

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

Delitti e condanne... Prova scientifica e ragionevole dubbio di <i>N. Fusaro</i>	pag.	V
-------------------------------------------------------------------------------------------	------	---

ULTIMORA

La piattaforma creata dalla terza sezione penale della Suprema Corte perde un altro pezzo (considerazioni a margine della sentenza n. 42178 del 29.9.2009 su lottizzazione abusiva e sequestro dei suoli) di <i>A. Dello Russo</i>	pag.	1
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	---

IL PUNTO SU ...

Riflessioni a margine dell'incostituzionalità dell'art. 405, co. 1- <i>bis</i> c.p.p. di <i>S. Furfaro</i>	pag.	3
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	---

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Le contestazioni: un'interpretazione della Corte che valorizza il contraddittorio di <i>C. Papagno</i>	pag.	14
La pubblicità dell'udienza approda alla Consulta di <i>S. Furfaro</i>	pag.	21
I limiti all'interpretazione europeisticamente orientata: la confisca di valore tra disciplina interna e normativa sovranazionale di <i>R. Governa</i>	pag.	26
Sussulti giurisprudenziali sulla questione delle intercettazioni telefoniche mediante l'impiego di impianti esterni alla procura di <i>F. Insom</i>	pag.	32
Spirito europeo e certezza del diritto in tema di successione nel tempo delle norme sulle misure di prevenzione: il discutibile approccio della Corte di Cassazione di <i>S. Astarita</i>	pag.	39
La prova "congenitamente deperibile": la testimonianza del minore vittima di reati sessuali di <i>R. Aprati</i>	pag.	50

DOCUMENTI

«Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti». Riflessioni a margine del XXI Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale (Lecce 23-25 ottobre 2009) di <i>M. Antinucci</i>	pag.	57
I limiti della conoscenza tra prevenzioni ideologiche ed operative di <i>F.R. Dinacci</i>	pag.	66

Accertamenti tecnico-scientifici non ripetibili e giusto processo: una frattura in continua espansione di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	68
L'applicazione dei provvedimenti <i>de libertate</i> tra vincoli normativi e discrezionalità del giudice di <i>S. Morisco</i>	pag.	70
Il giudice garante della legalità: le regole probatorie e le regole decisorie di <i>C. Papagno</i>	pag.	75

OPINIONI

Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41 <i>bis</i> ord. penit. di <i>F. Calabrese</i>	pag.	80
Crimine organizzato e immigrazione clandestina. Le Nuove Mafie. Le Organizzazioni criminali allojene: la minaccia integrata nigeriana e <i>casalese</i> nell'area domitiana della regione Campania di <i>R. Romanelli</i>	pag.	93

LIBRI – IDEE

Il giudice, le prove e la decisione tra miti e realtà di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	100
Nuovi e convincenti passi verso un processo penale bifasico di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	101

Delitti e condanne... Prova scientifica e ragionevole dubbio

Le recenti decisioni giudiziarie relative ai noti casi di cronaca inerenti l'omicidio di Meredith Kercher a Perugia e quello di Chiara Poggi a Garlasco, hanno riaperto ancora una volta la riflessione sullo *standard* probatorio del principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, affidato questa volta alla soluzione di complesse vicende attinenti alla valutazione della c.d. prova scientifica.

Per quanto riguarda il delitto di Perugia, si sono registrate rispettivamente, la condanna di Rudy Guede a trent'anni in primo grado a seguito della scelta del rito abbreviato, con una consistente riduzione di pena a sedici anni nel giudizio di appello, in virtù del riconoscimento delle attenuanti generiche in capo al medesimo.

Il processo a carico dei restanti imputati, Amanda Knox e Raffaele Sollecito, celebrato invece nelle forme del rito ordinario innanzi alla Corte di Assise di Perugia, ha registrato la condanna di entrambi, con riconoscimento delle generiche, rispettivamente a ventisei anni di reclusione per la Knox (che doveva rispondere anche di calunnia in danno di Patrick Lumumba) e venticinque anni per Raffaele Sollecito.

Nel caso di Garlasco invece, l'unico imputato Alberto Stasi, ha ottenuto l'assoluzione ai sensi dell'art. 530, 2° comma, c.p.p., a seguito di un giudizio abbreviato caratterizzato da una consistente integrazione probatoria da parte del G.U.P. che ha disposto una serie di perizie ampie e complesse finalizzate a consentirgli l'acquisizione degli elementi necessari ai fini della decisione; decisione che è infine intervenuta in senso favorevole all'imputato del quale non è stata ritenuta sussistente la colpevolezza, per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova medesima.

In entrambi i casi l'apporto della prova scientifica si è rivelato fondamentale ai fini della decisione, riproponendo, ancora una volta, la problematicità dei rapporti tra scienza e diritto, ormai contraddistinti non più e non solo dall'apporto delle c.d. scienze tradizionali, ma soprattutto da conoscenze sempre più sofisticate e complesse, soggette a continue evoluzioni, sulle quali spesso la stessa comunità scientifica è profondamente divisa.

Circa le questioni sopra evidenziate, la Corte di Cassazione ha già avuto modo di pronunciarsi in occasione del noto "delitto di Cogne", che ha tenuto desta l'attenzione dei media per lunghissimo tempo; stabilendo, con la sentenza n. 31456/2008 della Prima Sezione Penale, in tema di prova scientifica "nuova" (caso della B.P.A. Bloodstain Pattern Analysis) che, la stessa «...*non si basa su leggi scientifiche nuove od autonome, bensì sull'applicazione di quelle, ampiamente collaudate da risalente esperienza, proprie di altre scienze (matematica, geometria,*

fisica, biologia e chimica) che, in quanto universalmente riconosciute ed applicate, non richiedono specifici vagli di affidabilità». La Suprema Corte ha altresì precisato che «...tale tecnica è processualmente riconducibile al genus della perizia (art. 220 c.p.p.), ... poiché la peculiarità dell'oggetto degli accertamenti non rende il mezzo di prova atipico e pertanto non risulta necessaria la preventiva audizione delle parti circa le modalità di assunzione della prova medesima, così come disposto dall'art. 189, ult. parte, c.p.p.».

Il riconoscimento della “nuova metodica”, quale semplice meccanismo applicativo di scienze note e collaudate, ripropone con forza la necessità che gli apporti specialistici, comunque li si voglia considerare, siano qualificati dal punto di vista scientifico e verificabili mediante la sottoposizione alla c.d. prova di resistenza, al fine di garantire che il procedimento ed il processo si svolgano in modo da assicurare la formazione della prova nel “qualificato” contraddittorio delle parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, ma soprattutto, attraverso il contributo di esperti di provata capacità, di cui sia sempre possibile il controllo del *curriculum* professionale, l'appartenenza alla comunità scientifica di riferimento, l'aggiornamento continuo, la certificazione di qualità, nonché la conoscenza da parte di questi ultimi delle norme processuali e delle prassi inerenti la loro attività, in modo da consentirgli la comprensione delle conseguenze che il loro apporto potrà comportare, sia nella fase procedimentale che in quella processuale.

Ciò che sovente appare è che le indagini scientifiche ruotano spesso solo intorno all'indagato e finiscono per lo più per rappresentare il mezzo attraverso il quale si può pervenire alla conferma o meno di una data ipotesi investigativa.

Quello che sembra mancare è una analisi criminalistica, intesa quale vero e proprio studio delle tracce (di tutte le tracce), che dovrebbe essere eseguita prescindendo da qualunque ipotesi investigativa ed a tutto tondo sulla scena dell'evento, che sovente viene immediatamente denominata invece come “scena del crimine”, con conseguente “automatico” incanalamento dei mezzi di ricerca della prova su precostituite piste investigative, cosa che il più delle volte comporta la mancata evidenziazione di elementi che potrebbero invece rivelarsi utili alla soluzione del caso.

Per questo, soprattutto nelle prime fasi di indagine, durante il sopralluogo e nel corso degli altri atti irripetibili, quale l'autopsia, appare opportuna, essendo nella quasi totalità dei casi ancora ignoto l'autore del reato, la previsione di un consulente difensivo “a futura memoria”, che indossi anche solo e semplicemente le vesti di *discussent*, garantendo anticipatamente quella dialettica che, pur prevista dal nostro codice di procedura all'art. 358 c.p.p., finisce il più delle volte per essere totalmente disattesa, anche in ragione della presenza, da ormai circa un decennio, delle investigazioni difensive, che vengono sovente indicate, proprio dall'ufficio del pubblico ministero, quale strumento che la difesa ha mancato di attivare al fine di ricercare gli elementi a favore dell'indagato, quasi che fosse un

esclusivo dovere della difesa e non anche invece una attività a cui comunque la pubblica accusa è tenuta.

Ed è proprio con riguardo al contesto delle indagini difensive che la richiamata esigenza di professionalità e competenza appare ancor più necessaria, al fine di garantire quei requisiti minimi che debbono possedere i consulenti tecnici del difensore *ex art. 327 bis c.p.p.*; ciò, soprattutto per consentire il superamento del pregiudizio dato dal fatto che, per forza di cose, gli apporti provenienti dai consulenti della difesa siano per loro stessa natura carenti del requisito della obiettività e della scientificità.

Rigore e metodo scientifico debbono costituire patrimonio comune sia per i consulenti della procura che per quelli della difesa, in ogni contesto procedimentale e processuale, ivi compreso quello previsto dall'art. 233 c.p.p.

Tale esigenza appare ormai irrinunciabile, atteso che la perizia e la consulenza tecnica sono andate assumendo un ruolo fondamentale nel nostro sistema penale e ciò lo si evince non solo dai recenti epiloghi processuali, ma anche dalla nota decisione della Corte Costituzionale n. 33 del 1999, relativa al giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4, 2° comma, della legge 30 luglio 1990, n. 217 (Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti), nella parte in cui, per i consulenti tecnici di parte, limitava la facoltà per l'imputato di godere degli effetti del beneficio del patrocinio a spese dello Stato ai soli casi in cui fosse stata disposta perizia.

Nella sentenza in esame, è stato particolarmente sottolineato il ruolo della consulenza tecnica extraperitale (art. 233 c.p.p.) nel processo penale di tipo accusatorio, che, secondo una ormai consolidata e costante giurisprudenza di legittimità, consente al giudice di trarre dalle dichiarazioni dei consulenti tecnici gli elementi di prova che, nel vigente sistema processuale di parti, consentono alla difesa tecnica di assumere un ruolo centrale, meritevole di garanzie non meno della tradizionale difesa esercitata dall'avvocato.

Si è venuto pertanto a creare, in forza della giurisprudenza costituzionale, un unitario e sistematico insieme di disposizioni, che porta a riconoscere che la facoltà di avvalersi di un consulente tecnico si inserisce ormai a pieno titolo nell'area di operatività della garanzia posta dall'art. 24 della Costituzione.

Nell'ipotesi in cui la decisione da assumere coinvolga nozioni nel campo della tecnica, dell'arte o delle scienze che non possono presumersi necessariamente sussistenti nella persona del giudice, la nomina di un perito finisce per costituire un vero e proprio dovere, atteso che l'art. 220 c.p.p., secondo la Consulta, usa una terminologia che non evoca potestà discrezionali, lì dove si afferma che «*la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche*».

La consulenza tecnica extraperitale è suscettibile di assumere pieno valore probatorio e pertanto il giudice non è vincolato a nominare un perito, qualora le

conclusioni fornite dai consulenti di parte gli appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti.

Deve inoltre tenersi presente che, conformemente all'attuale modello accusatorio e sul fondamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, al pubblico ministero è consentito di avvalersi di esperti nei più svariati settori della scienza e della tecnica, senza limitazione di oneri economici e pertanto, nella garanzia affermata dall'art. 24, 3° comma, della Costituzione, non può non ritenersi compresa una istanza di riequilibrio tra le parti del processo penale nei procedimenti nei quali siano coinvolte persone sprovviste di mezzi ed ammesse al patrocinio a spese dello Stato.

È di tutta evidenza dunque che, il consulente tecnico del difensore, al pari del consulente del pubblico ministero, abbia assunto un ruolo fondamentale, ben potendo le sue "valutazioni", essere poste a fondamento della decisione. Da qui, la necessità che tale figura corrisponda realmente a quelli che sono i criteri che il codice di rito fissa al riguardo, e ciò, soprattutto, al fine di garantire che lo svolgimento di un compito così delicato, quale risulta maggiormente oggi, alla luce delle citate innovazioni legislative, rappresenti una garanzia nei confronti di tutte le parti processuali.

La facoltà prevista dall'art. 327 *bis* c.p.p., relativa all'attività investigativa del difensore, ed in particolare, la prevista possibilità che per lo svolgimento della stessa il difensore possa conferire incarichi a consulenti tecnici, «...quando siano necessarie specifiche competenze», necessita di immediati correttivi, atti ad evitare che tali attività di consulenza, che come anticipato possono finire per assurgere al valore di prova, vengano svolte da persone prive di quella «particolare competenza» che la legge prevede, nonché prive delle qualità "moralì" richieste dall'art. 69 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale, e non soggette ad alcuna sanzione disciplinare.

Un primo immediato aggiustamento in tal senso, potrebbe essere costituito dalla necessità di istituzione di un albo comune dei consulenti tecnici di accusa e difesa al quale possano accedere solo le persone in possesso dei requisiti oggi previsti per l'iscrizione all'albo dei periti.

Ciò costituirebbe da subito una garanzia, in ordine al possesso delle specifiche competenze in materia, nonché, in ordine alla "moralità" ed alla sottoponibilità a procedimento disciplinare in caso di violazioni inerenti le attività svolte.

A tutto questo, deve necessariamente e principalmente aggiungersi l'appartenenza a riconosciute società scientifiche di riferimento, la sottoposizione ad un sistema di aggiornamento continuo inerente la disciplina di competenza, la previsione della obbligatoria partecipazione a specifici corsi di formazione e aggiornamento in materia, nonché il necessario ricorso alla certificazione di qualità della attività svolta, cosa che dovrebbe riguardare non solo i singoli operatori ma anche i laboratori dove vengono effettuati gli accertamenti forensi, al fine di evitare

contaminazioni o violazioni della catena di custodia dei reperti, documentando ogni fase delle attività, come se si trattasse sempre di atti irripetibili, al fine di consentire a chiunque un controllo sulle operazioni svolte e sulle metodiche utilizzate.

Altra questione aperta dalle recenti decisioni sopra richiamate, risulta quella relativa all'accertamento indiziario e alla sua conformità al principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio.

Sul punto, nella citata sentenza sul "caso Cogne", la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi circa i caratteri principali dell'accertamento indiziario, osservando che *«...un determinato accadimento potrà dirsi processualmente certo, e quindi conforme a verità, una volta che, previo controllo dell'attendibilità dei dichiaranti ed attraverso il vaglio critico delle loro deposizioni, il giudice ritenga quel dato accadimento dimostrato e, dunque, processualmente acquisito, con metodologia non dissimile rispetto a quello che regola l'accertamento basato su prove scientifiche, un risultato di prova fondato sull'applicazione di leggi, metodi, o tecniche di natura scientifica potrà dirsi certo una volta che il giudicante abbia verificato l'affidabilità di quella legge, tecnica o metodica ed abbia dato ragione della valenza ed attendibilità del risultato conseguito»*.

La Suprema Corte ha in definitiva stabilito che deve ritenersi intervenuto quell'accertamento di responsabilità, che legittima, ed anzi costringe, il giudice a pronunciare condanna, *«quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»*.

Altro aspetto all'apparenza non rilevante dal punto di vista procedurale e processuale è rappresentato dal clamore mediatico suscitato dalle vicende giudiziarie inerente i casi in esame. Proprio a partire dal "caso Cogne", si è registrato un crescente e assiduo interesse mediatico, alimentato da numerose trasmissioni televisive, nonché dalla pubblicazione di libri ed opuscoli, addirittura corredati da cd-rom contenenti la ricostruzione multimediale degli accadimenti relativi agli omicidi, con la formulazione sempre più approfondita di ipotesi circa la verifica dei medesimi ed inevitabili riferimenti all'atteggiamento degli indagati, degli imputati ma anche delle vittime, con vere e proprie invasioni della sfera privata e conseguente lesione di quei beni della personalità che non possono ritenersi venuti meno in nome di un generico diritto all'informazione, che il più delle volte deborda in un incentivo alla curiosità morbosa.

Sul punto è inevitabile il riferimento alle code di spettatori in attesa innanzi all'aula della Corte di Assise di Appello di Torino, dove si celebrava il processo a carico di Annamaria Franzoni, i quali facevano la fila sin dalle prime ore dell'alba, al freddo e al gelo, a costo di *«...poterla guardare negli occhi!...per vedere*

se è colpevole o meno...»; così come è inevitabile il riferimento alla folla e alle urla di «assassino!» scandite all'indirizzo di un terrorizzato Alberto Stasi all'atto del disposto fermo da parte della Procura di Vigevano (tra l'altro, successivamente non convalidato dal G.I.P.).

Sul punto, da ultimo è impossibile non fare riferimento al deprecabile parapiglia e alla ressa scatenata all'uscita della Corte di Appello di Perugia alla fine della lettura del dispositivo di condanna a carico di Amanda Knox e Raffaele Sollecito, terminata con un vero e proprio linciaggio verbale in danno dei genitori della Knox, costretti a difendersi dalla folla, che rappresenta una situazione decisamente indegna di un Paese di civiltà giuridica elevata come il nostro, dove spesso ci si dimentica di aver dato i natali a Cesare Beccaria.

Con riferimento alla vicenda in esame si è addirittura registrato l'interessamento del Sottosegretario di Stato degli Stati Uniti che ha manifestato pubblicamente la decisione di valutare se il processo a carico della cittadina statunitense Amanda Knox, si sia svolto nel rispetto della legge o non abbia invece risentito del condizionamento mediatico.

Al riguardo, si confida che la senatrice Clinton non abbia avuto modo di leggere quanto affermato alla presenza del Presidente della Repubblica nell'Assemblea Plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura del 14 febbraio 2008, all'indomani della richiesta di tutela pervenuta dalla Procura della Repubblica di Bari a seguito del linciaggio mediatico da questa denunciato con richiesta di tutela al C.S.M., in relazione al ritrovamento dei poveri fratellini di Gravina di Puglia ed al conseguente crollo dell'accusa di omicidio in danno del loro genitore Filippo Pappalardi, di lì a poco scarcerato: *«...Il sensazionalismo è spesso nemico della verità. Del resto, i media non sempre sono tenuti alla verifica della verità ed i giudici – non bisogna mai dimenticarlo – non amministrano la giustizia sull'onda di umori mutevoli. La suggestione di ben costruite forzature mediatiche può stravolgere le indagini istruttorie e condizionare l'esito dei processi»*.

L'interesse "morboso" per le vicende omicidiarie, alimentato e sollecitato dai media, ha finito per segnare una degenerazione dell'attenzione sociale verso il nostro sistema giudiziario, rappresentata da uno spostamento dell'attenzione del cittadino, dall'amministrazione della giustizia in sé e dal corretto uso delle regole, verso la persona dell'imputato, del quale si è ormai portati a scandagliare i più segreti meandri della personalità, senza limite alcuno, al solo fine di individuare in quale parte del suo corpo o della sua mente risieda la sua zona d'ombra.

L'auspicio è che tale spostamento di interesse costituisca momento di riflessione e di discussione sul sistema della giustizia, consentendo al cittadino di essere correttamente informato e di partecipare alla amministrazione della stessa, così come è ricordato nelle iscrizioni ancora presenti nelle aule di Giustizia, dove è stabilito che la stessa deve essere amministrata in nome del Popolo, ma giammai direttamente dal Popolo.

Sul punto non si può mancare di rilevare il riscontro, da un po' di tempo a questa parte, del riferimento, da parte degli organi di stampa, dell'esistenza addirittura di una terza verità che si vada ad aggiungere a quella storica e a quella processuale e che sarebbe costituita dalla c.d. "verità mediatica".

Nuova e molto preoccupante figura, della quale è bene incominciare a conoscere i reali confini e la portata nonché le sue eventuali capacità di condizionamento, prestando attenzione a tenerla a debita e salutare distanza dalle indagini e dal processo, nel quale come è noto non è ammesso il riferimento alle c.d. voci correnti nel pubblico.

Al riguardo, deve registrarsi anche l'intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che con la delibera n. 13/08/CS del 31 gennaio 2008 ha dettato le linee guida per una corretta rappresentazione delle vicende oggetto di procedimenti giudiziari, al fine di evitare, *in primis*, la produzione della c.d. gogna mediatica.

Sul punto è necessaria una seria riflessione sui limiti del diritto di cronaca che non può non tenere presenti le garanzie costituzionali relative ai diritti inviolabili della persona, quali la riservatezza, l'onore, il decoro e la reputazione, così come non può non tenere presente l'ineludibile principio costituzionale di non colpevolezza.

Con riferimento a quanto sopra, non può sottacersi quanto stabilito dalla Cassazione nella citata sentenza relativa al caso Cogne, con la quale è stata ritenuta la legittimità dell'utilizzo ai fini della disposta perizia sul vizio di mente anche delle interviste (comprendenti dei c.d. fuori onda) rilasciate dalla signora Franzoni, nonché di tutte le partecipazioni della medesima a trasmissioni televisive, sul presupposto che «...nessun vizio può ravvisarsi nell'utilizzazione, da parte dei periti, del contenuto di conversazioni intercettate e di filmati di trasmissioni televisive svoltesi con la partecipazione della perizianda (peraltro solo marginalmente e cautamente valorizzate), la valutazione della cui pertinenza e rilevanza (...) rientra nelle competenze professionali degli esperti ed, in seconda istanza, del giudice, in questa sede potendosi, in linea generale, osservare che detti materiali appaiono utili ai fini dell'indagine in quanto comunque appartenenti al vissuto del soggetto», finendo in tal modo per determinare una pericolosa deriva verso perizie di tipo criminologico, decisamente estranee al nostro ordinamento, nel quale è avversato il ricorso al tipo di autore.

Probabilmente tali approdi, derivano forse in parte anche dalla disinvoltura con cui alcuni "esperti", dei quali alcuni decisamente "soi disanti" intervengono nell'agone dibattimentale e prima ancora, negli ormai noti paralleli processi televisivi (sic!), nei quali, ammaliati dal canto delle sirene della notorietà, si abbandonano a risposte e riflessioni estranee al rigore e al metodo scientifico, contribuendo in tal senso a determinare cadute di credibilità di discipline forensi che vantano invece stabili tradizioni accademiche. Ciò finisce per de-

terminare un vero e proprio disdoro per le discipline medesime, cosa che purtroppo accade con il colpevole e compiacente silenzio da parte delle società scientifiche o degli ordini professionali di riferimento, che, invece di intervenire richiamando ad un attento ossequio alla scienza, tacciono e lasciano fare. È pertanto auspicabile sul punto una presa di coscienza da parte dell'accademia, delle società scientifiche e degli ordini professionali di riferimento, finalizzata alla creazione di apposite commissioni di studio, nonché alla diffusione e alla informazione adeguata sui saperi scientifici, nonché sui limiti dei metodi e delle tecniche che inevitabilmente contraddistinguono questi ultimi, fornendo allo spettatore e prima ancora al cittadino, la possibilità di una corretta informazione, in modo da consentirgli il consapevole raffronto tra la *fiction* di C.S.I. e la realtà.

Infine tornando al discorso di apertura, circa lo *standard* probatorio del principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, occorre approntare ulteriori riflessioni in merito alla ricostruzione probatoria delle condotte omicidiarie complesse; che, come anticipato, viene sempre più affidata, alle risultanze della prova scientifica che, assieme a strumenti, metodi e tecniche note e consolidate, si avvale spesso anche di modelli e procedure non ancora completamente validati.

Sul punto va ribadito il concetto che la scienza, ammesso che di scienza si possa parlare, non può sostituirsi al ragionamento, poiché a nulla valgono le abduzioni, le deduzioni, le inferenze *et similia*, quando il dato scientifico non venga inserito e analizzato nel contesto nel quale deve essere letto e correttamente valutato. Prima ancora di procedere a tale operazione, vanno analizzate le modalità con cui tale dato è stato reperito, dovendosi consentire la verifica che le operazioni di ricerca dei mezzi di prova siano avvenute senza contaminazioni sia durante la fase del sopralluogo che nel corso dell'autopsia, garantendo altresì la verifica della corretta catena di custodia dei reperti.

Solo se vi è stato il preventivo rispetto di tali condizioni sarà possibile in seguito pervenire all'analisi scientifica ed infine alla lettura dialettica dei risultati relativi alle indagini stesse.

Quanto sopra dovrà avvenire con la consapevolezza che a prevalere dovrà essere sempre e solo l'evidenza del dato scientifico (*best evidence*) a nulla valendo la finezza dei ragionamenti scientifici e le possibili trappole sillogistiche che ne possono derivare. In buona sostanza, la prova scientifica deve costituire solo lo strumento attraverso il quale giungere o meno alla validazione di ipotesi che non potranno mai essere astratte dal contesto al quale si riferiscono.

Ciò potrà avvenire solo mediante una corretta e razionale lettura in termini criminodinamici e criminogenetici dei dati raccolti, che non dovrà mai perdere di vista il nesso logico e la concatenazione causale tra i dati di fatto, oggetto della osservazione scientifica, e la loro valutazione.

Bisognerà pertanto disporre sempre del massimo di informazioni dirette disponibili, per cui se è possibile visitare ed osservare la scena dove è avvenuto l'evento criminoso bisognerà farlo di persona, rinunciando ad accontentarsi del semplice materiale fotografico ed evitando, per quanto possibile, l'abusato ricorso alla ricostruzione tridimensionale che non potrà mai sostituire la dinamica reale dei fatti; così come, non bisognerà mai anteporre le elaborazioni ai fatti, le immagini agli oggetti e le ipotesi agli avvenimenti. E ancora, bisognerà sempre partire solo ed esclusivamente da dati certi e verificabili per poter formulare deduzioni logiche ed inferenze empirico induttive, altrimenti non si potrà che pervenire a conclusioni incerte ed illusorie. In tale contesto, come suggerito da Bruno (2001), bisognerà guardarsi da conseguenze sillogistiche che possono risultare false ed indimostrabili (tutti gli uccelli hanno le piume, il bersagliere ha le piume, il bersagliere è un uccello). In definitiva il ragionamento non potrà mai sostituire l'evidenza della realtà, ma dovrà solo sforzarsi di comprenderla, altrimenti si cadrebbe nel sofisma per cui il pie' veloce Achille non dovrebbe mai raggiungere la tartaruga.

Tale metodo, valido per i consulenti dovrebbe valere anche per il giudice e per il suo libero convincimento. Quest'ultimo, nel momento in cui risulti l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio dovrà pervenire alla neutralizzazione dell'accusa e alla conseguente declaratoria di non colpevolezza. Il nostro codice stabilisce che l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi, a meno che questi non siano gravi precisi e concordanti; ciò può essere tradotto in termini pratici con la regola che solo quando vi siano indizi pieni, aventi le caratteristiche sopra richiamate, si possa dar luogo al giudizio, essendo precluso il ricorso alla somma di "porzioni di indizi", dovendo sempre e comunque prevalere la regola in ragione della quale mezzo indizio sommato a mezzo indizio fa zero indizi e non un indizio pieno.

Il tentativo di comprendere *ex post* che cosa sia veramente o "verosimilmente" accaduto è esercizio arduo che non può essere governato unicamente dalla tecnologia e dalla scienza, ma deve essere sorretto dalla logica argomentativa, nel contraddittorio delle parti e sempre nel rispetto dei principi del giusto processo.

Potrà pertanto correttamente pervenirsi ad una sentenza di condanna, solo quando questa si basi su un accertamento giudiziale sostenuto da certezza razionale. L'ipotesi accusatoria dovrà essere necessariamente sottoposta a tentativi di confutazione, proprio mediante lo strumento del dubbio, in un contesto che, come condivisibilmente sostenuto da Iacoviello (2006), deve essere caratterizzato non da una «*epistemologia verificazionista, indirizzata alla ricerca della coerenza logica dell'ipotesi accusatoria e la sua compatibilità con i fatti*»; bensì, da una «*epistemologia falsificazionista, che sottoponga l'ipotesi accusatoria a sistematici tentativi di confutazione*», ed infine, alla verifica dell'intero

quadro decisionale, mediante la sottoposizione di quest'ultimo a quella che in gergo viene definita "prova di resistenza".

Il tutto dovrà avvenire attraverso una lettura d'insieme del dato scientifico che non dovrà mai essere slegata dal contesto fattuale, all'interno del quale, il raggiungimento del risultato finale, dovrà sempre consentire una verifica a ritroso dell'equazione. In buona sostanza, due più due dovrà continuare a fare quattro, non potendo fare né cinque, né tre.

Natale Fusaro

La piattaforma creata dalla terza sezione penale della Suprema Corte perde un altro pezzo (considerazioni a margine della sentenza n. 42178 del 29.9.2009 su lottizzazione abusiva e sequestro dei suoli)

di *Alessandro Dello Russo*

Nel monitorare con attenzione gli sviluppi della giurisprudenza di legittimità intervenuti dopo la nota sentenza della C.e.d.u. del 21.1.2009 in materia di confisca e sequestro dei suoli oggetto di lottizzazione abusiva, non è potuta sfuggire all'attenzione di questa rivista una recente decisione resa dalla Terza Sezione della Suprema Corte (c.c. del 29.9.2009, sent. n. 42178).

Prima ancora di leggere il contenuto della decisione, ci si è infatti avveduti dell'inconsueta circostanza di fatto secondo cui il consigliere relatore non abbia redatto la motivazione della sentenza con la quale è stato annullato, senza rinvio, il sequestro preventivo di un immobile disposto nei confronti di soggetti non imputati in quel procedimento.

Nel cercare di comprenderne le ragioni del dissenso, ci si è avveduti che esso non riguardava certamente la prima parte della decisione, perfettamente in linea con i nuovi sviluppi giurisprudenziali.

Ha infatti osservato la S.C. come *«il Tribunale, nell'ordinanza impugnata, nell'affermare che la confisca conseguente a lottizzazione abusiva va disposta anche nei confronti dei terzi acquirenti dell'immobile lottizzato che versino in buona fede, ha interpretato il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2, in modo chiaramente contrario alla C.e.d.u. È esatto che tale affermazione è conforme alla giurisprudenza di questa Corte richiamata dallo stesso Tribunale; ma trattasi di orientamento interpretativo precedente alla citate sentenze della Corte di Strasburgo ed ormai abbandonato da questa Sezione, la quale ha escluso l'applicabilità della confisca nei confronti di coloro che effettivamente risultino in buona fede in ordine alla abusività della lottiz-*

zazione, nel senso che in essi non sia stato accertato alcun profilo di colpa, anche sotto gli aspetti della imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza (v., dopo la sentenza n. 42741/2008, criticata dal Tribunale, che però ha ignorato la precedente sentenza 30 agosto 2007 della Corte di Strasburgo, le sentenze di questa Corte 29 aprile 2009 n. 17865, 20 maggio 2009 n. 21188, 8 ottobre 2009 n. 39078)».

Tra i precedenti specifici conformi è stata dunque espressamente richiamata anche la decisione n. 21188/09 redatta proprio dal relatore messo in minoranza.

La parte della decisione su cui vi è stato contrasto nel collegio è dunque un'altra.

Allorquando, infatti, la Corte è passata ad occuparsi del profilo relativo al **pericolo di aggravamento delle conseguenze del reato**, essa si è avveduta che, essendo al proprio vaglio cautelare un caso di lottizzazione abusiva per mutamento della destinazione d'uso di un immobile da alberghiero a residenziale, l'emanando provvedimento di dissequestro si sarebbe posto in insanabile contrasto con il pacifico e ribadito principio secondo cui *«la modifica di destinazione d'uso di un complesso alberghiero realizzata, sin dal sorgere dell'edificio, attraverso la vendita di singole unità immobiliari a privati configura il reato di lottizzazione abusiva»* (cfr. Cass., sez. III, 17.3.2009, n. 17865, conforme a Cass. n. 24096 del 2008, Cass. n. 13687 e n. 6396 del 2007, Cass. n. 6990 del 2006).

Poiché, dal canto suo, l'art. 321 c.p.p. impone il sequestro preventivo ogni qualvolta *«la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa»*, a prescindere da chi la detenga, *«aggravare o protrarre le conseguenze del reato»*, tale circostanza avrebbe reso, quantomeno in fase cau-

telare, priva di rilevanza la questione relativa alla titolarità del diritto di proprietà sui beni oggetto di misura cautelare reale, dovendo le prerogative del privato in ogni caso soccombere rispetto alle inderogabili esigenze di tutela degli interessi collettivi salvaguardati dalla norma penale.

Ed infatti non è un caso che proprio la decisione precedentemente richiamata in materia di mutamento di destinazione d'uso delle residenze alberghiere (n. 21188/09), occupandosi di tale specifica problematica, fosse giunta alla conclusione che «secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte Suprema, oggetto del sequestro preventivo di cui al primo comma dell'art. 321 c.p.p. può essere qualsiasi bene – a chiunque appartenente e, quindi, anche a persona estranea al reato – purché esso sia, anche indirettamente, collegato al reato e, ove lasciato in libera disponibilità, idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione delle conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti (vedi Cass.: n. 37033/2006, n. 24685/2005, n. 38728/2004, n. 1246/2003, n. 29797/2001, n. 4496/1999, n. 1565/1997, n. 156/1993, n. 2296/1992)».

È significativo sottolineare che detta decisione reca, come estensore, proprio il consigliere messo in minoranza in quella oggi oggetto di commento.

Ecco, dunque, svelato il motivo di contrasto. Ma non è certo l'esistenza di un fisiologico dibattito interno al collegio a meritare la presente nota di commento.

Quel che interessa in questa sede sottolineare è invece l'ulteriore discostamento da parte della Corte da un altro di quei granitici principi che, prima della sentenza C.e.d.u., sembravano davvero inattaccabili.

Nella sentenza di cui ci si occupa in questa sede, infatti, i giudici romani hanno fornito una nuova interpretazione dell'art. 321 c.p.p. il cui chiaro disposto, in vero, non sembrava potersi prestare ad interpretazioni di tal fatta. Ha infatti innovativamente statuito il Supremo Collegio che «anche in caso di aggravamento (o protrazione) delle conseguenze del reato», deve comunque essere effettuato un bilanciamento

tra «le esigenze generali di prevenzione e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo colpito dal provvedimento limitativo».

Si tratta di un principio per certi versi rivoluzionario, tanto che la Suprema Corte lo ha dovuto ricondurre non già a fonti giuridiche interne bensì ad altre di rango internazionale: a sostegno della decisione vengono infatti richiamati sia la «protezione del diritto di proprietà prevista dall'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla C.e.d.u.», sia la «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 52, comma 1, in relazione al diritto di proprietà previsto nel precedente art. 17), riconosciuta dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (art. 6, comma 1)».

Costituisce dunque novità di assoluto rilievo e (visto quanto accaduto all'interno dello stesso Collegio Giudicante) di sicuro futuro dibattito giurisprudenziale, quello secondo cui «il sequestro preventivo su beni di proprietà di persone diverse dall'indagato (o imputato) deve ricercare un "giusto equilibrio" tra le necessità dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo».

In conclusione, nel breve volgere di un anno, la Cassazione, richiamando il superiore insegnamento della Corte di Strasburgo, ha, **in forza dell'art. 7 della C.e.d.u.**, in prima battuta sovvertito il proprio orientamento secondo cui la confisca possa attingere anche i beni di proprietà di soggetti terzi in buona fede.

Richiamando poi il contenuto dell'**art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla C.e.d.u.**, la Corte ha quindi pure riveduto (ma ciò evidentemente ha fatto senza riuscire ad ottenere l'unanimità dei consensi) la regola secondo cui il sequestro va sempre mantenuto, anche nei confronti di soggetti estranei al reato, laddove la libera disponibilità del bene possa comunque aggravare o protrarre le conseguenze del reato.

Essendo dunque la materia (dopo anni di stallo) in piena evoluzione, questa rivista si ripromette di continuare a monitorarne gli sviluppi al fine di tenere costantemente aggiornati i propri lettori.

IL PUNTO SU...

Riflessioni a margine dell'incostituzionalità dell'art. 405, co. 1-*bis*, c.p.p.

di Sandro Fùrfaro

Incaricato di Diritto dell'esecuzione penale nell'Università UNISU di Roma

(Questo scritto è destinato a *La giustizia penale*)

1. *La pronuncia.* – La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 405, co. 1-*bis*, c.p.p., introdotta dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n. 46.

La Sentenza n. 121 del 24 aprile scorso [in G.U. 29.4.2009, n. 17] ha avuto origine dall'eccezione di illegittimità costituzionale della disposizione suddetta proposta in riferimento agli artt. 3, 111, 2° co., e 112 Cost., in quanto la norma censurata, per un verso, trascurava la circostanza che il sindacato della Corte di Cassazione sulla gravità indiziaria, richiesta dall'art. 273 c.p.p., «si esercita per il tramite della motivazione del provvedimento impugnato: onde il vaglio del giudice di legittimità non si estenderebbe necessariamente a tutti gli elementi indiziari acquisiti nel corso delle indagini, in quanto il giudice di merito potrebbe averne trascurati alcuni nello svolgere le proprie argomentazioni», e, per altro verso, non teneva conto «della differenza tra gli elementi che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione a giudizio e quelli che legittimano l'applicazione di una misura cautelare», posto che, questi ultimi, «dovendo risultare idonei a fondare un giudizio di qualificata probabilità di condanna dell'indagato, avrebbero... una maggiore "pregnanza" dei primi: e ciò, in considerazione sia della diversa fase del procedimento in cui le misure cautelari normalmente intervengono ...; sia della gravità delle misure stesse, le quali sono applicate a prescindere dal contraddittorio tipico del giudizio».

Per tali aspetti, ad avviso del giudice remittente, la norma impugnata si rivelava lesiva,

sia dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., quanto del precetto di obbligatorietà dell'azione penale, enunciato dall'art. 112 Cost., venendo a limitare indebitamente l'autonomia del pubblico ministero nelle scelte circa l'esercizio di detta azione.

La Corte Costituzionale, dopo avere premesso che «sino all'introduzione della nuova norma non si era mai dubitato, in effetti, che la pronuncia emessa in sede cautelare, ancorché all'esito definitivo di una impugnazione, avesse una portata rigorosamente circoscritta al procedimento incidentale *de libertate*, senza poter vincolare né il pubblico ministero, quanto alle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale né il giudice dell'udienza preliminare, ai fini del rinvio a giudizio né, ancora, il giudice del dibattimento, con riguardo alla decisione sul merito della regudicanda», ha ritenuto fondata la questione in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., ritenendo la norma incriminata di per sé irragionevole per un triplice ordine di profili.

Innanzitutto, per la diversità tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l'esercizio dell'azione penale. In relazione a ciò, la Corte ha sottolineato come, mentre «in ambito cautelare, la valutazione dei "gravi indizi di colpevolezza" implica, infatti ... un giudizio prognostico di elevata probabilità di colpevolezza, giudizio peraltro di tipo "statico", in quanto basato sui soli elementi già acquisiti dal pubblico ministero ed essenzialmente funzionale agli scopi della misura, vale a dire alla soddisfazione delle esigenze cautelari al-

lo stato degli atti e durante il procedimento», ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p. «il pubblico ministero chiede l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato quando gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio», sicché «la valutazione di tali elementi ha luogo “non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale” e dei suoi precipui obbiettivi, rappresentando “la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo”».

Di seguito, per l'incongruenza della norma denunciata, in quanto trascura la diversità, strutturata come fisiologicamente possibile, della base probatoria delle due valutazioni a confronto. Secondo la Corte, «il pubblico ministero fruisce, infatti – pacificamente – di un potere selettivo riguardo agli elementi da sottoporre al giudice della cautela ...: potere che trova il suo metro di esercizio nel vaglio comparativo tra gli interessi, talora confliggenti, ad ottenere la misura richiesta e, nello stesso tempo, a non pregiudicare, con una prematura e ampia rivelazione degli elementi acquisiti, le indagini ancora in corso, specialmente quelle riguardanti più indagati e più ipotesi d'accusa», mentre, al contrario, «le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale debbono essere prese sulla base di tutto il materiale investigativo».

Infine, perché la Corte di Cassazione, quando si pronuncia in materia cautelare, non accerta in modo diretto la mancanza del *fumus commissi delicti*. Per la Corte, infatti, «il sindacato *de libertate* della Corte di Cassazione, precipuamente in materia di gravità indiziaria, si esercita indirettamente mediante il controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato ... [essendo] del tutto residuali e comunque occasionali essendo le situazioni in cui, invece, può direttamente incidere su tale gravità, ad esempio escludendo l'utilizzabilità di uno o più degli elementi indiziari valorizzati dal giudice di merito».

Conclusivamente, secondo la Corte, la norma «altera[va] la logica dell'istituto dell'archiviazione, che per *ratio* storica e per il mo-

do in cui è disciplinato, si propone come uno strumento di controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precepto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga indebitamente omessa: laddove, per contro, nella prospettiva offerta dalla norma stessa, detto istituto assumerebbe l'opposto obiettivo di impedire che l'azione penale venga inopportuna esercitata, anticipando, in pratica, la funzione di “filtro” che dovrebbe essere propria dell'udienza preliminare».

2. *Ragionevolezza e metodo.* – Può dirsi che il Giudice delle leggi ha ritenuto irragionevole l'impedimento all'azione repressiva i dubbi avanzati in dottrina sulla differenza (qualitativa e quantitativa) del giudizio cautelare rispetto a quello di merito, sui limiti di cognizione della Corte di Cassazione [v. ADORNO, *La richiesta “coatta” di archiviazione*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 53; BRICCHETTI, PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito per il Pm*, in *Guida Dir.*, 2006, 10, 66; FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, in *D&G*, 2006, 36, 104] e sulla violazione del principio di obbligatorietà dell'azione [v. IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Dir. Pen Proc.*, 2007, 1095] senza considerare adeguatamente né l'evoluzione impressa dal «diritto vivente» al giudizio sulla gravità indiziaria cautelare, né i limiti naturali che l'obbligatorietà dell'azione penale implicitamente incontra nell'opera di realizzazione dell'impianto costituzionale.

Prima di affrontare il merito della decisione, pare necessario rimarcare come sia la portata estremamente elastica del parametro della ragionevolezza a comportare scelte che, oltre a intaccare il principio stesso di libertà dell'azione normativa, si pongono in stridente contrasto col fine giustificativo che il controllo di ragionevolezza della legge assume.

Il problema non è nuovo e l'impressione che si riceve è di uno stato di immanente confusione tra sindacato di legittimità costituzio-

nale e sindacato di merito che finisce col risolversi in una sorta di scrutinio di «giustizia» della legge che trasforma il controllo di costituzionalità «in una sorta di superlegislazione» [PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, 158 ss.] estranea ai referenti costituzionali pure evocati.

Se il giudizio di ragionevolezza è essenzialmente giudizio di compatibilità dello scopo della legge a quello espresso dalle disposizioni costituzionali può dirsi che da tempo siffatto giudizio risulta di fatto svincolato da parametri certi. In sostanza, «la Corte *intuisce* che la legge, così com'è, *non va bene* e tuttavia non v'è alcun contrasto diretto ed esplicito, né indiretto ed implicito ... con la Costituzione, la quale viene comunque percepita come *lesa*» [RUGGERI, SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1997, 115], ragion per cui, acclarato un qualcosa che non va, si ritiene violato lo spirito della Costituzione e «l'incostituzionalità viene ricondotta a un vizio di ragionevolezza attraverso una pluralità di eterogenee tecniche argomentative» [CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, 83].

La ragionevolezza, in tal modo, non è l'*organon* di relazione logica e sistematica tra la funzione, lo scopo della legge e questo o quel precetto costituzionale, bensì «una specie di *passé partout*, attraverso cui la Corte riesce a far apparire nella sua attività una continuità di giudizio che in realtà non c'è, riempiendo di cose diverse lo stesso grande contenitore che mantiene in ogni caso lo stesso nome e che si presta quindi ad essere impiegato ora in un senso, ora in senso esattamente opposto» [ROMBOLI, *Riferimenti comparatistici*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Atti del seminario, Palazzo della Consulta 13-14.10.1992, Milano, 1994, 230].

Il *vulnus* è evidentemente costituito dall'assenza di regole precise e in proposito non può non ripetersi quanto nitidamente posto un luce da Autorevole dottrina pubblicistica: che, cioè, «la vera ragionevolezza, oltre ad

essere standardizzata in schemi precisi, dovrebbe passare attraverso la valutazione dei singoli parametri sostanziali e non dall'onnicomprendente art. 3 ..., né tanto meno essere "aggiunta" *ad abundantiam* alle decisioni, quale argomento che apparentemente le rinforza» [CELOTTO, *Commentario*, cit., 83, nt. 211]. Ed è estremamente semplice, da tale prospettiva, sviare dallo scopo, magari ricercando nella considerazione parziale di questa o quella norma motivo per sacrificare il portato stesso di essa e la *ratio* del sistema nel quale è inserita, secondo una (davvero infelice) *lettura contro* che, al dunque, risulta esiziale al sistema.

Va sottolineata, in proposito, l'estrema duttilità della Carta fondamentale che davvero si presta ad offrir ragioni all'evidenza contraddittorie; e non va dimenticato che proprio sui temi della giurisdizione e, in particolare, del processo penale, l'approccio che condiziona l'interpretazione pare essere davvero viziato all'origine dall'assenza di decise prese di posizione delle disposizioni costituzionali. Queste, infatti, più che dipanarsi secondo sviluppi omogenei conseguenti alla riconosciuta priorità dei diritti fondamentali della persona come «fine del sistema delle libertà garantite» [BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1982, 66], si avviluppano in un tentativo (faticoso, sempre, e, a volte, impossibile) di contemperare gli opposti principi di autorità e libertà senza riconoscere quello che, prioritario ed essenziale, determina che sia l'altro a relazionarsi e conformarsi ad esso. Si determina, così, che autorità e individuo siano quasi sempre posti sullo stesso piano, addirittura perdendosi di vista il fine dell'esistenza stessa dell'autorità che è proprio l'individuo.

Un punto deve essere fermato e ribadito con decisione: è il giudizio di compatibilità costituzionale della norma a risultare insoddisfacente laddove l'evocazione della ragionevolezza prescinda dalla verifica dello scopo della norma stessa e dall'inquadramento di essa nel sistema delle garanzie fondamentali (costituzionali e sovranazionali) a base dell'ordi-

namento; ancor più, nel caso in cui l'utilizzazione di parametri di valutazione parziali o palesemente incongrui dissimuli un giudizio di merito, che certamente soddisfa consolidate abitudini interpretative, ma inesorabilmente aumenta il divario tra ordinamento reale e ordinamento a cui aspira il sistema fondamentale.

Se il giudizio di ragionevolezza è essenzialmente giudizio di congruità tra la legge e il suo fine, nella decisione in esame non pare che proprio il fine sia stato adeguatamente considerato alla luce dell'interessa del sistema costituzionale. La domanda di cosa si prefiggesse il legislatore e fino a che punto tale scopo fosse ragionevolmente attuativo del sistema costituzionale la Corte Costituzionale non se l'è assolutamente posta, nonostante fosse di palmare evidenza che la riconducibilità della norma alla necessità di evitare accanimenti processuali inutili che, in punto di rilevanza costituzionale, si risolvono in vera e propria esposizione a pericolo della tranquillità e della sicurezza del cittadino, oltre che in un dispendio di energie contrario ai principi di efficienza e di buon andamento di tutta l'azione degli apparati pubblici.

Giova insistere sul punto, in quanto l'individuazione della funzione della norma è momento talmente essenziale al giudizio di ragionevolezza che per l'accertamento di essa davvero non vi sono limiti, potendo la Corte spaziare «richiamando circostanze extragiuridiche ..., ricorrendo all'esame dei presupposti di fatto o delle circostanze di fatto (...), facendo ricorso alle esigenze della realtà sociale in continua trasformazione (...), all'assetto storico della situazione regolata (...), all'evoluzione legislativa degli istituti esaminati (...), all'interpretazione di un sistema normativo (...), ricorrendo ai lavori preparatori o agli stessi Atti dell'Assemblea costituente» [CELOTTO, *Commentario*, cit., 81, nt. 192, che richiama pure GROPPI, *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997].

L'individuazione del fine cui la legge è preordinata costituisce, dunque, l'oggetto del giu-

dizio di ragionevolezza, posto che, come esattamente rilevato dal Lavagna [*Istituzioni di diritto pubblico*, 5^a ed., Torino, 1982, 1049 ss.], è di esso (e non di altro) che si discute. Se, secondo tradizione ormai consolidata, il giudizio di razionalità-ragionevolezza della legge si esprime normalmente in termini di coerenza logica, e/o di coerenza teleologica, ovvero di coerenza storico-cronologica, «questi schemi hanno ... un *quid commune* (presente in tutti i giudizi di ragionevolezza): l'esame della disciplina positiva è condotto alla stregua della *ratio legis*, assunta non in sé, ma in relazione all'ordinamento giuridico», cosicché «attraverso il controllo della razionalità legislativa, operato con il medium della *ratio legis*, [si] risale progressivamente l'intero ordinamento giuridico, fino ai principi costituzionali, che il contesto impone di prendere in considerazione» [MORRONE, *Corte Costituzionale e principio generale di ragionevolezza*, VI versione, Bologna, 2007, in *www.giuri.unibo.it*, 10 ss.].

Il giudizio di razionalità della legge, dunque, «pur avendo ad oggetto direttamente l'atto legislativo, non si risolve all'interno del diritto legislativo, ma si estende all'ordinamento costituzionale complessivamente considerato» [MORRONE, *op. loc. cit.*].

3. *Obbligatorietà dell'azione e principio di sicurezza giuridica.* – Se così è, pur senza enfatizzare, va ribadito che il processo, anche nella fase procedimentale, è già di per sé una pena, per cui sminuirne l'incidenza in termini di peso e sofferenza sull'esistenza della persona di fronte all'inutilità evidente del procedere costituisce vera e propria deviazione rispetto ai canoni fondamentali.

