilatero*. Essa cioè non individua la *ratio*, il principio, che sta alla base della norma posta a *tertium comparationis* (la causa di non punibilità), per verificare se esso possa o meno essere riferito anche alla situazione contemplata dalla norma impugnata (BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, 472 s.). Nella decisione, piuttosto, la Corte compie una duplice analisi comparativa. Si confrontano i due reati ai quali, rispettivamente, è applicata e non è applicata la causa di non punibilità (le false dichiarazioni al p.m. e il favoreggiamento personale commesso tramite dichiarazioni false o reticenti); si paragonano i trattamenti processuale dei due elementi normativi che individuano i due diversi reati (le dichiarazioni raccolte dal p.m., le dichiarazioni raccolte dalla p.g.). E, nel raffrontare tali elementi, da una parte si ritiene

che le due diverse fattispecie incriminatrici abbiano identica condotta materiale e bene giuridico omogeneo, e dall'altra si costata che gli atti dichiarativi assunti dal p.m. e dalla p.g. siano totalmente assimilati nel trattamento processuale. Da tali rilievi si trae la conclusione dell'irragionevolezza dell'esclusione.

Vale la pena di osservare che il ragionamento seguito dalla Corte non è dissimile da quello compiuto in due precedenti occasioni.

Nel 1996 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sempre dell'art. 384, comma 2, c.p., nella parte in cui non prevede la non punibilità per le dichiarazioni mendaci o reticenti rilasciata alla p.g. senza che fosse preventivamente fatto l'avvertimento al dichiarante della facoltà di non rispondere. La pronuncia è praticamente omologa all'attuale: sebbene le due regole poste a confronto siano sempre la causa di non punibilità per le dichiarazioni rese al p.m. e l'omissione della non punibilità per le dichiarazioni rese alla p.g., la Corte si è limitata ad analizzare i due diversi reati e i due regimi processuali delle dichiarazioni. E, sul presupposto «dell'identità delle condotte materiali», «dell'omogeneità del bene giuridico protetto», «dell'identica gravità dei reati», «dell'identica rilevanza processuale delle dichiarazioni rese alla p.g. e al p.m.» e «dell'identica rilevanza processuale dei rapporti interpersonali», si conclude assumendo l'irragionevolezza del diverso trattamento (C. Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, in *questa rivista*, 1997, II, 97). Nel 1999 è accaduto lo stesso, sebbene venisse in rilievo una diversa causa di non punibilità, non più l'art. 384 c.p. ma l'art. 376 c.p. La Corte, infatti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della ritrattazione, nella parte in cui non si estende alle false dichiarazioni rilasciate alla polizia giudiziaria su delega del p.m., addirittura sul solo presupposto della identità dei regimi processuali: «l'assunzione di informazioni da parte del p.m. e l'assunzione di informazioni da parte della p.g. su delega del p.m. sono la medesima attività processuale» (C. Cost., 30 marzo 1999, n. 101, in *questa rivista*, 1999, I, 193).

In conclusione emerge un dato: la Corte, nei casi analizzati, non ricostruisce mai la ragione giustificatrice che sta alla base della disciplina della causa di non punibilità e, di conseguenza, non verifica se tale *ratio* sia coerente o meno con i casi esclusi dalla non punibilità. Essa si limita a costatare l'uguaglianza delle due situazioni regolate differentemente, e sulla base di tale identità *presume* l'incoerenza normativa. In breve la Corte a volte semplifica il ragionamento trilatero: di fronte ad una totale sovrapposizione fra le due regole poste a confronto, essa ritiene superfluo procedere oltre. A ben vedere, in tal caso la Corte, ha ritenuto di essere in presenza di uno di quei casi in cui «diventa lecito assumere che la legge sia costituzionalmente illegittima per violazione dei canoni di ragionevolezza, fino alla dimostrazione del contrario» (PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 907 s.)

Si potrebbe infine notare che nel 1982 e nel 2000 la Corte, sempre chiamata a pronunciarsi sull'estendibilità della ritrattazione al favoreggiamento personale commesso con dichiarazioni false e reticenti alla p.g. (in riferimento ai casi in cui la p.g. agisca di sua iniziativa nella seconda pronuncia), ha dichiarato la non fondatezza di ambedue le questioni sul presupposto che la ritrattazione, volta ad evitare il pregiudizio al bene giuridico tutelato, mentre è idonea a raggiungere tale risultati in caso di falsa testimonianza, non lo è nel caso del favoreggiamento: «la finalità dell'esimente è di dare soddisfazione all'interesse alla giusta definizione del giudizio principale. Tale attitudine difetta nel caso di favoreggiamento personale» (C. Cost., 22 dicembre 1982, n. 228, in *Giur. cost.*, 1982, 2266); in particolare, poi, «la diversa cadenza temporale dell'interrogatorio delegato alla p.g. e delle sommarie informazioni alla p.g. è tale che la ritrattazione delle dichiarazioni rese alla p.g. non raggiungerebbe comunque il suo scopo» (C. Cost., 16 ottobre 2000, n. 424, in *questa rivista*, 2000, I, 357). In tali decisioni, dunque, a differenza che nell'attuale, la Corte impiega

il classico schema del triangolo, che, nei due casi di specie, essa non riesce a chiudere.

6. È noto che la speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. è assai ricca di contenuti: dalla disposizione si ricavano una pluralità di regole.

In via generale possono essere individuate tre ipotesi in cui l'agente non è punibile, all'interno delle quali si collocano, poi, ulteriori sottoipotesi.

a) Nella prima ipotesi vengono in rilievo i casi in cui l'agente, *ex art. 384, comma 2, parte prima*, c.p., «non avrebbe potuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini dell'indagine o assunto come testimone». Qui l'atto processuale *non poteva* essere compiuto dall'autorità giudiziaria e, di conseguenza, il dichiarante *non aveva alcun dovere* di risposta. Si potrebbe parlare di prova inammissibile: per legge l'atto è vietato. In tali situazioni il soggetto assume *illegittimamente* la qualifica soggettiva di testimone o di persona informata dei fatti voluta dalle norme penali di riferimento (PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci e Dolcini, V, parte I, Padova, 2005, 374 ss. e 421 ss.) e dunque non è punibile sia se tace, in tutto o in parte, sia se fornisce risposte false. Solo formalmente, quindi, e non già sostanzialmente, vi è una corrispondenza fra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

All'interno della prima ipotesi generale appena indicata possono collocarsi le seguenti sottoipotesi.

i) I casi di incompatibilità a testimoniare previsti dall'art. 197 c.p.p. e applicabili anche alle informazioni del p.m. (art. 362 c.p.p.). Dunque non sono punibili se rendono dichiarazioni mendaci o se non rispondono in tutto o in parte, nei casi in cui siano convocati e ascoltati - illegittimamente - secondo la procedura prevista per i testimoni o per le informazioni del p.m., coloro che nel procedimento hanno una delle qualifiche indicate dall'art. 197 c.p.p.

ii) Il caso dell'imputato, dell'indagato e del soggetto già raggiunto da indizi di reità, sen-

titi nel loro procedimento sul fatto proprio come persone informate dei fatti o come testimoni e non già come soggetti interrogati o esaminati. Tale ipotesi non è contemplata dall'art. 197 c.p.p., forse perché si è ritenuto superfluo e ridondante farne oggetto di una apposita previsione, tuttavia essa è riconducibile all'art. 63, comma 2, c.p.p.: se la persona doveva essere sentita fin dall'inizio in qualità di indagato o imputato, vuol dire che l'autorità giudiziaria non poteva sentirla a sommarie informazioni o a testimonianza.

iii) Il caso dell'imputato (o indagato) sentito come testimone o come persona informata, dopo che ha rilasciato dichiarazioni relative alla responsabilità altrui durante l'interrogatorio (art. 363 c.p.p. e art. 64 c.p.p.) o l'esame (artt. 200 e 210 c.p.p.), senza però che in tali sedi gli sia stato dato preventivamente l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p.: infatti costui per legge «non potrà assumere l'ufficio di testimone».

b) Nella seconda ipotesi generale, invece, vengono in rilievo i casi in cui l'agente, *ex art. 384, comma 2, parte seconda*, c.p., «non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere». Qui l'atto processuale *poteva* essere compiuto dall'autorità giudiziaria, ma è il dichiarante che *non aveva un dovere* di risposta onnicomprensivo: infatti rispetto ad alcuni *oggetti di prova* costui non era obbligato né a deporre (di fronte al giudice), né a rispondere (di fronte al p.m.), sicché il silenzio o la menzogna non sono punibili. In tale situazione si assume *legittimamente* la qualifica di testimone o di persona informata dei fatti, ma gli obblighi di verità vengono modulati - di volta in volta con diverse previsioni - sicché non tutte le reticenze e menzogne sono punibili.

All'interno di questa ipotesi, nuovamente, possono collocarsi varie sottoipotesi.

i) Gli imputati (o indagati) che vengono citati - legittimamente - a «sommarie informazioni di futuro testimone assistito» (art. 362 c.p.p. nella parte in cui richiama l'art. 197 *bis* c.p.p.) o come «testimoni assistiti» *ex art. 197 bis*. Costoro se mentono o non rispondono sui fatti contemplati dall'art. 197 *bis*,

comma 4, c.p.p. non sono punibili. Rispetto a tali oggetti di prova essi - a ben vedere - conservano la qualifica di soggetti interrogati o esaminati, siano o meno costretti a rispondere.

ii) Le persone informate dei fatti e i testimoni (siano o meno assistiti) rispetto alle domande autoincriminanti. L'ipotesi si riferisce all'art. 198, comma 2, c.p.p.: costoro, *legittimamente* citati a testimonianza o a informazioni, se mentono o se non rispondono alle domande che possono comportare una loro responsabilità, non sono punibili, siano o meno costretti in tal senso.

iii) Le persone informate dei fatti e i testimoni (siano o meno assistiti) titolari di un segreto di ufficio, di professione o di Stato o di polizia rispetto al segreto: l'ipotesi si riferisce agli artt. 200, 201, 202 e 203 c.p.p. Costoro, infatti, possono opporre il segreto di cui sono titolari durante la loro escussione, ma se il giudice o il p.m. li costringono a parlare - sul presupposto dell'inesistenza del segreto - e, di conseguenza, mentono o si rifiutano di rispondere, non sono punibili (Sez. VI, 11 febbraio 2009, Belluomo, in *C.E.D. Cass.*, n. 242700; Sez. VI, 21 gennaio 2004, Moretti, *ivi*, n. 229396). Qui quindi, se i dichiaranti non oppongono previamente il segreto, e dunque decidono volontariamente di svelarlo sono punibili se poi mentono.

c) Infine veniamo alla terza ipotesi generale: non è punibile l'agente che, *ex art.* 384, comma 2, *parte terza*, c.p., «avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi» ai sensi dell'art. 199 c.p.p. (si tratta dei prossimi congiunti dell'imputato o dei soggetti ad essi assimilati *ex art.* 199, comma 3, c.p.p. Cfr. Sez. VI, 15 ottobre 2008, Xodo, in *C.E.D. Cass.*, n. 242517). Qui l'atto processuale *poteva* essere assunto dall'autorità giudiziaria o dalla p.g., ma in assenza dell'avvertimento il dichiarante *non aveva alcun dovere* di risposta: in pratica il *dovere* di risposta è condizionato, perché nasce solo a seguito dell'avvertimento e della conseguente volontaria adesione all'atto. In conclusione in tal caso si assume *legittimamente* il ruolo soggettivo di testi-

mone o di persona informata dei fatti (analogamente alle seconda ipotesi generale e diversamente dalla prima), ma senza l'avvertimento nessuna menzogna o reticenza è punibile (analogamente alla prima ipotesi generale e diversamente dalla seconda).

7. Ora, la sentenza della Corte, rispetto alla pluralità di ipotesi indicate, si occupa di un caso particolare, quello dell'indagato in procedimento collegato probatoriamente.

Costui, in sintesi, non è punibile, se rende dichiarazioni false o si rifiuta di rispondere, per una serie di ragioni:

i) se viene *illegittimamente* sentito come persona informata dei fatti dal p.m. (art. 362 c.p.p.) o come testimone, perché versa nel caso regolato dall'art. 197, comma 1, lett. b) c.p.p.;

ii) se viene sentito *illegittimamente* come "persona informata dei fatti futuro testimone assistito" dal p.m. o come "testimone assistito", perché nel previo interrogatorio o esame non è stato avvertito ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. che avrebbe potuto assumere l'ufficio testimoniale;

iii) se gli rivolgono domande che riguardano i fatti di cui all'art. 197 *bis*, comma 4, c.p.p., essendo sentito *legittimamente* come "testimone assistito" *ex art.* 197 *bis* o come "futuro testimone assistito" dal p.m. *ex art.* 363 c.p.p. nella parte in cui si riferisce alle ipotesi dell'art. 197 *bis* c.p.p.;

iv) se gli rivolgono domande su fatti diversi da quelli dell'art. 197 *bis*, comma 4, c.p.p., ma dai quali potrebbe comunque emergere una sua responsabilità, essendo sentito *legittimamente* come "testimone assistito" *ex art.* 197 *bis* o come "futuro testimone assistito" dal p.m. *ex art.* 363 c.p.p. (art. 198, comma 2, c.p.p.).

v) se lo costringono a svelare un segreto, essendo sentito *legittimamente* come "testimone assistito" *ex art.* 197 *bis* o come "futuro testimone assistito" dal p.m. *ex art.* 363 c.p.p. (artt. 200, 201, 202 c.p.p.).

La sentenza estende ulteriormente la non punibilità: qualora l'indagato in procedimento collegato sia assunto a sommarie informazioni dalla polizia giudiziaria non potendo esse-

re obbligato a deporre o comunque a rispondere.

A ben vedere la portata additiva della sentenza è più ampia di quello che a prima vista potrebbe sembrare.

Vale la pena, infatti, di sottolineare un dato: di fronte alla polizia giudiziaria che agisce di sua iniziativa, non può mai accadere che l'indagato in procedimento collegato probatoriamente non sia punibile perché per legge non si poteva procedere ad informazione (che poi è il caso di specie affrontato dalla Corte, si discute infatti di un soggetto incompatibile con l'ufficio testimoniale). Tale situazione, invece, può ben verificarsi di fronte al p.m.

Invero di fronte alla p.g. l'indagato in procedimento collegato, sia se sia qualificabile come "persona informata dei fatti futuro testimone assistito", che come "persona titolare di un pieno diritto al silenzio", è sempre ascoltato con il medesimo atto, l'informazione ai sensi dell'art. 351 c.p.p., atto con cui è sentita anche la *comune* persona informata dei fatti. Anche se poi le regole applicabili sono di volta in volta diverse (rispettivamente, quelle relative alla testimonianza assistita ex art. 197 *bis* c.p.p., all'esame di persona imputata in procedimento connesso o collegato probatoriamente ex art. 210 c.p.p.; alla testimonianza).

In tali casi la sommaria informazione raccolta dalla polizia giudiziaria è sempre legittima: è solo la quantità degli obblighi testimoniali che si riduce progressivamente, fino ad essere azzerata. Sicché la sommaria informazione dell'indagato in procedimento collegato che non ha perso il diritto al silenzio e a cui però sono applicate le regole relative alla testimonianza, rientra fra i casi in cui si configura l'assenza di un dovere di rispondere e non già l'assenza del potere di compiere l'atto.

Di conseguenza, se il p.m. convoca a informazioni - invece che ad interrogatorio - l'indagato di un procedimento collegato probatoriamente prima che sia stato definito irrevocabilmente il suo procedimento o senza che questo abbia già rilasciato dichiarazioni relative alla responsabilità altrui, il dichiaran-

te non è punibile ex art. 384, comma 2, *parte prima*, c.p., in quanto il soggetto è incompatibile con l'ufficio e quindi l'atto è vietato per legge.

Se invece, nella medesima ipotesi, costui è convocato dalla p.g. a sommarie informazioni, ed è sentito con le regole della testimonianza, la non punibilità discende dall'art. 384, comma 2, *parte seconda*, c.p., in quanto l'atto è legittimo, sebbene il soggetto non abbia alcun dovere di risposta. La stessa situazione, in una prospettiva futuribile di allargamento della causa di non punibilità, si verificherebbe anche rispetto all'indagato in procedimento connesso teleologicamente non riunito.

Ma non solo, la dichiarazione di incostituzionalità si riferisce comunque anche ad altre due ipotesi (non riconducibili al caso di specie che ha originato la sentenza).

i) Ora non è più punibile l'indagato in procedimento collegato probatoriamente sentito a informazioni dalla p.g. per le dichiarazioni relative ai fatti di cui all'art. 197 *bis*, comma 4, c.p.p., quando ha perso il diritto al silenzio.

ii) Lo stesso, del pari, non è più punibile, se, nel medesimo contesto, non risponde o mente al fine di non rendere dichiarazioni autoindizianti relative a reati diversi da quelli a cui si riferisce l'art. 197 *bis*, comma 4, c.p.p. (art. 198, comma 2, c.p.p.).

iii) Infine, costui non è punibile se, sempre nel medesimo contesto, è costretto a svelare un segreto (artt. 200, 201, 202 c.p.p.).

Il dispositivo, infatti, è chiaro da questo punto di vista: non è punibile l'indagato o l'imputato in procedimento collegato sentito a informazioni dalla polizia giudiziaria che non avrebbe dovuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere.

Da qui una riflessione conclusiva: il legislatore nel 2001 (legge 1° marzo 2001, n. 63) invece di arricchire il catalogo delle cause di non punibilità, per coordinarle con le nuove norme sul giusto processo, avrebbe piuttosto dovuto riscrivere del tutto la disposizione. Infatti, enucleando meno ipotesi si sarebbe agevolato un coerente adattamento con il

nuovo assetto processuale, fra l'altro in continua evoluzione. Operazione facilmente realizzabile: perché in definitiva tutte le ipotesi analizzate sono riconducibili ad un dato comune: non sono mai punibili i testimoni (assistiti o meno) e le persone informate dei fatti per falsa testimonianza o per false dichiarazioni al p.m., in tutti i casi in cui costoro non sono titolari di un obbligo processuale di risposta. E tale situazione è espressa proprio nella parte della disposizione inserita nel 2001: che potremmo quindi qualificare come clausola generale di non punibilità. Infatti le connotazioni relative al diritto al silenzio (assoluto o relativo), ma soprattutto le connotazioni assegnate alla genesi della situazione soggettiva (se sia solo il dovere di risposta a mancare o se esso discenda da una pregressa violazione normativa) appaiono inutili nella misura in cui sono comunque già contenute nella clausola generale che poi non le esaurisce. Ed in effetti la denominazione attribuita all'art. 384, comma 2, c.p. di *assunzione indebita di prove* non pare del tutto corretta: il presupposto della non punibilità non è dato dalla violazione di una regola processuale, la non punibilità è sempre la conseguenza della titolarità di un diritto, quello di non rispondere.

8. La parificazione eseguita dalla Corte, peraltro, non esaurisce i profili di disparità di trattamento ipotizzabili: la polizia giudiziaria può ascoltare i dichiaranti in tutte le circostanze in cui può sentirli il p.m.

Restano, quindi, ancora punibili mediante il reato di favoreggiamento personale, se non rispondono o mentono alla p.g., una pluralità di soggetti, che invece non lo sarebbero se venissero ascoltati dal p.m.: si tratta dell'imputato o indagato in procedimento connesso, sia o meno riunito a quello per cui si procede; nonché della persona informata dei fatti [si tratta, in particolare, di chi sia *illegittimamente* assunto a sommarie informazioni ex art. 351 c.p.p. invece che a informazioni ex art. 350 c.p.p. o a interrogatorio ex art. 64 c.p.p. su delega del p.m. (gli imputati in procedimenti connessi riuniti, i quali non possono perdere, o non hanno an-

cora perso, il diritto al silenzio); di chi sia sentito *legittimamente* a sommarie informazioni ex art. 351 c.p.p. ma secondo le regole della testimonianza o della testimonianza assistita e non secondo quelle dell'esame di imputato in procedimento connesso (l'imputato in procedimento connesso non riunito, il quale non ha perso il diritto al silenzio); di chi sia sentito *legittimamente* a "sommarie informazioni di futuro testimone assistito" ma sui fatti di cui all'art. 197 *bis* c.p.p. (l'imputato in procedimento connesso, riunito o separato, il quale ha perso il diritto al silenzio); di chi sia sentito *legittimamente* a sommarie informazioni (anche di "futuro testimone assistito") ma sui fatti di cui all'art. 98, comma 2, c.p.p.; di chi sia *legittimamente* sentito a sommarie informazioni e sia costretto a rispondere, nonostante abbia invocato il privilegio sui fatti di cui di cui agli artt. 200, 201, 202 o 203 c.p.p. Tuttavia le ultime due ipotesi potrebbero continuare ad essere non punibili ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.p.]. A costoro, infatti, non si applica l'art. 384, comma 2, parte prima e seconda, c.p. Ma non solo: il dispositivo si riferisce soltanto all'indagato in procedimento probatoriamente collegato e non già all'imputato. Ora, se è vero che la disciplina dell'imputato si applica anche all'indagato (art. 61 c.p.p.), non è vero il contrario. Pertanto la causa di non punibilità non sembrerebbe applicabile a costui.

Da qui la facile previsione di futuri interventi manipolativi della Corte, volti ad allargare la sfera di applicabilità della norma a tutti i casi indicati.

La domanda che sorge, di conseguenza, è se si sarebbe potuto arrivare ad una sentenza capace di comprendere tutte le ipotesi appena evocate, proprio al fine di prevenire ulteriori incidenti di costituzionalità destinati a sfociare in sentenze analoghe a quella di cui si tratta.

Per evitare tale situazione, va escluso che si potesse sollevare una questione di legittimità costituzionale volta a censurare l'art. 384, comma 2, c.p. nella parte in cui non menziona l'art. 378 c.p., senza altra specificazione.

Nel favoreggiamento personale, infatti, vanno distinte due sottofattispecie, quella generale e quella c.d. dichiarativa: e solo quest'ultima ha un'oggettività giuridica assimilabile a quella delle false dichiarazioni al p.m. Sicché - a parte eventuali profili di inammissibilità - non si sarebbe potuta dichiarare l'irragionevolezza della diversità di disciplina.

Si sarebbe potuto, allora, sollevare una questione relativa alla sola sottofattispecie del favoreggiamento personale commesso tramite dichiarazioni mendaci o reticenti rilasciate alla p.g. Vi era, però, un rischio: la Corte avrebbe potuto dichiarare inammissibile il ricorso per generalità del *petitum* o irrilevanza, perché si sarebbe chiesta la dichiarazione di incostituzionalità anche di regole non rilevanti nel giudizio *a quo*. Tuttavia nel 1996, nel sollevare la questione relativa all'art. 384, comma 2, *parte terza*, c.p., il giudice rimettente aveva seguito tale strada (C. Cost., 27 dicembre 1996, n. 416, cit.): se pur il caso di specie riguardava solo il mancato avvertimento della facoltà di astenersi al convivente di fatto (e non già gli altri prossimi congiunti), la questione di costituzionalità, puntualmente accolta, investiva tutte le sottoipotesi. Ci si può, infine, interrogare se la Corte avrebbe potuto servirsi degli strumenti attraverso cui le è eccezionalmente consentito di allargare la dichiarazione di incostituzionalità anche a norme non oggetto di censura.

i) Per esempio sollevando essa stessa le ulteriori questione di illegittimità costituzionale, al fine di correggere quella proposta dal giudice rimettente. La Corte, infatti, si ritiene legittimata a svolgere anche la funzione di giudice *a quo* nell'esercizio di tutte le sue funzioni a carattere giurisdizionale. Nella prassi tale potere è esercitato rispetto a norme che essa si trova comunque ad applicare in seguito alla questione sollevata, come le norme indicate quale termine di raffronto nel giudizio di uguaglianza. Ai fini che qui rilevano, va notato che la questione di legittimità viene sollevata per lo più per rilevare vizi più radicali che includono e superano quello denunziato (CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 150 ss., il quale indica

come esempi adattabili al caso in analisi: C. Cost., 10 febbraio 1993, n. 41, in *questa rivista*, 1993, I, 140, «che decide nel senso dell'accoglimento di una questione su norma preclusiva per il giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento nel merito in ipotesi di infermità psichica dell'imputato, sulla base di una questione sollevata dalla Corte medesima in giudizio incidentale originariamente proposto solo a censura della limitata preclusione per il giudice di valutare le circostanze attenuanti al fine di non irrogare la misura di sicurezza del ricovero in manicomio giudiziario»; C. Cost., 2 maggio 1996, n. 141, in *questa rivista*, 1996, I, 293, «che a fronte di questione relativa a disposizione che escludeva la candidabilità ad elezione di persona rinviata a giudizio per detenzione di sostanza stupefacenti e la cui costituzionalità era stata censurata in relazione alla successiva depenalizzazione dell'ipotesi di detenzione di modica quantità, solleva questione più radicale della esclusione della candidatura in presenza di un semplice rinvio a giudizio e non di una condanna»).

ii) Oppure utilizzando lo strumento dell'*interpretazione creatrice*. Si ritiene, infatti, che la Corte possa interpretare il provvedimento di remissione, allargando in tal modo il *tema decidendi* sollevato dal giudice *a quo*. Tale potere, nella prassi assai ampia, trova l'unico suo limite nella necessità che restino ferme la norma impugnata e la norma costituzionale di raffronto (MALFATI-PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2007, 129).

iii) O, ancora, pronunciando l'illegittimità costituzionale consequenziale. Infatti l'art. 27, parte seconda, l. n. 876/1953 consente alla Corte di derogare al principio del chiesto e pronunciato: essa può dichiarare l'illegittimità costituzionale non solo della disposizione impugnata, ma anche di quelle la cui illegittimità deriva come *conseguenza* dalla decisione. E si ritiene che vi sia tale nesso di consequenzialità anche nel caso in cui una disposizione, comunque indicata nell'ordinanza di remissione, sia simile o analoga a quella dichiarata incostituzionale e pertanto affetta dallo stesso vizio di incostituzionalità.

In pratica la Corte in tal caso applica alla regola non impugnata la stessa *ratio decidendi* utilizzata per quella impugnata (R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamento in tema di processo costituzionale*, a cura di R. Romboli, Torino, 2008, 138 e ss., il quale indica un caso emblematica per il nostro problema. E C. Cost., 11 maggio 2006, n. 190: «a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma la quale stabiliva che le riserve previste dalla l. 12 marzo 1999, n. 68 a favo-

re dei disabili, si applicassero anche alle procedure per il conferimento degli incarichi di presidenza negli istituti e nelle scuole di istruzione secondaria, nei licei artistici e negli istituti d'arte, la Corte ha esteso la dichiarazione di incostituzionalità alla norma, contenuta nella stessa disposizione, secondo cui le riserve di posti si applicassero anche alle procedure di reclutamento dei dirigenti scolastici negli istituti e nelle scuole di istruzione secondaria, nei licei artistici e negli istituti d'arte»).

I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)

La Corte di cassazione con una pronuncia chiara afferma che «la “motivazione apparente” in secondo grado, infatti, a differenza di quella “radicalmente inesistente”, è una motivazione “graficamente esistente ma inefficace” nello svolgimento della funzione che le è propria, dato che essa si concretizza in un simulacro di giustificazione, in quanto sorretta da

una serie di stilemi autosupportantisi, che sembrano ignorare radicalmente la ragione strutturale di controllo che nel nostro sistema fonda in secondo grado il giudizio di merito» (Cass., Sez. VI, 23.4.2009, Ciccarelli).

Le Osservazioni che seguono si pongono in termini sostanzialmente adesivi, ripercorrendo gli ortodossi canoni motivazionali richiesti.

Osservazioni di Alfredo Bargi

Finalmente una decisa presa di posizione del giudice di legittimità in tema di motivazione, che lascia sperare in un definitivo abbandono di bizantinismi dialettici ed argomentativi per “salvare” pseudomotivazioni, al limite tra arbitrio ed arroganza decisoria. La pronuncia in commento, infatti, merita pieno plauso non tanto per la conclusione - a dir poco, scontata - circa l'illegittimità della motivazione apparente della sentenza (come di qualsiasi decisione giurisdizionale), quanto per l'icastica ed esplicita riprovazione del modo di motivare del giudice di appello,

biasimevole per non avere «fornito l'esigibile, minima e adeguata, giustificazione razionale delle conclusioni che hanno assunto, nel rispetto delle regole che nel nostro sistema disciplinano la valutazione della prova», ma anche per non avere «neppure offerto, sotto il profilo formale, una decorosa e spendibile parvenza di giudizio critico, idoneo a fornire una risposta alle doglianze della difesa dell'imputato, le cui conclusioni sono state disattese». Espressioni inequivocabili e di indubbia esattezza, corredate dal puntuale richiamo della giurisprudenza *in subiecta materia* e

dal riferimento ai criteri che governano la redazione della motivazione *secundum legem*, che riecheggiano approdi della dottrina e della giurisprudenza [in tal senso è emblematica la recente affermazione che «il giudice deve sempre assicurare che tale motivazione consenta di percepire e verificare il percorso logico seguito per approdare alla concreta decisione, percorso logico che si caratterizza innanzitutto per il doveroso confronto esaustivo con tutti gli elementi probatori potenzialmente determinanti e comunque certamente significativi per il corretto apprezzamento della fattispecie concreta» (Cass., Sez. VI, 8.4.2009, n. 19820, inedita)] più sensibili ai valori del giusto processo. Eppure, il discorso giustificativo del giudice di legittimità denuncia una velata timidezza, atteso che nel caso di specie assume che la motivazione è “inefficace” piuttosto che “inesistente” e trascura di considerare che “inefficace” è la sentenza, perché affetta da nullità, ai sensi dell’art. 125, comma 2, c.p.p., in conseguenza della carenza assoluta della motivazione.

È noto, infatti, che il modello di decisione delineato dal nuovo codice è caratterizzato da significative modifiche, fortemente incidenti sulla ricostruzione del contenuto della motivazione. Tra queste, le novità concernenti la *struttura esterna* della motivazione, con effetti sul provvedimento-documento, e quelle relative alla *macrostruttura* e soprattutto quelle di più ampia portata, aventi di mira la *struttura interna* del requisito in parola; innovazioni, tutte volte a dare effettività alla garanzia espressa dall’art. 111 Cost. quale condizione di concreta e compiuta tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali tracciati dalla cornice costituzionale del giusto processo (sul punto, volendo, cfr. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 60, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali).

In tal senso la funzione della motivazione, quale strumento di verifica *ex post* della correttezza legale della decisione, saldandosi con quella svolta *ex ante* dal contraddittorio, dalle regole di esclusione della prova e dalla

garanzia di terzietà del giudice, concorre nel controllo della correttezza “legale” della pronuncia (per l’approfondimento di tale nozione, cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 408) in modo peculiare, quale criterio di riscontro del modo di operare di dette garanzie e delle altre chiamate in causa nella specifica vicenda processuale.

Scomparsa, quindi, la distinzione tra le sentenze ed i provvedimenti *de libertate* (per i quali, in passato, era ritenuta sufficiente la motivazione sommaria; in proposito cfr. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 224) nel nuovo modello normativo di decisione [risultante dalla nuova formulazione dell’art. 292, commi 2, *lett. c*), e *c bis*), e 2 *ter*, speculare all’art. 546, comma 3, *lett. c*), c.p.p. e diretta espressione dell’art. 111, comma 7, Cost. Al riguardo per una puntuale ricostruzione del modello normativo della motivazione, cfr., *ex plurimis*, A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*; nonché BARGI, *Sulla struttura normativa della motivazione e sul suo controllo in cassazione*, in *GI*, 1997, II, 5. ID., *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*. Per una più recente ricognizione della struttura e della funzione della motivazione, cfr. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino 2009; SANTORIello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008], assume particolare rilievo la nuova fisionomia della *macrostruttura* e della *struttura interna* della motivazione. La prima, infatti, comportando l’obbligo di esporre “i motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa” (art. 292, comma 2, *lett. c bis*, c.p.p.) e di indicare “le prove poste a base della decisione e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie” (art. 546, comma 3, *lett. c*, c.p.p.), delinea in maniera inequivocabile il contenuto del dovere di motivare correlandolo al diritto alla prova di cui all’art. 190 c.p.p., con conseguenti riflessi sulla determinazione del concetto di omessa pronuncia o

di mancanza di motivazione di cui all'art. 606 comma 1, lett. c) ed e), c.p.p.

A sua volta la *struttura interna* della motivazione trova le sue linee fondanti nelle regole che disciplinano il legale convincimento del giudice, nei termini di cui al combinato disposto degli artt. 192, comma 1, 292, comma 2, lett. c *bis*, e 2 *ter*, e 546, lett. c, c.p.p., quale corredo normativo dell'obbligo del giudice di esplicitare le proposizioni probatorie che scaturiscono dall'assunzione del mezzo di prova ed a rendere espliciti i canoni di argomentazione utilizzati.

Tale telaio logico-sistematico si completa, poi, nel divieto espresso dall'art. 526 c.p.p., di deliberare su prove diverse da quelle legittimamente acquisite al dibattimento, in funzione di garanzia del rispetto del *principio di fedeltà* della decisione alle risultanze probatorie (accentuata dalla previsione contenuta nel comma 1 *bis*, più recentemente introdotto nella disposizione dall'art. 26, commi 4 e 5, l. 1° marzo 2001, n. 63). Detto divieto propone, così, una nuova prospettiva del rapporto tra prova e decisione in ragione del nuovo concetto di utilizzabilità della prova, e suggerisce che la decisione è atto complesso connesso all'esito del procedimento probatorio, nella cui scansione i criteri di utilizzabilità della prova si distinguono nettamente da quelli di ammissibilità e di acquisizione della stessa.

Infatti mentre per questi ultimi valgono le regole vigenti al momento della loro adozione *nell'iter* processuale, i criteri di utilizzabilità della prova acquisita risentono direttamente delle regole che disciplinano la decisione al momento della sua deliberazione (secondo l'orientamento di Cass., Sez. Un., 25.2.1998, Contu e Gerina, in *ANPP*, 1998, 186, fortemente contrastato, però, dalla successiva giurisprudenza e da una parte della dottrina).

La doverosa correlazione tra prova e decisione, nei termini sommari innanzi descritti rafforzata, pertanto, l'obbligo del giudice di motivare la scelta tra prove a favore e prove contrarie già enunciato dal combinato disposto di cui agli artt. 192, comma 1, 292, comma 2, lett. c *bis*, e 2 *ter*, e 546, lett. c, c.p.p.

A differenza del pregresso regime del codice del 1930, quindi, in ragione della mutata fisionomia strutturale e funzionale del dovere di motivare, il vizio di mancanza della motivazione, al confine con il vizio logico del ragionamento decisorio, comporta una più ampia accezione della "motivazione apparente".

In tal senso, la considerazione della sentenza in commento, secondo cui «*la motivazione apparente in secondo grado... a differenza di quella "radicalmente inesistente", è una motivazione "graficamente esistente ma inefficace" nello svolgimento della funzione che le è propria*», non è condivisibile, anche perché suscettibile di avallare interpretazioni elusive delle regole che garantiscono la correttezza legale del ragionamento decisorio.

In altri termini, per fare chiarezza, si versa nell'ipotesi di motivazione apparente o mancante non solo in presenza di «*stilemi auto-supportanti*» - come sembra suggerire la sentenza in commento - ma anche quando, sul piano generale, la motivazione «*non sia realmente idonea a rappresentare le ragioni che il giudicante ha posto a base della decisione adottata*» (in tali termini, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 10.7.2007, in *GDir*, 2007, 60); oppure, nelle premesse logico-giuridiche di essa, il giudice si allontani dalle ipotesi antagoniste prospettate dall'accusa e dalla difesa, sottraendosi dall'obbligo istituzionale di sciogliere i nodi del confronto sviluppatosi tra le parti, nel corso del giudizio di merito, sicché viene a concretizzarsi un caso di infedeltà al testo del processo ed una palese omissione di risultanze probatorie acquisite e decisive (come sottolineato con particolare puntualità ed approfondimento delle tematiche chiamate in causa da Cass., Sez. Un., 30.10.2003, Andreotti, in *GI*, 2004, 1230). Principi, questi che trovano articolata esplicazione nelle specifiche ipotesi «*in cui la motivazione taccia su un punto autonomo del processo deciso e menzionato nel dispositivo... o essa non enunci le ragioni dell'inattendibilità delle prove contrarie*» (così, IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, 291);

oppure, con riguardo alla fattispecie in esame, laddove il giudice dell'impugnazione eluda l'obbligo di correlare l'autonomia della sua motivazione alla qualità e alla consistenza delle censure rivolte dall'appellante. Sicché, *«non adempie all'obbligo della motivazione il giudice dell'impugnazione che, a fronte di specifiche censure in ordine alla ricostruzione delle circostanze fattuali del caso, ometta di esaminare specificamente tali rilievi e di esprimere, in ordine agli stessi, le doverose e logiche valutazioni»* (in tal senso Cass., Sez. IV, 12.6.2008, S.D.P., in CED, 2008, n. 35319). In tutte dette ipotesi, perciò, pur essendoci il *testo*, si è al di fuori del vizio logico della motivazione poiché manca il *discorso* sui punti specifici e autonomi su cui il giudice ha deciso o su cui avrebbe dovuto motivare,

anche in maniera implicita, a confutazione delle prove contrarie, ovviamente decisive in ordine alla soluzione della *quaestio facti*. Manca, cioè, il *ragionamento*, vale a dire l'elemento strutturale della motivazione, su cui esercitare il controllo di logicità.

Di conseguenza, giova ribadirlo anche per i riflessi sulla individuazione dei confini di legittimità della motivazione *per relationem*, nel caso di motivazione apparente il discorso giustificativo della decisione più che inefficace, è inesistente, anche se non sul piano materiale - come nel caso di mancanza grafica della motivazione - ma su quello della sua esistenza giuridica, nei termini delineati dalle regole che esprimono la "proceduralizzazione" della giusta decisione.

Mancato accesso agli atti prima dell'udienza ex art. 391 c.p.p., vizio dell'interrogatorio e conseguenze sulla misura cautelare: un ulteriore contrasto, ma di metodo

Chiamata a pronunciarsi sulle conseguenze del mancato accesso agli atti prima della convalida del fermo seguito da ordinanza cautelare, la Prima Sezione penale della Corte di Cassazione, con due decisioni emesse a breve distanza, ha diversamente deciso.

Cass., Sez. I, 1.4.2009, n. 19170, Schirripa, seguendo l'impostazione costituzionalmente orientata già proposta da Cass., Sez. II, 23.2.2006, n. 10492, in *Mass. Uff.*, 233736 e Cass., Sez. IV, 14.6.2007, n. 42686, *ivi*, 237984, sulla scorta dell'ordinanza n. 424/2001 della Corte costituzionale, ha ritenuto che se è pur vero che l'udienza di convalida è finalizzata alla verifica dell'operato degli inquirenti, nel caso in cui ne segua emissione di misura cautelare, l'interrogatorio dell'indagato svolge, in tale sede, la funzione di garanzia prevista dall'art. 294 c.p.p., per cui sarebbe irragionevole impedire la conoscenza alla difesa, non garantendo, così, la parità tra parti. Da tali premesse, l'ovvia conseguenza: *«Qualora sia*

disposta l'applicazione di una misura cautelare all'esito dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo sulla base di una richiesta scritta fatta pervenire, ai sensi dell'art. 390, comma 3-bis, c.p.p., dal pubblico ministero non comparso e venga impedito al difensore di prendere visione, prima dell'interrogatorio, di tale richiesta e della documentazione allegata, ciò costituisce causa di nullità dell'interrogatorio stesso e comporta quindi, ai sensi dell'art. 302 c.p.p., la perdita di efficacia della misura».

A distanza di una settimana appena, **Cass., Sez. I, 8.4.2009, n. 18170, Pugliese**, invertendo apparentemente la rotta e privilegiando l'interpretazione proposta da Cass., Sez. I, 10.3.2007, n. 32030, in *Mass. Uff.*, 237269, Cass., Sez. VI, 11.10.2007, n. 43614, *ivi*, 238401, secondo cui il provvedimento di convalida della misura precautelare e l'ordinanza con la quale viene disposta una misura cautelare costituiscono provvedimenti distinti, del tutto indipendenti ed autonomi, tanto

che può essere emessa la misura senza convalida del fermo o dell'arresto, ha ritenuto che «*la mancata convalida del fermo ed eventuali nullità che avessero dovuto interessare questa specifica fase non riverbera alcun effetto sulla susseguente misura cautelare che spiega i suoi per la privazione della libertà futura*».

Il tema, oggetto di contrasto ancora in atto sulle conseguenze del mancato accesso agli

atti prima dell'interrogatorio di convalida, con le decisioni suddette si arricchisce di ulteriori sviluppi e determina, anzi, l'esistenza di nuovo contrasto sulla rilevanza del vizio di nullità dell'interrogatorio di convalida in sede di riesame del provvedimento applicativo della misura cautelare.

Le Osservazioni, dopo avere sottolineato l'oggetto del nuovo contrasto, fermano l'attenzione su entrambi gli aspetti controversi.

Osservazioni

di Sandro Furfaro

1. *L'oggetto di un nuovo contrasto.* – Il tema di fondo, costituito dalle conseguenze del mancato accesso agli atti prima dell'udienza di convalida, al di là delle apparenze non pare costituire l'oggetto del contrasto tra le decisioni in commento. Seppure è chiara in proposito la presa di posizione della decisione «Schirripa», dal tenore della decisione «Pugliese» non pare possa evincersi il contrario. Questa, infatti, ha fermato l'attenzione su un aspetto ulteriore, concernente in generale la deduzione in sede di riesame dei vizi della procedura di convalida invalidanti l'interrogatorio, che determina, a ben vedere, un nuovo fronte di indagine e, nel caso, le basi di un diverso contrasto.

Sull'eccezione difensiva, articolata nel senso dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 293, 3° co., c.p.p. nel caso di misura disposta in occasione dell'udienza di convalida e della conseguente nullità dell'interrogatorio non preceduta dagli adempimenti previsti dalla detta norma laddove il p.m. non sia comparso, mentre Cass., Sez. I, 1.4.2009, n. 19170, Schirripa, ha risposto accogliendo il rilievo, Cass., Sez. I, 8.4.2009, n. 18170, Pugliese, ha lasciato impregiudicata la questione, rilevando che gli eventuali vizi della procedura di convalida non ricadono sul provvedimento di applicazione della misura cautelare, cosic-

ché discuterne nella sede del riesame è ultroneo.

Tra le due decisioni, dunque, evidentemente esiste un contrasto, ma esso non è sull'essenza della questione sollevata, bensì sul mezzo utile a rilevarla. L'una e l'altra decisione, invero, non dubitano in punto di validità del provvedimento applicativo della misura cautelare a seguito di interrogatorio di convalida nullo, né, a ben riflettere, sull'eventuale perdita di efficacia della misura legittimamente applicata a seguito di nullità dell'interrogatorio di convalida per mancato accesso agli atti (su tale ultimo aspetto certamente non dubita la decisione «Schirripa»). Esse divergono sulla rilevanza di tale nullità in sede di riesame ed è tale aspetto che costituisce l'oggetto di un nuovo contrasto.

La decisione «Pugliese», infatti, non ha escluso che l'invalidità dell'udienza di convalida e la conseguente nullità dell'interrogatorio a seguito del mancato accesso agli atti non abbiano conseguenze sul valido mantenimento della misura cautelare. Essa ha ribadito soltanto l'indubbia differenza tra controllo delle misure precautelari ed emissione delle misure cautelari, sostenendo, non senza fondamento, che i vizi della procedura di convalida non inficiano il provvedimento di applicazione di queste ultime, posto che esso può essere emesso anche a prescindere dalla

convalida dell'arresto o del fermo e, vieppiù, prima ancora dell'udienza di convalida ove il p.m. lo abbia richiesto.

L'autonomia della misura e gli effetti di essa volti al futuro escludono, in estrema sintesi, che i vizi della procedura di controllo precauzionale possano di per sé incidere sulla validità del provvedimento cautelare. Il vizio dell'interrogatorio di convalida, quale ne sia la causa, è dunque influente sulla validità del provvedimento di applicazione della misura cautelare, mentre sull'efficacia di essa, condizionata dall'interrogatorio *ex* art. 294 c.p.p., l'eventuale nullità incide nella misura in cui non sia stato rinnovato effettuato l'interrogatorio di garanzia.

Conseguenza di ciò (che la decisione in esame non esplicita, ma che pare essere *in re ipsa*), è che i vizi della procedura di convalida incidenti sulla validità dell'interrogatorio, non producono effetti diretti sulla validità del provvedimento applicativo della misura, ponendosi, bensì, come vizi che condizionano l'efficacia della misura in atto. Cosicché, esclusa l'impugnativa contro l'ordinanza applicativa, il vizio va rilevato come omesso interrogatorio valido nei termini stabiliti dall'art. 294 con l'eventuale perdita di efficacia della misura *ex* art. 302 c.p.p.

La decisione «Schirripa» non ha assolutamente deviato da tale impostazione, ma, sul presupposto che ai sensi dell'art. 294, 1° co., c.p.p. l'interrogatorio è dovuto allorché non sia stato effettuato in sede di convalida dell'arresto o del fermo, ha ritenuto implicita all'interrogatorio di convalida viziato l'insussistenza del successivo interrogatorio di garanzia, anticipando, in sostanza, gli effetti che, com'è evidente, si riferiscono sempre e soltanto alla condizione necessaria all'efficacia della misura applicata e non già al provvedimento applicativo di essa.

Il ragionamento di tale decisione è lineare: stabilito che l'interrogatorio a fini di convalida costituisce interrogatorio di garanzia - sicché l'atto *ex* art. 294, per esplicito disposto normativo, non deve più essere effettuato a seguito dell'emissione dell'ordinanza cautelare - il problema è superato *ab imis funda-*

mentis, non già dando per scontato che interrogatorio di garanzia sia sempre e comunque omesso, ma rilevando come il legame esistente tra interrogatorio di convalida ed efficacia della misura sancito dall'art. 294, 1° co., c.p.p. escluda prese di posizione preconcepite sull'irrelevanza, sempre e comunque, dei vizi di esso sulla misura, sicché il giudice del riesame è sempre investito della verifica della validità dell'interrogatorio di convalida, che, nel particolare della procedura *ex* art. 391 c.p.p., anticipa l'emissione del provvedimento cautelare e si pone, nel contempo, come atto che esclude la necessità dell'interrogatorio di garanzia.

Se così è da ricostruirsi l'*iter* argomentativo delle due decisioni (che va detto per inciso sono state provocate da ricorsi simili, stante l'identità di posizione processuale dei ricorrenti, indagati entrambi nello stesso procedimento), sul merito della questione concernente l'accesso alla richiesta contestuale di convalida e di emissione di ordinanza cautelare e alla documentazione ad essa allegata nel caso in cui il p.m. non sia comparso, nonostante il silenzio della decisione «Pugliese», le due decisioni non si pongono in contrasto e pare, anzi, che la decisione «Schirripa», affermandone la necessità, abbia esplicitato ciò che l'altra decisione, non soffermandosi affatto sul tema, ha dato per implicato, quanto meno in via di genere: che la nullità dell'interrogatorio di convalida, se e quale che ne sia la causa, comporta sempre la perdita di efficacia della misura disposta ai sensi dell'art. 302 c.p.p., pur esulando la questione relativa dall'ambito del riesame.

In sostanza, là dove la decisione «Pugliese» ha posto l'accento sulla diversa ontologia degli istituti ed ha escluso dall'ambito dell'impugnativa del provvedimento cautelare siffatto vizio, la decisione «Schirripa» ha rilevato il fenomeno in sé, imponendo al giudice del riesame una verifica che l'altra decisione ha escluso sul presupposto (implicito) che la perdita di efficacia della misura a seguito di nullità, per qualsivoglia causa, dell'interrogatorio di convalida e di omesso interrogatorio di garanzia debba essere oggetto di richiesta successiva.

Il contrasto tra le due decisioni investe proprio tale aspetto e non pure l'ontologia dei diversi istituti, la necessità dell'accesso agli atti e le conseguenze da trarre sulla validità della misura cautelare in atto in ipotesi di nullità dell'interrogatorio di convalida non seguito da quello di garanzia. È - come si diceva - vero e proprio contrasto sul mezzo e non pure sul merito; contrasto, cioè, su modalità e tempi di deduzione di un vizio - la nullità, per qualsivoglia causa, dell'interrogatorio di convalida - comunque produttivo di effetti (per costante giurisprudenza di legittimità, *ex plurim*, Cass., Sez. II, 19.11.2003, Andreatta, in *Mass. Uff.*, 226944, «in caso di nullità dell'interrogatorio dell'indagato in sede di udienza di convalida, il termine di cinque giorni entro il quale deve essere rinnovato l'interrogatorio, in caso di emissione di ordinanza cautelare, decorre dal momento in cui ha avuto inizio l'esecuzione del provvedimento cautelare e non dal giorno dell'arresto»).

2. *Il contrasto a monte.* - La decisione «Schirripa» costituisce un ulteriore apporto alla tesi dell'essenzialità dell'accesso agli atti quale condizione di validità dell'interrogatorio di convalida. Essa, infatti, senza tentennamenti afferma che le ragioni dell'opzione accolta originano dall'ordinanza n. 424/2001 della Corte costituzionale (per la quale, seppure il carattere facoltativo della partecipazione del p.m. trova una non irragionevole giustificazione nelle esigenze di semplificazione e di snellimento dell'udienza di convalida, rimane fermo il fatto che è comunque essere garantita una forma di contraddittorio sia pure cartolare), «e, quindi, alla necessità di ritenere dovuto un contraddittorio cartolare tra le parti che compensi la facoltà data al p.m. di non comparire e di affidare allo scritto quella che sarebbe l'esposizione orale ex art. 291 c.p.p.».

Il filone interpretativo maggiormente garantista così si consolida. Resiste ancora, però, quello contrario, espresso da diverse, anche recenti, decisioni (tra le quali, significative, Cass., Sez. VI, 11.10.2007, n. 43614, in *Mass. Uff.*, 238401; Cass., Sez. I, 14.3.2007, n.

32030, *ivi*, 237269), secondo cui la scelta del p.m. di non comparire all'udienza di convalida non determina come effetto il diritto dell'arrestato di accedere, prima dell'interrogatorio, agli atti posti a fondamento delle richieste e, conseguentemente, non può inficiare di nullità l'interrogatorio stesso ed essere causa di inefficacia della misura, in quanto, proprio dall'ordinanza n. 424/01 della Corte costituzionale si desume l'esistenza di una sostanziale equivalenza tra il contraddittorio orale e contraddittorio cartolare che pienamente si realizza anche nel caso di assenza del p.m. attraverso l'informazione del contenuto delle richieste che, prima di procedere all'interrogatorio, il G.i.p. effettua.

Secondo tale indirizzo, poi, non può sussistere parallelismo tra la convalida ex art. 391 c.p.p. e la sequenza procedimentale che deve precedere l'interrogatorio ex art. 294 c.p.p., per cui il richiamo, nel caso, alla norma ex art. 293, 3° co., c.p.p., così come interpretata dalla nota Cass., S.U., 28.6.2005, n. 26798, Vitale (in *DeG*, 2005, 34, 65 ss.) in tema di necessario accesso agli atti prima dell'interrogatorio di garanzia è ultroneo, in quanto si riferisce «ad una fattispecie in cui l'adozione della misura cautelare precede l'interrogatorio dell'indagato, significativamente diversa, quindi, rispetto a quella in esame, in cui l'applicazione della misura cautelare ha fatto seguito all'interrogatorio dell'arrestato» (Cass., Sez. VI, 11.10.2007, n. 43614, cit.).

L'origine del contrasto è segnata da quanto sostenuto dalla nota Cass., Sez. II, 23.2.2006, Basile (in *DeG*, 2006, 20, 50 ss.), secondo cui, appunto, «alla misura disposta in occasione dell'udienza di convalida dell'arresto è applicabile la disciplina di cui all'art. 293, 3° co., c.p.p. (obbligo di previo deposito in cancelleria degli atti ed avviso al difensore); ne consegue che, ove la richiesta di convalida e la applicazione della misura cautelare siano richiesti dal p.m. per iscritto, senza comparire all'udienza e senza procedere agli adempimenti di cui all'art. 293, 3° co., c.p.p., il conseguente interrogatorio di garanzia è nullo per violazione del diritto di difesa e la misura cautelare eventual-

mente disposta è inefficace a norma dell'art. 302 c.p.p.».

Giova ripercorrere l'*iter* argomentativo che ha sorretto tale conclusione e che costituisce davvero la «scansione per tappe» di un percorso attento all'esigenza dell'effettiva conoscenza in vista della successiva *discovery* nella materia cautelare personale. Così, dunque, per punti, la decisione «Basile»:

a) se è vero che nel richiedere la convalida dell'arresto il p.m. non è tenuto né a formulare l'imputazione né a motivare in ordine alle ragioni su cui la richiesta si fonda, essendo la convalida esclusivamente strumento di verifica della regolarità della condotta della polizia giudiziaria, va ribadito che la formulazione dell'incolpazione e la motivazione sono invece indispensabili per l'ulteriore richiesta di emissione di misura cautelare;

b) la questione deve essere risolta nel senso indicato nell'ordinanza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale 424/01, la quale, richiamata la relazione che accompagna il D.Lgs. n. 12/1991, ha opportunamente rilevato che con l'introduzione del comma 3-bis dell'art. 390 c.p.p. si è prevista una forma di «contraddittorio cartolare» che, in omaggio alla regola dello snellimento e della semplificazione dell'udienza di convalida compensa la facoltà del p.m. di non presentarsi in udienza e quindi di anticipare per iscritto quello che dovrebbe essere il contenuto dell'esposizione orale disciplinato dall'art. 391 c.p.p.;

c) la pretesa non equiparabilità del deposito della richiesta del p.m. e degli atti sulla quale essa si fonda *ex art. 293, 3° co., c.p.p.* muove dal presupposto dell'erronea equiparazione di due situazioni diverse: quest'ultima norma disciplina la cosiddetta *discovery* all'esito dell'esecuzione della misura cautelare ed ovviamente prima dell'interrogatorio di garanzia, al fine di porre la difesa nelle condizioni di avere piena cognizione degli elementi posti a base dell'ordinanza custodiale e di approntare le opportune difese fin dal momento dell'interrogatorio; l'art. 391 c.p.p. regola l'udienza di convalida dell'arresto in flagranza, di un momento procedimentale finalizzato

essenzialmente a valutare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, nel quale si inserisce, in costanza di contraddittorio delle parti, la possibilità per il p.m. di chiedere l'emissione di misura cautelare personale. La presenza del difensore è quindi anticipata alla fase della richiesta e l'interrogatorio dell'arrestato viene condotto dopo che il p.m. ha illustrato sia i motivi dell'arresto sia le richieste in ordine alla libertà personale;

d) la scelta del p.m. di avvalersi della facoltà di non comparire in udienza e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente non può sortire l'effetto negativo (ed irragionevole) di privare l'indagato e il suo difensore di ottenere il contraddittorio in situazione di parità, così come garantito dalla norma. Cosicché, la mancata possibilità del difensore dell'arrestato o del fermato di prendere conoscenza tempestivamente del contenuto degli atti posti a fondamento della richiesta della misura cautelare determina una violazione del diritto di difesa, che si ripercuote negativamente sull'interrogatorio, che tiene luogo a quello di garanzia secondo quanto testualmente previsto dall'art. 294 c.p.p., determinandone la nullità di carattere generale a regime cosiddetto intermedio, che in quanto tempestivamente proposta comporta la perdita di efficacia della misura ai sensi dell'art. 302 c.p.p.

Tale conclusione, all'evidenza, era, se non necessariamente consequenziale, certamente *in linea*, quanto a *ratio* sostanziale, con quanto deciso dalle Sezioni Unite «Vitale» a proposito di interrogatorio di garanzia.

La decisine «Vitale», infatti, dopo avere rilevato che «*occorre accertare quali siano le conseguenze ricollegabili all'inosservanza del previo, tempestivo deposito ed in particolare se esse incidono sull'esercizio del diritto di difesa ... in considerazione della finalità dell'atto al quale si riferisce nonché delle esigenze connesse al momento in cui è destinato ad operare*», ha sottolineato come «*la verifica che interessa viene quindi ad investire la funzione degli atti (deposito ed interrogatorio) sul collegamento dei quali si discute*». Ciò vero, se la finalità del deposito è quella di consentire al difen-

sore, ai fini di adeguato svolgimento della propria attività tutelata ex art. 178, lett. c, c.p.p., la conoscenza diretta dell'ordinanza applicativa, della richiesta del p.m. e degli atti su cui essa si fonda, *«la modifica apportata all'art. 293, 3° co., c.p.p. dall'art. 10 della l. n. 332/95 - nell'ampliare l'oggetto del deposito e soprattutto imponendo la discovery integrale della documentazione presentata dal pubblico ministero - ha indubbiamente determinato un incremento delle potenzialità difensive, assicurando un maggior grado di consapevolezza in vista dei successivi interventi e determinazioni»*.

Per altro, *«l'interrogatorio è, dal canto suo, il primo atto con il quale si istaura il contraddittorio sulla quaestio libertatis»*, cosicché, esso *«costituisce per l'indagato un'occasione fondamentale per far valere, sia personalmente, sia tramite la difesa tecnica, le proprie ragioni davanti all'autorità giudiziaria, dovendosi riconoscere che l'attività difensiva prima dell'emissione dei provvedimenti cautelare può addirittura mancare quando l'interessato non abbia avuto notizia delle indagini a suo carico»*.

3. Per il superamento dei contrasti: a) la scelta costituzionalmente e convenzionalmente orientata in punto di mancato accesso agli atti. - È evidente che le ricadute dell'interrogatorio di convalida sullo *status detentionis* sarebbero evidentemente insussistenti nel caso in cui l'interrogatorio di garanzia fosse sempre imposto a seguito di emissione di misura cautelare. E ciò, forse, in prospettiva di miglioramento del sistema, sarebbe auspicabile. Posto che, però, non è così, e, anzi, vige la regola contraria, l'ottica d'approccio non sembra possa fermarsi né ai concetti, né alle differenze strutturali tra convalida e adempimenti successivi all'emissione della misura cautelare. Così facendo, infatti, si finisce col dimenticare ciò che pure si afferma: la valenza dell'interrogatorio di convalida quale interrogatorio di garanzia e, così, la regola sulla necessità della conoscenza concreta ed effettiva ai fini della completa *discovery* cautelare.

Va ribadito che l'interrogatorio della persona sottoposta ad arresto o a fermo, ai sensi del-

l'art. 391, 4° co., c.p.p., è sottoposto alle stesse regole generali dettate dagli artt. 64 e 65 anche per quanto riguarda le conseguenze in tema di rifiuto di rispondere ex art. 65, 4° co., c.p.p. (così Cass., Sez. II, 1.4.1998, Catacchio, in *Mass. Uff.*, 210489) e non pare proprio che possa sostenersi che non sussista un'irragionevole disparità di trattamento tra la persona che subisce una misura custodiale a seguito di convalida di fermo senza aver potuto esaminare gli atti, e la persona che, invece, la subisce direttamente sul presupposto di una (davvero apparente) diversità di condizione tra chi è colpito in modo diretto del provvedimento custodiale rispetto a chi viene sottoposto preventivamente a fermo o arresto, non considerando appunto l'equivalenza assoluta dell'audizione ex art. 391 e l'interrogatorio di garanzia.

Se il sistema (artt. 292, 293, 294 c.p.p.) propone un criterio di svolgimento delle attività che ha come fulcro la conoscenza effettiva di quanto si fa carico all'indagato e se tale sistema è, in estrema sintesi, sorretto dall'esigenza di consentire a quest'ultimo di approntare la sua difesa (art. 24 Cost.), non pare possibile che nei casi di arresto e di fermo di indiziato di reato le garanzie sottese all'esigenza o detta siano praticamente sospese, sì che prima dell'udienza di convalida nulla si debba sapere.

L'interrogatorio, infatti, anche nel caso dell'udienza di convalida, rappresenta il primo atto con il quale si istaura il contraddittorio sulla *quaestio libertatis*; esso costituisce, dunque, un'occasione fondamentale per l'indagato che, in tale sede, ha la possibilità di far valere, sia personalmente, sia tramite la difesa, le proprie ragioni davanti all'autorità giudiziaria, sicché, dal punto di vista dell'ontologia dell'atto, nessuna differenza può ravvisarsi tra l'interrogatorio ex art. 294 c.p.p. (a seguito di misura già in atto e volto al fine della valutazione della effettiva sussistenza delle ragioni di essa) e l'interrogatorio ex art. 391 c.p.p. (deputato alla verifica delle condizioni affinché la misura sia emessa).

Ma non è solo l'equiparazione dell'interrogatorio innanzi al G.i.p. della convalida a quel-

lo previsto dall'art. 294 c.p.p. a rendere necessario il previo accesso agli atti. È il senso della «sostanzialità» del contraddittorio, sempre imposto, pur se non necessariamente nella forma orale, dal sistema delle garanzie del cittadino a comportare di necessità il previo accesso agli atti come momento di realizzazione di conoscenza e di controllo «effettivi» e «concreti».

Il contraddittorio «in condizioni di parità», infatti, costituisce il canone sul quale, ai sensi dell'art. 111 Cost., si conforma ogni accertamento procedimentale. E, in relazione a ciò, il diritto riconosciuto ad ogni accusato, di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la propria difesa» dall'art. 6, § 3, lett. b, C.e.d.u. è invocabile anche in sede cautelare a mente della costante giurisprudenza della Corte europea in una al concorrente (e non alternativo) diritto di immediata verifica dello stato di custodia stabilito dall'art. 5, § 3, C.e.d.u.

In tal senso, il portato delle decisioni della Corte europea è del tutto univoco. La Corte, infatti, ribadendo l'importanza di assicurare che «ogni persona arrestata per qualsivoglia titolo sia subito fisicamente condotta davanti ad un'autorità giudiziaria indipendente [in quanto] il confronto tempestivo tra arrestato e autorità giurisdizionale di controllo è un diritto incompressibile del cittadino, ai sensi dell'art. 5, § 3» (Corte eur., 31.1.2002, Lanz c. Austria; Id., 9.5.2003, Papageorgiou c. Grecia), non ha mancato di richiamare l'attenzione, intanto sul fatto che le regole di cui all'art. 6, § 3, C.e.d.u. trovano appunto applicazione anche in sede del subprocedimento concernente l'applicazione e il mantenimento delle misure cautelari (C. eur., 11.7.2002, Goç c. Turchia), poi, soprattutto, sul fatto che, proprio per il particolare rilievo che assumono i diritti riconosciuti e garantiti in un «sistema democratico», anche in sede di esercizio di diritti concernenti la verifica della limitazione della libertà, il cittadino abbia «il tempo e le facilitazioni» per conoscere al fine di preparare le sue difese (C. eur., 12.5.2005, Ocalan c. Turchia).

Dalla prospettiva del combinato disposto

delle or dette disposizioni fondamentali, pare potersi dire che è proprio la ritenuta equivalenza tra contraddittorio orale e contraddittorio cartolare ad imporre il previo accesso agli atti, risolvendo in tal senso posto il contrasto in atto. Diversamente, la strutturazione estremamente semplificata dell'udienza di convalida, anche in relazione alla ristrettezza dei tempi a disposizione, svilirebbe il senso stesso della garanzia dell'udienza e del contraddittorio, laddove, appunto, rimarrebbe pregiudicata la conoscenza del materiale proposto e, così, svilito il contraddittorio «concreto ed effettivo». Infatti, anche a voler esaltare il ruolo della lettura degli atti fatti pervenire dal p.m. assente da parte del G.i.p., il deficit di informazione e di preventiva conoscenza sarebbe evidentemente implicito nella stessa forma indiretta di comunicazione.