«È noto che nel sentire comune al fatto della sottoposizione al processo è strettamente associata l'idea di una sofferenza; di un qualche cosa di afflittivo che ineluttabilmente consegue al solo essere oggetto di un'indagine penale, indipendentemente dalla circostanza che l'indagine sfoci o meno in un'imputazione, questa in un rinvio a giudizio e quest'ultima in una condanna» [CORBI, *Il processo come pena. Le sofferenze ed i danni derivanti dalla sottoposizione al processo ed*

alle misure endoprocessuali. Relazione all'Incontro di Studi "Modelli e dinamiche del processo e della pena", C.S.M., Roma 15-18 gennaio 2001, in *www.Unjobs.org*, 2, che ricorda CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, 161, che per primo condensò nell'espressione «il processo come pena» i termini «di una esistente e indubitabile realtà», e tale constatazione, lungi dal costituire un dato metagiuridico di scarsa portata, impone invece l'individuazione dei parametri normativi cui ancorare la tutela (effettiva e concreta) del soggetto sottoposto ad indagine e processo, appunto contro le iniziative (le azioni) che si risolvono nella sottoposizione ad indagine e processo senza una prognosi di probabile condanna.

È vero che la sofferenza a causa dell'indagine e del processo prescinde dall'essere il perseguito innocente o colpevole; parimenti vero, però, che disponendosi a individuare i suddetti parametri, la differenza tra le due posizioni gioca un ruolo determinante appunto in termini di prognosi giustificativa della sofferenza. Se non si può «punire senza procedere», non è nemmeno possibile «procedere senza punire» [In ciò, CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 54-55, individua la «inevitabile implicazione del processo nella punizione e della punizione nel processo», trovandone la giustificazione solo «con la necessità di punire»], per cui la giustificazione del «punire procedendo» non può provenire che da una prognosi di concreta punizione.

Si tratta, evidentemente, di garanzia e tutela delle posizioni soggettiva ed oggettiva rispetto a situazioni giuridiche che, in assenza di *novum*, non possono che definirsi consolidate e, in quanto tali, non possono essere sacrificate sugli altari di un'ermeneutica degli istituti che espunga dai concetti i fenomeni e, al dunque, i sistemi e le garanzie.

Dal punto di vista oggettivo, infatti, uno dei limiti all'obbligatorietà dell'azione è costituito dalla «superfluità» di essa, così come esattamente individuata proprio dalla Corte Costituzionale, per la quale, seppure è vero che «il principio di obbligatorietà dell'azione pe-

nale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità del giudice», non è men vero che «azione penale obbligatoria non significa affatto consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo», posto che limite implicito ad essa è che «il processo non debba essere instaurato, quando esso si appalesi oggettivamente superfluo» [C. Cost., 15.2.1991, n. 88, in G.U. 22.2.991, n. 9]. E come non ritenere «superfluo» un processo privato di «sostanza probatoria» da una decisione che, escludendo la gravità indiziaria, esclude per implicito la sussistenza di prove di responsabilità «oltre ogni ragionevole dubbio». Anche laddove si volesse ritenere, come propone Autorevole dottrina [CORDERO, *Procedura penale*, 6^a ed., Milano, 2001, 470], che le probabilità non sono legalmente qualificabili e che, quindi, è «questione aperta [se] durante l'indagine ... esistono indizi *gravi*», l'esito a seguito del giudizio che esclude che lo siano supera l'asserzione di chi li implica tali e l'«epilogo corretto» non può che essere un non luogo a procedere.

Dal punto di vista soggettivo, è l'art. 2 Cost. a sancire il diritto (inviolabile) del cittadino a non essere in qualsivoglia modo turbato nella tranquillità necessaria ad esprimere, nel rispetto della legge, la propria personalità ed esplicitarla – appunto per dettato costituzionale – senza che gli si possa frapporre alcunché, salvo il limite costituito dall'esigibilità di «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», tra i quali, evidentemente, non v'è quello di subire un procedimento o un processo penale. La norma, giusta l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza, definisce la «garanzia di base» di quella «sicurezza personale», di cui altre norme della Carta costituzionale (artt. 13 ss.) considerano aspetti particolari e consente «di canalizzare nel nostro ordinamento quei diritti che, espressi dalla evoluzione della coscienza sociale, abbiano trovato consacrazione in atti e convenzioni internazionali, sia che essi abbiano o non abbiano ricevuto ratifica e sia che essi abbiano o non abbiano ricevuto esecuzione» [BARBERA, *Art. 2*, cit.,

66]. Tra tali atti internazionali, significativa la C.E.D.U. che, nel sistema delle garanzie, individua, in lettura congiunta degli artt. 6, 7 e 8, il medesimo diritto generale al rispetto della vita privata, ponendolo a base di una vasta gamma di situazioni rilevanti ai fini della tutela convenzionale che hanno come base la tutela della sicurezza della persona da qualsiasi attentato alle posizioni definite.

A tale proposito, la Corte europea, in diverse occasioni, ha un concetto di «sicurezza giuridica», da intendere, nell'accezione più ampia, come la condizione di intima tranquillità di chi si trova in una situazione giuridicamente rilevante che gli consente di sentirsi al riparo da pericoli derivanti da una norma ovvero da un'azione o decisione giudiziale [in tema, ampiamente, DE SALVIA, *La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 2001, 717]. È indubbiamente vero che gli esempi offerti dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema sono i più vari e spaziano dal diritto sostanziale [v. Corte eur., 25.5.1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52, in tema di estensione *in malam partem* della legge penale; Id., 22.10.1996, Stubbing e alt. c. Regno Unito, § 51, in tema di prescrizione del reato; Id., 29.3. 2006, Achour c. Francia, §§ 30, 37-39, in tema di legalità e irretroattività della pena] alle garanzie processuali [v. Corte eur., 28.10.1998, Péres de Rada Cavanilles c. Spagna, § 45, in tema di rispetto dei termini processuali; Id., 12.4.2006, Martinie c. Francia, § 54, in tema di pubblicità dell'udienza e imparzialità del giudice]; nondimeno, dal complesso di essi è agevole trarre come direttiva di massima, quella di garanzia della «prevedibilità» delle conseguenze eventualmente pregiudizievoli derivanti da determinate condotte della persona e della conseguente tutela della situazione quesita nel caso intervenuta decisione giudiziaria rilevante su quelle condotte [Corte eur. (G.C.), 28.10.1999, Brumarescu c. Romania, §§ 61-62, in tema di facoltà concesse alle parti e, in specie al procuratore generale dello Stato, sia pure in tema di riapertura di procedimento

conclusosi con sentenza ormai inappellabile ha affermato il principio, per cui «uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio della sicurezza dei rapporti giuridici», che, al di là della particolarità del caso, pare costituire parametro generale di riferimento, laddove, senza pregiudizi, si discuta comunque di situazioni probatorie definite].

Siffatte indicazioni delle disposizioni fondamentali trovano puntuale (pur se misconosciuta) conferma nell'assetto codicistico che sorregge l'esercizio dell'azione. Se l'obbligo stabilito dall'art. 112 Cost. incontra in ogni caso il limite della superfluità, la correlazione con l'art. 405, 1° co., c.p.p. pare essere perfetta, laddove l'esatta applicazione di tale norma esclude che superflualmente si possa agire. L'esercizio dell'azione, infatti, semmai lo è stato in precedenza (e se ne dubita), non è più una generica domanda utile a qualsivoglia decisione: esso è, invece, una richiesta di merito su un fatto determinato che si assume corrispondente ad una fattispecie penalmente rilevante e che è attribuito a taluno ben individuato a carico del quale devono sussistere elementi concreti di colpevolezza.

Diversamente dal passato, l'art. 405 c.p.p., affermando che il pubblico ministero esercita l'azione allorché non deve chiedere l'archiviazione, codifica un meccanismo di riconduzione dell'azione alla connotazione propria della funzione repressiva commessa al soggetto pubblico che non consente equivoci: il pubblico ministero agisce solo allorché il materiale raccolto possa condurre ad una probabile condanna e laddove tale probabilità manchi, l'archiviazione corrisponde ad uno specifico dovere d'ufficio. È, in proposito, non può trarre in inganno il tenore dell'art. 408, 1° co., c.p.p., secondo cui l'archiviazione è dovuta ogniqualvolta il materiale raccolto non è sufficiente «a sostenere l'accusa in giudizio». A parte la considerazione che l'art. 125 disp. att. «rettifica il tiro» [CORDERO, *Procedura penale*, cit., 420], sono le situazioni rilevanti per il non luogo a procedere indicate nell'art. 425, 3° co., c.p.p. a definire l'ambito dell'azione sostenibile. È

vero, dunque, quanto acutamente rilevato in dottrina: che, cioè, «sebbene nessun articolo lo dica e, forse, i codificatori non lo pensarono», le imputazioni «postulano condanne probabili» [CORDERO, *Procedura penale*, cit., 392], ragion per cui, i limiti dell'azione sostenibile (*rectius*: non superflua) definiscono in sé i parametri dell'obbligo di agire, che nel sistema rassegnato dal legislatore del 1988 risultano, quindi, del tutto diversi da quelli del sistema precedente, nel quale la prassi, evidenziando la diversità di «livello probatorio» utile per l'esercizio dell'azione rispetto a quello necessario al legittimo esercizio del potere cautelare, aveva distinto di «indizi *ad imputandum*» di portata minore da quelli «*ad custodiendum*».

Dato ciò, la pecca della norma ritenuta non conforme al dettato costituzionale non era affatto costituita dall'instaurazione di «una sorta di corrispondenza biunivoca nel rapporto di dipendenza tra cautela e processo» [ALONZI, Art. 405, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Milano, 2007, 3623] e neppure dalla possibile configurazione di una vera e propria «paralisi dell'esercizio dell'azione penale» [DELL'ANNO, «Archiviazione cautelare» e conseguenti problemi operativi, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 29] nel caso in cui la Corte di Cassazione avesse ritenuto insussistenti i gravi indizi di colpevolezza; essa, invece, risiedeva nella scelta (riduttiva) di privilegiare soltanto la decisione di legittimità, nonostante essa costituisse un vero e proprio accertamento di fatto, assolutamente identico a quello che si realizza nei casi di decisioni non impugnate emesse dal g.i.p. che non accolga la richiesta di misura cautelare ovvero del giudice del riesame che ritenga insussistente la gravità indiziaria. In linea di fatto e di principio, infatti, anche in tali casi si produce quel «giudicato allo stato» [sul quale, in ambito cautelare, Cass., S.U., 19.12.2006, n. 14535, in *Riv. Pen.*, 2007, 1008] che non esplica la sua efficacia soltanto nell'ambito della cautela, ma che, in virtù dell'omogeneità dei valutabili, si pone

in relazione al giudizio di merito come definizione di una situazione di fatto meritevole di riconsiderazione soltanto alla sopravvenienza di novità atte a superarla.

In tal senso, la norma era indubbiamente incompleta, ma la «razionalità» di essa non era certamente in discussione. Il fulcro della questione, infatti, non era costituito dall'imposizione di un condizionamento del processo principale in forza di un accertamento «sommario» in quanto «svolto in ambito incidentale» [ALONZI, *op. loc. cit.*], ma dal riconoscimento del giudizio cautelare quale accertamento giudiziale compiuto sui probabili proposti, così come accertamento evidenziato dai dimenticati (dalla Corte Costituzionale) approdi della giurisprudenza di legittimità, dei quali immediatamente si dirà.

4. «*Gravi indizi di colpevolezza*», «*prova allo stato*» e «*condanna probabile*». – Secondo la decisione in esame «Interferenze tra procedimento cautelare e procedimento principale erano considerate ammissibili solo in direzione inversa, sulla base del cosiddetto principio di assorbimento: nel senso, cioè, che il raggiungimento di certi stadi decisori nel procedimento principale era idoneo ad incidere in modo preclusivo – positivamente o negativamente – sulla verifica del *fumus commissi delicti*, richiesto ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali. Il principio di «impermeabilità» del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare ha, in effetti, un preciso fondamento logico-sistematico. Esso non discende, difatti, unicamente dal rilievo che la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale».

L'affermazione tradisce un evidente vizio di approccio: la diversità (qualitativa e quantitativa) del giudizio cautelare rispetto a quello di merito che ontologicamente e sistematicamente non ha ragion d'essere. Nonostante i dubbi che l'antagonismo nomenclatorio tra indizio e prova ingenera, il punto è costituito

pur sempre dall'omogeneità dei valutabili. E se l'art. 273, 1° co., utilizzata per la prognosi di colpevolezza la categoria concettuale dell'indizio, l'uso di tale termine non deve trarre in inganno nella definizione dei concetti e, soprattutto, nella ricostruzione dei fenomeni. L'indizio (o, più accertamente, i gravi indizi), nell'economia della norma, infatti, non rileva che come elemento concreto di definizione di un metodo di giudizio; come criterio di valutazione del materiale probatorio esistente e non secondo uno schema, più o meno astratto, di classificazione della prova.

Va tenuto presente, in proposito, che il contenuto di una intercettazione telefonica, una traccia ematica, la confessione, una testimonianza e quant'altro valutabile, non muta la sua essenza di prova sol perché in un momento del procedere diverso da quello della decisione di merito lo si considera indizio. Dire, innanzi tutto, che alla base di ogni accertamento vi sono sempre e soltanto fatti e che questi sono provati da altrettanti fatti è un tutt'uno che prendere atto di come qualsivoglia nominalismo si riferisce sempre ad entità acquisite in quanto accadimenti e che la categoria concettuale per la valutazione di esse in vista di ciò che si vuole accertare è sempre la prova. Significativamente, ciò è quanto esprime l'art. 192 c.p.p., laddove è abbozzato un sistema di valutazione, nel quale il convincimento del giudice non è arbitrario, ma, in quanto vincolato nello scopo è regolato negli strumenti e nei criteri di giudizio.

La valutazione del giudice, anche allorquando l'evidenza parrebbe escluderla, è sempre imposta in termini di completezza e oggetto di essa è sempre la prova, a prescindere dalle nomenclature utilizzate. E quanto ciò corrisponda all'ontologia dei fenomeni decisori lo si coglie appieno dalle disposizioni sulla motivazione: all'art. 546, 1° co., lett. e – secondo cui il giudice deve indicare, a pena di nullità, le prove poste a base della decisione stessa ed enunciare le ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie – fa precipuo riscontro l'art. 292, 2° co., lett. c e c-bis, che, imponendo l'esposizione delle ra-

gioni che giustificano la misura, l'indicazione specifica degli elementi di fatto da cui sono desunti e i motivi per i quali essi assumono rilevanza in valutazione congiunta con elementi di segno contrario, costituisce davvero, al di là dello specifico cautelare, lo schema più analitico che il codice preveda per la motivazione *in facto* [in proposito, GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 160; BARGI, *Il modello di Cassazione nel codice di procedura penale*, in GAITO, *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 479].

L'indicazione contenuta nell'art. 192, 2° co., in tale contesto, lungi dal costituire una regola di giudizio autonoma riferita soltanto ad un tipo di prove valutabili, pare piuttosto indicare e specificare dei passaggi obbligati di valutazione che corrispondono alla normalità di ogni valutazione giudiziale. Se è il grado di attitudine dimostrativa delle prove rispetto all'accertamento che può variare e non l'essenza di esse in quanto prove, la distinzione tra indizio e prova, nell'essenza che costituisce l'accadimento come dato probatorio valutabile, non esiste: stabilita la categoria concettuale della prova come veicolo di accertamento, ogni indizio è prova, così come, dal punto di vista della verifica dell'attitudine dimostrativa del dato, ogni prova è indizio, dal momento che «nessun mezzo di prova dispensa dalla verifica» [FASSONE, *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo penale*, in *Quest. giust.*, 1989, 844; in tema, pure, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 130; IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, 177, secondo il quale “qualsiasi prova – dalla confessione alla testimonianza – deve essere riscontrata”]. In tal senso, la disposizione di cui all'art. 192, 2° co., si pone come modello di procedimento logico di valutazione di ogni prova, o, più efficacemente, come «un modello retorico di ragionamento giudiziale, che implica la giustificazione di una tesi e, nello stesso tempo, la confutazione della tesi opposta,

sulla base di asserzioni che sono potenzialmente condivisibili dalla maggior parte degli uomini» [DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 1260].

Per altro, l'indizio, secondo tradizione, più che fatto è argomento [per FRAMMARINO DE' MALATESTA, *La logica delle prove in criminale*, I, Torino, 1895, 19, l'indizio è «quell'argomento probatorio indiretto che trae l'ignoto dal noto per rapporto di causalità»], con un'accentuazione del momento prettamente intellettuale nella riconduzione dell'ignoto al noto che evidenzia, più che l'essenza (*rectius*: la *quiddità*) del noto rispetto all'ignoto, la «capacità dimostrativa» di esso verso ciò che comunque *indica*. Ciò vero, non pare esatto sostenere che esista diversità tra indizio e prova e che essa consista nel fatto che l'indizio fornisce una «probabilità» del fatto da provare mentre la prova una «ragionevole certezza». Intanto, non è detto che l'inferenza logica tra il fatto noto indiziante e quello ignoto si ponga sempre in termini di probabilità; poi – molto più seriamente – non è affatto vero che la prova c.d. diretta definisca sempre e comunque in termini di certezza l'esistenza o l'inesistenza di ciò che si deve provare, laddove, invece, tale certezza può essere acquisita attraverso il collegamento di diversi fatti c.d. indizianti. Ciò vero, la «gravità» dell'indizio, così come la precisione e la concordanza di esso, costituisce una valutazione, e tale constatazione consente di prendere atto che essa ricapitola *in toto* il procedimento logico di valutazione di ogni prova che, sviluppandosi sempre attraverso inferenze, determina che nessuna decisione potrà mai essere motivata meramente indicando il contenuto di una o più prove senza la previa verifica di ciascuna esse e la comparazione con le altre ai fini della composizione del tutto in termini di certezza.

Se ogni indizio è prova, ogni prova è indizio e su tale affermazione pare doversi ritornare nel momento di ribadire l'identità di giudizio cautelare e giudizio di merito sui medesimi valutabili. Si vuol dire, in proposito, che «il

legislatore parla di indizi con riguardo ad elementi conoscitivi di varia natura, di per sé idonei a concretare soltanto una situazione di *fumus commissi delicti*: elementi legittimamente acquisiti, ma non necessariamente dotati di efficacia probatoria piena, tenuto conto anche delle fasi del procedimento in cui vengono valutati, e tuttavia potenzialmente suscettibili di svilupparsi in vere e proprie prove» [GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, 301], aggiungendosi che «indizio qui significa *probatio levior*, cioè una risultanza probatoria di persuasività inferiore a quella che è necessaria per un giudizio categorico di esistenza del fatto e, quindi, per una decisione di condanna» [DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario*, cit., III, Milano, 1990, 5]. Altre volte, la conclusione è addirittura perentoria: «La normativa che regola i presupposti applicativi delle misure cautelari personali utilizza il termine indizio in un'accezione totalmente diversa rispetto all'analoga qualificazione delle prove indirette contenuta nell'art. 192 c.p.p. [per cui] l'art. 273 descrive il presupposto probatorio del provvedimento restrittivo della libertà personale attraverso un'espressione – indizi – adeguata alla provvisorietà e all'incompletezza dell'accertamento» [CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in GAITO, *La prova penale*, I, Torino, 2008, 239].

Il riferimento all'indizio evocherebbe, così, incompletezza e/o provvisorietà di accertamento, e l'utilizzazione di esso come categoria concettuale accentuerebbe la lontananza tra la situazione considerata e la prova del fatto all'esito del giudizio di merito, secondo una prospettiva che tradisce l'ovvio timore delle possibili conseguenze di affidare allo stesso termine – prova – la base sostanziale per la composizione di un giudizio «allo stato» che, appunto perché tale, non dovrebbero ipotecare la decisione di merito, pur potendola ovviamente condizionare.

La questione resterà ancora confusa laddove ci si vorrà fermare ai termini senza porre mente alla situazione e al momento proces-

suale di riferimento: l'art. 273 riferisce gli indizi «alla colpevolezza» in tempi del procedere che possono, sì, essere superati, ma che non per questo definiscono situazioni «incomplete» o «passeggiere». Non è il fatto c.d. indiziante a mutare qualificazione nell'evolversi del processo; né, ovviamente, è la realtà di esso come *ente* a mutare: ciò che muta è la situazione processuale nella quale esso è considerato.

Stabilito che in tutti i casi in cui il termine indizio è utilizzato, il riferimento ad esso sottende un giudizio di sussistenza/insussistenza di situazioni rilevanti condotto su materiali valutabili, la nozione di indizio, altro non sta a significare che una prova è esistente «in un momento processuale anteriore alla completa verifica di tutti i possibili elementi di convincimento» [FASSONE, *Riflessioni sul tema della prova*, in *Quest. giust.*, 1985, 3, 511]. E se l'eventualità di decisioni successive formulabili sulla scorta di un più articolato quadro probatorio rientra nella fisiologia del sistema cautelare, ciò non è dovuto al più o meno rilevante valore probatorio dei dati utilizzabili (già espresso, per altro, dalla richiesta «gravità»), né alla provvisorietà del valutabile. Essa, invece, è consequenziale alla sopravvenienza delle situazioni e all'eventuale ampliamento del materiale probatorio, che impone la correlata rivalutazione di ogni giudizio fino alla decisione definitiva.

Un'innovazione normativa – l'art. 273, co. 1-*bis* c.p.p. – ha segnato un'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema che conforta tale conclusione.

Secondo la norma ora detta «Nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1». Seppure con una formulazione «inabile» – posto che «bisognava dire che le regole sulla prova valgono anche in sede cautelare (eventualmente sottolineando quanto sia assurdo ogni dubbio)» [CORDERO, *Procedura penale*, cit., 471] – tale disposizione, attraverso l'estensione al giudizio cautelare di alcune «regole di esclusione» della valutabilità della prova in relazione all'utilizzabilità di essa e

alle condizioni alle quali la valutazione è possibile, ha omologato la situazione cautelare a quella di merito, superando gli equivoci che, sulla asserita provvisorietà degli elementi valutabili, hanno segnato per più di un decennio dopo l'entrata in vigore del codice, l'insensibilità del giudizio cautelare alle regole di valutazione della prova commesse alla fase di merito.

Identità di valutabili-identità di giudizio: l'approdo definitorio di «indizio grave» come «prova allo stato» discende dall'esaltazione del momento valutativo. E, in tal senso, la giurisprudenza di legittimità (quella misconosciuta dal Giudice delle leggi) ha fermato un punto decisivo, affermando che «l'art. 273, co. 1-*bis*, interpretato alla luce degli artt. 3, 1° co., e 27, 2° co., Cost. che costituiscono il fondamento del sistema cautelare, impone, con il rendere applicabili le disposizioni generali sulle prove, richiamandone esplicitamente talune, l'osservanza delle regole di esclusione e di valutazione probatoria anche nella materia cautelare, equiparando nella sostanza il valore dei gravi indizi di colpevolezza a quello della prova e richiedendo che i primi possiedano il crisma della elevata probabilità o dell'elevato grado di credibilità razionale, nel quale si identifica la certezza processuale, con la conseguenza che i gravi indizi non sono altro che “una prova allo stato degli atti”, valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora *in itinere* e non è stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale ed è precisamente questo aspetto dinamico e non la loro differente capacità dimostrativa a contraddistinguerli rispetto alla prova idonea a giustificare la pronuncia di condanna» [Cass., Sez. I, 4.5.2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.*, 232601, preceduta dal significativo approdo di Cass., S.U., 30.10.2002, Vottari, in *Guida Dir.*, 2003, 5, 98, che, pur sempre dalla prospettiva probabilistica, ma richiamando i contenuti dell'allora nuovo co. 1-*bis* dell'art. 273 e dell'art. 292, hanno avuto modo di precisare come tali disposizioni, accentuando «l'obbligo della motivazione e la pregnanza della valutazio-

ne circa la forte valenza indiziante degli elementi a carico dell'accusato”, impongono la “comprovata e verificata” sussistenza di “situazioni indiziarie obbiettivamente consolidate ed idonee a sorreggere il giudizio prognostico di responsabilità a carico del soggetto da sottoporre a cautela” nonché “un approfondito ed incisivo apprezzamento

probabilistico di segno positivo in ordine alla colpevolezza, ancorché condotto allo stato degli atti e basato non su prove ma su indizi, tale da superare la tradizionale divaricazione tra le sommarie delibazioni di tipo indiziaro rilevanti in sede cautelare, e il giudizio sul merito della accusa riservato alla sede dibattimentale»].

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Le contestazioni: un'interpretazione della Corte che valorizza il contraddittorio

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

Per la Consulta, in tema di contestazioni nel corso dell'esame delle parti private, «l'interpretazione sistematica dell'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p. implica un giudizio di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 4, Cost. poiché le dichiarazioni rese nelle fasi anteriori al giudizio dall'imputato possono essere utilizzate – per quanto concerne la responsabilità dei coimputati – ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, a meno che i coimputati prestino il consenso all'utilizzabilità delle stesse in sede decisionale. Difatti, sia il comma 4 dello stesso art. 503

c.p.p., che fa espresso rinvio all'art. 500, comma 2, c.p.p., sia l'art. 513, comma 1, c.p.p. che pur ammettendo la lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nelle fasi anteriori al dibattimento, precisa che “tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso, salvo che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 500, comma 4” sono riferimenti inequivocabili dell'interpretazione accolta della Corte» (C. Cost., 1.7.2009, n. 197).

Le Osservazioni che seguono spiegano le ragioni per ritenere convincente il percorso logico seguito dai giudici costituzionali.

Osservazioni

di Claudio Papagno

1. *Gli echi del principio di non dispersione della prova nell'interpretazione del giudice a quo.* – Complice la non chiara formulazione della norma, continuano a riscontrarsi dubbi interpretativi circa l'effettiva portata applicativa della disciplina delle contestazioni. Il giudice remittente, in questo caso, avanza perplessità sulla possibile utilizzabilità, ai fini della decisione, delle precedenti dichiarazioni difformi, rese dall'imputato prima del giudizio e usate per le contestazioni, non solo nei confronti dell'imputato che le ha rese, ma anche dei coimputati.

Cosicché, la disciplina di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 503 c.p.p. si porrebbe in netto contrasto con gli artt. 24, comma 2, e 111 Cost., atteso che una siffatta interpretazione violerebbe il diritto di difesa dei coimputati, i cui

difensori non abbiano potuto partecipare all'assunzione delle dichiarazioni stesse e si porrebbe in netto contrasto con la concezione “massimalista” del contraddittorio accolto nella Carta costituzionale all'art. 111.

Le premesse interpretative di queste argomentazioni – a condivisibile parere dei Giudici costituzionali –, sebbene non appaiano del tutto avulse logicamente dal disposto normativo di cui agli artt. 500 e 503 c.p.p., si pongono in palese contrasto con i principi interpretativi richiamati dallo stesso giudice remittente.

L'art. 111 Cost. – evocato da quest'ultimo – attribuisce risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, al materiale rac-

colto in assenza della dialettica tra le parti, mirando così ad impedire che l'istituto delle contestazioni si atteggi a meccanismo illimitato e incondizionato di acquisizione di elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, prima e fuori del contraddittorio.

In questa ottica, si è inteso limitare l'efficacia delle contestazioni ai soli fini della valutazione "della credibilità del teste" (art. 500, comma 2, c.p.p.), sebbene non siano mancate spinte tese ad ampliare la portata applicativa, in chiave decisoria, del precedente narrativo difforme. Tanto che, non senza forzature ermeneutiche, si è sostenuto che il divieto costituzionale di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi si sia volontariamente e liberamente sottratto al confronto con l'accusato (art. 111, comma 4, Cost.) consentirebbe, *ex adverso*, l'uso probatorio delle dichiarazioni precedentemente rese da chi invece accetti di essere sottoposto al controesame, o, ancora, che dovrebbe ritenersi «formata nel contraddittorio» anche la «prova complessa» costituita dal precedente difforme utilizzato per la contestazione e dalla risposta fornita dal teste, con la quale quest'ultimo ritratti, smentisca o modifichi la sua precedente versione dei fatti.

Senza tornare su un dibattito che, per la sua ripetitività, potrebbe apparire addirittura noioso, preme mettere in evidenza come questi rilievi interpretativi non siano altro che l'espressione di un diffuso disagio empirico, che si sostanzia nella difficoltà di rinunciare ad un sapere preacquisito a fronte di un considerevole scarto cronologico tra il delitto e il processo.

Un fatto, però, emerge chiaramente: l'idea che, quando si nega valore probatorio al precedente difforme riversato nel dibattimento attraverso l'istituto delle contestazioni nei fatti, si sceglie di consegnare alla valutazione del giudice una sorta di prova testimoniale disarticolata, perché depauperata di una sua componente epistemologica ritenuta essenziale come il precedente narrativo discordante, per l'appunto.

Sicché, la concezione della regola contenuta nell'art. 500, comma 2, c.p.p. come espressione del canone epistemologico del contraddit-

torio stenta a fare breccia nell'attività dell'interprete giuridico e sono continui i tentativi di conferire alla stessa una falsa immagine di «regola incompiuta», di *lex minus quam perfecta* che impedisce al giudice di attingere all'intero patrimonio conoscitivo del teste.

Le medesime spinte ampliative che – non prive di decise forzature interpretative – hanno coinvolto anche la tematica che qui ci occupa portando la Cassazione, di recente, ad affermare, che il giudice di merito non può emettere sentenza di non luogo a procedere limitandosi a dare atto della ritrattazione, compiuta dall'imputato nel corso dell'udienza preliminare, delle dichiarazioni autoaccusatorie precedentemente rese, poiché così facendo "il giudicante ha sottratto alle parti (in questo caso il pubblico ministero) la possibilità di utilizzare le precedenti dichiarazioni per le contestazioni *ex art. 503 c.p.p.*, nell'ipotesi in cui, secondo la previsione del giudice, le dichiarazioni dibattimentali dell'imputato dovessero risultare identiche a quelle rese in sede preliminare". Implicito, ma comunque chiaro, il richiamo dei principi già enunciati nella nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 255 del 1992, che rappresenta, senza ombra di dubbio, l'espressione più alta del principio di non dispersione della prova e della verità come scopo ultimo del processo.

Che il richiamo all'interpretazione del 1992 della Consulta – sulla quale, peraltro, la Consulta ha già avuto modo di ricredersi – sia dannoso è testimoniato dalla lunga elaborazione giurisprudenziale e dalle sostanziali modifiche legislative che, nel frattempo, hanno riguardato il contraddittorio.

La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi nuovamente sul tema delle contestazioni al testimone del precedente investigativo (art. 500 c.p.p.), come riformulato dalla l. n. 63 del 2001, in conseguenza della modifica dell'art. 111 Cost., ha posto in evidenza come sia profondamente mutato, rispetto a C. Cost. n. 255 del 1992, in relazione alla pretesa elusione del – discusso – principio di non dispersione dei mezzi di prova, il quadro di riferimento costituzionale. Sotto

questa prospettiva, si fa notare come il risalto costituzionale al principio del contraddittorio, renda impermeabile il dibattito, quanto alla formazione della prova e al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti. Si esalta la scelta legislativa – coerente con i principi costituzionali – che, da un lato, esclude la canalizzazione come prova del materiale investigativo attraverso lo strumento contestativo e, dall'altro, recupera le previsioni costituzionali in punto di efficacia probatoria del materiale formato in deroga al contraddittorio.

Insomma, viene superato l'anacronistico principio per cui esiste per il giudice una sola verità che può collocarsi anche al di fuori o al di sopra delle prove legittimamente formate ed acquisite.

Tuttavia, se interpretazioni come quella per cui il giudice nel caso *de quo* ha sollevato questione di legittimità costituzionale vengono tuttora propinate all'attenzione dell'interprete, deve ritenersi che il principio di non dispersione della prova che ha animato la giurisprudenza della Corte Costituzionale per tutti gli anni novanta non sia ancora del tutto superato.

Se la stessa Corte, anche in tempi recenti, nel valutare la legittimità costituzionale degli artt. 511, 524, 525 c.p.p. “censurati, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 27, 101 e 111 Cost., nella parte in cui, secondo l'interpretazione delle sezioni unite della Corte di Cassazione, non prevedono che, nel caso di mutamento totale o parziale dell'organo giudicante, le dichiarazioni assunte innanzi a giudice diverso siano utilizzabili per la decisione mediante lettura a prescindere dal consenso o dal dissenso delle parti” giunge ad affermare l'esistenza del principio di non dispersione della prova, probabilmente la questione non è ancora sopita e, alla luce della legge costituzionale n. 2 del 1999 e le relative leggi di attuazione, ne occorre analizzare la portata e i limiti.

Innanzitutto un chiarimento: la Corte Costituzionale non parla di “principio” in maniera atecnica, riferendosi a qualcosa di amorfo cui occorre dare una definizione. Al contrario, l'uso del termine “principio” svela l'esistenza

di premesse culturali tanto robuste, quanto radicate.

Giusto per capire la questione interpretativa posta all'attenzione, occorre necessariamente riferirsi a taluni dei passaggi logici che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte Costituzionale negli anni novanta, prima che intervenisse la legge cost. n. 2 del 1999. Si giunse ad affermare che “l'oralità, assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo della formazione della prova nel dibattito, perché il fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità”. Il contraddittorio, degrada da principio ermeneutico del procedimento probatorio a mera formalità dell'acquisizione probatoria che non esclude, tuttavia, l'esistenza di altre e diverse modalità acquisitive. Questa considerazione ha costituito il viatico affinché trovassero ingresso, nel processo penale, modalità di accertamento ispirate all'autorità, le quali garantiscono il “processo giusto” contro limitazioni al raggiungimento della verità che deriverebbero da un “formale” ossequio al contraddittorio. Ciò scaturirebbe dalla caratteristica del nostro “ordinamento costituzionale che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma è prima di tutto improntato alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed al principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge”, sicché sarebbero incompatibili con il dettato costituzionale delle “norme di metodologia processuale che ostacolano in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione”.

Si ignora il valore epistemologico del contraddittorio come metodo di accertamento della responsabilità penale al cospetto del metodo autoritativo che, di converso, trasforma la fase decisionale da strumento di sapere a strumento di potere, tant'è che si giunge ad affermare che “nel codice è espresso anche un principio di non dispersione dei mezzi di prova, come emerge da quegli istituti che recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria,

atti non suscettibili di essere surrogati da una prova dibattimentale”.

Risponde alla concezione generale che radica il “principio di non dispersione probatoria” e, ancora prima, il modo di intendere la prova penale: la “ricerca della verità” ha la sua base logica essenziale nell’azione dell’autorità giudiziaria, grazie ai due momenti in cui questa si manifesta con i tratti che la connotano: il momento del pubblico ministero, che raccoglie in via d’indagine il dato storico e quindi lo trasferisce nel processo imponendolo unilateralmente; e il momento del giudice, che, ricevuto quel dato, lo valuta con un giudizio avulso da un ambito di reale elaborazione dialettica.

Insomma, il contraddittorio altro non sarebbe se non una formale modalità che accompagna, per ragioni di garanzia difensiva, la trasmissione da una fase all’altra del materiale di conoscenza necessario per la decisione, non la struttura originaria e infungibile di produzione delle premesse storiche della decisione, cosicché, quando non è in grado di funzionare, vi agisce, comunque, quella che ne è e ne deve essere la vera struttura portante, cioè il principio d’autorità.

Il fine primario ed ineludibile del processo penale, statuisce la Corte Costituzionale, è dunque quello del raggiungimento della verità. È difficile non essere d’accordo sul punto, a meno di non volere mettere in discussione non soltanto il concetto di giurisdizione, ma anche i cardini dello Stato di diritto. Esistono, però, più concetti di verità: una verità formale e una verità materiale, che trae, invece, linfa proprio dalla fuga dalla legalità processuale, e si arroga il diritto di essere per ciò solo più “vera” della prima. Nella concezione della giurisprudenza della Corte Costituzionale sviluppatasi nel corso di tutti gli anni novanta e culminata nella nota pronuncia n. 361 del 1998, il codice del 1988, nel momento in cui eleva il contraddittorio a principio ispiratore della formazione della prova, fa proprio il concetto di verità formale, con tutte le garanzie difensive che da essa discendono; ma – secondo la Consulta – questa tendenza risulta nel codice

alquanto esasperata, e dunque “irragionevole”; bisogna pure tenere conto delle esigenze di difesa sociale che l’ordinamento persegue; sotto questo aspetto, il contraddittorio costituisce un ostacolo, e dunque va temperato attraverso la valorizzazione di un altro principio, quello della “non dispersione dei mezzi di prova”. Altrimenti, il raggiungimento della verità – nel senso di verità materiale – verrebbe fortemente compromesso.

Può non piacere, quindi, ma la non dispersione della prova costituisce, a tutt’oggi, un principio che, nella giurisprudenza ispira l’interpretazione di numerosi istituti di natura probatoria del processo penale.

In verità, non esiste un *genus* di verità, al quale ricondurre le *species* di verità formale e verità materiale; esiste, invece, una sola verità, che è necessariamente relativa perché umana, sempre smentibile dalle successive risultanze, ma comunque più attendibile se sottoposta ad un procedimento di controllo di tipo dialettico. Se queste sono le premesse di un credibile accertamento fattuale, è allora agevole individuare quali siano le leggi naturali del giudizio: contrapposizione dialettica tra le parti, contraddittorio nella ricostruzione del fatto, terzietà dell’organo giudicante. Quelli che la giurisprudenza costituzionale considera come ostacoli al raggiungimento della verità, sono al contrario gli ineliminabili presupposti; se la ricostruzione di un fatto è maggiormente attendibile quando è sottoposta ad un compiuto procedimento di verifica e di falsificazione, un atto a rilevanza probatoria assunto unilateralmente da una parte – che sia pubblica o privata, non importa – è solo una informazione sulla quale discutere, ma non può mai costituire prova. In ciò si sostanzia, nel complesso, il metodo della giurisdizione. Il resto è procedimento di un interesse attraverso un procedimento, salvo poi discutere, invero sterilmente, sull’interesse maggiormente degno di tutela.

Da qui, a ritenere che le dichiarazioni rese da un imputato prima del dibattimento ed emerse in questa sede in regime di contestazioni possano essere utilizzate anche nei confronti dei coimputati, il passo è davvero bre-

ve. Impercettibile, quasi, quando tale meccanismo di recupero probatorio non viene subordinato al consenso dei coimputati (art. 513, comma 2, c.p.p.) o al verificarsi delle circostanze eccezionali di cui all'art. 500, comma 4, c.p.p.

È questa la logica che ispira l'interpretazione dell'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p. e che induce il giudice *a quo* a dubitare della legittimità costituzionale delle norme medesime.

In siffatta situazione, ogni spiraglio interpretativo offerto dalle disposizioni di legge – come nel caso di specie – può rappresentare la stura per riaffermare la logica del “recupero probatorio”, attendendo alla base del principio del contraddittorio.

2. *Il principio del contraddittorio nella disciplina delle contestazioni.* – Presa isolatamente, priva di ogni addentellato costituzionale e di ogni altra implicazione di ordine sistematico, l'interpretazione del giudice remittente non è del tutto priva di fondamento. Una scissione delle posizioni processuali, in effetti, all'interno del medesimo procedimento, in punto di compendio probatorio, potrebbe creare un contrasto logico in sede di decisione, difficile da spiegare sotto il profilo della tecnica processuale.

Ma è proprio il confronto con il dettato costituzionale che mette in evidenza tutti i limiti di questa lettura ermeneutica della disciplina delle contestazioni nell'esame delle parti private. In questo senso, l'esegesi offerta dai supremi Giudici costituzionali appare davvero ineccepibile ove riconosce l'ineccepibile valore ermeneutico del principio del contraddittorio.

Questi, come il principio dispositivo, è un canone ermeneutico che afferisce al rapporto tra le parti e la prova, la cui statuizione, a livello costituzionale – ad opera della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 – prende le mosse dall'orientamento interpretativo adottato dalla Corte Costituzionale all'indomani dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito penale, il quale, enucleando una serie di principi di incerto fondamento costituzionale, come quello secondo cui «fine primario ed ineludibile del processo penale non può

che rimanere quello della ricerca della verità», ha svilito l'ispirazione accusatoria del nuovo tessuto codicistico.

Come si è evidenziato, emergerebbe, secondo l'orientamento della Consulta, un «principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale», tale da rendere ingiustificata la regola di esclusione stabilita dall'art. 500, comma 3, c.p.p. «che, non solo può giocare così a vantaggio come a danno dell'imputato, ma è suscettibile di ostacolare la funzione stessa del processo penale proprio nei casi nei quali si fa pressante l'esigenza della difesa della società dal delitto, quando per di più il ricorso all'intimidazione dei testimoni si verifica assai di frequente». Non occorre un eccessivo sforzo esegetico per concedere come questo orientamento abbia finito per influire il quesito costituzionale in commento.

La reazione del legislatore è nella già citata legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 con la quale si è inteso modificare il testo normativo (la Costituzione) su cui la Consulta ha fatto leva per giustificare il proprio orientamento interpretativo.

Dal punto di vista interpretativo, la traduzione in precetti normativi, seppure al massimo livello, del contraddittorio nella formazione della prova ha avuto il primo – e forse sottovalutato – effetto di trasformare quello che, nella *mens legis*, doveva essere un principio ispiratore del processo penale in una serie di regole, eccessivamente dettagliate, che hanno portato alla “codicizzazione” del testo costituzionale, con riflessi tesi a porre un limite alle interpretazioni troppo “ardite”, ma anche una paradossale restrizione della portata ermeneutica del principio medesimo. In un sistema delle fonti come quello italiano, organizzato gerarchicamente, deve necessariamente esservi un coordinamento tra le varie fonti normative sia in termini gerarchici, che di complementarità. Nel caso di specie, tuttavia, è evidente come tale coordinamento non vi sia stato, atteso che dovrebbe spettare solo alla disciplina codicistica (la legge ordinaria) la sfera riservata per la pro-

duzione delle norme destinate a rendere effettivi i precetti costituzionali. Insomma, alla legge le regole, alla Costituzione i principi. Nel caso di specie, così non è: la Costituzione contiene, oltre che principi, anche regole, le quali, «ancorché scritte nella Costituzione, non sono altro che leggi rinforzate dalla loro forma speciale».

Gli effetti deleteri di questa tecnica legislativa sono piuttosto evidenti: i principi sono particolarmente vaghi e talora ribaditi con eccessiva insistenza; le regole, non abbastanza puntuali per fornire una compiuta disciplina, ma, al contempo, sono troppo dettagliate per la rigidità della Carta costituzionale.

Una cosa è dire che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», altro e diverso è enunciare che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata...» ed è chiaro che trascurando la differenza si corre il rischio non di fare diventare fondamentali tutte le norme ma di abbassare le vere disposizioni fondamentali «al grado delle particolarità legislative costituzionali».

Se in sede interpretativa non si fossero verificate le distorsioni applicative proprie di una prassi giurisprudenziale intrisa di cultura inquisitoria, si sarebbe potuto fare a meno di una norma che richiamasse esplicitamente il principio del contraddittorio, potendo esso considerarsi come una esplicitazione necessaria dell'inviolabilità del diritto di difesa. Devono essere disattesi, sul punto, i rilievi sollevati da una parte della dottrina, secondo cui il diritto di difesa non si identifica con il contraddittorio, dal momento che il primo sarebbe funzionale agli interessi dell'accusato, mentre il secondo sarebbe funzionale agli interessi della giustizia, evidenziando la connotazione sostanzialmente pubblicistica del contraddittorio; diversamente, il legislatore costituzionale non avrebbe concesso la possibilità di derogare al contraddittorio «per consenso dell'imputato» (art. 111, comma 4, Cost.).

L'adozione del contraddittorio come metodo conoscitivo del processo penale comporta l'opzione per il principio dell'oralità, il quale «punta sull'elaborazione della prova nel contraddittorio fra le parti e che fa dell'imme-

diattezza e della concentrazione le componenti essenziali per il controllo e la valutazione delle acquisizioni probatorie. Il principio dell'oralità costituisce, così, la sintesi di altri principi e diventa la nota fondamentale del dibattito, perché in questa fase del processo convergono contraddittorio, immediatezza e concentrazione».

In particolare, l'oralità impone al giudice di utilizzare per la decisione le sole dichiarazioni di scienza pronunciate in sua presenza e, quindi, udite dallo stesso giudice (artt. 526 e 514 c.p.p.); l'immediatezza, si risolve nella necessaria partecipazione dello stesso giudice a tutti gli atti del processo senza intermediazione: si tratta del canone della necessaria identità tra giudice che raccoglie le prove e il giudice che le valuta (art. 525, comma 2, c.p.p.).

L'oralità è il frutto di un'elaborazione interpretativa per cui la prova formata oralmente davanti ad un giudice e, in particolare, a colui che decide è più sicura, dato che, da un lato, la trasmissione delle conoscenze per iscritto comporta necessariamente aggiunte e omissioni e, dall'altro, il contatto tra giudice e fonte delle informazioni permette di valutarne complessivamente l'attendibilità.

Il principio del contraddittorio, con i suoi corollari, impone una lettura «orientata» delle disposizioni normative contenute nel codice; lettura che, nel caso di specie, è stata disattesa «piegando» una regola probatoria, come quella contenuta nell'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p. a logiche alquanto differenti.

Il 4° comma dell'art. 111 Cost., quindi, stabilisce che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» e che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

Pertanto, il principio del contraddittorio nella formazione della prova informa la struttura del procedimento probatorio nell'aspetto fisiologico e fissa il criterio con cui devono essere interpretate le norme in tema di for-

mazione della prova che sarà, successivamente, utilizzata per la decisione finale.

La preoccupazione del legislatore di evitare che tale principio fosse svilito da letture di chiara marca inquisitoria, ha spinto verso l'indicazione nello stesso dettato costituzionale dei casi in cui la prova può essere acquisita e utilizzata per la decisione senza che abbia subito il vaglio del contraddittorio.

Cosicché si assegna alla legge ordinaria il compito di regolare i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio, ma è una riserva solo apparente perché, nello stesso comma 5, l'art. 111 indica le caratteristiche oggettive cui deve rifarsi il legislatore ordinario nello specificare i casi in cui la formazione della prova avvenga in deroga al principio del contraddittorio.

A ben vedere, l'art. 111 Cost. affida alla legge ordinaria la determinazione non dei modi, ma dei "casi" nei quali è possibile l'assunzione di prove al di fuori del contraddittorio, ammettendo che il legislatore possa avere margini di autonomia nella individuazione degli stessi presupposti cui condizionare tale evenienza, anche oltre quanto sancito nella clausola fondamentale. Semmai, si dovrebbe, volta per volta, verificare se i parametri ulteriori richiesti dalla disciplina ordinaria per il recupero degli atti irripetibili siano effettivamente legati alla preservazione del principio generale e non valgano, invece, ad aggirare i limiti costituzionali alla possibilità di derogarvi.

La norma costituzionale, tuttavia, è sotto alcuni profili ambigua e, messa in relazione con la normativa ordinaria, potrebbe generare non pochi dubbi di legittimità, per quella parte dell'impianto legislativo in tema di prova che ruota attorno al concetto di impossibilità di ripetizione.

La scelta di trasformare un principio in regola, anche in questo caso, si è rivelata poco efficace: si pensi alle ipotesi di cui agli artt. 431 e 512 c.p.p., ove è chiaro il riferimento all'impossibilità di realizzare il contraddittorio, che delimita l'area di operatività di una categoria di eccezioni al principio costituzionalmente ammesso. In entrambe le previsio-

ni, l'impraticabile rinnovo nel confronto dibattimentale dell'atto probatorio ne comporta il recupero, con piena dignità di prova, sin dalla formazione del fascicolo per il dibattimento oppure, nel corso dell'istruzione, mediante lettura. La nozione codicistica di "atti non ripetibili" (art. 431 c.p.p.) e di "sopravvenuta impossibilità di ripetizione" (art. 512 c.p.p.), che vale ad assicurare valore di prova ad atti nati come interna *corporis* delle indagini, trova immediata corrispondenza in quella oggettiva irrealizzabilità del contraddittorio per la prova che costituisce parametro di legittimità di alcune sue possibili compressioni.

Se il contraddittorio è un principio ermeneutico che ispira l'applicazione di tutte le regole a carattere probatorio, è evidente come le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 503 c.p.p. non possano sfuggire alle sue implicazioni esegetiche.

Cosicché, appare corretto l'apparato argomentativo che conduce la Corte Costituzionale a rigettare la questione di legittimità costituzionale della disposizione appena richiamata sul presupposto dell'erronea interpretazione delle stesse. Ciò che manca in questa è proprio l'applicazione del principio ermeneutico del contraddittorio che "per le prove dichiarative (...) sono ora, nel dibattimento, regola generale – fuori dalle tassative fattispecie derogatorie delineate dal nuovo dettato costituzionale – per cui gli istituti che mirano a preservarlo da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente assunti nelle fasi antecedenti devono necessariamente essere valutati in coerenza con gli enunciati dell'art. 111 Cost."

La Corte ha, altresì, efficacemente messo in evidenza come vi siano invalicabili ragioni sistematiche che inducono a ritenere incongruente l'interpretazione avanzata dal giudice remittente. Se non vi sono dubbi, infatti, sull'applicabilità dell'art. 500 c.p.p. all'esame dei soggetti indicati nell'art. 210 c.p.p., tuttavia, questa disposizione ammette la lettura delle dichiarazioni delle persone indicate nell'art. 210, comma 1, c.p.p. "soltanto sull'accordo delle parti".

Dunque, l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese precedentemente dal coimputato non è un meccanismo che opera automaticamente. Ma vi è di più: il comma 2 dell'art. 513 c.p.p. non rinvia alla disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. nella sua globalità, ma solo per determinare il proprio ambito soggettivo di operatività. Un dato testuale certamente ambiguo che non offre approdi esegetici certi in una materia così delicata, poiché sembra che la disposizione normativa non postuli necessariamente l'operatività della disciplina dell'intero art. 210 c.p.p. (e conseguentemente di quella di cui all'art. 500 c.p.p.).

Dato interpretativo ulteriormente confermato dal tenore letterario dello stesso art. 513, comma 2, c.p.p., il quale rinvia al solo comma 1 dell'art. 210 c.p.p., ponendo la problematica relativa al significato da attribuire al mancato rinvio ai soggetti indicati nel comma 6 di tale ultima disposizione.