4. (Segue): b) l'opzione più ragionevole in punto di deduzione dei vizi dell'interrogatorio di convalida rilevanti sull'efficacia della misura cautelare disposta a seguito. – È evidente che la questione si inserisce nel più ampio ambito delle questioni concernenti la sede della deducibilità dei vizi dell'udienza di convalida incidenti sull'efficacia della misura cautelare disposta all'esito di essa.

Il tema rimanda immediatamente alla questione sulla rilevabilità o meno del vizio in sede di impugnativa avverso il provvedimento cautelare. La risposta, alla luce dell'inequivoca strutturazione del sistema, non pare possa essere nel senso della decisione «Schirripa».

Seppure il fenomeno dell'interrogatorio preventivo rispetto all'adozione della misura innesca meccanismi particolari, la definizione di esso quale interrogatorio di garanzia pare escludere che, nel caso, si possa seguire il fenomeno omettendo il concetto. L'interrogatorio, nel caso, non si pone in termini di relazione con l'ordinanza cautelare, della quale non costituisce presupposto; esso, invece, rileva ai fini dell'efficacia della misura disposta a seguito dell'udienza di convalida. La qualificazione dell'interrogatorio di convalida quale interrogatorio di garanzia identifica essenza e natura dell'atto a prescindere

dal momento (precedente o successivo all'emissione dell'ordinanza cautelare) nel quale è posto in essere, definendone in tal modo gli effetti. Ed è appunto per tale ragione che in caso di nullità dell'interrogatorio dell'indagato in sede di udienza di convalida, quale che sia la ragione, è sempre possibile la «rinnovazione» dell'interrogatorio laddove sia stata emessa ordinanza cautelare (tanto che, come s'è visto, per giurisprudenza costante il termine di cinque giorni entro il quale deve essere rinnovato decorre dal momento in cui ha avuto inizio l'esecuzione del provvedimento cautelare e non dal giorno dell'arresto).

La giurisprudenza, in termini di genere, ritiene che non rientrino nella cognizione e nella valutazione del giudice del riesame, dovendo essere oggetto di eventuale istanza di perdita di efficacia della misura, gli accadimenti successivi all'adozione della stessa e gli eventi che eventualmente la invalidano (Cass., Sez. VI, 10.6.2003, Vinci, in *Mass. Uff.*, 226222; Cass., Sez. II, 24.9.2001, Pangallo, *ivi*, 220321; Cass., Sez. III, 17.2.2000, Demo, *ivi*, 216065; Cass., S.U., 17.4.1996, Moni, in *CP*, 1996, 3275, secondo cui tramite riesame sono deducibili soltanto vizi genetici del provvedimento coercitivo e non quelli influenti sul mantenimento di efficacia). In particolare, si nega la deducibilità, nel giudi-

zio di riesame, della scadenza del termine massimo di custodia (Cass., Sez. VI, 30.1.1998, Cascino, in *CP*, 1999, 732; Cass., Sez. II, 24.4.1995, De Maria, in *GP*, 1996, III, 403). Così, pure, con riferimento alla decorrenza dei termini di fase in relazione ad asserita contestazione a catena (Cass., Sez. I, 4.3.2004, Russo, in *Mass. Uff.*, 228053; Cass., Sez. VI, 22.5.2003, Dzemaili, *ivi*, 226286) e ad altri casi concernenti le eccezioni relative alla legittimità delle condizioni incidenti sull'efficacia della misura e non sul provvedimento applicativo di essa (Cass., Sez. II, 9.3.2005, Meola, in *Mass. Uff.*, 231334, in tema di ricadute dell'invalidità degli atti introduttivi alle fasi del processo sull'efficacia della misura in atto).

La conclusione, coerente al rilievo che assume lo sviluppo ontologico della seriazione degli atti in relazione alla funzione e non semplicemente al tempo di essi, pare dover essere ripresa per la risoluzione del caso in esame, del tutto identico, proprio nell'essenza e nella funzione dell'atto, a quello concernente la nullità dell'interrogatorio previsto dall'art. 294, in ordine al quale, la rilevazione del vizio al fine della conseguente caducazione della misura cautelare può costituire soltanto oggetto di diverso, separato procedimento (così Cass., S.U., 5.7.1995, in *ANPP*, 1995, 590).

Verso la retrodatazione dei termini investigativi per accertato ritardo nell'iscrizione della *notitia criminis*

(Questo scritto è destinato a *Giurisprudenza italiana*)

Le questioni inerenti la tempestiva iscrizione della notizia di reato nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. danno vita ad un filone giurisprudenziale in continua evoluzione.

Di recente la Corte di Cassazione, in materia di libertà personale, ha precisato che «l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere al Tribunale del riesame tutti gli atti rilevanti non si estende alla certificazione della data

di iscrizione del procedimento, ma tale principio soffre eccezione nel caso in cui sussistano elementi che fanno sorgere dubbi sulla utilizzabilità degli atti stessi per violazione dei termini di durata massima delle indagini e la difesa abbia dedotto il mancato rispetto dei detti termini, invocandone le conseguenze in tema di utilizzabilità degli atti tardivamente raccolti». Invece, sul piano dell'utilizzabilità

dei risultati delle indagini compiuti in deroga all'obbligo di immediata iscrizione «l'omessa annotazione della "notitia criminis" sul registro previsto dall'art. 335 c.p.p. non determina la inutilizzabilità di tutti gli atti di indagine compiuti; invero, in presenza di una siffatta omissione il giudice deve individuare il termine iniziale del tempo utile entro il quale il P.M. poteva svolgere le indagini - ossia il momento in cui la notizia di reato poteva e do-

veva essere annotata sul registro - e ritenere l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il tempo stabilito» (C. Sez. I, 17.3.2009, Salesi ed altri).

Le Osservazioni che seguono evidenziano l'importante approdo a cui è pervenuta la Cassazione che sottolinea l'ampia sindacabilità della scelta del p.m. sul momento in cui intende iscrivere nel registro *ex art. 335 c.p.p.* il nominativo della persona indagata.

Osservazioni

di *Ciro Santoriello*

1. La decisione si presenta particolarmente interessante giacché con essa vengono riconosciuti - in contrasto rispetto alla posizione assolutamente dominante - ampi spazi di sindacabilità circa la scelta del pubblico ministero del momento in cui procedere all'iscrizione sul registro di cui all'art. 335 c.p.p. del nominativo della persona indagata, con le conseguenze che da tale adempimento derivano.

2. Come è noto, la funzione essenziale del registro di cui all'art. 335 c.p.p. è quella di attestare il *dies a quo* per la decorrenza di svariati termini procedurali, in primo luogo del termine concesso al pubblico ministero per lo svolgimento delle indagini - tanto nei confronti della persona iscritta nel registro che in caso di indagini nei confronti di ignoti, nel qual caso dalla data di iscrizione della mera *notitia criminis* decorre il termine semestrale di cui all'art. 415 c.p.p. per la richiesta al giudice del provvedimento di archiviazione o di autorizzazione a proseguire le indagini.

Anche la possibilità di far ricorso a riti speciali è subordinata al rispetto di determinati termini decorrenti sempre dall'iscrizione della *notitia criminis* o del nominativo dell'indagato nell'apposito registro. Infatti, dalla data della prima iscrizione della notizia di reato devono essere conteggiati i quindici giorni

per procedere a giudizio direttissimo nelle ipotesi di confessione resa in sede di interrogatorio, nonché i novanta giorni per la presentazione della richiesta di giudizio immediato da parte del pubblico ministero, mentre dalla registrazione del nome della persona cui il reato è attribuito decorre il termine di sei mesi per la presentazione della richiesta di emissione del decreto penale *ex art. 459 c.p.p.* Un ulteriore effetto riconducibile all'iscrizione nel registro delle notizie di reato è quello di cui agli artt. 9, 3° comma, e 10, 2° comma, c.p.p., che attribuiscono all'iscrizione *de qua* la funzione di criterio residuale per la determinazione della competenza territoriale (Cass., Sez. II, 23.1.1997, Mazza, in *GP*, 1998, III, 173).

Su tali funzioni del registro disciplinato dall'art. 335 c.p.p., cfr. PADULA, *Brevi note sul registro delle notizie di reato*, in *ANPP*, 1995, 551; GAITO, *L'iscrizione della notizia di reato tra diritto scritto e diritto vivente*, in *AA.VV.* (a cura di Gaito) *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 54; VOLPE-AMBROSOLI, *Registro delle notizie di reato*, in *Dig. pen.*, XII, Torino, 1997, 43. In giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, 17.4.2003, Visciglia, in *Mass. Uff.*, 226652.

3. Come risulta evidente da una celere analisi del dato normativo, l'omessa o ritardata iscrizione della notizia di reato o del nome

della persona alla quale il medesimo è attribuito incide in maniera determinante sia sulla decorrenza dei predetti termini procedurali, sia sul diritto di accesso al registro medesimo riconosciuto all'indagato dall'art. 335, 3° co., c.p.p. Tuttavia, nonostante l'indubbia rilevanza dell'adempimento della iscrizione ed il correlato interesse delle parti private ad un controllo sulle scelte che il pubblico ministero può operare in proposito, la tesi assolutamente dominante nella giurisprudenza di legittimità era nel senso di ritenere insussistente ogni possibilità di controllo circa le opzioni esercitate dall'organo inquirente relativamente alle modalità d'iscrizione della *notitia criminis*.

Tale impostazione giurisprudenziale era stata formulata dalla Corte di legittimità in un duplice senso. Da un lato, infatti, si riteneva non impugnabile davanti al giudice amministrativo l'atto con cui il pubblico ministero ordina l'iscrizione di una notizia di reato, trattandosi di atto facente parte del processo penale funzionale al solo controllo sulla regolare tempestività delle indagini preliminari (Cass. civ., Sez. Un., 4.11.2004, Beltrami c. Ministero della Giustizia, in *GI*, 2005, 1141, con nota critica di SANTORIELLO, *Le scelte iniziali del pubblico ministero nel processo penale: un settore senza controlli*), dall'altro le sezioni unite penali avevano affermato che il termine di durata delle indagini decorre dalla data in cui il pubblico ministero iscrive nell'apposito registro la notizia di reato e non da quella in cui avrebbe dovuto asseritamente iscriverla, negando così al giudice qualsiasi potere di sindacato sul punto.

A tale ultimo proposito, si sostiene, innanzitutto, che il *dies a quo* delle indagini preliminari è individuato dalla legge nel giorno dell'iscrizione della notizia e non in quello in cui quest'ultima perviene all'ufficio dell'accusa; in secondo luogo si afferma che l'art. 335, 1° co., c.p.p. prevede un termine di natura indeterminata e sfornito di alcuna sanzione, per cui mancherebbe un qualsiasi dato normativo al quale ancorare il riconoscimento in capo al giudice - sia esso quello delle indagini preliminari o quello dell'udienza preliminare

o infine quello del dibattimento - del potere di controllare la tempestività dell'iscrizione e di fissare la data nella quale essa avrebbe dovuto essere effettuata (cfr. per tutte, Cass., Sez. Un., 21.6.2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, 216248. In seguito, Cass., Sez. I, 6.3.2003, Schiamone, in *Mass. Uff.*, 224417). Secondo questa impostazione, dunque, il ritardo del pubblico ministero nell'adempire alla prescrizione di cui all'art. 335 c.p.p. - se pure può dar luogo a responsabilità disciplinare - non potrà comunque pregiudicare in alcuna misura le attività d'indagine nel frattempo ritualmente compiute e ciò in quanto se è pur vero che l'obbligo di iscrizione della *notitia criminis* risponde all'esigenza di garantire il rispetto dei termini di durata massima delle indagini, è altresì necessario riconoscere che esso presuppone comunque che a carico di una persona nota emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari, e non di meri sospetti, con la conseguenza che il ritardo nell'iscrizione non è concetto che possa assumersi in via di semplice presunzione, ma è un dato che consegue unicamente alla concreta verifica circa il momento in cui il pubblico ministero ha acquisito gli elementi conoscitivi necessari a delineare una notizia di reato nei confronti di una persona, in termini di ragionevole determinatezza: "in difetto di tale presupposto, che investe l'an ed il quando e determina il *dies a quo* della *notitia criminis*, l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, che rientra alla valutazione discrezionale dell'inquirente, non può affidarsi a postume congetture ed è comunque sottratto al sindacato giurisdizionale, per cui l'eventuale violazione del dovere di tempestiva iscrizione non è causa di nullità o inutilizzabilità degli atti compiuti" (Cass., Sez. Un., 21.6.2000, Tammaro, cit.).

In dottrina, in senso critico, APRATI, *Intorno all'immediatezza dell'iscrizione della notizia di reato: sindacabilità del giudice e inutilizzabilità degli atti tardivi*, in *CP*, 2005, 1329; MARANDOLA, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, *ivi*, 2001, 400. In senso sostanzialmente adesivo, invece, CURTOTTI, *Sul dies a quo del termine di durata delle indagini pre-*

liminari, *ivi*, 1995, 636. Si vedano altresì C. Cost., sentenza n. 94 del 1998, in *GiC*, 1998, 849 e sentenza n. 337 del 1996, in *DPP*, 1996, 1330.

Evidentemente al medesimo orientamento sovra esposto può iscriversi la giurisprudenza secondo cui, nell'ambito del procedimento di riesame, il pubblico ministero non deve trasmettere all'organo giudicante la certificazione della data di iscrizione del procedimento, salvo che sussistano elementi che facciano sorgere dubbi sulla inutilizzabilità degli atti di indagine per violazione dei termini delle investigazioni (Cass., Sez. I, 6.3.2003, Schiavone, in *Mass. Uff.*, 224415; Cass., Sez. II, 1.2.2001, Messina, in *Mass. Uff.*, 219673). 4. In parziale contrasto rispetto a fronte di tali affermazioni giurisprudenziali si pone l'orientamento - cui sostanzialmente aderisce anche la decisione in commento - secondo cui la tardività dell'iscrizione nel registro degli indagati non sarebbe completamente priva di conseguenze processuale. Tale ritardo, infatti, pur non determinando alcuna invalidità degli atti investigativi posti in essere prima della "iscrizione intempestiva", configurerebbe comunque la inutilizzabilità delle indagini svolte in epoca successiva allo scadere di ogni termine massimo: in sostanza, secondo questo orientamento più rigoroso, il ritardo nell'iscrizione della *notitia criminis* consente al giudice di rideterminare il termine iniziale delle indagini, retroagendo lo stesso al momento in cui si sarebbe dovuta scrivere la notizia di reato, con conseguente inutilizzabilità delle indagini finali (Cass., Sez. III, 26.9.2006, Paglialuca, in *Mass. Uff.*, 235672; Cass., Sez. V, 21.9.2006, Boscarato, in *Mass. Uff.*, 236029; Cass., Sez. V, 8.10.2003, Lisca, in *Mass. Uff.*, 227054).

5. La posizione della giurisprudenza ha da sempre trovato aspre e giustificate critiche in dottrina, giacché l'impostazione sopra indicata conduce ad una sostanziale elusione della disciplina dettata in tema di termini delle indagini preliminari - normativa, si ricorda, posta a tutela della fondamentale esigenza di impedire che il singolo possa essere *sine die* sottoposto ad investigazioni ed ac-

certamenti lesivi della sua dignità ed invasivi dei suoi spazi personali di riservatezza.

All'uopo, a soddisfare tali esigenze di rispetto della persona umana, non pare sufficiente l'arresto giurisprudenziale - presente anche nella decisione in esame - secondo il quale il giudice dovrebbe individuare il termine iniziale del tempo utile entro il quale il pubblico ministero poteva svolgere le indagini - ossia il momento in cui la notizia di reato poteva e doveva essere annotata sul registro - e ritenere l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il tempo stabilito. Infatti, in primo luogo, non può sottacersi come, se la regola generale è nel senso che ogni acquisizione investigativa successiva rispetto al termine delle indagini preliminari stabilito dalla legge o prorogato dal giudice è inutilizzabile, paia incomprensibile che «analoga sorte [non] sia riservata pure alle acquisizioni anteriori alla iscrizione della *notitia criminis*» (CARLI, *La notitia criminis e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.*, in *DPP*, 1995, 730. Medesima riflessione svolge GAITO, *L'iscrizione*, 55); in secondo luogo, tale orientamento giurisprudenziale comunque non appresta alcuna protezione al soggetto che si veda sottoposto ad investigazioni prima che il suo nominativo venga iscritto nell'apposito registro, con analoga conseguenza di una incontrollata dilatazione dei tempi di indagine nei suoi confronti.

In realtà, le esigenze fondamentali e le finalità garantistiche che stanno a base della disciplina in tema di termini investigativi *ex artt.* 405 ss. c.p.p. sembrano richiedere che si riconosca il capo al giudice la possibilità di individuare autonomamente il momento in cui il pubblico ministero avrebbe dovuto procedere all'iscrizione della *notitia criminis* ed eventualmente dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (ADORNO, *Decorrenza del termine per le indagini preliminari e sanzione di inutilizzabilità ex art. 407, co. 3, c.p.p.*, in *CP*, 1996, 3713; GIRONI, *I termini di durata massima delle indagini preliminari tra disciplina legale ed esigenze della pratica*, in *FI*, 1994, II, 701). Quale conseguenza di tale impostazione si avrebbe che sarebbero colpiti dalla sanzione

processuale di cui all'art. 407, 3° co., c.p.p. (non solo gli atti del pubblico ministero compiuti anteriormente alla formale scadenza dei termini ma successivamente rispetto al *dies ad quem* stabilito dal Giudice, giacché analoga sorte andrebbe riservata a) gli atti investigativi posti in essere prima dell'iscrizione della notizia nell'apposito registro, pur in presenza dei presupposti che rendevano obbligatorio tale adempimento.

A fronte di questa conclusione non può obiettarsi sostenendo che il riconoscimento in capo al giudice del potere di individuare un diverso *dies a quo* rispetto a quello risultante dall'iscrizione operata dal pubblico ministero significa attribuire a tale soggetto una facoltà di intervenire sulla tenuta del registro di cui all'art. 335 c.p.p. in spregio alle disciplina che vede nel solo organo inquirente il soggetto competente all'adozione dei necessari provvedimenti: la determinazione circa l'iscrizione o meno di un dato nominativo nell'apposito registro è scelta esclusiva dell'ufficio requirente, ma ciò evidentemente non esclude che - una volta che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale - il giudice debba esercitare la sua competenza in ordine alla individuazione di eventuali atti inutilizzabili per violazione del combinato disposto degli artt. 335 e 405 c.p.p.

Maggiore consistenza presenta invece l'ulteriore obiezione formulabile nei confronti della tesi che si viene avanzando, ovvero quella relativa all'eccessiva discrezionalità che verrebbe riconosciuta al giudice laddove questi risultasse titolare del potere di individuare il corretto momento in cui risulta obbligatoria l'iscrizione del nominativo nel registro degli indagati (come evidenziato da ADORNO, *Decorrenza del termine*, 3716). In proposito, può replicarsi sostenendo che è ben possibile individuare il *dies a quo* dell'inizio delle indagini preliminari sulla scorta di un dato sostanziale quale l'oggettivo impulso delle stesse, anziché in relazione al dato formale della materiale iscrizione della notizia nel registro: la collocazione dell'inizio delle indagini preliminari nel momento in cui il pubblico ministero ha compiuto il primo atto di investi-

gazione in ordine ad una determinata notizia di reato consentirebbe infatti, di sottrarre all'inquirente poteri di "istruttoria occulta" derivanti dalla tardiva iscrizione della *notitia criminis* (GAITO, *Incostituzionale la ritardata iscrizione della notizia di reato*, in GG, 1994, 47, 30. Nello stesso senso SANTORIELLO, *Pseudo-notizie e poteri del pubblico ministero*, in GI, 2001, 1773).

In ogni caso, ci pare indiscutibile che la soluzione da noi proposta non implica certo l'attribuzione al giudice di una discrezionalità maggiore rispetto a quella che lo stesso codice riconosce ordinariamente al pubblico ministero in merito alla tenuta del registro di cui all'art. 335 c.p.p. e proprio la circostanza che l'ufficio inquirente goda di tali facoltà nell'individuazione del momento in cui operare l'iscrizione della *notitia criminis* rende assolutamente indispensabile - per evitare di attribuire al pubblico ministero un potere svincolato da ogni controllo, con elusione della disciplina in tema di termini di indagine - l'individuazione, mercé l'intervento di un organo giurisdizionale, di un momento di sindacato sulla condotta e sulle scelte del pubblico accusatore. Detto altrimenti, la disciplina vigente in tema di durata delle indagini preliminari e di definizione del momento di inizio delle stesse attribuisce al pubblico ministero una discrezionalità assolutamente rilevante, suscettibile di facili - quanto indebite - strumentalizzazioni e ciò giustifica la necessità di rinvenire momenti e strumenti di controllo circa l'esercizio di tale facoltà da parte dell'organo inquirente, superando anche le eventuali obiezioni che possono avanzarsi in ordine alla difficoltà di definire le corrette modalità di estrinsecazione di tale sindacato da parte del giudice.

6. Evidentemente, se si riconosce che la scelta circa l'an ed il *quando* dell'iscrizione della *notitia criminis* sull'apposito registro non è rimessa alla libera discrezionalità del pubblico ministero ma si tratta di atto doveroso in presenza di determinati presupposti, deve ritenersi illegittima (e perciò ininfluyente ai fini della durata massima delle indagini), la nuova iscrizione "a catena" operata dal me-

desimo pubblico ministero in relazione al medesimo fatto: quando l'organo dell'accusa, di fronte all'ineludibile scelta fra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione, «opta per l'iscrizione di un nuovo procedimento, è chiaro che pratica un *escamotage* volto a lucrare un lasso temporale per le indagini supplementare rispetto a quello già infruttuosamente scaduto» (GAITO, *È consentito iscrivere "a catena" procedimenti per*

uno stesso fatto?, in DPP, 1998, 102) ed alla illegittima "reiscrizione" - peraltro suscettibile di provocare l'avocazione delle indagini da parte del Procuratore Generale - non può che conseguire l'inutilizzabilità del materiale raccolto nonché l'inammissibilità della eventuale «richiesta di rinvio a giudizio formulata all'esito di un procedimento (il secondo) che neppure avrebbe potuto avere inizio» (GAITO, *È consentito*, 102).

Proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato e successiva confisca: accertamento del fatto-reato e della responsabilità

(Questo scritto è destinato a *Giurisprudenza italiana*)

Continua l'espansione della giustizia penale patrimoniale. Per la Cassazione «la categoria delle sentenze di proscioglimento, comprende non solo le pronunce ampiamente liberatorie, ma anche le sentenze che, pur non applicando una pena, comportano - in diverse forme e gradazioni - un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato stesso; ciò vale, in particolare, per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione». Per cui se «il proscioglimento blocca la confisca del prezzo del reato, la circostanza che il giu-

dice possa procedere ad accertamenti non può affatto considerarsi in linea di principio "anomala". Tali accertamenti possono riguardare non solo le cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, 2° comma, n. 2, c.p.), ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato» (Cass., Sez. II, 4.12.2008, Squillante e altro).

Le Osservazioni illustrano il significativo "cambio di rotta" della Suprema Corte nel rapporto tra prescrizione e confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato.

Osservazioni

di Rossella Governa

1. La *questio iuris* sottesa alla decisione annotata concerne la possibilità di disporre, nel caso di estinzione del reato per prescrizione, la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, 2° comma, n. 1, c.p. La Corte di Cassazione, alla luce delle mutate caratteristiche dell'istituto della confisca (anche in relazione alle c.d. ipotesi speciali), concretizza un si-

gnificativo mutamento di rotta e la risolve affermativamente. La soluzione adottata si pone come prosieguo di quell'«andamento carsico riscontrabile nella giurisprudenza in relazione alla possibilità di disporre la confisca nei casi di declaratoria di estinzione del reato» (FURFARO-GAITO, *Estinzione del reato edilizio e confisca. Punti fermi e questioni ancora aperte*, in *Legis It.*, 2006, 3, 3 ss.). Oc-

corre *in primis* premettere come tale ambito sia tutt'altro che scevro di contrasti. Alla base della propria decisione, infatti, gli "ermellini" pongono due sentenze delle Sezioni Unite tra loro parzialmente divergenti. Nella prima in ordine temporale (Cass., Sez. Un., 25 marzo 1993, Carlea ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 193120) la Cassazione aveva affermato che, anche in caso di estinzione del reato, per stabilire se debba farsi luogo a confisca, deve aversi riguardo alle previsioni di cui all'art. 240 c.p. e alle varie disposizioni speciali che prevedono i casi di confisca, potendo conseguentemente questa essere ordinata solo quando, alla stregua di tali disposizioni, la sua applicazione non presupponga la condanna e possa avere luogo anche in seguito al proscioglimento. Nondimeno, secondo detto orientamento, «per disporre la confisca in caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale» salvo nelle ipotesi di cose intrinsecamente pericolose di cui al 2° comma, n. 2, dell'art. 240 c.p.

Nella seconda si era invece asserito che la confisca delle cose costituenti il prezzo del reato, prevista obbligatoriamente dall'art. 240, 2° comma, n. 1, c.p., non potesse essere disposta in caso di estinzione del reato stesso (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2008, P. M. in proc. De Maio, in *C.E.D. Cass.*, n. 240565) poiché l'avverbio «sempre» aveva la funzione di individuare casi di confisca facoltativa da contrapporre rispetto a quelli di confisca obbligatoria; in entrambe le ipotesi, però, presupposto legislativamente richiesto era la sentenza di condanna, la cui non necessità veniva in rilievo solamente nei casi di cui al n. 2 del 2° comma.

La Suprema Corte, nella decisione in commento, ha rivalutato le precedenti considerazioni basandosi anche su un'attenta analisi dell'evoluzione normativa avvenuta in materia. Se con riguardo alla pronuncia del 2008 sottolinea come «soprattutto alla luce della legislazione speciale (artt. 322 *ter*, 600 *septies*, 640 *quater*, 648 *quater* c.p., art. 2641

c.c., art. 187 D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 44, 2° comma, D.P.R. n. 380 del 2001), che ha ampliato in maniera significativa le ipotesi di confisca obbligatoria [...] è stata incrinata la ricostruzione di una categoria dogmatica unitaria» (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2008, P. M. in proc. De Maio, in *C.E.D. Cass.*, n. 240565; Id., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia Italmianti Spa, *ivi*, n. 239926), ritiene necessario rivisitare «criticamente anche l'affermazione, formulata in chiave problematica nella decisione n. 5 del 1993, a mente della quale «per disporre la confisca in caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale [...]». Infatti, le innovazioni legislative e la successiva evoluzione giurisprudenziale attribuiscono ampi poteri di accertamento del fatto in una pluralità di ipotesi». Infine gli "ermellini" fanno leva su una recente pronuncia del giudice delle leggi per giungere ad affermare che nella categoria delle sentenze di proscioglimento, rientrano anche quelle che comportano «un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato stesso, ciò vale in particolare per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione. Pertanto [...] si può affermare che, in caso di estinzione del reato, il riconoscimento al giudice di poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca medesima non possono dirsi necessariamente legati alla facilità dell'accertamento medesimo e, quindi, tale accertamento può riguardare non solo le cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, 2° comma, n. 2, c.p.), ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato». Occorre conferire peculiare rilevanza alla decisione nel punto in cui fa seguire, proprio all'osservazione sulle caratteristiche di talune sentenze di proscioglimento, il riconoscimento al giudice di poteri d'accertamento ai fini dell'applicabilità della misura ablativa.

2. Procedendo con ordine, occorre in primo

luogo sottolineare come, per la Consulta, la categoria delle sentenze di proscioglimento non costituisca un *genus* unitario, ma abbracci ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto (C. Cost., 31 marzo 2008, n. 85). All'interno di tale *genus*, è ricompresa, poi, la *species* delle sentenze di prescrizione in relazione alle quali la giurisprudenza non ha mai esplicitamente specificato se la confisca debba essere disposta indipendentemente dalla fase processuale in cui è maturata la prescrizione. È opportuno a questo punto, però, esperire una distinzione a seconda che la prescrizione sia stata dichiarata in primo grado o che la sentenza sia stata emessa nel grado di appello o in cassazione. Solo nel primo caso il mancato accertamento nel merito può ritenersi sussistente: è stato osservato che «nell'applicare la prescrizione il giudice non valuta nel merito la fattispecie giudiziaria che resta pertanto insoluta, ma emette una decisione a contenuto processuale: “non doversi procedere”» (NOCITA, *Lottizzazione abusiva e prescrizione del reato: confisca e casi di esclusione*, in *Giust. pen.*, 2008, II, 583). Qualora la sentenza venga emessa in grado d'appello o in cassazione, il giudice, necessariamente, con l'istruzione dibattimentale, ha posto in essere un accertamento di pieno merito sul reato contestato, anche se, poi, la sentenza definitiva conclude con la formula di non doversi procedere per intervenuta prescrizione. Ancora, non può escludersi, quanto alla confisca-sanzione (Corte eur., 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, in cui la confisca è stata esplicitamente definita “pena”), il necessario accertamento nel merito, qualora si intenda rispettare la normativa comunitaria e convenzionale che, ponendo l'ablazione quale “conseguenza” della violazione, escludono la legittimità dell'omissione del suddetto accertamento. Infatti, ai sensi della Decisione Quadro n. 2005/212/GAI, la confisca non può che conseguire alla condanna per un reato (FURFARO-GAITO, *Estinzione del reato edilizio e confisca. Punti fermi e questioni ancora aperte*, cit., 3 ss.); mentre per la

Corte europea l'art. 1 del Protocollo n. 1, «contiene in sé tre norme distinte: la prima, contenuta nella prima frase del 1° comma, riveste carattere generale ed enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, espressa nella seconda frase del 1° comma, attiene alla privazione della proprietà e la subordina a determinate condizioni; la terza, contenuta nel 2° comma, riconosce agli Stati contraenti il potere di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale. La seconda e la terza regola vanno interpretate alla luce del principio fissato nella prima» (Corte eur., 19 ottobre 2000, Ambruosi c. Italia). Dunque, l'ablazione deve essere sorretta da ragioni tali o da imporre la disciplina dell'uso al fine di interessi generali (Corte eur., 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito; Id., 24 ottobre 1986, Ágosi c. Regno Unito), o per assicurare l'adempimento di obblighi, sempre nel rispetto del criterio di proporzionalità (criterio è stato espresso da Corte eur., 30 maggio 2000, Carbonara e altri c. Italia). In tale prospettiva, «non pare proprio che la confisca possa prescindere da criteri di accertamento specifici, volti a definire, prima ancora che il nesso tra reato ed acquisizione patrimoniale, l'accertamento stesso della sussistenza della responsabilità in ordine alla commissione di un reato» (così, in tema di confisca ai sensi della legge antimafia, Corte eur., 15 aprile 1991, M. c. Italia; cfr., inoltre, Id., 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; Id., 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia).

3. Nondimeno, l'imprescindibilità di un accertamento non solo della responsabilità, ma anche del fatto reato, sin dalle prime soluzioni adottate in materia, poneva problematiche di non poco conto. Già nel momento in cui la Suprema Corte si è per la prima volta pronunciata sulla compatibilità tra decreto di archiviazione e ordine di confisca (Cass., Sez. IV, 23 aprile 1991, Lucco Castello, in *Giur. it.*, 1992, II, 123), risolvendo la *questio iuris* affermativamente, sulla base di una valutazione della confisca in termini di misura di sicurezza, si è osservato come tale orientamento non potesse accogliersi appieno.