Una lacuna che a taluni è apparsa "inspiegabile", non solo per il mancato richiamo della disciplina di cui al comma 4 dell'art. 500 c.p.p. da parte del comma 2 dell'art. 513 c.p.p., ma soprattutto per il suo inserimento nel comma 1, che riguarda l'esame dell'imputato sul fatto proprio, tanto da fare ritenere che una interpretazione letterale del comma 2 dell'art. 513 c.p.p. che escludesse l'acquisizione dei verbali contenenti le precedenti affermazioni, in caso di illecito condizionamento del soggetto dichiarante, sarebbe censurabile sia dal punto di vista costituzionale, sia per le conseguenze pratiche che comporterebbe.

Degli sforzi esegetici per individuare una giustificazione logica alla disparità di tratta-

mento nelle due discipline delle contestazioni sono stati effettuati e hanno portato ad affermare che la diversità, rispetto al comma 1 dell'art. 513 c.p.p., è da rinvenire nella diversa situazione "dell'imputato che parla per difendere se stesso accusando altri", nel qual caso la scelta del legislatore sarebbe "del tutto plausibile per la intuibile difficoltà, nel processo cumulativo per il medesimo reato, di sospendere l'esame allo scopo di distinguere l'ambito di utilizzabilità delle dichiarazioni che l'imputato rende".

Al di là dell'applicabilità o meno della disciplina del regime eccezionale di cui all'art. 111, comma 5, Cost. anche all'esame del coimputato, ai fini della nostra indagine, emerge un dato incontrovertibile: l'art. 513 c.p.p. si pone in netta frizione con ogni interpretazione dei commi 5 e 6 dell'art. 503 c.p.p. che sia tesa a fare recuperare efficacia probatoria alle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio, oltre che nei confronti dell'imputato dichiarante – anche nei confronti dei coimputati che non abbiano prestato il consenso e il cui difensore non abbia potuto partecipare all'assunzione delle dichiarazioni stesse e ciò anche fuori dai casi eccezionali *ex* art. 500, comma 4, c.p.p. con riguardo all'esame testimoniale.

Tutte argomentazioni che esaltando il valore epistemologico del principio del contraddittorio come imprescindibile metodo di accertamento, fanno della sentenza n. 197 del 2009 – con cui la Corte Costituzionale ritiene non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 503, commi 5 e 6, c.p.p. (così come interpretati dal giudice *a quo*) – una decisione convincente.

La pubblicità dell'udienza approda alla Consulta

Sulla pubblicità dell'udienza, la Corte di Cassazione rimette gli atti alla Consulta. Secondo la Suprema Corte, sollecitata dall'istanza del ricorrente avverso provvedimento in tema di

misura di prevenzione, considerato che «*con 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'art. 6 § 1 della Convenzione tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico e costituisce uno dei messi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali», ha ritenuto «rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento all'art. 117, comma primo, della

Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in pubblica udienza» (Cass., Sez. II, 11.10.2009, Di Paola).

Osservazioni di Sandro Fürfarò

1. Nonostante i moniti e le censure provenienti dai Giudici di Strasburgo, la pubblicità delle udienze, rimasta inspiegabilmente fuori dal «giusto processo» costituzionalizzato, oltre ad essere di norma negata, è fonte di travagli interpretativi, di cui è paradigmatica la storia a monte dell'ordinanza di rimessione in oggetto. Della vicenda giova dar conto. La stessa Sezione della Corte di Cassazione, in occasione dell'esame del medesimo ricorso, con ordinanza in data 14 maggio 2009 (in questa rivista, 2009, n. 3, 67 con osservazioni di GAITO, *Ancora questioni di cassazione: un passo avanti e... due indietro sulla strada per garantire l'effettività delle garanzie europee*) aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite, sul presupposto dell'esistenza di un contrasto sull'immediata applicabilità delle disposizioni della C.e.d.u., quali fonti, sia pure interposte, di interpretazione delle norme costituzionali, ma l'Ufficio del Primo Presidente della Corte Suprema di cassazione, con provvedimento avente natura organizzativa interna in data 22 giugno 2009, ha rifiutato di iscrivere nel ruolo delle decisioni delle Sezioni Unite in ricorso che, in estrema sintesi, sollecitava l'esigenza di linee guida sui modi di risoluzione del quesito concernente l'ambito di incidenza diretta delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C.e.d.u.) sulle forme del giudizio di legittimità, in particolare, e del procedimento di prevenzione, in genere.

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 delibare 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 rimettente, implicitamente (ma inequivocamente) 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.

In particolare, l'Ufficio del Primo Presidente, dopo avere ritenuto che «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», ha rilevato che «è altra la sede dove eventualmente sollevare questione sull'eventuale non corrispondenza di norme processuali a precetti della Costituzione nel confron-

to con norme sovranazionali, a causa dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, co. 1, Cost.)».

La via, in tal modo, era tracciata e l'ordinanza di rimessione alla Consulta quasi obbligata. Anche perché – giova sottolinearlo – la questione “a monte” di quella relativa alla pubblicità dell'udienza concerne la sovraordinazione e la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali, col conseguente obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto.

Tale questione, infatti, nonostante i plurimi, significativi approdi della Corte di Cassazione (tra i più rilevanti, Cass. civ., S.U., 23.12.2005, Centurione Scottò, in *Giur. It.*, 2006, 1903, con nota di FURFARO, *Diritti umani e processo penale: le decisioni della Corte europea quali parametri d'interpretazione per le norme interne*; Cass. pen., Sez. I, 22.9.2005, Cat Berro, in *Giur. It.*, 2006, 1935, con nota di TUCCI, *Libertà fondamentali violate: quale rimedi post iudicatum?*) e le recenti chiusure interpretative del Giudice delle leggi, costituisce, come significativamente evidenziato dall'ordinanza di rimessione, materia di un serrato confronto interno che, attraverso l'interpretazione, investe, in sostanza, la stessa produzione normativa quale fenomeno che non può più rimanere costretto entro i limiti del prettamente nazionale, imponendo, appunto, la considerazione di parametri di riferimento diversi da quelli solitamente rappresentati dalle norme costituzionali verso una ridefinizione della gerarchia delle fonti che consenta l'individuazione immediata di *punti fermi* indefettabili per l'interpretazione, la più omogenea possibile, della singola norma (in proposito, CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema di giustizia costituzionale*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di Pizzorusso - Romboli - Ruggeri - Saitta - Silvestri, Milano, 2003, 227 ss., che osserva acutamente come «la validità delle leggi non è più infatti con-

trollata dalla sola Corte costituzionale, ma abbiamo un duplice regime, a seconda che il conflitto degli atti legislativi si configuri con la sola Costituzione oppure con la Costituzione e con il diritto comunitario»).

Può dirsi che il diritto alla pubblicità dell'udienza costituisce, oggi, l'ennesima occasione di confronto tra sistema interno del «giusto processo» e sistema convenzionale e, conseguentemente, di verifica del percorso ancora da compiere prima che il sistema della C.e.d.u. sia riconosciuto, nel sistema interno, come fonte di normazione sovraordinata.

In proposito, è stato da tempo evidenziato (da CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, I, Bologna, 1975, 461 e ss.) come la Costituzione italiana sia «ambiziosa» anche per quanto riguarda la determinazione dell'atteggiamento dello Stato verso la comunità internazionale. In effetti, però, nonostante il tenore del 1° co. dell'art. 10 Cost. sembra non lasciare dubbi che l'«adeguamento» dell'ordinamento interno alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» presupponga una gerarchia delle fonti che veda preordinate quelle «internazionali generalmente riconosciute», la situazione è tutt'altra. Né migliore sviluppo (almeno allo stato) pare possa avere un'interpretazione dell'art. 117, 1° co., Cost. che, attribuendo la potestà legislativa allo Stato e alle Regioni «nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», in sostanza nulla aggiunge di concreto in tema di *positività* di una qualsivoglia sovraordinazione del sistema della C.e.d.u. nella gerarchia delle fonti.

Al cospetto di ciò, quasi perpetuando una scelta di fondo, la prassi persiste in un atteggiamento che sembra considerare le disposizioni della C.e.d.u. una sorta di «corpo estraneo» al sistema normativo *condito*: esse esistono e rilevano, non in quanto norme imperative dello Stato, ma soltanto allorquando il legislatore modifichi le relative disposizioni interne, magari dopo che queste sono state oggetto di censura da parte della Corte eu-

ropea. Significativo in tal senso l'atteggiamento della Corte Costituzionale che, di recente, con due decisioni contestuali, ha riaffermato che le norme C.e.d.u., pur rivestendo «grande rilevanza», «sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto» (C. Cost., sentt. 24.10.2007, nn. 348 e 349, in *Sito Uff. Corte cost.*, 2007).

L'affermazione della Corte Costituzionale, salvo ripensamenti, pare non lasciare spazio alla sollevata questione di incostituzionalità. Infatti, a meno di un quanto mai necessario *ritorno* sulle posizioni che hanno segnato la significativa apertura del 1999 – secondo cui, nonostante spetti al legislatore ordinario dare attuazione alle norme pattizie contenute in trattati e convenzioni internazionali, «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione e garanzia nella Costituzione, non solo per il valore del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo in forza dell'art. 2 Cost. ma anche perché, al di là della coincidenza dei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione» (C. Cost., ord. 22.10.1999, n. 388, in *Sito Uff. Corte cost.*, 1999) – il tutto pare essere già detto.

2. A proposito della forma dell'udienza, va detto che rispetto al sistema costituzionale precedente, il modello di «giusto processo» rassegnato dall'art. 111 Cost. ha colmato soltanto la lacuna relativa al contraddittorio nell'acquisizione della prova, restando del tutto insoddisfatta l'esigenza di individuare la «pubblicità» come «misura dell'equità del processo» definito all'art. 6 C.e.d.u. e all'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Si ignorano le ragioni di tale scelta, indubbiamente voluta se l'innovazione costituzionale ha addirittura recepito alla lettera alcuni

paragrafi dell'art. 6 C.e.d.u.. In proposito può rilevarsi soltanto che se la costituzionalizzazione del «giusto processo» è passata attraverso un processo di oggettivazione delle posizioni soggettive garantite all'origine dalla disposizione C.e.d.u., il diritto alla pubblicità dell'udienza non è stato considerato *oggettivabile*.

Espunta dalla «dimensione oggettiva» del modello di processo rassegnato nella Carta costituzionale, però, la trattazione pubblica della «causa» costituisce pur sempre un diritto che ogni cittadino può vantare e, quale che sarà la decisione della Consulta, una soluzione all'*empasse* bisogna trovarla, salvo ulteriori sonore condanne dell'Italia da parte dei Giudici di Strasburgo.

L'art. 6 C.e.d.u., infatti, stabilisce che «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, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti», aggiungendo, significativamente, che, mentre «la sentenza deve essere resa pubblicamente», l'accesso alla sala d'udienza «può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

Secondo tale prospettiva, il carattere pubblico delle udienze, in quanto «diritto» coesistente al «processo equo», può, sì, subire limitazioni, ma, queste, devono essere previste dalla legge che le individui, sempre e in ogni caso, come eccezioni alla regola, relative, cioè, ad una delle situazioni che il sistema sovranazionale o esplicitamente prevede – gli «interessi dei minori» e la «protezione della vita privata» delle parti in causa –

ovvero comunque autorizza, rimettendole al giudizio dell'Autorità procedente in presenza di «speciali particolarità» quando la pubblicità è atta a nuocere gli interessi della giustizia. E la Corte europea ha stabilito in proposito che, tanto la normativa interna che preveda eccezioni alla regola, quanto la verifica in concreto della sussistenza delle effettive esigenze a base dell'eccezione non si sottraggono al controllo della stessa Corte (Corte eur., 8.6.1976, Engel c. Regno Unito; Corte eur., 26.9.2000, Guisset c. Francia, entrambe in tema di disposizione di procedere «a porte chiuse» in processo già *in itinere*). Significativo, in ordine al rapporto tra regola di principio ed eccezioni, è quanto ritenuto dalla stessa Corte in tema di udienze camerale, laddove, nella prassi interna, l'assenza di pubblicità è stata sovente confusa con l'effettività del contraddittorio e con l'assenza di controlli su di esso. A qualche semplicistica obiezione dei Governi interessati, tendente a sostenere, che pubblica o meno che fosse stata la trattazione, il contraddittorio nel caso concreto era stato comunque garantito, la Corte ha ribadito che la pubblicità realizza «un principio fondamentale consacrato per tutelare gli imputati contro la giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e per conservare la fiducia dei cittadini nei giudici», ed ha evidenziato come «il diritto alla pubblicità del procedimento sia assolutamente distinto da quello concernente l'accesso agli atti di causa», aggiungendo che la mancanza di pubblicità non sia giustificabile, «neppure richiamando la presunzione di non colpevolezza, posto che tali situazioni, non soltanto integrano altri diritti convenzionalmente garantiti, ma si pongono come mere asserzioni di esigenze che l'art. 6 C.e.d.u. non considera come legittimanti la limitazione del diritto» (Corte eur., 24.11.1997, Szűcs c. Austria).

In proposito, è importante rilevare come, anche nei casi in cui ha ritenuto legittima l'adozione dell'udienza camerale, la Corte europea ha sempre affermato che «gli Stati contraenti devono provvedere a che gli individui possano godere sempre dell'udienza

pubblica, precisando che le limitazioni a questa possono dirsi giustificate, sempre entro i limiti segnati dalla legittimità delle eccezioni, soltanto dalle «particolarità della procedura di cui si discute, tenendo conto del ruolo del procedimento», sicché, ad esempio, «la pubblicità del dibattimento e la mancata audizione dell'imputato possono considerarsi giustificate – sempre che tali condizioni siano state soddisfatte in prima istanza – quanto il riesame della causa nel secondo grado di giudizio investa solo i punti di diritto e non quelli di fatto» (Corte eur. 26.5.1988, Ekbatani c. Svezia).

Da tale prospettiva, la deficienza della norma costituzionale pare determinare conseguenze rilevanti, posto che proprio il rito camerale costituisce uno dei pilastri portanti del sistema interno, costituendo, anzi, una delle più appariscenti innovazioni introdotte dal Codice in vigore che ha individuato la camera di consiglio come *sede di procedimenti*, l'oggetto dei quali spazia dal giudizio di merito, a quelli incidentali sugli accertamenti dei fatti processuali, fino alle decisioni di esecuzione. In alcuni casi (e non sono pochi), il procedimento camerale è precluso finanche alle parti e il contraddittorio, limitato allo scambio cartolare, risente ovviamente dell'impossibilità dell'immediatezza e dell'eventuale replica.

In siffatto panorama – nel quale diritto alla pubblicità dell'udienza e *discovery* rischiano evidentemente di confondersi alquanto – la decisione della Corte europea che accerti la violazione del diritto alla pubblicità dell'udienza si inserisce in maniera dirimpante e il problema è quello dei ripari per la «tenuta del sistema».

Dato il diverso tenore che assumono le decisioni della Corte europea a seconda della natura e dello spessore della violazione rispetto all'attitudine generale del sistema interno a recepire l'indicazione proveniente dal *dictum* sovranazionale non pare che, anche al lume dei precedenti nei quali s'è dato corso a «sentenze pilota», il sistema interno possa definirsi, nel caso, «strutturalmente incapace» ad adeguarsi all'interpretazione offerta

dalla Corte europea (per altro, nel caso «Boccellari-Rizza» è stata la stessa Corte ad affrontare il problema degli effetti di portata generale del principio affermato con la decisione di accertamento della violazione, sollecitando lo Stato, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, ad adottare le misure generali atte a dare attuazione nell'ordinamento giuridico interno al canone interpretativo enunciato).

Rilevata la violazione del diritto di pubblicità, si tratta, in sostanza, di «dare valore di norma» all'indicazione proveniente dalla decisione di Strasburgo, secondo i principi dell'«effetto diretto» e del «valore della cosa interpretata», oggetto di specificazione da parte della Corte europea e della dottrina sovranazionale: se l'«effetto diretto» implica l'idoneità della norma a creare, nel sistema interno, diritti e doveri nei confronti dei privati e quindi l'invocabilità degli stessi davanti ai giudici nazionali, il «valore della cosa interpretata» significa, invece, che il principio affermato dalla Corte europea in un caso ha valore *erga omnes*, nel senso che, al di là del caso concretamente risolto, la decisione vincola, nei casi futuri, non solo i giudici dello Stato nei cui

confronti la decisione è stata adottata, ma anche i giudici degli altri Stati aderenti alla Convenzione (Corte eur., 22.4.1993, Madinos c. Cipro; Corte eur., 29.9.1991, Vermeire c. Belgio; Corte eur., 18.1.1978, Irlanda c. Regno Unito).

Se, in sostanza, vi è una violazione della disposizione convenzionale ogni qualvolta le norme interne precludono la possibilità di chiedere ed ottenere la trattazione pubblica della procedura, l'unico modo di salvare tutto il sistema dei procedimenti oggi trattati in camera di consiglio (che costituiscono parte essenziale non soltanto della procedura penale), è la previsione espressa della possibilità del soggetto interessato (indagato, imputato, condannato, a seconda delle ipotesi previste dal Codice di procedura penale) di richiedere ed ottenere la pubblica udienza, secondo lo schema tipizzato dall'art. 441, 3° co., c.p.p., che prevede la celebrazione del giudizio abbreviato in camera di consiglio, salvo che l'imputato non chieda la pubblica udienza.

A tale conclusione dovrà necessariamente pervenirsi e l'augurio è che la decisione della Consulta anticipi i tempi, già abbondantemente scaduti.

I limiti all'interpretazione europeisticamente orientata: la confisca di valore tra disciplina interna e normativa sovranazionale (Questo scritto è in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza italiana*)

Per le Sezioni Unite «*La ratio della confisca di valore è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento, che assume "i tratti distintivi di una vera e propria sanzione"*». Inoltre «*in riferimento al delitto di peculato, ex art. 314 c.p., può disporsi la confisca per equivalente, di cui all'art. 322-ter, comma pri-*

mo, c.p., soltanto del prezzo e non anche del profitto del reato. Tale restrizione non appare coerente con la ratio dell'istituto della confisca per equivalente, diretta ad attuare un riequilibrio compensativo a favore della collettività, una sorta di prelievo pubblico dei proventi illeciti nel loro complesso, ma all'apposizione normativa del limite non può ovviarsi con una interpretazione sostanzialmente correttiva, essendo invece necessario l'intervento del legislatore» (Cass., S.U., 25.6.2009, Caruso).

Osservazioni di Rossella Governa

1. La consapevolezza che il principale criterio ermeneutico è rappresentato dall'interpretazione letterale, costituisce il punto da cui muovere per commentare questa decisione delle Sezioni Unite che pone un punto fermo in tema di concreta operatività del disposto di cui all'art. 322 *ter* c.p.

Nel ritornare su una tematica analoga, in alcuni punti, a quella affrontata nella sentenza n. 41936 del 2005, ric. Muci, gli ermellini si sono pronunziati in ordine all'esperibilità del sequestro per equivalente del profitto del reato, finalizzato alla confisca, a fronte del delitto *ex* art. 314 c.p. Con l'ordinanza di rimessione, infatti, la Sesta Sezione penale ha sottolineato come avesse ravvisato un contrasto interpretativo in ordine alla assoggettabilità alla confisca per equivalente di beni di valore corrispondente al profitto del reato di peculato. Le Sezioni Unite hanno così aderito all'indirizzo giurisprudenziale, assolutamente prevalente, che, ancorato al dato letterale della norma, ritiene l'art. 322 *ter* c.p. non ammetta la confiscabilità (e quindi anche il prodromico sequestro) dell'equivalente del profitto per il delitto di cui all'art. 314 c.p., dovendo questa ritenersi limitata, invece, al solo *tantundem* del prezzo del reato.

Si avalla, dunque, quanto già da tempo fermamente sostenuto da autorevole dottrina nonché da un prevalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale necessariamente deve escludersi che il profitto possa coincidere anche col prezzo del reato, attesa la differenza sostanziale sotto il profilo giuridico tra i due termini "prezzo" e "profitto". Occorre inoltre rilevare come, poiché a norma del 1° comma dell'art. 322 *ter* c.p., nell'ambito dei più gravi reati contro la p.a., è possibile esperire l'ablazione per equivalente solo ed esclusivamente in relazione al prezzo del reato, ai fini dell'individuazione del preciso ambito di operatività di tale disposizione

normativa, non pare consentito ricorrere a locuzioni generiche come "proventi da reato", utilizzate dalla legislazione comunitaria, che riflettono l'esigenza della stessa di addivenire ad una armonizzazione delle regole, ma mortifica il principio di tassatività – determinatezza. Sintomatica sul punto la sentenza delle Sezioni Unite 22 novembre 2005, n. 41936 (ric. Muci), che, alla luce di un inesperto principio di prevalenza dell'"interpretazione comunitariamente orientata" estendeva l'applicabilità della confisca per valore equivalente in riferimento non solo al prezzo, ma anche al profitto (art. 640 *quater* c.p., in relazione all'art. 322 *ter* c.p.). In tale decisione l'alveo della confisca di valore veniva determinata tenendo conto non del dato letterale delle disposizioni richiamate, bensì della decisione quadro 2005/212/GAI, successiva alla commissione del fatto e relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi da reato.

Nondimeno, le tradizionali categorie del "profitto", del "prodotto", del "prezzo" e delle "cose che servirono o furono destinate a commettere" il reato, vengono fagocitate in una massa indistinta nella "alluvionale" normativa europea la quale, protesa a vari livelli (dalle decisioni quadro alle Convenzioni, ai Protocolli addizionali) ad incoraggiare l'adozione di misure ablativo provvisorie e definitive, preferisce genericamente riferirsi ai "proventi" del reato. Così, già l'art. 1, lett. a) e b) della Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stabilisce che per "provento" ("*proceed*"), debba intendersi "ogni vantaggio economico derivato da reati, consistente in un valore patrimoniale, di qualsiasi natura, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché i documenti legali o gli strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui predetti beni".

Identico il contenuto delle definizioni inserite nell'art. 1, primo e secondo trattino della decisione quadro 24 febbraio 2005, n. 2005/212/GAI, cui fa eco l'art. 1 della Convenzione n. 198/2005 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo.

Pare evidente che la nozione di “*proceeds*” (proventi) sia volutamente frutto di una semplificazione preordinata al superamento delle distinzioni delle diverse “voci” che illustrano il tipo di pertinenzialità rispetto al reato e alleggerimento dell'onere probatorio sul piano processuale. Da un simile meccanismo, tuttavia, discende l'azzeramento della rilevanza del grado di derivazione e della qualità della “cosa pertinente al reato”, con conseguente significativo affievolimento del nesso tra reato e confisca e contestuale pericolo di *bis in idem*, almeno sino a che l'impianto del sistema resta immutato: si pensi, ad esempio, al caso in cui la confisca per equivalente appaia legittima, in relazione ad una “voce” soltanto, e non alle altre. In tal caso l'esatto inquadramento del bene diventa “dirimente”.

È d'uopo, infine, ribadire come il termine “profitto” contrassegni attualmente una nozione molto ampia, che, in relazione ai provvedimenti di ablazione, tende ad una progressiva dilatazione. In un approfondito studio se ne ripercorre la storia, attraverso i passaggi fondamentali: dalla attribuzione del carattere di “profitto” al ricavato dalla vendita dei beni oggetto di lottizzazione abusiva, alla necessità di individuare criteri di distinzione rispetto al “prezzo”.

Nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione si precisa che il profitto consiste nel “vantaggio di natura economica che deriva dall'illecito, quale beneficio aggiunto di natura patrimoniale, che non deve essere necessariamente conseguito da colui che ha posto in essere l'attività delittuosa”. Tale vantaggio deve trovarsi in rapporto di “diretta derivazione causale dall'attività del reo, intesa quale stretta relazione con la condotta illecita”. Il profitto illecito si sostanzia, così, in ogni attività di carattere eco-

nomico creata, trasformata o acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa.

2. Dalle premesse poste discende la esplicita riaffermazione (da parte della S.C.) di quella che è una vocazione punitiva, e non più di misura di sicurezza, della confisca. Tuttavia, il pervenire ad una siffatta qualificazione giuridica della confisca, può ancora, ad oggi, considerarsi un risultato tutt'altro che scervo da contrasti in quanto «*sulla natura giuridica della confisca disposta in sede penale si attendono ancora decise prese di posizione al fine di evitare giochi sugli equivoci e “frode delle etichette”*». Non pare opportuno, peraltro, prescindere da un inquadramento dogmatico dell'istituto, limitandosi a constatare che è caratterizzato da tratti che lo connotano, o possono connotarlo, in entrambi i sensi. L'individuazione della natura o, quanto meno, della natura prevalente della confisca di valore è, infatti, il presupposto logico-giuridico necessario all'individuazione dei principi generali di riferimento della materia che devono soccorrere l'interprete in sede di applicazione, sia per verificare se la stessa debba effettivamente operare nel caso concreto, sia per individuarne i limiti di operatività sotto il profilo soggettivo (nei confronti di chi debba essere applicata) e sotto quello oggettivo (in quale misura il patrimonio del reo debba essere attinto). Presupposto per l'applicazione della confisca intesa come misura di sicurezza è, infatti, la pericolosità del bene da intendersi come possibilità o probabilità che lo stesso, qualora sia lasciato nella disponibilità del reo, costituisca un incentivo alla commissione di ulteriori illeciti, in questa prospettiva la finalità dell'istituto è quella di prevenire la commissione di nuovi reati, mediante l'espropriazione a favore dello Stato di cose che, “*provenendo da illeciti penali o comunque collegati alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato*”. Logico corollario è che, laddove si ritenga il permanere anche in capo alla confisca per equivalente della natura di misura di sicurezza patrimoniale, la stessa non potrà che essere applicata esclusivamente

nei confronti del soggetto che effettivamente abbia la disponibilità dell'utilità patrimoniale proveniente dal reato (laddove ricorra anche l'ulteriore presupposto che non sia possibile procedere direttamente alla confisca del bene costituente il prezzo o il profitto del reato).

Qualora, al contrario, si ritenesse di dovere ricondurre la confisca per equivalente al *genus* delle sanzioni verrebbe meno, in linea di principio, tale limite, potendosi in astratto ritenere che, nel caso di concorso *ex art.* 110 c.p., ciascun concorrente, dovendo rispondere unitamente agli altri delle conseguenze sanzionatorie del reato, possa essere destinatario dello speciale provvedimento ablativo di valore, a prescindere da ogni accertamento in ordine all'effettiva percezione dell'utilità patrimoniale derivante dalla commissione del reato. Poiché non sembra che le diverse ipotesi speciali di confisca siano ontologicamente differenti le une dalle altre, posto che tutte sono finalizzate a consentire l'ablazione dell'utilità economica proveniente dalla commissione del reato prescindendo dal vincolo pertinenziale tra bene confiscato e condotta illecita, occorre esperire un esame complessivo delle stesse al fine di verificare se l'istituto sia o meno riconducibile al genere delle misure di sicurezza patrimoniali o a quello delle sanzioni accessorie.

In favore dell'ipotesi che si tratti di misura di sicurezza milita direttamente, in ordine agli artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p., la norma transitoria dettata dalla l. n. 300/2000 che ha introdotto le menzionate disposizioni codicistiche. L'art. 15 prevede, infatti, espressamente che la stessa non si applichi ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge. Tale disciplina transitoria presuppone che si tratti di misura di sicurezza: diversamente sarebbe del tutto superflua poiché, com'è noto, l'ordinamento penale è retto dal principio generale di legalità, del quale è corollario il principio di irretroattività della norma sostanziale sfavorevole, sancito dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25, 2° co., Cost. Secondo il costante orientamento della Suprema Corte, infatti, il principio di irretroattività

della legge penale è operante nei riguardi delle norme incriminatrici, ma non rispetto alle misure di sicurezza, talché la confisca può essere disposta "anche in riferimento a reati commessi nel tempo in cui essa non era legislativamente prevista, ovvero era diversamente disciplinata quanto a tipo, qualità o durata". Anche in relazione alla confisca di valore introdotta con la modifica dell'art. 644 c.p. dalla l. n. 108/1996 in tema di usura, i giudici di legittimità hanno richiamato le regole generali dettate dall'art. 200 c.p. in ordine alle misure di sicurezza patrimoniali, per inferirne l'applicabilità in via retroattiva a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nominata legge. Qualche dato di carattere letterale che faccia propendere per la qualificazione della confisca di valore come misura di sicurezza patrimoniale si può rinvenire nelle diverse ipotesi che la prevedono. L'art. 600 *septies* c.p. che, in origine recava in rubrica la dicitura "pene accessorie", nella nuova formulazione distingue la confisca dalle pene accessorie, nonostante non la qualifichi *expressis verbis* come misura di sicurezza; ancora, l'art. 2641 c.c. è collocato nel Capo IV (del Titolo XI, del Libro V) che porta in rubrica, tra le altre, la dicitura «[...] delle misure di sicurezza patrimoniali».

Ciò che si pone, però, come elemento ostativo alla qualificazione della confisca di valore disposta dall'art. 322 *ter* c.p. quale misura di sicurezza patrimoniale, è la previsione dell'ultima parte del 2° comma, in forza del quale può eseguirsi, nei confronti del corruttore, il provvedimento ablativo in relazione ad una somma corrispondente al danaro o alle utilità che sono state anche solo promesse al corrotto (purché la promessa sia stata accettata, altrimenti si ricadrebbe nella diversa ipotesi di istigazione alla corruzione per la quale non è prevista la confisca di valore), qualora sia maggiore del profitto del reato. Si tratta quindi, in questo caso, di una pena pecuniaria *sui generis* aggiuntiva alla pena detentiva.

Nelle altre forme di confisca per equivalente esistenti nell'ordinamento non si rinviene una norma analoga: tutte si limitano, secon-

do le diverse formulazioni, a disporre l'ablazione di una somma corrispondente all'utilità effettivamente proveniente dal reato, senza spingersi fino a ricomprendere anche ciò che è stato solo "promesso". L'osservazione vale in particolar modo in relazione alla confisca di valore prevista in tema di usura: il tenore letterale del 6° comma dell'art. 644 c.p., infatti, è con evidenza diverso da quello dell'art. 322 *ter* c.p. poiché non solo non prevede, ma neppure autorizza un'interpretazione estensiva che preveda la confiscabilità per equivalente di quanto promesso e non corrisposto. Tuttavia, il Supremo Collegio ha più volte ribadito l'orientamento, sostanzialmente univoco, sulla base del quale la confisca per equivalente viene ad essere definita una pena accessoria piuttosto che una misura di sicurezza.

La volontà di utilizzare lo strumento della confisca nel modo più ampio possibile, con finalità afflittive, si inserisce in una tendenza che, lungi dall'essere determinata dall'influenza degli accordi sovranazionali e dall'elevata considerazione che viene riconosciuta alla confisca di valore quale efficace strumento per reprimere il crimine economico anche in dottrina, "*sembra in realtà scontare i gravi problemi che affliggono il sistema penale in ordine alla carenza della certezza della pena*".

Ancora, in tema di qualificazione giuridica dell'istituto della confisca di valore, è stato esattamente osservato come, nonostante la nozione di confisca sia, nel complesso, "*una nozione ibrida, inafferrabile, disposta a riempirsi di scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazione repressive*", la considerazione di essa quale (sempre e comunque) misura di sicurezza consente di approfittare di una certa "*sbrigatività di forme processuali*", che risulta, però, a tutto discapito della verifica in concreto delle condizioni alle quali, di volta in volta, l'ablazione è disposta. La confisca, in realtà, ha via via perduto il connotato di misura di sicurezza verso una più autentica dimensione sanzionatoria e, in tal senso, costituiscono esempi significativi, tanto la con-

fisca (obbligatoria) dei "vantaggi" prevista dagli artt. 322 *ter*, 335 *bis* e 640 *quater* c.p., che quella (sempre obbligatoria) dei "beni" sancita dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992: l'oggetto dell'ablazione, in tal caso, non solo ha relazione alcuna col reato per il quale il soggetto medesimo è stato condannato, ma prescinde dalla titolarità formale degli stessi beni.

3. Esaurita l'esposizione dei diversi orientamenti in merito alla qualificazione giuridica della confisca, e preso atto che secondo l'ormai prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la confisca per equivalente assolve ad una funzione sanzionatoria, bisogna ora osservare come indicazioni di carattere generale nel senso del consolidamento degli istituti fondati sulla apprensione di beni da ritenersi utili a fini di repressione e prevenzione di determinate tipologie criminose, soprattutto di quelle collegate alla c.d. criminalità organizzata, provengono dalla normativa sovranazionale. Infatti, la prima norma in argomento a fare ingresso nell'ordinamento italiano, dopo l'inserimento dell'art. 416 *bis*, 7° co., c.p., che estende la confisca alle cose che costituiscono l'"impiego" delle voci classiche, si deve al recepimento della Convenzione n. 141 del Consiglio d'Europa (relativa al riciclaggio, al rintracciamento, al sequestro o alla confisca dei proventi di reato, aperta alla firma a Strasburgo l'8 novembre 1990) ad opera della legge di ratifica del 9 agosto 1993, n. 328, che ha introdotto l'art. 735 *bis* nel nostro codice di procedura penale, in corrispondenza della disciplina dell'esecuzione di sentenze penali straniere. In particolare, la norma estende l'applicabilità delle disposizioni sull'esecuzione delle pene pecuniarie all'ipotesi dell'esecuzione di un provvedimento straniero di confisca consistente nell'imposizione del "pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato". Sintomatica la Convenzione Ocse del 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (dalla quale è scaturita, nell'ambito della riforma

dei delitti contro la pubblica amministrazione, l'introduzione dell'art. 322 *ter* c.p.), il cui art. 3, 3° co., impone agli Stati firmatari di "prendere le misure necessarie per assicurare che lo strumento e i prodotti della corruzione di un pubblico agente straniero o beni di valore equivalente a quello di tali prodotti possano essere oggetto di sequestro o di confisca". "Il riferimento, già esistente nella *Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio* (art. 2), sembra suggerire un meccanismo "alternativo" rispetto alla confisca tradizionale".

L'istituzione dell'Unione europea e la relativa normativa in tema di cooperazione giudiziaria e di riconoscimento dei provvedimenti di "blocco e sequestro" dei beni (decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio del 22.7.2003) e di "confisca" (decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24.2.2005) accentuano il ruolo della confisca per equivalente. Sennonché, in relazione al primo provvedimento, va ricordato, in chiave critica, il "*vantaggio smisurato e variegato di famiglie di reati*", che dal provvedimento di blocco e successiva confisca di beni di valore equivalente (art. 2, lett. *d*) possono essere interessati (art. 3). Per contro, la disciplina della confisca contenuta nella decisione quadro del 2005, oltre a presupporre l'inflizione di una condanna per un reato connesso alla criminalità organizzata, riconducendo le ragioni della disciplina derogatoria ad esigenze di prevenzione generale e speciale avverso tipologie delittuose fonti di particolare pericolo per la collettività (appunto, la criminalità organizzata), ammette la privazione definitiva dei beni che siano "strumento" o "provento" (ossia «ogni vantaggio economico derivato da reati»: art. 1) di reati (punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno), ovvero di beni il cui valore "corrisponda" a tali proventi. Vero è che la decisione accorpa in un'unica categoria ("provento") il prodotto, profitto o prezzo del reato, optando così per una generica definizione accolta anche in sede di controllo di nomofilachia, ma va altresì rimarcato che l'alleggerimento dell'onere probatorio sotto

il profilo della qualificazione giuridica del bene non si estende sino al superamento della permanente necessità di prova circa il rapporto di derivazione causale del bene dal reato: solo l'esito positivo di tale verifica dovrebbe consentire, in caso di impossibilità della apprensione del provento, di ricorrere alla confisca di valore.

I singoli ordinamenti statali, nell'aderire alle normative pattizie transnazionali, manifestano però un *humus* comune rinvenibile nel notevole affievolimento del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene. Infatti la disciplina della confisca di valore viene scandita secondo un processo che si articola in quattro fasi: individuazione del bene assoggettabile ad ablazione (e quindi la sua qualificazione in termini di prodotto, profitto, prezzo – talvolta "provento" – o bene "strumentale" alla commissione del reato); sua "ponderazione"; individuazione di altri beni di valore "equivalente"; incameramento di questi ultimi. Tuttavia la *ratio* della estensione in questione, rapportata alla difficoltà di materiale individuazione dei beni confiscabili oltre che alla (im)possibilità di aggredire beni disponibili sul territorio nazionale, induce ad una crisi dei suddetti passaggi, ricorrendo al superamento del livello dell'accertamento della pertinenzialità del bene rispetto al reato, e pervenendo direttamente alla fase della ponderazione forfetaria del valore "equivalente" rispetto a beni, la cui relazione con il reato resta indimostrata.

La sostituibilità dell'oggetto della confisca ad opera di un bene di origine diversa, pur riconducibile al patrimonio del soggetto, destituisce del proprio fondamento la previsione, ed espunge le ipotesi "speciali" di confisca dal novero delle misure di sicurezza. In tale contesto, infatti, si registra un affievolimento, per non dire addirittura una "soluzione", del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene. Poiché il bene "espropriato" ha in comune con il reato commesso soltanto il fatto di appartenere all'autore dello stesso, è la mera connessione soggettiva – dal punto di vista sostanziale, non troppo diversamente dal caso della legge n. 575/1965 e della legge

n. 356/1992 – a rilevare e a giustificare l'aprensione di un bene (che *rebus sic stantibus*) è assolutamente sganciato dal reato. Delle due l'una: «o il soggetto è considerato, in tutte le ipotesi in cui è ammessa la confisca per equivalente "un delinquente per condotta di vita", per cui dalla tipologia di reato commesso si inferisce che egli sia "dedito" ad attività criminose, con la conseguenza che la confusione del prodotto o profitto o prezzo del reato nel suo patrimonio disponibile rappresenta comunque aprensione di un "in sé" pericoloso in quanto genericamente provento di attività criminosa: oppure le esigenze di alleggerimento dell'onere probatorio sono ritenute prevalenti sulle garanzie penalistiche anche in relazione a delitti non (necessariamente) connessi alla criminalità organizzata».

Un tale meccanismo conferma il carattere sanzionatorio della confisca, che viene a costituire "una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti", la cui ratio "è privare il reo di un qualunque beneficio sul versante economico nella convinzione della

capacità dissuasiva e disincentivante di tale tipologia di risposte sanzionatorie".

Stante, dunque, la portata fortemente afflittiva della sanzione in esame nonché la dilatazione esponenziale dell'ambito dei beni potenzialmente aggredibili qualora si ritenga che il legislatore abbia utilizzato il termine prezzo in senso atecnico, gli ermellini hanno ben ritenuto di non potere trovare argomenti per una soluzione interpretativa correttiva neppure invocando la diretta applicazione della normativa comunitaria. Hanno dunque affermato il principio secondo il quale bisogna tassativamente escludere una interpretazione della normativa nazionale *in malam partem* al solo fine di porre in essere una integrazione della stessa per il tramite della normativa sovranazionale, risultando ostativo, infatti, alla possibilità di trasferire in via interpretativa sul piano nazionale i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario precisi vincoli derivanti dai principi generali del diritto: quali, principalmente, quello della riserva di legge in materia penale.

Sussulti giurisprudenziali sulla questione delle intercettazioni telefoniche mediante l'impiego di impianti esterni alla procura

(Questo scritto è destinato a *Giurisprudenza italiana*)

Chiamata a pronunciarsi sul contenuto motivazionale che deve possedere il decreto con il quale il p.m., ai sensi dell'art. 268, 3° co., c.p.p., dispone il compimento delle operazioni intercettative mediante impianti esterni a quelli in dotazione alla Procura della Repubblica, la Quinta Sezione penale della Corte di Cassazione ha ribadito ancora una volta che «la motivazione del decreto del p.m. circa la insufficienza o inidoneità degli impianti della Procura della Repubblica non può limitarsi alla sola valutazione conclusiva operata in proposito dal p.m. ma deve rappresentare la situazione obiettiva rilevante o riconducibile al concetto normativo di insufficienza o inidoneità degli impianti, in modo da

rendere possibile la deduzione dell'iter cognitivo e valutativo seguito, laddove la mera enunciazione di un conclusivo giudizio, avulso da quei dati fattuali ritenuti sussistenti unitamente alle ragioni che hanno indotto al consequenziale provvedimento, sottrae a chi ha titolo ad impugnare la decisione il diritto di critica e all'organo della valutazione o dell'impugnazione quella attività di verifica che gli compete» (Cass., Sez. V, 29.7.2009, n. 887, Alamia).

Le Osservazioni che seguono, dopo aver brevemente ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale in materia ed evidenziato l'importante approdo cui è pervenuto ormai da tempo il Supremo Collegio, si pongono da

un lato, in termini adesivi del principio di diritto così sancito e da un altro lato, in termini critici nei confronti di quella giuri-

sprudenza di legittimità che persevera nell'elaborazione di interpretazioni ingiustificatamente difformi.

Osservazioni

di Flavia Insom

1. La pronuncia in commento merita attenzione non tanto per l'originalità della soluzione adottata, quanto piuttosto per l'auspicata adesione all'orientamento espresso da lungo tempo in materia dalle Sezioni Unite. Il problema affrontato è noto: si tratta di stabilire quale sia il *quantum* di motivazione che deve possedere il decreto con il quale il pubblico ministero dispone, ricorrendone i presupposti ai sensi dell'art. 268, 3° co., c.p.p., ovvero esclusivamente quando gli impianti installati presso l'autorità giudiziaria risultino insufficienti o inidonei ed esistano eccezionali ragioni d'urgenza, il compimento delle operazioni intercettative mediante impianti esterni a quelli in dotazione alla Procura della Repubblica.

Tuttavia, anche la soluzione prospettata dalla sentenza in commento è egualmente nota: la motivazione del decreto autorizzativo del p.m. deve specificare la ragione della insufficienza o dell'inidoneità degli impianti interni senza limitarsi a riprodurre la formula della corrispondente disposizione normativa. In particolare, le Sezioni Unite hanno in più riprese sancito e ribadito che, a prescindere dalle espressioni lessicali usate, ciò che rileva è che dal decreto emerga l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal p.m., dovendo la motivazione dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta avvalorata dalla pubblica accusa e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento (Cass., S.U., 12.7.2007, Aguneche, in *Mass. Uff.*, n. 236.755; Id., S.U., 29.11.2005, Campenni, *ivi*, n. 232.605; Id., S.U., 26.11.2003, Gatto, *ivi*, n. 226.487; Id., S.U., 30.10.2001, Policastro, *ivi*, n. 220.093). Diversamente, il ricorrere ad una formula che si limiti a ripetere quella

legislativa non è, di per sé, idonea ad assolvere l'obbligo motivazionale perché si limita ad esprimere, in maniera apodittica ed autoreferenziale, un conclusivo giudizio senza indicare il concreto e fattuale percorso argomentativo che ad esso deve presiedere e che deve dialetticamente giustificare.

Ma ciò non basta. La motivazione del decreto autorizzativo del p.m. deve riguardare un ulteriore ordine di condizioni in via cumulativa e non alternativa: le "eccezionali ragioni di urgenza". Anche in merito alla parte di apparato motivazionale concernente il suddetto presupposto, la Consulta ha precisato che le eccezionali ragioni di urgenza non possono essere desunte dalla mancanza, insufficienza o inidoneità degli impianti a disposizione della Procura per l'esecuzione delle operazioni captative ma devono risiedere in un *quid pluris* tale da imporre e giustificare lo svolgimento delle intercettazioni mediante l'utilizzo di impianti esterni invece di attendere che gli impianti "interni" possano tornare utili per l'esecuzione delle operazioni.

Qualora il magistrato inquirente non abbia compiutamente assolto a tale obbligo, chiariscono infine le Sezioni Unite, tale mancanza non può essere colmata dal giudice attraverso l'individuazione delle effettive ragioni dell'insufficienza e inidoneità in base ad atti del processo diversi dal decreto del p.m. e da quelli che lo integrano *per relationem*. E tale ultima considerazione appare non solo convincente, ma doverosa una volta considerato che al giudice, sotto un profilo di ordine generale, non è consentito integrare un atto di parte, sebbene pubblica, né di sostituirsi al magistrato inquirente nel rendere una motivazione giustificatri-

ce omessa dall'organo a ciò obbligato appropriandosi di ambiti di discrezionalità che spettano solo alla pubblica accusa. In conclusione sul punto, deve essere rimarcata la rigorosità dell'impostazione adottata dal Supremo Collegio: è da ritenersi insufficiente ed apodittica la pedissequa riproduzione della formula legislativa per giustificare il ricorso ad impianti esterni alla Procura, ovvero l'utilizzo di una clausola di stile meramente ripetitiva del dettato normativo, ma occorre l'indicazione, ancorché concisa, della ragione dell'insufficienza o dell'inidoneità. E ciò, complessivamente, vuol dire che la motivazione del decreto autorizzativo del p.m. circa la deroga alle normali modalità esecutive delle operazioni intercettative non è argomento di importanza marginale ma, al contrario, affare molto serio, perché significa garanzia di controllo effettivo sulla ricorrenza dei presupposti di legge imposti per ammettere l'utilizzo di impianti *extra moenia*. Detto e ridetto, le conclusioni cui giungono le Sezioni Unite sono apprezzabili nella misura in cui confermano come l'adempimento dell'obbligo di motivare il provvedimento adottato nel contesto dell'istituto in esame costituisca il nucleo essenziale della disciplina, attuazione di quel livello minimo di garanzie desumibile dall'art. 15, 2° co., Cost. in relazione alla particolare incidenza dello strumento invasivo sul diritto individuale alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni garantito dalla Carta fondamentale.

2. Tuttavia, nella realtà giurisprudenziale del giudizio di diritto in Cassazione, non sempre le Sezioni semplici hanno seguito, e seguono, i principi di diritto così sanciti dal Supremo collegio. Molto spesso, infatti, la giurisprudenza della Corte di legittimità si è discostata dai moduli normativi del discorso giustificativo della motivazione così come interpretati dalle Sezioni Unite ed ha fornito, od avallato, un'interpretazione dell'art. 268, 3° co., c.p.p. tale da rendere evanescente il controllo circa l'ostacolo tecnico e la situazione di urgenza legittimante il ricorso ad impianti esterni. In pratica, ciò è avvenuto a volte considerando l'obbligo di motivazione del decreto autorizzativo del p.m. correttamente assolto me-

dante il semplice riferimento ai parametri indicati dalla norma, non ritenendo esigibile anche la specifica indicazione di tali carenze, altre volte avallando ipotesi di uso arbitrario della motivazione *per relationem*, in alcuni casi addirittura ad un provvedimento successivo a quello carente di motivazione (cfr. Cass., Sez. VI, 4.4.2003, Sanatini, *inedita*; Id., Sez. II, 16.6.2003, Zanco, in *Guida dir.*, 2004, n. 3, 76; Id., Sez. I, 8.7.2003, Vecci, in *Mass. Uff.*, n. 225.795; Id., Sez. VI, 19.1.2004, Idà, *ivi*, n. 229.515; Id., Sez. VI, 4.7.2006, Bartoli, *ivi*, n. 234.925; Id., Sez. V, 10.7.2006, Cristaldi, *ivi*, n. 234.526; Id., Sez. VI, 11.12.2007, Sitzia, *ivi*, n. 239.633). Superata la questione relativa alla motivazione postuma dei decreti autorizzativi, risolta ancora una volta da un preciso intervento della Sezioni Unite (Cass., S.U., 29.11.2005, Campenni, cit.) nel senso di escludere la possibilità di sanare, ora per allora, la mancanza di un atto motivato che la legge pone a garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo, l'attenzione rimane assorbita dalla vasta gamma di ipotesi nelle quali l'indicazione dei parametri della situazione legittimante l'eccezione si risolve in artifici argomentativi che essenzialmente sviliscono il senso stesso di quanto letteralmente è dato apprendere dalla formula dell'art. 268, 3° co., c.p.p.

Non si vuole certo negare che spesso le esigenze della prassi spingono la giurisprudenza alla ricerca di soluzioni di minor rigore al fine di evitare che una certa trascuratezza del p.m. nel motivare il decreto produca effetti disastrosi per le indagini e per la prova che ne è scaturita. Tuttavia, partendo da tali considerazioni, il passo che conduce ad un atteggiamento di erronea indulgenza è breve. Ed è così che in qualche occasione la Corte di legittimità si è spinta fino a ricercare, con ampi sforzi argomentativi, una difficile mediazione tra il formale ossequio alle pronunce delle Sezioni Unite ed il sostanziale interesse a non invalidare un lavoro investigativo che, se pur originato da un decreto autorizzativo mal motivato, ha consegnato importanti prove di responsabilità. Sforzi interpretativi che si sono concretizzati nell'elabora-

zione di “ortopedie interpretative” dirette a sanare la sostanziale omissione del dovere di motivare dal parte del p.m. e a ritenere, conseguentemente, utilizzabili i risultati captativi in tal modo ottenuti (in tal senso BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen., Agg.*³, Torino, 2005, 788).

3. Si tratta tuttavia, di interpretazioni dicotomiche sia rispetto al dettato normativo, sia rispetto alla precisa chiave di lettura fornita dalle Sezioni Unite e volta precisamente ad inibire la prassi della motivazione meramente formale del “decreto in deroga”. Ed infatti è proprio avendo riguardo alla specificità delle circostanze oggettive indicate dal legislatore ed all’atteggiamento di rigore imposto dal Supremo Collegio che non si capisce come sia sorto e come si sia alimentato l’annoso contrasto giurisprudenziale in merito a tale aspetto perché, in siffatto contesto di univoche letture e interpretazioni del dato normativo, ben poco spazio veniva, e viene, lasciato al dubbio sulla portata applicativa del precepto di cui all’art. 268, 3° co., c.p.p.

Da un primo punto di vista, avendo riguardo alla *ratio legis* sottesa alla previsione codicistica, si potrebbe ribadire ancora una volta come appaiano illuminanti le indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 34 del 1973, ove si è affermato che la compressione del diritto di libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione tutelato dall’art. 15 Cost., contemperandosi con il distinto interesse, pure oggetto di protezione costituzionale, alla prevenzione e repressione dei reati, è subordinata al rigoroso rispetto di precise garanzie, non soltanto di ordine giuridico ma anche di ordine “tecnico”, finalizzate alla possibilità che l’autorità giudiziaria eserciti, anche di fatto, il controllo necessario ad assicurare che si proceda soltanto alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e nei limiti dell’autorizzazione.

Ma ci si limiterebbe a ribadire quanto già ampiamente chiarito. È pacifico che la prescrizione risponda all’esigenza di prevenire abusi in sede di esecuzione delle intercettazioni.

Tuttavia il discorso non cambia, ed i dubbi interpretativi rimangono di oscura compren-

sione, se si prende in considerazione la specifica formulazione dell’art. 268, 3° co., c.p.p. Non può negarsi, infatti, che spesso determinati atteggiamenti contrastanti della giurisprudenza derivano e si giustificano sulla base di deficienze del sistema normativo. Ciò premesso, anche volendo per un momento dimenticare la precisa chiave di lettura fornita dalla Consulta, nell’ipotesi in esame le indicazioni contenute nella disposizione non sembrano lasciare dubbio alcuno in merito agli adempimenti preliminari necessari per l’esecuzione delle operazioni intercettative *extra moenia*, o comunque dubbi tali da giustificare quel prolungato contrasto giurisprudenziale che ha connotato, in questi ultimi anni, l’operatività della norma.

La prescrizione codicistica contenuta nell’art. 268, 3° co., c.p.p. si manifesta chiara: è esente da contraddizioni il fatto che il decreto autorizzativo del p.m. debba essere preceduto da una valutazione concernente la sussistenza dei requisiti imposti dal legislatore per giustificare, in via eccezionale, l’alternativa agli impianti ubicati presso l’ufficio del pubblico ministero, ovvero di una condizione tecnica riferita agli impianti (insufficienza o inidoneità) cui va abbinata quella di natura investigativa (eccezionale urgenza), e che la motivazione debba dare piena contezza di tali ragioni.

In altri termini, dalla lettura dell’art. 268, 3° co., c.p.p. si evince l’identificazione particolareggiata dei requisiti di validità che la motivazione del decreto in questione deve possedere a pena di nullità, oltre che di inutilizzabilità degli esiti captativi evinti in virtù della relativa emissione.

Ciò premesso, non è dato comprendere come mai i dubbi sulla portata applicativa della norma si debbano riproporre senza fine. Se si allarga lo sguardo e si tiene a mente la struttura codicistica, non può che rilevarsi come l’art. 268, 3° co., c.p.p. rientri tra le fattispecie specifiche disciplinate dall’art. 125, 3° co., c.p.p., ovvero dalla disposizione di ordine generale che impone l’obbligo tassativo di motivazione del decreto in tutti i casi *ex lege* previsti, e precisamente in tutte le ipotesi in cui un decreto influisca sul libe-

ro esercizio dei diritti individuali di rango costituzionale. A ben vedere, però, la norma non impone che le singole disposizioni gravitanti nel suo ambito applicativo predispongano una precisazione normativa della struttura legale della motivazione. È infatti solo in casi eccezionali che il legislatore ha ritenuto essenziale specificare, e lo ha fatto espressamente, il contenuto tassativo della motivazione, a pena di nullità. Ci si riferisce, ad esempio, alle ipotesi previste dagli artt. 426 e 546 c.p.p. in tema di requisiti della sentenza o dall'art. 292 c.p.p. in ordine alla motivazione dell'ordinanza con cui il g.i.p. autorizza la misura cautelare.

In tutti gli altri casi, il codice si limita ad imporre che il provvedimento sia motivato ed a specificare quali siano i temi su cui il ragionamento dell'autorità emanante deve ricadere, ovvero i concetti astratti che devono essere riempiti di contenuti da esporre nella motivazione che ricostruisca puntualmente il percorso logico-argomentativo seguito dall'organo competente nell'indirizzare la sua discrezionalità. Tale meccanismo viene adottato comunemente nel codice, senza che ciò abbia portato a particolari questioni o contrasti in ordine al contenuto della motivazione, verosimilmente alla luce del fatto che "motivare" etimologicamente vuol dire "dar conto delle ragioni che inducono un individuo ad intraprendere o meno una determinata azione", e che giuridicamente il concetto non cambia: la motivazione è la formulazione delle ragioni addotte ed esposte come giustificazione di un comportamento o di una scelta ovvero, avendo riguardo al "significato giuridico" del termine, l'enunciazione dei presupposti in fatto e in diritto che precedono l'emanazione di un atto giuridico. Si veda ad esempio, per rimanere in tema di intercettazioni, l'art. 267 c.p.p. che impone al g.i.p. di autorizzare le operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. con «*decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini*». Ma gli esempi sono innumerevoli, si veda l'art. 321 c.p.p. o l'art. 412 c.p.p.

In particolare, con riferimento a tali fattispecie, si suole ripetere che l'obbligo motivazionale debba essere assolto in maniera pregnante e specifica sui temi indicati nella norma, poiché il difetto di motivazione, e le conseguenze in tema di invalidità che lo stesso porta con sé, si hanno non solo quando l'apparato argomentativo sia mancante, ma anche quando lo stesso risulti apparente ovvero ripetitivo della formula normativa (cfr. Cass., Sez. II, 12.4.1996, Amendola, in *Riv. pen.*, 1997, 242; Id., Sez. I, 2.5.1994, Grazioso, in *Riv. pen.*, 1995, 837; Id., Sez. IV, 7.7.2000, Bellomo, in *Mass. Uff.*, n. 217.431). Una volta chiarito che si tratta di atti a forma vincolata ai sensi dell'art. 125, 3° co., c.p.p., ne consegue che l'esistenza di una struttura motivazionale esauriente è condizione indispensabile per la validità del provvedimento di cui è parte integrante e che la mancanza di motivazione, ovvero la sua riduzione ad una criptica e insignificante formula di stile che rappresenti il solo risultato del procedimento logico da cui deriva la soluzione adottata, genera l'inefficace perfezionamento dell'atto stesso e la conseguente inidoneità di quest'ultimo di spiegare la propria capacità ingiuntiva (VOENA, in *Compendio di procedura penale*³, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2006, 192).

Tali essendo le premesse, non si vede come sia possibile una chiave interpretativa diametralmente opposta a fronte di una fattispecie gravitante nella medesima disciplina codicistica.

4. Ma ciò non basta. L'orientamento giurisprudenziale che interpreta con eccessivo lassismo la necessaria motivazione circa le condizioni legittimanti l'eccezione ai sensi dell'art. 268, 3° co., c.p.p. non solo deve ritenersi ingiustificata in virtù di un'analisi comparativa del quadro normativo vigente ed illegittima rispetto ai principi in tema di motivazione del decreto *de qua* così come esposti dalle Sezioni Unite, ma deve soprattutto ritenersi in contrasto con i principi generali di una "motivazione adeguata". Sembra a tal fine utile un veloce passo indietro attraverso il richiamo alle direttive fondamentali fissate dall'ordinamento nella delica-

ta e dibattuta materia della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. In particolare, il riferimento va a quanto consacrato dall'art. 111, 6° co., Cost. il quale impone che tutti i suddetti provvedimenti debbano essere motivati in virtù della considerazione secondo cui l'obbligo di motivazione non costituisce solo "un principio di rilevanza costituzionale, uno dei cardini del giusto processo, ma è anche una regola basilare di civiltà giuridica" perché è proprio attraverso l'apparato argomentativo dell'atto che si rende possibile conoscere il percorso logico e giuridico seguito dal magistrato e, di conseguenza, consentire un'effettiva tutela dei diritti garantiti costituzionalmente (in tal senso CAMPILONGO, *L'obbligo di motivazione in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni: questioni interpretative e problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2005, 3196).

Se ciò può ritenersi pacifico, ci si deve allora chiedere se un provvedimento che incida sulle modalità esecutive di compressione di un diritto inviolabile dell'individuo possa essere legittimamente sottratto a tale ambito di applicazione o, al contrario, se si debba ritenere l'obbligo di rigorosa motivazione indispensabile al fine di evitare che il potere conferito al pubblico ministero in ordine alla determinazione del concreto svolgimento delle operazioni captative, attraverso la deroga all'utilizzo degli impianti interni alla procura, si trasformi in mero arbitrio da parte di quest'ultimo, senza che residui più alcuna forma di tutela garantita ai soggetti sottoposti all'intercettazione.

Nonostante la soluzione al quesito sembri implicita, appare doveroso un richiamo a quanto precisato in tema dalla Corte Costituzionale, secondo cui «l'atto con in quale vengono autorizzate le intercettazioni deve trarre la sua fonte di legittimazione in un provvedimento motivato del giudice, ovvero un atto avente una adeguata e specifica motivazione... con la conseguenza che a tale garanzia non possono essere sottratte le modalità concrete con le quali si procede alle autorizzate intercettazioni» (C. Cost. n. 34 del 1973). Ebbene, sembra allora quasi paradossale af-

fermare che tale principio possa essere travalicato nel caso in cui le operazioni esecutive di restrizione di quel diritto inviolabile siano stabilite in via d'urgenza dall'organo della pubblica accusa, ovvero da un organo di parte. A ben vedere, forse, dovrebbero essere ancora più rigorosamente rispettati gli insegnamenti forniti in tema di motivazione in presenza di un provvedimento che, pur non essendo giurisdizionale, incide direttamente su una sfera di libertà garantita dalla Costituzione, ed è quindi il principale mezzo attraverso il quale il giudice può, e deve controllare la legittimità del provvedimento stesso (Cass., Sez. VI, 9.9.1994, Bani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 657).

Non deve dimenticarsi, infatti, che se il potere di emettere il decreto autorizzativo appartiene indiscutibilmente al magistrato della pubblica accusa, al giudice è attribuito l'insopprimibile compito di vigilare sull'adozione del provvedimento in base al principio secondo cui ogni limitazione di un diritto deve sempre poter essere sottoposta alla verifica del giudice terzo, proprio in termini di controllo dell'interferenza contro gli abusi. E ciò vale ancor di più quando si tratta di diritti inviolabili. Al fine di assicurare l'esperibilità del necessario controllo da parte del giudice è quindi indispensabile che nella motivazione del provvedimento il p.m. dia contezza di aver accertato l'esistenza dei suindicati presupposti, di aver proceduto alla valutazione relativa al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti e di aver, in definitiva, proceduto al corretto uso del potere attribuitogli (in ordine al decreto come condizione di procedibilità cfr. GAITO, *Le intercettazioni telefoniche tra norma e prassi*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 65).

Ragionando diversamente, ovvero ammettendo la mera riproposizione di citazioni o frasi apodittiche, non solo si legittima un ingiustificato allargamento dei poteri del p.m., ma si limita la conseguente funzione di garanzia riconosciuta al gip quale "garante" dei diritti inviolabili dell'indagato, avallando, in definitiva, un vero e proprio abuso interpre-

tativo in conseguenza del quale la gestione di tutta l'attività esecutiva viene rimessa alla sola e criptica determinazione dell'organo dell'accusa che diventa, di fatto, l'"attestatore" autosufficiente ed insindacabile dei requisiti imposti per l'adozione del provvedimento in esame. E ciò, non può negarsi, determina situazioni di vero imbarazzo interpretativo rispetto alla compatibilità con il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati a livello nazionale e oltralpe.

Ed allora, tenendo bene a mente che le intercettazioni comprimono un diritto fondamentale di libertà e segretezza, l'unica soluzione accettabile sembra essere quella diretta ad interpretare la disciplina prevista dall'art. 268, 3° co., c.p.p. come non suscettibile di deroghe, scorciatoie, pigrizie o, peggio, radicali omissioni, sicché solo l'adozione del provvedimento debitamente motivato rende legittima l'esecuzione delle operazioni, in sintonia con il precetto contenuto nell'art. 15, 2° co., Cost. E altrimenti non potrebbe essere, perché il sacrificio in via eccezionale di diritti inviolabili dell'individuo non può essere affidato alla valutazione e gestione privata dell'organo dell'accusa, senza alcuna possibilità di doglianza e critica da parte dell'autorità giudiziaria.

Proprio l'estrema rilevanza della portata degli interessi protetti impone che la valutazione delle condizioni di validità si richieda come particolarmente rigorosa, tenuto conto che il mancato rispetto della regola di cui all'art. 268, 3° co., c.p.p. comporta il divieto di utilizzazione dei risultati delle operazioni e, quindi, la perdita irrimediabile del materiale probatorio contenuto nelle stesse (cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. I, 17.1.2003, Vollaro, *inedita*; Id., Sez. I, 7.10.1997, Bonavota, in *Giust. pen.*, 1998, III, 587). È infatti brevemente da rimarcare che la mancanza o l'insufficienza della motivazione determina di per sé l'ipotesi di inutilizzabilità derivata dall'invalidità del decreto d'urgenza ai sensi dell'art. 271 c.p.p., ed il nostro ordinamento non conosce la sanatoria di atti geneticamente inutilizzabili ma, ai sensi degli artt. 183 e 184 c.p.p., solo la sanatoria di atti nulli. Anche sotto tale aspetto non sono mancate

linee interpretative contrarie che hanno espresso la tendenza a ridurre gli spazi di inutilizzabilità delle intercettazioni ai sensi dell'art. 271 c.p.p. mediante l'affievolimento della funzione di garanzia della motivazione, finalizzata al tentativo di riportare la carenza di questa al concetto di nullità sanabile attraverso una sottile distinzione tra "adeguatezza" e "mancanza" di motivazione, sì da pervenire alla conclusione che solo in mancanza "fisica" del discorso giustificativo o di motivazione apparente, ricorre l'inutilizzabilità della captazione (cfr. Cass., S.U., 23.11.2004, Esposito, in *Dir. proc. pen.*, 2005, 565; Id., S.U., 17.4.1996, Moni, in *Cass. pen.*, 1996, 3275, 1812).

Si tratta, tuttavia, di un espediente che contraddice i criteri di stretta interpretazione che, come più volte detto, dovrebbero presiedere l'interpretazione di norme che attengono a garanzie di rilevanza costituzionale, sì evitare accomodanti salvataggi di provvedimenti illegittimi mediante concetti elastici ed evanescenti come l'adeguatezza e l'insufficienza della motivazione (Cass., Sez. VI, 23.4.2009, n. 19138, Ciccarelli, in *Giur. It.*, 2009, 2285, con nota di BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta, tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente*).

E ciò non può che essere censurato alla luce delle precise discipline codicistiche imposte.

5. Ed allora, per buona pace della coerenza del diritto ma soprattutto in una corretta impostazione di impronta realmente garantista dei diritti inviolabili dell'individuo, si auspica che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza in epigrafe non si rivelino come uno "sprazzo" di garantismo isolato, ma rappresentino l'ennesimo, ma definitivo, passo verso un'affermazione, ma soprattutto un'applicazione unanime e pacifica del principio così come da lungo tempo espresso dal Supremo Collegio. Tale speranza è alimentata dalla considerazione che se il disinteresse "strutturale" verso il rispetto della vita privata dell'individuo può trovare ben ampi appigli all'interno della complessiva disciplina delle intercettazioni, almeno in tale ipotesi specifica caratterizzata da precisa e puntuale disciplina procedimentale ed accompagnata

da altrettanto rigoroso orientamento giurisprudenziale, sembra quantomeno illegittimo forzare il testo normativo alla luce di non giustificate interpretazioni restrittive delle garanzie dell'indagato dirette a comprimere il rispetto della proporzione tra tutela dei diritti inviolabili e necessità di intervento in virtù di deviazioni esegetiche dettate da interessi evidentemente estranei alle dinamiche processuali.

Sulla base di queste premesse, si auspica che il principio rimarcato dalla sentenza qui favorevolmente annotata costituisca, in tema di legittimità della procedura di ascolto "in de-roga", non solo il confine ultimo della giurisprudenza creativa delle Corti di legittimità, ma soprattutto la base verso approdi ulteriori, più confacenti in tema di garanzie e controlli e, quindi, più in sintonia con la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sempre più sensibile ai temi dell'invasione della sfera privata attuata con sistemi oltremodo insidiosi (Corte eur., 12.6.2003, Chalkley c. Regno Unito; Corte eur., 27.7.2003, Hewitson c. Regno Unito; Corte eur., 24.8.1998, Lambert c. Francia; Corte eur., 24.4.1990 Kruslin c. Francia).

In tale prospettiva deve sottolinearsi come da un lato, e tenuto conto del requisito di eccezionalità del ricorso ad impianti esterni, si potrebbe auspicare un intervento interpretativo diretto ad imporre come necessario anche nel caso di proroga delle intercettazioni, un ulteriore decreto motivato del p.m. circa la permanenza dei presupposti di utilizzazione degli impianti esterni alla Procura,

soprattutto nell'ipotesi in cui il decreto autorizzativo indichi l'indisponibilità degli impianti "per quella data" ed in relazione a captazioni che proseguono per molti mesi (BARGI-FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, II, 109.) Da un altro lato, l'obbligo di rigorosa motivazione del decreto in discorso dovrebbe essere tenuto bene a mente alla luce del fatto che l'ampliamento delle possibilità di apprensione dei dati offerto dallo sviluppo tecnologico e scientifico consente, sempre con maggiore facilità, la violazione di spazi coperti dalla riservatezza e l'esperienza giudiziaria degli ultimi decenni permette di registrare la crescita esponenziale dell'utilizzazione di strumenti sempre più sofisticati per la captazione delle conversazioni e comunicazioni, del tutto inimmaginabili in un non lontano passato. Strumenti che potrebbero non essere nella disponibilità delle Procure.

In definitiva, allora, ci si attende che la giurisprudenza di legittimità pretenda con costanza e rigorosità almeno il rispetto delle condizioni stabilite dalla legge, contrastando fermamente «*qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa "affidabilità della conoscenza acquisita"*» (DANWAN, *Divieti probatori e raccolta di documenti fotografici da parte della polizia giudiziaria*, in *Giur. it.*, 2004, 67).

Spirito europeo e certezza del diritto in tema di successione nel tempo delle norme sulle misure di prevenzione: il discutibile approccio della Corte di Cassazione

(Questo scritto è destinato a *Giurisprudenza italiana*)

La pronuncia in esame costituisce una delle prime applicazioni giurisprudenziali circa gli effetti della intervenuta abrogazione dell'art.

14 della legge n. 55 del 1990 ad opera della legge n. 125 del 2008 (c.d. *pacchetto sicurezza*) sui procedimenti di prevenzione "in cor-

so” alla data di entrata in vigore delle nuove norme. A parere della S.C., la sopravvenuta abrogazione della citata norma speciale ha determinato la “riviviscenza” della norma generale mai modificata o abrogata con la conseguenza che “*le misure di prevenzione patriomionali previste dalla l. n. 575 del 1965 sono nuovamente applicabili, senza alcuna limitazione, a tutti i soggetti compresi nella categoria delle persone pericolose di cui alla l. n. 1423 del 1956*”. Inoltre, movendo da una certa interpretazione del principio di attualità in tema di misure *ante delictum*, si afferma l’estensione alla confisca antimafia di quanto

previsto dall’art. 200 c.p. per le misure di sicurezza, con la conseguenza che “*in materia di revoca ex tunc della confisca, sul piano normativo, deve aversi riguardo alla legge vigente al momento della decisione sulla richiesta di revoca*” (Cass., Sez. I, 14-26.5.2009, P.G. e Agenzia del Demanio in proc. De Benedittis).

Le osservazioni che seguono si pongono in chiave essenzialmente critica, analizzando la decisione, oltre che da un punto di vista interno, anche e soprattutto alla luce delle più recenti decisioni della C.e.d.u. in punto di confisca.

Osservazioni di Silvia Astarita

1. La vicenda che ha originato la decisione in commento connota di una certa singolarità la tematica, altrimenti classica, del rapporto fra procedimento di prevenzione e di cognizione con speciale riferimento all’istituto della revoca della speciale confisca antimafia, offrendo significativi spunti di riflessione alla luce dell’evoluzione normativa più recente e degli arresti giurisprudenziali più innovativi sul tema provenienti dalla Corte europea dei diritti dell’Uomo.

L’antefatto, necessario a meglio comprendere la portata della decisione, è il seguente. Nel 1996, la Sezione funzionalmente ordinata all’applicazione delle misure di sicurezza del Tribunale di Roma, applicò al D.B., indiziato di appartenere ad associazione di tipo mafioso (c.d. Banda della Magliana), la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e, contestualmente, dispose la confisca di tutti i suoi beni ai sensi dell’art. 2 *ter*, legge 31 maggio 1965, n. 575. La decisione fu confermata dalla Corte d’Appello, prima, e dalla Corte di Cassazione, poi. Nel corso degli anni successivi, i procedimenti penali che avevano attinto direttamente ed indirettamente il proposto, la cui pendenza aveva

originato l’applicazione nei suoi riguardi delle misure di prevenzione anzidette, volsero al loro definitivo e liberatorio epilogo. In particolare: con sentenza 6 ottobre 2000, la Corte d’Assise d’Appello di Roma, decidendo su rinvio disposto in seguito ad annullamento della Corte di Cassazione, escluse in modo radicale la natura *mafiosa* della suddetta organizzazione criminale. Per l’effetto, il proposto chiese la revoca della confisca ai sensi dell’art. 7, 2° co., legge 27 dicembre 1956, n. 1423, osservando come il giudizio di pericolosità, qualificata dall’appartenenza ad associazione di tipo mafioso, era stato definitivamente smentito dagli inequivoci esiti dei diversi giudizi di merito. Il Tribunale di Roma, investito della richiesta, tuttavia, ripercorse le ragioni poste a fondamento della misura, ribadì in particolare modo la natura *mafiosa* del sodalizio criminale e rigettò l’istanza di revoca, a nulla rilevando la esclusione di tale connotazione oramai acclarata nel giudizio di cognizione. Ciò in forza di una certa, ma esasperata, interpretazione del principio di autonomia che tradizionalmente è alla base dei rapporti fra procedimento di prevenzione e di merito. La decisione venne in seguito

riformata dalla Corte d'Appello di Roma con conseguente restituzione di tutti i beni confiscati, alcuni dei quali, frattanto, erano stati destinati ad uffici pubblici. Risolto positivamente il nodo sulla ammissibilità in astratto della domanda di revoca con efficacia *ex tunc* della misura patrimoniale per difetto genetico dei presupposti di applicazione della stessa (Cass., S.U., 19.12.2006, Auddino in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 1297, con nota di MAUGERI, *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*; ed in *Cass. Pen.*, 2007, 1429, con commento di MOLINARI, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto*), la Corte d'Appello valutò i nuovi elementi adottati dall'appellante costituiti, essenzialmente, dal favorevole epilogo dei giudizi di merito. Punto nodale della motivazione dell'originario decreto applicativo era espresso in maniera nettissima ed incontrovertibile: il proposto era persona pericolosa perché si era "inserito" fin dai primi anni '80, nella c.d. Banda della Magliana, notissima associazione di stampo *mafioso* operante in Roma e in vario modo "collegata" a Cosa Nostra, camorra e 'ndrangheta. Pur riconoscendo la autonomia fra procedimento di prevenzione e procedimento di cognizione, il giudice della prevenzione non potè non valorizzare l'esclusione, con sentenza oramai irrevocabile, del carattere *mafioso* della c.d. Banda della Magliana. Non era in discussione l'autonomia fra i due giudizi quanto, a monte, l'esistenza stessa di un sodalizio di tipo *mafioso*. Difettava, pertanto, il presupposto giuridico per l'applicazione della misura *ex art. 2 ter*, legge 31 maggio 1965, n. 575; né la confisca poteva trovare titolo nella pericolosità "generica" del sorvegliato. Non poteva trovare applicazione, cioè, l'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55, che limita l'adozione della misura patrimoniale a carico di soggetti indicati nell'art. 1, 1° co., nn. 1 e 2, legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ai proventi dei soli delitti ivi tassativamente indicati, non rinvenibili nel caso di specie.

Ultimo atto della controversa vicenda si è avuto con l'accoglimento del ricorso per cassazione proposto dall'Agenzia del Demanio e dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Roma avverso il decreto liberatorio cui è seguito l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato e la conferma delle statuizioni del Tribunale: è stata ripristinata, cioè, l'originaria misura ablativa. Nell'accogliere l'impugnazione, la Corte ha osservato che, oltre alla esclusione del carattere *mafioso* della c.d. Banda della Magliana, motivo di revoca della misura patrimoniale era stato individuato nella impossibilità di ricondurre ad alcuna delle attività delittuose tassativamente indicate dal legislatore nell'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55, la provvista delle disponibilità finanziarie per l'acquisto dei beni confiscati. Sennonché, tale disposizione è stata abrogata dall'art. 11 *ter* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. nella legge 24 luglio 2008, n. 125. La sopravvenienza normativa avrebbe determinato, per l'effetto, la riviviscenza dell'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152, mai abrogato o modificato, in virtù del quale le misure di prevenzione patrimoniali previste dalla legge 31 maggio 1965, n. 575, sono "nuovamente" applicabili, senza limitazione alcuna, a tutti i soggetti compresi nelle categorie delle persone pericolose contemplate ai nn. 1 e 2 dell'art. 1, 1° co., legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Non rileva, peraltro, la sopravvenienza delle nuove norme, operando in materia di confisca di prevenzione il principio dell'applicazione della legge attuale fissato dall'art. 200 c.p. in relazione alle misure di sicurezza. Sicché, di qui il principio di diritto di cui in massima, in materia di revoca *ex tunc* della confisca, *ex art. 7*, legge 27 dicembre 1956, n. 1423, se per la peculiarità dello scrutinio di revisione la verifica dell'accertamento della pericolosità resta ancorata al riferimento temporale costituito dalla data di originaria applicazione della misura di prevenzione patrimoniale, tuttavia, sul piano *normativo* deve aversi riguardo alla legge vigente al momento della *decisione* sulla richiesta di revoca.

2. Le conclusioni prestano il verso ad alcune osservazioni. Ma procediamo per gradi, individuando le molteplici coordinate giurisprudenziali e normative di riferimento. Sotto il primo profilo. La revoca delle misure di prevenzione è istituito, in via generale, previsto dall'art. 7, legge 27 dicembre 1956, n. 1423, che attribuisce all'interessato il potere di richiedere la modifica o la rimozione del provvedimento applicativo "quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato...". Si configura, dunque, come «atto di ritiro» di una misura di prevenzione, su istanza dell'interessato, da parte della stessa autorità che ebbe ad emanarla. Essa suppone l'intervenuta definitività della misura, per essersi esauriti i mezzi di impugnazione; è improntata a discrezionalità ed è condizionata all'esaurirsi o al mutamento sopravvenuti della causa originaria; ha, generalmente, efficacia *ex nunc*. Così come accade in materia cautelare, pertanto, alla definitività del procedimento applicativo delle misure *praeter delictum* segue il formarsi di un giudicato c.d. provvisorio, la cui preclusione opera sempre *rebus sic stantibus*, non impedendo una rivalutazione dei presupposti, sulla base di nuove evenienze (*Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 29.10.2008, C.F., in *Mass. Uff.*, n. 242.005). Interrogatasi sulla compatibilità di un sistema sì delineato con l'istituto della revisione, classico mezzo di rimozione del giudicato, di cui agli artt. 629 ss. c.p.p., a fronte dell'esigenza logico-sistemica di coprire anche simili provvedimenti con uno strumento in grado di porre riparo ad errori giudiziari, la giurisprudenza di legittimità è giunta a pregevoli soluzioni. Esclusa la praticabilità del rimedio, espressamente previsto per le sole sentenze ed i decreti penali irrevocabili di condanna, è stato valorizzato il valore polisemantico dell'espressione normativa "sia cessata la causa che lo ha determinato" di cui al citato art. 7, e si è affermato che tale *cessazione* è riferibile tanto a un fatto sopravvenuto, quanto, soprattutto, a una nuova e più attenta valutazione retrospettiva della situazione iniziale. Con il risultato di ritenere che l'art. 7, 2° co., prevede anche

la possibilità di una revoca *ex tunc*, determinata dal riconoscimento, ora per allora, dell'inesistenza originaria dei presupposti della misura di prevenzione (Cass., Sez. I, 6.3.1992, Santapaola, in *Mass. Uff.*, n. 189.739; orientamento consacrato definitivamente da Cass., S.U., 10.12.1997, Pisco, in *Cass. Pen.*, 1998, 1931, con nota di MOLINARI, *La revisione ed i provvedimenti in tema di applicazione di misure di prevenzione*; ed in *Giur. It.*, 1999, 806). Dall'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al procedimento penale, che porta con sé l'eventualità tutt'altro che infrequente nella prassi, di contrastanti epiloghi, discende che «*giudice della inconciliabilità dei fatti posti a fondamento del provvedimento di applicazione della misura con quelli stabiliti in una sentenza penale irrevocabile è il giudice della misura, che, richiesto di revocare il provvedimento con effetto ex tunc sul presupposto di quella inconciliabilità, ha l'ulteriore potere-dovere di accertare se quei fatti siano stati gli unici presi in esame nel momento di applicazione della misura e, dunque, il potere di respingere la richiesta di revoca qualora, certa quella inconciliabilità, emerga che anche altri erano stati i presupposti di fatto del provvedimento*» (Cass., S.U., 10.12.1997, Pisco, cit.). Collegata a tale problematica, è quella connessa alla compatibilità fra l'istituto della revoca così inteso rispetto alla confisca disposta ai sensi dell'art. 2 *ter*, legge 31 maggio 1965, n. 575 al pari delle misure di prevenzione personali. Le argomentazioni, prevalentemente di natura letterale, invocate a fondamento di una risposta negativa al quesito (La circostanza che il 4° comma della disposizione in esame preveda espressamente la sola revoca del sequestro; che, inoltre, l'art. 3 *ter*, nel fare rinvio quanto al regime di impugnazioni delle misure reali ad altre disposizioni della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 non richiami espressamente l'art. 7 che disciplina specificamente l'istituto della revoca ed, infine, il trasferimento della proprietà dei beni confiscati in favore dello Stato come effetto tipico della misura antimafia) non sono parse

risolutive. Anche in tema di confisca antimafia, dunque, «*il provvedimento... è suscettibile di revoca "ex tunc" a norma dell'art. 7, comma secondo, l. 27 dicembre 1956 n. 1423... allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario, non ostando al relativo riconoscimento l'irreversibilità dell'ablazione determinatasi, che non esclude la possibilità della restituzione del bene confiscato all'avente diritto o forme comunque riparatorie della perdita patrimoniale da lui ingiustificatamente subita*» (Cass., S.U., 19.12.2006, Audino, cit.). La valorizzazione delle finalità riparatorie della revoca in funzione di revisione, in ossequio all'art. 24 Cost., ha indotto ad ulteriori conseguenze applicative, frutto di un parallelismo più marcato con il tradizionale mezzo di rimozione del giudicato anche sotto il profilo dei "casi" di revisione, statuendo, ad esempio, che l'istanza di revoca ben può fondarsi su "prove nuove", in quanto sopravvenute alla conclusione del procedimento, o in quanto non valutate ancorché preesistenti, ovvero sull'inconciliabilità di diversi provvedimenti giudiziari, ovvero sulla circostanza che il procedimento di prevenzione sia fondato su atti falsi o su un altro reato: elementi, comunque, tutti preordinati a dimostrare l'insussistenza di uno o più dei presupposti del provvedimento di confisca (Cass., Sez. I, 14.5.2008, P.S., in *Riv. Polizia*, 2009, n. 1-2, 84). Chiarito il consolidato quadro giurisprudenziale, anche dal punto di vista normativo la materia che ci occupa ha subito molteplici mutamenti. Testo legislativo di riferimento, in materia di misure di prevenzione, è, come noto, la legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (e successive modificazioni), che ha storicamente introdotto misure dirette a proporre ed applicare, in via generale, ben individuati strumenti al fine specifico di prevenire, attraverso una serie di limitazioni, le condotte di soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza e per la pubblica moralità. Da qui la qualificazione, propria, di misure di prevenzione o

ante delictum. La speciale normativa antimafia, invece, è contenuta nella legge 31 maggio 1965, n. 575 (e successive modificazioni), le cui disposizioni sono applicabili nei confronti di soggetti "indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" (art. 1, legge 31 maggio 1965, n. 575 così come modificato dall'art. 13, legge 13 settembre 1982, n. 646). In particolare, oltre a prevedere misure di prevenzione personali, l'art. 2 *ter*, 3° co., legge citata, introdotto dalla legge 13 settembre 1982, n. 646, prevede che "Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza...". L'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152, tuttavia, ha determinato un significativo ampliamento dell'area dei destinatari delle speciali misure antimafia, estendendo senza limitazione alcuna, "le disposizioni di cui alla l. 31 maggio 1965, n. 575... anche alle persone indicate nella l. 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 1, nn. 1 e 2". Sulla portata generale di tale disposizione è andato, poi, significativamente ad incidere, restringendola, l'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55, secondo cui le disposizioni della legge 31 maggio 1965, n. 575 – e, quindi, la possibilità della confisca prevista dagli artt. 2 *bis* e 2 *ter* – si applicavano anche ai soggetti indicati nell'art. 1, nn. 1 e 2, legge 27 dicembre 1956, n. 1423, sempreché l'attività delittuosa da cui si riteneva derivassero i proventi fosse una di quelle previste dagli artt. 600, 601, 602, 629, 630, 644, 648 *bis*, 648 *ter* c.p. e contrabbando. Fin dalle prime applicazioni, la giurisprudenza di merito e di legittimità ha interpretato la disposizione in parola in termini di "specialità" rispetto al citato art. 19, quale *lex specialis posterior* derogatoria rispetto alla norma generale, sia per l'*incipit* della stessa, che così recitava: "salvo che si tratti di procedimenti di prevenzione già pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge"; sia per la dichiarata volontà del

legislatore desumibile dai lavori preparatori della legge 19 marzo 1990, n. 55. Il citato art. 14, in altre parole, aveva avuto l'effetto di "restringere" il margine di operatività delle misure di prevenzione patrimoniali allo scopo di migliorarne la funzionalità concentrando l'attività di indagine ai casi più gravi. A conferma di tale impostazione, la giurisprudenza di legittimità formatasi prima dell'entrata in vigore della legge 19 marzo 1990, n. 55 pacificamente riteneva di interpretare la disposizione di cui all'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152 nel senso della piena equiparazione, ai fini delle misure di prevenzione patrimoniali, tra soggetti pericolosi in quanto indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso e soggetti pericolosi in quanto ritenuti abitualmente dediti ad attività delittuose da cui traggono i mezzi di vita ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Senonché, su tale assetto normativo, è andata ad incidere la legge 24 luglio 2008, n. 125, il cui art. 11 *ter* ha abrogato l'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55 (sulle novità introdotte dal c.d. Pacchetto sicurezza, legge 24 luglio 2008, n. 125, v. LO RUSSO-RICCI, *Le novità al pacchetto sicurezza*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 1495. V. anche, CORTESI, *Modifiche al sistema normativo delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2008, 243 s.). Nelle prime applicazioni delle nuove norme, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che tale abrogazione non abbia prodotto alcun effetto sulla norma di riferimento generale di cui all'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152, sempre rimasta in vigore nel suo testo originale, laddove la "restrizione" di efficacia individuata nell'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55 è stata frutto di un'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale (per tale ricostruzione, Cass., Sez. I, 4.2.2009, Ausilio, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 560). E ciò perché il rinvio di cui all'art. 19, 1° co., legge 22 maggio 1975, n. 152 «non ha carattere materiale o recettizio, ma formale, nel senso che, in difetto di un'espressa esclusione o limitazione, deve ritenersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto-fonte, in sostitu-

zione, modificazione o integrazione di quelle originarie, e non limitato alle sole misure di carattere personale» (Cass., Sez. I, 17.9.2008, P.G. in proc. P.M., in *Mass. Uff.*, n. 241.138). Di conseguenza, il venir meno della norma speciale farebbe rivivere nella sua pienezza l'operatività della norma generale che non è mai stata modificata o abrogata. Non sussisterebbe, dunque, alcuna ragione per modificare l'interpretazione che la giurisprudenza di legittimità aveva già maturata sulla efficacia applicativa dell'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152, prima dell'entrata in vigore della norma speciale ora abrogata, nel senso che l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali della legge 31 maggio 1965, n. 575 riguarda tutti i soggetti individuati dall'art. 1, nn. 1 e 2, legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

3. Chiarito, seppur in estrema sintesi, il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, alcune osservazioni si impongono.

In prima analisi, non pare condivisibile l'assunto per cui la sopravvenienza normativa, in questo caso intervenuta nelle more fra il giudizio d'appello e quello di legittimità, espliciti, in materia di revoca di misure di prevenzione, qualsivoglia efficacia *in malam partem*. La pregevole soluzione offerta dalle Sezioni Unite penali circa l'ammissibilità della revoca della misura patrimoniale in funzione di revisione, vale a dire, con efficacia *ex tunc*, riconoscendo ora per allora l'errore giudiziario cui sempre deve porsi riparo ai sensi dell'art. 24, 4° co., Cost. implica l'irrelevanza delle nuove norme sopravvenute che abbiano l'effetto di ampliare, sotto il profilo soggettivo, la categoria di soggetti nei cui confronti la misura è applicabile.

La *ratio* a fondamento della decisione risiede, appunto, nel fornire il soggetto ingiustamente sottoposto ad una misura di prevenzione, anche patrimoniale, così come la confisca antimafia, di uno strumento di tutela, necessariamente effettivo ed efficace, volto ad emendare l'errore giudiziario in cui il giudice della prevenzione sia incorso. Al pari delle ipotesi di rimozione del giudicato, la decisione terminativa del procedimento di

prevenzione pare suscettibile di essere innovata non solo, ipotesi delle più classiche, in cui sopravvenienze *in facto* mostrino un mutamento del giudizio di pericolosità in concreto del proposto, ma anche quando, alla luce di elementi sopravvenuti – perché preesistenti ma non valutati o successivi al c.d. giudicato di prevenzione – palesino l'assenza dei presupposti originariamente legittimanti l'adozione della misura, con efficacia *ex tunc*. In simili ipotesi alcun mutamento normativo successivo può rilevare: la disposta revoca equivale a confinare il provvedimento limitativo *tamquam non esset*. Il provvedimento revocato perché *ingiusto*, non doveva essere adottato. Il riconoscimento dell'errore porta con sé l'inammissibilità di una tardiva "ratifica" legittimante alla luce di nuove norme non in vigore al momento dell'adozione del provvedimento stesso.

L'errore concettuale sta proprio, in caso di revoca con efficacia ora per allora, nello scindere la verifica dell'accertamento della pericolosità, da ancorarsi alla legge in vigore al tempo dell'originaria applicazione della misura di prevenzione, rispetto al piano *normativo* con riferimento alla legge vigente al momento della decisione di revoca.

Nel caso di specie, inoltre, deve rimarcarsi che la Corte di Cassazione ha provveduto ad un annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato, espressamente disponendo la riviviscenza del decreto originariamente assunto dal Tribunale pur riconoscendone l'erroneità dei presupposti in punto di fatto e di diritto posti a fondamento della misura. Diverso sarebbe stato se, riconosciuto l'errore, avesse confermato il decreto liberatorio della Corte d'Appello eventualmente attribuendo all'Autorità giudiziaria, e segnatamente all'organo propulsore del giudizio di prevenzione, il compito di procedere ad una nuova richiesta di adozione della misura patrimoniale alla luce del mutato assetto normativo, ravvisandone i presupposti.

4. Altre ragioni, a ben vedere, inducono ad escludere qualsivoglia rilevanza a sopravvenienze normative che, in *malam partem*, abbiano per l'effetto di estendere la misura pa-

trimoniale a casi dapprima non previsti dalla legge, e passano attraverso una riflessione, ora necessaria, sulla natura giuridica della confisca, anche di quella antimafia, alla luce del dirompente principio di diritto espresso dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella nota decisione del 20 gennaio 2009 sul ricorso proposto dalla Società Sud Fondi s.r.l. (più altre due) contro lo Stato italiano, atto conclusivo della nota vicenda di "Punta Perotti" (Corte eur., 20.1.2009, Sud Fondi s.r.l. e altre due c. Italia, ric. n. 75909/01). Occorre chiarire, in altri termini, se ed entro quali limiti la misura di prevenzione della confisca c.d. "antimafia" prevista dall'art. 2 *ter*, egge 31 maggio 1965, n. 575 sia riconducibile alla nozione di "pena" di cui all'art. 7, § 1, C.e.d.u. ed al principio di legalità e di irretroattività della "sanzione penale" ivi previsto (riflessione condotta e positivamente conclusa di recente da parte della S.C., proprio facendo richiamo all'art. 7 C.e.d.u., per la confisca c.d. per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p., v. Cass., Sez. III, 24.10.2008, Canisto, in *Cass. Pen.*, 2009, 3417, con nota di MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*. A medesime conclusioni è giunta Cass., Sez. III, 24.9.2008, P.M. in proc. Tiraboschi, in *Mass. Uff.*, n. 241.034, ove si afferma che «*in tema di reati finanziari e tributari, la confisca per equivalente prevista dall'art. 322 ter c.p. non è estensibile ai reati tributari commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge finanziaria 2008... in quanto l'eventuale retroattività di tale misura di sicurezza, avente natura sanzionatoria, si porrebbe in contrasto con l'art. 7 della C.e.d.u.*»).

La giurisprudenza di legittimità ha manifestato sovente una certa reticenza ad una decisa ed univoca collocazione dogmatica della "confisca", esaltandone la polimorfa natura e mutevole vocazione a fronte delle diverse finalità cui il legislatore di volta in volta le attribuisce. Con peculiare riferimento alle misure di prevenzione previste dalla speciale normativa antimafia, già in passato al S.C. era giunta a riconoscerne «*natura sostanzialmente e formalmente afflittiva*» con la conse-

guenza che «anche in tale materia il procedimento probatorio deve assumere carattere della giurisdizionalità sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo: sul piano soggettivo, nel senso che deve essere un organo giurisdizionale a presiedere alla formazione della prova; sul piano oggettivo, nel senso che devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi della riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost.» Quanto alla confisca, nella stessa pronuncia se ne sottolineava l'«inequivoco carattere affittivo e sanzionatorio, del tutto privo – soprattutto se esteso al patrimonio del sospettato nella sua globalità – di ogni funzione di rieducazione e di emenda» (Cass., Sez. I, 21.1.1991, Piromalli, in *Giur. It.*, 1992, II, 299). La prassi interna, tuttavia, ha ricondotto la confisca prevista dalla speciale legislazione antimafia nell'ambito delle sanzioni amministrative, equiparabile, quanto a contenuti ed effetti, alle misure di sicurezza e segnatamente alla confisca di cui all'art. 240 c.p. con conseguente obbligatorietà della sanzione nei casi indicati all'art. 240, 2° co., nn. 1 e 2, c.p. (Cass., S.U., 3.7.1996, P.G. in proc. Simonelli, in *Cass. Pen.*, 1996, 3609). L'opzione interpretativa offerta dalla giurisprudenza di legittimità, troverebbe riscontro proprio nelle modificazioni introdotte dalla legge 19 marzo 1990, n. 55, il cui art. 9 sancisce l'autonomia dei procedimenti di cognizione e di prevenzione. Ne deriva, ipotesi tutt'altro che infrequente nella prassi, la possibilità di applicazione dei provvedimenti, personali e patrimoniali, anche in contrasto con le conclusioni cui sia pervenuto il giudizio di cognizione: e ciò, sia per diversità dei presupposti, sia per la valenza diversa che la legge assegna agli elementi sulla cui base le singole procedure vengono definite. Basti pensare al rilievo secondo cui alla mancanza anche assoluta di prove o di gravi indizi di colpevolezza richiesti dalla legge per giungere ad un'affermazione di responsabilità in sede penale non corrisponde affatto un'analogha valenza in tema di "procedimento di prevenzione", nel quale gli indizi di affiliazione ad un "clan mafioso" e la

indimostrata liceità dell'appartenenza dei beni possono essere desunti anche dagli stessi fatti storici in ordine ai quali è stata esclusa la configurabilità di illiceità penale ovvero da altri atti acquisiti o autonomamente desunti nel giudizio di prevenzione (Cass., Sez. V, 23.6.2004, Amoroso, in *Riv. Pen.*, 2005, 1014; Id., Sez. VI, 29.4.2004, Arcudi, in *Guida al Dir.*, 2004, n. 35, 76). In conclusione, la confisca c.d. antimafia «non ha né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel "tertium genus" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, 2° co., c.p.» (Cass., S.U., 3.7.1996, P.G. in proc. Simonelli, cit.). Diverse sono state le conseguenze applicative, ritenendo, ad esempio, legittima la confisca in caso di premorienza del proposto rispetto alla definitività del provvedimento di prevenzione personale, sempreché sussista il duplice presupposto della pericolosità qualificata del soggetto stesso, nel senso della sua appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, e di indimostrata legittima provenienza dei beni confiscati (Cass., S.U., 3.7.1996, P.G. in proc. Simonelli, cit.; negli stessi termini, Cass., Sez. I, 27.1.2009, C.G., in *Mass. Uff.*, n. 243.308); ovvero legittima la misura patrimoniale disposta nei confronti di un soggetto cui sia stata revocata la misura di prevenzione della sorveglianza speciale per esserne cessata la pericolosità a seguito dell'ammissione al programma di protezione dei collaboratori di giustizia (Cass., Sez. I, 15.6.2005, Libri, in *Mass. Uff.*, n. 231.755); ovvero disposta nei confronti di un soggetto su beni acquistati dal sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale anche prima dell'inizio dell'appartenenza al sodalizio mafioso, purché i beni stessi costituiscono presumibile frutto d'attività illecite o ne costituiscono il reimpiego (Cass., Sez. II, 16.4.2009, D.S.G., in *Mass. Uff.*, n. 244.150). Invero, a parere di chi scrive, la confisca prevista dall'art. 2 ter, legge 31 maggio 1975, n. 565 è certamente riconducibile al

concetto di “pena” nell’accezione fatta propria dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, con conseguente piena operatività dell’art. 7 C.e.d.u.

Il principio convenzionale di legalità penale concerne, è noto, non solo i precetti di carattere “criminale” ma anche le relative sanzioni (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Ciò emerge dall’esame del testo della seconda parte dell’art. 7, § 1, C.e.d.u. che recita, appunto, “*Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*”. Appare infatti chiaro che il termine “*parimenti*” (nelle versioni francese ed inglese *de même e nor*) nell’esprimere un nesso di consequenzialità tra le due parti del 1° comma dell’art. 7 C.e.d.u. sancisce una sorta di equivalenza tra le garanzie previste da tale articolo relativamente alla norma incriminatrice ed alla sanzione penale. Come sancito dal suo oggetto e dal suo scopo, l’art. 7 cit. deve essere interpretato ed applicato in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie (Corte eur., 22.11.1995, S.W. e C.R. c. regno Unito, serie A, nn. 335-B e 335-C, §§ 32 e 34).

Si tratta, beninteso, di una legalità di carattere “materiale”, dunque disancorata dal principio della riserva di legge comunemente accolto, ed incentrata in generale sulla “prevedibilità” della fattispecie incriminatrice ovvero della risposta sanzionatoria conseguente al fatto commesso.

A tale “legalità”, inoltre, risultano assoggettate non solo le sanzioni considerate “penali” dal diritto interno ma anche quelle ritenute “penali” in base alla concezione autonoma accolta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo.

Ora. Alla stessa stregua dei concetti di “*accusa in materia penale*” di cui all’art. 6, § 1, C.e.d.u. e di “*reato*”, di cui alla prima parte dell’art. 7, § 1, C.e.d.u., il concetto di “*pena*” accolto dalla Convenzione e fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte risulta in larga parte indipendente da quello accolto all’interno dei sistemi penali nazionali e dunque presenta una portata “*autonoma*”. Del

resto, nel dichiararsi svincolata dalle qualificazioni date nel diritto interno, la stessa Corte ha più volte ricordato che «*per rendere efficace la tutela offerta dall’art. 7... deve essere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una data misura costituisca una “pena” ai sensi di tale norma*» (Corte eur., 9.2.1995, Welch c. Regno Unito, Serie A, n. 307-A, § 27; Id., 8.6.1995, Jamil c. Francia, Serie A, n. 317-B, § 30).

Nell’attività di autonoma valutazione del carattere “penale” delle sanzioni nazionali i giudici europei sembrano aver ormai individuato e catalogato gli elementi indicatori della sussistenza o meno di tale carattere.

In talune decisioni, il carattere penale della sanzione si incentra sulla riconducibilità di quest’ultima ad una condanna per un “illecito penale”. Secondo la Corte, infatti, «*la formulazione dell’art. 7, seconda parte primo comma, indica che il punto di partenza di ogni valutazione sull’esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per un “reato”*» pur precisando che «*al riguardo, altri elementi possono essere ritenuti pertinenti: la natura, lo scopo della misura in questione; la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione; la sua gravità*» (Corte eur., 9.2.1995, Welch c. Regno Unito, cit., § 28).

La loro qualificazione in senso criminale non risulta quindi preclusa nemmeno ove esse presentino una finalità riparatoria o preventiva dato che «*gli scopi di prevenzione e di riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati elementi costitutivi della nozione di pena*» (Corte eur., 9.2.1995, Welch c. Regno Unito, cit., § 30).

Appaiono assumere rilevanza tutti i casi in cui le misure in questione per i loro contenuti, finalità, livelli di afflittività costituiscono vere e proprie “pene”. La vicenda in questione presenta, invero, molti aspetti comuni con altra già decisa dalla Corte di Strasburgo con la già citata sentenza del 20 gennaio 2009. La decisione ha fatto seguito a quella, sulla ricevibilità del ricorso, del precedente 30 agosto 2007 in cui la Corte europea, nel

ritenere ricevibile l'impugnazione, ha definito la confisca una sanzione penale indipendentemente dalla qualifica offerta dal diritto interno di sanzione amministrativa. Posta la natura penale della sanzione trova piena applicazione l'art. 7 C.e.d.u.. Alla luce di queste considerazioni la Corte europea ha affermato che l'interpretazione dell'art. 7 esige che l'esercizio della potestà punitiva dello Stato si fondi su di un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'"infrazione" senza il quale la "pena" non è giustificata. In ciò sta la logica della *pena* e della *punizione*. Si pensi, del resto, la previsione contenuta nell'art. 27 Cost. per cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato. Ovvio che laddove non vi sia condotta biasimevole, in quanto tale penalmente rilevante, la pena è subita da chi vi è sottoposto alla stregua di una mera vessazione da parte dell'Autorità statale ed ingiustificata, priva di ogni prospettiva rieducativa nei confronti di chi, non colpevole e non condannato, non ne comprende l'intima *ratio*.