Non si era infatti tenuto conto che, nell'analizzare le modalità di sviluppo del processo di istituzionalizzazione della confisca, questa, seppure considerata misura di sicurezza, era (ed è) riconducibile nell'alveo delle sanzioni giuridiche e, in particolare (in quanto presupponeva (ancora oggi) di regola un fatto-reato), nelle sanzioni penali, e che tale natura non veniva meno in virtù della funzione essenzialmente (ma non esclusivamente) preventiva, alla quale assolve (TREVISSON LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, in *Giur. it.*, 1992, II, 123 ss.). «Non sfugge, allora, che la confisca [...], anche se ordinata dopo l'estinzione del reato, presuppone, comunque, un fatto criminoso storicamente esistente» (TREVISSON LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, cit., 127); dunque l'applicazione della confisca, in quanto sanzione penale, è subordinata all'accertamento del fatto-reato da parte del giudice. Ai rilievi sinora compiuti, ne è stato aggiunto un ultimo: l'esperimento dell'incidente di esecuzione esclusivamente avverso il capo del provvedimento di archiviazione che dispone l'applicazione di una misura di sicurezza - nell'ottica delle esigenze di economia processuale, alle quali è funzionale il meccanismo dell'archiviazione - sarebbe potuto risultare ammissibile in riferimento all'art 210, 1° comma, c.p., per il quale le cause estintive del reato «impediscono l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fanno cessare l'esecuzione». Tale principio, come allora, tuttavia, non è applicabile alla confisca (Cass., Sez. Un., 22 gennaio 1983, Marinelli, in *Cass. pen.*, 1983, 1737 ss.; Id., Sez. VI, 13 ottobre 1978, Osta, *ivi*, 1980, 1054 ss.; Id., Sez. I, 14 maggio 1987, Di Lisio, in *C.E.D. Cass.*, n. 176296; cfr. altresì MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, 1049 ss.) rispetto a quei beni la cui fabbricazione, detenzione, porto o alienazione costituiscono di per sé reato (Cass., Sez. I, 15 marzo 1993, Marco, in *Cass. pen.*, 1995, 1552 ss.). E ancora, in relazione al problematico rapporto tra confisca ed amnistia (per approfondimenti cfr. Cass., Sez. III, 21 giugno 1994, Ungolo, in *Giur. it.*, 1995,

II, 1 ss., con nota di GAITO, *Amnistia e successiva confisca per le scommesse clandestine*), secondo un orientamento dottrinale (LIMA, *Osservazioni in tema di confiscabilità e restituzione di valori ingiustificatamente posseduti*, in *Cass. pen.*, 1989, 362 ss.), poiché ex art. 592 c.p.p. «l'amnistia toglie al giudice il potere di esaminare e di decidere ogni altra questione relativa all'azione penale, quando questo esame non è assolutamente necessario per l'applicazione del beneficio», non sarebbe stato possibile accertare la sussistenza o meno del reato a fini di confisca «riguardando tali indagini questioni relative non all'azione penale, ma all'applicazione di una misura di sicurezza» (Cass., 18 marzo 1988, Cristofalo, in *Giur. it.*, 1989, II, 361 ss.; nonché Id., Sez. III, 7 giugno 1982, Campari, *ivi*, 1984, 57 ss.; Id., Sez. III, 8 gennaio 1980, Schiavo, *ivi*, 1981, 1007 ss.), in quanto «per disporre la confisca delle cose di cui al n. 2 del 2° comma dell'art. 240 c.p. non è necessario accertare la sussistenza del reato, ma è sufficiente prendere atto della natura stessa delle cose in sequestro». Tuttavia, è stato correttamente osservato che in questa critica non si tiene conto del fatto che la confisca obbligatoria può colpire tanto le cose la cui fabbricazione, detenzione, porto o alienazione sono vietate in modo assoluto, quanto le cose la cui fabbricazione o detenzione costituiscono reato se violano le norme che le sottopongono a particolari autorizzazioni (SABATINI, *Ancora sui rapporti tra amnistia e confisca*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 560 ss.). Tanto è vero che, in materia d'armi, recentemente è stato affermato dalla Suprema Corte che «i proiettili traccianti i bossoli e l'involucro di una bomba a mano sono soggetti a confisca obbligatoria anche in caso di archiviazione del procedimento, trattandosi di cose di cui non sono consentiti, sia pure a determinate condizioni, la detenzione e il porto» (orientamento espresso da Cass., Sez. I, 19 settembre 2007, Pasqualini, in *Riv. pen.*, 2008, 804. Si veda anche Id., Sez. I, 22 novembre 2007, P. G. in proc. Isufaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 238479; Id., Sez. I, 9 novembre 1995, P. C. in proc. Principe, *ivi*, n.

203129); e, ancora, si è statuito che «dichiarato estinto il reato in materia d'armi, la confisca di queste ultime può essere disposta, in sede d'esecuzione, solo previo accertamento che la loro detenzione non era stata o non avrebbe potuto essere autorizzata» (Cass., Sez. I, 15 marzo 1993, Marco, *Cass. pen.*, 1995, 1552). In quest'ultima ipotesi, non si può ritenere *in re ipsa* la prova della sussistenza del reato; dunque, delle due l'una: una volta estinto il reato per amnistia il giudice può procedere all'accertamento del fatto ai soli fini della confisca; o «tutto s'arresta e nell'incertezza [...] non potrà evidentemente farsi luogo alla confisca» (CASALINUOVO, *La confisca obbligatoria in rapporto all'estinzione del reato per amnistia*, in *Arch. pen.*, 1947, II, 201).

4. Nel riconoscere in capo all'autorità giurisdizionale il potere-dovere di esperire, in caso di confisca obbligatoria, gli accertamenti necessari ai fini dell'applicabilità dell'istituto ablativo (nel caso di specie se i beni da confiscare siano qualificabili prezzo del reato e se siano personalmente riferibili all'imputato) si afferma nuovamente la imprescindibilità del legame fatto-responsabilità-sanzione, ma sembra porsi rimedio agli ostacoli che, sulla base dei precedenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, si ponevano proprio in merito alla concreta esperibilità di un percorso cognitivo volto all'accertamento e del fatto reato (possibilità che è esplicitamente sancita nella sentenza in esame), e della responsabilità.

In relazione a tale ultimo aspetto, le perplessità pare possano venir meno nel momento in cui la Suprema Corte, nel fare riferimento alle sentenze per intervenuta prescrizione, richiama la pronuncia della Consulta facendo esplicita menzione delle ipotesi in cui è accertata la responsabilità o, comunque, la

riferibilità del fatto all'imputato. Potrebbe infatti considerarsi ammissibile (nonché conforme ai principi costituzionali e sovranazionali) l'istituto della confisca, esperito in seguito al proscioglimento per intervenuta prescrizione, solo qualora sia stata già accertata la responsabilità dell'imputato (sull'argomento cfr. C. Cost., 19 gennaio 1987, n. 2). All'uopo è stato autorevolmente affermato come, diversamente opinando, «la pretesa ablatoria (che dovrebbe essere funzionale alla prevenzione, alla stregua dell'impostazione ortodossa che vuole la confisca sempre misura di sicurezza) risulta in tal modo espansa fino a trascendere gli stessi limiti e le esigenze di una sanzione comunque accessoria, per "diventare" essa stessa una anomala - oltre che davvero impropria - sanzione principale adottata, per giunta, a prescindere dall'accertamento in concreto della responsabilità (esclusa, in ipotesi, dall'intervento di cause che impediscono la pronuncia di condanna)» (FURFARO-GAITO, *Estinzione del reato edilizio e confisca. Punti fermi e questioni ancora aperte*, cit., 6). In ultima analisi, occorre evidenziare come, dall'orientamento manifestato nella sentenza in commento, il riconoscimento di poteri cognitivi al giudice, pur a seguito di una pronuncia di proscioglimento, ai fini dell'applicazione della confisca, va inquadrato nella tendenza a dilatare la sfera di operatività di tale misura stante «la sempre più ampia utilizzazione dell'istituto della confisca al fine di contrastare i più diffusi fenomeni di criminalità». Ancora un orientamento volto ad accentuarne la natura di pena (conformemente alla giurisprudenza sovranazionale), e contestualmente ad estenderne l'ambito di operatività rispondendo in maniera sempre più pregnante ad esigenze repressive.

Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della CEDU

È stata presentata al Parlamento, il 30 giugno 2009, la Relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello stato italiano per l'anno 2008.

La Relazione, redatta dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi - Ufficio del contenzioso e per la consulenza giuridica in attuazione dell'art. 5, comma 3, lettera a-bis), della l. 27 agosto 1988, n. 400, illustra le attività svolte dallo Stato italiano nell'ambito degli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione europea per la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, per garantire l'esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Particolare evidenza è stata data al ruolo svolto dal Governo, nel corso dell'anno 2008, sul fronte delle misure generali di carattere legislativo adottate, o in via di approvazione, in materia di riforma del processo civile e penale e della legge Pinto, nell'ottica dell'ulteriore adeguamento del quadro normativo nazionale ai principi tutelati dalla Convenzione europea, quali interpretati dalla Corte di Strasburgo.

I. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione della giurisprudenza nazionale e comunitaria.

1. *La giurisprudenza nazionale dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007.* - Dopo le sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349 (su cui v. Relazione 2007, cap. I, par. 1) ed in attuazione dei principi ivi enunciati, la giurisprudenza nazionale ha preso in considerazione le disposizioni della Convenzione europea, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, per dare una chiave ermeneutica orientata alla normativa nazionale oggetto del contenzioso ovvero, nell'impossibilità o

grave difficoltà di una interpretazione conforme, per la rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione. Si ricorda, infatti che la possibile incompatibilità tra la norma interna e quella della Convenzione, a parere della Corte costituzionale, *"si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi"*; nella sentenza n. 129 del 2008 la stessa Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 630 c.p.p. *"nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo"*, ha dichiarato la infondatezza della questione *"con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati"* ma ha aggiunto *"di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU"*.

Nel 2008, oltre alla sentenza costituzionale n. 128, sono intervenute considerevoli pronunce della Corte suprema di cassazione, dirette a dare una chiave interpretativa della materia sottoposta ad esame alla luce della Convenzione filtrata dalle norme della Costituzione italiana, corrispondente alle regole ermeneutiche contenute nelle citate sentenze costituzionali n. 348 e n. 349. Fra i più rilevanti interventi di legittimità, ricordiamo le sentenze della Corte di cassazione in materia di: a) diritto alla ragionevole durata del processo:

- 7 gennaio 2008, n. 31 (già citata nella precedente relazione), che, in attuazione del principio *ex* articolo 111, comma secondo, della Costituzione, ha individuato il *ragionevole* periodo di durata del processo in cinque anni per i due gradi di merito, considerando utili ai fini del calcolo del risarcimento i soli anni ulteriori. La statuizione presenta elementi di contrasto con le decisioni CEDU che considerano quale *periodo utile* il complessivo tempo di durata del processo, senza decurtazione alcuna. Il *modus operandi* seguito dalla Corte europea per riconoscere l'ammontare del danno morale consiste, infatti, sostanzialmente, nel prendere in considerazione l'intero procedimento giudiziario e nel detrarre i soli periodi riconducibili a responsabilità del ricorrente (sul punto v. sentenza 15 dicembre 2005, *caso Barry c. Irlanda*);

- 15 luglio 2008, n. 19367, che ha ritenuto ammissibile la richiesta di riparazione *ex* legge n. 89/2001 anche per controversie promosse dinanzi al giudice tributario ma riferibili alla "*materia civile*" (in quanto riguardanti pretese del contribuente che non investono la determinazione del tributo ma aspetti consequenziali, come per il giudizio di ottemperanza ad un giudicato tributario *ex* articolo 70 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, o per il giudizio sull'individuazione del soggetto di un credito di imposta non contestato nella sua esistenza) o alla "*materia penale*" (comprensiva - secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo - anche delle controversie sull'applicazione delle sanzioni tributarie, ove siano commutabili in misure detentive o siano assimilabili, per la loro gravità sul piano dell'afflittività, ad una sanzione penale); per la definizione della "*materia fiscale*" si vedano le note sentenze della Corte europea 9 dicembre 1994, *caso Schouten et Meldrum c. Paesi Bassi*, e 12 luglio 2001, *caso Ferrazzini c. Italia*; in questo caso potrebbe riscontrarsi addirittura una maggiore estensione della tutela offerta dalla legge "Pinto" rispetto a quella assicurata dall'articolo 6 della Convenzione, non

applicabile, appunto alle controversie tributarie ma, eventualmente, solo a quelle in materia di prevenzione infortuni ed assistenza sociale;

- 14 aprile 2008, n. 9909, che ha ribadito la risarcibilità *ex* legge n. 89/2001 dei soli danni patrimoniali che siano conseguenza immediata e diretta, sulla base di una normale sequenza causale, del ritardo nella definizione del processo, con esclusione degli effetti dello *jus superveniens* (nella specie, della nuova disciplina in materia di calcolo dell'indennità di espropriazione di cui all'articolo 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, che aveva introdotto il comma 7-*bis* dell'articolo 5-*bis* della legge 8 agosto 1992, n. 333, e la conseguente dimidiazione dell'indennizzo secondo il valore di mercato dell'immobile);

- 10 aprile 2008, n. 9328, secondo cui la prova, sia pure presuntiva ma ancorata ad elementi concreti e non a formule generiche ed astratte, dell'effettiva entità dello *stress* subito dalla parte deve essere raggiunta attraverso un giudizio di comparazione fra la natura e l'entità della pretesa pecuniaria avanzata e le condizioni socio-economiche della parte;

- 30 dicembre 2008, n. 30566, che ha ribadito la necessità di attenersi, per la liquidazione del danno, ai parametri indicati dalla Corte europea (euro 1.000,00/1.500,00 per anno di ritardo), ed ha sancito la rilevanza del numero degli imputati nel processo penale al fine della valutazione della complessità del processo, come deducibile dalla sentenza 15 febbraio 2008, *caso Arvanitaki-Roboti ed altri c. Grecia*, della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo.

Per quanto riguarda l'eccessiva durata dei procedimenti, si ricorda che gli Stati sono liberi di decidere quale tipo di rimedio interno adottare: può trattarsi di una soluzione diretta solo ad accelerare la procedura o della previsione di un ricorso avente ad oggetto la concessione di un indennizzo, ovvero un oggetto misto. Il rimedio della legge Pinto, apprestato dal nostro legislatore, non è sembrato in grado, per la verità, di consentire, da

solo, la chiusura del procedimento dinanzi al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per l'adozione di misure generali idonee a risolvere la problematica della durata esorbitante dei procedimenti giudiziari: è stato da più parti sottolineato come il sistema abbia appesantito ulteriormente il carico di lavoro degli uffici. Sul punto si rinvia al capitolo II, paragrafo 3.2;

b) espropriazione per pubblico interesse:

- 5 settembre 2008, n. 22407, sul Termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da occupazione acquisitiva che non contrasterebbe con il principio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione ma non potrebbe essere fatto decorrere da epoca anteriore alla data di ricezione dell'istituto da parte della legge 27 ottobre 1988, n. 458;

- 28 luglio 2008, n. 20543, negli stessi termini, con richiamo al principio di legalità che postula l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, chiare e prevedibili;

- 9 aprile 2008, n. 9245, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 37, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, come sostituito dall'articolo 2, comma 89, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui dispone che l'indennità di espropriazione di un'area edificabile sia commisurata al valore venale del bene, in quanto in linea con l'interpretazione data dalla Corte europea all'articolo 1 del Protocollo n. 1 e con le note decisioni della Corte costituzionale in materia;

- 28 febbraio 2008, n. 5265, che ha parimenti ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità dell'articolo 80 della legge 14 maggio 1981, n. 219, che prevede un criterio di liquidazione non corrispondente al valore di mercato, giustificato dalla natura speciale, temporanea ed eccezionale, nell'ambito di un intervento di riforma economico-sociale quale la ricostruzione dopo gli eventi sismici del 1980-1981;

c) inquadramento del personale scolastico A.T.A.:

- 4 settembre 2008, n. 22260, che ha rimesso alla Corte costituzionale, per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione e, per suo tramite, con l'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, la questione di legittimità dell'articolo 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, ove prevede, con norma interpretativa dell'articolo 8, comma 2, della legge 3 maggio 1999, n. 124, l'inquadramento del personale trasferito dagli enti locali in termini meno favorevoli rispetto a quelli in precedenza stabiliti, ravvisando un contrasto con il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia;

d) principio della pubblicità dell'udienza:

- 18 luglio 2008, n. 19947, che ha escluso il contrasto con l'articolo 6 della Convenzione per la disciplina dettata dall'articolo 375 c.p.c. ove non è previsto che la decisione di impugnazione in sede di legittimità debba avvenire dopo discussione in pubblica udienza;

e) ricusazione e diritto delle parti all'imparzialità del giudice:

- 4 giugno 2008, n. 14807, sulla disciplina *ex* articolo 51, primo comma, n. 4, c.p.c., che ha escluso un contrasto con l'articolo 6 della Convenzione e l'articolo 111 della Costituzione;

f) prescrizioni formali per i ricorsi in Cassazione:

- 4 febbraio 2008, n. 2652, che ha ritenuto che il complesso normativo costituito dagli articoli 366, n. 4, 366-bis e 375, n. 5, c.p.c., nel testo risultante dalla novella *ex* decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, non si pone in contrasto con l'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, per il tramite dell'articolo 117 della Costituzione, per la sua funzione servente rispetto ai compiti di nomofilachia della Cassazione, e non è di ostacolo al diritto di accesso al giudice;

g) diritto al contraddittorio nel processo penale:

- 12 novembre/11 dicembre 2008, n. 45807, in seguito alla decisione della Corte europea dell'11 dicembre 2007, nel caso *Drassich*, che aveva pronunciato la violazione dell'articolo

6 della Convenzione in relazione alla qualificazione giuridica del fatto effettuata *ex officio* in sede di legittimità senza aver dato all'imputato, in alcuna fase della procedura, la possibilità di esserne informato, la Cassazione ha deciso di disporre la riapertura del processo ai sensi dell'articolo 625-bis c.p.p., limitandola al giudizio di legittimità ove la violazione del contraddittorio si era verificata.

Fra le decisioni delle Corti di merito si segnala l'ordinanza 9 aprile 2008 della Corte d'Appello di Bari (causa Volpe ed altri) con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 44, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, che dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti; nell'ordinanza si richiama il principio di tutela della proprietà sancito dall'articolo 1 del Protocollo 1 della Convenzione, già oggetto per analogo caso della sentenza della Corte europea 20 gennaio 2009, caso *Sud Fondi c. Italia* (su cui si veda il successivo capitolo II, paragrafo 4).

2. *I principi della Convenzione e la giurisprudenza comunitaria.* – Non risultano pubblicate nel corso dell'anno 2008 sentenze della Corte europea che abbiano affrontato direttamente il problema dei rapporti fra la Convenzione e il Trattato UE o fra la giurisprudenza di Strasburgo e quella di Lussemburgo.

Deve, tuttavia, segnalarsi che le due Corti europee si sono pronunciate in termini differenti in materia di diritto di sciopero.

Le pronunce della Corte di Strasburgo emesse nel 2008 si occupano del diritto di sciopero essenzialmente sotto l'angolo visuale dell'articolo 11 della Convenzione che tutela il diritto di riunione ed associazione e, in particolare, con riferimento ai funzionari pubblici e di enti locali.

Nella sentenza di *Grande Chambre* del 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (caso n. 34503/97), la Corte europea si è occupata del mancato riconoscimento dei di-

ritti sindacali di alcune categorie di funzionari pubblici.

Nella fattispecie, il sindacato Tùm Bel Sen, che aveva per obiettivo la promozione del sindacalismo democratico al servizio delle aspirazioni e rivendicazioni dei suoi membri, aveva concluso con il comune di Gaziantep un contratto collettivo concernente tutti gli aspetti delle condizioni di lavoro nei servizi della municipalità; ritenendo l'amministrazione inadempiente, il sindacato aveva adito le giurisdizioni competenti per far valere le condizioni del contratto collettivo ed i giudici turchi avevano stabilito che, in assenza di legge specifica, la libertà sindacale e di negoziazione collettiva non poteva essere esercitata.

La Corte di Strasburgo, pronunciandosi sul caso, ha accertato la violazione dell'articolo 11 della Convenzione in quanto, pur prevedendo il citato articolo alcune restrizioni all'esercizio del diritto di riunione ed associazione per determinate categorie di funzionari pubblici, tali restrizioni vanno intese in senso stretto e non possono dunque estendersi indiscriminatamente, in particolare ad impiegati di enti locali, quali quelli del comune implicato nel caso. È opportuno riportare alcuni passi della sentenza: «*des restrictions pouvant être imposées aux membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat cités par l'article 11 appellent une interprétation stricte et doivent dès lors se limiter à l'«exercice» des droits en question. Elles ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit de s'organiser. Il appartient en outre à l'Etat concerné de démontrer le caractère légitime des restrictions éventuellement apportées au droit syndical de ces personnes. Par ailleurs, les fonctionnaires municipaux, dont les activités ne relèvent pas de l'administration de l'Etat en tant que tel, ne peuvent en principe être assimilés à des «membres de l'administration de l'Etat» et voir limiter sur cette base l'exercice de leur droit de s'organiser et de former des syndicats.*

Elle conclut que les «membres de l'administration de l'Etat» ne sauraient être soustraits du champ de l'article 11. Tout au plus les auto-

rites nationales peuvent-elles leur imposer des "restrictions légitimes" conformes à l'article 11 § 2. En l'espèce, toutefois, le Gouvernement turc n'a pas démontré en quoi la nature des fonctions exercées par les requérants appelle à les considérer comme "membres de l'administration de l'Etat" sujets à de telles restrictions. Ils peuvent donc légitimement invoquer l'article 11.

La Cour estime qu'il n'a pas été démontré que l'interdiction absolue de fonder des syndicats qu'imposait le droit turc, tel qu'il était appliqué à l'époque des faits, aux fonctionnaires correspondait à un besoin social impérieux».

Questo orientamento è stato recentemente confermato dalla sentenza della Corte europea del 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* (caso n. 68959/01), che ha ribadito la assoluta prevalenza data al diritto di sciopero come diritto fondamentale dell'uomo-lavoratore limitabile soltanto in circostanze strettamente definite.

Quanto all'orientamento della Corte di Giustizia CE sul tema, si rileva che le decisioni emesse nel periodo 2007-2008 si occupano prevalentemente del bilanciamento di interessi tra il diritto di sciopero, da un lato, ed il diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi, dall'altro. Più esattamente, la Corte di Lussemburgo tratta del diritto di sciopero solo indirettamente ed unicamente per le implicazioni che esso ha in rapporto alla libertà d'impresa tutelata dalle fonti comunitarie; la regolamentazione del diritto di sciopero, infatti, resta prerogativa del diritto nazionale, mentre la Corte di Giustizia non si sottrae al compito di definire la valenza delle libertà di mercato, attribuendo ad esse il rango di diritti fondamentali, direttamente tutelabili dallo Stato, anche contro possibili violazioni ad opera di privati, al punto che l'azione sindacale può essere legittimamente limitata ove assume dimensioni tali da danneggiare la libertà d'impresa, intesa nella sua dimensione "dinamico-orizzontale" (si vedano le sentenze della Corte di Giustizia nel caso *Viking* - sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05; nel caso *Laval* - sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/

05; nel caso *Riiffert* - sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06).

Sul piano normativo nessuna novità è intervenuta nel corso del 2008 verso la c.d. *comunitarizzazione* della Convenzione e, cioè, l'assorbimento dei principi della Convenzione all'interno della Costituzione europea, non essendo ancora stato completato l'*iter* di ratifica del Trattato di Lisbona da parte di tutti gli Stati membri (circostanza che rende incompetente la Corte di Giustizia a decidere direttamente su presunte violazioni dei diritti dell'uomo che non siano connesse a consequenziali violazioni di normative comunitarie: v. Corte Giustizia CE, ordinanza 26 marzo 2009, in causa C-535/08).

Il Presidente della Corte di Strasburgo, ad ogni modo, non ha mancato di sottolineare anche nel suo discorso di apertura dell'anno giudiziario 2009 "*the very important role in the field of fundamental rights played by a Court with which we have excellent relations, the Court of Justice of the European Communities*".

II. Analisi del contenzioso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. *L'andamento del contenzioso europeo.* – L'andamento generale del contenzioso dinanzi alla Corte europea presenta, nell'anno 2008, un incremento notevole degli affari pendenti, con 49.900 nuovi ricorsi presentati, rispetto ai 41.700 del 2007. Più di 3.000 - numero senza precedenti - sono state le richieste di misure *ad interim* ex articolo 39 della Convenzione (molte delle quali in materia di espulsione). Si tratta di una tutela cautelare che è facile prevedere possa essere causa di un massiccio incremento dei ricorsi. L'aumento dei nuovi affari contenziosi incide, in parte, sull'attività decisionale. Il rapporto tra le 1.543 sentenze pronunciate e i ricorsi presentati, pari al 3,1%, risulta inferiore di 0,5 punti percentuali rispetto a quello dell'anno precedente.

Il dato relativo alle sentenze pronunciate presenta un lieve incremento rispetto ai 1.503 giudizi decisi nel 2007. Molti giudizi hanno riguardato i c.d. "casi seriali": il più

alto numero di violazioni ha interessato, infatti, l'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, in materia di diritto ad un equo processo ed, in particolare, ad una decisione in tempi ragionevoli.

La variazione in aumento dei nuovi affari, pari al 16,4% rispetto all'anno pregresso, pur rappresentando una costante nell'evoluzione del contenzioso pendente, realizza la crescita più rilevante degli ultimi sette anni.

La posizione italiana

Per quanto riguarda l'esposizione, in generale, dell'Italia dinanzi alla Corte europea, si osserva che i ricorsi pendenti alla data del 31 dicembre 2008, proposti contro l'Italia per presunte violazioni della Convenzione, ammontano a n. 4.200 e costituiscono il 14,3% del totale di tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte.

Nel corso del 2008, sono stati comunicati al Governo italiano 72 nuovi casi, di cui 17 in materia di diritto al rispetto della proprietà ed i rimanenti, prevalentemente, in materia di eccessiva durata delle procedure giudiziarie, anche sotto il profilo dell'incidenza che tale durata ha nella limitazione dei diritti tutelati dalla Convenzione europea (il totale dei casi comunicati ai Governi di tutti i 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa ammonta invece a 4.416).

Il confronto con il dato relativo all'anno 2007, che vedeva l'Italia collocata al 7° posto dopo la Polonia e la Repubblica Ceca, entrambe attestata al 5° posto, evidenzia il trend negativo della posizione italiana (ora al 5° posto per maggior numero dei ricorsi pendenti), con un incremento del 44,83% rispetto al 2007.

Le sentenze emesse nei confronti dell'Italia, nell'anno 2008, sono state 82 (in documenti n. 1), con un'incidenza del 5,3% rispetto al totale delle sentenze pronunciate nei confronti di tutti i 47 paesi del Consiglio d'Europa pari a 1.543.

Nella comparazione tra Stati, l'Italia mantiene la propria posizione rispetto al 2007, confermando il sesto posto in rapporto al numero complessivo delle sentenze pronunciate, ma perde una posizione per numero di sen-

tenze con almeno una violazione, andandosi a collocare al settimo posto, a fronte dell'ottava posizione raggiunta l'anno precedente. Delle 82 sentenze pronunciate, 2 sentenze hanno accertato la non violazione della Convenzione, 5 sentenze hanno stabilito solamente il *quantum* risarcitorio riferito a condanne pronunciate in anni precedenti, 3 hanno disposto la cancellazione delle cause dal ruolo per regolamento amichevole e le rimanenti 72 hanno accertato almeno una violazione, unitamente all'equa soddisfazione: tale numero colloca l'Italia alle spalle di Turchia (257), Russia (233), Romania (189), Polonia (129) e Ucraina (110); n. 458 sono state invece le decisioni di irricevibilità di ricorsi presentati contro l'Italia nel 2008.

2.1. Analisi per tipologia di violazione. – La scomposizione del dato relativo alle sentenze che hanno accertato casi di violazione da parte italiana, sotto il profilo della tipologia di violazione, evidenzia le pronunce in materia di violazione del diritto ad un equo processo che, per la considerevole dimensione quantitativa, costituiscono il 62% del numero complessivo delle infrazioni.

Con un netto scarto rispetto alla precedente fattispecie, si riscontra un indicatore rilevante (14%) in tema di rispetto della vita privata e familiare, quindi in materia di rispetto della proprietà (9,2%) e di diritto ad un ricorso effettivo (8,46%).

2.1.1. L'eccessiva durata delle procedure giudiziarie. – Nell'ambito delle infrazioni accertate all'articolo 6 della Convenzione, la maggior parte riguarda l'eccessiva durata delle procedure giudiziarie, civili, penali ed amministrative, ben 47. È evidente, quindi, che l'eccessiva durata delle procedure giudiziarie, intervenendo direttamente o indirettamente nell'oggetto dei ricorsi presentati dinanzi alla Corte, costituisce la causa principale delle constatazioni di violazione nei confronti dell'Italia. La lettura dei dati relativi alla tipologia di violazione non va separata dal dato generale dell'incremento dei nuovi ricorsi riscontrato nell'anno 2008. Una visione congiunta, infatti, porta ad interpretare in maniera più obiettiva quello che potrebbe

sembrare un mero e generalizzato incremento del contenzioso dinanzi alla Corte di Strasburgo, avulso dalla tipologia del fenomeno delle lungaggini processuali, che costituisce uno dei punti di debolezza più rilevante del sistema giudiziario italiano, tale da continuare ad aggravare l'esposizione dell'Italia a livello europeo, sia per quanto riguarda il numero delle violazioni accertate dalla Corte europea sia per quanto attiene all'immagine nei confronti delle altre istituzioni europee. Anche l'occupazione acquisitiva è un fenomeno che a suo tempo vede proprio nell'esorbitante durata processuale uno, se non il principale, dei suoi fattori causali, così come l'eccessiva durata processuale ha talvolta costituito persino la causa della violazione del diritto al rispetto della vita familiare (violazione dell'articolo 8 della Convenzione, dunque, e non dell'articolo 6, come nel caso *Er-rico* deciso con sentenza del 24 febbraio 2009).

In questa ottica, allo scopo di consentire una riduzione dei tempi di svolgimento dei processi, particolare rilievo va riconosciuto alle iniziative di carattere generale e legislative attuate a livello interno nelle materie del processo civile, del processo penale e delle procedure concorsuali che formano oggetto di adeguata analisi nel capitolo III.

2.1.2. La violazione del diritto di proprietà. – Le condanne per violazione del diritto alla proprietà privata mantengono l'incidenza già riscontrata nel 2007, con 8 sentenze complessive, 7 delle quali in materia di espropriazione per pubblica utilità e la violazione del diritto in esame per il danno derivato dal ritardo nell'erogazione di somme riconosciute spettanti dall'autorità giudiziaria (si tratta di un giudizio Pinto).

La materia dell'espropriazione indiretta ha formato oggetto anche di 5 pronunce di quantificazione del danno e di 3 pronunce di cancellazione delle cause dal ruolo per intervenuto accordo amichevole. Una decisione di radiazione dal ruolo per regolamento amichevole si è inoltre avuta per il caso *Uguccioni c. Italia* (ricorso n. 37408/03). Tale decisione, assunta prima che intervenisse la

pronuncia di merito da parte della Corte, è sottratta dal controllo di esecuzione del Comitato dei Ministri e dal computo delle pronunce da ascrivere a carico dell'Italia.

3. Temi sensibili.

3.1. L'occupazione acquisitiva. – Nella relazione 2007 (cap. IV; par. 3.1.1) si era espressa cautela in merito all'effettiva capacità degli interventi del legislatore italiano, a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007, di condurre alla chiusura di tutti i casi pendenti dinanzi alla Corte europea in materia espropriativa. Permane, infatti, alta l'attenzione della Corte europea sulla problematica risarcitoria (equa soddisfazione) in caso di occupazione acquisitiva (espropriazione indiretta, secondo la terminologia della Corte europea).

Occorre ricordare che, per quanto riguarda il profilo in esame, la Corte distingue tra espropriazione regolare ed espropriazione indiretta. Nel primo caso, l'equa soddisfazione è pari alla differenza tra il valore venale del bene espropriato, deducibile dalla perizia redatta nel procedimento interno e maggiorato di rivalutazione ed interessi, e l'indennizzo ridotto liquidato in sede nazionale. Nel caso invece dell'espropriazione indiretta la Corte, fino alla sentenza *Guiso Gallisay* del 21 ottobre 2008, ha solitamente distinto due ipotesi: 1) il caso in cui il ricorrente si sia limitato a chiedere, a titolo di danno materiale, la differenza tra il valore venale del bene, rivalutato, e la somma minore corrisposta in sede nazionale. In questo caso, per il principio della domanda, la Corte si limita a corrispondere tale differenza (lo stesso criterio è utilizzato per calcolare la somma-base per il regolamento amichevole); 2) diversamente dalla prima ipotesi, il caso in cui la Corte tende a riconoscere al ricorrente il diritto a vedersi assegnata un'equa soddisfazione che, conformemente a quanto preveda una apposita perizia, rifletta: a) il valore attuale del bene espropriato; b) il plus-valore apportato dall'esistenza dell'opera pubblica sul fondo in questione (anche sotto forma di costo di costruzione dell'opera); c) i danni materiali e morali.

Questo secondo criterio, nei confronti del quale il Governo italiano ha sempre assunto una posizione apertamente critica, è stato sistematicamente contestato dinanzi alla Corte per il tramite dell'Ufficio del co-Agente ed i ripetuti appelli alla revisione della linea interpretativa hanno sortito l'effetto di ottenere un *revirement* giurisprudenziale da parte della Corte, che si è espressa con una "sentenza pilota" nella citata causa *Guiso Gallisay*. In sostanza, fino alla sentenza *Guiso Gallisay*, per la misura del risarcimento ed i criteri per calcolarlo, la Corte europea, richiamandosi ai precedenti *Papamichalopoulos ed altri c. Grecia* nonché *Carbonara e ventura c. Italia*, aveva parlato di situazione particolarmente grave per il privato, colpito da uno spossessamento di fatto e senza alcuna possibilità di rimediare.

La Corte tendeva, di conseguenza, a riconoscere al ricorrente il diritto a vedersi assegnata una somma a titolo di equa soddisfazione che, conformemente alle risultanze di una apposita perizia, rifletteva i valori sopra specificati alle lettere a, b, c: si trattava, dunque, di parametri particolarmente punitivi per lo Stato implicato nella procedura, nonché illogici, contraddittori ed iniqui.

Con il suddetto *revirement* del 21 ottobre 2008, la Corte europea si è sensibilmente avvicinata alla tesi del Governo italiano, uniformando i criteri di compensazione sui parametri utilizzati anche dal giudice nazionale nel sistema interno (cioè, valore del bene al momento della sentenza nazionale che dichiara l'occupazione acquisitiva, rivalutazione ed interessi, oltre ad eventuali altri danni collaterali), sul presupposto che il principio di sussidiarietà non potrebbe altrimenti funzionare (l'effetto, sul piano pratico, appare di indubbia evidenza).

Sta di fatto che, essendosi tale *revirement* sviluppato non grazie ad una decisione di *Grande Chambre* ma di una sezione semplice della Corte, la sentenza è stata impugnata dal ricorrente ed il Collegio dei cinque giudici della Corte ha altresì deciso di sottoporla al vaglio della *Grande Chambre*, dinanzi alla

quale il caso è stato trattato all'udienza 17 giugno 2009.

Va osservato, altresì, che le sentenze della Corte costituzionale dell'ottobre 2007 e gli interventi normativi che ne sono seguiti (articolo 2, commi 89 e 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244), nell'ottica di conformarsi alla giurisprudenza europea, non sono intervenuti su tutte le disposizioni che prevedono indennizzi ridotti ma solo sulla legge 8 agosto 1992, n. 359, sull'articolo 37 del decreto Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, oltre che sulla legge 23 dicembre 1996, n. 662. Ne consegue che restano formalmente in vigore tutte le altre disposizioni residuali, spesso di carattere straordinario, che ugualmente prevedono indennizzi inferiori al valore venale del bene espropriato (come le leggi n. 2892/1885, n. 372/85, n. 219/81, ecc.). Si tratta peraltro di disposizioni abrogate dal testo unico sulle espropriazioni e dunque in vigore solo in via transitoria per i casi non ancora definiti. Va infine segnalata la pendenza di numerosi casi su cui la Corte non si è ancora pronunciata, concernenti i criteri risarcitori, previsti dai commi 3 e 4 dell'articolo 5-*bis* della legge n. 359 del 1992, per l'espropriazione di terreni non edificabili (ma con vocazione edilizia) od agricoli.

3.2. *L'esorbitante durata processuale.* – Risultano pendenti alla data del 31 dicembre 2008 un migliaio di vecchi ricorsi, le cui doglianze riguardano essenzialmente l'insufficienza delle indennità liquidate dalle Corti d'appello nelle procedure ex legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), prima che la Corte di Cassazione, con quattro sentenze rese a Sezioni unite e depositate il 26 gennaio 2004 statuisse che il giudice di merito non deve discostarsi (se non in una misura «ragionevole», espressione del margine di apprezzamento nazionale riconosciuto anche dalla Corte di Strasburgo) dai criteri di liquidazione dell'equo indennizzo utilizzati dalla Corte europea, alla quale spetta l'interpretazione autentica della Convenzione stessa.

Peraltro, a livello nazionale è stato spesso riconosciuto un risarcimento da danno mo-

rale inferiore a quello normalmente liquidato dalla Corte europea.

Risultano, purtroppo, pendenti anche diverse centinaia di più recenti ricorsi, le cui doglianze concernono i ritardi nella corresponsione delle indennità liquidate dalle Corti d'appello alle vittime di procedure giudiziarie eccessivamente lunghe (va segnalato in proposito che la Corte europea, nel corso dell'anno 2009 ha comunicato al Governo, in una sola giornata, ben 480 ricorsi seriali per questo tipo di violazione). Si tratta di pratiche in buona parte ascrivibili, per i quali il Ministro dell'economia e delle finanze, al quale è passata la competenza per i pagamenti, non ha finora fatto fronte.

La principale causa di tale disfunzione risiederebbe nella mancanza di risorse, sia finanziarie sia logistiche (fra l'altro, l'articolo 3, comma 7, della legge Pinto stabilisce proprio che *"l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene nei Limiti delle risorse disponibili"*, il che significa che lo Stato paga le somme a cui è stato condannato solo se ha disponibilità di fondi). Non è inutile rammentare che tale problematica comporta sia un aggravamento dell'esposizione dell'Italia a livello europeo sia rilevanti spese erariali, ulteriori rispetto a quelle, già notevoli, che il nostro Paese è costretto a sopportare per la liquidazione dei danni e delle spese processuali in sede di ricorso Pinto: il ritardo nella corresponsione delle indennità liquidate dalle corti d'appello comporta, infatti, il pagamento degli interessi e delle eventuali spese di esecuzione a livello nazionale, nonché un'equa soddisfazione e spese di giustizia a livello di Corte europea. A tal proposito deve segnalarsi il crescente ricorso a procedure esecutive, dirette spesso su fondi attribuiti a specifici settori di intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che hanno determinato anche gravi, ulteriori disfunzioni.

I *"gravissimi assurdi costi della Legge Pinto"* sono stati puntualmente stigmatizzati in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario dal Primo Presidente della Corte di Cassazione,

che ha evidenziato ancora una volta l'andamento esponenziale ed allarmante dell'incremento della spesa Pinto, relativa alle lungaggini del processo ordinario: *"alla fine del 2006 erano 51,5 milioni di euro, in due anni sono 81,3 milioni già sborsati, più almeno altri 36,6 milioni dovuti, ma non pagati"* (in documenti n. 2 è riportata la tabella dei costi della legge Pinto dal 2002 al 2008).

Appaiono, quindi, macroscopiche le criticità del rimedio Pinto che, invece di risolvere, come era nelle originali intenzioni, il problema della preoccupante esposizione a Strasburgo in relazione alla sistematica violazione del diritto ad un processo entro un termine ragionevole, rischia di diventare, a sua volta, se non verranno approntati urgenti interventi, una Fonte di ulteriori violazioni. Per la Corte di Strasburgo, infatti, una condanna pecuniaria che vede lo Stato soccombente, va eseguita entro i sei mesi dalla sua esecutività, poiché il diritto d'accesso ad un tribunale, previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, sarebbe illusorio se uno Stato permettesse che una decisione giudiziaria obbligatoria restasse ineseguita. Dunque, sarebbe inopportuno, in quanto renderebbe *"in effettivo"* il rimedio, costringere un ricorrente ad esperire un'azione esecutiva contro lo Stato per ottenere l'esecuzione di una sentenza a suo favore, non potendo lo Stato neppure trincerarsi dietro *"esigenze di cassa"* per giustificare il suo ritardo nel pagamento.

3.3. *L'espulsione degli stranieri.* – I *"temi sensibili"* trattati dalla Corte europea, con riferimento ai casi italiani, toccano anche campi particolarmente delicati per l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva.

Nel corso del 2008 (esattamente il 28 febbraio), infatti, la Grande Camera della Corte europea ha emesso, nel caso *Saadi c. Italia*, in materia di espulsione di terroristi nel loro paese d'origine, quella che può definirsi una vera e propria *"sentenza pilota"*.

Secondo la sentenza, alcune fonti informative internazionali dimostrerebbero che i cittadini tunisini, sospettati di terrorismo, appartengono ad una categoria sistematicamente

esposta ad una pratica di maltrattamenti nel loro Paese di origine; per tali individui, dunque, entra in gioco la protezione offerta dall'articolo 3 della Convenzione, anche se si tratta di persona indesiderabile o pericolosa per la collettività, mentre a nulla rileva l'accentuata minaccia terroristica odierna, atteso che tale protezione offerta dalla Convenzione dei diritti dell'uomo (e da altri testi del Consiglio d'Europa come quello dell'11 luglio 2002 sulla lotta al terrorismo) è assoluta ed incondizionata ed è comunque più ampia rispetto ad altri analoghi strumenti internazionali, come la Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati (in particolare articoli 32-33) che, invece, attribuisce rilevanza anche all'eventuale personalità negativa del richiedente asilo. Proprio in quanto le fonti internazionali descrivono una situazione, in Tunisia, che può definirsi preoccupante, desumibile da una pratica corrente di torture e maltrattamenti ai danni di sospetti di terrorismo, la Corte ritiene di vietare agli Stati di espellere questi ultimi.

Il caso *Saadi* è uno dei tanti “casi seriali” i quali, pur non essendo peraltro molto numerosi (ammontano a circa una quindicina), determinano particolare inquietudine: pur trattandosi di individui la cui pericolosità risulta accentuata e riconosciuta dalla stessa Corte europea, lo Stato, al fine di non incorrere nella violazione dei principi convenzionali, verrebbe a trovarsi nell'impossibilità di tutelarsi, essendogli precluso il ricorso allo strumento dell'espulsione dal suo territorio.

Tra le tante possibili strategie che si sono recentemente analizzate, in quanto potenzialmente idonee ad assicurare la salvaguardia degli interessi dell'intera collettività senza comportare constatazioni di violazione della Convenzione da parte della Corte europea, appare degna di segnalazione una pronuncia del 30 aprile 2009 del Magistrato di Sorveglianza di Nuoro che, nell'ambito del caso *Drissi*, inerente anch'esso un terrorista tunisino che aveva depositato un ricorso alla Corte europea, ha disposto, previa verifica della sua perdurante pericolosità, la conversione della misura di sicurezza dell'espulsio-

ne, non attuabile se non a prezzo di una constatazione di violazione della Corte europea, in quella della casa di lavoro per anni uno (eventualmente prorogabile).

Nel caso *Saadi c. Italia*, Saadi era stato processato in contumacia in Tunisia per reati di stampo terroristico e condannato a 20 anni di carcere. Il Saadi aveva rilevato che in Tunisia avrebbe potuto subire torture ed altri maltrattamenti in dipendenza della condanna subita. Il governo del Regno Unito è intervenuto nel caso, sostenendo che il diritto di una persona ad essere protetta da tale trattamento all'estero dovrebbe essere temperato con la pericolosità dell'individuo per lo Stato che lo allontana. Nel caso *Chahal c. Regno Unito* del 1996, la Corte aveva già respinto tale teoria, ritenendo assoluto il divieto, posto dalla Convenzione europea, di espulsione verso Paesi in cui ci sia rischio di tortura e maltrattamenti. Questa conclusione è stata coerentemente riaffermata dalla Corte in tutti i suoi successivi pronunciamenti.

La sentenza *Saadi* si occupa anche delle c.d. “assicurazioni diplomatiche”. La Corte ha opinato per la sostanziale irrilevanza ai fini del decidere di tali assicurazioni, sottolineando “che l'esistenza di leggi nazionali e l'adesione a trattati non sono sufficienti ad assicurare protezione adeguata contro il rischio di maltrattamento”. La Corte ha lasciato uno spiraglio in funzione della possibilità che le “assicurazioni diplomatiche” possano essere munite di contenuti tali da consentire di scongiurare il pericolo di torture e maltrattamenti.

3.4. *Altri casi.* – Da segnalare anche alcune sentenze vertenti su altre tematiche:

- la sentenza emessa il 21 ottobre 2008, nel caso *Clemenso ed altri c. Italia*, dove la Corte ha constatato la violazione dell'articolo 8 della Convenzione in ragione dell'interruzione prolungata, decisa dal Tribunale dei minori, dei rapporti tra i genitori e la loro figlia dichiarata adottabile;

- la sentenza 17 luglio 2008, nel caso *Sarnelli c. Italia*, con la quale la Corte ha dettato indicazioni precise per il calcolo degli inte-

ressi sulle somme attribuite al ricorrente a titolo di risarcimento (nella specie si trattava di espropriazione per la quale era stata corrisposta l'indennità ridotta rispetto al valore di mercato), statuendo che: «42 *ces interets devraient correspondre à l'interet legal simple sur le capital progressivement reevalui*»; questa pronuncia è da segnalare anche perché la Corte ha liquidato alla parte a titolo di danno una somma inferiore a quella che il *Greffier* della stessa Corte aveva determinato quale proposta di regolamento amichevole (la cui procedura non era stata definita prima della sentenza);

- anche la sentenza 1° aprile 2008, nel caso *Gigli Costruzioni srl c. Italia*, nel determinare il risarcimento dovuto alla ricorrente per la differenza di indennità di espropriazione non corrisposta dall'amministrazione italiana, ha precisato che gli interessi dovuti "*doivent correspondre à l'interet legal simple applique sur le capital progressivement réévalué*"; la sentenza ha anche precisato, a proposito dell'imposta del 20% applicata sull'indennità di espropriazione secondo la legislazione nazionale, che "*la Court n'it pas conclu à l'illegalité de l'application de cet impôt en tant que telle mais a pris en compte cet élément dans l'appréciation de la cause*", smussando così la posizione assunta in precedenti decisioni ove aveva espressamente dichiarato che l'imposta applicata sull'indennità ricevuta dalla parte andava considerata nella quantificazione del danno patito (si veda in proposito la Relazione 2007);

- la sentenza 10 giugno 2008, nel caso *Scopola c. Italia* che ha condannato l'Italia, in seguito all'accertata violazione dell'articolo 3 della Convenzione, a risarcire il danno subito da un detenuto disabile costretto a soggiorni in strutture carcerarie non adatte ad ospitare persone invalide (il detenuto è attualmente ospite nel penitenziario di Parma che dispone di strutture adeguate per l'accoglienza di persone disabili); così si è espressa la Corte: «... *la continuation de son séjour au pénitencier de Regina Coeli dans les circonstances mentionnées plus haut n'a pu que le placer dans une situation susceptible de susci-*

ter, chez lui, des sentiments constants d'angoisse, d'infiriorite et d'humiliation suffisamment forts pour constituer un "traitement inhumain ou dégradant", au sens de l'article 3 de la Convention».

4. Rilevanti affari contenziosi pendenti alla data del 31 dicembre 2008.

Solo nel corso dell'anno 2009 hanno avuto soluzione alcuni dei casi più rilevanti della cui pendenza avevamo dato notizia nella precedente Relazione; ne facciamo cenno ora, con riserva di più ampio studio nella Relazione del prossimo anno.

Con la sentenza 20 gennaio 2009, caso *Sud Fondi ed altri c. Italia* la Corte ha dichiarato illegittimamente eseguita la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, senza pagamento di corrispettivo, ed ha condannato l'Italia, per violazione degli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1, al pagamento dei danni morali e delle spese, liquidati in euro 40.000,00 per ciascuna parte ricorrente, rinviando a successiva pronuncia la quantificazione dei danni materiali, ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione.

Con la sentenza 24 febbraio 2009, nel caso *C.G.I.L. e Coffenti c. Italia* la Corte ha attribuito ai ricorrenti il risarcimento richiesto per non aver potuto aver accesso al processo in una vicenda di presunte offese ricevute da un parlamentare dopo la negazione dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera.

Con la sentenza 28 aprile 2009, nel caso *Savino ed altri c. Italia*, la Corte ha dichiarato la violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione a causa dell'assoggettamento delle controversie di lavoro dei dipendenti del Parlamento al giudizio di apposite Commissioni giurisdizionali interne secondo i regolamenti delle Camere (c.d. autodichia).

5. *Temi sensibili che hanno interessato altri Paesi aderenti alla Convenzione europea.*

Tenuto conto del fatto che la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo arricchisce ogni anno il contenuto dei diritti e delle libertà, peraltro solo lapidariamente enunciati dalla Convenzione, appare utile offrire un sintetico panorama delle decisioni recente-

mente assunte dalla Corte, nei confronti di altri Paesi, su argomenti spesso oggetto di dibattito nel contesto italiano.

5.1. *La materia delle intercettazioni.* – Le investigazioni sulle comunicazioni verbali o telefoniche rappresentano tradizionalmente un tipo di indagine paradigmaticamente invasivo e, dall'altro lato, il diritto alla riservatezza non è più ormai ritenuta un interesse destinato, come in passato, a capitolare di fronte all'interesse all'accertamento giudiziale ed all'esigenza della formazione della prova in seno al processo. Al fine dunque di imbrigliare nelle giuste dimensioni l'interesse all'acquisizione delle prove attraverso tale mezzo, la Corte europea continua a menzionare, nelle sue sentenze, quattro principi fondamentali, mutuati dalla sua giurisprudenza consolidata: a) il principio di legalità, per cui le intercettazioni sono sempre regolate con legge o con atti equiparati che rispondono a determinati requisiti di accessibilità e conoscibilità da parte del cittadino nonché di sufficiente chiarezza e precisione circa l'ampiezza ed i limiti del potere discrezionale dell'autorità nazionale chiamata ad attuare l'ingerenza (cfr. *Liberty ed altri c. Regno Unito* dell'1 luglio 2008); b) il principio di pertinenza, per il quale occorre che la linea o l'ambiente da intercettare sia utilizzato dalla persona indagata o da chi è in contatto con essa (nel sistema italiano il requisito è più ampio, bastando la sussistenza di gravi indizi di reato, dunque non di reità né di contatto con le persone indagate); la pertinenza riguarda peraltro anche l'altro aspetto della necessità di uno stretto nesso tra il materiale raccolto, e da rendere dunque processualmente utilizzabile, con l'oggetto del processo; c) il principio di sussidiarietà, per cui occorre che l'intercettazione sia assolutamente indispensabile alla prosecuzione delle indagini e che non siano ipotizzabili mezzi investigativi alternativi, ugualmente efficaci; d) il principio di proporzionalità, che stabilisce alcune condizioni minime necessarie per intercettare, spesso determinate dall'entità del reato per cui si procede e dai limiti temporali.

Il principio di proporzionalità, in particolare,

implica un'attenzione specifica alle circostanze peculiari di ogni caso concreto, nel senso che tali circostanze specifiche possono sia far ritenere esagerata il ricorso a prove invasive sia inadeguata il non ricorrervi, come ad esempio quando occorre tutelare minori (cfr. sentenza *K U c. Finlandia* del 2 dicembre 2008).

A tale nuova visione ha contribuito non solo la Corte europea ma anche l'esperienza di molti sistemi nazionali avanzati, nonché un'altra fonte internazionale (ancora più specifica nella materia *de qua*) costituita dalla Carta di Nizza, solennemente proclamata e firmata il 7 dicembre 2000 ma mai finora inserita nei trattati della Comunità Europea. A parte un innovativo articolo 1 che stabilisce che *"la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata"*, la Carta non prevede solo, all'articolo 7, una protezione di tipo statico sul modello dell'articolo 8 della Convenzione europea ma inserisce, all'articolo 8, un inedita *"diritto alla protezione dei dati di carattere personale"*: dunque un ben più pregnante controllo e protezione di tipo dinamico sullo svolgersi continuo dei dati personali sensibili.

Sul giusto temperamento tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza poi e, in particolare, sulle garanzie che lo Stato dovrebbe apprestare per evitare la divulgazione del materiale custodito nelle cancellerie dei tribunali, la Corte ha in particolare posto in evidenza il danno che la pubblicazione di atti d'indagine può arrecare alla reputazione ed ai diritti delle persone imputate, le quali devono essere considerate innocenti sino all'eventuale condanna, e ciò anche alla luce dell'impatto negativo che tale pubblicazione può dispiegare sui membri della giuria popolare (cfr. sentenza *Tourancheau e Joly c. Francia* del 24 novembre 2005), purché non si tratti di episodi lontani nel tempo e tali da far ritenere che si verta nell'ambito storico, piuttosto che della cronaca (nella sentenza *Dupuis c. Francia*, del 7 giugno 2007, la Corte europea aveva affermato che costituisce violazione dell'articolo 10 della Convenzione;

- diritto alla libertà d'espressione - una condanna pecuniaria non lieve irrogata, per rivelazione del segreto istruttorio, agli autori di un libro nel quale si rappresentava uno scandalo politico e si allegavano nel contempo per esteso interi atti processuali coperti da segreto, allorquando intercorre un rilevante periodo di tempo, nella specie circa 10 anni, tra i fatti denunciati e l'uscita del libro, cosicché non può neppure dirsi vulnerato il bene giuridico tutelato dalla segretezza delle indagini).

5.2. *La materia delle discriminazioni.* – La Corte europea ha avuto modo di occuparsi più volte, nell'area del 2008, delle discriminazioni di persone di etnia *rom*. Sia pure con i dovuti "distingui", dipendenti dalle particolarità dei casi concreti sottoposti al suo esame, la Corte ha ribadito la legittimità, in linea di principio, della creazione di classi separate di insegnamento, purché la selezione degli alunni ad esse destinati ed il percorso di formazione integrativa rispondano a finalità esclusivamente educative ed avvengano in modo non discriminatorio. In sostanza, osserva la Corte, non si può impedire agli Stati di creare classi speciali o scuole distinte destinate ai bambini in difficoltà, purché si tratti di misure di tipo positivo volte a colmare le lacune conoscitive e purché non emerga una sproporzione tra bambini *rom* ed altri bambini nella frequenza di tali scuole, il che sarebbe viceversa un indice di discriminazione indiretta a danno della comunità *rom* (cfr., in materia di articoli 14 e 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione, le pronunzie nei casi *Sampanis ed altri c. Grecia* del 5 giugno 2008, *Orsus ed altri c. Croazia* del 17 luglio 2008, *D.H ed altri c. Repubblica Ceca* del 13 novembre 2007).

5.3. *La materia dell'immigrazione.* – Nella sentenza *Saadi c. Regno Unito* del 29 gennaio 2008, la Corte europea ha stabilito quali debbano essere i criteri per stabilire come non arbitraria la detenzione di immigrati clandestini finalizzata al respingimento od all'espulsione; la detenzione deve cioè soddisfare quattro condizioni: a) buona fede; b) scopo di non fare entrare soggetti irregolari; c) luo-

ghi e condizioni di detenzione appropriati; d) durata ragionevole. Nella specie, la Corte ha ritenuto sussistenti le suddette condizioni, ravvisando solo la violazione del diritto all'informazione sui motivi della detenzione.

Nella sentenza di *Grande Chambre N v. c. Regno Unito* del 27 maggio 2008, la Corte ha altresì chiarito che, non prevedendo la Convenzione europea alcun diritto d'asilo, sullo Stato non incombe alcun obbligo di curare uno straniero gravemente malato il quale, con tutta probabilità, rischierebbe un esito fatale in caso di ritorno nel suo Paese, dove rimarrebbe privo delle cure necessarie: la vicenda, trattata sotto il profilo dell'articolo 3 (cioè del divieto di trattamenti inumani), riguardava una donna ugandese malata di *Aids*, cui era stato rifiutato il riconoscimento del diritto di asilo in Inghilterra e, conseguentemente, la possibilità di ricevere le cure necessarie ad assicurarle una continuazione di vita dignitosa.

La sentenza risulta passata con tre voti contrari di altrettanti giudici che hanno redatto poi un'opinione dissenziente nella quale partivano da ciò che essi ritenevano il timore sottostante quella pronuncia e cioè che una sentenza diversa avrebbe di fatto aperto le porte all'immigrazione sanitaria e fatto dell'Europa l'"ospedale" del mondo, col rischio di incidere inevitabilmente sulle risorse erariali; partendo da ciò che ritenevano l'inconfessato motore della sentenza, essi la criticavano evidenziando sia il carattere assoluto, e dunque incondizionato, del diritto alla vita e del diritto di non subire trattamenti inumani sia i dati statistici disponibili che avrebbero, a loro dire, smentito il pericolo di un'immigrazione massiccia dettata da ragioni sanitarie.

Sempre in materia di diritto d'asilo e di Regolamento di Dublino (che determina quale sia il Paese ad avere la competenza sull'esame della domanda d'asilo), va segnalata la decisione di irricevibilità emessa nel caso *KR.5. c. Regno Unito* del 2 dicembre 2008 la quale ratifica la decisione delle autorità inglesi di espellere verso la Grecia, quale

paese di provenienza, un richiedente asilo di nazionalità iraniana.

III. Esecuzione degli obblighi derivanti dalle pronunce della Corte europea

1. Misure di carattere generale.

1.1. Novità normative.

1.1.1. *L'azione di rivalsa.* – Per ovviare ai dubbi sorti sull'azione di rivalsa da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei confronti degli Enti Locali e degli altri soggetti responsabili delle violazioni sanzionate con decisioni della Corte di Strasburgo, regolata dall'articolo 16-bis della legge 4 febbraio 2005, n. 11 (introdotto dalla legge finanziaria 2007, su cui si veda la Relazione 2007), dubbi che concernevano la possibilità di azionare la rivalsa anche per le somme spese in regolamenti amichevoli, l'articolo 42-ter della legge 27 febbraio 2009, n. 14, di conversione del d.l. 30.12.2008, n. 207, ha interpretato autenticamente il citato articolo 16-bis “nel senso che la rivalsa si esercita anche per gli oneri finanziari sostenuti dallo Stato per le definizioni delle controversie presso la Corte europea dei diritti dell'uomo che si siano concluse con sentenza di radiazione o cancellazione dal molo ai sensi degli articoli 37 e 39 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, di cui alla legge 4 agosto 1955, n. 848” (in documenti n. 3).

La novella normativa è di grande rilievo perché consente al Governo di perseguire la strada del regolamento amichevole al fine di risolvere contenziosi pendenti prima di una probabile sentenza di condanna, senza perdere peraltro la possibilità di rivalsa nei confronti dei soggetti responsabili delle violazioni, con l'effetto di coinvolgerne maggiormente le responsabilità nella gestione del contenzioso anche sotto il profilo istruttorio.

Per vero, l'atteggiamento dei soggetti cui sono direttamente riconducibili le attività che hanno causato il contenzioso portato all'esame della Corte europea non è sempre collaborativo con la Presidenza del Consiglio dei Ministri nella gestione degli stru-

menti offerti dalla Convenzione per definire amichevolmente la causa: al comportamento dell'ANAS che nel procedimento *Pecar e Pertot*, prendendo atto della costante giurisprudenza sfavorevole della Corte europea in materia di illecita privazione della proprietà e in conformità ai principi resi nelle citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, ha rinunciato al recupero della somma corrispondente alla quota parte del valore venale del bene espropriato, riconosciutole in appello sulla base dei criteri riduttivi dell'articolo 5-bis della legge n. 359/1992, si contrappone la posizione dell'Amministrazione provinciale di Reggio Calabria che, nella causa *Cento c. Italia*, tuttora pendente dinanzi alla Corte, di fronte al rischio di una pronuncia di condanna e all'opportunità di definire la controversia con regolamento amichevole, ha manifestato la propria indisponibilità a rinunciare alle pretese azionate in sede nazionale per la restituzione della differenza pagata alla parte ricorrente, quale somma concorrente a determinare il valore reale del terreno. Il Comune di Roma, invece, ha assicurato la propria disponibilità per l'elaborazione di una proposta di regolamento nella causa *Immobiliare Podere Trieste*, allo scopo di evitare la pronuncia sulla questione relativa all'equa soddisfazione, avendo già accertato la Corte europea la sussistenza della violazione.

Nel corso dell'anno 2008 non sono state esercitate azioni di rivalsa da parte del Governo.

1.1.2. *Il processo civile e penale.* – Il decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 giugno 2008, n. 125, ha introdotto modifiche al codice di procedura penale, prevedendo, in particolare, la trattazione prioritaria degli affari più gravi e la modifica: - del *rito direttissimo*, con obbligo di presentare l'imputato in udienza entro trenta giorni dall'arresto; - del *giudizio abbreviato*, con la sua obbligatorietà in particolari casi; - del *giudizio immediato*, con la possibilità di utilizzo in ogni momento se la persona è in stato di deten-

zione provvisoria; - del *patteggiamento*, abolito in fase di appello.

Il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha introdotto modifiche destinate a ridurre i tempi delle procedure giudiziarie, prevedendo, in particolare, la cancellazione automatica dal ruolo delle cause civili dopo la mancata comparizione a due udienze senza la necessità di un espresso provvedimento del giudice, la notifica generalizzata per via elettronica degli atti e delle comunicazioni alle parti, l'obbligo del giudice per le cause di lavoro di leggere in udienza non solo il dispositivo ma anche la motivazione della sentenza.

Dopo un articolato *iter* parlamentare, è stata di recente promulgata la legge 18 giugno 2009, n. 69⁴, che ha modificato alcuni profili del processo civile con gli articoli da 45 a 52 (in documenti n. 4), con finalità di snellimento dell'attività giudiziaria (ricordiamo le norme in materia di acquisizione delle prove, il *filtro* di ammissibilità per il ricorso in Cassazione, il dimezzamento del termine annuale per il passaggio in giudicato delle sentenze, la regolamentazione di un procedimento sommario di cognizione, la delega al Governo per l'adozione di ulteriori misure di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili, ecc.); questo progetto era stato illustrato alla delegazione del Segretariato del Consiglio d'Europa durante la visita a Roma dell'ottobre 2008 (della quale diremo in prosieguo) ed aveva costituito uno dei motivi del giudizio positivo reso sulle iniziative assunte dal nostro Paese per risolvere il problema della eccessiva durata delle procedure giudiziarie.

1.1.3. *Il processo amministrativo.* – Notevoli progressi sono stati conseguiti, nel settore della giustizia amministrativa, sotto il profilo della riduzione della durata del processo amministrativo e dell'abbattimento dell'arretrato.

Come riferisce il Segretariato generale della giustizia amministrativa, dall'anno 2000 la situazione del plesso Consiglio di Stato - Tribunali amministrativi regionali registra un

trend positivo nel rapporto tra numero dei ricorsi decisi e numero dei ricorsi introitati, con un saldo attivo che erode progressivamente l'arretrato.

Tale risultato è la conseguenza degli effetti della importante riforma del 2000 (legge 21 luglio 2000, n. 205) che ha introdotto una serie di misure acceleratorie del processo con una contrazione significativa della durata dello stesso. In particolare, il tempo medio di durata di ciascun grado si attesta a 16/18 mesi con la possibilità di esaurire entrambi i gradi del giudizio amministrativo in circa tre anni.

Un'ulteriore spinta per la riduzione dei tempi della giustizia amministrativa si avrà con l'attuazione della delega per il riassetto del processo amministrativo, contenuta nella citata legge n. 69 del 2009 (articolo 44, in documenti n. 4).

L'importante riforma delineata dalla legge appena approvata, è intesa ad assicurare la snellezza, la concentrazione e l'effettività della tutela anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, promuovendo il ricorso a procedure informatiche e telematiche.

Incisive misure sono state introdotte, inoltre, per l'abbattimento dell'arretrato, che, allo stato, costituisce il reale problema della Giustizia amministrativa.