Se la "*confisca*" è sempre una "*pena*", alcune conseguenze paiono derivarne. Se in astratto sono comprensibili le ragioni poste a fondamento del sistema delle misure di prevenzione in generale, e della confisca antimafia in particolare, che coincidono essenzialmente con la necessità di sottrarre in modo tendenzialmente definitivo il patrimonio dell'indiziato di appartenere ad associazione mafiosa al circuito economico criminale, onde evitarne il reimpiego in attività illecite, non possono ignorarsi sistematicamente gli sviluppi del giudizio di cognizione in forza di una miope esasperazione del principio di autonomia dei giudizi.

Quel che rileva, e che giustamente aveva indotto la Corte d'Appello di Roma ad accogliere la richiesta di revoca della confisca rinvenendone ora per allora la mancanza dei presupposti applicativi, è che la pericolosità "qualificata" dall'appartenenza ad associazione di tipo mafioso, che aveva giustificato la applicazione della misura ablativa, era stata definitivamente ed in senso radicale contraddetta dall'esito del procedimento di cognizione che aveva avuto ad oggetto le vicende delittuose riferibili alla c.d.

"Banda della Magliana" il cui carattere "mafioso" è stato radicalmente escluso.

Sebbene non sia stata compromessa, in linea teorica, l'indipendenza fra il procedimento penale e di cognizione e quello di prevenzione, l'elemento processualmente acquisito non può essere ignorato nella misura in cui ha consentito di escludere, ora per allora ed in radice, la consistenza qualitativa degli elementi indiziari valutati dal Giudice della prevenzione, non solo – o non tanto – al fine di giudicare l'inserimento del proposto nel contesto associativo quanto, a monte, per valutare la natura "mafiosa" dell'associazione.

In altre parole, se la valenza quantitativa e qualitativa del compendio probatorio richiesto ai fini di un giudizio di condanna dev'esser tale da far ritenere la colpevolezza dell'imputato "*ogni oltre ragionevole dubbio*" (art. 533 c.p.p.), diversamente da quanto accade in sede di prevenzione, il minimo a pretendersi è in ogni caso la sussistenza del carattere mafioso dell'associazione di presunta appartenenza. Il procedimento penale di cognizione e quello di prevenzione ben potrebbero avere epiloghi diversi. Ma ai fini dell'applicabilità della confisca prevista dalla speciale normativa antimafia, presupposto irrinunciabile era e resta, almeno, la connotazione *mafiosa* della compagine criminale di presunta appartenenza.

Circostanza esclusa nel caso di specie.

5. Il dato singolare, nell'intera vicenda, è che tali argomentazioni sono state condivise, seppur implicitamente, dalla stessa Corte di Cassazione nella pronuncia in commento. Diversamente, la S.C. non avrebbe avvertito la necessità di mutare il "titolo" sulla cui base la misura patrimoniale era stata inflitta. Implicitamente riconoscendo l'invalidità genetica della originaria confisca disposta *ex art. 2 ter*, legge 31 maggio 1965, n. 575, infatti, il vincolo patrimoniale è stato mantenuto a fronte di un giudizio di pericolosità c.d. generica in forza dell'art. 19, legge 22 maggio 1975, n. 152 e della sopravvenuta abrogazione dell'art. 14, legge 19 marzo 1990, n. 55.

Tuttavia: la riconducibilità della confisca antimafia ad una "pena" consente di sottoporre

la sanzione ai principi cardine in materia penale, individuando ulteriore duplice violazione rispetto ai fondamentali diritti dell'Uomo. In primo luogo, rispetto all'art. 7 C.e.d.u., il principio di irretroattività della sanzione penale di cui all'art. 2 c.p. in forza del quale nessuno può essere "punito" se non per in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione del reato "reato", induce a ritenere inefficaci sopravvenienze normative che incidano tanto sulla fattispecie incriminatrice, quanto sulla sanzione, salvo che non si tratti di norma sopravvenuta di natura favorevole con il solo limite del giudicato e salvo i casi di vera e propria *abolitio criminis* (art. 2, 1°, 2° e 3° co., c.p.).

Il principio in parola va inteso anche nel senso di privare di rilevanza la norma sfavorevole sopravvenuta – che abbia per l'effetto quello di estendere la misura a casi non previsti dalla legge in vigore al momento della commissione del reato ovvero, *mutatis mutandis*, dell'adozione del genetico titolo restrittivo – sul "giudicato" formatosi all'esito del procedimento di prevenzione.

E del resto, la *res iudicata* appare generalmente insuscettibile di una rivisitazione se non in senso *favorevole* al *condannato* ovvero al *proposto*: si pensi, sotto il profilo del diritto interno, all'istituto della revisione *ex artt.* 629 ss. c.p.p. ovvero, fra le impugnazioni straordinarie, al ricorso straordinario per cassazione per errore materiale o di fatto di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. In caso di revoca *in funzione di revisione* della misura ablativa con efficacia *ex tunc*, ove sia accertata ora per allora la mancanza dei presupposti applicativi della misura, parametro normativo di riferimento ai fini della decisione è (e non può non essere) la legge del tempo in cui la misura fu disposta e non già quella in vigore al momento della richiesta di revoca, se peggiorativa nei riguardi del proposto.

La qualificazione offerta dalla prassi interna alla confisca antimafia, sanzione amministrativa o misura di sicurezza, non può essere facile *escamotage* per sottrarre la misura, che resta straordinariamente affittiva, al pari di una "pena", ai principi cardine che rego-

lano la materia penale ed il sistema delle sanzioni penali in particolare.

6. Sotto altro aspetto, si profila altresì violazione dell'art. 6 C.e.d.u..

Il singolare mutamento del titolo sulla cui base la misura è stata mantenuta ha determinato una manifesta violazione del diritto del proposto a difendersi nel giudizio di prevenzione dalla specifica "accusa" mossa nei suoi confronti a confutazione della quale l'intera sua difesa era stata impostata.

Non può negarsi l'immanenza, anche nel procedimento di prevenzione, del diritto al contraddittorio inteso come diritto dell'interessato di difendersi provando non già da un'accusa generica o mutevole bensì dalla specifica accusa che l'Autorità giudiziaria ha ritenuto di poter muovere nei suoi riguardi, che segna al contempo i confini della domanda e, conseguentemente, della decisione giudiziale.

Anche sotto questo aspetto, in tempi assai recenti la Corte europea è giunta ad affermare, in caso assai simile a quello che ci occupa, la violazione del principio del "giusto processo" configurato nell'art. 6, § 3, lett. *a e b*, C.e.d.u. in caso di un mutamento della qualificazione giuridica del fatto-reato posta in essere in assenza di contraddittorio (Corte eur., 11.12.2007, Drassich c. Italia, ric. n. 25575/04).

Per la Corte europea, il "processo equo" impone che l'imputato, una volta informato dell'accusa, cioè dei fatti e della qualificazione giuridica a essi attribuita, debba essere messo in grado di discutere in contraddittorio su ogni profilo che li investe. Contraddittorio che deve essere garantito anche là dove l'ordinamento – come nel caso italiano – riconosca al giudice, anche e soprattutto a quello di legittimità, il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella imputazione *ab origine* ascritta all'imputato.

In materia penale, una informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato è una condizione fondamentale dell'equità del processo.

Alla stessa stregua, in materia civile, dato che la Corte ha affermato che il giudice deve

rispettare il principio del contraddittorio e dare alle parti la possibilità di conoscere e discutere tutte le questioni fondamentali per l'esito del procedimento, in particolare quando esso rigetta un ricorso per cassazione o pone fine a una causa sulla base di un motivo sollevato d'ufficio (Corte eur., 13.10.2005, Clinique des Acacias e altri c. Francia, ric. nn. 65399/01, 65406/01, 65405/01 e 65407/01, § 38; Id., 16.2.2006, Prikyan e Angelova c. Bulgaria, n. 44624/98, § 52).

Le disposizioni dell'art. 6, § 3, lett. a, C.e.d.u. non impongono alcuna forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l'imputato deve essere informato della natura e del motivo dell'accusa formulata nei suoi confronti. Il diritto di essere informato della natura e dei motivi dell'accusa, tuttavia, riveste una importanza fondamentale se posto in relazione al diritto per l'imputato di preparare la sua difesa; anzi: *«un'informazione precisa e completa degli addebiti che gravano su un accusato, ivi compresa la qualificazione giuridica di cui il giudice potrebbe fargli carico, è una condizione essenziale della correttezza della procedura»* (Corte eur., 25.3.1999, Pélissier e Sassi c. Francia, § 52). In conseguenza della condanna inflitta all'Italia per violazione dell'art. 6 cit. nei termini anzidetti, la Corte di Cassazione ha ritenuto, nella specifica vicenda, che *«Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di eser-*

citare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti» (Cass., Sez. VI, 11.12.2008, Drassich, in Cass. Pen., 2009, 1457).

Nel caso risolto dalla decisione in esame, non di "accusa penale" si è trattato, né di qualificazione giuridica, eppure è evidente la lesione del diritto del proposto ad essere informato in modo dettagliato, della natura e delle esigenze cautelare preventive levate a suo carico, nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la propria difesa nel procedimento di prevenzione dal momento che la diversa "qualificazione" della misura inflitta, non già dettata dalla sua pericolosità c.d. qualificata bensì c.d. generica, è stata il sorprendente epilogo della decisione terminativa del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, di annullamento senza rinvio del decreto emesso dalla Corte d'Appello con conseguente conferma del genetico titolo ablativo.

Si osservi, in conclusione, l'intima illogicità della decisione: da un lato, è stata esclusa la pericolosità qualificata del proposto invocando la sopravvivenza della sua pericolosità c.d. generica a fronte del mutamento normativo sopravvenuto; dall'altro lato, è stato confermato l'originario decreto ablativo disposto proprio in ragione della pericolosità qualificata del proposto, annullando senza rinvio il decreto liberatorio della Corte d'Appello.

La prova "congenitamente deperibile": la testimonianza del minore vittima di reati sessuali

(Questo scritto è in corso di pubblicazione su *Giuriprudenza italiana*)

Secondo la Corte di Cassazione (**Cass., Sez. III, 11.6.2009, Falanga**) al fine di acquisire al processo il racconto dei minori vittime di

reati sessuali, l'opzione migliore, anche se non imposta dalla legge, è costituita dall'attivazione dell'incidente probatorio (sede

privilegiata di audizione del minore), nel quale disporre la perizia per verificare la capacità del bambino di testimoniare ed, indi, assumere le dichiarazioni della vittima.

Nelle osservazioni che seguono l'autrice po-

ne l'interrogativo se si possa anche *de iure condito* sostenere l'esclusività dell'incidente probatorio sul presupposto che la testimonianza del minore vittima di abusi sessuali sia una prova ormai riconosciuta come "congenitamente deperibile".

Osservazioni

di Roberta Aprati

1. La Corte di Cassazione torna ad occuparsi del problema relativo alla testimonianza del minore – persona offesa di reati a sfondo sessuale. Il tema è controverso: bisogna ascoltare il minore o solo l'adulto a cui sono stati confidati gli abusi? Fra i due valori costituzionali in gioco (integrità psico-fisica del minore e accertamento dei reati) come operare il bilanciamento?

Dal sistema codicistico emerge una scelta netta del legislatore per il secondo valore: non è rinvenibile nessuna norma del codice che "vieti" in assoluto tale testimonianza sul presupposto che si tratti di esperienza comunque nociva per lo sviluppo psichico del dichiarante; non esiste la prova vietata per legge, inammissibile perché vietata, come per esempio il documento anonimo o illegale.

Sebbene si riconosca che l'escussione possa essere "traumatizzante" [sul tema, da ultimo, v. M. LUPO, *La testimonianza del minore*, Foggia, 2007, 42 ss. e 46] – e dunque si circonda di una serie di cautele volte a contenerne i possibili effetti negativi [SPANGHER, *Le leggi contro la pedofilia, le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1998, 1235] – il favor per l'audizione della giovane vittima del reato è palesata da una serie di previsioni normative: la speciale ipotesi di incidente probatorio (art. 392, co. 1 *bis*, c.p.p.), il parziale divieto di riassumere la prova in dibattimento se essa sia stata già pre-acquisita (art. 190 *bis* c.p.p.), le modalità speciali di escussione del teste (artt. 398, co.

5 *bis*, e 498, commi 4, 4 *bis*, 4 *ter*, c.p.p.) [si tratta di norme tutte recentemente modificate ad opera del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38, sul quale v. MARANDOLA, *Profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2009, 970 ss.].

2. La sentenza in commento traccia un percorso "ideale" da seguire nel caso in cui si debba assumere la testimonianza di un minore vittima di abusi sessuali.

Due sono le ragioni che giustificano le indicazioni della Corte: *i*) il ritardo nell'audizione del minore e la reiterazione delle sue dichiarazioni innescano un meccanismo di rielaborazione e di rimozione dei fatti tale da rendere inattendibile il suo contributo probatorio; *ii*) più il minore è chiamato a rievocare il fatto, più lo si traumatizza [su tale duplice profilo cfr. C. Cost., 27.12.2002, n. 529, in *Foro it.*, 2004, I, 32, con osservazioni di ARMONE; in *Cass. Pen.*, 2003, 870, con nota di CAMALDO- DI PAOLO; in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, 172, con nota di DI CHIARA; C. Cost., 9.7.1998, n. 262, in *Cass. Pen.*, 2000, 822 con nota di PROCACCINO; in *Foro it.*, 1999, I, 63, con osservazioni di DI CHIARA, nonché COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo*, a cura di Cesari, Milano, 2008, 124; VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3358].

In virtù di tali presupposti la Corte ritiene che “l’opzione migliore anche se non imposta dalla legge” sia quella:

i) di non ascoltare mai il minore a sommarie informazioni;

ii) di assumere le sue dichiarazioni solo in incidente probatorio;

iii) di far precedere l’incidente da una perizia sulla idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza *ex art. 196 c.p.p.* [cfr. Cass., Sez. III, 18.9.2007, Scancarello, in *C.E.D. Cass.*, n. 237554, secondo cui la valutazione giudiziale delle dichiarazioni accusatorie rese dalle vittime di abusi richiede specifiche cognizioni tecniche, sebbene poi si precisi che durante le indagini esso possano essere raccolte anche con l’accertamento tecnico *ex art. 359*].

Di conseguenza, solo nel caso in cui si riconosca in esito agli accertamenti di cui all’art. 196 c.p.p. che il minore non è in grado di partecipare utilmente al processo, in quanto il fatto non può più essere “credibilmente” raccontato da costui – perché cancellato o del tutto trasformato – il giudice potrebbe negare ingresso alla prova [in senso contrario cfr. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 134 ss. secondo la quale l’art. 196 c.p.p. può avere incidenza solo sulla valutazione delle dichiarazioni e non già sull’acquisizione]. In pratica, soltanto di fronte all’inutilità dell’esame si arriva a tutelare, ma solo accidentalmente, la salute del minore; lo stato di “inidoneità” potrebbe essere, per così dire, “strumentalizzato”, al fine di evitare che il minore sia sottoposto ad un’esperienza che dal punto di vista della ricostruzione dei fatti non servirebbe a nulla, mentre potrebbe aggravare le sue condizioni traumatiche.

Tuttavia, ripetiamo, si tratta solo di un percorso ideale. Infatti non esistono, almeno *ictu oculi*, norme che impongano qualcosa in proposito. Anzi, dalla normativa relativa alla limitazione dell’assunzione della testimonianza qualora sia stata già acquisita in incidente probatorio (art. 190 *bis* c.p.p.) emergerebbe proprio il contrario [tuttavia v. Cass., Sez. III, 6.11.2002, Panaccione, in

C.E.D. Cass., n. 223355, secondo cui nel caso in cui sia stato disposto l’incidente probatorio ai sensi dell’art. 398, co. 5 *bis*, c.p.p. per reati sessuali commessi in danno di minori di anni sedici, deve essere escluso il diritto delle parti che vi abbiano partecipato alla ripetizione in dibattimento delle attività di istruzione probatoria espletate in tale sede (fattispecie in cui la Corte ha sottolineato come le complete garanzie del contraddittorio e della difesa siano assicurate dall’utilizzabilità degli atti prevista ai sensi degli artt. 403 e 431 lett. e, c.p.p.)]. Ma nonostante ciò non va sottovalutato un dato: appare doveroso attenersi a tale percorso, per aggirare il rischio, sempre incombente, che il minore sia ritenuto in motivazione non credibile. In definitiva l’accusa, in virtù degli oneri probatori di cui è portatrice, dovrebbe seguire le indicazioni che la giurisprudenza fornisce sul punto: senza la perizia sulla idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza o di fronte alla reiterazione delle dichiarazioni ovvero alla loro assunzione a distanza dai fatti, un giudizio di inaffidabilità potrebbe essere per lo più scontato.

3. È necessario, dunque, verificare cosa accada nel caso in cui non venga seguito tale percorso; vale a dire se si possa ipotizzare l’esistenza – se non di un obbligo – quantomeno di un onere di assunzione della dichiarazione esclusivamente in sede di incidente probatorio, al fine di evitare che sia assunta in dibattimento una dichiarazione che si configura, al contempo, come “inutile” e come “dannosa per il minore”.

De iure condendo da tempo si richiede una modifica normativa in tal senso: “l’obiettivo di un legislatore consapevole delle spiccate peculiarità della testimonianza del minore sarebbe quello di prevederle una occasione di interpello, tendenzialmente esaustiva e non ripetibile, in cui vengano assicurate modalità di intervista idonee a sviluppare il massimo di capacità rievocativa e a garantire il contraddittorio, nonché a ridurre al minimo il rischio di contaminazione mnestica e di pregiudizio per l’equilibrio psicologico del minore” [GIOSTRA, *La testimonianza del mino-*

re: tutela del dichiarante e tutela della verità, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, 1026 ss.; su come rimodulare l'istituto dell'incidente probatorio v. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni*, cit., 157 ss.]. E tal proposito non ci si deve spaventare della c.d. fuga dal dibattimento, della inversione del rapporto fra regola ed eccezione: "il contraddittorio dibattimentale è un mezzo e non già un fine: accertato che per questa peculiare esperienza testimoniale esso non rappresenta il miglior strumento maieutico, bisogna predisporre un vicario, collaudarlo e migliorarlo sulla base dell'esperienza applicativa" [GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., 1027].

Il quesito che si pone è se si possa anche *de iure condito* sostenere l'esclusività dell'incidente probatorio sul presupposto che la testimonianza del minore vittima di abusi sessuali sia una prova ormai riconosciuta come "congenitamente deperibile".

Per rispondere all'interrogativo è necessario valorizzare due dati: *i*) l'affermarsi di una consolidata massima di esperienza secondo la quale nei minorenni la reiterazione delle dichiarazioni e la loro lontananza temporale dai fatti ne comporta una pressoché assoluta inattendibilità [su tale massima di esperienza, da ultimo vedi M. LUPO, *La testimonianza del minore*, cit., 41 ss. e la bibliografia ivi richiamata in nota n. 101 e 117; BRKHOF, *Per un cauto approccio alle denunce di abuso sessuale ai danni del minore*, in *Riv. It. Med. Legale*, 2008, 46 ss.]; *ii*) la regolamentazione di un incidente probatorio, quello delle vittime degli abusi sessuali, non ancorato al presupposto della dispersione probatoria.

In via generale non si può dire che il minore è sempre inattendibile, né, però, il contrario [cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *La testimonianza del minore*, Padova, 2005, *passim*]: piuttosto si dovrà di volta in volta verificare la sua idoneità a testimoniare [cfr. Cass. Sez. III, 21.9.2007, Guerini, in *Giur. it.*, 2008, 439, con nota di SAMBUCCO, *In tema di accertamento della violenza sessuale su minore*]. E proprio per tale motivo l'escussione del minore vittima di abusi sessuali è pressoché

sempre preceduta da una perizia *ex art.* 196 c.p.p. [o quantomeno dovrebbe esserlo, SCOMPARI, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 289. Sul tema v. FORZA, *Ancora sul tema delle garanzie metodologiche della Carta di Noto. L'attendibilità della prova testimoniale oltre le apparenze*, in *Arc. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 601 ss.]. È necessario prima accertare se il minore sia in grado in assoluto di rilasciare dichiarazioni affidabili [sul tema cfr. LISI-GRATTAGLIANO, *Ipotesi di abusi sui minori e valutazione dell'attendibilità testimoniale: tra verità, menzogna e false credenze*, in *Riv. It. Med. Legale*, 2008, 59 ss.]. Se il parere del perito è nel senso della non idoneità a testimoniare, il giudice, ai sensi dell'art. 196, 3° co., c.p.p., potrebbe dichiarare l'inammissibilità della prova [in senso contrario v. ancora CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., 134 ss.]. Ma il dubbio sulla idoneità a testimoniare non può dirsi che si ponga con la stessa forza nel caso in cui si chieda di ascoltare il minore in dibattimento e, quindi, a seguito di reiterare audizione o in un tempo assai lontano dai fatti [cfr. VALENTINI, *Il caso di Rignano*, cit., 3359]. Qui il giudice potrebbe agevolmente negare ingresso alla testimonianza per il fatto che essa è ormai "divenuta inaffidabile". Infatti, l'assenza nell'incidente probatorio speciale di cui all'art. 192, co. 1 *bis*, c.p.p. della valutazione discrezionale sulla dispersione del contributo probatorio impone di ritenere che la richiesta di ammissione formulata soltanto in dibattimento è per lo più inammissibile: esiste ormai una massima di esperienza accreditata secondo la quale le dichiarazioni reiterate e lontane dai fatti del minore vittima di un abuso sessuale sono del tutto inattendibili. E la massima è proprio il presupposto dell'incidente probatorio speciale; la liberalizzazione dell'istituto va dunque intesa nel senso che per il legislatore la prova si disperde se non viene pre-acquisita: si tratta quindi di una prova in via presuntiva "congenitamente deperibile" [in senso contrario v. Cass., Sez. III, 6.5.2008, Zordan, in *C.E.D. Cass.*, n. 240695, secondo cui «in tema di reati sessuali, la sola età adolescenziale

del minore abusato non costituisce “in re ipsa” circostanza tale da escluderne la capacità a deporre in assenza di patologie incidenti su tale capacità»].

Sicché nemmeno potrebbe essere data lettura delle dichiarazioni eventualmente raccolte a sommarie informazioni: come dimostrare che la sopravvenuta inidoneità era imprevedibile? [sul tema v. ARDITA, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. Pen.*, 2002, 616 ss.; CAVALLARO, *L'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. al caso in cui la salute psicologica del teste minore sia a rischio*, *id.*, 2002, 1060 ss.; DI PAOLO, *L'acquisizione*, *cit.*, 1672].

Tuttavia va sottolineato un dato: se la testimonianza fosse comunque ammessa, non sarebbe possibile predicare l'invalidità della sentenza che eventualmente si fondi sulla stessa: non ricorre qui un'ipotesi di inutilizzabilità. In tal caso verrebbe in gioco solo un vizio della motivazione: illogicità della sentenza qualora il giudice non spieghi per quale motivo nel caso di specie la massima di esperienza sull'inattendibilità non è applicabile, se non si superi quella presunzione di deperibilità codificata nell'incidente probatorio.

4) La richiesta di ammissione della testimonianza del minore vittima di abusi sessuali – sempre nel caso in cui non sia stata pre-acquisita in incidente probatorio – potrebbe, poi, essere formulata durante l'istruzione dibattimentale, a seguito dell'escussione del teste diretto a cui il minore ha confidato gli abusi. In tale circostanza, però, è assai più difficile arrivare a sostenere che de *iure condito* sia legittimo un provvedimento di inammissibilità.

Infatti, ai sensi dell'art. 195 c.p.p., l'audizione del teste diretto è un diritto delle parti: di fronte all'istanza non si può negare ingresso alla prova diretta perché essa è per legge sempre rilevante e non superflua.

L'unica eccezione a tale obbligo è l'impossibilità. Sicché il giudice potrebbe non accogliere la domanda se ritenesse il minore “in-

fermo” (oltre che irreperibile o morto). Infermità, però, non vuol dire minore età [cfr. APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, 130 ss. e, in particolare, nt. 273; nonché MINAFRA, *Sistemi di recupero delle dichiarazioni rese dalla persona offesa minorenni*, in *Giust. Pen.*, 2009, 107 ss.]; ma il minorenni, come il maggiorenne, possono di fatto essere infermi.

Ma l'infermità di cui all'art. 195 c.p.p. in che rapporto sta con l'idoneità a testimoniare di cui all'art. 196 c.p.p.? e quest'ultima come si relaziona con il giudizio di ammissibilità di cui all'art. 190 c.p.p.?

Ora, l'idoneità a testimoniare riguarda la possibilità di escutere taluno che sia in grado di fornire informazioni utili processualmente, pertanto si può negare ingresso alla prova quando l'accertamento evidenzia che se pur il dichiarante possa affrontare fisicamente e psicologicamente il processo, non sarebbe comunque capace di fornire conoscenze attendibili in alcun modo: è inutile acquisire una prova quando già risulti che non potrà dimostrare alcunché.

Diverso è il caso dell'infermità, qui è il dichiarante che non è in grado di affrontare il dibattimento: non si tratta più di un problema di credibilità, ma, più praticamente, di inattuabilità dell'esame. È l'ipotesi del testimone le cui condizioni fisiche o psichiche sono tali che esso (perché in coma, incapace di percepire le domande, ecc.) è incapace di comunicare in alcun modo. Insomma, di un soggetto che non può partecipare intellettualmente o fisicamente all'esame, nemmeno se compiuto in luogo diverso dal dibattimento.

Quindi, ai sensi del 195 c.p.p. si potrebbe negare ingresso per infermità solo nei casi estremi, e solo in tal caso si potrebbe valorizzare la salute del minore di per sé. Su tale presupposto negare ingresso al testimone, che viene considerato nel caso di specie, quel minore, come infermo. È l'ipotesi del minore traumatizzato dal fatto di reato che, per esempio, non comunichi più [cfr. *Cass.*, Sez. III, 27.11.2007, Baldelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 239273, secondo cui in tema di testimo-

nianza indiretta sono utilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza dal minore persona offesa di reati sessuali non esaminato in giudizio allorché l'equilibrio psichico di quest'ultimo sia così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità. (Fattispecie relativa a minore, già affetto da lieve ritardo mentale poi tradottosi, per effetto degli abusi subiti, in un ulteriore grave scempenso psicologico)]. Ma se il minore non è infermo, ma piuttosto inidoneo a testimoniare ex art. 196 c.p.p. – sicché la sua testimonianza è inutile, e non già impossibile – il giudice è libero o obbligato ad assumere la testimonianza?

Ebbene, proprio nel caso in cui il teste diretto non ha l'idoneità a testimoniare bisognerebbe sentirlo: l'inattendibilità delle sue dichiarazioni servirebbe proprio a smentire le dichiarazioni del teste indiretto.

Tuttavia, se si ritiene che l'art. 195 c.p.p. tuteli non già il diritto al contraddittorio nella formazione della prova [CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 256; CESARI, *La testimonianza indiretta*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2009, II, 1, 1137 ss.; DI PAOLO, *La testimonianza di relato nel processo penale*, Trento, 2002, 232 ss.; BALSAMO - LO PIPARO, *La prova per sentito dire*, Milano, 2004, 336 ss.], ma, piuttosto, un diritto alla prova [FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, 96], e in particolare un diritto rafforzato alla prova contraria [APRATI, *Prove contraddittorie*, cit., 70 ss.], giacché la testimonianza diretta è sempre rilevante e non superflua (a differenza della comune prova contraria che potrebbe in alcuni casi essere dichiarata sia superflua che irrilevante), si comprende come il giudizio di inidoneità a testimoniare possa invece essere operativo, perché nel caso di non idoneità è la perizia che certifica l'inattendibilità delle dichiarazioni dirette, che surroga la prova contraria dell'escussione del teste. In pratica le dichiarazioni indirette possono essere smentite in tal caso non già da quelle dirette, ma dalla più generale inattendibilità del teste appurata tramite gli accertamenti dell'art. 196 c.p.p.

Di conseguenza si potrebbe ritenere che l'art. 196 c.p.p. sia comunque sempre operativo in caso di richiesta di escussione del teste diretto ai sensi dell'art. 195 c.p.p. [in senso contrario cfr. DI PAOLO, *L'acquisizione nel processo penale delle dichiarazioni del minore*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1675] Quest'ultima norma, in pratica, deroga solo al giudizio di ammissibilità di cui all'art. 190 c.p.p. [vale la pena di richiamare Cass, sez. III, 13.2.2008, Uccellatore, in *C.E.D. Cass.*, n. 239911, secondo cui «ai fini della utilizzabilità della testimonianza “de relato” nel caso di impossibilità dell'esame del teste di riferimento per infermità, deve considerarsi rilevante l'infermità (sia fisica che mentale) che rende impossibile l'esame, ovvero: a) quella permanente o tendenzialmente permanente; b) quella tale da non permettere l'escussione del teste, neppure al di fuori della sede dove si svolge il dibattimento; c) quella che rende inutile la deposizione, pur se il teste sia fisicamente o psichicamente in condizione di partecipare al dibattimento». Tuttavia in motivazione si spiega che “nel caso in esame il tribunale, dopo avere ammesso la testimonianza della persona offesa, chiesta dal pubblico ministero e non dal difensore, sulla base della documentazione prodotta dal medesimo pubblico ministero ha disposto una perizia psichiatrica per stabilire la capacità della vittima di testimoniare. Il perito ha concluso affermando che le dichiarazioni della minore al momento della perizia erano inattendibili perché questa con il trascorrere del tempo non era in grado di collocare nel tempo e nello spazio gli avvenimenti, anzi confondeva i due episodi di cui era rimasta vittima. Ha precisato tuttavia che non era da escludere la sua attendibilità per la versione resa nell'immediatezza del fatto agli operatori dell'istituto perché capace di criticare un evento accaduto poco tempo prima della sua rivelazione. A seguito di tanto il presidente ha sostanzialmente ritenuto inutile escutere la parte offesa perché la sua testimonianza sarebbe stata inattendibile in base alle risultanze peritali”. In realtà qui sembrerebbe ricorrere un caso di inammissibilità ai sensi

dell'art. 196, 3° co., c.p.p., e non già ai sensi dell'art. 195, 3° co., c.p.p.].

Alla luce delle osservazioni svolte emerge come vi sia altissimo il rischio che non sia assunta la testimonianza del minorente vittima di abusi sessuali anche nel caso in cui sia richiesta ai sensi dell'art. 195 c.p.p.: il giudice, di fronte all'impossibilità di confrontare utilmente le due versioni (quella del diretto e dell'indiretto), potrebbe rinunciare all'audizione del teste. Infatti, a seguito degli accertamenti di cui all'art. 196 c.p.p. potrebbero profilarsi le seguenti situazioni:

i) dalla perizia emerge che il minore "è inidoneo" a testimoniare;

ii) dalla perizia emerge che il minore "è diventato inidoneo" a testimoniare;

iii) dalla perizia emerge la piena idoneità.

Nel primo caso, se non si dà corso – legittimamente – all'audizione del testimone diretto, si potranno anche usare le dichiarazioni indirette, ma l'illogicità della motivazione è scontata. Come si può credere al testimone indiretto sul presupposto dell'incapacità del testimone diretto? Storicamente, quindi, è quasi certo che il giudice rinunci a servirsi della prova indiretta.

Nel secondo caso, se non si ammette il teste diretto e si usano legittimamente quelle indirette, l'illogicità della motivazione è altamen-

te probabile. Come può il giudice verificare l'attendibilità di quanto riferito, come può ricostruire da quando è iniziato il processo di rielaborazione dei fatti? Anche in tal caso, è dunque prevedibile una decisione che non si riferisca alle dichiarazioni indirette [in senso contrario confronta Cass., Sez. III, 13.2.2008, Uccellatore, cit.].

Nel terzo caso, infine, l'assunzione è obbligatoria, e la mancata assunzione potrà essere fatta valere non solo con l'inutilizzabilità delle dichiarazioni indirette, ma anche con la mancata assunzione di una prova contraria decisiva [cfr. APRATI, *Prove contraddittorie*, cit., 143 ss.]. Solo in tale situazione, quindi, l'incidente probatorio non si configura come l'unica via utile per introdurre nel processo le dichiarazioni del minorente vittima di abusi sessuali.

In conclusione emerge un quadro dove la presunta deperibilità congenita delle testimonianze del minorente vittima di abusi sessuali è tale per cui chi voglia valersene appare "in via di fatto" onerato alla richiesta di incidente probatorio: è infatti assai alto il rischio che il giudice in dibattimento non assuma le dichiarazioni del minorente, non autorizzi la lettura di quelle eventualmente raccolte a sommarie informazioni e, infine, non usi la testimonianza indiretta di colui a cui gli abusi siano stati confidati.

**«Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma.
Continuità, fratture, nuovi orizzonti»**

**Riflessioni a margine del XXI Convegno nazionale
dell'Associazione degli studiosi del processo penale
(Lecce 23-25 ottobre 2009)**

di *Mario Antinucci*

È toccato a Giovanni Conso, a vent'anni dalla grande riforma del Codice di procedura penale italiano, rappresentare il motivo della fragorosa assenza di Giuliano Vassalli alla platea di studiosi ed operatori del diritto convenuti a Lecce da ogni parte d'Italia.

Il Convegno si è dunque aperto, tra commozione e sgomento, all'insegna del ricordo dell'illustre giurista, galantuomo di altri tempi nel quale l'onestà intellettuale e la fedeltà ai valori della democrazia risplendevano in «una profonda fiducia nella cultura del dialogo e del confronto, sempre e comunque». Parole toccanti quelle di Giovanni Conso, per la scomparsa di un gigante della comunità scientifica universale, a maggior ragione se giunte nella meravigliosa cornice di un convegno di studiosi al quale l'Associazione ha dato un titolo particolarmente importante e ad un tempo gravoso ed impegnativo: «Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti». Perché è imprescindibile una riflessione sul metodo di confronto rispetto ai grandi temi di cultura processuale penale, lo ha ricordato Alfredo Gaito con un autorevole intervento, forte ed inequivocabile, nell'ambito di un affollato convegno organizzato a Roma dall'U.C.P.I. dal titolo «A vent'anni dal Codice del 1989. Riforme organiche per rilanciare il processo di parti», evidenziando coraggiosamente la sterilità scientifica ove non anche la inadeguatezza delle «guerre di religione» talvolta sulla scena dell'ampio e qualificato dibattito sulla riforma del processo penale in Italia, fattore che ha inevitabili implicazioni

in termini di distanze con le garanzie e gli *standards* europei, *medio tempore* divenuti misura della effettività delle garanzie processuali interne.

Benché siano condivise le ragioni serie di una riscrittura del codice di rito accusatorio ad un ventennio dalla entrata in vigore, si registra forse una prudenza di fondo della comunità scientifica e degli operatori nei confronti di un'operazione intellettuale così ambiziosa e – in ultima analisi – riconducibile ad una significativa domanda, stella polare di tutti gli interventi degli studiosi (la stessa al centro dei lavori preparatori del Codice di rito del 1988, come pure della Commissione per la riforma del Codice di procedura penale presieduta da Giuseppe Riccio): «Come coniugare garanzia con efficienza e durata del processo penale?».

L'esigenza di un progetto riformatore del codice di rito nasce secondo autorevoli studiosi quali Giovanni Canzio e Vittorio Grevi anche dalla «crisi di autorevolezza della giurisdizione penale e dei suoi protagonisti», onde ovunque si eserciti la giurisdizione penale, in ogni aula giudiziaria, è diffusa la consapevolezza del dissesto della giustizia penale; i numeri della crisi vengono da precisi indici di rilevazioni elencati da analisi economiche del processo penale compiute da organi indipendenti quali il Cepej (European Commission for the Efficiency of Justice) 2008, la Banca d'Italia 2008 e l'Eurispes 2008 (dati pubblicati dall'U.C.P.I.), i quali in modo sostanzialmente uniforme convergono nell'individuare delle patologie

tali da configurare una vera e propria destrutturazione del processo penale in Italia, sfigurato rispetto all'originario impianto, disseminatamente disseminato da una miriade di manipolazioni normative, interventi della Corte Costituzionale, innesti emergenziali, c.d. leggi tampone e così via: interventi che hanno concorso a determinare la instabilità, fragilità e perdita di efficacia operativa del codice di rito, determinando così un ingestibile sovraccarico della domanda di giustizia, in direzione di un modello giurisdizionale decisamente lontano dalle indicazioni delle pronunce di Strasburgo.

In questo senso, rispetto ai singoli punti di crisi del codice di procedura penale evidenziati nelle lunghe sessioni di lavoro degli studiosi come punti di attacco di un serio intervento riformatore, l'organizzazione giudiziaria, cioè il quotidiano funzionamento degli uffici giudiziari, distante da una razionale distribuzione delle risorse umane e materiali, rappresenta una variabile suscettibile di diventare il banco di prova di una credibile riforma dell'intero sistema processuale.

Inutile sottolineare che – tanto per essere chiari – il netto squilibrio tra il numero delle notizie di reato iscritte nell'apposito modello di indagine e le inadeguate risorse umane e materiali chiamate alla gestione dei relativi carichi di lavoro, ha inevitabili ricadute nelle scelte di politica criminale fatte a monte dall'ufficio del pubblico ministero senza alcun vincolo di responsabilità, un quadro a dir poco allarmante sul piano delle garanzie costituzionali, argomento che agita da tempo il dibattito in letteratura e giurisprudenza.

Da ultimo proprio con le Sezioni Unite Lattanzi depositata pochi giorni prima del Convegno di Lecce, con un intervento destinato a far discutere, la Corte di Cassazione ha tra l'altro precisato che «l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro *ex art. 335 c.p.p.* è un atto del pubblico ministero connotato da "doverosità" e "neutralità", ne discende l'inconfigurabilità in capo al medesimo di alcun potere discrezionale sia in ordine all'*an* dell'iscrizione che in relazione al *quando*» e, nello stesso senso, «l'obbligo

del pubblico ministero di iscrivere nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. la notizia di reato sorge nel momento in cui questi acquisisce tutti gli elementi idonei a configurare oggettivamente la fattispecie criminosa, senza soluzione di continuità e senza alcuna sfera di discrezionalità» (Cass., S.U., 24.9.2009, Lattanzi).

Ed ecco il punto. Cosa si chiede oggi al principio di obbligatorietà dell'azione penale, quale la reale portata dell'art. 112 Cost. e quali sono gli strumenti normativi per garantirne l'effettività?

La "grave afflittività" dell'indagine penale oggi, i danni da azione penale temeraria provocati dall'abuso della funzione inquirente – l'azzardo investigativo in termini di patologia inversa alla inazione del p.m. – esprimono un tema di cultura processuale di bruciante attualità, che richiede un fronte comune di profondo, sereno confronto e rivisitazione critica in seno alla comunità scientifica, ben oltre la nota questione – tuttavia nevralgica in chiave di sistema – della separazione delle carriere magistratuali, giudicante e requirente: l'argomento è stato oggetto di dibattito e rimarchevole apertura in seno al Convegno, onde tra i rilievi in relazione ai temi oggetto dei progetti di riforma ivi discussi, si è concluso nel senso che «la separazione tra le posizioni ordinali dei magistrati requirenti rispetto a quelli cui sono demandate le funzioni giudicanti può essere un utile strumento per assicurare la terzietà del giudice». La più recente legislazione processuale in materia di azione penale è decisamente animata da questa preoccupazione, onde la titolarità dell'azione penale affidata al capo dell'ufficio, il complessivo irrigidimento dei vincoli gerarchici all'interno dello stesso ufficio, i criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza e rinvio dei processi in corso, la riformulazione dell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., lo smaltimento del carico processuale e i possibili rimedi alternativi ai criteri di priorità si iscrivono proprio nella logica di scongiurare investigazioni ed indagini azzardate (BARGI, *Emergenza e politica criminali. "Caramelle" e "carbone" al Governo Berlu-*

sconi, in questa *Rivista*, 2008, 3; DINACCI, *Criteri di priorità nella formazione dei ruoli d'udienza e rinvio dei processi in corso*, in *Il Decreto sicurezza, d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n.125/2008*, a cura di Scalfati, Torino, 2009).

Ed è noto – lo ha ricordato Giovanni Canzio – che dalla Magistratura si levano da tempo voci autorevoli in favore di una «mitigazione dell'obbligatorietà dell'azione penale», attraverso scelte legislative trasparenti e lineari, senza forme occulte di discrezionalità o depotenziamento dei poteri del p.m. (già in seno alla Commissione Riccio – lo ha ricordato Giuseppe Di Chiara nel suo autorevole intervento sulle forme di semplificazione avanzata – si è fatto ricorso al principio della tenue offensività del fatto come soluzione archiviativa del processo – già attivo ed operante in materia di giudice minorile e giudice di pace – con l'effetto di spostare margini di utilità e di risorse nel processo penale; da ultimo incentivare i criteri di priorità ed introdurre lo strumento dell'azione penale privata).

Proprio nella sessione di lavoro in tema di rapporti tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e difensore nelle indagini preliminari, si registra un importante intervento di Vittorio Grevi; i punti di attacco della critica prendono le mosse dal panorama di «incoerenza e schizofrenia» in materia di recente iniziativa legislativa di governo, da un lato si assiste all'approvazione dei ben noti provvedimenti in materia di sicurezza ispirati al principio della tolleranza zero verso ogni tipo di criminalità (anche più blanda), dall'altro si tenta di introdurre norme di evidente depotenziamento delle strutture di indagine e degli uffici del p.m. in genere ove non anche di ridimensionamento dei poteri del giudice in tema di formazione della prova (d.l. 23.5.2008, n. 92, conv. con modifiche dalla l. 25.7.2008, n.125; d.l. 23.2.2009, n. 11, conv. con modifiche in l. 15.7.2009, n. 94).

Sempre nella prospettiva del predetto intervento nei lavori del Convegno, sarebbe deludente il disegno di legge Alfano *in primis* per le «stranezze» se non «incongruenze» quali, ad esempio, l'attribuzione alla competenza della Corte d'Assise dei reati previsti e

puniti dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., con intuibili implicazioni rispetto ai rischi di condizionamento ambientale dei giudici popolari (art. 1, d.d.l. Alfano); nell'ottica della riformulazione dei poteri del giudice la nuova formulazione dell'art. 190 c.p.p. non parla più dei poteri di iniziativa probatoria d'ufficio del giudice – restano ovviamente gli artt. 422, 441, 507 c.p.p. – non si dice più nulla delle «prove manifestamente superflue», con effetti avverso l'ipotesi non poco frequente di strategie dilatorie delle parti supportate con richieste di prove di tal guisa (l'art. 4 d.d.l. Alfano contiene norme relative al termine per la difesa, al diritto alla prova e alla acquisizione delle sentenze irrevocabili, ai fini della prova del fatto in esse accertato).

Da ultimo non si può non rilevare l'anomalia delle limitazioni alla portata dell'art. 238 *bis* (art. 4 d.d.l. Alfano), onde l'istituto dell'acquisizione delle sentenze penali irrevocabili possono essere acquisite limitatamente alle sole ipotesi degli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e 407, comma 2, lett. *a*, senza porre mente al fatto che negli stessi giorni in cui il Consiglio dei ministri approvava il disegno di legge, la Corte Costituzionale interveniva con la sentenza n. 29/2009 con cui veniva respinta l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 238 *bis*: ed è chiaro che nella riformulazione normativa d'iniziativa governativa – quale dato macroscopico – resterebbero esclusi dal campo di applicazione del relativo istituto tutti i reati contro la P.A.

Per altro verso destano ragionate perplessità i numerosi interventi d'iniziativa governativa orientati a riformare importanti norme del codice di rito (artt. 55, 56, 330, 370 c.p.p.) con un unico tendenziale obbiettivo: puntare alla attenuazione del collegamento funzionale tra p.m. e polizia giudiziaria e così indebolire il rapporto di dipendenza funzionale e servente della p.g. rispetto all'originario impianto costituzionale che in chiave di garanzia delinea i rapporti tra la funzione della p.g. e l'ufficio del p.m. nel senso di escludere ogni possibile «dualismo» tra i relativi uffici (artt. 109 e 112 Cost.).

Di contro, muovendo da opposte premesse, il legislatore intende rimodulare diversamente il rapporto tra p.g. e p.m., in dettaglio – volendo citare la relazione illustrativa del ministero –: «per creare i presupposti di una maggiore “concorrenza” e controllo reciproco. In particolare, la riformulazione dell’art. 330 c.p.p. riserva alla polizia giudiziaria, in via esclusiva, la ricerca delle notizie di reato e risponde all’esigenza di una più chiara distinzione dei ruoli tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, largamente avvertita tra gli studiosi della materia e tra le forze politiche».

In verità l’Associazione degli studiosi del processo penale nel marzo del 2009 a Milano ha chiaramente espresso ad unanimità delle gravissime perplessità su tale opzione di politica legislativa (*Atti del Convegno dell’Associazione studiosi del processo penale*, Milano 22-25 marzo 2009).

Sempre rispetto alla capacità di tenuta del giudizio di cognizione con rito accusatorio, altro punto nevralgico per un proposito riformatore in tema di indagini preliminari e controlli è stato individuato nella necessità di rafforzare il momento di conclusione delle indagini, accentuandone il connotato polifunzionale centrale che faccia da snodo essenziale per i moduli deflattivi o per il controllo dell’azione penale, per il rinvio a giudizio o per i riti alternativi fondati esclusivamente sul consenso dell’imputato in linea con l’art. 111 Cost.: in questo senso, nella relativa sessione di lavoro del Convegno in cui si registra l’autorevole intervento di Marzia Ferraioli, da più parti, in chiave dialettica, si è anche accennato ad un’ipotesi di regolamento capace di disciplinare in via anticipata le varie figure di invalidità ed inutilizzabilità disseminate in ogni parte del rito, in direzione di una maggiore lealtà processuale delle parti rispetto al giudice terzo e imparziale; anzi come emerge inequivocabilmente dalle conclusioni del Convegno, in difesa del rito accusatorio sembra inevitabile che «per recuperare pienamente e rafforzare lo spirito del 1989 sia necessario attribuire maggiori poteri di controllo al giudice delle indagini

preliminari la cui attuale genetica debolezza va superata».

Rispetto al regime delle misure cautelari personali, si è discusso di oscillazioni e punti fermi, con uno sguardo rivolto – soprattutto in direzione di un rilancio del processo di parti – ai punti di continuità e/o di rottura, nonché i nuovi possibili orizzonti del sistema processuale *de libertate*, in una dimensione oggi necessariamente europea, per il delicato contesto di cooperazione giudiziaria internazionale che trova – ad esempio – tanto nella disciplina del mandato d’arresto europeo quando nelle estradizioni o nelle rogatorie internazionali istituti nevralgici in chiave di sistema, di particolare rilevanza a livello di politica criminale.

Eppure sembra allarmante il dato statisticamente oggettivo dell’immutato (rispetto alle c.d. stagioni di “emergenza”) uso quotidiano e alluvionale di carcere contabilizzato a carico dei malcapitati iscritti nell’apposito registro degli indagati al punto che, come è stato acutamente osservato in una recente brillante monografia (LACCHI, *Caducazione automatica delle misure cautelari personali*, Catanzaro, 2008, 10), la *vexata questio* sull’interpretazione dell’art. 303, 2° co., c.p.p. è riuscita a mettere in crisi l’antico principio che il giudice sia la *bouche de la loi*, con una netta contrapposizione tra l’interpretazione nomofilattica e l’interpretazione costituzionale; vicenda specifica che, sebbene risolta con un classico intervento “a rime obbligate”, concorre a tratteggiare i contorni di una parabola involutiva della prassi applicative e devianti della giurisprudenza in tema di misure *de libertate*.

In questo senso è auspicabile che la diversa sensibilità del giudice sopranazionale per la tutela dell’individuo concorra al recupero della cultura del giusto processo, indebitamente accantonata dalla bulimia riformatrice di una legislazione protesa a caricare il processo di eccentrici compiti di prevenzione, piuttosto che a «togliere quanto si possa all’innocente ogni spavento, al reo ogni speranza ed ai giudici ogni arbitrio», secondo la mirabile sintesi del Filangeri circa i com-

piti della scienza della legislazione (BARGI, *Editoriale*, in questa *Rivista*, 2007, 2, VII). Rispetto al delicato tema dei riti alternativi si registra un approccio di tipo analitico, basato sullo studio delle prassi, orientato a commisurare ogni proposito riformatore ai dati statistici forniti dal ministero di giustizia. E nella relativa sessione di lavoro presieduta da Giovanni Tranchina, scandita dagli autorevoli interventi di Paolo Tonini, sui riti speciali di impronta angloamericana (patteggiamento e giudizio abbreviato), e di Ernesto Lupo, sui modelli di tradizione continentale (procedimento direttissimo e giudizio immediato), non sono mancati spunti e riflessioni in merito a ciò che viene descritto come una sorta di intreccio perverso tra lentezza del processo, inoperatività delle “premiabilità legale” e la “premiabilità occulta” data dalla prescrizione dei reati, non voluta dal legislatore: tale regime di prescrizione – stretta tra “immoralità necessaria” (l’espressione è di NOBILI, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Milano, 2009, 19) e disfunzione del processo penale, disincentiverebbe i riti alternativi, propizierebbe la caduta di autorevolezza della giurisdizione penale e dei suoi protagonisti, propizierebbe da ultimo l’ineffettività della sanzione penale.

Secondo poi una singolare eterogenesi dei fini, sembrerebbe di tutta evidenza che il disincentivo del ricorso alla “premiabilità legale” dei riti alternativi propiziata come sopra descritto, restringe l’area delle definizioni consensuali del giudizio – normalmente fuori dall’area dell’appellabilità ed in genere dei rimedi impugnatori – con l’ulteriore innalzamento del ricorso allo strumento impugnatorio.

In tema di prova e dibattimento Giorgio Lattanzi ha presieduto una sessione di lavori importante e densa di significato, nell’ambito della quale nella successione degli autorevoli interventi di Paolo Ferrua, Oreste Dominioni e Tommaso Rafaraci si sono affrontati i grandi nodi e le questioni al centro dell’ampio e qualificato dibattito in letteratura e giurisprudenza, dall’oralità della prova nel quadro delle garanzie costituzionali, alla eterogeneità dei mezzi di prova e le risorse conosci-

tive della prova scientifica, infine dei poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale.

E tuttavia, nella diagnosi costituzionale delle regole giusto processo, il recupero della centralità del dibattimento come luogo di formazione della prova resta un *punto d’arrivo*, anzi, muovendo dalla ricognizione delle prassi giudiziarie sull’esame incrociato, dobbiamo constatare il bollettino di una disfatta che – in chiave di sistema processuale – concorre ad evocare il quadro d’insieme che Alfredo Gaito ha definito «un presente mortificante ed un futuro incerto» (GAITO, *Un presente mortificante ed un futuro incerto*, in questa *Rivista*, 2009, 2, VIII).