Anche su questo specifico aspetto è intervenuta la legge appena citata con una specifica disposizione finanziaria intesa a garantire la copertura delle spese occorrenti per incentivare progetti speciali per lo smaltimento dell'arretrato e per il miglior funzionamento del processo amministrativo (articolo 44, comma 6).

Con l'articolo 54 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (in documenti n. 5), è stato, inoltre, previsto un mezzo straordinario per avviare a perenzione i ricorsi presentati da oltre 5 anni, ove il ricorrente personalmente non dichiara di avere ancora interesse alla decisione. Dall'applicazione di questa misura si attende una perenzione di 240.000 ricorsi pendenti in I grado e

di 3.000 appelli pendenti dinanzi al Consiglio di Stato. Effetti riduttivi dell'arretrato si attendono anche dall'applicazione della disposizione, parimenti contenuta nel citato articolo, che consente al Presidente del Consiglio di Stato di trasformare, dal 1° gennaio 2009, la III Sezione consultiva del Consiglio di Stato in Sezione giurisdizionale, con un aumento di 1/3 del numero dei magistrati che giudicheranno in appello.

Ulteriori benefici sotto il profilo in esame sono assicurati dall'introduzione nel processo amministrativo di un nuovo sistema informativo (N.S.I.G.A), già operativo presso i Tribunali di minore dimensione ed in corso di estensione al T.A.R. per la Campania-Napoli e al T.A.R. per il Lazio-Roma, che consente di rilevare automaticamente l'estinzione, per inattività delle parti, di un processo pendente. Ciò ha comportato, già nel primo semestre del 2008, la perenzione biennale di un buon numero di processi.

1.2. *Progetti di riforma.* – Con il disegno di legge AS. 1440, attualmente all'esame, in sede referente, presso la competente commissione Giustizia, sono apportati ulteriori modifiche alla disciplina del processo (al fine della sua accelerazione) ed alla c.d. legge Pinto (in documenti n. 6).

L'urgenza di tale riforma, già sollecitata da più voci e raccomandata anche dalla Risoluzione (in documenti n. 7) adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella sua 1051^{ma} riunione (17-19 marzo 2009) - della quale più diffusamente si parlerà nel capitolo IV, paragrafo 1 - dovrebbe portare ad una rapida approvazione del disegno di legge, così da razionalizzare e limitare il contenzioso interno prodotto dalle lungaggini processuali e favorirne la definizione in una sede processuale non giudiziale, nel contempo prevenendo e ridimensionando anche il contenzioso dinanzi alla Corte di Strasburgo, con un risparmio notevole di spesa e di mezzi.

Il detto disegno di legge prevede anche la modifica degli articoli 630, 631, 633 e 634 del codice di procedura penale per la disci-

plina della revisione delle sentenze nei casi di condanna dello Stato italiano per la violazione dei principi del giusto processo (sulla problematica si veda la Relazione 2007, IV; 4.2). Lo stesso disegno di legge n. 1440 dispone, a modifica dell'articolo 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. *Risarcimenti.* – Gli importi liquidati dalla Corte nell'anno 2008, a titolo di equa soddisfazione, ammontano complessivamente ad euro 9.737.000, di cui 8.400.000,00 circa per i danni materiali, 349.000,00 a titolo di danni morali e 213.000,00 circa per spese di giustizia.

Per l'anno 2008, il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento dell'amministrazione generale del personale e dei servizi del tesoro, ha dato esecuzione a 80 sentenze, di cui 39 pronunce relative al 2007 e 31 del 2008, per un importo complessivo di euro 4.268.921,36, comprensivo degli oneri derivanti dal pagamento di regolamenti amichevoli relativi a 3 proposte formalizzate nel 2007 ed ammontanti ad euro 358.000,00.

Ulteriori 38 sentenze pronunciate nel 2008 sono state liquidate entro il 1° semestre del 2009 ed altre 4, sempre relative al 2008, sono in attesa di pagamento. Per 7 sentenze di accertamento di violazione nel merito non vi è stata, peraltro, condanna all'equa soddisfazione o al pagamento delle spese di giudizio.

Va segnalato che la questione dei pagamenti dell'equa soddisfazione ha rappresentato uno degli elementi di criticità per quanto attiene alla attività di informazione circa i provvedimenti adottati dall'Italia in sede di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, emersi nell'ambito dell'incontro svoltosi a Roma il 21 ottobre 2008 con la Delegazione del Segretariato del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

All'epoca, risultavano, infatti, ancora pendenti dinanzi al Comitato dei Ministri affari in relazione ai quali l'Amministrazione italiana aveva portato a compimento ogni attività

di esecuzione, ivi compresi i pagamenti delle somme portate in sentenza.

Questi affari afferivano anche a periodi anteriori al 2007 e quindi precedenti all'accenramento in capo al Ministero dell'economia e delle finanze della competenza ad effettuare le liquidazioni ed i pagamenti delle somme di denaro conseguenti alle pronunce di condanna della Corte.

Allo scopo di sanare il grave deficit informativo riscontrato, si è quindi provveduto a trasmettere alla competente struttura del Comitato dei Ministri i dati e le informazioni mancanti, corredati delle copie dei mandati di pagamento delle singole sentenze o dei riferimenti relativi a detti mandati, ovvero della notifica dell'avvenuto accredito delle somme spettanti.

L'attività di informazione al Comitato dei Ministri circa lo stato di esecuzione delle sentenze dell'anno 2008 risulta, oggi, completamente soddisfatta.

3. Regolamenti amichevoli. – Il periodo successivo all'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2006, n. 12, e all'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° febbraio 2007, è stato caratterizzato da una serie di iniziative volte a verificare la possibilità della definizione extragiudiziarie delle controversie nelle forme del regolamento amichevole o dell'offerta unilaterale, finalizzate alla radiazione delle cause dal ruolo, ai sensi dell'articolo 37, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione.

Come già segnalato nella Relazione 2007, la definizione transattiva della causa è vista con favore dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento alle c.d. controversie seriali, ove il ricorso al regolamento amichevole (ovvero all'offerta unilaterale) costituisce un efficace strumento di snellimento del carico dei ricorsi pendenti (che, per l'intervenuto accordo, vengono radiati dal ruolo).

Nel corso dell'anno 2008, in tutti i casi nei quali non è stato possibile concludere con la parte un regolamento amichevole, la Corte ha confermato il suo orientamento costante di liquidare un danno materiale pari alla differenza tra valore venale del bene e inden-

nizzo liquidato secondo i parametri riduttivi dell'articolo 5-bis della legge n. 359/92: si vedano, fra gli altri, i ricorsi *Cignoli ed altri c. Italia* (ove, ad una proposta di regolamento suggerita dal *Griffier* e pari a euro 190.000,00, ha fatto seguito, con sentenza 9 dicembre 2008, un condanna al pagamento di euro 267.000,00 per danni materiali, oltre danni morali per euro 5.000,00 e spese,) e *Serrilli c. Italia* (ove, ad una proposta di euro 120.000,00, ha fatto seguire una condanna a euro 200.000,00, oltre danni morali e spese). Laddove, invece, è stato possibile definire la procedura di regolamento amichevole prima della pronunzia della Corte, le somme corrisposte alla parte ricorrente sono risultate di gran lunga inferiori sia alle pretese di quest'ultima che alle somme che verosimilmente sarebbero state liquidate in una eventuale sentenza di condanna: si vedano i casi *Morea* (proposta di regolamento amichevole suggerita dal *Greffier* pari a euro 500.000,00, offerta di regolamento amichevole del Governo di euro 250.000,00, accettata dalla Corte con sentenza di radiazione dal molo del 29 aprile 2008), *Perrella* (richiesta di parte ricorrente pari a euro 25.939,75, offerta di regolamento amichevole del Governo di euro 8.000,00, accettata dalla Corte con sentenza del 27 marzo 2008), *Giannazza* (richiesta di parte ricorrente pari a euro 495.534,47, proposta di regolamento amichevole suggerita dal *Griffier* pari a euro 400.000,00, offerta di regolamento amichevole del Governo di euro 355.000,00, accettata dalla Corte con sentenza del 14 gennaio 2008).

Nel triennio 2006-2008 le proposte di accordo presentate alla Corte europea dal Governo italiano o dalla controparte, o dal *Griffier* di Strasburgo si sono formalizzate in complessive 34 offerte di regolamento amichevole.

Il grafico riporta l'ammontare dei regolamenti amichevoli presentati nei rispettivi anni. Nell'anno 2007 emerge una concentrazione più alta di proposte, dovuta all'impulso dato all'attività dopo l'adozione del citato decreto del Presidente del Consiglio, che ha consentito di realizzare gli interventi di

natura deflattiva più urgenti, nel quadro delle misure tendenti a ridurre il numero delle sentenze di condanna a carico del nostro Paese.

I vantaggi, per il Governo, derivanti dalla composizione amichevole delle controversie sono evidenti, sia sotto il profilo dell'immagine dello Stato, per il minor numero di sentenze di condanna inflitte, sia sotto il profilo economico, per la minore spesa, rispetto ai risarcimenti che la Corte normalmente liquida in sede di condanna all'equa soddisfazione.

È impegno, quindi, della Presidenza del Consiglio dei Ministri intensificare il più possibile il ricorso allo strumento del regolamento amichevole, auspicandone l'utilizzo, fin dallo stadio iniziale del procedimento, soprattutto nelle fattispecie "seriali" ove già la Corte europea ha espresso il suo orientamento, quali quelle in materia di eccessiva durata dei processi e di ritardo nel versamento delle somme liquidate dalle Corti d'Appello in esito all'esperimento del ricorso *ex lege* n. 89/2001 (c.d. Pinto su Pinto): l'eventuale accordo che intervenga tra le parti nella fase immediatamente successiva alla comunicazione dei ricorsi, comportando la radiazione della causa dal ruolo, con decisione assunta prima della pronuncia di ricevibilità dei ricorsi stessi, non sarebbe sottoposto, a differenza di un regolamento amichevole eventualmente stipulato in una fase successiva, al controllo del Comitato dei Ministri ai fini dell'esecuzione. Con la conseguenza che i nuovi casi non incrementerebbero il numero di quelli per i quali l'Italia è sotto osservazione ai fini dell'adozione di misure generali o individuali.

La chiusura transattiva della vertenza aperta dinanzi alla Corte di Strasburgo potrebbe rivelarsi utile anche per consentire allo Stato di portare a termine l'*iter* di approvazione di testi normativi di riforma della materia oggetto del contenzioso, in adesione alla posizione assunta dalla Corte delle sue pronunzie (come nel caso della riforma della citata legge n. 89/2001, su cui in dettaglio al precedente paragrafo 1.2) o per fare applicazione

di novelle normative non altrimenti applicabili al caso in discussione per la definizione delle procedure giudiziarie in sede nazionale (come per la materia degli espropri, con i nuovi criteri di liquidazione dell'indennità secondo i nuovi articoli 37, comma I, e 55, comma I, del testo unico sulle espropriazioni, su cui in dettaglio nel capitolo II, paragrafi 2.1.2 e 3.1).

Ovviamente, la chiusura della causa con il regolamento amichevole è auspicabile anche per quelle vertenze più complesse nelle quali non è in discussione solo il pagamento di somme ma (anche o soltanto) l'assunzione di iniziative di altro contenuto, quali l'adozione di provvedimenti autorizzativi o la revoca di atti amministrativi o la restituzione di beni o il ripristino di uno stato di fatto o di diritto, secondo le proposte che può formulare l'amministrazione prima di una decisione della Corte o secondo le indicazioni di quest'ultima dopo una sentenza di accertamento della violazione (come, ad esempio, nel caso *Sud Fondi ed altre c. Italia*, dopo la citata sentenza sull'*an* del 20 gennaio 2009).

IV. Controllo dell'esecuzione

1. *Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Incontri e raccomandazioni.* – Per quanto riguarda l'esposizione, in generale, dell'Italia dinanzi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, va segnalato che, nell'arco del 2008, sono stati chiusi dal citato Comitato, con risoluzioni finali attestanti l'adozione, da parte italiana, di tutte le misure richieste per conformarsi alle conclusioni della Corte, numerosi casi vertenti sulle seguenti tematiche: a) limitazioni personali derivanti dal fallimento (*Albanese ed altri, Abatiello ed altri*); b) diritto al rispetto della vita familiare (*Scozzari*); c) libertà di riunione ed associazione (*Maestri, NF*); d) processo equo (*Rojas Morales, Osu, Troiani*); e) privazione della libertà personale (*Rapacciuolo*); f) diritto al rispetto della proprietà (*Saggio, Beyeler*); g) lentezza della procedura per il recupero di somme alimentari all'estero (*K*) (in documenti da n. 8 a n. 19).

Inoltre, in base alle note redatte per i singoli casi dal Segretariato del Consiglio d'Europa, è possibile ipotizzare una prossima chiusura per altri numerosi casi, quali quelli in materia di espropriazione regolare (*c.d. gruppo Scordino*), processi in contumacia (*c.d. gruppo FCB*), processo equo (*Drassich*), libertà personale (*Fodale*).

Nella 1043^{ma} Riunione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sono stati valutati i risultati della visita effettuata a Roma nei giorni 20-22 ottobre 2008 da parte del Segretariato del Consiglio d'Europa al fine di esaminare le iniziative normative e le misure a carattere strutturali adottate o in corso di adozione dalle competenti Autorità italiane per risolvere il problema della eccessiva durata dei processi. Il Segretariato ha dato atto di aver ricevuto da parte del Governo italiano esauritive informazioni ed un completo "*strategy plan*" sulle normative e sulle misure organizzative necessarie (fra le quali spiccano le iniziative legislative di riforma evidenziate nel cap. III par. 1.2). La discussione si è conclusa con l'adozione di un "*project de decisions n. 10*" formalizzato, poi, nella successiva 1051^{ma} riunione (17-19 marzo 2009), con l'approvazione di un'importante risoluzione interinale sulle misure generali adottate dall'Italia per risolvere il problema dell'eccessiva durata delle procedure giudiziarie (in documenti n. 7). La risoluzione, pur evidenziando l'enorme arretrato esistente ed augurandosi che ad esso sia presto trovata un'adeguata soluzione, si esprime in termini positivi con riguardo agli sforzi ed ai risultati che il nostro Paese sta attuando in tale campo, dando altresì atto dei sistematici flussi informativi che il Segretariato del Consiglio riceve da parte delle nostre Autorità in tema di riforme normative ed organizzative, già attuate o da adottare.

Può pertanto ritenersi in via di chiusura positiva il monitoraggio del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla durata delle procedure amministrative, sulla base della favorevole valutazione delle misure

adottate dalle autorità italiane delle quali si è fatto cenno al capitolo III, paragrafo 1.1.3.

Altrettanto può dirsi con riferimento al controllo degli effetti della riforma del rito fallimentare nella prospettiva della eliminazione delle cause di violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, dopo la relazione del Ministero della Giustizia - esposta dalla nostra Rappresentanza nel corso della menzionata riunione - dalla quale si evince la sensibile riduzione delle istanze (nello spirito della riforma che privilegia la via del risanamento e del superamento della crisi aziendale) e delle dichiarazioni di fallimento (in conseguenza della rigida determinazione dei criteri di fallibilità), nonché la riduzione dei tempi di verifica dei crediti con la concentrazione in un'unica udienza del loro esame). In documenti n. 20 sono riportati gli elenchi delle istanze di fallimento nel periodo 2003-2007. In materia si ritiene utile richiamare anche la sentenza n. 39 del 2008 della Corte costituzionale che ha eliminato ogni disparità di trattamento tra i falliti prima e dopo la riforma di cui al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

Va infine evidenziato che, sebbene siano state soddisfatte le condizioni per la chiusura di numerosi altri casi, gli stessi rimangono aperti alla sorveglianza del Comitato dei Ministri fino a quando il Segretariato del Consiglio d'Europa non completa l'esame delle richieste di chiusura formulate dalla nostra Rappresentanza.

In merito a questo aspetto va preso atto di un non irrilevante *gap* temporale tra momento in cui la nostra Rappresentanza avanza una richiesta, pienamente documentata, di chiusura di un caso e momento della effettiva chiusura del caso stesso attraverso l'emissione della risoluzione finale da parte del Comitato dei Ministri.

2. Conclusione dei lavori del Comitato DH-PR. – Nell'ottobre 2008 si sono conclusi i lavori del Comitato DH-PR (*Comite d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme*) istituito dal *Comite directeur pour les Droits de l'Homme*,

al fine di monitorare le attività degli Stati nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo e suggerire miglioramenti e nuove misure per conseguire una puntuale, completa e tempestiva esecuzione di quelle pronunce.

Il Comitato ha suggerito al Consiglio dei Ministri di prevedere, a carico degli uffici incaricati delle sentenze della Corte presso ciascuno Stato membro, la presentazione - entro un termine congruo (indicato in sei mesi) dalla pubblicazione della sentenza - di un "piano d'azione" o un "bilancio d'azione" sulle attività ritenute necessarie o già attuate allo scopo, così da poter controllare le iniziative degli Stati e fornire aiuti e suggerimenti per superare le eventuali difficoltà e realizzare un collegamento con le iniziative degli altri Stati nel caso di problematiche comuni.

Il Comitato ha, quindi, suggerito di intensificare e promuovere gli scambi di opinioni ed esperienze fra le varie amministrazioni nazionali e di incrementare la conoscenza delle pronunzie della Corte europea non solo fra le categorie più direttamente interessate

(magistrati, avvocati, operatori del diritto) ma fra tutti i cittadini (ai quali dovrebbe essere, poi, assicurata anche una assistenza per l'individuazione dei casi nei quali è possibile rivolgersi alla Corte e per la individuazione delle modalità appropriate), sottolineando che questa diffusione deve riguardare tutte le pronunzie della Corte e non solo quelle emesse nei confronti del singolo Stato, così da permettere a tutti gli altri Stati di prevenire le violazioni e le condanne in casi simili a quelli decisi.

Il Comitato ha, infine, suggerito alcune modifiche all'ordine del giorno annotato delle riunioni del Comitato dei ministri per il controllo dell'esecuzione delle sentenze, al fine di facilitare la discussione nei casi di ritardo rilevato dal Segretariato, ed ha predisposto un progetto di misure per la sorveglianza e la promozione della puntuale esecuzione delle sentenze che è riportato in dettaglio negli allegati al Rapporto ufficiale della 64ª riunione DH-PR (2008)006 del 7 novembre 2008 (in documenti n. 21).

La pubblicità delle udienze nei riti camerali.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

(Per un articolato commento alla decisione v. GAITO,

Ancora questioni di cassazione: un passo avanti e... due indietro sulla strada per garantire l'effettività delle garanzie europee, retro)

REPUBBLICA ITALIANA LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE SECONDA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

1. Dott.	CASCUCCI	GIULIANO	Presidente
2. Dott.	FIANDESE	FRANCO	Cons. Relatore
3. Dott.ssa	TADDEI	MARGHERITA	Consigliere
4. Dott.	DAVIGO	PIERCAMILLO	Consigliere
5. Dott.	DIOTALLEVI	GIOVANNI	Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso proposto nell'interesse di Di Paola Ernando, n. a Siracusa l'8 luglio 1967, avverso il decreto della Corte di Appello di Catania, in data 9 giugno 2008;
Visti gli atti, il decreto denunciato e il ricorso;

Sentita in camera di consiglio la relazione svolta dal consigliere dott. Franco Fiandanese;
Letta la richiesta del Procuratore generale presso la Suprema Corte di rigetto del ricorso

OSSERVA

La Corte di Appello di Catania, con decreto in data 9 giugno 2008, confermava il decreto emesso dal Tribunale di Siracusa il 7 febbraio 2008, con il quale Di Paola Ernando veniva sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno presso il Comune di residenza per la durata di un anno e venivano confiscati un immobile e un'autovettura intestati alla moglie dello stesso Di Paola.

Propone ricorso per cassazione l'avv. Puccio Forestiere, deducendo violazione di legge per difetto assoluto di motivazione in merito alle specifiche doglianze difensive formulate con l'atto di appello.

Propone ricorso per cassazione anche l'altro difensore di Di Paola, avv. Alfredo Gaito, il quale, con riferimento alla misura di prevenzione personale, afferma la mancanza dei presupposti della pericolosità e della appartenenza di Di Paola ad associazione mafiosa; con riferimento alla misura di prevenzione patrimoniale, lamenta la omessa valutazione delle specifiche deduzioni difensive. Lo stesso difensore eccepisce, inoltre, ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p., la violazione dell'art. 6 della C.E.D.U., rivolgendo formale istanza per la trattazione del ricorso in udienza pubblica.

Il difensore ricorrente osserva che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con decisione 13 novembre 2007, Boccellari e Rizza c. Italia, ha condannato l'Italia per violazione del diritto ad una pubblica udienza nel caso di procedimento camerale (nella specie: di prevenzione) nel corso del quale i ricorrenti avevano richiesto che la trattazione avvenisse in pubblica udienza; osserva, ancora, che l'assenza di pubblicità non deve essere confusa

con l'effettività del contraddittorio, poiché la *ratio* della disposizione convenzionale che prevede la pubblicità dell'udienza è quella, riconosciuta dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di tutela contro la giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e di conservazione della fiducia dei cittadini nei giudici. Ad avviso del difensore ricorrente per il giudizio di legittimità si impone il meccanismo dell'udienza a porte aperte, valendo la doglianza esposta nel ricorso quale istanza espressa dell'interessato, con conseguenze invalidanti per le decisioni di merito, ambedue scaturite all'esito di procedure da ritenere illegali ora per allora.

Quest'ultima questione di diritto deve essere esaminata in via preliminare.

Con la sentenza del 13 novembre 2007, Boccellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ricorda che la pubblicità della procedura degli organi giudiziari di cui all'articolo 6, § 1 della Convenzione («Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, **pubblicamente** ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge») tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e costituisce anche uno dei mezzi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali.

Con la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, aiuta a realizzare lo scopo dell'articolo 6, § 1: l'equo processo, la cui garanzia è annoverata fra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione.

La stessa Corte aggiunge che l'articolo 6, § 1 citato tuttavia non pone ostacoli al fatto che

le autorità giudiziarie decidano, viste le particolarità della causa sottoposta al loro esame, di derogare a questo principio, ma la situazione è diversa quando, una procedura si svolge a porte chiuse in virtù di una norma generale e assoluta, senza che la persona soggetta a giurisdizione abbia la possibilità di sollecitare una pubblica udienza; una procedura che si svolge in questo modo non può in linea di principio essere considerata conforme all'articolo 6, § 1 della Convenzione: la persona soggetta a giurisdizione deve almeno avere la possibilità di domandare la tenuta di dibattimenti pubblici. Nella fattispecie, lo svolgimento in camera di consiglio delle procedure che riguardano l'applicazione di misure di prevenzione è espressamente previsto dall'articolo 4 della legge n. 1423 del 1956 e le parti non hanno la possibilità di domandare ed ottenere una pubblica udienza.

La Corte, inoltre, rispondendo al Governo italiano che aveva dedotto la natura tecnica della procedura di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale a giustificazione della mancanza di pubblicità, sottolinea che «non bisogna perdere di vista la posta in gioco delle procedure di prevenzione e gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte». Questo tipo di procedura riguarda l'applicazione della confisca di beni e capitali, cosa che direttamente e sostanzialmente coinvolge la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione. Davanti a tale posta in gioco, non si può affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato. In definitiva, la Corte giudica essenziale che le persone soggette a giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni dei Tribunali e delle Corti d'appello.

Questa interpretazione giurisprudenziale può ritenersi ormai consolidata a seguito dell'intervento della Grande Camera della Cor-

te di Strasburgo con decisione dell'8 luglio 2008, *Perre e altri c. Italia*, n. 1905/05, che ha confermato il contenuto interpretativo della precedente citata pronuncia, sempre con riferimento specifico al procedimento di applicazione delle misure di prevenzione.

La questione sollevata dal ricorrente è già venuta all'esame di questa Suprema Corte, che ha ritenuto che l'applicazione della regola secondo la quale i ricorsi per cassazione in tale materia sono soggetti alla trattazione con la procedura camerale non partecipata (art. 611 c.p.p.), non trova ostacolo nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo 13 novembre 2007 in causa *Bocellari e Rizza c. Italia*, giacché questa non opera alcun riferimento al giudizio che si svolge davanti alla Corte di cassazione (Sez. I, 26 febbraio 2008, n. 11279, *Magnisi*, rv. 239046; Sez. I, 13 febbraio 2008, n. 8990, *Ambrogio*, rv. 239515 e Sez. I, 26 febbraio 2008, n. 14010, *Cucurachi*, rv. 240137; Sez. II, 18 novembre 2008, n. 46751, *Cacucci ed altri*, n. m.). Il contenuto motivazionale di tali pronunce appare, però, diverso.

Sez. I, n. 11279 del 2008, cit., osserva che il modulo camerale non partecipato presso la Corte di Cassazione «resta valido anche di fronte al prospettato contrasto tra le norme interne e i vincoli derivanti dalle disposizioni della CEDU, a seguito delle censure mosse dalle Corte europea di Strasburgo allo Stato italiano, come ha evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 2007, n. 349, chiarendo, che, a differenza dell'ordinamento comunitario, produttivo di norme direttamente applicabili nel nostro ordinamento con efficacia vincolante per i giudici nazionali, le disposizioni dei diritti dell'uomo, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, necessitano invece di una legge ordinaria che le renda esecutive e della quale acquistano il rango nell'ambito della scala gerarchica delle fonti dell'ordinamento giuridico. Ciò in quanto la CEDU, in termini di efficacia giuridica interna, deve essere equiparata a quella di un trattato internazionale multilaterale, rispetto al quale non trova applicazione l'art. 10 Cost., commi 1 e 2; con la

conseguenza che l'incompatibilità della norma interna con quella della Convenzione non potrebbe mai trovare rimedio nella semplice non applicazione della norma interna da parte del giudice nazionale».

Sez. I, n. 14010 del 2008, cit., ritiene che «l'art. 117 Cost., comma 1, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dal citato art. 117 Cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, sempre che la norma della convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale (Corte cost., sent. 348 e 349 del 24 ottobre 2007). Un'eventuale questione di legittimità costituzionale risulta, tuttavia, manifestamente infondata dal momento che la struttura e le scadenze del procedimento di prevenzione non appaiono contrastanti con i precetti sanciti dall'art. 24 Cost., comma 2, e art. 111 Cost., sull'equo processo, assicurando, comunque, la partecipazione personale all'udienza e la difesa tecnica del proposto». Sez. II, n. 46751 del 2008, cit. sostiene che «la pubblicità dell'udienza in Corte di cassazione non è richiesta dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, stante il carattere eminentemente tecnico e di sola legittimità del giudizio di cassazione, nel quale non è neppure previsto l'intervento personale della parte», ma, per quanto riguarda il giudizio di merito, «benché la L. n. 1423 del 1956, art. 4 preveda la trattazione in camera di consiglio, nulla vieta che il giudice, seguendo un'interpretazione costituzionalmente orientata, applichi analogicamente la disposizione di cui all'art. 441 c.p.p., la quale prevede che il giudizio abbreviato si svolga in camera di consiglio, ma che se tutti gli imputati ne fanno richiesta abbia luogo in pubblica udienza, così facendo venire meno i profili di contra-

sto con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

Rispetto a tali percorsi motivazionali sono possibili valutazioni critiche sotto diversi profili.

Innanzitutto occorre rilevare che le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 hanno chiarito che le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost., come sostituito dall'art. 3, comma 1, legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, costituiscono "norme interposte" imprescindibili per garantire l'effettività della citata disposizione costituzionale e rendere cogenti gli obblighi che l'Italia ha assunto a livello internazionale. Con la conseguenza che al giudice spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme; mentre qualora ciò non sia possibile, ovvero si dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, il giudice deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma.

Pertanto, premesso che il contenuto interpretativo della norma della C.E.D.U. è quello ad essa attribuito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che sola garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri (ai sensi dell'art. 32 della Convenzione la competenza della Corte di Strasburgo «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad esse alle condizioni previste» dalla medesima), non è sufficiente dire che la norma interna che appaia incompatibile con la norma convenzionale non può essere disapplicata da parte del giudice; neppure è sufficiente affermare che essa, sebbene incompatibile con la norma convenzionale, è pur tuttavia conforme alla Costituzione italiana, perché il giudice deve innanzitutto interrogarsi se la norma interna sia suscettibile di un'interpretazione "adeguatrice" alla

norma convenzionale, deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. Alla Corte costituzionale spetta, poi, di accertare se sussista il denunciato contrasto e verificare la compatibilità della norma C.E.D.U. con le pertinenti norme della Costituzione sotto il profilo che essa sia conforme alla Costituzione, nel senso che garantisca una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Pertanto, le considerazioni svolte dalle citate sentenze in merito al divieto per il giudice di disapplicare la norma interna incompatibile con quella convenzionale ovvero in merito alla compatibilità della norma interna, nel caso di specie, con gli artt. 24, comma 2, e 111 Cost. non esauriscono le problematiche in esame.

Si può, inoltre, rilevare che la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto che la regola della pubblicità dei procedimenti giudiziari, pur non essendo stata posta dagli artt. 24, 101 e 111 della Costituzione, va ritenuta coesistente ai principi ai quali, in un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, deve conformarsi l'amministrazione della giustizia che in quella sovranità trova fondamento (art. 101, primo comma, della Costituzione). Tale regola può subire eccezioni, in riferimento a determinati procedimenti quando esse abbiano obbiettiva e razionale giustificazione, e soprattutto quando siano operate in funzione di valori dalla stessa Costituzione garantiti (Corte cost. n. 25 del 1965; n. 12 del 1971; n. 212 del 1986; n. 50 del 1989; n. 69 del 1991; n. 373 del 1992); giustificazione che, ad esempio, non è stata ravvisata con riferimento al procedimento davanti alle commissioni tributarie (sent. n. 50 del 1989).

Con riferimento, poi, all'interpretazione adeguatrice proposta dalla citata Sez. II, n. 46751 del 2008, occorre osservare che essa incontra il rilievo critico della evidenza testuale del disposto normativo che fa specifico riferimento ad un decreto adottato in camera di consiglio. Del resto le citate pronun-

ce della Corte di Strasburgo prendono atto che lo stesso Governo intervenuto davanti alla Corte aveva espresso dubbi circa le possibilità di successo di un'eventuale istanza di pubblico dibattimento proveniente dalle parti, poiché la scelta della procedura non dipendeva da una decisione discrezionale del giudice.

Anche la affermazione di principio, che sembra comune a tutte le suddette sentenze di questa Suprema Corte, secondo la quale la citata decisione della Corte di Strasburgo riguarda il giudizio davanti ai giudici di merito e non opera alcun riferimento al giudizio che si svolge davanti alla Corte di cassazione è suscettibile di osservazioni critiche.

Occorre osservare, in primo luogo, che è bensì vero che la C.E.D.U. ha affermato che il diritto ad un'udienza pubblica dipende anche dalle questioni da dirimere e che, in particolare, tale udienza può essere esclusa nel caso in cui debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto (cfr. C.E.D.U., *Ekbatani c. Svezia*, 26 maggio 1988, n. 10563/03, nonché *Helmer c. Svezia*, 29 ottobre 1991, n. 11826/85; e, in generale, sulla natura questioni da decidere, *Miller c. Svezia*, 8 febbraio 2005, n. 55853/00), ma la stessa C.E.D.U. ha precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può essere giustificata dalla peculiarità della procedura in questione, purché l'udienza pubblica abbia avuto luogo in primo grado (*Helmer c. Svezia cit.* § 36). Né potrebbe affermarsi che l'interessato non ha chiesto l'udienza pubblica nei precedenti casi in cui la legge non offriva la possibilità di presentare tale richiesta, così che un'iniziativa in tal senso sarebbe stata destinata all'insuccesso (*Grande Camera, Martinie c. Francia*, 12 aprile 2006, n. 58675/00, § 43).