Per diverse ragioni le regole dell’esame incrociato, vent’anni dopo quello che continuiamo a chiamare il nuovo rito, in parte vengono escluse, se non travolte, dalla deformazione delle prassi, quest’ultima stretta – in sede di analisi del sistema normativo vigente – tra la lettura del codice dall’art. 468 all’art. 507 c.p.p. (processo di parti) o all’inverso dall’art. 507 all’art. 468 c.p.p. (giudice “onnivoro”, d’impronta inquisitoria), all’insegna di un’ambiguità sistematica di fondo la cui norma emblematica è proprio nell’art. 507 c.p.p.

Si va dalla superficialità dell’approccio alle resistenze culturali degli operatori, con la conseguente sterilizzazione di quei canoni non condivisi e ritenuti soltanto indicativi, anche perché (sarebbero) privi di sanzioni: l’ammissione e la formazione della prova orale nel dibattimento, «tra vischiosità della tradizione e prospettive europee», sconta nella prassi giudiziale il ritardo culturale dei protagonisti del processo accusatorio [GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, I, Torino 2008, 97; DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, *ivi*, II, 353].

Così – per citare alcuni temi di confronto in un recente convegno organizzato dall’U.C.-P.I. ad Alghero su esame incrociato e giusto processo (*Esame incrociato e giusto processo: per non tornare indietro*. Alghero, 11-12 settembre 2009) – con riguardo alla citazione

dei testimoni periti e consulenti tecnici ex art. 468, 1° co., c.p.p., il problema maggiormente dibattuto in letteratura e giurisprudenza attiene proprio alla operatività della sanzione di inammissibilità in caso di omessa indicazione delle circostanze: nonostante il chiaro dettato normativo preveda a pena di inammissibilità il deposito della lista «con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame» la giurisprudenza maggioritaria collega la sanzione di inammissibilità esclusivamente alla tempestività della presentazione nei termini previsti dalla legge e non anche alla incompletezza o inadeguatezza della medesima (Cass., Sez. I, 15.12.2000, Saccucci, in *GP*, 2001, III, 659; Cass., Sez. VI, 13.3.2000, Pontani, in *GDir*, 2000, 19, 75; Cass., Sez. I, 25.6.1999, Gusinu, in *CP*, 2000, 1994; Cass., Sez. VI, 3.2.1994, Romoli, *ivi*, 1995, 1537; Cass., Sez. III, 7.10.1992, Carnabuci, *ivi*, 1994, 321, Cass., Sez. II, 2.12.1992, Di Fonzo, *ivi*, 1995, 306).

Per altro verso in tema di regole per l'esame testimoniale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che quando gli interventi del giudice sia in sede di controesame sia di esame diretto dell'imputato (art. 498 c.p.p.), sono determinati alla necessità di ricevere spiegazioni sulla linea difensiva adottata, per chiarirne alcuni importanti aspetti e non comportano inoltre alcun pregiudizio alla possibilità dell'imputato di rendere la propria versione dei fatti, non si sostanziano in una violazione dell'art. 6, par. 1, C.e.d.u. (C. eur., 19.12.2001, C.G. c Regno Unito, in *LP*, 2002, 876).

Sul versante interno la giurisprudenza chiarisce che le domande nocive alla sincerità delle risposte sono quelle che tendono a condizionare con ogni mezzo la libera determinazione del teste; sono suggestive quelle domande che tendono ad offrire al teste la risposta sui fatti oggetto di esame e possono determinare deposizioni testimoniali artificiose e confezionate; se per le prime il divieto è assoluto, per le seconde il divieto opera solo per la parte che ha chiesto l'esame, ma non si estende alla parte che è posta nelle condizioni di procedere al controesame, poiché la domanda suggestiva può fornire un

utile contributo all'accertamento della credibilità del teste (Cass., Sez. III, 3.6.1993, Tetamanti, in *CP*, 1995, 79; Cass., Sez. I, 21.1.1992, Daniele, *ivi*, 1992, 1796).

Si è invece ritenuto che il giudice – sul presupposto che sia tenuto alla ricerca della verità – non possa sottostare a questo divieto quindi possa porre al testimone *qualsiasi domanda*, con esclusione di quelle ricomprese nell'ipotesi ex art. 499, 2° co., proprio per procedere alla verifica della credibilità del teste (Ass. A. Catania, 22.2.1997, Garrozzo, in *ANPP*, 1998, 429; Id., 10.5.1995, Carbonaro, in *RP*, 1996, 75).

Ed invero sul punto se, da un lato, si registra un allarmante vuoto della giurisprudenza, dall'altro, è dato riscontrare una prassi distorta dei giudici di merito improntata a tecniche di incursione giudiziale in ambito probatorio da registrare ad esempio nel caso in cui, in violazione dell'art. 499, 3° co., c.p.p., vi sia l'invito – rivolto dal giudice all'esaminatore la cui domanda suggestiva sia stata oggetto di opposizione – a riformularla in maniera corretta: in linea di principio, il giudice che volesse approfondire la circostanza, dovrebbe riservare il suo intervento ex art. 506, 2° co., c.p.p. «solo dopo l'esame ed il controesame», onde procedere ad un equilibrato e neutro approfondimento.

Di contro nella prassi neanche si registra la ferma opposizione della difesa attraverso la verbalizzazione ed opposizione sul punto ai fini della inutilizzabilità; anzi la *diuturnitas* del sacrificio del principio di oralità-immediatezza – regola d'oro del giusto processo – prende forma nella prassi delle corti di merito di non sanzionare la violazione dell'art. 134 c.p.p. relativo all'obbligo di registrare almeno fonograficamente l'attività processuale verbalizzata in forma riassuntiva.

Non da ultimo suscita particolare interesse quale tecnica di incursione giudiziale in ambito probatorio, l'integrazione probatoria ex art. 507 c.p.p.; disposta a termine del dibattimento anche senza quell'«assoluta necessità» voluta dal legislatore ma cancellata dalla giurisprudenza e sostituita dal potere illimitato di un giudice sovrano il quale, in alter-

nativa alla pretesa integrazione probatoria, dovrebbe certamente assolvere in ossequio al 2° comma dell'art. 530 c.p.p.

Si osserva in letteratura che nella tradizione giuridica italiana il significato del termine giusto processo costituisce anche il punto di arrivo di un'evoluzione che collega l'iniziale esigenza di legalità, intesa come rispetto delle regole procedurali, e d'equità, intesa come relazione dialettica tra parti contrapposte in posizione d'uguaglianza, con la più recente proiezione che suggerisce un assetto processuale cognitivo fondato su un sapere dialetticamente elaborato capace di produrre una decisione giusta. Quest'ultima componente costituisce il punto d'orientamento essenziale per decifrare la legalità dell'*ordo* normativo di riferimento e conseguentemente per elaborare un modulo procedurale coerente con l'assetto giuridico costituzionale e sovranazionale (DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, cit., 364).

Esso riconosce nella fase dibattimentale il «momento ontologico centrale» (l'espressione è di DE CARO, *Ammissione e formazione della prova nel dibattimento*, cit., 365), ove le dinamiche probatorie acquisiscono il massimo splendore e la maggiore latitudine possibile; ed anche se nell'elaborazione del codice di rito del 1988 è prevalsa un'opzione strutturale orientata verso la diversificazione dei moduli, spingendo l'acceleratore sulle procedure alternative al dibattimento, è ben chiaro che la scelta è stata strumentale alla possibilità di far funzionare realmente e concretamente il dibattimento poiché, in un sistema a vocazione accusatoria è naturalmente più complesso e più lungo di quanto non lo sia in ambito inquisitorio.

Per capire il dibattimento, in una prospettiva di recupero della legalità nel processo, diventa imprescindibile ripartire dall'analisi del giudizio, anzi – secondo autorevole indirizzo in letteratura (M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio nel processo penale*, Milano, 1969, 11) – dalla «confutazione del metodo tradizionale di studiare il giudizio, quindi dalla critica della concezione sillogistica del giudizio», muovendo dalla consapevolezza che

l'analisi delle regole normative del processo penale non è *in re ipsa* la chiave per capire «che cosa sia giudicare»: per fare un solo esempio, le norme processuali chiaramente ispirate dal fine di garantire uno degli obiettivi essenziali del processo, quello della imparzialità ed obiettività del giudizio, non ci possono certamente dire come, nel rispetto di questi principi, il giudizio si formi.

La sentenza presuppone sia logicamente che cronologicamente il problema del giudizio inteso come “il decidere”, vale a dire l'attività mentale del giudice per la decisione: dall'interno dell'esperienza giudiziale – osserva Michele Massa – si dovrebbe poter vedere «se la logica sillogistica contrassegni veramente l'operazione mentale del giudicare, se il diritto appare di fronte al giudice come un chiuso ordinamento di leggi scritte, se è inevitabile per la logica stessa dell'attività giudiziale il ricorso a procedimenti concettualistici nell'interpretazione della legge, se il giudice può fare a meno o non di integrare la descrizione normativa con i suggerimenti che gli vengono dalla “natura del fatto” e dalle istanze di diritto naturale» (M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio nel processo penale*, cit., 16). Ed ecco il punto. La configurazione sillogistica del giudizio, secondo una concezione puramente logicistica dello stesso, è possibile solo in un momento posteriore alla conclusione dell'operazione mentale del giudice, quando la sentenza attraverso il chiarimento del punto di fatto e del punto di diritto ha posto sia la premessa maggiore che la premessa minore del sillogismo; ciò è tanto vero che la riduzione del ragionamento del giudice a sillogismo viene operata sulla base della sentenza, dando per scontato proprio ciò che si doveva dimostrare e cioè che il ragionamento seguito per giungere alla decisione si sia potuto svolgere nel modo in cui esso risulta dalla motivazione: ma il discorso sillogistico – prosegue Michele Massa – «non può non essere astratto non può non ignorare l'effettiva e concreta logica interna del giudicare; esso si regge proprio evitando ogni contatto con la concretezza della realtà dell'esperienza giudiziale» (M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio nel processo penale*, cit., 23).

Tra i corollari più importanti di questa indagine – iscrivibile a pieno titolo al centro dell'ampio e qualificato dibattito sul significato della motivazione nel controllo di validità del giudizio – vi è la convinzione sempre più manifesta della «mancanza di corrispondenza della motivazione alla decisione» (BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in questa Rivista, 2009, 2, 28), in forza di una sostanziale differenza tra il ragionamento realmente seguito dal giudice e quello che appare nella motivazione, ragione per cui non si vede come si possa in tal modo ritrovare nella motivazione quel valore di garanzia avverso i pericoli della parzialità e dell'arbitrio che essa è destinata ad evitare: è nella struttura logica della motivazione che si annidano l'insidia delle presunzioni ed i falsi miti della giurisprudenza, sovente “manipolati” alla luce del c.d. principio del libero convincimento del giudice, che nella sua parabola involutiva sembra riecheggiare – in chiave diacronica – il mitico supplizio di Tantalo.

«Per vedere bene il processo – è stato detto – non bisogna vederlo in genere. Il processo esiste solo in concreto» (CARNELUTTI, *Torniamo al “giudizio”*, in RDP, 1949, I, 165). In questo senso forse è giusto dire che si deve pretendere dal giudice che spieghi, che dia conto delle ragioni del suo giudizio e nella misura in cui riuscirà a tradurle con precisione nella decisione, consentendo la possibilità di ripercorrere il suo stesso cammino tra i significati ed i valori dell'esperienza giuridica, si potrà dire che la motivazione avrà assolto alla sua funzione di garanzia (M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio nel processo penale*, cit., 234).

Rispetto all'ampio e qualificato dibattito sul significato della motivazione nel controllo di validità del giudizio, dall'ultima sessione di lavoro presieduta da Mario Pisani in tema di controlli, impugnazioni e rimedi straordinari, giungono indicazioni di particolare rilievo, attesa l'autorevolezza degli interventi di Giorgio Spangher e Giovanni Canzio.

Ed infatti, ha spiegato Giorgio Spangher, sembra condivisa l'idea di intervenire sulla struttu-

ra legale della sentenza di merito introducendo una sorta di «modello legale di motivazione in fatto» su cui parametrare i poteri di devoluzione delle parti, con il duplice effetto in sede di controllo da un lato di recuperare un maggiore rigore nella valutazione di inammissibilità, quale risposta ad una prassi in cui in ultima istanza il giudizio di inammissibilità del ricorso per cassazione è diventato uno strumento di politica giudiziaria sempre più insidioso (GAITO, *Un presente mortificante ed un futuro incerto*, cit., X).

Dall'altro lato consentire alle parti una più facile rilevazione dei vizi della decisione: del resto già l'art. 292 c.p.p. in materia cautelare predetermina una sorta di cammino che il giudice deve fare in chiave di garanzia nel motivare la decisione.

In tema di rimedi straordinari uno dei punti di attacco dell'intento riformatore avanzato dagli studiosi attiene alla necessità di trovare un sistema di controllo che consenta di adeguare il giudicato interno alle pronunce di Strasburgo.

Secondo autorevole indirizzo in letteratura la struttura dei mezzi di impugnazione contro una decisione ingiusta, sul piano sistematico, deve essere speculare alla concezione dialettica della prova e del contraddittorio, quale metodo gnoseologico per la ricostruzione del fatto storico che caratterizza *in primis* il giudizio di primo grado; dunque sarebbero inammissibili limiti di verifica della correttezza del metodo decisorio che non fossero riconducibili all'inerzia delle parti o agli effetti ordinari del giudicato, essendo l'effettività della difesa ed i controlli sulla motivazione della sentenza, espressione del concreto operare delle regole del giusto processo (BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, II, Torino, 1998, 632).

Di talché – in assenza di interventi legislativi adeguati – è concreto il rischio di equivocare ciò che Giovanni Canzio ha autorevolmente evocato in termini di «ruolo di supplenza della giurisprudenza di legittimità» (*ex plurimis* si veda il caso Dorigo), con l'effetto di adombrare e comunque non porre in modo adeguato all'attenzione degli interpreti della

comunità scientifica un delicato tema di cultura processuale il cui ruolo nevralgico – in chiave di sistema – è ormai innegabile: la teorica del c.d. giudicato aperto (GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 16). Il tema, suscettibile di profonde implicazioni in sede di applicazione dei principi-guida e le linee portanti del giusto processo *ex art.* 111 Cost., ha ricadute di rilievo tanto in materia di esecuzione penale quanto di evoluzione in chiave garantista di significative leggi di settore: pensiamo alle regole dettate dall'art. 24, d.p.r. n. 313/2002 in materia di iscrizioni nel casellario giudiziale delle pronunce sovranazionali della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La circolarità delle informazioni del casellario quale forma di cooperazione e concreta applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni fra gli Stati dell'Unione Europea è la premessa delle regole procedurali introdotte con D. Dirett. Min. Giustizia 25.1.2007 che dà attuazione al c.d. casellario giudiziario telematico.

Alla luce di questo principio generale con d.p.r. 25.11.2005, n. 289 sono state inserite importanti modifiche al T.U. secondo cui l'ufficio centrale iscrive nel sistema l'estratto delle decisioni definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano, concernenti i provvedimenti giudiziari ed amministrativi definitivi delle autorità nazionali già iscritti, di seguito alla preesistente iscrizione cui esse si riferiscono, su richiesta del Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia; la norma prosegue precisando che l'iscrizione può essere effettuata anche su istanza del soggetto interessato caso in cui – in relazione all'ipotesi di provvedimenti giudiziari – la stessa va presentata direttamente all'ufficio iscrizione del casellario giudiziale presso l'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento cui la decisione si riferisce (PLASTINA, *L'Italia e il casellario unificato dell'UE. Più peso alle pronunce sopranazionali*, in DeG, 2006, 4, 109; SELVAGGI, *Debutterano sul casellario giudiziale le pronunce di Strasburgo*, in GDir, 2006, 5, 42; ID., *Una risposta alle sollecitazioni del Comitato dei ministri*, *ibidem*, 44).

Certamente sussiste una correlazione diretta tra l'incremento delle iscrizioni nel Casellario e relative certificazioni delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alla diffusione della conoscenza della giurisprudenza di Strasburgo e, conseguentemente, di inadempimenti da parte dello Stato italiano degli obblighi derivanti dalla C.e.d.u.: ciò può comportare – atteso l'alto numero delle sentenze della Corte europea – un obbiettivo aumento del peso delle pronunce sopranazionali sia sul piano interno, avendo riguardo alla sensibilità del cittadino rispetto alle garanzie sopranazionali; sia sul piano internazionale considerato che con gli strumenti allo studio nell'ambito UE, finalizzati a facilitare lo scambio dei dati relativi ai casellari nazionali tra paesi membri, la visibilità delle condanne riportate dall'Italia a Strasburgo potrebbe avere riflessi negativi su prestigio e la credibilità delle istituzioni nazionali.

Nel merito ancorché si siano registrate – soprattutto nello scorcio degli ultimi anni – significative aperture verso il superamento della statualità processuale – sia attraverso l'individuazione di rimedi alle sentenze di condanna italiane censurate dalla Corte europea, sia con l'individuazione di nuovi parametri di costituzionalità per violazione dei principi convenzionali – la riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea resta un punto d'arrivo (KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2009, 4).

Proprio nella delicata materia dell'esecuzione penale – le cui cadenze e schemi formali risentono della manipolazione costituzionale in tema di giusto processo e delle fonti sopranazionali – autorevole indirizzo in letteratura osserva l'imprescindibilità di un doveroso compimento da parte del legislatore ordinario di uno sforzo di coordinamento affinché al giusto processo corrisponda davvero una "esecuzione leale" nella concretezza della realtà effettuale. (GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 16).

Proprio in tema di requisiti normativi della decisione giusta tra fedeltà agli atti e apparenza della motivazione rispetto ai complessi temi dell'esecuzione penale, prende forma e si sviluppa il dibattito per ragionare in chiave riformista dei punti di rottura ed i nuovi orizzonti degli innumerevoli procedimenti incidentali disciplinati dagli artt. 665 c.p.p. e ss., che nella loro inadeguatezza strutturale, diventano frequentemente oggetto di equivoci applicativi e disorientamenti della giurisprudenza di merito e legittimità. Per altro verso, tornando alla iscrizione delle pronunce sovranazionali nel Casellario, se lo scopo istituzionale della revisione quale rimedio straordinario è l'eliminazione della "condanna ingiusta", in quale misura può

dirsi effettiva l'esigenza di un'accurata profilassi dell'errore giudiziario con ogni effetto nella formazione della prova nel giudizio di revisione in un sistema di rimedi revocatori del giudicato che – per le ragioni sopra rappresentate – potrebbe non conoscere delle iscrizioni delle pronunce della Corte europea prive di esecuzione in Italia?

Ed invero come ha spiegato Giorgio Spangher in difesa del rito accusatorio, il modello processuale recepito nel codice di procedura penale italiano – analogamente alle forme di democrazia moderna imperfette ma irrinunciabili – ancorché sfigurato rispetto all'originario impianto del 1988 e bisognoso di riforma, conserva la sua vitalità ed esalta il ruolo delle parti e i valori della imparzialità e terzietà del giudice.

* * * * *

Seguono una serie di interventi e/o comunicazioni presentate in occasione del Convegno.

I limiti della conoscenza tra prevenzioni ideologiche ed operative

di *Filippo Raffaele Dinacci*

Non è un mistero che il codice vigente, sin dalla sua entrata in vigore, è stato visto con una certa ostilità. Ne è dimostrazione il fatto che la prima questione di legittimità costituzionale è stata sollevata il 6 novembre 1989 e le declaratorie di incostituzionalità, già nel 1990, ammontavano ad undici, per arrivare, nel 1992, a ben trentatre. Il dato assume particolare valore se solo lo si rapporta al diverso numero degli interventi codificativi del Giudice delle leggi con riferimento al codice di rito del 1930. Peraltro, in quelle occasioni, le sporadiche decisioni della Consulta erano dirette ad accrescere garanzie rese necessarie da un tessuto codicistico non più adeguato ai

nuovi tempi (cfr. C. Cost. n. 190 del 1970; n. 62 del 1971; n. 63 del 1972).

Viceversa, nel primo decennio di vigenza dell'attuale codice, le pronunce della Corte erano finalizzate proprio a travolgere le direttive portanti di quel codice; circostanza questa davvero singolare ove si consideri che la codificazione di quelle direttive era stata realizzata osservando l'obbligo della legge delega di "attuare i principi della Costituzione". Sintomatico è poi il fatto che argomento prediletto delle censure della Corte fosse proprio il sistema probatorio inteso come sistema di conoscenza giudiziale; coerentemente, la "clava" del Giudice *de legitimitate legum* andava a colpire le norme a

presidio dell'oralità e della formazione della prova in contraddittorio (cfr. C. Cost. n. 24 del 1992; n. 254 del 1992; n. 255 del 1992; n. 111 del 1993; n. 17 del 1994).

Facendosi ricorso ad un inesistente principio di "non dispersione dei mezzi di prova", si sono realizzate vere e proprie codificazioni di sistema, espressione di scelte ideologiche in contrasto con il contenuto della legge delega e della stessa Costituzione (cfr. C. Cost. n. 361 del 1998). Quel che non si tollerava era l'apposizione di regole ai modi della conoscenza ed, in questa prospettiva, gli atteggiamenti giurisprudenziali recepiti dalla Consulta assumevano il sapore di una "risposta giudiziaria" alle scelte del potere legislativo. Dal delineato contesto trae origine l'affermazione per via costituzionale delle regole del "giusto processo" le quali, non a caso, ripristinando dei limiti al sapere giudiziale, costruiscono le garanzie come canone oggettivo di legalità del processo e non come diritto concepito in termini di tutela individuale. In sostanza, l'oggetto di tutela non è la difesa del singolo, bensì l'accertamento processuale. A fronte di tale codificazione, con le connesse scelte ideologiche, il Giudice delle leggi, nonostante i tentativi dei collegi ordinari, si assesta su linee di tendenza contrapposte a quelle che avevano caratterizzato gli anni novanta (cfr. C. Cost. n. 305 del 2008; nn. 32 e 36 del 2002).

Deve tuttavia evidenziarsi come le primigenie ostilità verso un codice che perimetra il potere di conoscenza giudiziale nella consapevolezza del contenuto garantista delle forme, persistano anche nel nuovo millennio grazie ad una ritrovata "alleanza" tra potere giudiziario e l'omologo legislativo. Si assiste ad un'evoluzione normativa che sposta decisamente il baricentro del processo nelle indagini preliminari. Si pensi alle riforme introdotte con la legge Carotti e, perché no, anche al potenziamento delle indagini difensive. Si è, in tal modo, accentuato il polimorfismo delle indagini preliminari in cui i risultati, lungi dal doversi adeguare all'obbligo di completezza delle indagini, appaiono suscettibili di integrazione nel limite finale della fase investigativa (art. 415 *bis* c.p.p.), nonché nella fase processuale già avviata (artt. 421 *bis*,

422, 430, 438, 5° co., 441 *bis*, 5° co., c.p.p.). Ma, dove la legge Carotti rivitalizza il materiale investigativo in chiave decisoria è con riferimento a quelle previsioni che consentono l'acquisizione concordata con inserimento nel fascicolo dibattimentale degli "atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero", nonché "della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva" (artt. 431, 2° co., e 493, 3° co., c.p.p.). Al di là delle problematiche attinenti alla tenuta costituzionale di tale disciplina, la stessa indiscutibilmente concorre ad annullare quel principio di separazione tra le fasi che, come noto, costituisce il presupposto per l'operatività di quelli che sono stati definiti "principi naturali del giudizio". Correlativamente a tale deriva ideologica, si sono previste tipologie probatorie che non costituiscono solo delle mere "scorciatoie", ma vere e proprie elusioni del momento del contraddittorio e dell'onere dimostrativo che grava sull'accusa, con ulteriori ricadute in tema di effettività di un metodo dialogico di formazione della prova e della presunzione di non colpevolezza. Il discorso non risulta limitato ad una logica dibattimentale, essendo riferibile anche ai presupposti operativi di fattispecie probatorie estranee all'alternativa innocenza-colpevolezza. A mero titolo esemplificativo, si ponga mente: alla "prova cautelare" del giudizio immediato; all'utilizzo della prova scientifica in chiave quasi esclusivamente documentale; alla recente creazione di una banca dati del D.N.A. ed alla disciplina connessa; al meccanismo degli artt. 240, 6° co., e 512, co. 1 *bis*, c.p.p. dove il verbale di distruzione diviene prova precostituita di colpevolezza (singolare, sul punto, l'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza 11 giugno 2009, n. 173, ne ha accentuato la valenza probatoria dichiarando l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede l'applicazione dell'art. 401, 1° e 2° co., c.p.p.); alla disciplina dell'utilizzo processuale delle rogatorie; ai sequestri finalizzati alla confisca ordinaria o alla confisca per equivalente; all'aumento delle ipotesi di presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, 3° co., c.p.p.; alla prova per sentenza; alla disciplina della circolazione probatoria di cui all'art. 238 *bis*

c.p.p., con particolare riferimento alle regole speciali dettate per i reati individuati dell'art. 190 *bis* c.p.p.; al proliferare, *de iure condendo*, delle ipotesi di trasmigrazione di intercettazioni da altro procedimento ed, in ultimo ma non da ultimo, all'inaccettabile espansione, per conio giurisprudenziale, del concetto normativo di documento; nonostante il vincolo di legge della rappresentazione di "fatti, persone o cose", si ammette l'esistenza del "documento dichiarativo" con l'effetto della piena utilizzabilità, anche dibattimentale, di tutte le dichiarazioni contenute nel documento stesso (cfr. C. Cost. n. 142 del 1992), arrivandosi persino ad invocare la prova documentale avuto riguardo a quei fenomeni di captazione di conversazioni tra soggetti o di registrazione di immagini ritraenti comportamenti degli stessi. Si perviene così ad una documentazione precostituita della prova orale o, ancora peggio, all'utilizzo del parametro di cui all'art. 234 c.p.p. per mascherare od eludere divieti di legge, con violazione non solo del dovere di legalità della prova, ma anche e soprattutto del valore epistemologico del contraddittorio. Si percorre, così, una strada che conduce ad

un sistema probatorio "onnivoro", reso ancora più pericoloso da inediti meccanismi di "semplificazione probatoria" introdotti con la creazione legislativa o giurisprudenziale di dati conoscitivi preconfezionati ovvero dotati di una presunzione di efficacia dimostrativa. Si manifesta, quindi, sulla base di una malintesa concezione di efficienza processuale, un rischioso ritorno ad un processo caratterizzato da una bulimia conoscitiva, espressione di insofferenza verso ogni forma di limite acquisitivo o valutativo; come se la conoscenza giudiziale valesse più del modo attraverso cui la si acquisisce. E, quel che più preoccupa è il fatto che tali deroghe all'ortodossia probatoria sono tali e tante da confondere la regola con l'eccezione.

In tale contesto, le stesse regole di giudizio di cui agli artt. 529, 530, 533 c.p.p. risultano svuotate del loro effettivo contenuto di garanzia.

In sostanza, nonostante la costituzionalizzazione del giusto processo, bisogna prendere atto della perdurante contrarietà ad una visione della regola processuale come limite e non come potere.

Accertamenti tecnico-scientifici non ripetibili e giusto processo: una frattura in continua espansione

di *Filippo Giunchedi*

1. *Ideologie del processo giusto e resistenze culturali.* – L'istituto degli accertamenti tecnici (e, oggi, è il caso di aggiungere anche l'aggettivo «scientifici») non ripetibili – quale strumento derogatorio alla formazione della prova in dibattimento e avanti al giudice – parrebbe in stridente antitesi con i pilastri del giusto processo e con i canoni di legalità fissati, tanto da potersi parlare di una "frattura" con le ideologie e gli *standards* probatori imposti dalla Costituzione. Epperò lo spirito riformista imbrigliato tra aspirazione all'effettività del processo giusto e nuove direttive di politica criminale dettate dall'emergenza, non consente ca-

dute di tensione garantista di fronte ad un istituto anomalo che – statistiche alla mano – risulta sempre più utilizzato. Il punto, semmai, è che dall'uso non si degradi nell'abuso. Allo stesso tempo occorre trovare una soluzione persuasiva volta a reindirizzare l'istituto verso il modello accusatorio.

Si suole ripetere che «prima del dibattimento non v'è processo» (NOBILI, *Art. 511*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, V, Torino, 1991, 424 s.) e che le indagini servono, nella prospettiva dell'accusa, solo per le determinazioni inerenti l'azione penale, mentre, nell'ottica

della difesa, per convincere il pubblico ministero dell'inidoneità degli elementi gnoseologici raccolti a sostenere l'accusa in giudizio, o, in funzione profilattica, per le opzioni in ordine alle alternative procedimentali offerte dall'ordinamento. In particolare, nel passaggio dalle affermazioni di principio («Il codice di procedura penale... deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio») alle norme positive – molto spesso “deformate” dalla giurisprudenza creativa delle Corti –, per una serie di vischiosità concettuali e culturali, non si è pervenuti all'auspicata sovrapposizione, registrandosi il fallimento di parte dello spirito accusatorio del processo penale.

L'accertamento tecnico non ripetibile risente ancora delle incrostazioni inquisitorie tipiche del precedente codice. Allora è necessario valutare se l'ideologia possa mutare i tratti dell'istituto, e ciò appare possibile solo se vi si accompagna la volontà di rompere senza indugi con le pastoie culturali del passato. Nello specifico, quello che emerge dalla lettura della riforma del giusto processo è l'omologazione di un modello di accertamento giudiziale che si fondi su un nuovo concetto di prova; una prova in linea con i caratteri del processo sovranazionale che tende a relegare ad ipotesi occhiate circoscritte le deroghe al contraddittorio nella formazione della prova. Si tratta di regole del gioco che, oltre ad essere preventivamente stabilite, devono essere osservate con scrupolo onde permettere la regolarità della sfida e che devono essere chiare, nel senso di essere impermeabili alle manipolazioni speculari degli antagonisti.

Oggi, invece, l'accertamento tecnico non ripetibile costituisce ancora un terreno infido, ove l'alto tasso di strategicità continua ad influenzare l'esito del processo tanto per l'indice di scientificità che connota la prova quanto per la tendenziale irreversibilità dei risultati dell'accertamento.

2. *Verso un nuovo modello di accertamento tecnico non ripetibile: dalla “non ripetibilità” alla “non rinviabilità”.* – L'input disvela già uno snodo fondamentale per pervenire alla

conclusione. Vero è che nell'intenzione del legislatore l'accertamento tecnico non ripetibile si prefigge lo scopo di evitare di ricorrere necessariamente all'incidente probatorio in ipotesi di perizie molto frequenti nella pratica, solitamente facili e brevi, ma non dilazionabili al dibattimento (Rel. prog. prel. c.p.p., 91). Però, è altrettanto vero che occorre fare un po' di chiarezza nella materia e, soprattutto, ancorare l'utilizzo dell'istituto, per la sua antitetività all'accusatorietà del processo, ad ipotesi circoscritte, ove lo spazio per la discrezionalità (il riferimento a perizie frequenti, facili e brevi lascia troppo margine per arbitrii) sia limitato alla stretta necessità. Spostare le ipotesi di accertamento tecnico non ripetibile al solo requisito della non rinviabilità – che, peraltro, accentuerebbe il suo ruolo di eccezione dell'eccezione (vale a dire dell'incidente probatorio) – può apparire la soluzione più idonea a delimitare l'utilizzo di un istituto che, per il suo tenore letterale, non tende nemmeno ad assicurare il contraddittorio tecnico per la limitatezza dei poteri attribuiti ai consulenti dell'antagonista, i quali non hanno la possibilità di incidere sui punti su cui dovrà snodarsi l'accertamento. D'altronde, dei limiti della norma ne erano consci anche i *conditores* che in una sorta di pentitismo legislativo apprestarono un meccanismo di recupero del contraddittorio per la prova, mediante la previsione della riserva di incidente probatorio.

Con questa soluzione il legislatore, salvi i reflussi in punto di utilizzabilità, ha mantenuto in capo al pubblico ministero (o alla parte privata nel contesto delle investigazioni difensive) il potere di «dare o non dare il lasciapassare per l'incidente probatorio» (TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 63), in relazione al fatto che di fronte ad un dato potenzialmente volatilizzabile, il procedere, pur nel dissenso della parte opposta, neutralizza la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio. E questo costituisce un dato non disattendibile in vista di opzioni di metodo del legislatore.

3. *L'estensione del modulo dell'incidente probatorio “accelerato”: una soluzione possibile?*

– Ed allora, se il problema è quello di ripristinare le garanzie del *fair trial* coniugandole con la necessità di operare con urgenza, è forse il caso di “rovistare” all’interno del codice ove si può individuare, seppur effettuando gli opportuni adattamenti, uno strumento utile proprio in queste ipotesi.

Abbiamo detto che i limiti dell’istituto previsto dall’art. 360 c.p.p. sono costituiti dalla mancanza di contraddittorio tecnico. L’accento, in particolare, si pone sul diverso significato di «*assistere* al conferimento dell’incarico» previsto per i consulenti (comma 3) rispetto al ruolo attivo previsto nelle ipotesi di perizia ove già nella formulazione dei quesiti i consulenti possono contraddire (art. 230 c.p.p.). Il codice di rito conosce la possibilità di utilizzare l’istituto della perizia anche nella fase delle indagini preliminari mediante l’incidente probatorio, le cui dinamiche si mostrano non compatibili con la tempistica con la quale spesso è richiesto di intervenire per tutelare situazioni di non rinviabilità. Al proposito il legislatore ha previsto un modello più veloce di incidente probatorio, disciplinato dall’art. 400 c.p.p.: «quando per assicurare l’assunzione della prova è indispensabile procedere con urgenza all’incidente probatorio il giudice dispone con decreto motivato che i termini previsti dagli articoli precedenti siano *abbreviati nella misura necessaria*».

Nell’ipotesi in esame, il contraddittorio preventivo verrebbe assicurato mediante l’abbreviazione dei termini previsti per le deduzioni sull’ammissibilità e sulla fondatezza

della richiesta, sulla richiesta di differimento e per la decisione del giudice che, per non pregiudicare la perizia, potrebbe avvenire mediante l’utilizzo di forme di notificazione snelle ai sensi dell’art. 150 c.p.p. in modo da circoscrivere il contraddittorio per l’incidente probatorio e la conseguente decisione in un lasso temporale brevissimo, coincidente con quello necessario per la congerie di avvisi finalizzati alla valida instaurazione dell’accertamento tecnico non ripetibile. D’altronde la peculiarità prevista per l’incidente probatorio “accelerato” non prevede un termine minimo da rispettare che spetterà al giudice calibrare in funzione del raggiungimento dello scopo (già in questi termini Cass., Sez. I, 21.3.1995, Grabowski, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 937). Ma non deve nemmeno accantonarsi la possibilità, qualora il giudice ravveda il fondamento della richiesta, che la parte antagonista possa rassegnare le proprie deduzioni direttamente in udienza alla presenza del perito (contra Cass., Sez. I, 21.3.1995, Grabowski, cit.). Ciò renderebbe ancora più fluida la fissazione dell’udienza e l’eventuale conferimento dell’incarico al perito.

Questo (modesto) tentativo di superare le problematiche tipiche di un istituto ad alto tasso di inquisitorialità, consente di restituire centralità al contraddittorio per la prova, limitando le ipotesi di contraddittorio sulla prova a casi eccezionali che non coincidono con la maggior parte di quelli per cui si (ab)usa dell’istituto degli accertamenti tecnici non ripetibili.

L’applicazione dei provvedimenti *de libertate* tra vincoli normativi e discrezionalità del giudice di *Sabino Morisco*

Di sicuro, per comprendere appieno le diverse riforme legislative che si sono succedute nel tempo e le dispute sia dottrinali che giurisprudenziali in merito alla disciplina

delle misure cautelari, appare imprescindibile fare un passo indietro ovvero al codice di rito del 1930, con l’analisi del quale, pur se breve, bisogna necessariamente confrontarsi

per comprendere appieno le insidie che si celano proprio dietro le ultime modifiche dell'art. 275 c.p.p.

Orbene, il tessuto codicistico del vecchio codice prevedeva all'art. 253 c.p.p. una serie di ipotesi di cattura obbligatoria per le quali, almeno fino alla sentenza rivoluzionaria della Consulta n. 264/1970, non era prevista neppure la motivazione sui sufficienti indizi. Appare chiaro come tale quadro normativo, di stampo inquisitorio, che escludeva *in toto* una valutazione da parte di chi applicava un provvedimento restrittivo andasse di certo a scontrarsi con la regola *ex art. 27, 2° co.*, Cost.

Nondimeno, già prima dell'introduzione del nuovo codice, fu avvertita l'esigenza di dare una sterzata, laddove con la legge n. 330/1988 vennero eliminate tutte le ipotesi di cattura obbligatoria. Il percorso già avviato con siffatto provvedimento legislativo trovò poi appieno attuazione con l'introduzione del nuovo codice, laddove era prevista ai fini dell'adozione delle misure cautelari una valutazione discrezionale da parte del giudice ma entro i paletti della discrezionalità, in attuazione della direttiva n. 59 dell'art. 2, legge n. 81/1987, articolandosi questa in diverse misure di coercizione personale, proprio al fine di ridurre la propensione, elevata durante il precedente regime, ad un eccessivo ricorso alla custodia carceraria. Una discrezionalità, dunque, ma vincolata.

Sembra indubitabile come le regole legali decisorie, introdotte dal nuovo codice di rito, che disciplinano l'esercizio del potere cautelare evidenziano l'intenzione del legislatore di porre dei rigidi limiti alla discrezionalità giudiziaria, onde evitare possibili usi distortivi dello strumento cautelare medesimo. La ragione dell'obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti *de libertate* risiede proprio nella volontà di dare al sistema cautelare un'impronta "giurisdizionale", ma che sia orientata e guidata da canoni predefiniti. Peraltro, sotto tale angolatura, va sottolineato che il nostro legislatore è intervenuto nella materia *de qua* con un apposito provvedimento legislativo ovvero la legge n.

332/1995, un provvedimento che fondamentale perché ha imposto anche al giudice che applica una misura cautelare una decisione non più sommaria, ma esaustiva.

Il giudice, deve, in base al tenore letterale dell'art. 292 del nostro codice di rito, precisare gli elementi di fatto dai quali si ricavano i gravi indizi, le esigenze cautelari e i criteri di scelta della misura; deve ancora esporre i motivi per i quali ritiene rilevanti gli elementi a carico, e cioè deve dimostrare la loro idoneità a sostenere l'ipotesi di accusa. Ed, infine, deve esporre i motivi per i quali non ritiene rilevanti gli elementi a difesa raccolti sia dal pubblico ministero in ossequio alla norma di cui all'art. 358 c.p.p. sia quelli raccolti dal difensore *ex art. 327 bis*.

La volontà di guidare l'autorità e di circoscrivere, maggiormente che nel passato, il ricorso alle misure limitative della libertà si evince, dunque, non solo dall'obbligo di motivazione, ma anche dalla determinazione dei criteri, contenuti nell'art. 275 c.p.p., cui si deve fare riferimento nel momento dell'applicazione di un provvedimento cautelare, quali il criterio dell'adeguatezza ed idoneità della misura irrogando, in considerazione della natura e del grado delle esigenze da soddisfare (art. 275, 1° co., c.p.p.) e della proporzionalità della misura all'entità del fatto per il quale si procede e alla sanzione applicabile (art. 275, 2° co., c.p.p.).

Con il nuovo codice del 1988, pertanto, si è disattesa la concezione secondo cui la carcerazione preventiva (ora custodia cautelare) sia il solo strumento di coercizione, idoneo a soddisfare le esigenze cautelari del processo penale. Si è inteso imporre come parametro per il ricorso alla custodia in carcere quello della stretta necessità.

La necessità di scongiurare sacrifici abnormi della libertà personale, a fronte di attenuate esigenze cautelari, di dare effettività alla regola legale decisoria secondo cui la coercizione custodiale rappresenta solo l'*extrema ratio*, insomma, di uniformarsi al dettato costituzionale di cui all'art. 13 è alla base della predisposizione di un articolato sistema di strumenti coercitivi e di criteri guida, idoneo

a mettere l'autorità nella condizione di scegliere in maniera oculata la misura *de libertate*.

Va osservato come i principi cui il sistema processuale aderisce sono sintetizzati nell'art. 277 c.p.p., il quale stabilisce che «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto» e nella medesima ottica, si colloca il diritto dell'imputato sottoposto a custodia cautelare a «non subire prima del trasferimento nell'istituto, limitazioni della libertà, se non per il tempo e con le modalità strettamente necessarie alla sua traduzione» (BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Digesto pen.*, VII, Torino, 1993, 74).

Tale principio interpretativo che rappresenta la proiezione codicistica della norma costituzionale di cui all'art. 13 Cost. ispira, necessariamente, l'applicazione di tutte le disposizioni intese a regolare le modalità e i criteri che guidano la discrezionalità del giudice. La regola legale decisoria che governa l'intero sistema è la "tipicità" delle misure, dei criteri per la loro scelta e delle loro modalità applicative.

In ossequio ai criteri di adeguatezza e proporzionalità, il disposto del 3° comma dell'art. 275 c.p.p. prevede che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata».

La regola legale decisoria ricavabile dall'applicazione combinata dei criteri guida di adeguatezza, proporzionalità e sacrificio minimo subisce deroghe di notevole portata nelle ipotesi in cui la richiesta di misura afferisca a particolari reati.

La logica dell'emergenza che in molti istituti della procedura penale ha ispirato l'operato del legislatore, creando dei problemi di carattere sistematico di non poco conto, non ha risparmiato la materia delle misure cautelari (GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 945). Di talché, con diversi interventi legislativi (del

1991 e del 1995), si è inteso recuperare logiche presuntive poco tranquillizzanti; in relazione ai delitti di associazione per delinquere di stampo mafioso o a delitti di criminalità organizzata: in questi contesti, il criterio del sacrificio minimo non governa più la scelta delle misure.

A seguito delle modifiche apportate dalla riforma del 1991 (l'art. 275 c.p.p., in cui è stato inserito il 3° comma, è stato modificato ad opera del d.l. 13.5.1991, convertito in legge 12.7.1991, n. 203, e poi del d.l. 9.9.1991, n. 292, convertito con legge 8.11.1991, n. 356), l'art. 275, 3° comma, c.p.p. stabilisce che «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza» in ordine all'esistenza ed attribuibilità di taluni reati di forte allarme sociale, «è applicata la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Questa rappresenta una vera e propria regola legale decisoria che vincola fortemente la discrezionalità del giudice, ponendosi, per la scelta della misura cautelare nei procedimenti penali riguardanti questi reati, in chiave di presunzione legale *iuris tantum* della pericolosità dell'accusato (Cass., Sez. I, 23.4.1992, La Manna, in *C.E.D. Cass.*, n. 190434; Cass., Sez. Fer., 12.9.1991, Fontana, in *Cass. pen.*, 1992, 1002).

Appare chiaro come un sistema cautelare fondato su tali presunzioni rasenta la sostanziale anticipazione del trattamento sanzionatorio, non essendo richiesto ai fini dell'applicazione della misura nient'altro che i gravi indizi di colpevolezza, mancando di fatto la necessità di specifica motivazione in ordine alle esigenze cautelari da soddisfare (Cass., Sez. I, 6.2.1992, Gammone, in *Foro it.*, 1992, II, 653).

Tutto questo riporta alla mente la regola del previgente codice di procedura, improntata alla più rigida "obbligatorietà" della cattura per tutta una serie di fattispecie, in forza della quale l'indiziato non poteva evitare il carcere neanche dimostrando in concreto la sua "non pericolosità" (complice della "riedizione" della cattura obbligatoria del codice Rocco era il benessere della Corte Costitu-

zionale: cfr. C. Cost., ord. 24.10.1995, n. 450; C. Cost., ord. 20.7.1995, n. 340). Si disse in proposito che la riforma del 1991 avesse perpetrato una vera e propria ipocrisia, imponendo una *probatio* diabolica in ordine all'insussistenza delle esigenze cautelari e ripristinando sostanzialmente la custodia cautelare obbligatoria.

L'angusto panorama che si presentava a seguito della legislazione d'emergenza del 1991, tuttavia, è stato modificato dalla legge n. 332/1995, volta a ridestare nella restrizione carceraria quella sua fondamentale connotazione di eccezionalità e residualità (così GASPARI, *Misure cautelari personali*, in *Digesto pen.*, I Agg., Torino, 2000, 472). La novella ha apportato un intervento di consistente portata soprattutto al fine di ricercare un più ponderato equilibrio tra le ragioni dell'autorità e le esigenze di tutela della libertà personale.

È venuta meno la custodia cautelare "obbligatoria", facendo registrare, pertanto, una netta inversione di rotta rispetto alla riforma del 1991, mantenendo queste collaudate logiche presuntive solo per i delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p. o per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal medesimo articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni *ex art.* 416 *bis* c.p. Dunque, tutti i procedimenti per gli altri reati in precedenza previsti, tornano ad essere assoggettati agli ordinari criteri di scelta sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento cautelare. Tornava, pertanto, ad essere rafforzata la discrezionalità del giudice o, se si preferisce, veniva meno gran parte dello scudo normativo creato dal rigido meccanismo presuntivo, precludente, sia in sede di adozione che di revoca della cautela, l'applicazione di misure diverse da quella carceraria.

Nondimeno, la logica dell'emergenza ha da ultimo nuovamente preso il sopravvento. Mi riferisco al decreto legge n. 11/2009 convertito nella legge n. 38/2009. A seguito di tale modifica l'elenco dei reati per cui vige la medesima presunzione legale di quelli di cui all'art. 51, 3° comma, c.p.p. è stata estesa ai delitti consumati o tentati con finalità di

terrorismo, i delitti di cui agli artt. 575 c.p., 600 *bis* c.p., 600 *ter* c.p. escluso il 4° comma, e il 600 *quinquies*. Il 3° comma poi, nella sua nuova veste, estende il regime della presunzione anche ai delitti di violenza sessuale ovvero 609 *bis* c.p., 609 *quater* c.p., 609 *octies* c.p. salvo il caso in cui ricorrono circostanze attenuanti.

Ed, allora, ancora una volta un legislatore che, pur di assecondare le istanze sociali di sicurezza, non si preoccupa di anticipare sostanzialmente quel trattamento sanzionatorio che, invece, deve far seguito ad un normale procedimento.

È di tutta evidenza come il legislatore con il decreto legge n. 11/2009 abbia inteso dare una risposta a una domanda di sicurezza avanzata dalla collettività fortemente preoccupata dall'allarmante crescita dei fenomeni di violenza sessuale. A parte il contenuto del provvedimento che appare irragionevole nella parte in cui inserisce tra le fattispecie delittuose per cui vige la presunzione la fattispecie di cui all'art. 600 *ter* i cui limiti edittali non appaiono comparabili con quelli delle altre fattispecie inserite nell'elenco ed, ancora, l'esclusione da questo elenco di reati di sicuro di forte allarme sociale, si coglie a piene mani come il legislatore abbia ripristinato lo *status quo ante* alla legge del 1995, di fatto perpetrando una vera e propria abiura dei canoni sottesi al codice del 1988 ed ancora una volta imbrigliando la tanto celebrata discrezionalità del giudice nell'applicazione delle misure cautelari.

Probabilmente, più che ricorrere ancora una volta alla decretazione d'urgenza sulla spinta emotiva della collettività, sarebbe stato più utile una riforma organica del pianeta delle misure cautelari andando così a risolvere diverse dispute giurisprudenziali come quella di forte attualità ovvero se deve aversi l'interrogatorio di garanzia nel caso in cui venga applicata la custodia cautelare nei casi previsti dalla norma di cui agli artt. 276, 1° comma, e 276, comma 1 *ter*.

Ciò che caratterizza l'istituto dell'aggravamento è l'essere ricollegato ad una valutazione sull'adeguatezza attuale della misura cautelare in

concreto applicata. Valutazione che è lasciata al giudice nella generalità dei casi ma che, nel caso di trasgressione degli obblighi concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione (e non del divieto di “non allontanarsi” come impropriamente si esprime la norma), è stata compiuta preventivamente dal legislatore che ha disciplinato una vera e propria “presunzione di inadeguatezza” (così Cass., sez. VI, 19.12.2007, Mastrovito, in *C.E.D. Cass.*, n. 238734; Cass., Sez. VI, 13.11.2003, Monsignore, in *C.E.D. Cass.*, n. 228051).

Anche qui, come nei criteri di scelta delle misure cautelari, si è posto il problema se questa valutazione preventiva di inadeguatezza della misura cautelare degli arresti domiciliari possa essere preventivamente compiuta dal legislatore e, in due occasioni, la Corte Costituzionale ha fornito risposta positiva ritenendo conforme ai principi costituzionali la possibilità di una presunzione normativa sull'adeguatezza (si vedano l'ordinanza 6 marzo 2002, n. 40 e – sia pure con riferimento al disposto dell'art. 284, comma 5 *bis*, c.p.p. che fa divieto di concedere gli arresti domiciliari a chi nei cinque anni precedenti sia stato condannato per evasione – l'ordinanza 16 aprile 2003, n. 130).

Sul punto ritengono le Sezioni unite che la soluzione corretta del problema sia quella che esclude l'obbligo dell'interrogatorio in entrambi i casi previsti dall'art. 276 c.p.p. Non vengono infatti in discussione, nelle ipotesi previste dall'art. 276 c.p.p., i due più significativi elementi che costituiscono i presupposti fondamentali per l'applicazione di ogni misura cautelare: la gravità indiziaria e l'esistenza delle esigenze cautelari.

In questi casi residua un solo e limitato aspetto riguardante l'esistenza delle condizioni di applicabilità di quella specifica misura – l'adeguatezza della medesima – ferma restando l'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura cautelare. E, si badi, neppure viene in considerazione la proporzione, già valutata in sede di prima applicazione, della misura.

È poi opportuno sottolineare che la persona nei cui confronti sia stato disposto l'aggrava-

mento della misura non è affatto priva di tutela ben potendo, con gli ordinari mezzi, chiedere il ripristino dell'originaria misura proponendo poi le ordinarie impugnazioni previste (appello e ricorso per cassazione) nel caso di diniego.