Inoltre, il suddetto principio espresso dalle citate sentenze di questa Suprema Corte potrebbe essere condiviso se il procedimento camerale fosse l'unica tipologia di procedimento previsto davanti alla Corte di Cassazione. Deve rilevarsi, invece, che il procedimento davanti alla Corte di Cassazione può svolgersi in pubblica udienza e se si svolge in

camera di consiglio può assumere la forma c.d. non partecipata o quella *ex art. 127 c.p.p.*; ma soprattutto, occorre considerare che la regola generale, salvo eccezioni, è quella secondo la quale «la corte procede in camera di consiglio quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento» (art. 611 c.p.p.), anzi, talvolta, procede in pubblica udienza anche quando la sentenza impugnata è stata pronunciata in camera di consiglio (art. 611 con riferimento all'art. 442 c.p.p.), in altri termini, la modalità procedimentale per la decisione dei ricorsi segue quella prevista per il giudizio di merito e talvolta l'udienza pubblica è disposta anche nel caso in cui la pubblicità non vi sia stata nei precedenti gradi di giudizio.

Neppure deve essere trascurato che il procedimento camerale applicabile nel caso di misure di prevenzione è quello c.d. non partecipato e non, invece, quello *ex art. 127 c.p.p.* Sul punto la Corte di Cassazione ha anche affermato che «è manifestamente infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 611 c.p.p., nella parte in cui non prevede, per la trattazione dei ricorsi in materia di misure di prevenzione, l'applicabilità del rito previsto dall'art. 127 stesso codice, pur vigente per i ricorsi in materia di misure cautelari personali, in quanto queste ultime presentano caratteristiche afflittive superiori alle misure personali di prevenzione, comprendendo la più grave limitazione della libertà personale costituita dalla custodia in carcere e quella degli arresti domiciliari, limitativa della libertà personale dell'individuo in misura assai più grave di qualsiasi misura di prevenzione; sicché il trattamento processuale differenzia-

to si giustifica per la difformità delle situazioni esaminate» (Sez. I, 20 novembre 1998 - 8 febbraio 1999, n. 5760, Iorio, rv. 212441). Tali affermazioni di principio dovrebbero essere attentamente esaminate anche alla luce della chiara indicazione contenuta nelle citate sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale «non bisogna perdere di vista la posta in gioco delle procedure di prevenzione e gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte». Sulla «posta in gioco» si sofferma ampiamente la sentenza della Grande Camera Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2006, n. 73053/01, la quale osserva che «gli organi della Convenzione hanno gettato le basi per un'estensione progressiva dell'applicazione del profilo penale dell'art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale» e giunge alla conclusione dell'applicabilità del principio della pubblicità dell'udienza in contenzioso relativo a penalità fiscali.

Infine, non può non osservarsi, sulla base della citata giurisprudenza C.E.D.U., che ove fosse ritenuta la irrilevanza della questione prospettata davanti a questa Suprema Corte, rimarrebbe aperta la possibilità di un ricorso alla Corte di Strasburgo, con la conseguente possibile dichiarazione di violazione dell'art. 6, § 1 della Convenzione.

Pertanto, il collegio, rilevato che le questioni di diritto sottoposte al suo esame hanno dato luogo o possono dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale, rimette il ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

QUESITI

Davvero esperibile l'incidente d'esecuzione da parte del p.m. per riproporre una richiesta di confisca già rigettata con il decreto di archiviazione?

di Gioia Sambuco

1. *Posizione del problema.* – Una recente ordinanza emanata dal Giudice per le indagini preliminari di Pesaro, in funzione di giudice dell'esecuzione (G.I.P. Pesaro, 12.6.2009, inedita) offre lo “spunto” per compiere alcune considerazioni in ordine ai presupposti applicativi dell'incidente di esecuzione ed ai limiti cognitivi del giudice dell'esecuzione. Non di meno, ripropone e riapre il dibattito sui presupposti della confisca nell'attuale sistema processualpenalistico.

La decisione di ammissibilità e fondatezza dell'ordinanza, si anticipa subito, ha posto in essere un vero e proprio strappo in danno al sistema di tassatività delle impugnazioni penali, procedendo ad un ampliamento *ad libitum* dell'esperibilità dell'incidente di esecuzione nonché dei poteri del giudice *in executivis*.

Conclusione, frutto di una esegesi irrazionale, in contrasto con la lettera della legge e precisamente, con il sistema di tassatività fissato dal legislatore per le impugnazioni, nonché con i poteri di cognizione attribuiti e pacificamente riconosciuti al giudice dell'esecuzione.

Ma è bene procedere con ordine, muovendo dai fatti: il p.m. chiede l'archiviazione del procedimento in ordine ai reati ipotizzati (esportazione clandestina di beni di interesse culturale artistico ed archeologico, violazione delle disposizioni del codice della navigazione relative all'obbligo di denunciare, entro tre giorni all'Autorità marittima più vicina al luogo di sbarco, nel ritrovamento di un relitto di rilevante interesse artistico-archeologico nonché condotte di omessa denuncia del bene alle competenti Autorità ammini-

strative e violazione dei diritti di confine all'atto di importazione del bene stesso) a carico degli indagati per prescrizione e morte del reo ma contemporaneamente, chiede anche la confisca dell'opera essendo, secondo la sua prospettazione, bene di natura archeologica; il g.i.p. emana il decreto di archiviazione ma respinge la richiesta di confisca rilevando la sostanziale estraneità dell'attuale detentore rispetto ai reati ipotizzati dal p.m. e l'impossibilità di escludere con certezza la sua buona fede nell'acquisto dell'opera.

La *quaestio iuris* sottesa all'ordinanza in commento concerne proprio la legittimazione o meno del p.m. a promuovere l'incidente di esecuzione al fine di richiedere, nel senso etimologico del termine, il provvedimento ablatorio sull'opera a fronte del decreto di archiviazione per prescrizione e morte del reo del g.i.p. che già aveva in questa fase rigettato.

Nel complesso, è dubbio rispondere affermativamente alla questione e già questo basterebbe a far escludere che la decisione in rassegna sia corretta.

Gli ulteriori due nodi problematici da sciogliere sono costituiti dalla legalità o meno dell'utilizzo di tale strumento da parte del p.m., e l'ambito dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione.

L'ordinanza in commento ammette l'ammissibilità di un siffatto rimedio processuale a favore del p.m., ma ciò - si dice subito - costituisce una distorta applicazione dell'istituto dell'incidente di esecuzione innescando una molteplicità di dubbi e storture che di seguito sono esaminate.

2. *Profili di inammissibilità e di infondatezza.*

– La doglianza proposta dal p.m. con tutta evidenza sarebbe dovuta essere “fulminata” con l'immediata declaratoria di infondatezza ex art. 666, 2° comma, c.p.p. ma non è stato dello stesso avviso il g.i.p. di Pesaro, in funzione di giudice dell'esecuzione, il quale ha ammesso l'esperibilità dell'incidente di esecuzione pur trattandosi di una mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi.

In primis, occorre rilevare come il rimedio attivato dal p.m. si colloca al di fuori dello schema processuale delle impugnazioni: non sussiste alcuna norma che attribuisca al p.m. la possibilità di dolersi di un provvedimento negativo con la conseguenza che il controllo attivato, volto esclusivamente ad un riesame della decisione di merito da parte dello stesso giudice, costituisce un'impugnazione non consentita dalla legge.

Sono le disposizioni codicistiche che impongono tale lettura restrittiva e *in primis* l'art. 568 c.p.p. che esclude letture analogiche: «l'atto *x* è impugnabile in quanto un articolo del codice lo dica e nel modo *ivi* definito» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1026).

Consequentemente, in materia di impugnazioni vige il divieto di analogia e l'autonomia interpretativa *in subiecta materia* non può avere alcuno spazio creativo, anche laddove si volesse perseguire un obiettivo più efficiente.

Ben diverso è invece il caso dell'ordine di confisca adottato contestualmente al decreto di archiviazione: in tale ipotesi il rimedio offerto dal sistema trova la sua fonte giuridica nel combinato disposto di cui agli artt. 676, 677, 4° comma, c.p.p. e cioè la proposizione dell'opposizione mediante l'incidente di esecuzione.

Tuttavia coloro che sono legittimati a proporre opposizione a norma dei summenzionati articoli sono unicamente l'indagato ovvero il terzo estraneo titolare di un diritto reale sul bene confiscato poiché questi i soggetti concretamente lesi dal provvedimento. È incontestabile pertanto come in sede esecutiva possa il terzo rimasto estraneo al pro-

cedimento di cognizione far valere l'insussistenza dei presupposti della confisca; ma trattasi di rimedio tipizzato e fissato dalla legge al fine di dotare il terzo di uno strumento per mano del quale il giudice dell'esecuzione può comunque soltanto verificare se e in che misura la confisca sia legittima o meno, accertando gli esatti confini del provvedimento attraverso l'eventuale esistenza di diritti di terzi (Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, Maj, in www.ambienteditto.it).

Infatti, la salvaguardia del preminente interesse pubblico alla confisca di un bene non può *sic et simpliciter* giustificare il sacrificio eventualmente inflitto al terzo di buona fede, titolare di un diritto reale sullo stesso, dovendo comunque tener presente come la sua posizione - e quindi anche quella del terzo estraneo al procedimento oggetto di odierna disamina - rimane protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole che dovrebbe permeare di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico (Corte cost., 10 gennaio 1997, n. 1).

Tale tutela è invece preclusa al p.m.: non soltanto non è prevista nell'odierno sistema processualpenalistico, ma non esiste alcuna pronuncia che, *de iure condendo*, attribuisca l'esperibilità di tale rimedio al p.m.

Effettivamente a tale doglianza il giudice di Pesaro in funzione di giudice dell'esecuzione non ha fornito alcuna risposta; si vuole cioè dire che non si è neanche minimamente posto il problema dell'esperibilità di siffatto controllo da parte del p.m. saltando proprio a piè pari tale questione, che invece resta di prioritaria importanza.

Infatti nell'ordinanza *de qua* viene proprio “dribblata” tale questione comunque di prioritaria importanza sotto il profilo della ammissibilità dell'incidente di esecuzione, concentrandosi esclusivamente a trovare giustificazione alla possibilità di adottare un provvedimento di confisca pur in presenza di un decreto di archiviazione per prescrizione del reato. Ma questo è un altro problema, forse secondario.

Parimenti tutte le sentenze richiamate (Cass., Sez. I, 27 gennaio 2009, Maj, cit.; Id., Sez. I,

27 marzo 1991, Parisio, in *Giur. it.*, 1992, II, 124; Id., Sez. IV, 23 aprile 1991, Lucco Castello, *ivi*, 123; Id., Sez. I, 8 aprile 1991, Zanetti, *ivi*, 123) dall'ordinanza *de qua* nel tentativo di dare una giustificazione logica alla ritenuta ammissibilità dell'incidente di esecuzione proposto dal p.m., non affrontano minimamente tale profilo poiché sono pronunce sì sull'incidente di esecuzione, ma aventi esclusivamente ad oggetto la validità e la permanenza della confisca di beni di interesse storico e artistico disposta con il provvedimento di archiviazione.

Ne consegue l'assoluta illogicità e contraddittorietà tra le premesse e le conclusioni tratte nell'ordinanza in commento: rivelatasi fallace la premessa, si smorza l'effetto estensivo implicito che in modo aberrante ammette la possibilità per il p.m. di adire il giudice dell'esecuzione per sollecitare un suo controllo sul decreto di archiviazione del g.i.p. nella parte in cui non ha disposto la confisca. Pertanto, avverso il decreto di archiviazione che ha contestualmente respinto la richiesta dell'ordine ablatorio, non soltanto non sussiste alcuno specifico mezzo di impugnazione pure tassativamente disciplinato nel codice di rito, ma neanche è concepibile dedurre in incidente di esecuzione una questione già decisa dal giudice della cognizione seppur in modo negativo, poiché il legislatore ha previsto nella specifica materia *in executivis*, interventi solo integrativi e non anche la verifica di questioni già risolte nella fase cognitiva del procedimento (MASIELLO, *Provvedimento di archiviazione e restituzione dei beni sequestrati a fini preventivi*, in *Giur. it.*, 1997, II, 302).

L'impossibilità di impugnare da parte del p.m. il decreto di archiviazione per la parte in cui non dispone la confisca deriva dal fatto che non soltanto trattasi di provvedimento inoppugnabile, il decreto di archiviazione ma questo, contenendo un accertamento negativo dovrebbe, *a fortiori*, essere insuscettibile di esecuzione (Cass., Sez. III, 12 settembre 2001, Grundmann, *C.E.D. Cass.*, n. 220798). Né potrebbe a ciò replicarsi sostenendo l'eventuale disparità di trattamento p.m. da un lato e indagato o terzo estraneo dall'altro e

quindi la violazione del principio della parità delle armi accusa-difesa, in quanto tale principio comunque attiene alla fase del processo e non a quella delle indagini preliminari (Cass., Sez. III, 15 ottobre 2002, Scarpa, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2003, 475). Precisamente tale principio, attiene essenzialmente al contraddittorio e dunque al momento dialettico nel quale ciascuna parte si deve poter confrontare su un piano di parità con l'altra. Il principio della parità delle armi inoltre, non comporta una identità dei poteri processuali dell'una e dell'altra parte, stante la sussistenza di evidenze differenze fisiologiche tra le stesse, determinate dalla diversità di funzioni, interessi e prospettive.

Nel caso di impugnazioni e quindi di controlli attivabili invece, il profilo da considerare in modo prioritario non è tanto quello relativo alla necessaria uguaglianza tra le parti, quanto piuttosto quello del valore di garanzia del controllo della decisione e quello consequenziale della sua ampiezza e della sua riferibilità a tutte le parti protagoniste del processo ovvero soltanto ad alcune di esse (DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "Legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 3). Le eventuali dissimmetrie sono ammissibili nel sistema processuale penale purché trovino adeguata giustificazione e siano contenute nei limiti della ragionevolezza e nel caso in esame sembrerebbe che tali requisiti sussistano poiché comunque differiscono le tipologie di provvedimento: un controllo quello richiesto dal p.m. sulla parte del decreto di archiviazione che non dispone la confisca, sulla quale il g.i.p. già aveva espresso il suo sindacato, rigettandolo, invece nel caso di terzo ovvero di indagato si permette un controllo su un provvedimento di archiviazione nella parte in cui dispone la confisca al fine di verificarne se è detto, se e in che misura la confisca adottata sia legittima o meno, nonché gli esatti confini del provvedimento di confisca attraverso l'eventuale esistenza di diritti di terzi (Cass., Sez. I, 4 dicembre 2008, X, n. 3712, inedita).

Il rimedio, ammissibile soltanto per questi due soggetti processuali e non già per il p.m., tende ad assicurare l'intervento del giudice dell'esecuzione a loro tutela, poiché soltanto loro, in concreto, interessati a rimuovere le conseguenze di un provvedimento che incide sul loro patrimonio.

Non può pertanto negarsi in queste ipotesi l'esistenza di un diretto collegamento con l'esecuzione di un provvedimento dell'istruzione o della fase di cognizione, non riscontrabile invece nel caso in cui il p.m. si intenda dolere di un provvedimento di segno negativo.

E dunque s'impone con tutta evidenza la sussistenza di un ulteriore errore metodologico commesso nell'ordinanza in esame nella misura in cui ha ritenuto ammissibile che il p.m. promuovesse incidente di esecuzione per dolersi di un provvedimento negativo reiterando una richiesta già denegata dal g.i.p. in sede di archiviazione.

L'inammissibilità e l'irritualità della riproposizione di tale questione sarebbe infatti dovuta emergere, *prima facie* poiché il filtro di cui all'art. 666, 2° comma, c.p.p. impone chiaramente la declaratoria di infondatezza anche in ordine ad una richiesta che costituisca una mera riproposizione di una già rigettata, basata sui medesimi elementi.

Stando al tenore letterale dell'articolo, la mera riproposizione di una questione già rigettata, basata sui medesimi elementi può essere anche quella che si riferisce ad un provvedimento emesso dal medesimo giudice nella esplicazione di una diversa funzione della cognizione poiché la regola giuridica impone che il giudice dell'esecuzione ha conoscenza di determinate doglianze allorché, in precedenza, il giudice non abbia avuto modo di pronunciarsi sul tema (così, in particolare, Cass., Sez. II, 22 aprile 1999, Colonna, in *Cass. pen.*, 2000, 3003).

Secondo questa impostazione, sarebbe dunque consentito soltanto integrare *in executivis* il giudicato carente, ossia mancante di una specifica statuizione in ordine alla confisca obbligatoria (Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2002, Amelio, in *Riv. pen.*, 2002, 472; Id., Sez. III, 11 luglio 2000, Spierito, in *Cass.*

pen., 2001, 2731; Id., Sez. V, 18 settembre 1997, Cavallari e altri, in *Giur. it.*, 1998, 1465, con nota di INZERILLO; escludevano, invece, la competenza del giudice dell'esecuzione: Cass., Sez. IV, 8 luglio 1997, Montenegro, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1998, 631; Id., Sez. IV, 8 luglio 1997, Caracciolo, in *Cass. pen.*, 1999, 640-641). Il principio *de quo* peraltro è stato espresso da una recente pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Cass. pen.*, 2001, 3385 ss., con nota di MOLINARI; analogamente, Id., Sez. I, 6 novembre 1999, Andolina, inedita) che ha precisato come la competenza del giudice dell'esecuzione a disporre la confisca *ex art.* 240, 2° comma, c.p. costituisce consolidato approdo giurisprudenziale sempre che non vi abbia provveduto il giudice della cognizione o la relativa questione, trattata in sede di merito, sia stata risolta negativamente, con conseguente preclusione processuale.

Analogamente da ciò dovrebbe desumersi che non può al giudice dell'esecuzione essere consentito una modifica di un provvedimento, inoppugnabile, tale da comportare un superamento di una precedente decisione, anche di segno negativo, poiché comunque assunta nella fase di merito.

Inoltre, l'art. 666 c.p.p. nel prevedere l'inammissibilità delle istanze meramente reiterative di altre già rigettate qualora non venga prospettato alcun elemento nuovo, non richiede affatto che il precedente provvedimento abbia acquisito carattere di definitività poiché la disposizione è volta non solo ad impedire, ma anche a prevenire l'eventualità di contrastanti decisioni sul medesimo punto in una immutata situazione di fatto, che potrebbe verificarsi con la contemporanea pendenza di giudizi aventi lo stesso oggetto (Cass., Sez. I, 18 novembre 1998, Marra, in *Cass. pen.*, 2000, 1311).

Quest'ultimo costituisce un principio di carattere generale, tanto che si ritiene applicabile anche al di fuori del procedimento di esecuzione per il quale è esplicitamente dettato (Cass., Sez. I, 1 giugno 1998, Holous, *C.E.D. Cass.*, n. 210877).

Ne consegue che l'investitura del giudice dell'esecuzione presuppone l'assenza e non già l'esistenza di un precedente provvedimento, di segno negativo o positivo che sia, mostrandosi quindi suscettibile di pronunciarsi solo quando, nella trascorsa fase di cognizione, non vi abbia già provveduto il giudice di merito.

Ad abundantiam si precisa come il giudice dell'esecuzione si ritiene che abbia competenza in materia di confisca, sempre che su tale misura non abbia statuito il giudice della cognizione (Cass., Sez. VI, 10 febbraio 1994, Rilande in *Giur. it.*, 1995, II, 96; Id., Sez. I, 7 novembre 1990, Raffo, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1991, 448; Id., Sez. I, 28 marzo 2006, Cosmai, *C.E.D. Cass.*, n. 233945; Id., Sez. II, 14 marzo 2001, Chiazzese, in *Giust. pen.*, 2002, III, 95). In particolare, in tali ipotesi è applicabile l'art. 676 c.p.p., e non già il 666 c.p.p., che sancisce come il giudice dell'esecuzione è competente a decidere sulla confisca, nei limiti sopra fissati e secondo le finalità sopra ricordate fermo restando che, laddove sorga una controversia sulla proprietà delle cose confiscate, è applicabile l'art. 263, 3° comma, del codice di rito secondo cui il giudice rimette la risoluzione della questione al giudice civile competente in primo grado.

3. *Poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione.* – Ulteriormente, sono due i profili da esaminare congiuntamente: da un lato, occorre prendere le mosse dall'analisi della struttura del giudizio di esecuzione e correlativamente analizzare i profili relativi ai poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione per poi dedurre la compatibilità del summenzionato *sub* procedimento con l'istanza di confisca proposta dal p.m. già esaminata e rigettata con il decreto di archiviazione e dall'altro esaminare la natura e gli effetti del decreto di archiviazione emesso dal g.i.p. ex art. 408 c.p.p. su richiesta del p.m. ai fini dell'applicazione della misura patrimoniale della confisca.

Occorre procedere dunque con ordine.

È sotto gli occhi di tutti l'impiego dilatato degli incidenti di esecuzione nelle aule giudiziarie.

L'istituto *de quo* non è espressamente qualificato dal legislatore del 1988 come impugnazione, tuttavia, di fatto, si atteggia a mezzo alternativo alle impugnazioni, rientrando in quei rimedi non tipizzati né vincolati ad una casistica tassativa, comunque idoneo ad attivare un controllo sulla correttezza e in ordine alla sua intrinseca giustizia di una situazione correlata all'esecuzione di un provvedimento emanato dal giudice di merito.

Già da tempo però autorevole dottrina aveva avuto modo di precisare come l'aspirazione alla giustizia, ad una decisione giusta ed equa, non può essere imbrigliata fino al punto di escludere l'esperibilità di mezzi di controllo non tipizzati, né tassativi, alternativi a quelli tradizionalmente qualificati dal legislatore come mezzi di impugnazione, sul presupposto che l'aspirazione alla buona giustizia non consente limitazioni all'esperibilità di mezzi di controllo (in questi termini GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, 14). È evidente, pertanto come l'incidente di esecuzione sia un ordigno micidiale del diritto con la conseguenza che, se maneggiato senza le dovute cautele, può avere effetti disastrosi (BARGIS, *La prescrizione del reato e i tempi della giustizia penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, 1402), come quelli che potrebbero discendere dall'ordinanza relativa al caso in esame.

L'incidente di esecuzione costituisce un rimedio attinente alla fase esecutiva del rapporto punitivo, e non a quella di cognizione, cui attengono, invece, i normali mezzi di impugnazione, ordinari e straordinari e riguarda, quindi, esclusivamente l'esistenza giuridica del titolo esecutivo non anche la validità della costituzione e prosecuzione del rapporto processuale ovvero eventuali atti processuali intermedi.

Non è possibile che il giudice dell'esecuzione possa accertare l'atteggiamento psicologico dell'acquirente al fine di verificare l'esistenza della consapevolezza da parte del terzo di acquistare un bene di interesse storico ed archeologico di illecita provenienza, sindacando

to che più opportunamente dovrebbe essere di esclusiva competenza del giudice di cognizione.

Al centro di un corretto procedimento di esecuzione *ex art. 666 c.p.p.* vi è dunque, o quantomeno vi dovrebbe essere, il problema della sussistenza del titolo definitivo e/o esecutivo cui s'è data o s'intende dare attuazione e non l'accertamento del fatto di reato.

Sembrerebbe infatti principio assodato in giurisprudenza e quindi pacifico che al giudice dell'esecuzione è affidato soltanto il controllo sull'esistenza del titolo esecutivo e sulla legittimità della sua emissione (per tutte Cass., Sez. I, 28 gennaio 2008, Lasco, *C.E.D. Cass.*, n. 239509), con la conseguenza che, a titolo esemplificativo, non potrà essere esperito tale strumento in tutte quelle ipotesi nelle quali si sollevino invalidità che ben sarebbero dovute essere sollevate con gli strumenti ordinari nella fase cognitiva, né per formulare censure che sarebbero potute essere eccepite con gli ordinari mezzi di impugnazione (Cass., Sez. I, 20 marzo 2007, Fragnito, *C.E.D. Cass.*, n. 236213).

Condivisibile è l'assunto giusto il quale il rimedio dell'incidente di esecuzione sia esperibile per questioni relative all'esecuzione di provvedimenti emessi in sede di cognizione e non coperti da giudicato e del pari lo è anche quello che ammette l'instaurazione del procedimento di esecuzione anche nella fase delle indagini preliminari, allorché non sia possibile il ricorso ad altre forme di tutela proprio in ragione del fatto che il legislatore del 1988, come del resto quello del 1930, non ha precisato i confini temporali, oggettivi e soggettivi della procedura contenziosa esecutiva (GAITO, in CONSO-GREVI, *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, 562).

Da un'attenta disamina della giurisprudenza sul punto emerge come in sede esecutiva può farsi anche questione sulle modalità di formazione del titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate se non appartenenti al condannato o se rivendicate da un terzo, sull'estensione e

modalità esecutive della confisca stessa, ma non può riconoscersi anche che il giudice dell'esecuzione possa procedere alla creazione di un titolo idoneo all'emanazione del provvedimento ablativo peraltro sulla base di una istanza meramente ripetitiva di una identica già formulata nel corso della richiesta di archiviazione.

Ciò è insostenibile sulla base di due considerazioni.

La prima: i poteri del giudice dell'esecuzione sono circoscritti alle questioni sopra evidenziate, con la conseguenza che l'ordinanza in esame pone in essere un distorto ampliamento dell'oggetto della deliberazione da adottarsi *in executivis*. Il giudice dell'esecuzione non può, per i motivi sopra esposti, surrogarsi nello svolgimento della medesima attività già decisa al giudice della cognizione, ma tutt'al più, soltanto intervenire in via sussidiaria rispetto a quest'ultimo.

Infatti, in ordine alla delimitazione funzionale della fase esecutiva e quindi, relativamente all'individuazione dell'oggetto del procedimento, è da ribadirsi come debbano essere escluse non soltanto le questioni coperte definitivamente dall'accertamento della cognizione, ma anche questioni attinenti al merito del procedimento, quali quelle relative alla sussistenza del fatto di reato, alla sua configurazione giuridica, all'atteggiamento psicologico del terzo.

Desta non poche perplessità l'estensione dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione operata dall'ordinanza in commento, fino al punto di attribuirgli la possibilità, squisitamente propria del giudizio di merito, di ricostruire *in executivis*, così come richiesto dal p.m., l'atteggiamento psicologico dell'acquirente al fine di verificarne l'esistenza o meno della consapevolezza di acquistare un bene di interesse storico artistico ed archeologico di illecita provenienza.

Tra le competenze infatti attribuite *ex lege* al giudice dell'esecuzione non pare possa rientrare anche quest'ultima poiché altrimenti si verificherebbe una eccessiva dilatazione dei poteri di quest'ultimo al punto tale da giungere al paradossale risultato di surrogarsi al

giudice della cognizione, che sul punto si era espresso in senso negativo, al solo fine di esercitare, a tutti i costi, il potere dispositivo di ordinare la confisca (sul punto Cass., Sez. III, 25 marzo 2008, X, *C.E.D. Cass.*, n. 239965).

D'altra parte, un siffatto ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione si porrebbe anche in palese contrasto con la procedura scandita dall'art. 676 c.p.p. il quale disposto normativo indica in modo tassativo le competenze del giudice dell'esecuzione tra le quali compare anche quella relativa alla confisca per le quali è previsto il procedimento *de plano*.

Infatti si creano rilevanti problemi di compatibilità con le forme del procedimento *de plano* che, stando almeno alla lettura fornita dalla giurisprudenza prevalente del combinato disposto degli artt. 676, comma 1, e 667, comma 4, c.p.p., sembra trovare applicazione nei casi in cui il giudice debba pronunciarsi proprio in tema di confisca (v., ad esempio, Cass., Sez. III, 11 luglio 2000, Spierito, cit. secondo cui il giudice dell'esecuzione è competente a disporre la confisca ex art. 12-sexies, d.l. n. 306 del 1992 «a norma dell'art. 676 c.p.p., non potendosi operare una distinzione a tal fine tra la confisca generale di cui all'art. 240 c.p. e quella speciale prevista nel citato d.l. n. 306 del 1992»).

Come è noto, il procedimento *de plano* rappresenta, un rito semplificato a contraddittorio solo differito ed eventuale: la decisione viene assunta senza formalità, ad istanza di parte (nella specie, presumibilmente, il pubblico ministero), mentre il contraddittorio può essere recuperato solo successivamente, attraverso l'opposizione che permette l'instaurazione dell'ordinario procedimento in camera di consiglio ex art. 666 c.p.p. (per una più approfondita ricostruzione dei diversi moduli in cui si può articolare il procedimento d'esecuzione, MAZZA, *Il giudice e il procedimento d'esecuzione* in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2002, 353).

Tuttavia in numerose sentenze di legittimità

viene superato tale *impasse* rilevando come la semplicità dell'accertamento richiesto nella procedura *de plano*, non è incompatibile con la confisca a condizione che i dati da valutare siano già emergenti dagli accertamenti effettuati nel giudizio di cognizione (Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 240585).

Quindi delle due l'una: o il g.i.p. già con il decreto di archiviazione avrebbe potuto disporre il provvedimento ablatorio, avendo la disponibilità del fascicolo del p.m. e questo, fuor di dubbio, gli avrebbe comunque consentito di adottare ogni determinazione accessoria e conseguente, oppure, non avendo ritenuto di doverla applicare prima, non potrà poi, in sede esecutiva pronunciarsi sulla medesima questione.

Nel caso in esame presumibilmente la sola vicenda estintiva del reato (analogamente a quanto avviene per altre misure di sicurezza) ha costituito un ostacolo per il g.i.p. per l'applicazione della pur richiesta confisca avanzata dal p.m. (della legittimità della confisca non si è dubitato con riferimento all'ipotesi della concessione del perdono giudiziale, sul presupposto della necessità del preventivo accertamento del reato che connota la predetta fattispecie estintiva. Così, Cass., Sez. I, 19 aprile 1990, Scivolone, in *Giust. pen.*, 1990, III, 473), poiché, in caso contrario, ciò avrebbe comportato per quello stesso giudice lo svolgimento di accertamenti tali da superare i limiti della cognizione connessa alla particolare situazione processuale, ma *a fortiori*, tali limiti risultano sussistenti, in assenza di una diversa prescrizione in tal senso, anche nella fase esecutiva, deputata alla verifica di questioni relative all'esecuzione di provvedimenti resi in sede di cognizione.

La seconda questione invece concerne il grave *vulnus* alla terzietà della *res deducta* in sede esecutiva: sono devoluti al giudice dell'esecuzione poteri decisorii di merito su una questione sulla quale lo stesso giudice persona, in una diversa fase, già si era pronunciato, comunque avendo rilevato, seppur incidentalmente, una valutazione sul merito dei

medesimi fatti (in argomento, per osservazioni critiche e prospettive di riforma cfr. GAITO, *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, in *Giur. it.*, 1997, II, 455). Palese pertanto, l'esistenza di un insuperabile *preiudicium* (contra CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, 2^a ed., Torino, 1992, 180) determinato dal fatto che ineluttabilmente, chi ha già compiuto una valutazione sui medesimi fatti, tende a mantenere quello stesso atteggiamento già assunto ovvero quel giudizio già espresso in altri momenti decisionali dello stesso procedimento (Cass., Sez. III, 5 dicembre 1996, Angelucci, in *Giur. it.*, 1997, II, 455). Sulla base di tali considerazioni, anche volendo ammettere la legittimità dello strumento attivato dal p.m. per porre rimedio ad una situazione già affrontata e respinta dal g.i.p., non sarebbe inopportuno sollevare in relazione agli artt. 3, 10, 24, 25, 104 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 665 c.p.p. sotto il profilo della mancata previsione di una ipotesi di incompatibilità del giudice che ha pronunciato decreto di archiviazione per essere il reato estinto per morte del reo a fungere poi da giudice dell'esecuzione per decidere sulla richiesta di confisca nella fase esecutiva. Altrimenti si giungerebbe al paradossale risultato che lo stesso giudice sia investito *bis in idem*, potendo far rientrare dalla finestra della procedura esecutiva, quello che è stato costretto a far uscire dalla porta principale in sede di cognizione.