Nondimeno, questo discorso suscita non poche perplessità. È difficile credere che l'art. 276, comma 1 *ter*, c.p.p. sia «lungi dall'assolvere a finalità sanzionatorie estranee alle misure di custodia preventiva» perché se così fosse – se realmente le finalità del legislatore fossero riconducibili solo ed elusivamente alla vicenda cautelare, esulando qualsiasi valutazione di carattere sanzionatorio – non si spiegherebbe l'esclusione totale di ogni valutazione circa «l'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione» (art. 276, 1° comma, c.p.p.) (APRILE, *Trasgressioni di prescrizioni inerenti una misura cautelare e sostituzione o cumulo con altra misura più grave: una pronuncia dalla Corte costituzionale sull'art. 276 c.p.p.*, in *Nuovo dir.*, 1996, 303). D'altronde, se, come è stato unanimemente riconosciuto, il disposto dell'art. 275, 3° comma, c.p.p. laddove si statuisce che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» costituisce qualcosa di più che una mera *regola iuris*, per assurgere a principio cardine del sistema delle misure cautelari, ove la carcerazione deve rappresentare l'*extrema ratio*, allora non ha senso sottrarre al vaglio giurisdizionale la valutazione circa l'*an* e il *quomodo* della misura cautelare (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2006, 363; nonché, MACRILLÒ, *Note brevi sulla sanzione endoprocedimentale ex art. 276 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2001, 232).

La componente sanzionatoria del meccanismo processuale di cui all'art. 276 c.p.p. non può essere ignorata; tuttavia, non può riconoscersi in essa l'unica o prevalente *ratio* alla base dell'aggravamento. Di converso, la valutazione delle esigenze cautelari non solo deve trovare espressione ma deve, sempre e comunque, svolgere un ruolo determinante e prevalente nella procedura di aggravamento della misura cautelare di cui all'art. 276 c.p.p.

Va ribadito, pertanto, che scopo della norma è quello di adeguare la misura alle diverse, più gravi esigenze di cautela desumibili dalla violazione riscontrata.

Vi può essere un'implicazione sanzionatoria, purché questa sia del tutto marginale e secondaria rispetto a quella cautelare. Onde la misura più severa non può essere applicata solo per punire la mera trasgressione, ma impone le valutazioni tipiche dell'ambito cautelare.

Diversamente, verrebbe irrimediabilmente violato quel canone ermeneutico di ragionevolezza posto dalla Corte Costituzionale a presidio di ogni automatismo in materia di misure cautelari.

La soluzione opposta appare tanto più iniqua ove si consideri che la condotta del soggetto che trasgredisce alle prescrizioni degli arresti domiciliari realizzerebbe, di per sé, gli estremi della condotta sanzionata dall'art. 385, 3° comma, c.p. Si avrebbe, così, una duplice ed inaccettabile sanzione.

Tutte queste considerazioni impongono una seria riflessione sulla dicotomia "discrezionalità del giudice-interrogatorio di garanzia": la mancanza di libero apprezzamento, per l'organo giurisdizionale procedente, circa la sussistenza delle esigenze cautelari e il tipo di misura da applicare non assorbe tutte le prerogative decisionali imposte dalla trasgressione delle prescrizioni relative ad una misura cautelare.

La giurisprudenza afferma che l'aggravamento è una conseguenza ineluttabilmente adottata sulla base di circostanze di facile accertamento e per cui le garanzie dell'accu-

sato possono trovare adeguata tutela attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione (Cass., Sez. Fer., 12.9.2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 225927).

Se, in astratto, è vero che l'allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora sia una circostanza di facile accertamento, in concreto, sono molteplici le ipotesi fattuali che potrebbero prospettarsi, complicando il quadro per cui si dovrebbe dare adito alla misura cautelare carceraria.

Si pensi all'ipotesi in cui il soggetto si sia allontanato dal luogo di espiazione della misura degli arresti domiciliari in presenza di uno stato di necessità o di altra causa di giustificazione (Trib. Trento, 29.11.2005, M., in *Riv. pen.*, 2005, 597). O, ancora, il caso in cui il soggetto sottoposto agli arresti domiciliari sia stato colto fuori dalla propria abitazione ma in una zona di immediata pertinenza dello stesso (*ex multis* Cass., Sez. VI, 18.12.2007, n. 3212, in *Riv. pen.*, 2008, 758).

È di tutta evidenza come sia iniquo indicare gli ordinari mezzi di impugnazione come l'unico strumento per tutelare le ragioni del soggetto coinvolto nella vicenda *de qua*, quando si dispone di un congegno processuale – come l'interrogatorio di garanzia – capace di apportare uno strumento dialettico più efficace e tempestivo per garantire le prerogative difensive del ristretto.

Ed, allora, appare a questo punto ancora più chiaro come l'impianto delle misure cautelari andasse rivisto in modo più organico e non di certo attraverso provvedimenti estemporanei ed esclusivamente legati ad esigenze contingenti di sicurezza.

Il giudice garante della legalità: le regole probatorie e le regole decisorie di *Claudio Papagno*

Questa comunicazione prende le mosse da un'opera monografica inserita nella Collana di studi di diritto processuale penale raccolti

dal Prof. Giovanni Conso. Certo, non ho alcuna pretesa di riassumere nel poco tempo a disposizione ciò che spero sia riuscito ad

esporre in 600 pagine, ma credo possa essere interessante offrire qualche spunto di riflessione, partendo da una pronuncia della Corte Costituzionale – la n. 121 del 2009 – di cui non vi è traccia nel volume, essendo stata emessa quando il volume era già in stampa. Tuttavia, è interessante riscontrare come vi sia un comune denominatore nelle argomentazioni utilizzate dalla Corte Costituzionale per dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p., aggiunto dall'art. 3 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 ove si impone che il pubblico ministero, al termine delle indagini, formuli la richiesta di archiviazione quando la Cassazione si è pronunciata per la insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non sono stati acquisiti, successivamente, altri elementi a carico dell'indagato, e quelle contenute nelle pagine dell'opera.

La Corte, nel constatare come «la norma impugnata fa venir meno la condizione minimale di coerenza di qualsiasi meccanismo di controllo giurisdizionale», afferma, incisivamente, che il primo motivo di irragionevolezza della norma impugnata risiede «nella diversità tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e quelle che legittimano l'esercizio dell'azione penale». In ogni fase decisionale del procedimento penale, in sostanza, le regole decisionali ivi previste rappresentano il punto di incontro delle esigenze proprie di quella fase processuale. Ma la Consulta va oltre, evidenziando la diversità ontologica della base probatoria della due valutazione a confronto.

Non può ritenersi, questa, una mera ricognizione delle diversità tra l'istituto cautelare e le regole che sottendono all'esercizio dell'azione penale quanto, piuttosto, l'affermazione di un principio che, in tempi di robuste e disomogenee oscillazioni legislative nella materia processuale penale, è bene tenere nella dovuta considerazione.

Emerge, in primis, *lo stretto connubio che vi è tra regole probatorie e regole decisorie, ladove si consideri che la corretta applicazione di queste ultime impone un uso logico e rigoroso delle prime.*

Evidenziando la diversità della base probatoria e ponendola in relazione diretta con il “momento valutativo” si ripudia ogni analisi esegetica che implichi una lettura disgiunta delle due categorie di regole, poiché le regole probatorie e le regole decisorie partecipano congiuntamente alla tutela del principio di legalità, enunciato a chiare lettere nel dettato costituzionale di cui all'art. 111. D'altronde, è di palmare evidenza che ogni regola legale prevista per la fase decisionale potrebbe perdere di significato, sminuita da un procedimento probatorio non conformato ai canoni della legalità e viceversa

Acclarata l'imprescindibilità del rapporto prova-decisione, occorre fare un passo ulteriore e domandarsi quale sia la natura eziologia fra queste due componenti del processo penale. La predisposizione aprioristica di uno *standard* probatorio, con un livello aprioristicamente stabilito di prova, superato il quale può dirsi accertata la responsabilità penale, sarebbe forse la via più agevole. Ma anche la più dannosa, poiché si svilirebbe la legalità del controllo giudiziale, atteso che «una soglia probatoria non è definibile legalmente se non in termini tautologici. Quello che è definibile è il metodo legale da percorrere per giungere a quella soglia». Uno *standard* probatorio senza metodo legale di ragionamento è *intime conviction*, cioè epistemologia privata del giudice: il massimo dell'antigarantismo. Si delinea, così, l'esigenza di un *ragionamento attraverso le prove*, alla fine del quale può ritenersi raggiunta o meno la soglia di punibilità: un *metodo legale di prova*, insomma, in luogo di un evanescente concetto di *standard probatorio*.

Facendo perno sul canone della logicità della decisione giudiziaria, la Corte Costituzionale riconosce ad esso il punto di sintesi di tutti i principi giuridici che governano l'accertamento penale. Le regole legali decisorie che disciplinano tali fasi sono il punto di sintesi di tali canoni ermeneutici con le necessarie implicazioni logiche dettate dalla peculiarità della fase in cui la decisione viene adottata. Cosicché, se nel giudizio conclusivo sulla responsabilità penale, la regola dell'“oltre il ra-

gionevole dubbio” impone, per condannare, che lo *standard* di probabilità si proietti verso l’alto, si da rendere “fermamente credibile” l’ipotesi accusatoria, nelle altre fasi processuali, antecedenti a questa, nell’interpretazione delle regole decisorie occorre tenere presenti le differenze intrinseche legate alla diversa natura ontologica della fase decisionale. In questa sostanziale differenziazione si coglie l’incidenza del canone della logicità, il quale impone un adeguamento alle caratteristiche peculiari della fase in cui la decisione deve essere adottata.

Sulla base di questo assunto possono analizarsi le regole decisorie che governano tutti gli altri snodi decisionali. Ma resta ferma la considerazione di fondo: il metodo, rappresentato dal *ragionamento attraverso le prove*, è la regola invariabile che informa tutte le decisioni dell’organo giurisdizionale, in qualunque fase del processo penale siano adottate, poiché non può esserci giurisdizione se non c’è decisione basata su elementi probatori; lo *standard* probatorio, invece, varia in ragione delle differenze intrinseche legate alla diversa natura ontologica della fase decisionale presa in considerazione.

Sicché, in materia di procedimento cautelare, la regola decisoria “nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza”, contenuta nell’art. 273 c.p.p. è riconducibile all’elevata o qualificata probabilità circa la sussistenza del reato e l’attribuibilità al soggetto nei cui confronti è stata avanzata la domanda cautelare.

Il canone della logicità “guarda” alla natura intrinseca del procedimento cautelare: l’ordinanza cautelare viene emessa, nel più delle volte, nelle indagini preliminari, quando le stesse sono ancora in corso o in fase di completamento, mentre la sentenza di condanna interviene nella fase conclusiva del processo di primo grado, quando le prove sono state regolarmente assunte e si tratta, quindi, di valutare se tali risultanze siano o meno idonee a provare la responsabilità penale dell’imputato oltre il ragionevole dubbio.

Alla stessa stregua, le regole decisorie che

governano il procedimento archiviativo devono, secondo i canoni della logica, conformarsi alla filosofia di fondo del sistema processuale. In questo contesto, un ruolo chiave è attribuito all’art. 125 disp. att. c.p.p., nel quale si concentra la tutela di un complesso di interessi del processo penale: da una parte, la necessità di creare uno strumento in grado di orientare il pubblico ministero nel momento in cui dovrà determinarsi circa l’esercizio dell’azione penale e, dall’altra, la necessità che venga salvaguardata l’impronta accusatoria che informa il sistema processuale.

La struttura decisionale dell’udienza preliminare, invece, si evince da una norma che, nella sua ibrida formulazione, non consente di dissipare i dubbi in merito alla natura giuridica di tale fase: l’art. 425, 3° comma, c.p.p. infatti, consentendo al giudice di emettere la sentenza di non luogo a procedere «anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l’accusa in giudizio», ripercorre, da una parte, il disposto dell’art. 530, 2° comma, c.p.p. per l’assoluzione dibattimentale, dall’altra, quello dell’art. 125 disp. att. c.p.p. in materia di archiviazione.

Nei riti alternativi che implicano una decisione sommaria (applicazione della pena su richiesta delle parti e decreto penale di condanna), l’applicazione del canone della logica nella decisione giudiziale comporta una accertamento della responsabilità decisamente meno approfondito rispetto al giudizio ordinario. Di talché, il giudice deve limitarsi a verificare l’assenza di cause di non punibilità e, più in generale, a controllare che l’ipotesi fattuale prospettata dalle parti non sia contraddetta dagli atti del procedimento; esito ben diverso dal provare positivamente la colpevolezza.

Certo, l’utilizzo di schemi negoziali nell’applicazione della pena non può implicare la rinuncia da parte della giurisdizione di quel vaglio minimo che è presupposto indispensabile di un sistema improntato al metodo della giurisdizione: la valutazione di cui al-

l'art. 129 c.p.p. rileva come doverosa prerogativa del giudice, poiché è «un presupposto del rito, ma sottratto alla negoziabilità delle parti in quanto avente un oggetto radicalmente indisponibile».

Da questa disamina dei vari snodi decisionali che – sia detto per inciso – non pretende di essere esaustiva, emerge un dato che può dirsi ormai acclarato: le regole decisorie che disciplinano tali fasi sono il punto di sintesi di tali canoni ermeneutici con le necessarie implicazioni logiche dettate dalla peculiarità della fase in cui la decisione viene adottata. Peculiarità che sono di quella fase processuale e che male si conciliano con le decisioni di altre fasi processuali.

Condivisibile, in questo senso, il *decisum* della Corte Costituzionale per cui «la valutazione operata in un procedimento a cognizione sommaria e a carattere accessorio, quale quello cautelare, non può, in linea logica, condizionare gli sviluppi del procedimento a cognizione piena cui il primo è strumentale», ma, ciò che più preoccupa, è che la disposizione cassata non rappresenta il frutto di un'esperienza legislativa isolata, ma la matrice di una tendenza di cui sono evidenti gli effetti nel sistema processuale. Si pensi alla recente riforma del giudizio immediato ad opera del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito con modifiche nella l. 24 luglio 2008, n. 125 recante “Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza”.

Il comma 1 *bis*, inserito dalla legge citata nell'art. 453 c.p.p. sancisce l'obbligo per il pubblico ministero di richiedere il giudizio immediato, anche fuori dai termini di cui all'art. 454, 1° comma, c.p.p. e, comunque, entro centottanta giorni dall'esecuzione della misura, per il reato in relazione al quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare, salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini. Il successivo comma 1 *ter* impone che la richiesta di cui al comma 1 *bis* sia formulata dopo la definizione del procedimento *ex art.* 309 c.p.p., ovvero dopo il decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame. Evidente la deviazione rispetto al modello

procedimentale ordinario, scaturente dall'eliminazione dell'udienza preliminare per cui appare chiaro come, con la nuova veste del giudizio immediato, si verifichi un autentico “sfasamento di prospettive” con la rinuncia ad una fase processuale – come l'udienza preliminare – sulla base di un giudizio, quello cautelare, che ha natura giuridica e presupposti completamente differenti. Mentre, infatti, l'ordinanza cautelare si basa sui gravi indizi di colpevolezza e su una valutazione prognostica circa il possibile esito del giudizio finale, la decisione che conclude l'udienza preliminare è molto più assorbente perché comporta il già avvenuto esercizio dell'azione penale, con regole decisorie speculari a tale fase processuale (art. 425, 3° comma, c.p.p.). Con il giudizio immediato a seguito di ordinanza cautelare, insomma, si ha una sostanziale equiparazione delle due decisioni, senza tuttavia tener conto delle diversità dei due provvedimenti.

È evidente come la situazione sia speculare a quella su cui la Corte Costituzionale si è pronunciata nella sentenza n. 121 del 2009. E se questa è una tendenza legislativa c'è da preoccuparsi.

Quali siano le ragioni di fondo di questa “tendenza legislativa” è cosa nota e, comunque, troppo impegnativa per i tempi di questa comunicazione, ci limiteremo a una riflessione: nel nuovo assetto processuale di cui in questa occasione celebriamo il ventennio, potrebbe apparire, *prime facie*, sminuita la figura del giudice, marginalizzata ad un ruolo di terzietà con pochi ed eccezionali poteri probatori. Di qui, la spinta verso un ruolo del giudice penale sempre meno garante e sempre più protagonista della vicenda probatoria, con chiare implicazioni nella fase decisionale, ove si proiettano gli inevitabili condizionamenti che il giudice assume nella formazione della prova.

Non è un caso che tutte le modifiche al codice di rito che si sono succedute all'indomani dell'entrata in vigore dello stesso siano state, per lo più, ispirate ad una logica di “recupero” dei poteri probatori del giudice. Si vedano, per esempio, gli artt. 421 *bis* e 422

c.p.p. in tema di poteri istruttori del giudice nell'udienza preliminare, agli artt. 438, 5° comma, e 441 c.p.p. per le prerogative probatorie nel giudizio abbreviato, per non dire delle leggi di natura emergenziale che hanno letteralmente "corrotto" la sistematicità del tessuto codicistico.

Invero, il ruolo che l'attuale sistema processuale di stampo accusatorio assegna al giudice è tutt'altro che marginale: si delinea una fondamentale ed imprescindibile funzione di garante della legalità processuale che non si esplica nel semplice controllo delle "regole del gioco", bensì nella esigenza di recuperare il valore della certezza processuale, onde assicurare la credibilità del sistema processuale.

Emerge, in tutti i casi, l'esigenza di un convincimento del giudice – in qualunque fase se ne prospetti l'esigenza – scevro da qualsiasi suggestione derivante dall'aver comunque esplicato un ruolo attivo nella vicenda

probatoria, che deve necessariamente fondarsi sui canoni della razionalità: questa è la condizione imprescindibile per l'attuazione del "giusto processo".

Un bilancio del ruolo del giudice come garante della legalità "a vent'anni dalla grande riforma" non può non tenere conto di queste riflessioni: "*continuità*" con un'idea di processo come terreno fertile per interventi legislativi che – in chiara ottica emergenziale – minano la coerenza interna e sistematica del processo, creando derive giustizialiste di dubbia efficacia pratica; "*fratture*" nella concezione di un giudice sempre meno garante della contesa processuale e sempre più protagonista della vicenda probatoria, con chiare implicazioni nella fase decisionale ove si proiettano gli inevitabili condizionamenti che il giudice assume nella formazione della prova; "*nuovi orizzonti*" a tinte fosche con tendenze legislative che minano alla base la coerenza dell'accertamento penale.

OPINIONI

Prime osservazioni sulla conformità a Costituzione dell'intervento novellistico sull'art. 41 *bis* ord. penit.

di *Francesco Calabrese*

1. *Premessa.* – È di certo innegabile ritenere che, in effetti, la novella legislativa di cui alla legge n. 94 del 2009, nel riformare l'art. 41 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario, abbia pesantemente inciso sull'assetto della disciplina previgente determinando una drastica rivisitazione dell'istituto: e ciò sia in ordine agli aspetti di disciplina dei presupposti per la ricorrenza dello stesso (presupposti per la applicazione, criteri di applicazione, di proroga e durata della proroga) e sia per ciò che attiene ai criteri specifici della sua concreta esecuzione con particolare riferimento agli effetti che determina in applicazione in capo al detenuto.

Solo a titolo meramente indicativo si intende porre riferimento ad alcuni specifici aspetti che verranno di seguito elencati in via riasuntiva (anche se non esaustiva):

– innanzitutto, è stato modificato il periodo di durata del trattamento detentivo differenziato che prima era limitato al massimo di due anni (ed al minimo di uno) in sede di prima applicazione ed un anno in sede di proroga nel mentre, in virtù della novella legislativa, è stato esteso a quattro anni in sede di prima applicazione ed a due anni in sede di proroga;

– secondariamente, e soprattutto, vi è stata una sostanziale modifica per ciò che attiene ai criteri fondanti le condizioni di fatto che devono condurre alla applicazione ed al mantenimento del regime detentivo differenziato, avendo la novella legislativa introdotto la necessità che vengano presi in considerazione alcuni parametri (profilo criminale, posizione rivestita dal soggetto in seno alla associazione, perdurante operatività del sodalizio criminale di accertata adesione, sopravvenienza di nuove incriminazioni non cono-

sciute in precedenza, esito del trattamento penitenziario, tenore di vita dei familiari) ed avendo invece escluso la possibilità che se ne valutino degli altri quali soprattutto il decorso del tempo in regime detentivo differenziato;

– in terzo luogo, vengono ridisciplinate le modalità di detenzione del soggetto interessato e ciò anche in ordine alle prescrizioni previste, essendo impedita la possibilità di poter provvedere a cucinare da solo i cibi e limitato il periodo di permanenza all'esterno per due ore al giorno (invece delle quattro ore previste);

– ancora, è previsto obbligatoriamente che si possa effettuare un solo colloquio mensile con i familiari (ovvero, in sostituzione del colloquio, una telefonata della durata di dieci minuti) e che il colloquio debba essere videoregistrato, previa autorizzazione della Autorità Giudiziaria competente;

– viene grandemente ridotta la possibilità di effettuare colloqui con il proprio difensore di fiducia, prevista nella misura di un'ora giornaliera per tre volte alla settimana;

– ancora, è stato completamente abrogato il comma 2 *ter* che prevedeva la possibilità di chiedere in qualsivoglia momento la revoca del regime *de quo* laddove fossero sopravvenuti elementi idonei a dimostrare la recisione dei legami con l'ambiente delinquenziale esterno, rendendo così immutabile il regime detentivo differenziato tra una proroga (ovvero la prima sottoposizione) e l'altra;

– in ultimo, è stata ampliata la categoria dei soggetti nei confronti dei quali sia possibile applicare il regime detentivo differenziato.

Il quadro che se ne ricava, pertanto, non può essere già *ictu oculi* minimizzato. Piuttosto, la disciplina normativa di recente introduzione

incide pesantemente sui diritti basilari del detenuto in ordine ad alcuni aspetti pratici della vita detentiva che già viene quotidianamente svolta. Ma soprattutto, l'introduzione della novella legislativa ha di fatto già modificato i meccanismi posti a disciplina della materia, soprattutto per ciò che attiene alle condizioni per la (prima applicazione e, in special modo, la successiva) proroga del regime detentivo differenziato.

Per queste ragioni, pertanto, si ritiene necessario affrontare specificamente ciascun aspetto della disciplina raffrontandolo ai parametri costituzionali (e comunitari) al fine di verificarne la conformità. Ed in tale prospettiva deve costituire percorso interpretativo "obbligato" quanto già più volte decretato dalla stessa Corte Costituzionale in ordine alla disciplina in oggetto, soprattutto al cospetto del rilievo secondo cui, già fin dagli inizi degli anni '90 più volte il Giudice delle leggi, emettendo pronunce interpretative di rigetto delle questioni di legittimità costituzionale prospettate, ha avuto modo di indicare quali dovessero essere i binari entro cui la disciplina avrebbe potuto rappresentare una applicazione conforme ai dettami costituzionali.

Così come pure più volte la C.e.d.u. si è espressa nell'indicare quali dovessero essere i limiti di compatibilità della disciplina rispetto ai dettami della Convenzione.

Si tratterà, dunque, di verificare se la novella legislativa abbia oltrepassato i binari tracciati dalle ormai consolidate pronunce della Corte Costituzionale. Ma di verificare anche se la stessa abbia conferito al regime detentivo differenziato una conformazione che possa ritenersi conforme ai dettami più volte indicati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

2. *Con riferimento alla prescrizione in ordine alla durata del periodo di detenzione differenziata.* – In tal senso si vuole premettere come più volte l'istituto in oggetto, nella conformazione acquisita in epoca antecedente alla recente novella legislativa, fosse stato sottoposto al vaglio tanto della Corte Costituzionale quanto della Corte Europea dei Diritti

dell'Uomo. E ciò perché si era più volte lamentata la circostanza secondo cui le prescrizioni previste apparissero così pesantemente incidenti sui più basilari diritti umani da risultare assolutamente illegittime perché contrarie alle carte fondamentali della convivenza civile.

Ebbene, gli organi interpellati ebbero più volte – anche recentemente – a rigettare le questioni di legittimità prospettate ritenendo che la limitazione dei diritti del detenuto potesse ritenersi legittima a condizione che la stessa fosse stata operata in contingenze assolutamente limitate nel tempo ed allo scopo di salvaguardare le esigenze di carattere eccezionale – e, come tali, transitorie – che venivano prospettate nel contesto detentivo di riferimento.

È da premettere in questo senso che la legge (n. 356 del 1992) introduttiva dell'istituto in oggetto ne avesse previsto la durata complessiva nella misura di tre anni dalla data di entrata in vigore. Successivamente, tale periodo venne prorogato fino al 31 dicembre 1999 dalla legge n. 36 del 1995. Successivamente venne prorogato fino al 31.12.2000 a mezzo di legge n. 446 del 1999 ed ancora prorogato fino al 31.12.2002 a mezzo di legge n. 54 del 2000. Infine venne reso definitivo a mezzo della legge n. 279 del 2002 che ne ha anche ridisegnato i presupposti legittimanti la adozione dello stesso (CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006, 206; CESARIS, *Commento dell'art. 41 bis O.P.*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, 412; CESARI, *Commento all'art. 41 bis*, in PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002, 88; PETRINI, *Il carcere duro diventa definitivo*, in LP, 2003, 229; LA GRECA-FRIGO, *Videoprocessi e "carcere duro": a regime il trattamento penitenziario*, in DPP, 2003, 410; BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41 bis comma 2 ord. penit.*, in DI CHIARA, *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 285 ss.; LA GRECA, *L'applicazione del-*

l'art. 41 bis sotto costante verifica, in DPP, 1997, 754; ID., *Nuove disposizioni sul regime dell'art. 41 bis ord. pen.*, in DPP, 1998, 780; ARDITA, *La riforma dell'articolo 41 bis O.P. alla prova dei fatti*, in CP, 2004, 717).

La questione venne affrontata dalla Corte Costituzionale che, dapprima con la sentenza n. 376 del 1997 (cfr. § 6 del “*considerato in diritto*”) ebbe a ritenere la conformità a Costituzione della norma laddove la stessa venne interpretata nel senso che vi fossero delle limitazioni temporali specificamente indicate in ciascun provvedimento ministeriale di applicazione (SPANGHER, *Art. 41 bis ord. penit. e garanzie per il detenuto*, in DPP, 1998, 185).

È da segnalare in tal senso come la Corte Costituzionale non si sia tanto intrattenuta sulla eventuale illegittimità della durata temporale della legge istitutiva del regime derogatorio alle norme della comune detenzione, ma abbia più che altro operato una valutazione con specifico riferimento al singolo detenuto, prescrivendo che il decreto di sottoposizione debba indicare un periodo di tempo limitato e le eventuali proroghe debbano essere congruamente motivate.

La pronuncia richiamata è stata poi ribadita dalla sentenza n. 192 del 1998 che ha affermato che una lettura costituzionalmente orientata dello stesso debba comportare «la necessità di applicazioni limitate nel tempo, congrue al fine e adeguatamente motivate, anche in sede di proroga, in ordine alla permanenza attuale dei presupposti».

Ancora più esplicita in tal senso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con una posizione interpretativa ormai consolidata, afferma che la limitazione dei diritti detentivi non confligga con le garanzie di cui all'art. 3 della Convenzione (che vieta la sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti *et similia*) laddove sia stata determinata per un limitato periodo di tempo e per contingenze giustificate in relazione alle quali sia stato operato un concreto vaglio giurisdizionale. In tal senso si cita – anche in tal caso a mero titolo indicativo – la sentenza della IV Sezione datata 11 luglio 2006 sul caso Campisi c.

Italia (ric. n. 24358/02) laddove si afferma quanto segue: “la Corte ammette che, in generale, l'applicazione prolungata di certe restrizioni può porre un detenuto in una situazione che potrebbe costituire un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 3. Tuttavia, essa non può ritenere una durata precisa come il momento a partire dal quale è raggiunta la soglia minima di gravità per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione. Al contrario, essa deve controllare se, in un determinato caso, il rinnovo e la proroga delle restrizioni si giustificassero o se, al contrario, costituissero la reiterazione di limitazioni che non si giustificavano più (Argenti c. Italia. n. 56317/00 § 21, 10 novembre 2005)” (cfr. § 38).

È da notare, peraltro, che la sentenza in commento ammette a chiare lettere (cfr. § 37) che l'istituto *de quo* sia divenuto definitivo a seguito della riforma del 2002, senza che ciò abbia in alcun modo condizionato la decisione tratta, decisione che, dunque, deve ritenersi prescindere dalla stabilità o meno della norma che prevede la deroga alle regole detentive, optando piuttosto per una verifica specifica a soggettiva in ordine al rispetto del limite temporale ritenuto congruo.

Tale criterio interpretativo è stato poi ribadito in numerose altre pronunce tanto da costituire ormai *ius receptum* in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si citano a titolo indicativo: Argenti c. Italia, 10.11.2005, n. 56317/00, § 20; conf. Bastone c. Italia, n. 59638/00 del 18.1.2005; Campisi c. Italia cit.; Gallico c. Italia, 10.11.2005; Bifulco c. Italia, 8.2.2005; Musumeci c. Italia, 11.1.2005; Ganci c. Italia, 30/10/2003; Messina c. Italia, 28.9.2000.

Di particolare significatività il riferimento contenuto nel § 19 della sentenza Argenti c. Italia laddove si indica quale principio consolidato una visione “relativistica” delle restrizioni la cui lesività (e dunque non conformità ai principi della Convenzione) deve dunque essere verificata non in assoluto ed in astratto ma piuttosto in concreto, vale a dire dipendendo “dalla durata del trattamen-

to e dai suoi effetti fisici o mentali nonché, talvolta, dal sesso, dall'età, dallo stato di salute della vittima etc.”.

Il criterio di verifica “in concreto” è stato anche recepito dalla Corte Costituzionale che ha ormai da tempo sancito il principio secondo cui non si ponesse essenzialmente una questione di conformità della norma istitutiva del regime differenziato ma piuttosto la necessità della verifica concreta in ordine al fatto che i singoli decreti applicativi, nell'applicare la norma, non se ne discostassero mettendo ingiustificatamente in pregiudizio i principi costituzionale di riferimento (C. Cost. sent. 28.7.1993 n. 349) (cfr. VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41 bis O.P. nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in CP, 1994, 2855 e ss.; CANEPA-MERLO, 209).

Questo, pertanto, è il metodo interpretativo che consente – ed ha più volte consentito – di bilanciare, da una parte, il sacrificio dei diritti del detenuto che sono assolutamente irrinunciabili e, dall'altra parte, la necessità da salvaguardare esigenze di Ordine Pubblico assolutamente eccezionali che devono pertanto prevalere sul primo. Ed è stato dunque affermato che proprio la condizione di assoluta temporaneità ed eccezionalità consente di operare una parziale e temporanea limitazione dei diritti umani e detentivi.

Orbene, tali criteri non sembra siano stati in alcun modo rispettati dalla novella legislativa e ciò per l'ovvia considerazione secondo cui la stessa ha di fatto reso sostanzialmente stabile e permanente il periodo di durata del regime detentivo differenziato. Infatti, in sede di prima applicazione è previsto che lo stesso debba durare addirittura per quattro anni, senza alcuna possibilità di sorta che tale periodo venga in alcun modo modificato ovvero si possa interrompere, in considerazione delle condizioni particolari del detenuto ovvero della sopravvenienza di elementi che conducano a rivisitare il giudizio precedentemente espresso. Ed ancora, in sede di proroga è previsto un periodo detentivo di addirittura due anni che di fatto impedisce di poter in alcun modo sottoporre ad una qualche rivisitazione le condizioni che avevano

reso necessaria l'adozione del regime detentivo differenziato.

Il quadro che ne deriva, pertanto, è inevitabilmente quello di un istituto che, proprio in virtù di un periodo di durata così ampia, assume un carattere di evidente stabilità tanto da risultare non più eccezionalmente assunto ma piuttosto ordinario e stabile. E ciò non potrà non ingenerare i dubbi di legittimità costituzionale che sono prospettati.

D'altronde, l'approccio interpretativo relativistico e soggettivistico recepito tanto dalla Corte Costituzionale quanto dalla C.e.d.u. appaiono tali da rendere oltremodo indeterminato ed assolutistico un periodo di durata così ampio privo di alcuna possibilità di verifica intertemporale.

E la illegittimità emerge in maniera ancor più apprezzabile se solo si pone mente a due ulteriori rilievi che appaiono incidenti in tale prospettiva in maniera assolutamente dirimente:

a) innanzitutto, da una parte, la circostanza secondo cui la novella legislativa abbia inciso anche in ordine alle condizioni legittimanti la proroga del regime di sorveglianza differenziata, corroborando così quell'indirizzo giurisprudenziale che aveva introdotto una vera e propria inversione dell'onere della prova;

b) in secondo luogo, soprattutto, la abrogazione definitiva del comma 2 *ter* dell'articolo 41 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario nella parte in cui prevedeva la possibilità che, in qualunque momento, laddove fosse sopravvenuta la modificazione delle condizioni che avevano condotto alla adozione del regime detentivo differenziato, potesse chiedersi la revoca dello stesso.

Per ciò che attiene al primo aspetto, innanzitutto, si è previsto che non possa assumere alcuna incidenza ai fini del decidere il semplice decorso del tempo rispetto alla applicazione della misura; al tempo stesso, si indicano quali condizioni legittimanti la proroga la circostanza relativa alle vicende pregresse alla detenzione ovvero il dato secondo cui il sodalizio di riferimento del detenuto sia ancora operante all'esterno. In buona sostanza, dunque, viene fatta incombere in capo al

detenuto una vera e propria *probatio diabolica*, vale a dire la necessità di dover provare un qualcosa che non esiste ontologicamente (vale a dire la attenuazione del legame con l'ambiente delittuoso esterno) attraverso mezzi di prova che sono assolutamente inadeguati a tal fine.

Surrettiziamente, dunque, viene introdotta una vera e propria inversione dell'onere della prova che di fatto rende stabile e permanente il regime detentivo differenziato proprio in ragione della oggettiva ed assoluta impossibilità del detenuto di fornire la prova della insussistenza anche soltanto di una qualche propensione alla riattivazione dei legami con l'ambiente esterno.

Ed è certo ultroneo segnalare come anche nella vigenza del regime legislativo previgente la dottrina avesse più volte segnalato come i meccanismi interpretativi (soprattutto quelli) recepiti dalla giurisprudenza rendessero di fatto operante un meccanismo di inversione dell'*onus probandi* (GIUNCHEDI, *Verso la piena giurisdizionalizzazione del procedimento per reclamo ex art. 41 bis ord. penit.*, in DPP, 2004, 355; GIUNCHEDI, *Linee evolutive della giurisprudenza di legittimità in ordine ai rinnovati standard probatori dell'art. 41 bis ord. penit.*, in GI, 2005, 2356; BERNASCONI, 299 e ss.; CESARIS, 434-435). Ebbene la formalizzazione di quei criteri interpretativi appare tale da rendere di fatto attuata tale inversione e ciò per come si avrà modo di illustrare di seguito.

Anche ciò, dunque, conduce ad inferire la surrettizia stabilità di tale istituto che invece dovrebbe assumere il carattere di eccezionalità. Per ciò che attiene al secondo aspetto, soprattutto, sbalordisce la circostanza secondo cui sia stata abrogata quella norma (vale a dire il comma 2 *ter*) che prescriveva la possibilità che l'interessato potesse in qualunque momento chiedere al Ministro proponente di poter rivedere il giudizio di pericolosità qualificata precedentemente espresso in ragione della sopravvenienza di elementi conducenti in tale prospettiva.

L'abrogazione dall'istituto di fatto rende stabile e permanente tale regime detentivo dif-

ferenziato da una proroga all'altra e ciò anche nel caso in cui in tale frangente fossero effettivamente emersi elementi di tale pregnanza da rendere non più sussistenti le condizioni originarie che avevano condotto alla emissione del provvedimento *de quo*.

Dunque, in forza di tali rilievi la norma in oggetto appare assolutamente illegittima nella misura in cui impedisce al detenuto di potere esplicitare una fattiva difesa. Ed a maggior ragione ciò contribuisce a rendere stabile e definitivo il meccanismo derogatorio ai diritti del detenuto che pure avrebbe dovuto assumere un carattere transeunte e provvisorio.

L'istituto così come delineato dalla novella legislativa appare, dunque, a parere di chi scrive, chiaramente confliggente con i dettami costituzionali per come già ampiamente e reiteratamente indicati dal Giudice delle leggi.

3. *In ordine alle condizioni legittimanti la proroga del regime di cui all'articolo 41 bis secondo comma dell'Ordinamento Penitenziario.* – Per ciò che attiene a tale aspetto, poi, non solo si ritiene che tale disciplina abbia contribuito ad incidere pesantemente sui diritti del detenuto, limitandoli ulteriormente; ma addirittura si ritiene che sia stato ancora una volta violato uno dei più basilari principi della realtà processuale, essendo stata introdotta surrettiziamente una vera e propria inversione dell'onere della prova che, peraltro, impedisce al detenuto di fornire alcuna dimostrazione della sopravvenuta elisione delle condizioni originarie che avevano legittimato la originaria emissione del provvedimento di deroga alle normali regole detentive.

Riassumendo brevemente i dettami della novella legislativa sul punto deve ritenersi che:

- a) la proroga viene disposta laddove “risulta” che la capacità di mantenere collegamenti con l'esterno non sia venuta meno;
- b) tale valutazione viene operata sulla base del “profilo criminale” e della “posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione”;
- c) viene ritenuta pertinente ed incidente in tal senso anche la perdurante operatività del sodalizio criminale *ab externo*;
- d) vengono valorizzate anche nuove incriminazioni che siano emerse – chiaramente per

fatti antecedenti alla detenzione – a carico del detenuto e che non siano state precedentemente valutate;

e) è espressamente previsto che si debba tenere conto anche del tenore di vita dei familiari quale indice sintomatico della eventuale sussistenza di collegamenti con ambienti delinquenziali;

f) viene valorizzato l'esito del trattamento penitenziario;

g) viene espressamente esclusa la possibilità che possa costituire elemento di valutazione sufficiente il decorso del tempo dalla data di sottoposizione al regime detentivo differenziato.

Orbene, dei suddetti elementi, solo quello in ordine alla verifica degli esiti del trattamento penitenziario appare pertinente e congruo rispetto ai principi costituzionali e ciò perché inerisce ad una specifica verifica in ordine a rilievi personologici del detenuto che soli dovrebbero condurre alla proroga del regime suddetto.

Per il resto, infatti, gli elementi che sono utilizzati ai fini del decidere riguardano, da una parte, dati (quali il tenore di vita dei familiari, la operatività all'esterno della associazione criminale eccetera) che non sono in alcun modo inerenti alla persona del detenuto ed alla condotta dallo stesso tenuta allo scopo di verificare la sussistenza di una qualche propensione al mantenimento di legami con l'ambiente esterno; dall'altra parte, soprattutto, afferiscono a frangenti temporali di gran lunga risalenti siccome riferibili al periodo antecedente all'intervenuto arresto del detenuto (vicende processuali eventualmente emerse, posizione assunta all'interno del sodalizio, etc.).

Dunque, si ritiene di poter comprovare – *rectius*, si prescrive *ope legis* che possa provare – la sussistenza di condizioni che afferiscono al detenuto in forza di elementi che non sono pertinenti al profilo soggettivo dello stesso e che, ancor più, non sono riferibili al periodo temporale oggetto di analisi. In tal senso, già nella vigenza della precedente disciplina attenta dottrina aveva evidenziato come la sovrapposizione di criteri oggettivi

– collegamenti – rispetto a profili prettamente soggettivi inerenti al detenuto, rendesse di fatto evanescenti i meccanismi di verifica della persistenza delle condizioni per la proroga rischiando così di compromettere il diritto di difesa dell'interessato e di rendere il regime detentivo differenziato prorogabile *ad libitum* (BERNASCONI, 299; GIUNCHEDI, Verso la piena, 355; GIUNCHEDI, *Linee evolutive*, 2356; in ordine alla necessità di una specifica motivazione dei decreti di proroga anche FILIPPI, *Proroga del regime di cui all'art. 41 bis Ord. Penit. e giudicato di sorveglianza*, in *GI*, 2005, fasc. 5; *contra* in ordine alla necessità della dimostrazione della attualità dei presupposti GREVI, *In tema di presupposti per la proroga del regime carcerario differenziato ex art. 41 bis Ord. Penit.*, in *CP*, 2008, 4590). In ultimo, il decorso del tempo – evidentemente coniugato alla mancata sopravvenienza di elementi che denotino anche soltanto la proclività al mantenimento di collegamenti con l'ambiente esterno – non viene ritenuto in alcun modo sufficiente a legittimare la revoca del regime detentivo differenziato.

In buona sostanza, dunque, ciò che emerge è la circostanza secondo cui i suddetti elementi vengano fondati su dati che non ineriscono specificamente al detenuto ed in relazione ai quali, dunque, questi non può in alcun modo esplicitare alcuna signoria volitiva o anche soltanto alcun potere di controllo: come potrebbe, infatti, fare in modo che il sodalizio di ritenuta precedente appartenenza non operi più, ovvero, ancora, che non vengano avviati procedimenti penali per condotte anche antecedenti alla detenzione?

Ma soprattutto, i suddetti elementi afferiscono a frangenti antecedenti rispetto al periodo detentivo rispetto ai quali il detenuto non può in alcun modo offrire alcuna idonea difesa visto che si tratta di dati acquisiti siccome ormai verificatisi e che non possono in alcun modo inerire alla condotta tenuta durante il periodo detentivo.

Deve ritenersi, pertanto, come la novella legislativa non solo abbia introdotto in maniera definitiva un meccanismo di inversione dell'onere della prova, ritenendo di poter

valorizzare dati acquisiti alla data di detenzione e che risultano immutati ed immutabili perché afferiscono una “qualificazione giuridica” (ci si passi il termine) del detenuto che non può essere in alcun modo sottoposta ad ulteriori rivisitazioni; ma soprattutto – e ciò che più conta – abbia introdotto una *probatio diabolica* e ciò perché il detenuto non può in alcun modo fornire la prova della rescissione di collegamenti con l’ambiente esterno chiedendo la revoca del provvedimento di detenzione differenziata. Ciò, infatti, significherebbe dimostrare qualcosa che materialmente appare indimostrabile siccome ontologicamente insussistente: come si dimostra qualcosa che non esiste in natura come la rescissione dei legami progressi?

Dunque, una oggettiva impossibilità di fornire una qualche dimostrazione di rescissione dei sudditi collegamenti anche laddove ce ne fosse la concreta volontà. Non resta che richiamare i moniti di attenta dottrina che aveva già segnalato la circostanza secondo cui, già in epoca antecedente alla riforma in commento, si stesse cristallizzando un assetto interpretativo che rendesse materialmente operante il meccanismo di inversione dell’onere della prova (GIUNCHEDI, *Verso la piena*, 355; GIUNCHEDI, *Linee evolutive*, 2356; BERNASCONI, 299; CESARIS, 434-435; CANEPAMERLO, 217; di opinione contraria ARDITA, *La costituzionalità del 41 bis e l’obbligo di motivazione della proroga*, in *CP*, 2005, 1561).

La formalizzazione proprio di quei criteri interpretativi legittima a maggior ragione quelle preoccupazioni legittimando i rilievi di incostituzionalità che ciò ha determinato. E non appare certo ultroneo richiamare la ormai nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 417 del 2004 che si era pronunciata sulla legittimità della norma di cui al 2° comma dell’articolo 41 *bis* dell’Ordinamento Penitenziario a seguito della novella del 2002, rigettando la questione di legittimità costituzionale ma a condizione che la norma venisse interpretata nel senso che incomba in capo all’organo proponente la dimostrazione tangibile, di volta in volta, della sussistenza dei

suddetti legami con l’ambiente delittuoso esterno e della protrazione nel tempo dei suddetti collegamenti.

Tale pronuncia, in effetti, aveva esplicitato il principio di diretta derivazione costituzionale secondo cui si rende necessario dimostrare di volta in volta la sussistenza e permanenza dei presupposti per la proroga, escludendo che tale onere contrario venisse invece riconnesso in capo al detenuto: “... la giurisprudenza di legittimità ha pure sottolineato che l’inciso di cui al comma 2 *bis* («purché non risulti che la capacità del detenuto o dell’internato di mantenere contatti con associazioni criminali, terroristiche o eversive sia venuta meno») non comporta una inversione dell’onere della prova, in quanto rimane intatto l’obbligo di dare congrua motivazione in ordine agli elementi da cui ‘risulti’ che il pericolo che il condannato abbia contatti con associazioni criminali o eversive non è venuto meno”.

Nel caso di specie, si ribadisce, non solo tale dimostrazione viene rimandata in capo al detenuto, ma addirittura le limitazioni al diritto di prova – con la esclusione della incidenza del dato del decorso del tempo e la valorizzazione di elementi progressi e non direttamente riferibili allo stesso – appaiono tali da rendere materialmente impossibile che ciò avvenga.

È di certo derivabile da ciò, dunque, come la novella legislativa abbia introdotto principi interpretativi che collidono apertamente con i più basilari principi sanciti dalla Corte Costituzionale, che nel caso di specie possono additarsi tanto nel diritto di difesa (chiarmente eluso) di cui all’art. 24 che nel diritto di tutela della dignità umana di cui all’art. 2 e soprattutto nel principio di ragionevolezza di cui all’art. 3.

Fin dalla risalente pronuncia n. 351 del 1996 è stato ribadito, infatti, che la conformità a Costituzione della norma *de qua* non possa prescindere dalla analisi specifica in ordine alla peculiare posizione detentiva dell’interessato da effettuarsi con riferimento a ciascun provvedimento di proroga. E come tale analisi dovesse indicare partitamente gli ele-

menti in forza dei quali si fosse inferita la sussistenza di attuali collegamenti con l'esterno idonei a legittimare il mantenimento del regime detentivo differenziato.

La novella legislativa sovverte con tutta evidenza tali criteri determinativi introducendo una stabilità del meccanismo dimostrativo tale per cui, una volta accertata la sussistenza dei suddetti collegamenti, tale dimostrazione permane proprio in virtù della ontologica proiettabilità nel tempo dei criteri di verifica che sono stati legalmente indicati.

E non sembra che la novella possa risultare conforme anche ai dettami della C.e.d.u. che ha più volte sancito la necessità di un controllo giurisdizionale di ciascun provvedimento. Ma ha soprattutto sancito la necessità che tale controllo sia effettivo e venga esplicitato attraverso un apparato motivazionale congruo che renda contezza della capillarità di tale verifica (cfr. la pronuncia Campisi c. Italia citata). In effetti, la formalizzazione dei criteri della verifica – una sorta di “prova legale” che indirizza necessariamente la valutazione del giudice – rende di fatto non possibile che venga effettuato un controllo effettivo ed approfondito in ordine alla sussistenza delle suddette condizioni.

4. *In ordine alla limitazione dei diritti del detenuto.* – Incide pesantemente sulle più basilari condizioni di vita del detenuto anche la restrizione prevista in ordine alle modalità di detenzione.

Solo a titolo meramente esemplificativo si citano la limitazione del periodo di permanenza all'aperto per un'ora al giorno (a cui si aggiunge un'ora da trascorrere nelle sale di biblioteca o di palestra) come pure la limitazione della possibilità di poter provvedere a cuocere i cibi. Disposizioni, queste, contenute nella lettera f) del comma 3 *quater* della norma in commento.

Ancora, pesantemente incidente sul diritto alla tutela della propria sfera provata appare l'obbligo di videoregistrazione dei colloqui da effettuarsi con i familiari.

Ebbene, anche tali prescrizioni si ritiene siano assolutamente superflue ed ultronee, soprattutto se raffrontate rispetto alle esigenze

di prevenzione sottese alla originaria introduzione dell'istituto in oggetto e pure indicate in sede di approvazione della novella legislativa del 2009.

In effetti, le limitazioni previste devono essere interpretate anche in termini teleologici, vale a dire al fine di verificare se le limitazioni introdotte assumano una diretta conduzione nella prospettiva di attenuare il rischio di compromissione delle esigenze di Ordine Pubblico. Solo in tale prospettiva si rende giustificata la possibilità che vi sia una ulteriore compressione dei diritti del detenuto.

In effetti, già la pronuncia della Corte Costituzionale n. 351 del 1996 – ed ancora più esplicitamente la pronuncia n. 376 del 1997 – ebbe ad affermare che la restrizione deve essere sottoposta – oltre che a c.d. limiti esterni” riferibili al divieto di limitare ulteriormente la sfera di libertà del detenuto – a limiti c.d. “interni” individuati in una stretta correlazione funzionale tra le limitazioni previste e la realizzazione delle esigenze di preservazione dell'Ordine Pubblico. Anche a voler ammettere, pertanto, che un soggetto detenuto sia socialmente pericoloso, da ciò non potrà discendere *ope legis* la indiscriminata sottoposizione dello stesso ai divieti previsti: ciascun divieto dovrà essere modulato in ragione delle esigenze di carattere cautelare specificamente sottese (in tal senso, *ex plurimis*, BERNASCONI, 302-303; CESARIS, 429).

Ed una interpretazione costituzionalmente orientata di tal genere già *prima facie* disvela in maniera assolutamente tangibile il rilievo secondo cui trattasi di limitazioni semplicemente afflittive per il detenuto che nessuna conferenza di sorta possono assumere allo scopo di risultare funzionali rispetto alle esigenze di prevenzione.

Non si comprende, infatti, in che modo possa rendersi meno pericoloso un detenuto se, invece di fruire di due ore di permanenza all'aperto al giorno, fruisca soltanto di un'ora di tale facoltà. Se tale restrizione, infatti, è stata introdotta al fine di limitare i contatti tra detenuti, di certo i suddetti contatti potrebbero essere attivati anche soltanto fruen-

do di un'ora quotidiana di permanenza all'aperto. E se il detenuto avesse inteso passare comunicazioni di natura delittuosa al proprio codetenuto, di certo la circostanza che possa fruire di un'ora di permanenza all'esterno piuttosto che due non appare in alcun modo limitativa di tale possibilità.