4. *Presupposti applicativi della confisca.* – Non può non rilevarsi come il decreto di archiviazione per essere il reato estinto per morte del reo costituisca un provvedimento inoppugnabile (CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 424, sul solco di quanto affermato da Corte cost., 11 luglio-16 luglio 1991, n. 353), non ravvisandosi una norma che ne preveda l'impugnabilità e che, essendo privo di contenuto decisorio, è inidoneo ad acquistare autorità di giudicato (Trib. Palermo, 8 luglio 1991, Romagnolo c. Anas, in *Temi siciliana*, 1991, 361), non precludendo l'inizio di una nuova azione penale.

Tuttavia l'accertamento contenuto nel provvedimento di archiviazione in ordine al fatto di reato riveste sostanzialmente un contenuto omologo rispetto a quello cristallizzato nella sentenza di non luogo a procedere, stante la tendenziale identità delle rispettive formule ad esprimere un accertamento negativo dell'ipotesi storica [precisamente la prima norma (art. 408 c.p.p.) riferisce alla *notitia criminis* ciò che la seconda (art. 425 c.p.p.) riferisce all'imputazione: vale a dire l'accertamento negativo dell'ipotesi storica; cfr. GIOSTRA, *L'archiviazione*, Torino, 1994, 23]. Una conferma della suddetta equiparazione è d'altra parte rintracciabile ex art. 84 disp. att. c.p.p. ove viene equiparato, seppur al solo fine di escludere che la restituzione di beni sequestrati a fini preventivi sia subordinata al pagamento delle spese per la custodia e la conservazione delle cose sequestrate, il provvedimento di archiviazione alle sentenze di non luogo a procedere e di proscioglimento (MASIELLO, *Provvedimenti di archiviazione e restituzione dei beni sequestrati a fini preventivi*, cit., 294).

Ne consegue che, a differenza dei meccanismi di controllo svolgentisi nel corso del processo, in esito al contraddittorio, l'archiviazione non dovrebbe esplicare effetti pregiudizievoli né penali né extrapenali poiché la sua funzione è esclusivamente quella di legittimare il non esercizio dell'azione penale (TREVISSON LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, in *Giur. it.*, 1992, II, 124).

Già all'epoca del codice Rocco, quando forse erano diverse le esigenze di repressione e di politica criminale affidate al legislatore, si precisava come all'applicazione di misure di sicurezza si potesse proceder soltanto sulla base di una sentenza di condanna ovvero di proscioglimento purché entrambe accertassero la sussistenza del fatto di reato (DELITALIA, *Dell'applicazione delle misure di sicurezza*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1935, 69; v. anche CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, ivi, n. *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1950, 320).

E si profila dunque proprio nell'ambito di tale tematica un'altra questione, forse la più

interessante con riferimento al caso concreto, concernente il profilo della necessità o meno di un rapporto tra l'ordine di confisca e la sussistenza del fatto di reato.

È innegabile che l'archiviazione per essere prescritto il reato spiega determinati effetti, devastanti sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale.

D'altra parte il legislatore ha scelto una disciplina sostanzialistica dell'istituto della prescrizione (opzione mantenuta, d'altro canto, sia nel progetto di nuovo codice penale varato dalla Commissione Grosso sia in quello varato dalla Commissione Nordio) (BARGIS, *La prescrizione del reato e i "tempi" della giustizia penale*, cit., 1402) che riveste in ogni caso una valenza di diritto sostanziale, nel senso che offre una risposta ad un problema di disciplina delle conseguenze del reato «ritenendosi che il decorso del tempo rispetto al fatto di reato privi di senso la risposta punitiva, facendo venire meno le funzioni di prevenzione, generale e speciale, e la stessa funzione della pena» (PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale. Relazione svolta al XXIV Convegno Enrico De Nicola «Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli»*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, 507).

Ne consegue che la confisca dei beni risulterebbe nel caso concreto incompatibile con il provvedimento d'archiviazione poiché quest'ultimo non contiene alcun accertamento definitivo della esistenza di un fatto costituente reato nelle sue componenti oggettiva e soggettiva che dovrebbe sempre integrare il presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale anche se la confisca di cui trattasi è qualificata da leggi speciali come obbligatoria.

Tuttavia, è noto l'attuale orientamento giurisprudenziale che, ad oggi, porta avanti una concezione della confisca segnata da una forte spinta alla valorizzazione della funzione preventivo-repressiva dell'istituto, come tale proteso a dilatarne gli ambiti applicativi risultanti dalle valutazioni legalmente tipizzate della pericolosità sociale connessa, finanche in presenza di una declaratoria di estinzione

del reato. Se ne prende atto ma ciò non è comunque dato sufficiente per esimersi dal rilevare dubbi e storture dell'uso dilatato e distorto della confisca orientata ad una attività di prevenzione fondata sul sospetto e non su fatti e circostanze concrete, poiché risulta incompatibile con una legislazione degna di un moderno Stato di diritto.

Oggi infatti assistiamo ad una vera e propria sostituzione, in una materia in cui viene sostanzialmente applicata una sanzione in assenza di un accertamento del fatto di reato, del principio *in dubio pro reo* con quello *in dubio pro re publica*, peraltro in tema di misure di prevenzione nel quale dominano le presunzioni a favore dell'accusa.

Con riferimento precipuo alla confisca penale, non sono condivisibili, quanto a persuasività, le sole ragioni di politica criminale che militano a favore di una maggiore effettività delle pretese ablative dello Stato correlate alla commissione di illeciti penali che sostengono anche la sopravvivenza della medesima alla vicenda dell'estinzione del reato.

Tuttavia, si tratta di istanze comuni anche provenienti da altri ordinamenti peraltro già oggetto di coerenti indicazioni riformatrici nell'ambito dell'Unione Europea volte ad orientare politicamente l'evoluzione futura degli ordinamenti nazionali. Il riferimento cade precisamente sulle disposizioni di cui al Piano d'azione contro la criminalità organizzata adottato dal Consiglio Europeo il 28 aprile 1997, secondo le quali «occorrerebbe introdurre norme in materia di confisca che consentano la confisca a prescindere dalla presenza dell'autore del reato, ad esempio in caso di decesso o latitanza» (parte III, cap. VI, lett. c).

Tuttavia uno sforzo di questo tipo, da parte del legislatore italiano non è ravvisabile, con la conseguenza che le lacune e le incongruenze dovute al rapido succedersi di numerose leggi tra di loro non coordinate, anche perché dettate dalla «perenne emergenza» (MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, *passim*) non possono essere interpretativamente colmate.

Anche la Convenzione del Consiglio d'Euro-

pa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato stipulata a Strasburgo nel 1990, sul punto specifico tace del tutto, limitandosi a prevedere che la confisca sia ordinata da una autorità giudiziaria «a seguito di un procedimento per uno o più reati».

Il dato letterale che emerge dal disposto di cui all'art. 1 della Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sancisce come a fini applicativi, la confisca sia testualmente la sanzione o la misura (consistente nel privare definitivamente taluno di un bene) ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati.

Inoltre, l'art. 14 paragrafo 2) della medesima Convenzione, relativo alle modalità per avviare procedure di confisca tra una Parte che ha ricevuto da un'altra tale tipo di richiesta, sancisce come la Parte richiesta sia vincolata dagli accertamenti relativi ai fatti nei limiti in cui essi siano stabiliti in una sentenza di condanna o in una decisione giudiziaria della Parte richiedente, o nei limiti in cui questa sentenza o decisione giudiziaria sia fondata su tali fatti.

Ne consegue che anche nel sistema internazionale è imprescindibile che l'applicazione della confisca abbia quale presupposto, l'accertamento di un rapporto di pertinenzialità tra il reato ed il bene.

In tal senso recentemente, con una sentenza di indubbio effetto dirompente, si è pronunciata la Terza Sezione penale della Corte di cassazione (Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008, Silvioli, in *Cass. pen.*, 2009, 2553), sconfessando proprio quel rigoroso orientamento secondo cui, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, la confisca di cui all'art. 44, 2° comma, d.p.r. n. 380 del 2001 deve essere disposta, nei confronti di tutti i proprietari dei terreni lottizzati e delle opere *ivi* esistenti, ancorché imputati prosciolti o terzi di buona fede.

La sentenza della Suprema Corte invece esclude dal novero dei destinatari della misura ablatoria patrimoniale i soggetti estranei alla commissione del reato e la qualifica non più come mera sanzione amministrativa irro-

gata dal giudice penale ma, a tutti gli effetti, sanzione penale.

Presumibilmente la portata fortemente innovativa è stata determinata dalle due pronunce del 30 agosto 2007 (trattasi di decisione interlocutoria della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alla ricevibilità del ricorso. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 30 agosto 2007, caso Sud Fondi s.r.l. + 2 contro Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 3503 con nota di BALSAMO) e del 20 gennaio 2009 (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 20 gennaio 2009, caso Sud Fondi s.r.l. + 2 contro Italia) con le quali la Corte europea dei diritti dell'uomo ha censurato la tradizionale impostazione dei giudici nazionali ed equiparando la confisca nei confronti di soggetti incolpevoli ad una espropriazione senza indennizzo, ha statuito l'incompatibilità con il principio di legalità di cui all'art. 7 della CEDU e con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU, della misura ablatoria ove riguarda soggetti incolpevoli (per un'ampia trattazione della questione v. ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2009, 2566). A differenza del passato, le sentenze della Corte europea non si limitano ad accertare la compatibilità con la C.E.D.U. degli effetti che determinate misure producono in capo al ricorrente, ma sono altresì solite valutare in astratto le conseguenze che quelle stesse misure sono suscettibili di produrre nei confronti di chiunque venga a trovarsi in una posizione analoga a quella del ricorrente.

In conseguenza di ciò, oltre alla ordinaria efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale, discendente dall'art. 46, § 1, della Convenzione europea, le sentenze della Corte sembrano dotate di un *quid pluris*, consistente nel porre a carico dello Stato responsabile di una violazione della Convenzione un obbligo aggiuntivo di adottare provvedimenti a carattere generale destinati a scongiurare il ripetersi di violazioni analoghe a quelle accertate dalla Corte.

Sulla scorta di quanto precede, le pronunce degli organi di Strasburgo non sono perciò qualificabili alla stregua di semplici sentenze

di accertamento, ma si traducono in vere e proprie pronunce costitutive che, lungi dal produrre effetti nel solo caso oggetto di giudizio, imporrebbero allo Stato autore della violazione l'adozione di misure riparatorie con efficacia *erga omnes*.

Ne deriva che proprio la sentenza della Corte europea potrebbe costituire il grimaldello per scardinare quell'orientamento della giurisprudenza nazionale (Cass., Sez. I, 4 dicembre 2008, Squillante, in www.personaedanno.it) circa la qualifica da attribuire alla confisca nonché sui presupposti di applicazione dell'ordine ablatorio.

Qualificando la confisca come sanzione a tutti gli effetti penale, la misura non potrà (più) essere irrogata al di fuori di una sentenza di condanna.

Pur se le sentenze della Corte di Strasburgo non hanno efficacia direttamente vincolante per il giudice italiano, esse, nondimeno, costituiscono la prima e più importante guida ermeneutica per i giudici nazionali che sono pertanto tenuti, nel proprio *iter* motivazionale, a dar conto di quelle decisioni, eventualmente esponendo i motivi in base ai quali ritengono di dover pervenire ad un risultato ermeneutico difforme.

Infatti, la Corte di Strasburgo resta al vertice della gerarchia delle Corti costituzionali in Europa al fine di poter offrire alla vittima una migliore protezione, come espressamente previsto dall'art. 53 CEDU.

5. *Considerazioni conclusive e spunti problematici.* – Consentire al p.m. di adire il giudice dell'esecuzione per sollecitare un controllo sul decreto di archiviazione del g.i.p. nella parte in cui non ha disposto la confisca è al di fuori di ogni logica del processo, con la conseguenza che il provvedimento ammissivo dell'incidente stesso, esorbitando dal sistema delle regole processuali, è da considerarsi abnorme. E non soltanto in ragione del vigente sistema di tassatività dei mezzi di impugnazione tale per cui è incompatibile l'incidente di esecuzione con la pronuncia di archiviazione per la sola parte in cui non abbia disposto la confisca ma anche perché, sulla base del recente indirizzo propugnato

dalla Corte europea sopra ricordato che riconduce nell'alveo delle sanzioni penali anche l'ordine di confisca, questo non sarebbe più compatibile con il decreto di archiviazione.

In ordine al primo profilo, non poteva e non può acconsentirsi ad una sorta di revisione del già richiesto e respinto ordine di confisca, poiché *in executivis* sono previsti, sia dalla legge che dalla giurisprudenza di legittimità, interventi soltanto integrativi del titolo esecutivo e non già poteri surrogatori al giudice della cognizione.

L'abnormità di pronunce come questa in rassegna è ancor più evidente tenendo conto della *regula iuris* sottesa alla fase esecutiva secondo cui una questione, già decisa dal giudice della cognizione, non può essere riproposta mediante l'incidente di esecuzione poiché nella specifica materia sono ammissibili soltanto interventi integrativi e non anche la verifica di questioni già risolte, nella fase cognitiva del procedimento.

A fortiori dunque, anche volendo ammettere che il p.m. possa dolersi in sede di incidente di esecuzione del decreto di archiviazione limitatamente alla parte in cui non dispone la confisca, comunque questi avrebbe "un'arma spuntata" poiché è da escludersi che i poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione possano spingersi fino al punto di andare a verificare la sussistenza di un rapporto di pertinenzialità tra il reato ed il bene che si intende confiscare, ovvero accertare l'atteggiamento psicologico dell'acquirente al fine di verificare l'esistenza o meno della sua consapevolezza di acquistare un bene di illecita provenienza poiché egli è unicamente competente a decidere, con esclusione di qualsiasi intervento additivo, sul contenuto di quel provvedimento da lui deliberato in sede cognitiva.

In ordine al secondo profilo invece, non sfugge rilevare come la confisca sia essa obbligatoria, o a maggior ragione, discrezionale, in quanto a tutti gli effetti sanzione penale, anche se ordinata dopo l'estinzione del reato, deve presupporre un fatto storico storicamente esistente e la sua applicazione,

pertanto è subordinata all'accertamento del fatto di reato ad opera del giudice e, a tal fine è indispensabile che sia stata formulata l'imputazione (TREVISSON LUPACCHINI, *Decreto di archiviazione e ordine di confisca*, cit., 124).

In conclusione, relativamente a quest'ultimo profilo, è lecito domandarsi se non sia diventato ormai indifferibile un riordino della complessa e disorganica normativa in materia di misure di sicurezza patrimoniali, della confisca in particolare, per dare maggiore certezza all'interprete ed ai soggetti interessati.

Un intervento in tal senso da parte del legislatore è necessario al fine di disegnare la

portata ed i limiti (anche temporali) dell'istituto della confisca nel suo complesso, sia sul piano sostanziale che su quello processuale.

In siffatta situazione, caratterizzata da note di incertezza, anche la giurisprudenza dovrebbe farsi carico di trovare alla questione una appagante ed autorevole soluzione, che non lasci, nei limiti del possibile, margini di dubbio.

Tuttavia sia l'uno, sia l'altra, attualmente hanno avuto una prima autorevole indicazione di rotta fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che dovrebbero opportunamente seguire ed applicare, pena l'invio degli atti alla Corte costituzionale.

STUDI DI DIRITTO COMPARATO

Durata irragionevole del processo. La “soluzione” del Tribunale di Parigi di *Leonardo Filippi*

Per la Corte transalpina la durata non “ragionevole” porta alla nullità di tutta la procedura.

Il Tribunale di Grande Istanza di Parigi ha sentenziato che la fase istruttoria di un processo penale, che è durata quindici anni (dei quali circa otto senza che sia intervenuto alcun atto), non può considerarsi “ragionevole”.

Il principio della durata ragionevole è uno dei fondamenti della nozione di equo processo.

La sua violazione costituisce un generalizzato attentato ai principi che regolano il funzionamento della giustizia penale, in particolare il rispetto dei diritti di difesa e delle regole che governano la prova.

Il tribunale parigino ha affermato che è compito del giudice, “guardiano delle libertà”, assicurare l'effettività delle regole fondamentali del processo, ed egli «non può, dunque, dopo aver constatato che la procedura che gli è sottoposta all'attenzione viola la regola della durata ragionevole, partecipare lui stesso a questa violazione lasciando che tale violazione venga proseguita, a pena di trasformare i valori che è incaricato di proteggere in meri simboli decorativi».

La sentenza conclude che la violazione del principio di durata ragionevole, in attuazione dell'art. 6 CEDU, non può conoscere altra sanzione che quella della nullità dell'intera procedura.

Il 14 maggio 2009 la XII sezione della Camera correzionale del Tribunale di Grande Istanza (TGI) di Parigi ha pronunciato una sentenza sulla “ragionevole durata” del processo, che ha fatto notizia in tutta la Francia, tant'è che ne hanno parlato tutti i principali quotidiani francesi, e che nei prossimi mesi

sarà commentata sulle riviste giuridiche di mezza Europa proprio per l'innovativo principio giuridico ivi affermato.

L'autorità giudiziaria francese procedeva dal 1992 contro un armatore ed altri imputati per il reato di *escroquerie* (truffa) ai danni di una compagnia assicuratrice con un danno di circa tre milioni di euro ed altri reati, lo sottoponeva a controllo giudiziario ma la fase istruttoria si protraveva fino al 2007, quindi dopo ben quindici anni.

Davanti al tribunale di grande istanza la difesa, prima di entrare nel merito della causa, ha sollevato una questione preliminare sulla durata eccessiva della fase istruttoria.

Il tribunale di grande istanza ha dichiarato la nullità dell'intera procedura giudiziaria per l'irragionevole durata della fase istruttoria del processo francese, applicando direttamente l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che appunto garantisce all'imputato un processo “equo” entro un “termine ragionevole”.

Il tribunale ha quindi affermato che non è “ragionevole” la durata di quindici anni per concludere l'istruzione, con un periodo di inerzia di ben 23 mesi, senza una particolare complessità della causa né alcun comportamento dilatorio da parte degli imputati.

Il tribunale ha affermato che oggi un dibattimento avrebbe compromesso non solo le esigenze difensive per l'impossibilità di reperire le prove ma pure i fondamenti stessi dell'organizzazione giudiziaria, che si apprestava a giudicare degli uomini diversi da quelli che erano quindici anni prima nella motivazione della sentenza si afferma che «la giustizia italiana, da parte sua, ha già definitivamente statuito nel 2008, constatando come, con riferimento

alla legge della procedura italiana, i fatti addebitati al Sig. P. erano prescritti. Lo spirito di tale legge ripete quello dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il principio della durata ragionevole è uno dei fondamenti della nozione di equo processo. La sua violazione costituisce un generalizzato attentato all'insieme dei principi che regolano il funzionamento della giustizia penale, in particolare il rispetto dei diritti della difesa e delle regole che governano la prova».

La sentenza afferma che «è compito del giudice, guardiano delle libertà, assicurare l'effettività delle regole fondamentali del pro-

cesso. Egli non può dunque, dopo aver constatato che la procedura che gli è sottoposta all'attenzione viola la regola della durata ragionevole, partecipare lui stesso a questa violazione lasciando che tale violazione venga proseguita, a pena di trasformare i valori che è incaricato di proteggere in meri simboli decorativi».

La violazione del principio della ragionevole durata non può conoscere altra sanzione che quella della nullità della procedura.

Nel caso di specie, dunque, «si deve far luogo all'annullamento della procedura nella sua totalità, senza che vi sia la necessità di esaminare il secondo motivo di nullità».

Vizi privati e pubbliche virtù dei giudici
(a proposito di STEFANO LIVADIOTTI, *Magistrati.*
L'ultracasta, ed. Bompiani, 2009)
di E. Fonseca

Lo scopo dell'autore è chiaro già dalla lettura delle prime pagine del libro: portare sotto i riflettori i piccoli e grandi "orrori" della magistratura, che si sviluppano quasi quotidianamente sia all'interno di gran parte degli uffici giudiziari dislocati lungo tutto il territorio nazionale che ai vertici. L'autore sintetizza la propria inchiesta dicendo: «quella dei giudici e dei pubblici ministeri è la madre di tutte le caste. Uno Stato nello Stato, governato da fazioni che si spartiscono le poltrone in base a una ferrea logica lottizzatoria e riescono a dettare l'agenda alla politica. Un formidabile apparato di potere che, sventolando spesso a sproposito il sacrosanto vessillo dell'indipendenza, e facendo leva sull'immagine dei tanti magistrati-eroi, è riuscito a blindare la cittadella della giustizia, bandendo ogni forma di meritocrazia e conquistando per i propri associati un carnevale di privilegi. Per la prima volta, cifra per cifra, tutta la scomoda verità sui 9.116 uomini che controllano l'Italia: gli scandalosi meccanismi di carriera, gli stipendi fino all'ultimo centesimo, i ricchi incarichi extragiudiziari, le pensioni d'oro, la scala mobile su misura, gli orari di lavoro, l'incredibile monte-ferie, i benefit dei consiglieri del C.S.M. E, parola per parola, le segretissime sentenze burla della Sezione disciplinare, capace di assolvere perfino una toga pedofila». Nell'inchiesta svolta, racchiusa in un *pamphlet* di 246 pagine, vengono raccontati episodi in cui i protagonisti sono evidentemente i magistrati ed attraverso la narrazione di fatti realmente accaduti, si cerca di affrontare le diverse problematiche che esistono all'interno del mondo giudiziario. Con la consapevolezza che

molto altro ci sarebbe da dire (nel bene e nel male) ma, non potendo riportare tutta la storia della magistratura del nostro paese, ci si avvale dei momenti più critici che questa ha attraversato (e sta attraversando) per far comprendere in modo efficace, la realtà di tutto ciò che avviene e viene sottaciuto perché troppi dovrebbero pagarne le conseguenze (almeno in termini di indignazione generale).

Stefano Livadiotti utilizza per sostenere le accuse mosse dalla sua indagine, gli studi del prof. Di Federico: dati raccolti ed elaborati durante la lunga carriera del Professore e sicuramente, reali e certificati dalla lunga esperienza scientifica. Occorre specificare la provenienza delle fonti, perché alla presentazione del libro, organizzata dall'Unione Camere Penali Italiane, chi si è sentito accusato si è subito difeso urlando che le fonti scientifiche utilizzate non erano attendibili e quindi, non in grado di sorreggere i tanti *capi d'accusa* contenuti nel libro. Ma andiamo con ordine.

Come si è detto, l'UCPI ha presentato il libro «Magistrati - l'ultracasta» organizzando una tavola rotonda alla quale sono intervenuti: Oreste Dominioni (Presidente UCPI), Maurizio Laudi (Segretario generale di Magistratura Indipendente), Giocchino Natoli (vice presidente Associazione Nazionale Magistrati), Luciano Violante (professore ordinario di Istituzioni di diritto e procedura penale, già presidente della Camera dei Deputati). Inoltre, era programmato l'intervento del Ministro della Giustizia Angelino Alfano che, purtroppo, non ha potuto partecipare. Peccato, avrebbe potuto dare un forte con-

tributo al dibattito, ad esempio riportando la sua verità circa i c.d. “magistrati di via Arenula”. L'autore nel capitolo del libro intitolato *Il ministro dimezzato*, descrive questo fenomeno: «il titolare della giustizia è un sorvegliato speciale. Nonostante i limiti posti dalla legge, nelle stanze intorno al suo ufficio lavorano 91 magistrati, che occupano tutti i posti chiave. Fanno i cani da guardia degli interessi della categoria. E rispondono solo al Consiglio superiore della Magistratura, dal quale continua a dipendere il loro status. Come non accade in nessun altro paese democratico». I Magistrati che occupano cariche dirigenziali al Ministero sanno bene che le loro funzioni devono essere esercitate in maniera conforme al perseguimento degli interessi prevalenti della loro categoria, perché sono controllati dai colleghi che si trovano al di là del Ministero «pronti ad accusarli di *collaborare con il nemico, ossia con il ministro*». Il giudice Giovanni Falcone pagò le conseguenze di questo strano meccanismo, poiché nel periodo in cui svolgeva le funzioni di direttore generale degli affari penali del Ministero fu sospettato ed accusato (accuse che ebbero seguito su molte prime pagine dei quotidiani nazionali) di assecondare il Ministro Martelli. Falcone aveva infatti predisposto il disegno di legge relativo al coordinamento nazionale delle attività del pubblico ministero in materia di criminalità mafiosa secondo cui alcune delle attività della direzione nazionale antimafia dovevano essere presentate con rendiconto al Governo ed al Parlamento. Si mise in dubbio l'indipendenza del magistrato in sede di C.S.M. e la Commissione per gli incarichi direttivi del consiglio scelse un altro candidato. La situazione è paradossale: i *magistrati di via Arenula* svolgono i propri incarichi perseguendo gli interessi della categoria, a sua volta il Ministro è spesso costretto a *chinare* la testa per comporre i conflitti tra magistratura e governo (testimonianza del prof. Giuliano Vassalli riportata nel libro) quindi, l'*impasse* sarebbe scaturita dal fatto che, se i giudici alle dipendenze del Ministero scegliessero di operare in una vera situazione d'indipendenza ver-

rebbero accusati dai colleghi di complotto con il Ministro mentre, se riducessero le loro funzioni soltanto agli obiettivi dettati da interessi (superiori) di corrente riuscirebbero ad esercitare la politica della giustizia che preferiscono (o meglio ancora: che la loro corrente sindacale preferisce, perché in tal modo avrebbero l'appoggio dell'intera categoria), indipendentemente dalla volontà del Ministro.

Con buona pace della separazione del potere giudiziario, esecutivo e legislativo. Ma non avremo mai risposta certa: il Ministro non c'era...

Il dibattito si è aperto con le dichiarazioni del presidente ANSA che ha riconosciuto al giornalista Livadiotti il coraggio di aver affrontato una tematica non semplice, soprattutto perché i soggetti dell'indagine sono abituati non a sentirsi giudicati, ma a giudicare, quindi per propria indole non molto facilmente accettano le critiche che gli vengono mosse, non essendo abituati. Ed infatti i giudici presenti hanno subito preso le distanze da quanto riportato nel libro: i dati non sono stati reputati oggettivi; la nota circa l'inizio dell'anno giudiziario un mese dopo rispetto agli altri Stati europei non avrebbe rilievo perché nel nostro paese la data è fissata con legge; la questione del monte-ferie pari a 51 giorni l'anno non ha senso perché è la legge processuale a fissare la sospensione dei termini («sono 45 giorni di vacanze, cui i magistrati ne sommano altri 6 come festività soppresse. In Inghilterra non ci sono interruzioni: si fermano solo le High Courts, ma in quattro diversi periodi dell'anno. In Spagna e in Germania lo stop dura trenta giorni. E l'Italia si sarebbe dovuta adeguare. Almeno così aveva promesso Mastella, il 16 gennaio 2008, davanti il Parlamento [...]. È bastato attendere, pochi mesi dopo, l'arrivo del solleone per ritrovarsi davanti l'angosciato dilemma: e cioè se il Ministro avesse semplicemente parlato a vanvera o se invece fosse stato costretto per l'ennesima volta a rimangiarsi tutto»). Secondo i giudici poi, gli esempi riportati nel libro sarebbero soltanto 14, quindi sarebbero *marginali* rispetto ai 60 an-

ni di attività della magistratura. Due osservazioni: la prima è in termini di *quantità*, abbiamo detto che si tratta di un *pamphlet*, non di un almanacco; la seconda è in termini di *qualità*, perché riguarda il grado di gravità che ognuno di noi decide di associare ad un determinato evento e quindi, ammesso che siano solo 14 gli episodi irregolari occorre valutare se è la loro gravità a dover essere considerata *marginale* o meno. Probabilmente per alcuni lettori saranno molto gravi i casi riportati in cui i processi hanno durata pluridecennale, i tribunali con scaffali contenenti migliaia di fascicoli arretrati oppure casi in cui i cittadini restino dietro le sbarre oltre i termini consentiti dalla legge. Per altri lettori questi episodi potrebbero essere qualificati semplicemente come *tollerabili* e questi ultimi allora potrebbero avere le carte in regola per poter sedere ad un procedimento disciplinare del C.S.M. e giudicare perché, emerge dal numero delle sentenze disciplinari finite con assoluzione («le toghe hanno 2,1 possibilità su 100 di incappare in una sanzione. Che comunque, anche nei casi più gravi, è sempre all'acqua di rose. Risultato: in otto anni quelli che hanno perso la poltrona sono stati lo 0,065%») e dalle motivazioni rese per giustificare tali assoluzioni che, quando si tratta della *giustizia dei giudici* la valutazione circa la gravità dei fatti commessi non è poi così severa.

Sul libro viene riportato il seguente episodio: il 12 novembre 1999 quando la Sezione disciplinare del C.S.M. si riunisce, all'ordine del giorno c'è il procedimento n. 113/1998 contro G.B. e G.L., due giudici del tribunale di Brindisi incolpati «per aver gravemente mancato al dovere di diligenza proprio del magistrato, così compromettendo il prestigio dell'ordine giudiziario». Un'ispezione di *routine* presso gli uffici pugliesi ha consentito di verificare che G.B. aveva «omesso di adottare accorgimenti necessari al fine di evitare il ritardo nella rimessione in libertà, per decorrenza dei termini massimi, degli indagati sottoposti a misure cautelari personali. Conseguentemente, ha provveduto a disporre la liberazione dei predetti con apprezzabile, si-

stematico ritardo». Questo è capitato a G.B. 32 volte, mentre per il collega G.L. i casi sono stati 31. Per un totale di 63, tra uomini e donne, rimasti in carcere più di quanto previsto dal codice. Inoltre, i magistrati «non avevano fornito alla cancelleria puntuali prescrizioni in ordine agli atti da inserire nel fascicolo processuale per il dibattimento e hanno altresì omesso di vigilare sull'operato della cancelleria medesima, così determinando l'accumularsi di un numero elevato di procedimenti in attesa di fascicolazione e di trasmissione in tribunale». I faldoni erano 1040. Per i magistrati chiamati a rispondere in sede disciplinare la difesa si è svolta in termini di ingolfamento degli uffici, su di essi gravava una notevolissima mole di lavoro e che fosse del tutto esiguo (gravità relativa) e, comunque, *marginale* il numero delle ritardate scarcerazioni («della quale non aveva mai tratto origine lagnanza alcuna da parte degli interessati o dei loro difensori!»). Il C.S.M. ha adottato la «formula assolutoria», perché il fatto non costituisce illecito disciplinare. Il termine *marginale* utilizzato dai magistrati durante il dibattito, per qualificare i *pochi* episodi riportati nell'inchiesta di Livadiotti, racchiude tutte le valutazioni che nella realtà la Sezione disciplinare effettua. Si sarà trattato forse di un *lapsus* freudiano? Con il susseguirsi degli episodi illustrati, la tensione all'interno della sala del convegno saliva. Il punto critico è stato raggiunto quando si è trattato di affrontare l'argomento *stipendi e risorse economiche*. Il capitolo che cerca di ricostruire l'evoluzione degli stipendi dei magistrati si apre nel seguente modo: «il livello della retribuzione è esso stesso misura dell'indipendenza del singolo magistrato. È un ritornello che le toghe italiane ripetono da sempre, declinandolo in diverse maniere». Lo stipendio lordo medio dei nostri magistrati è del 41,4% in più dei magistrati tedeschi e del 16,1% di quelli francesi. La questione delle risorse economiche destinate alla giustizia deve essere analizzata tenendo presente anche l'indagine dell'OUA (Organismo unitario dell'avvocatura italiana) che rileva come i fondi stanziati siano stati in

realtà interamente assorbiti dagli oneri relativi agli stipendi dei magistrati. Allora, il denaro fornito dalle casse dello Stato per permettere il funzionamento della macchina giustizia (stampanti, autovetture, toner ecc.) non è poco, semplicemente, la voce di bilancio che risulta più elevata è quella di stipendi e assegni fissi per i giudici.

Le garanzie che la Costituzione riserva alla funzione giurisdizionale hanno alla base l'idea che i padri costituenti avevano di tale funzione, riservando ad essa il ruolo centrale per la tutela della democrazia nel futuro della Repubblica. La degenerazione non era stata prevista, ma è pur sempre un elemento che in Italia va considerato.