Ma soprattutto, appare sinceramente sbalorditiva la circostanza secondo cui sia stato impedito di poter cuocere i cibi all'interno della propria cella. Trattasi di cibi che il detenuto provvede ad acquistare attraverso la spesa che viene praticata ad opera della Amministrazione Penitenziaria e dunque si tratta di cibi che non provengono dai familiari e rispetto ai quali non può essere operata alcuna "contaminazione" né dall'esterno verso l'interno e né tantomeno in senso contrario. Non si comprende, pertanto, per quale ragione sia stata impedita tale possibilità che costituisce semplicemente una esplicazione di una basilare esigenza di vita civile prima ancora che detentiva (in chiave assolutamente critica, CESARIS, 429-430).

Emerge, dunque, la assoluta inconferenza di tali limitazioni rispetto alle ritenute esigenze socialpreventive riconosciute alla introduzione della novella legislativa e dunque la assoluta illegittimità delle stesse. Ed emerge, soprattutto, la deduzione di ritenere la assoluta gratuità di tali restrizioni e dunque la evidente illegittimità delle stesse siccome semplicemente lesive dei più basilari diritti del detenuto senza che alle stesse siano state in alcun modo contrapposte esigenze tangibili di preservazione dell'Ordine Pubblico.

Peraltro, già in passato la Corte Costituzionale, con svariate pronunce, aveva ritenuto che la legittimità della norma di riferimento non potesse prescindere dalla stretta correlazione tra le limitazioni di diritti del detenuto e le esigenze di preservazione dell'Ordine Pubblico. Si riporta in tal senso la affermazione maggiormente perspicua di tale principio: "In particolare, questa Corte ha ribadito la piena sindacabilità, ad opera del giudice ordinario, e precisamente del Tribunale di sorveglianza adito col reclamo di cui all'art. 14 *ter* dell'ordinamento penitenziario, dei

provvedimenti ministeriali di applicazione dell'art. 41 *bis*, 2° comma, sia sotto il profilo dell'esistenza dei presupposti per tale applicazione e della congruità della relativa motivazione, sia sotto il profilo del rispetto – nel contenuto delle misure restrittive disposte – dei limiti del potere ministeriale: tanto quelli "esterni", collegati cioè al divieto di incidere sul "residuo" di libertà personale spettante al detenuto, e dunque pure sugli aspetti dell'esecuzione che toccano, anche indirettamente, la qualità o la quantità della pena detentiva da scontare o i presupposti per l'applicazione delle misure così dette extramurali, quanto quelli "interni", discendenti dal necessario collegamento funzionale fra le restrizioni concretamente disposte e le finalità di tutela dell'ordine e della sicurezza cui devono essere rivolti i provvedimenti applicativi del regime differenziato, nonché dal divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e dall'obbligo di non vanificare la finalità rieducativa della pena" (C. Cost. sent. n. 376/97, § 4 del "considerato in diritto").

Non necessita di particolari considerazioni la disposizione che prevede la necessaria ripresa video dei colloqui intrattenuti con i familiari (comma 2 *quater* lettera b), seppure previo provvedimento autorizzato della autorità giudiziaria *ex art.* 11 O.P. Peraltro, dal tenore letterale della disposizione – che appare chiaramente poco felice – appare legittimo dedurre che la effettuazione delle videoregistrazioni sia doverosa (e dunque non discrezionale) ma che la stessa debba essere preceduta dalla autorizzazione motivata della autorità giudiziaria competente; ed anche in tal caso non sembra derivare, dal tenore letterale della norma, alcun margine di discrezionalità in capo al giudice precedente con le conseguenze ricadute in ordine alla illegittimità della disposizione per difetto di determinatezza.

La norma, inoltre, appare essa stessa assimilabile a quelle precedentemente citate per la lesione dei diritti individuali siccome non rispettosa di quel limite "interno" indicato dalle pronunce della Corte Costituzionale in commento. Ma soprattutto, ap-

pare lesiva del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza – e di ogni altra comunicazione – tutelati dall'art. 15 della Costituzione nella misura in cui prevede la suddetta captazione in maniera indiscriminata e senza accostare tale necessità ad eventuali esigenze specifiche che ineriscono a ciascun detenuto. Anche tale disposizione deve ritenersi, dunque, in ultimo, lesiva del criterio di ragionevolezza proprio per la mancanza assoluta di modulazione della prescrizione in ragione delle specifiche posizioni detentive oggetto di analisi.

Non può non richiamarsi a questo proposito quanto affermato dalla Corte europea di diritti dell'uomo a proposito della tutela del diritto alla corrispondenza: «Ora, la Corte ha già constatato più volte che il controllo della corrispondenza fondato su questa norma disconosce l'articolo 8 della Convenzione perché non è “previsto dalla legge” nella misura in cui non disciplina né la durata delle misure di controllo della corrispondenza dei detenuti, né i motivi che possono giustificare, e non indica con sufficiente chiarezza l'ampiezza e le modalità di esercizio del potere di valutazione delle autorità competenti nel campo considerato» (cfr. sent. Campisi c. Italia § 50) (MAZZA, *Corrispondenza dei detenuti e mancanza di ricorsi effettivi contro il decreto ex art. 41 bis Ord. Penit.*, in DPP, 2000, 1672; SACCUCCI, *Non ancora completo adeguamento alle pronunce della Corte europea sul controllo della corrispondenza dei detenuti ex art. 41 bis Ord. Penit.*, in DPP, 2002, 389).

Trasponendo la *ratio* di tale pronuncia anche alla materia della tutela del diritto alla “corrispondenza orale” con i familiari, non può non segnalarsi come tale limitazione sia di carattere generale ed indiscriminato, non preveda alcuna necessità di verifica concreta della specifica posizione di ciascun detenuto e, in ultimo, non preveda alcuna possibilità di deroga e di discrezionalità valutativa.

Si paventa, dunque, quanto meno una quasi certa nuova sanzione della norma ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

5. *In ordine alla limitazione dei colloqui con il*

difensore. – La disposizione in oggetto non appare meritevole di alcun particolare commento. Già il semplice fatto che sia stata disposta la limitazione dei colloqui con il difensore costituisce essa stessa una palese violazione del diritto di difesa.

E se a ciò si aggiunge la circostanza secondo cui il luogo di detenzione sia normalmente lontano centinaia di chilometri rispetto al luogo di domicilio del difensore – e lo sarà a maggior ragione se sarà resa esecutiva la disposizione che prevede l'obbligo di detenzione in stabilimenti insulari –, ciò rende materialmente impossibile che qualsivoglia difensore possa riservarsi la disponibilità di tempo di 3 ore alla settimana – si badi, in giorni diversi nella misura di un'ora per ciascuna giornata – per potersi recare a far visita al proprio assistito.

Ciò di fatto rende impossibile la esplicazione di un diritto basilare di avere contatti e corrispondenze *de visu* con il difensore di fiducia e dunque di predisporre una utile difesa, e ciò rende evidente la lesione del diritto di difesa che assume una incidenza di rango costituzionale che non può essere in alcun modo limitato né esplicitamente né surrettiziamente attraverso disposizioni di carattere pratico di per sé idonee, evidentemente, a rendere disagevole – e, dunque, a disincentivare – la possibilità di assumere contatti tra difensore ed assistito.

Del tutto omessa è stata la incidenza della assai perentoria pronuncia della Corte Costituzionale n. 212 del 1997, che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 18 dell'Ordinamento penitenziario proprio nella parte in cui limitava i diritti di colloquio del detenuto (anche se definitivo) con il difensore (in tal senso assai critica CESARI, 427-428; BERNASCONI, 304; analogamente, FIORENTIN, *I diritti della persona detenuta*, in MARCHESELLI-FIORENTIN, *L'ordinamento penitenziario*, Torino 2005, 38; BERLOLOTTO, *Commento all'art. 18 O.P.*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento Penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2006, 198).

Il provvedimento legislativo in oggetto, peraltro, non ha emarginato alcun rilievo che

potesse consentire di comprendere quale sia la finalità riconnessa a tale restrizione rispetto alle esigenze di ordine pubblico che si è ritenuto che la novella intendesse realizzare. Anche in tal caso, pertanto, le limitazioni appaiono assolutamente gratuite ed ingiustificabili e, come tali, suscettibili di condurre ad un rilievo di illegittimità della norma, tra l'altro, per difetto di ragionevolezza.

Si segnala in ultimo come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia specificamente espresso un duro monito nei confronti della legislazione italiana nella parte in cui consente di sottoporre a visto di controllo la corrispondenza tra detenuto e difensore; e ciò anche nel caso in cui non sia stata apposta la indicazione nella busta in ordine alla preservazione dal controllo. La C.e.d.u. ha affermato che il diritto di corrispondenza tra difensore ed assistito sia assolutamente intangibile, al pari di quello tra il detenuto e gli organi giurisdizionali internazionali (C.e.d.u., Sez. II, sent. n. 24424/03 Zara c. Italia, in *CP*, 2009, 2197).

6. *In ordine alla abrogazione del comma 2 ter relativo alla possibilità di inoltrare in qualunque momento della richiesta di revoca.* – Si è già riferito precedentemente di come la abrogazione del comma 2 ter dell'art. 4 bis O.P. assuma una incidenza dirompente al fine di determinare una sostanziale stabilità del periodo di sottoposizione a regime detentivo differenziato. Tuttavia, si è ritenuto opportuno operare una specifica e dettagliata valutazione in ragione del fatto che proprio la intervenuta abrogazione costituisca ragione per ingenerare concreti sospetti di illegittimità costituzionale non solo se coniugata alla restante disciplina in ordine ai meccanismi di proroga, ma soprattutto perché, di per sé sola, costituente ragione di limitazione dei diritti del detenuto.

La condizione detentiva differenziata, infatti, viene comunemente ritenuta dalle pronunce interpretative della Corte Costituzionale una condizione assolutamente transitoria ed eccezionale, derivando da ciò la necessità che proprio il costante mantenimento di tale regime necessiti di una verifica pressoché con-

tinua in ordine alla persistenza ed immanenza delle condizioni che ne avevano originariamente legittimato la adozione.

Più volte si è riferito di come si sia fatta salva la legittimità di tale disposizione solo alla condizione che la stessa venisse considerata eccezionale e transitoria e dunque riconnessa, oltre che ad un periodo di tempo limitato, evidentemente anche alla necessità di una verifica costante della persistenza delle suddette condizioni. Tali criteri sono stati sanciti e ribaditi con nuovo vigore da numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che sono state già sopra citate. Non è superfluo richiamare la assai significativa affermazione riportata dalla sentenza Campisi c. Italia laddove si afferma che “la Corte ammette che, in generale, l'applicazione prolungata di certe restrizioni può porre un detenuto in una situazione che potrebbe costituire un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 3. Tuttavia, essa non può ritenere una durata precisa come il momento a partire dal quale è raggiunta la soglia minima di gravità per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 della Convenzione. Al contrario, essa deve controllare se, in un determinato caso, il rinnovo e la proroga delle restrizioni si giustificassero o se, al contrario, costituissero la reiterazione di limitazioni che non si giustificavano più (Argenti c. Italia. n. 56317/00 § 21, 10 novembre 2005)” (cfr. § 38).

In tal senso, dunque viene sancita la necessità di una concreta e specifica verifica della ricorrenza (e persistenza) delle condizioni che avevano originariamente legittimato la adozione del regime detentivo differenziato. E ciò appare implicitamente dimostrativo del fatto che la abrogazione della norma in oggetto – soprattutto se coniugata all'esorbitante aumento del periodo di durata (anche in sede di proroga) – renda la novella legislativa difficilmente compatibile con il divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti inumani o degradanti. Infatti, la prospettiva concreta che si pone è quella di un regime detentivo differenziato che si protrae nel tempo in maniera assai incidente e che appa-

re privo di alcuna possibilità di controllo giurisdizionale.

Ebbene, la norma di cui al comma 2 *ter ante novella*, per come introdotta dalla legge n. 279 del 2002, appariva esplicativa di un sensibile bilanciamento tra i meccanismi determinativi di una durata nel tempo di tale regime e la suddetta necessità che la persistenza dello stesso fosse correlata alla immanenza delle condizioni di sorveglianza particolare: ne era, infatti, stata ampliata la durata (passata dagli originari sei mesi ai successivi due anni nel massimo ed uno nel minimo in sede di prima applicazione ed un anno in sede di proroga) consentendo, però, al detenuto di potere fare rilevare in qualsivoglia momento la sopravvenuta elisione degli elementi originariamente adottati e di poter inoltrare, dunque, la richiesta di revoca del regime suddetto (cfr. CESARI, 442; CANEPA-MERLO, 216; in chiave critica BERNASCONI, 301 che evidenziava al sostanziale inutilità dell'istituto attesa la prospettiva di scarso accoglimento attesa la procedura adottata ed i requisiti richiesti per la attivazione della stessa).

Evidentemente, tale bilanciamento avrebbe dovuto risultare maggiormente potenziato a seguito della introduzione della novella legislativa, soprattutto in ragione del fatto che la stessa ha di fatto raddoppiato tanto il termine di durata della misura in sede di prima applicazione (passato da due a quattro anni) quanto il termine di durata della misura in sede di proroga (passato da uno a due anni).

Invece, con un scelta che appare assolutamente sbilanciata ed incoerente, da una parte si è ampliato il termine di durata e, soprattutto, dall'altra parte si è preclusa la possibilità che venisse chiesta la revoca del suddetto regime; così, di fatto, rendendo stabile e permanente tale condizione una volta che sia stata accertata in occasione della prima sottoposizione al regime *de quo*.

Di certo, deduttivamente, ciò rende il regime detentivo differenziato non più eccezionale e transitorio – e dunque suscettibile ad una rivisitazione in qualsivoglia momento ed a

richiesta dell'interessato – ma certamente stabile ed irrevocabile, con ciò obliterando la realizzazione di quella necessaria esigenza di mantenimento della condizione transitoria dell'istituto in oggetto.

Tale meccanismo – soprattutto se correlato rispetto alle restanti disposizioni in materia di condizioni della proroga – determina la stabilizzazione dell'istituto e dunque la palese conflittualità nello stesso con i dettami più volte sanciti dalle pronunce interpretative di rigetto della Corte Costituzionale oltre che con i criteri indicati dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non può che derivare, dunque, la sussistenza di dubbi fondati di illegittimità costituzionale che ineriscono alla norma proprio nella parte in cui non ha previsto più tale meccanismo di revoca a favore del detenuto.

E soprattutto, può ritenersi come la abrogazione della norma costituisca una vera e propria cartina di tornasole che ridisciplina complessivamente il regime detentivo differenziato confermando il giudizio di complessiva conflittualità rispetto ai basilari principi di tutela dell'uomo e del detenuto per come ormai consolidati in seno alla giurisprudenza costituzionale e comunitaria.

E non può in conclusione non rammentarsi l'ormai risalente monito della Corte Costituzionale che aveva affermato assai perentoriamente come l'istituto *de quo* dovesse considerarsi pienamente legittimo proprio perché non posto in relazione alla volontà di differenziare il regime detentivo per una qualche categoria (genericamente considerata) di soggetti raggiunti da specifiche contestazioni delittuose ma piuttosto correlato alla necessità di prevenire pericoli di determinazione di collegamenti dettati da specifici elementi di pericolosità riferibili a ciascun detenuto (C. Cost. sent. n. 376/97, § 5 del "considerato in diritto").

La indicazione operata, infatti, appare di tale chiarezza – per come si avrà modo di illustrare di seguito – da non poter non legittimare i dubbi paventati di illegittimità costituzionale della novella legislativa per come prospettati.

7. In ordine all'ampliamento delle categorie di soggetti nei confronti dei quali opera il regime detentivo differenziato. – In ultimo, sostanzialmente immutato deve ritenersi il quadro della disciplina per ciò che attiene all'ampliamento della categoria dei soggetti nei confronti dei quali è possibile adottare il regime *de quo*.

La novella, infatti, all'art. 2 ha, di fatto, formalizzato un assetto giurisprudenziale ormai consolidato in seno alla giurisprudenza (di legittimità e di merito) prevedendo, innanzitutto che il regime possa applicarsi nei confronti di soggetti *in vinculis* per delitti non rientranti nel novero di cui all'art. 4 *bis* O.P. ma commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare i suddetti sodalizi; secondariamente ha confermato il principio secondo cui la suddetta applicazione possa operare anche nel caso in cui il detenuto, raggiunto da sentenza di condanna per diversi titoli di reato (c.d. cumulo materiale), abbia già scontato la pena riportata per il delitto rientrante nel novero di cui all'art. 4 *bis* O.P. (per una ricognizione dell'assetto interpretativo *ante novella* CESARI, 416; ZIGNANI, *Commento art. 41 bis O.P.*, in PERONI-SCALFATI, *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, 259 e ss.).

Trattasi di un'interpretazione che muove da una analisi "sostanzialistica" della posizione detentiva che privilegia non il dato formale riconnesso al titolo di reato per il quale trovasi *in vinculis* ma piuttosto quello della concreta riferibilità della condotta delittuosa ad ambiti di delinquenza organizzata idonei a legittimare la prognosi di pericolosità.

Non si ritiene che tale novella abbia inciso in termini tali da legittimare dubbi di legittimità costituzionale. Ma non può non rammentarsi la risalente ma perentoria pronuncia della Corte Costituzionale che ha affermato come la applicazione del regime detentivo differenziato non possa risultare una indiscriminata e totalizzante assimilazione di soggetti perché rientranti nella medesima posizione processuale (o categoria generale) ma necessiti di una specifica ed individuale veri-

fica in ordine alla sussistenza delle condizioni *de quibus*; e ciò a prescindere dalla tipologia di reato per il quale sia stato emesso il titolo detentivo.

È stato infatti assai perspicuamente affermato: "Di conseguenza, da un lato, il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa; dall'altro lato, le restrizioni apportate rispetto all'ordinario regime carcerario non possono essere liberamente determinate, ma possono essere – sempre nel limite del divieto di incidenza sulla qualità e quantità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità – solo quelle congrue rispetto alle predette specifiche finalità di ordine e di sicurezza; e anche di tale congruità al fine è garanzia *ex post* il controllo giurisdizionale attivabile sui provvedimenti ministeriali.

Non vi è dunque una categoria di detenuti, individuati *a priori* in base al titolo di reato, sottoposti ad un regime differenziato: ma solo singoli detenuti, condannati o imputati per delitti di criminalità organizzata, che l'amministrazione ritenga, motivatamente e sotto il controllo dei Tribunali di sorveglianza, in grado di partecipare, attraverso i loro collegamenti interni ed esterni, alle organizzazioni criminali e alle loro attività, e che per questa ragione sottopone – sempre motivatamente e col controllo giurisdizionale – a quelle sole restrizioni che siano concretamente idonee a prevenire tale pericolo, attraverso la soppressione o la riduzione delle opportunità che in tal senso discenderebbero dall'applicazione del normale regime penitenziario (C. Cost. sent. n. 376 del 1997, § 5 del "considerate in diritto") (BERNASCONI, 295).

L'auspicio che si formula, dunque, è che la applicazione concreta di tale disciplina non possa snaturare l'istituto da quella che dovrebbe essere – secondo i dettami costituzionali – la propria conformazione di *extrema ratio* per la tutela dell'Ordine Pubblico.

Crimine organizzato e immigrazione clandestina. Le Nuove Mafie. Le Organizzazioni criminali allogene: la minaccia integrata nigeriana e casalese nell'area domitiana della regione Campania

di Rosanna Romanelli

1. *Immigrazione e criminalità in Italia.* – È sempre difficile pensare in termini di una riflessione equilibrata sui rapporti intercorrenti tra immigrazione e criminalità, demistificando vecchi e nuovi stereotipi che, in una sorta di semplicistico determinismo, identificano l'immigrato o gli spostamenti migratori come l'*incipit* di ogni male sociale.

Ed allora, la questione della immigrazione, comportando seri e complessi problemi di controllo inserimento ed adattamento socio-politici, richiede un'analisi scevra da implicazioni ideologiche riduttive, anticamera di pratiche discriminatorie, a favore di una ricostruzione coerente del fenomeno orientata verso ipotesi interpretative plausibili delle trasformazioni avvenute tra immigrazione e criminalità.

Un andamento dello stato della criminalità italiana (e dell'intreccio tra criminalità e immigrazione), è stato tracciato dalla ricerca coordinata dal prof. Gatti, nel decennio 1991-2000, il cui obiettivo principale era quello di valutare l'impatto dell'immigrazione straniera sulla criminalità, verificando l'ipotesi della "sostituzione", secondo la quale la delinquenza italiana sarebbe progressivamente sostituita da quella straniera senza una significativa incidenza sui livelli di criminalità; la conferma di tale ipotesi avrebbe confutato una convinzione di senso comune che vede il fenomeno della migrazione come portatore di una criminalità "aggiuntiva" rispetto a quella degli autoctoni (si veda: GATTI, *L'impatto dei flussi migratori sulla criminalità italiana nel decennio 1991-2000: l'ipotesi della sostituzione*, 2004).

L'*équipe* di ricerca, confrontando ed elaborando le statistiche giudiziarie di un decennio, ha dato conferma negativa, infatti ad un eventuale aumento di coinvolgimento degli stranieri nella delinquenza, corrisponde una

diminuzione di coinvolgimento degli italiani. Se per paradosso si allontanassero tutti gli immigrati, probabilmente il tasso di reati non diminuirebbe, in quanto gli italiani subentrerebbero nella commissione dei reati.

Tuttavia è ormai opinione certa e ampiamente condivisa che una parte delle condotte illegali poste in essere dagli immigrati, sia indotta direttamente dalle organizzazioni criminali che gestiscono l'intero "affare" degli spostamenti clandestini; in questi termini e confini, il fenomeno della criminalità straniera risponde a regole proprie delle organizzazioni criminali, reso diverso *genus*, dal particolare isolamento del contesto sociale della manovalanza.

2. *Crimine organizzato e immigrazione clandestina: l'emergenzialità dell'intervento legislativo.* – Nel fenomeno della criminalità importata convivono errori politici e tragedie dei singoli, antiche sottovalutazioni e tensioni forcaiole dell'ultima ora.

In Italia, il dato più significativo della situazione di questi ultimi anni è rappresentato dalla emergenzialità dell'intervento e dalla mancanza di una scelta politica di riferimento chiara e precisa, in grado di indirizzare l'azione amministrativa e di governo.

Non appare sorprendente che su una materia così delicata e ricca di implicazioni abbia prevalso un atteggiamento sostanzialmente dilatorio, teso più a governare le tensioni del momento che non a operare interventi di maggior respiro. Ne è stato un chiaro esempio il lungo *iter* legislativo conclusosi con la legge 15 luglio 2009, n. 94 che costituisce l'ultimo tassello ed il completamento di un percorso normativo volto ad introdurre norme a tutela della sicurezza dei cittadini, in attuazione degli impegni presi dal Governo nella campagna elettorale del 2008.

La legge, anche nel suo contenuto, si riallac-

cia infatti al d.l. 23 maggio 2008, n. 92 che conteneva la prima risposta all'emergenza criminalità e si intitolava appunto "Misure urgenti in materia di sicurezza" pubblica (...*"per contrastare fenomeni di illegalità diffusa collegati all'immigrazione illegale e alla criminalità organizzata"*). Evidente lo scopo di dare risposte immediate e concrete a quanti da più parti gridavano all'allarme sociale e chiedevano al neo insediato Governo di soddisfare quelle forti aspettative, proprie della gente comune.

Accanto al d.l. n. 92/2008, poi convertito con numerose modifiche nella l. n. 125/2008, il Governo presenta un disegno di legge (Atto Senato n. 733) di più ampio respiro, e con disposizioni di vario genere anche in tema di lotta all'immigrazione.

Ma l'*iter* parlamentare si rivela più tortuoso del previsto e così all'inizio dell'anno si ricorre ad altro decreto legge, il decreto n. 11/2009 che introduce alcune disposizioni originariamente contenute nel disegno di legge n. 733, da cui ha tratto origine la legge 15.7.2009, n. 94 (nuovo *"pacchetto sicurezza"*). È con quest'ultimo intervento che viene a definitiva approvazione quel pacchetto di misure presentato a partire dal maggio 2008, e che nell'intenzione del legislatore dovrebbero costituire un passo decisivo nella lotta alla criminalità, in particolare all'immigrazione clandestina, ed alla sicurezza dei cittadini. La legge n. 94/2009 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24.7.2009) modifica in senso sempre più restrittivo norme fondamentali del codice penale, relative alla condizione dello straniero presente illegalmente sul territorio dello Stato, oltre che a prevedere un aggravamento di pena (fino ad un terzo) per coloro che commettono un reato versando in una situazione di illegale presenza sul territorio nazionale, e introduce nell'ordinamento giuridico l'aggravante dell'immigrazione clandestina, l'intervento più discusso (e di dubbia costituzionalità) dell'intero *"pacchetto sicurezza"*, perché attiene alla possibilità di attrarre nell'area del penalmente rilevante uno *status* personale.

La scelta legislativa ha comportato la crimi-

nalizzazione di una condizione (*rectius* di uno *status*) che fino alla data di entrata in vigore della novella era di competenza esclusiva dell'autorità amministrativa. A partire da tale data, invece, tutti gli stranieri che varcano i confini italiani senza rispettare le norme in materia di ingresso nello Stato, nonché tutti gli stranieri che sono presenti sul territorio nazionale senza essere autorizzati alla permanenza, non saranno più soltanto destinatari di provvedimenti (amministrativi) di espulsione o di respingimento, ma saranno altresì denunciati per la nuova ipotesi contravvenzionale.

La «scienza» giuspenalistica e criminologica, raccoglie la sfida del cambio di paradigma dettate al sistema punitivo e, salve isolate fughe negli esorcismi penali o nelle utopie rimozionali, si confronta a viso aperto con quello che i tedeschi chiamano *Feindstrafrecht* (Jakobs) una degenerazione del rapporto tra potere e diritto penale, che nel fenomeno immigrazione clandestina trova una vena delle sue radici.

Tuttavia, tra le immagini dello straniero "donatore" e "antagonista", regolare e clandestino, vi è quel nucleo propriamente criminale che alligna tra gli stranieri in posizione di irregolarità. Detto in altri termini, oggi il mondo della criminalità, in Italia, include *anche* una percentuale di stranieri. Si tratta di manovalanza criminale, controllati da organizzazioni criminali autoctone; in casi più rari, di nuclei di organizzazioni criminali, che gestiscono autonomamente settori dell'economia illegale, come la prostituzione.

Non bisogna negare dunque, che la presenza illegale di stranieri, soprattutto se riuniti in consorterie criminali, esiste.

Abituati ad esportare la mafia nazionale all'estero, in Italia, la percezione del rischio criminale straniero, allorché s'innesta alla criminalità organizzata autoctona, è stata rilevata con notevole ritardo. Si sono sotto-stimati, se non la pericolosità di alcune manifestazioni – quali traffico di droga, immigrazione clandestina, sfruttamento della prostituzione e del lavoro nero – almeno il disegno transnazionale più generale e composito.

In realtà non esiste nulla di più internazionale delle organizzazioni criminali. Calabresi e campane soprattutto. Abbandonati gli stereotipi del tradizionalismo e del folklore, siamo di fronte ad organizzazioni che si caratterizzano come vere e proprie imprese del crimine, che nello spirito dell'economia del profitto sono in continua evoluzione e ricerca di nuove forme di investimento criminale e attività illegali, dal traffico della droga alla pornografia infantile passando per i crimini informatici e ambientali, il tutto con personale altamente qualificato e tecnologie avanzate.

L'Europa se ne accorge soltanto quando ci sono stragi. Duisburg ha aperto la mente alla Germania e gli sguardi all'Europa. Forse dopo Duisburg, quello del crimine organizzato può essere definito un problema europeo e non più soltanto italiano.

3. *Le organizzazioni criminali allojene: la criminalità nigeriana.* – Il presente lavoro propone alcune osservazioni sulle organizzazioni criminali allojene, attualmente, infatti, i rapporti investigativi (Direzione Investigativa Antimafia, d'ora innanzi D.I.A.), registrano prepotentemente la coesistenza di realtà associative di matrice straniera con strutture criminali autoctone.

La metodologia della analisi non è ancorata ai classici sistemi della ricerca sociale, ma si stringe intorno ai dati istruttori della Direzione investigativa antimafia di concerto con le singole Procure Distrettuali (Direzione Distrettuale Antimafia D.D.A.) che versano i risultati di ciascuna operazione investigativa nei rapporti presentati semestralmente al Ministro dell'Interno.

La relazione relativa al primo semestre 2008 (*Relazione D.I.A.*, 2008), registra prepotentemente la coesistenza di realtà associative di matrice straniera con strutture criminali autoctone.

L'analisi, mira ad individuare soprattutto la minaccia nigeriana, a qualificarne i fattori di rischio che si ripetono all'interno del fitto contesto reticolare, ordito con le necessarie autorizzazioni della criminalità del territorio di operatività, attraverso una complessa filie-

ra impermeabile e indefinita, che ha le potenzialità di veicolare interessi illegali ed attività delittuose.

Nel territorio italiano la criminalità nigeriana ha acquisito un ottimo livello di competitività nel mercato illecito per la specializzazione conseguita in alcuni settori illegali e per la coesione all'interno dei gruppi. Inoltre ha colto le opportunità offerte dallo scenario transnazionale che collega le cellule presenti in Italia a quelle diffuse nello scenario intercontinentale. La transnazionalità e la forte 'omertà' presente nelle comunità nigeriane, oltre a connotare la matrice criminale, sono fattori costitutivi del network lobbista, che da tali caratteri trae legittimazione e forza. Sotto l'aspetto direttamente criminale i nigeriani hanno acquisito una posizione competitiva in molti segmenti illegali di concerto con l'organizzazione criminale operante sul territorio. Ne riportiamo alcuni:

Traffico di esseri umani

Il traffico di esseri umani rappresenta il primo collettore di ricavi illegali da destinare al più lucroso traffico degli stupefacenti. Nella tratta, collegata al racket della prostituzione ed allo sfruttamento della manodopera in nero, i sodalizi nigeriani hanno raggiunto elevati standard organizzativi e gestionali, curando interamente ogni fase, dal 'reclutamento' in patria (ingaggio per debito) alla fornitura di documenti falsi per l'espatrio, dal trasferimento nei Paesi di arrivo per tappe successive, sino allo smistamento nei vari settori di impiego illecito. Le clandestine sono destinate soprattutto al mercato della prostituzione. Il fenomeno ha assunto un rilievo 'epidemico' tanto da interessare pressoché tutto il territorio nazionale. Infatti, il 60% delle prostitute straniere presenti in Italia è di origine africana, il 30% di provenienza balcanica. Si concentra inizialmente nel Piemonte e nel Veneto, sviluppandosi su tutto il territorio nazionale ad opera dei gruppi deputati a gestire il debito delle migranti.

Narcotraffico

L'Italia è interessata al narcotraffico sia direttamente, sia quale snodo per altri Stati

europei. I gruppi africani investono nella droga parte dei proventi della tratta e della prostituzione, sfruttando la fitta rete intercontinentale al fine di selezionare corrieri di varia nazionalità e provenienza (anche tra microcriminali delle diverse realtà ospiti) e mantenere rapporti efficaci con omologhi sodalizi sudamericani e asiatici. Anche in Italia viene adottato il sistema 'a grappolo' e 'della formica', che coinvolge un gran numero di corrieri incaricati di trasportare quantità relativamente piccole. Peraltro questi ultimi, spesso 'ingoiatori' di ovuli (che contengono la droga) o occidentali incensurati (meno soggetti a controlli), utilizzano differenziate rotte d'ingresso (terrestri, aeree, marittime).

Riciclaggio

I profitti delittuosi alimentano diversificati traffici illegali, anche in considerazione del rapporto spesso organico tra i gruppi operanti che, partecipando ad un fitto network transnazionale, possono agevolmente orientare i proventi nei settori più remunerativi. Sono soprattutto i nigeriani ad investire in attività commerciali (nei settori alimentari etnici), imprenditoriali, phone-center e strutture finanziarie di trasferimento di denaro, soprattutto money-transfer, attraverso cui controllano i circuiti delle rimesse in patria e supportano le filiere illegali all'estero.

4. *La minaccia integrata "casalese" e nigeriana nell'area domiziana della regione Campania.* – Il fenomeno nigeriano in Italia, qualitativamente crescente, emerge soprattutto nel Triveneto, Piemonte, Lombardia, Emilia, Umbria, Lazio e Campania.

In quest'ultima regione i nigeriani, concentrati nell'area domiziana, si sono inseriti nella manodopera in nero e nel traffico di droga. Nel primo caso hanno pressoché monopolizzato la raccolta di pomodori e di frutta, la pastorizia e la piccola produzione casearia... Nel mercato locale di narcotici, invece, essi hanno vissuto momenti di conflittualità con gruppi albanesi e camorristi, allorquando abbiano tentato di espandere spazi e competenze, minando così i delicati equilibri locali. Così accade, in Campania, nell'area caserta-

na, feudo della camorra c.d. casalese, che fa tutt'uno con le mafie albanesi o nigeriane.

La prima città che la camorra "italiana" ha dato in completa gestione a un clan straniero è stata Castelvoturno, che è stata concessa ai Rapaci, i clan di Lagos e Benin City in Nigeria. Per il traffico di coca, per il passaggio di prostitute poi inviate in tutta Europa.

È da qui che occorre partire. Da Castelvoturno.

Il 18 agosto 2008, lo squadrone della morte (nell'accezione comune utilizzata dagli inquirenti della DDA di Napoli per descrivere il commando di sicari affiliati al clan dei casalesi), apre un fuoco indiscriminato contro la villetta di Teddy Egonwman, presidente dei nigeriani in Campania, che si batte da anni contro la prostituzione delle sue connazionali, ferendo gravemente lui, sua moglie Alice e altri tre amici.

Il 18 settembre 2008, ad un mese di distanza, 130 proiettili sono indirizzati contro un gruppo di africani riuniti dentro e davanti la sartoria "Ob Ob Exotic Fashion" di Castel Volturno. Muoiono ghanesi e liberiani, complessivamente sei uomini.

Castel Volturno, territorio dove è avvenuta la maggior parte dei delitti, non è un luogo qualsiasi.

Non è un quartiere degradato, un ghetto per reietti e sfruttati come se ne possono trovare anche altrove, anche se ormai certe sue zone somigliano più alle hometown dell'Africa che al luogo di turismo balneare per il quale erano state costruite le sue villette.

Castel Volturno è il luogo dove i Coppola edificarono la più grande cittadella abusiva del mondo, il c.d. Villaggio Coppola. Ottocentosessantatremila metri quadrati occupati col cemento. Che abusivamente presero il posto di una delle più grandi pinete marittime del Mediterraneo.

Inizialmente fu utilizzato come dormitorio per i familiari degli appartenenti alla NATO, poi in seguito, il territorio cade nell'abbandono più totale e diviene tutto feudo di Francesco Bidognetti e al tempo stesso territorio della mafia nigeriana.

I nigeriani accolti sul territorio, figuravano

come eredi legittimi di una potente mafia di madrepatria, con la quale ai Casalesi conveniva allearsi. La Nigeria è diventata uno snodo nel traffico internazionale di cocaina e le organizzazioni nigeriane abbandonati gli stereotipi del tradizionalismo e del folklore, sono divenute capaci di investire soprattutto nei money transfer, strutture finanziarie di trasferimento di denaro, attraverso cui controllano i circuiti delle rimesse in patria e supportano le filiere illegali all'estero.

Da Castel Volturno transita la cocaina africana diretta soprattutto in Inghilterra.

Le tasse sul traffico che la camorra locale impone, non sono soltanto l'interesse sullo spaccio al minuto, ma accordi di una sorta di joint venture. Quanto alle modalità di distribuzione dello stupefacente, bisogna ricordare che viene adottato il sistema 'a grappolo' e 'della formica', che coinvolge un gran numero di corrieri, con sempre maggiore frequenza, non nigeriani, ma ghanesi o liberiani, incaricati di trasportare quantità relativamente piccole.

Negli ultimi anni, la mafia nigeriana sembra aver abbandonato le tradizionali forme organizzative pulviscolari, conseguendo un elevato grado di coesione interna, accanto a bande aggressive, che traggono la loro legittimazione da organizzazioni strutturate in madrepatria, quali gli Eiyè ed i Black Axe, responsabili di violente risse e di reati predatori particolarmente eclatanti in Piemonte ed in Veneto, si assiste al proliferare di articolazioni ben più solide, delle vere e proprie holding. Esse si modulano come società moderne, attraverso:

– la *multisettorialità degli affari*, derivante dalla morfologia flessibile del modello organizzativo, in grado di aderire utilmente ad ogni aspetto remunerativo del mercato globale;

– la *diffusività delle cellule*, che realizzano un ampio network intercontinentale, in cui nodi locali, relativamente autonomi, rispondono all'occorrenza ad imputazioni delle lobby che dirigono i traffici;

– l'*elevata capacità di condividere disegni transnazionali*, frutto della duttilità struttura-

le a condividere spazi illegali senza esasperare la competitività e la fluida disponibilità ad adattarsi agli ambienti ospiti;

– il *mirato esercizio della violenza vs la criminalità organizzata operativa sul territorio*, normalmente orientata all'interno della diaspora ed in modo 'inabissato' per evitare l'allarme sociale.

Dunque c'è una precisa regolamentazione degli interessi e un patto di convivenza con la camorra locale.

Ma allora perché la strage di Castelvolturno? Perché il clan si sta slabbrando, teme di non essere più riconosciuto in posizione di supremazia, ed ecco che nei vuoti si insinuano i c.d. *uomini della paranza*.

Uccidono prima due albanesi [che hanno in gestione il segmento della prostituzione, nel codice della camorra, lo sfruttamento della donna è un fatto riprovevole, ragion per cui, la gestione del settore è stata delegata ad Agim Kastrati (albanese), che il clan ha arruolato ritenendolo capace di gestire un subappalto che consente in vassallaggio lo sfruttamento della prostituzione per un lungo tratto di costa. In questo nero baratto economico, le rotte degli affari ricordano saldamente la camorra "casalese" con i Balcani, da cui provengono partite di armi] e poi fanno strage di africani – e fra questi nessuno viene dalla Nigeria – colpiscono gli ultimi anelli della catena di gerarchie etniche e criminali.

Non è la prima volta che si compie da quelle parti una mattanza di immigrati.

Nel 1990 Augusto La Torre, boss di Mondragone, ordinò l'esecuzione di sei immigrati africani nel territorio di Pescopagano, a pochi km da Castelvolturno. Uccisero sei persone, a conferma del doppio filo che lega criminalità autoctona e manovalanza immigrata.

Non è un caso che a distanza di quasi un ventennio, si legge nel rapporto investigativo DIA relativo al primo semestre 2008 che recenti indagini (coordinate dalla DDA di Napoli):

1. Operazione "Viola" del 15 gennaio 2008 (Proc. pen. n. 21758/06 RGNR) che ha condotto all'arresto di 66 persone,

2. Operazione “Black Shoes” del 28 gennaio 2008 (Proc. pen. n. 50409/04 RGNR) tesa ad un’azione di contrasto contro il narcotraffico, che ha portato all’arresto di 22 persone, oltre a ricostruire l’architettura transnazionale dei traffici illeciti, confermano il costante collegamento di esponenti camorristici con sodali di gruppi stranieri.

La fluidità di questo contesto magmatico, in cui la camorra si pone come forza regolatrice, comporta la necessità di un controllo di natura violenta sulle aree di influenza a partecipazione straniera, dalle quali si riscuotono le tangenti sugli illeciti perpetrati.

Le asimmetrie inevitabili di questo sistema di referenze, generano ricorrenti discrasie negli equilibri e correlative politiche di scontro violento, da leggere non come dato emergenziale, ma come cronico epifenomeno dell’intera fisiopatologia del contesto criminale.

A fronte delle recrudescenze criminali, sono stati disposti immediati interventi di natura ordinativa, per potenziare i presidi delle Forze di Polizia presenti sul territorio. È stata costituita una task force anticamorra, con competenza areale su Casal di Principe.

5. *Conclusioni.* – La tipologia di criminalità organizzata sopra descritta, è caratterizzata dal vasto spettro di condotte illecite, che spazia da reati di natura violentemente predatoria a metodologie di azione più strutturate nel campo del narcotraffico e della tratta di esseri umani.

Anche se le peculiarità socio-criminali dei gruppi tendono a mantenere stabile il fenomeno aggregativo all’interno delle c.d. “*mini-enclavi*” etniche, è possibile cogliere progressivi segnali evolutivi della *globalizzazione criminale*, con tendenze all’interazione cooperativa tra vari sodalizi allogenici ed endogeni. Le nuove organizzazioni criminali sembrano aver abbandonato le tradizionali forme organizzative pulviscolari, affiancando i tradizionali gruppi di trafficanti italiani nel controllo del mercato illegale.

Il quadro appena riferito riporta a strutture ed attività criminali riconducibili al modello delle c.d. “*nuove mafie*”, ove l’andamento dei riscontri investigativi conferma l’evolu-

zione dell’associazionismo organizzato e la progressiva espansione delle rispettive sfere di influenza sui mercati illeciti.

In generale, va sottolineato che i molteplici traffici costituiscono un significativo motore finanziario dell’evoluzione delle organizzazioni criminali allogene, verso dimensioni e caratteri strutturali adeguati alla progressiva dilatazione della rete di interessi criminali gestiti.

In questo senso, le organizzazioni allogene di matrice mafiosa rimangono caratterizzate da:

- un elevato grado di coesione interna;
- una spiccata capacità di intimidazione violenta;
- una rilevante, ed ancora crescente, proiezione internazionale delle ramificazioni e delle connesse reti di complicità.

Considerata la complessità del fenomeno, emerge la necessità di un approccio coordinato, in una prospettiva più complessiva di interesse comune, che disinnesti variabili di informazione fortemente scomposte.

La conquista di una forma è sempre realizzazione di una figura di informazione. Ciò significa che formalizzare un’analisi sulle “nuove mafie” implica poter sostenere per ogni singolo dato la veridicità dell’informazione, o almeno una tensione ad essa. Se ogni garanzia esiste nella presa di parola garantita, attraverso un discorso di completezza, e d’intensità (puntuale, come il dato investigativo), non si possono rischiare difetti di prospettiva, ma bisogna tendere ad un’analisi che configuri una convocazione di un fenomeno e di una reazione, sul terreno delle cause, non solo degli effetti. L’idea stessa di convocazione implica un’assunzione di responsabilità etico-politica.

Occorre partire dalle mancanze, dagli errori. Quelli dell’egemonia politica, innanzitutto, che ha finto di ignorare che gli immigrati una volta in Italia avrebbero fatto riferimento alla comunità etnica o religiosa di appartenenza ben più e ben prima che alle istituzioni italiane, finora capaci solo di una sorta di alternanza isterica tra accoglienza noncurante e repressione cieca. E così il familismo regressivo, mafioso o tribale, ne ha gestito

fisiologicamente le pulsioni. Un'analisi sulle nuove mafie, non può mistificare l'origine. Sotto il tappeto dell'equazione immigrazione clandestina – crimine organizzato si nasconde comunque la polvere dello sfruttamento feroce degli immigrati, la cenere della politica.

Il caso riportato relativo alla c.d. *strage di San Gennaro*, non ha pretesa di completezza ma solo di orientamento nel complesso campo delle reazioni, soprattutto mediatiche, che il fenomeno "camorra" negli ultimi tempi sta sollevando.

La capacità espansiva e gli effetti di contagio che sul piano culturale, ma anche legislativo, hanno le formule con cui vengono designate le strategie di controllo penale relative alla camorra c.d. casalese e all'immigrazione clandestina, sono pericolose.

Significa, celebrarne i ruoli e non leggerne i reali meccanismi di funzionamento.

Se tra crimine organizzato e immigrazione clandestina c'è un passo troppo corto, è necessario, fra tanto chiasso, provare a misurararlo.

Il giudice, le prove e la decisione tra miti e realtà

(a proposito di CLAUDIO PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, ed. Giuffrè, Milano, 2009)

di Filippo Giunchedi

Giurisdizione, prova e motivazione della decisione alla quale, ovviamente, consegue la facoltà di sottoporre a controllo la regiudicanda, costituiscono gli *essentialia* del giusto processo.

Solo un giudice realmente terzo ed imparziale rispetto alle parti e all'oggetto del processo, la cui investitura risponda alla legge, può assicurare un procedimento probatorio conforme ai canoni del *due process of law*. Ma vi è di più. Il giudice di fronte alla prova deve far buon governo dei poteri ufficiosi che l'ordinamento gli offre (artt. 409, 421 *bis*, 441, 504, 507, 603, 666, 678 c.p.p.), senza interpretazioni che disvelino l'opzione per una tesi rispetto ad un'altra (l'art. 422 c.p.p. costituisce in un certo senso una deroga a questa purezza).

Epperò molto, troppo, spesso questo *background* viene sovvertito dall'esigenza di assecondare le esigenze politico-culturali del momento andando a "sbilanciare" un assetto faticosamente creato. Siamo di fronte a quella che oggi viene definita come legislazione dell'emergenza e che disvela l'incapacità dell'ordinamento processuale penale di fronteggiare le notevoli ripercussioni che, volta per volta e caso per caso, la realtà pone al cospetto del processo penale, a torto considerato inidoneo a reggere l'urto di determinati fenomeni criminosi.

Le regole probatorie, quindi, subiscono dei forti smottamenti tanto con l'introduzione di innovate regole quanto e soprattutto con l'intervento creativo della giurisprudenza.

Ma non è tutto, in quanto il momento più delicato, quello cioè in cui l'insieme di tutti questi fenomeni devono essere raccolti in un *unicum* che ne costituisce il naturale epilogo, la decisione, entrano in gioco ulteriori profili che lo condizionano. Si pensi all'innovato *standard* probatorio della prova di colpevolezza del B.A.R.D. che impone al giudice la condanna solo a fronte di un'alta probabilità logica, confinante con la certezza, che la tesi prospettata dall'accusa superi le altre ricostruzioni plausibili.

In tutto ciò, ovviamente, assume un ruolo fondamentale l'interpretazione del giudice che chiude il cerchio dell'attività interpretativa "a monte" nel decifrare la chiave di lettura nel momento di ammissione delle prove e in quello successivo ed eventuale di integrazione.

Queste complesse tematiche appena accennate vengono trattate in maniera esaustiva e convincente da Claudio Papagno che ha il merito di non trascurare alcun aspetto anche apparentemente estraneo alla prova e alla decisione.

L'autore, però, come oramai ci ha abituati, non si limita a tracciare un quadro dello stato dell'arte della materia, ma – ed è questa la parte più stimolante dell'opera che apre la mente al lettore – cerca, riuscendovi brillantemente, di offrire un'originale e persuasiva chiave di lettura delle dinamiche interpretative che muovono il giudice durante tutto il procedimento probatorio.

Nuovi e convincenti passi verso un processo penale bifasico
(a proposito di ANGELICA DI GIOVANNI, *Il giudice della pena*,
ed. Grauseditore, Napoli, 2010)
di *Filippo Giunchedi*

L'idea di un "processo penale bifasico" è questione risalente ai primi anni Settanta quando Giovanni Conso ed altri studiosi preconizzarono in ambito interno un processo con i tratti tipici della tradizione accusatoria angloamericana. Successivamente un primo tangibile segnale si ebbe con la l. 24 novembre 1981, n. 689 la quale, erodendo ulteriore terreno alla fase di cognizione, anticipò l'intervento della magistratura di sorveglianza ad una fase pre-esecutiva, attribuendole il compito di determinare i contenuti della sanzione sostitutiva inflitta con la sentenza di condanna. Ciò nonostante appariva prematuro ravvisare in tale evoluzione legislativa la volontà politica di realizzare un processo penale a struttura bifasica. Il concetto è stato di recente riaffermato dalla Commissione di riforma del Codice di procedura penale presieduto da Giuseppe Riccio che, tra l'altro, è l'autore di una persuasiva prefazione contenente le linee programmatiche per rendere effettivo il principio rieducativo della pena contenuto nell'art. 27, 3° comma, Cost.

Ed è proprio sulla scorta della *Grundnorm* pilota in materia, che Angelica Di Giovanni cerca di riaffermare lo scopo della sanzione penale nel nostro ordinamento, ponendo al lettore un interrogativo cruciale che lo guiderà nell'avvincente percorso logico-costruttivo che l'autrice traccia: ««Dalla parte di Abele» o «Recuperare Caino»?».

Dopo una corposa parte dedicata a ricostruire i passaggi storici del procedimento *post rem iudicatam*, soffermandosi sugli interventi interpretativi della giurisprudenza (in particolare quella costituzionale) – frequentemente "sollecitata" dall'Autrice – che hanno segnato una metamorfosi culturale che ha sempre più spesso puntato su solipsistici e sconsiderati interventi-tampone contrassegnati dall'esigenza di assecondare le pulsioni della

collettività (il camaleontico art. 4 *bis* ord. penit. *docet*), «Il giudice della pena» volge senza esitazioni alla *pars costruens*, offrendo una chiave di lettura coerente e propositiva tesa a non lasciare la critica fine a se stessa. Ed è in queste pagine che emerge la vivida personalità di Angelica Di Giovanni che in modo convincente propone un nuovo modello di esecuzione teso a riaffermare la centralità della giurisdizione, spogliando il pubblico ministero dallo scomodo ruolo di "motore dell'esecuzione".

Ma, soprattutto, è l'immagine della giustizia, definita dall'Autrice, "ad imbuto", in quanto partendo con gran clamore mediatico e sovrabbondanza di mezzi e strutture, tende a restringersi in mezzi e volontà, oltre che in attenzione, man mano che progredisce dalla fase della cognizione a quella dell'esecuzione, dove – spiega la Di Giovanni – la strettoia dell'imbuto è pari solo alla diminuzione di attenzione, mezzi e strumenti e, soprattutto, volontà.

Ed ecco la coraggiosa denuncia: «È facile lamentare la non certezza della pena, più difficile progettare la certezza della pena», l'unica in grado di offrire un'immagine seria del processo in quanto ne costituisce il fine nel caso di affermazione della responsabilità. E per arrivare a ciò è necessario riaffermare la certezza del diritto, depurando il settore dell'esecuzione da forti e troppe implicazioni sociologiche.

Occorre recuperare il metodo e la finalità di fondo del processo sancita dalla Costituzione per rendere credibile il processo penale. È questo il messaggio che, senza mezzi termini, Angelica Di Giovanni – anche mutuando l'esperienza trentennale all'interno della magistratura di sorveglianza, oltre ad una robusta base giuridica – consegna al lettore che, così, intravede prospettive nuove per l'effettività di una pena equa, a misura d'uomo.